



Berne, le 11 décembre 2020

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

Rapport explicatif

Condensé

À la demande du Conseil fédéral¹, le Département fédéral des finances, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, le Département fédéral de justice et police (Office fédéral de la justice) et le Département fédéral de l'intérieur (Office fédéral de la statistique), présente au Conseil fédéral un avant-projet de loi comprenant les bases requises pour assurer une utilisation efficace des moyens électroniques dans l'administration fédérale en lien avec l'offre de services administratifs en ligne. Ces bases garantiront que la Confédération puisse s'appuyer dans tous les cas sur les formes de collaboration matériellement les plus judicieuses dans le domaine de l'administration numérique, notamment dans celui de la cyberadministration.

L'avant-projet de loi vise à promouvoir le traitement électronique des processus d'affaires de la Confédération (principe «Priorité au numérique»). Il définit les conditions générales pour le développement de la cyberadministration à l'échelon de la Confédération, les formes de collaboration avec d'autres collectivités et des organismes dans le domaine de la cyberadministration et les prestations électroniques de la Confédération. Il crée ainsi les bases nécessaires à la transmission gratuite de licences logicielles (logiciels à code source ouvert), à la publication de données, à l'exploitation des services administratifs en ligne et à la définition de normes par la Confédération. En outre, il prévoit que des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire pourront être déléguées à des organismes.

¹ ACF du 30 janvier 2019, EXE 2018.2704

Table des matières

1	Présentation du projet	5
1.1	Contexte	5
1.2	Collaboration nécessaire dans le domaine de la cyberadministration	5
1.3	Mandat pour la création d'un organisme de cyberadministration	5
1.4	Nécessité d'une réglementation	6
1.5	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral	7
1.5.1	Relation avec le programme de la législature	7
1.5.2	Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	7
1.6	Classement d'interventions parlementaires	8
2	Réglementation proposée	9
2.1	Conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration	10
2.2	Participation de la Confédération dans des organismes en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration	11
2.3	Délégation de tâches de l'administration	11
2.3.1	Droit des marchés publics	11
2.3.2	Droit fiscal	13
2.3.3	Financement	15
2.3.4	Rapports de droit	15
2.4	Autres utilisations des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités	16
2.4.1	Logiciels à code source ouvert	16
2.4.2	Données ouvertes	18
2.4.3	Exploitation, par la Confédération, de services administratifs en ligne	20
2.4.4	Force obligatoire des normes	22
2.5	Appréciation de la solution proposée	22
2.6	Adéquation des moyens requis	23
2.7	Mise en œuvre	23
3	Commentaire des dispositions	24
4	Conséquences	46
4.1	Conséquences pour la Confédération	46
4.1.1	Conséquences financières	46
4.1.2	Conséquences pour le personnel	48
4.1.3	Autres conséquences	48
4.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne	49
4.3	Conséquences pour l'économie, la société et l'environnement	49
5	Aspects juridiques	50
5.1	Constitutionnalité	50
5.1.1	Compétence pour conclure des conventions dans le domaine de la cyberadministration	50
5.1.2	Compétence pour prendre des participations dans le domaine de la cyberadministration	50
5.1.3	Compétence pour déléguer des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire	51
5.1.4	Compétence pour mettre à disposition, sans droit de licence, des logiciels à code source ouvert, pour octroyer l'accès aux données ouvertes, pour exploiter au niveau fédéral des services de base et des services en ligne et pour déclarer la force obligatoire des normes	51

5.1.5	Compatibilité avec l'État de droit et l'État fédéral, avec le principe de la démocratie et avec la répartition des pouvoirs	51
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	52
5.3	Forme de l'acte à adopter	53
5.4	Frein aux dépenses	53
5.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	53
5.6	Conformité à la loi sur les subventions	54
5.6.1	Développement	54
5.6.2	Structure et importance financière	54
5.7	Délégation de compétences législatives	55
5.8	Protection des données	55

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Les technologies numériques modifient notre société et nos formes de communication. Elles permettent également aux autorités publiques d'interagir les unes avec les autres ainsi qu'avec la population et les entreprises, ce qui n'était pas possible auparavant. L'administration se doit d'avancer dans la modernisation constante de ses technologies de l'information et de la communication pour exploiter pleinement le potentiel de la numérisation. Bien que la Suisse dispose d'une administration analogique efficace et fiable, la population et les entreprises veulent de plus en plus pouvoir utiliser les canaux électroniques pour leurs démarches administratives, comme ils en ont l'habitude dans d'autres domaines.

L'expression «administration numérique» désigne la prochaine étape de la modernisation de l'administration, à savoir le recours aux technologies numériques. De nouveaux outils électroniques viendront ainsi enrichir la gestion administrative classique. La cyberadministration est l'un des éléments clés de la transformation numérique de l'administration. Elle met l'accent sur la fourniture de services administratifs par voie électronique et sur la numérisation des processus administratifs actuels grâce aux technologies de l'information et de la communication.

L'avant-projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (AP-LMETA) porte sur la création des bases légales nécessaires pour doter la Confédération de nouvelles possibilités d'action en matière de cyberadministration et pour poursuivre l'extension efficace de celle-ci, en collaboration avec les cantons. Il pose des fondements essentiels qui permettront à la Confédération et aux cantons d'aborder ensemble, d'une manière ciblée, coordonnée et conforme aux besoins, les évolutions et les défis liés à la cyberadministration.

L'AP-LMETA ne tient pas compte des résultats du projet «Administration numérique: projet d'optimisation du pilotage et de la coordination au sein de l'État fédéral», qui réunit des représentants de tous les échelons de l'État. Ce projet porte sur la mise en place progressive d'une organisation cible, qui nécessitera éventuellement une adaptation des bases constitutionnelles, tandis que l'AP-LMETA crée les bases requises dans la limite des possibilités offertes par la Constitution. Des analyses juridiques qui seront réalisées lors de la mise en œuvre du projet «Administration numérique» permettront de déterminer si et dans quelle mesure cette mise en œuvre pourra s'appuyer sur la LMETA et comment cette loi devra être modifiée le cas échéant.

1.2 Collaboration nécessaire dans le domaine de la cyberadministration

La numérisation et la cyberadministration seront utiles à condition que les collectivités publiques collaborent étroitement. Des solutions communes se traduisent, par exemple, par des économies d'échelle. Une bonne coordination et un pilotage concerté entre ces collectivités permettent une utilisation ciblée des ressources et la mise en place de systèmes offrant des synergies ou de systèmes communs. Les solutions de cyberadministration peuvent ainsi être structurées de manière plus conviviale et développées à des coûts moindres. Enfin, des solutions communes soutiennent plus efficacement les processus administratifs.

Actuellement, il n'est pas possible de définir de manière exhaustive les formes de collaboration qui seront nécessaires entre les collectivités en matière de cyberadministration, domaine qui continuera à se développer rapidement. L'AP-LMETA crée les bases légales pour les formes de collaboration qui pourraient être envisagées. Concernant les participations de la Confédération dans des organismes, le Conseil fédéral s'efforce de dégager des ressources pour des organismes certes peu nombreux, mais dédiés².

1.3 Mandat pour la création d'un organisme de cyberadministration

La création d'**eOperations Suisse SA** est le premier exemple d'application concrète de l'AP-LMETA. Se fondant sur la convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2016-2019³, le comité de pilotage de la cyberadministration a

² Voir également les lignes directrices des cantons relatives à l'administration numérique (www.kdk.ch > Actualité > Communiqués de presse >

Communiqué de presse du 27.09.2018 > Priorité au numérique – Les cantons adoptent les lignes directrices relatives à l'administration numérique)

³ FF 2015 8805

chargé la Conférence suisse sur l'informatique (CSI) de mettre sur pied un organisme propre à apporter un soutien aux administrations des différents échelons de l'État pour gérer l'organisation, le financement et l'exploitation de solutions informatiques destinées à une utilisation commune.

Le 20 juin 2018, la CSI a fondé la société eOperations Suisse SA (ci-après «eOperations»), qu'elle a dotée d'un capital-actions de 100 000 francs et d'une réserve de capital de 200 000 francs. Elle a souscrit la totalité des 1000 actions de la société d'une valeur nominale de 100 francs. La Confédération participant à hauteur d'un tiers aux coûts d'exploitation de la CSI, elle a contribué ces dernières années à constituer le patrimoine de la CSI, qui s'élève à près d'un million. Elle est donc déjà indirectement actionnaire d'eOperations par l'intermédiaire de la CSI.

Lors de la création d'eOperations, dont le siège est à Berne, la CSI était l'unique actionnaire de la société. La Confédération, les cantons et les principales villes ont ensuite été invités à rejoindre l'actionnariat d'eOperations (l'acquisition d'actions par les particuliers n'est pas prévue). La CSI entend être, dans un premier temps, l'actionnaire majoritaire d'eOperations, puis céder une première action aux collectivités intéressées (au moins une action est réservée pour la Confédération, y compris pour une acquisition ultérieure). Le 1^{er} novembre 2020, eOperations comptait plus de 84 actionnaires (26 cantons, 44 villes et communes et 14 organisations appartenant à des collectivités), en plus de l'actionnaire principal, la CSI.

1.4 Nécessité d'une réglementation

Une base légale est nécessaire pour que la Confédération puisse prendre des participations dans des organismes (comme eOperations) en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration. Le Conseil fédéral est favorable à une telle participation. Le 30 janvier 2019, il a chargé le Département fédéral des finances (DFF), en collaboration avec la Chancellerie fédérale et le Département fédéral de justice et police (DFJP), représenté par l'Office fédéral de la justice (OFJ), de lui soumettre un projet comprenant les bases légales requises pour s'assurer que la Confédération puisse toujours s'appuyer sur les formes de collaboration matériellement les plus judicieuses dans le domaine de la cyberadministration.

Ces bases légales réglementent, sous une forme générale et abstraite, tant la **participation** de la Confédération dans des organismes que la possibilité de **déléguer à ces organismes des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire** en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration. Il convient de clarifier certaines questions juridiques concernant la prise de participations dans des organismes communs à tous les échelons de l'État.

Par la même occasion, il est prévu de mettre en place une base légale régissant la conclusion de **conventions** entre la Confédération et d'autres collectivités publiques, des États et des organismes (nationaux ou internationaux) dans le domaine de la cyberadministration. Le Conseil fédéral sera ainsi habilité, de par la loi, à conclure des traités internationaux sur la collaboration dans ce domaine.

En outre, le développement optimal de la cyberadministration nécessite une collaboration effective entre les collectivités, notamment pour l'acquisition ou la transmission de logiciels. Bien qu'une collaboration soit possible sans problème particulier ni base légale explicite dans de nombreux domaines, l'expérience a montré qu'il faut clarifier les conditions auxquelles la Confédération peut mettre des **logiciels à code source ouvert** à la disposition de tiers, en particulier d'autres collectivités.

Liée au thème des logiciels à code source ouvert, la gestion que les autorités font des **données ouvertes** constitue une autre application de la cyberadministration qui doit être réglementée. Les données ouvertes désignent toutes les données non personnelles et non critiques pour les infrastructures qui sont proposées en libre accès dans l'intérêt de tous, sans aucune restriction quant à leur utilisation, leur diffusion et leur réutilisation.

De même, il est nécessaire de réglementer l'utilisation que la Confédération fait des **services administratifs en ligne** (services de base et services en ligne) destinés aux échanges de données entre les administrations. Pour ce qui est des services de base, la priorité est donnée actuellement à la mise en place de services d'identification électronique reconnus par l'État (e-ID), d'un service national des adresses (SNA) ou d'une gestion commune des données de base. Au niveau des services en ligne, le portail de transactions pour les entreprises «EasyGov.swiss» ou la plateforme

«eDéménagementCH» sont déjà bien établis. Une base légale est nécessaire pour que la Confédération puisse déclarer obligatoires des services de base ou des services en ligne similaires ou les mettre à la disposition de tiers.

Des **normes** sont également indispensables pour permettre à plusieurs logiciels de communiquer entre eux. Pour garantir l'application aussi large que possible de normes uniformes, il faut également créer une base légale autorisant la Confédération, dans les limites de ses compétences constitutionnelles, à déclarer ces normes obligatoires pour l'application du droit fédéral.

1.5 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

1.5.1 Relation avec le programme de la législature

L'adoption du message concernant l'AP-LMETA a été annoncée dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁴ comme une mesure à prendre pour atteindre l'objectif 2 («La Confédération fournit des prestations étatiques efficaces, autant que possible sous forme numérique»)⁵. Dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁶, l'adoption de ce message est citée comme la quatrième mesure permettant d'atteindre l'objectif 2⁷.

L'AP-LMETA constitue une étape importante dans la concrétisation de la stratégie suisse de cyberadministration, dont la mise en œuvre était déjà mentionnée explicitement dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016⁸ en tant que mesure à prendre. Celle-ci vise à créer en Suisse les conditions-cadres nécessaires pour que la numérisation puisse contribuer à garantir et à accroître la prospérité⁹.

De plus, le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁰ précise que cette stratégie prévoit de concentrer les efforts communs déployés par la Confédération, les cantons et les communes en matière de cyberadministration sur quelques projets importants aux niveaux national et stratégique¹¹ ainsi que sur des tâches (prestations) à long terme¹².

La création d'eOperations et la future participation de la Confédération dans cette entreprise font partie des projets stratégiques du plan éponyme, dont l'un des objectifs opérationnels est la mise en place d'un organisme commun pour l'acquisition, l'exploitation et la maintenance de solutions communes de cyberadministration¹³.

En d'autres termes, eOperations répond à la volonté politique de la Confédération et des cantons exprimée dans la convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse et dans la stratégie suisse de cyberadministration. Pour atteindre le but d'eOperations, à savoir le développement et l'exploitation en commun de solutions informatiques pour les prestations de cyberadministration de la Confédération, des cantons et des communes, il paraît évident que la Confédération participe à l'entreprise en acquérant des actions (au moins une action d'une valeur nominale de 100 francs). La Confédération ayant entamé elle-même la clarification des besoins concernant la mise en place d'un organisme chargé des questions opérationnelles dans le domaine de la cyberadministration, les autres collectivités publiques n'accepteraient pas qu'elle ne participe à eOperations.

1.5.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

Comme nous l'avons indiqué dans la section précédente, le projet stratégique eOperations visant à créer les conditions requises pour un organisme placé sous la responsabilité partagée de la Confédération, des cantons et des communes fait partie du plan stratégique, qui repose lui-même sur la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023. Le Conseil fédéral a adopté

⁴ FF 2020 1709, 1767

⁵ Objectif 2 de la ligne directrice 1; dans ce message, l'AP-LMETA est encore intitulé «loi fédérale sur les formes de collaboration dans le domaine des prestations administratives en ligne».

⁶ FF 2020 8087, 8088

⁷ Dans cet arrêté fédéral, l'AP-LMETA apparaît également sous le titre de «loi fédérale sur les formes de collaboration dans le domaine des prestations administratives en ligne».

⁸ FF 2016 4999

⁹ FF 2016 4999, ch. 15

¹⁰ FF 2016 981

¹¹ La stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023 définit le plan de mise en œuvre comme l'instrument de sa mise en œuvre (cf. www.egov.ch > Mise en œuvre > Plan de mise en œuvre).

¹² FF 2016 1037

¹³ Objectif 4 des objectifs opérationnels 2017-2019 du plan stratégique

cette stratégie le 20 novembre 2019. Sa mise en œuvre conduira à ce que le canal numérique soit le premier choix dans les échanges avec l'administration publique. Par ailleurs, la coopération entre les autorités sera intensifiée.

La création d'une base légale habilitant le Conseil fédéral à conclure des conventions de collaboration avec d'autres collectivités et l'instauration d'une compétence fédérale pour exploiter des services de base et des services en ligne offrent (également) au gouvernement la marge de manœuvre nécessaire pour traduire la stratégie suisse de cyberadministration dans la pratique. Elles se fondent sur l'arrêté du Conseil fédéral du 14 novembre 2018, qui chargeait le DFF de déterminer, en collaboration avec la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), d'éventuelles bases légales plus contraignantes en vue d'une coopération de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine de la cyberadministration.

Concernant l'exploitation de services de base et de services en ligne, les États signataires de la déclaration de Tallinn relative à la cyberadministration se sont engagés à promouvoir l'utilisation transfrontalière de prestations administratives numériques et de services de base (informations complémentaires à ce sujet au ch. 5.2), ce qui requiert des systèmes interopérables. La Suisse, qui a signé cette déclaration le 6 octobre 2017, accorde elle aussi la plus haute importance à ce principe, car des processus efficaces et économes à tous les échelons de l'État ne sauraient être mis en place sans normes ni garantie d'interopérabilité.

Le 5 février 2019, l'Unité de pilotage informatique de la Confédération (UPIC) a abrogé la stratégie partielle des logiciels ouverts du 15 mars 2005, qui constituait une directive informatique de l'administration fédérale, et l'a remplacée par un guide stratégique daté du 1^{er} février 2019, qui a le caractère d'une recommandation¹⁴. Selon ce guide, certains offices fédéraux ont déjà mis à disposition des éléments logiciels en tant que logiciels à code source ouvert. D'autres offices se montrent plus réservés, faute de base légale explicite. La disposition légale proposée supprimera cette insécurité juridique. Dans ce guide, l'UPIC annonce la rédaction d'une instruction qui précisera dans quelle mesure l'administration fédérale peut contribuer aux projets existants à code source ouvert ainsi que les organes qui peuvent les publier, à quelles conditions et sous quelle licence.

Le 30 novembre 2018, le Conseil fédéral a adopté la deuxième stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2019 à 2023 (stratégie Open government data, OGD [ci-après «stratégie OGD»])¹⁵. Depuis 2020, toutes les données publiées par les services fédéraux doivent l'être sous forme de données ouvertes, utilisables librement et lisibles par ordinateur. Cette stratégie, qui a un caractère contraignant pour l'administration fédérale, sera mise en œuvre au niveau légal par l'intermédiaire de l'art. 11 AP-LMETA.

Enfin, la disposition relative à déclaration de force obligatoire des normes est conforme à la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023. Celle-ci énonce que la Confédération, les cantons et les communes doivent miser sur des solutions standard et des interfaces ouvertes¹⁶.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

L'auteur du postulat 14.4275, «Comment autoriser expressément la mise à disposition de logiciels à source ouverte par l'administration fédérale?», demandait au Conseil fédéral d'examiner s'il y avait lieu de compléter la loi sur les finances (LFC) afin d'autoriser expressément la Confédération à mettre des codes sources à la libre disposition du public et, le cas échéant, de proposer une modification des actes pertinents afin que la stratégie *open source software* (OSS) de l'administration fédérale puisse être mise en œuvre. En réponse, le Conseil fédéral a publié le 22 mars 2017 le rapport *Mise à disposition de logiciels ouverts par l'administration fédérale*¹⁷ et proposé le classement du postulat. Ce rapport montrait que, dans les conditions valables au moment de sa rédaction, une mise à disposition de logiciels à code source ouvert n'était requise que dans certains cas isolés au sein de l'administration fédérale. Il concluait que les art. 41 s. LFC constituent une base légale suffisante pour la distribution de logiciels à code source ouvert à titre onéreux. Celle-ci doit être réalisée par l'intermédiaire des services d'achat mentionnés à l'art. 41a, al. 1, LFC ou dans une loi spéciale.

¹⁴ *Strategischer Leitfaden Open Source Software in der Bundesverwaltung*, cf. www.upic.admin.ch > Directives informatiques > Stratégies et stratégies partielles > SB004 - Stratégie partielle des logiciels ouverts (OSS)

¹⁵ FF 2019 855

¹⁶ Cf. www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Communiqués du Conseil fédéral > Le Conseil fédéral adopte la stratégie suisse de cyberadministration 2020-2023 (ch. 3.6).

¹⁷ Cf. www.parlament.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > Objets > 2014 > 14.4275.

Quant à savoir si une base légale était nécessaire pour mettre à disposition des logiciels à code source ouvert sans demander l'acquittement de droits de licence, la question était controversée. Le postulat n'a donc pas été classé.

Par conséquent, le Conseil fédéral a demandé au DFF, en collaboration avec le DFJP, de tirer au clair les questions juridiques en suspens et d'élaborer les bases légales requises.

Créant une base légale claire pour la mise à disposition gratuite de logiciels à code source ouvert par l'administration fédérale, l'AP-LMETA clôt ce mandat.

Dans la motion 19.3160, «Cadre juridique uniforme pour la publication et l'utilisation des données et services de l'administration fédérale qui ne se rapportent pas à des personnes (loi sur le libre accès aux données publiques)», la conseillère nationale Edith Graf-Litscher demandait au Conseil fédéral de réglementer les données ouvertes de manière uniforme en disposant que l'ensemble des données et services qui ne se rapportent pas à des personnes et qui sont produits ou récoltés par l'administration fédérale dans le cadre de ses activités doivent être proposés en libre accès et gratuitement.

Le 22 mai 2019, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion, rappelant qu'un dispositif contraignant destiné à encadrer le libre accès aux données publiques avait déjà été défini dans la stratégie OGD, adoptée le 30 novembre 2018, en application de la recommandation du Contrôle fédéral des finances (CDF)¹⁸. Le Conseil fédéral a ainsi décidé que toutes les données nouvelles publiées par l'administration fédérale à partir de 2020 devraient satisfaire le principe de la publication par défaut (*open data by default*).

De plus, le Département fédéral de l'intérieur (DFI) a été chargé d'examiner comment il est possible de donner un fondement juridique optimal à d'autres principes de publication des données, dont certains sont évoqués dans la motion, en tenant compte des possibles pertes de revenus et de leurs conséquences.

Fondant juridiquement l'application du principe *open data by default* à l'administration fédérale centrale, l'AP-LMETA répond à ce mandat.

Il ne satisfait pas encore la requête formulée dans la motion Riklin 17.4246, «Reconduire en 2019 la stratégie de libre accès aux données publiques», à savoir obliger non seulement l'administration fédérale, mais également les entreprises parapubliques à publier leurs données¹⁹. En sa qualité de propriétaire, la Confédération veille toutefois à ce que les entreprises parapubliques publient elles aussi leurs données²⁰. Swisscom ou les Chemins de fer fédéraux (CFF), par exemple, le font déjà en partie.

2 Réglementation proposée

L'AP-LMETA habilitera le Conseil fédéral à effectuer les actions suivantes:

- conclure des conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration avec d'autres collectivités, des États et des organismes (nationaux ou internationaux);
- convenir d'une participation de la Confédération dans des organismes ou des entreprises en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration et prendre des engagements concernant le financement de ces organismes ou entreprises;
- déléguer à des organismes ou à des entreprises l'exécution de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire dans le domaine de la cyberadministration (en particulier l'exécution de procédures d'appel d'offres).

En plus des commentaires sur la réglementation de ces trois points, le présent rapport explicatif comprend des informations relatives aux thèmes suivants:

- clarification du régime fiscal applicable aux prestations des organismes ou entreprises;

¹⁸ CDF-17491, 24 juillet 2018

¹⁹ Avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 sur la motion Riklin 17.4246

²⁰ Stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2019 à 2023, ch. 4.2.3 (FF 2019 855, 859)

- clarification de la situation au regard du droit des marchés publics en cas de collaboration dans le domaine de la cyberadministration;
- réponses aux principales questions concernant:
 - l'utilisation et la mise à disposition de logiciels à code source ouvert (perfectionnements et nouveaux développements);
 - la publication de données;
 - l'exploitation, par la Confédération, de services administratifs en ligne;
 - l'attribution, par la Confédération, de la force obligatoire à des normes.

2.1 Conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration

La Constitution (Cst.)²¹ ne dote la Confédération d'aucune compétence générale qui lui permettrait de donner des directives en matière de cyberadministration aux cantons et de les leur imposer aux fins d'une cyberadministration uniforme. À noter toutefois que le recours à la cyberadministration ne constitue pas en soi une tâche administrative distincte, mais plutôt un élément recouvrant toutes les activités de l'État, que celles-ci relèvent de la compétence de la Confédération ou de celle des cantons. La cyberadministration concerne donc toutes les compétences de la Confédération, des cantons et des communes et doit dès lors faire l'objet d'une coordination aussi bien verticale qu'horizontale.

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. Par exemple, il est possible de faire une utilisation commune des applications et des infrastructures existantes pour obtenir l'efficacité recherchée. La collaboration est donc la condition requise pour une cyberadministration efficace sur les plans organisationnel, financier et administratif.

La conclusion de conventions de cyberadministration entre la Confédération et les cantons est une solution promettant une coordination et une gestion efficaces de la cyberadministration en Suisse. La collaboration passée et présente entre la Confédération et les cantons s'appuie d'ailleurs sur une convention²², qui repose actuellement sur la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023²³. En l'absence d'une base légale explicite dans le droit fédéral, cette convention (-cadre) doit cependant être considérée comme insuffisante sur le plan juridique. L'AP-LMETA crée la base légale qui déclarera contraignantes les conventions fondant la collaboration dans le domaine de la cyberadministration (notamment entre la Confédération et les cantons) et son financement. Les nouvelles bases légales permettront également à la Confédération de prévoir, au besoin, dans ces conventions, la création d'organismes communs dotés de la personnalité juridique.

Des outils tels que les conventions de droit public entre les entités des différents échelons de l'État peuvent potentiellement contribuer à la réussite de la cyberadministration. Il faut toutefois veiller à ce que les conventions régissant la collaboration entre la Confédération et les cantons respectent la répartition des compétences définie dans la Constitution. Portant sur les aspects techniques et organisationnels de la collaboration, ces conventions respecteront cette répartition. Il faut également tenir compte du fait que ces conventions suscitent des craintes quant à la répartition des pouvoirs, à l'État de droit démocratique et à l'État fédéral (cf. ch. 5.1.5).

La conclusion de conventions avec d'autres États ou des organismes internationaux peut également être nécessaire en vue de la numérisation de la collaboration entre les autorités de plusieurs pays. L'AP-LMETA répond à cette exigence.

²¹ RS 101

²² La première convention-cadre concernant la collaboration en matière de cyberadministration est entrée en vigueur en 2008. Elle a été légèrement modifiée en 2012 et en 2016. Le Conseil fédéral et la CdC ont adopté une version légèrement remaniée de la convention-cadre pour la législature 2020-2023 (cf. www.egovernment.ch > Mise en œuvre > Stratégie suisse de cyberadministration > Convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2020).

²³ Cf. www.egovernment.ch > Mise en œuvre > Stratégie suisse de cyberadministration.

2.2 Participation de la Confédération dans des organismes en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration

La participation de la Confédération dans des organismes est étroitement liée à la conclusion de conventions de collaboration, en particulier celles qui prévoient la création d'organismes communs (conformément à l'art. 5, al. 3, AP-LMETA). La base légale correspondante de la LMETA permettra à la Confédération de prendre des participations dans des organismes du domaine de la cyberadministration pour exécuter ses tâches. La création d'eOperations en 2018, notamment, a révélé l'existence d'un tel besoin (cf. ch. 1.3).

La société eOperations est placée sous la responsabilité partagée de la Confédération, des cantons et des communes. Au-delà du fait qu'elle est soutenue par les trois échelons de l'État fédéral, elle se présente comme une structure organisationnelle et un prestataire compétent pour réaliser les projets de coopération de l'administration en matière informatique. Pour concrétiser ce projet, la Confédération doit cependant faire partie des organes responsables et acquérir dès lors des parts de la société. La prise de participations dans des organismes externes peut répondre à un futur besoin dans le domaine de la cyberadministration. C'est pourquoi une base légale générale, c'est-à-dire qui ne s'applique pas uniquement à eOperations, sera mise en place.

2.3 Délégation de tâches de l'administration

La gestion d'un organisme commun ou d'une entreprise commune peut impliquer la délégation de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire. Par exemple, le fait de confier à eOperations l'exécution de procédures d'appel d'offres relatives aux technologies de l'information et de la communication ou à des prestations informatiques constituerait une application concrète de cette norme juridique.

Or l'exécution de procédures d'appel d'offres relève de la souveraineté de l'État. Sa délégation nécessite donc également le transfert de compétences décisionnelles aux organismes concernés (à eOperations dans cette première application). En effet, il n'est pas envisageable que celles-ci mènent les procédures visées dans le droit des marchés publics sans, par exemple, pouvoir publier l'appel d'offres, adjudger le marché, exclure un soumissionnaire, interrompre la procédure ou prendre des décisions de procédure. Les organismes chargés d'exécuter ces appels d'offres (p. ex. eOperations) doivent donc avoir des compétences décisionnelles.

L'AP-LMETA crée les conditions juridiques requises pour transférer des compétences en matière de marchés publics à un organisme comme eOperations. Il ne précise cependant pas si et sous quelle forme des tâches de cette nature lui seront effectivement déléguées. Une délégation devrait être fondée sur les dispositions applicables aux marchés publics, en relation avec la stratégie correspondante de la Confédération.

Le Conseil fédéral est compétent pour déléguer des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire. L'AP-LMETA n'indique pas si cette délégation doit être réalisée au moyen d'un acte juridique (ordonnance) ou d'une convention (au sens de contrat de droit administratif).

À cet égard, il convient d'examiner non seulement la conformité de la délégation avec la stratégie de la Confédération en matière de marchés publics, mais également les règles selon lesquelles un marché public ainsi délégué devrait être exécuté et la façon dont la délégation influe sur les achats de la Confédération. Plus précisément, il faut déterminer si cette dernière peut se procurer les prestations de l'organisme sans lancer une autre procédure d'appel d'offres.

Les chapitres qui suivent (ch. 2.3.1 à 2.3.4) traitent les principaux domaines juridiques et réglementaires concernés par la délégation de tâches, autrement dit par la participation de la Confédération dans des organismes externes.

2.3.1 Droit des marchés publics

Il convient de rappeler brièvement les conditions-cadres relatives aux marchés publics qui demeureront applicables même si la Confédération envisage de déléguer l'exécution de procédures d'appel d'offres à des organismes en vertu de la réglementation proposée. Les principaux points du droit des marchés publics sont expliqués ci-après au travers de l'exemple d'eOperations.

La société eOperations permet aux collectivités de collaborer et ne fournit donc aucune prestation sur le marché, c'est-à-dire aux particuliers. Elle peut avoir les adjudicateurs ou clients suivants:

- collectivités qui assument également la responsabilité partagée d'eOperations (membres);
- collectivités qui n'assument pas la responsabilité partagée d'eOperations;
- organismes gérés par des collectivités (p. ex. associations, sociétés anonymes de la Confédération et des cantons).

Selon une expertise de la Commission de la concurrence (COMCO)²⁴, on est en présence d'un marché public lorsqu'un contrat relatif à l'achat de fournitures, de prestations de construction ou de services est conclu entre un adjudicateur public et un prestataire (privé) pour un prix dont l'État doit s'acquitter. En revanche, certains échanges de services entre deux acteurs d'un État *ne constituent pas des marchés publics* au regard du droit et, si les conditions dérogatoires de ce droit sont remplies, ils sont exclus de son champ d'application. Cela signifie qu'eOperations respecte les conditions de l'**exception quasi in-house**²⁵ si tous ses clients assument simultanément la responsabilité partagée de la société; ceux-ci (collectivités participantes) peuvent alors obtenir d'eOperations des prestations non soumises au droit des marchés publics²⁶. En l'espèce, les conditions de l'exception *quasi in-house* seraient également remplies si eOperations réalisait au moins 80 % de son chiffre d'affaires exclusivement avec les entités la contrôlant (Confédération et cantons) et, au plus, 20 % avec des clients n'exerçant aucun contrôle.

Droit applicable à une procédure d'adjudication

Si la Confédération détient des participations dans un organisme qui agit en tant que service d'achat pour le compte d'adjudicateurs publics (comme eOperations) et si plusieurs adjudicateurs publics de différents échelons de l'État mettent au concours des prestations par l'intermédiaire de cet organisme, le droit applicable est déterminé en fonction de la part des besoins des adjudicateurs participants. Il correspond au droit en vigueur au siège de l'adjudicateur qui supporte la part la plus importante du financement²⁷. Ces principes resteront valables même après la révision à venir de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)²⁸.

La version révisée du droit des marchés publics prévoit que si plusieurs adjudicateurs participent à un marché, ils auront la possibilité de soumettre d'un commun accord ce marché au droit de l'un des adjudicateurs en dérogeant aux principes susmentionnés (art. 5, al. 2, LMP révisée).

De plus, les entreprises publiques ou privées auxquelles la Confédération a octroyé des droits exclusifs ou spéciaux ou qui exécutent des tâches dans l'intérêt national pourront choisir de soumettre leurs marchés au droit fédéral ou au droit applicable à leur siège (art. 5, al. 3, LMP révisée).

Concernant ces deux dispositions de la LMP, le message²⁹ précise que la possibilité pour les adjudicateurs de choisir le droit applicable vise une utilisation optimale des ressources. Pour des raisons de sécurité juridique, ce choix ne doit pas se faire au cas par cas, mais rester valable pendant un certain temps.

Nécessité d'agir au niveau du droit des marchés publics

Pour ce qui est du droit des marchés publics, la nécessité d'agir ne concerne concrètement que les aspects organisationnels. Si des compétences d'acquisition sont déléguées à un organisme, il faut déterminer la fonction qui est attribuée à cet organisme en vertu du droit des marchés publics, le type de biens et de services qu'il peut acquérir et à quelles conditions, ainsi que la délimitation du

²⁴ Expertise du 1^{er} décembre 2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «eOperations Schweiz», ch. 30 (cf. www.comco.admin.ch > Thèmes > Marché intérieur > Jurisprudence > Marchés publics > COMCO [en allemand uniquement])

²⁵ On entend par exception *quasi in-house* un achat qu'un adjudicateur public effectue auprès d'une autre personne morale qu'il contrôle seul et qui opère essentiellement pour lui (en d'autres termes, qui ne travaille que dans une faible mesure pour d'autres clients publics ou privés ne la contrôlant pas). Le principe de l'importance relative suivant s'est imposé dans la pratique européenne: les activités réalisées avec l'adjudicateur exerçant le contrôle doivent représenter au moins 80 % du chiffre d'affaires. Un achat qu'un adjudicateur public effectue auprès d'une autre personne morale qu'il contrôle conjointement avec d'autres adjudicateurs publics et qui opère essentiellement pour les adjudicateurs exerçant le contrôle (en d'autres termes, qui ne travaille que dans une faible mesure pour d'autres clients publics ou privés ne la contrôlant pas) constitue un autre type d'exception *quasi in-house*.

²⁶ A noter que les organismes gérés par des collectivités (p. ex. associations, sociétés anonymes de la Confédération et des cantons) doivent être considérés comme étant de droit public. Cela ne devrait en revanche pas être le cas des sociétés anonymes qui, bien que détenues par des collectivités, sont actives sur le marché (p. ex. banques cantonales).

²⁷ Art. 2c, al. 1, de l'ordonnance sur les marchés publics (RS 172.056.11)

²⁸ RS 172.056.1

²⁹ FF 2017 1695, 1736

champ d'activité par rapport aux autres services d'achat et la collaboration avec ces derniers. Cette réglementation doit être définie au cas par cas. Il n'existe aucun besoin d'en faire une loi formelle.

Au niveau de la Confédération, la compétence d'eOperations en matière d'achats informatiques (dans le cadre de coopératives d'achat ou de communautés d'exploitation composées de collectivités des différents échelons de l'État) doit faire l'objet d'une disposition. Il existe plusieurs possibilités pour faire d'eOperations un nouveau service d'achat: cela va de la création d'un autre service d'achat³⁰, qui serait uniquement chargé d'acquérir des biens et services précis, jusqu'à la délégation d'une compétence d'acquisition³¹. Selon le type de délégation requis, la décision d'octroi incombe au service d'achat central de la Confédération qui est compétent en la matière ou à la Conférence des achats de la Confédération.

2.3.2 Droit fiscal

Les différents impôts existant dans le droit en vigueur sont présentés brièvement ci-après en relation avec le traitement fiscal des organismes dans lesquels la Confédération prendrait une participation en vue d'une collaboration liée à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication.

Impôt fédéral direct / impôts cantonaux

Tant la Confédération que les cantons (et les communes) prélèvent des impôts directs (impôt sur le revenu et impôt sur le bénéfice). Étant donné que les pouvoirs des différents échelons de l'État se chevauchent dans ce domaine, l'art. 129 Cst. prévoit une harmonisation. Cette disposition est le fondement de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)³² et de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)³³.

En l'espèce, la question se pose de savoir comment fiscaliser les organismes et entreprises détenus conjointement par les pouvoirs publics. La LIFD et la LHID prévoient d'exonérer de l'impôt sur le bénéfice (exonération de l'assujettissement subjectif) les personnes morales qui poursuivent des buts de service public. L'exonération concerne le bénéfice exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts (art. 56, let. g, LIFD; art. 23, al. 1, let. f, LHID). Pour l'obtenir, chaque organisme ou entreprise doit déposer une demande auprès de l'autorité fiscale cantonale compétente. Les conditions matérielles de cette exonération sont la poursuite d'un but de service public (aucun but lucratif ni d'assistance mutuelle), l'affectation irrévocable des ressources et le principe de la neutralité concurrentielle. De plus, aucun dividende ne doit être distribué (du moins, aucun dividende excessif). L'Administration fédérale des contributions (AFC) estime que les entreprises concernées peuvent remplir ces conditions. Il n'est donc pas nécessaire de modifier la législation sur les impôts directs.

Taxe sur la valeur ajoutée

Les collectivités peuvent collaborer de différentes façons, notamment en créant une entreprise commune. Dans le droit relatif à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les prestations fournies par ou à ces sociétés sont exclues du champ de l'impôt à certaines conditions définies dans la loi sur la TVA (LTVA)³⁴. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018, l'art. 21, al. 2, ch. 28, let. b, LTVA indique que les prestations fournies entre des sociétés détenues uniquement par des collectivités publiques et les collectivités publiques qui les détiennent, ou leurs unités organisationnelles, sont exonérées de la TVA. D'après la formulation de la disposition, il importe peu de savoir si la prestation est fournie ou reçue par la collectivité (détenant des participations) dans son ensemble ou par l'une de ses unités d'organisation (p. ex. le service X).

L'art. 38, al. 1, de l'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA)³⁵ précise que l'expression «détention de sociétés» s'applique aussi bien à la détention directe qu'à la détention indirecte. L'exonération d'impôt s'étend aux prestations fournies entre des sociétés détenues exclusivement par des collectivités publiques et les sociétés que celles-ci détiennent directement ou indirectement (art. 38, al. 3, OTVA).

En revanche, elle ne s'applique pas aux structures suivantes:

³⁰ Au sens de l'art. 10 de l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP; RS 172.056.15)

³¹ Selon les art. 12 ss Org-OMP

³² RS 642.14

³³ RS 642.11

³⁴ RS 641.20

³⁵ RS 641.201

- sociétés (communes) qui ne sont pas détenues exclusivement par des collectivités publiques: elles sont en soi exclues du champ d'application de l'exonération;
- la société est certes détenue uniquement par des collectivités publiques, mais les prestations sont fournies à des collectivités qui n'ont pas de participations dans la société ou à des particuliers: ces prestations sont exclues du champ d'application de l'exonération. Celle-ci ne s'applique qu'aux structures mentionnées explicitement à l'art. 21, al. 2, ch. 28, let. b, LTVA.

Cette réglementation limite les conflits d'objectifs entre la promotion de la collaboration entre les collectivités publiques, d'une part, et les distorsions de concurrence à l'égard d'entités autres que des collectivités publiques, d'autre part. Au demeurant, les activités exonérées de la TVA ne permettent pas de se prévaloir d'une déduction de l'impôt préalable.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire de modifier la législation sur la TVA.

Droits de timbre

Les droits de timbre fédéraux sont des impôts grevant des transactions juridiques déterminées et des transactions liées à la circulation des capitaux. Leur prélèvement découle de la création de droits de participation, y compris les versements supplémentaires (droit de timbre d'émission), de la négociation de titres (droit de timbre de négociation) ou des paiements de primes de certaines assurances (droit de timbre sur les primes d'assurance). Les droits de timbre sont régis par la loi fédérale sur les droits de timbre (LT)³⁶.

L'impôt concerné en l'espèce est le droit de timbre d'émission (le droit de timbre de négociation et le droit de timbre sur les primes d'assurance ne devraient pas être touchés). L'art. 6 LT énonce les exceptions à l'assujettissement au droit de timbre d'émission: en vertu de son al. 1, let. a, les droits de participation à des sociétés qui poursuivent un but d'utilité publique ne sont pas soumis au droit de timbre d'émission lorsque certaines conditions statutaires sont réunies. Si les entreprises soumises à l'AP-LMETA sont elles aussi exemptées du paiement de ce droit, il convient d'introduire une réglementation explicite dans la LT.

Cette exemption supplémentaire est judicieuse si l'on s'appuie sur celle qui concerne les sociétés d'utilité publique. Il est donc proposé de compléter l'art. 6, al. 1, LT en y ajoutant la let. a^{ter}, en vertu de laquelle les sociétés détenues exclusivement par les pouvoirs publics et poursuivant un but de service public au sens de l'art. 1 AP-LMETA ne seront pas soumises au droit de timbre d'émission.

Impôt anticipé

Si aucune des exceptions visées à l'art. 5 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA)³⁷ ne s'applique, les revenus de capitaux mobiliers sont soumis à l'impôt anticipé (art. 4 LIA).

En l'espèce, on peut se demander concrètement si les prestations fournies à prix coûtant par des sociétés anonymes à leurs actionnaires (exclusivement des collectivités publiques) sont soumises à l'impôt anticipé.

1. Les prestations fournies aux actionnaires qui ne satisfont pas au principe de la comparaison entre tiers sont considérées comme des prestations appréciables en argent et sont donc soumises à l'impôt anticipé. Dans le cadre de l'AP-LMETA, il convient de supposer que les prestations ne seraient pas exécutées à prix coûtant pour un tiers ne détenant aucune participation.
2. Une procédure de déclaration serait possible à condition que le nombre d'actionnaires auxquels l'impôt anticipé devrait être transféré ne dépasse pas vingt (art. 24 de l'ordonnance sur l'impôt anticipé³⁸).
3. Si l'impôt anticipé doit être acquitté, son remboursement est possible.

L'AFC estime qu'aucune exception n'est nécessaire, car une procédure de déclaration peut être utilisée dans la plupart des cas similaires et, sinon, le remboursement intégral de l'impôt anticipé est possible si ce dernier doit être acquitté.

³⁶ RS 641.10

³⁷ RS 642.21

³⁸ RS 642.211

En outre, il faut garder à l'esprit que l'impôt anticipé est prélevé indépendamment de l'activité commerciale de la société, d'une part, et du détenteur des droits de participation, d'autre part. La création d'une autre exception poserait dès lors problème au niveau de la systématique fiscale et se traduirait par un traitement inégal des sociétés.

Impôts cantonaux

Les impôts cantonaux (voire communaux) tels que l'impôt foncier et les droits de mutation ne devraient pas entrer en ligne de compte.

2.3.3 Financement

La participation visée de la Confédération dans des organismes ou entreprises en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration implique l'acquisition de parts de la société concernée. Ces participations ont le caractère de subventions lorsqu'elles ne s'accompagnent d'aucune contrepartie directe, et doivent dès lors respecter les principes du droit des subventions (cf. ch. 5.4). Elles nécessitent une base légale formelle, que crée l'AP-LMETA.

Dans le domaine de la cyberadministration, une base légale est également créée pour le versement d'aides financières aux bénéficiaires suivants:

- a. cantons;
- b. organismes et personnes de droit public ou de droit privé chargées par la Confédération ou les cantons d'appliquer le droit fédéral et extérieurs à l'administration fédérale ou à une administration cantonale;
- c. autres organismes avec lesquels la Confédération conclut des conventions de collaboration au sens de l'art. 5 AP-LMETA ou dans lesquels elle prend des participations.

Les aides financières de la Confédération entreront toutefois en ligne de compte uniquement si elles contribuent à une application uniforme et correcte du droit fédéral.

Le financement de l'exploitation courante de l'organisme ne fera l'objet de cette réglementation que s'il a le caractère d'une subvention. Il convient à cet égard d'opérer une distinction avec l'obtention rémunérée de prestations de l'organisme par les entités responsables, cette transaction relevant du droit des contrats et du droit des marchés publics.

2.3.4 Rapports de droit

Des tâches (relevant de l'activité administrative auxiliaire) peuvent être déléguées à des organismes de deux manières: par l'intermédiaire d'un contrat de droit administratif ou par voie d'ordonnance. Dans le cadre d'une délégation concrète des tâches, il faut clarifier plusieurs rapports de droit, dont les suivants:

- le droit applicable, notamment en matière de marchés publics;
- la surveillance des organismes et des personnes auxquels l'administration a délégué des tâches;
- le pilotage de ces organismes et personnes.

Cette énumération n'est pas exhaustive. Elle entend cependant montrer qu'il n'est pas possible de réglementer tous les rapports de droit des organismes, mais uniquement certaines questions annexes qui se posent en interne en raison de la gestion de ces derniers. Il est en particulier impossible de prévoir une réglementation relative aux contrats conclus avec des fournisseurs ou prestataires privés, car le droit privé prévaut toujours en matière de marchés publics.

Dans la mesure du possible, la réglementation des rapports de droit susmentionnés se limitera à des renvois à la législation existante. Des dispositions indépendantes, définies en fonction de la situation de l'organisme, ne sauraient toutefois être exclues.

2.4 Autres utilisations des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités

Comme nous l'avons indiqué au ch. 1.4, le Conseil fédéral a chargé le DFF, le 30 janvier 2019, d'élaborer les bases légales qui régiront la collaboration dans le domaine de la cyberadministration. Il lui a également demandé de répondre, dans une disposition légale, aux principales questions concernant l'utilisation et la mise à disposition de logiciels à code source ouvert (développement et perfectionnement) par la Confédération. Par ailleurs, la mise à disposition de ces logiciels fait l'objet d'un mandat que le Conseil fédéral a délivré le 22 mars 2017 en relation avec le postulat 14.4275 Glättli «Comment autoriser expressément la mise à disposition de logiciels à source ouverte par l'administration fédérale?». Le DFF a été chargé de tirer au clair les questions juridiques en suspens dans ce domaine et d'élaborer au besoin les bases légales requises en collaboration avec le DFJP (OFJ). Compte tenu de leur lien étroit, les deux mandats doivent être réalisés conjointement.

Les évolutions technologiques dans le domaine de la cyberadministration doivent permettre à tout un chacun de participer à la vie politique sur un pied d'égalité et de manière autonome³⁹. Les données ouvertes permettent de tenir compte de cette préoccupation. Elles sont la pierre angulaire de la cyberadministration et d'une Suisse tournée vers l'avenir.

L'exploitation de services de base et de services en ligne ainsi que les normalisations facilitent considérablement l'exécution des tâches des autorités à l'aide de moyens électroniques.

Les autres utilisations des moyens électroniques prévues dans l'AP-LMETA sont commentées individuellement ci-après (ch. 2.4.1 à 2.4.4).

2.4.1 Logiciels à code source ouvert

Importance des logiciels à code source ouvert

Comme son nom l'indique, un logiciel à code source ouvert est un logiciel dont le code source est librement accessible et que toute personne a le droit d'utiliser, d'étudier, de modifier, de perfectionner et de transmettre sans avoir à payer de droits de licence. Ces logiciels sont habituellement fournis avec une licence, mais aucun droit de licence n'est perçu. Cela ne signifie toutefois pas automatiquement que la transmission ou l'acquisition d'un logiciel à code source ouvert est gratuite. Des coûts peuvent découler, par exemple, de l'offre ou de l'achat de prestations (conseil, intégration, adaptations, formations, perfectionnement, exploitation, maintenance, etc.) pour certains de ces logiciels.

Les logiciels à code source ouvert se sont bien implantés dans le monde informatique. L'État lui-même les utilise régulièrement, en particulier pour les systèmes d'exploitation de ses serveurs, pour la gestion d'opérations dans les communes, en tant que bases de données des arrêts des tribunaux, pour la publication de géodonnées sur Internet ou en tant que plateforme centralisée pour la gestion des trains aux CFF. Les logiciels à code source ouvert continueront à gagner du terrain dans l'administration (en particulier pour les acquisitions qui mettent davantage l'accent sur les fonctionnalités et les services). Le recours à ces logiciels s'explique pour plusieurs raisons: on peut citer, par exemple, la transparence des normes utilisées, l'indépendance par rapport aux fournisseurs et aux produits, les échanges avec une communauté d'utilisateurs et de développeurs, ainsi que l'utilisation des perfectionnements, la sécurité, la stabilité et les économies éventuelles⁴⁰.

De plus, les logiciels à code source ouvert peuvent favoriser la collaboration dans le secteur de l'informatique à travers la mise à disposition des codes sources, la communication ouverte et le développement en commun. Ces principes peuvent servir à intensifier la collaboration informatique non seulement au sein de l'administration fédérale, mais aussi avec les cantons et d'autres institutions publiques. Cela renforce la souveraineté numérique et contribue à réduire les dépendances par rapport aux fabricants de logiciels.

À noter, malgré ces atouts, que l'utilisation de logiciels à code source ouvert au sein de l'administration fédérale ne vise en aucun cas à évincer les logiciels propriétaires. Il s'agit plutôt de mettre sur

³⁹ Stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2019 à 2023 (FF 2019 855, 856)

⁴⁰ POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, *Gutachten zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern*, 18 août 2016, p. 2 (cf. www.kaio.fin.be.ch > Thèmes > Bases légales > Publications; voir également l'étude du 20 juin 2018 *Open Source Studie Schweiz 2018* réalisée par l'Université de Berne, notamment la p. 16 [www.oss-studie.ch])

un pied d'égalité l'utilisation tant des logiciels propriétaires que des logiciels à code source ouvert afin de trouver la solution qui réponde le mieux possible à un besoin précis.

Utilisation de logiciels à code source ouvert au sein de l'administration fédérale

Le principe suivant s'applique: les pouvoirs publics peuvent décider à leur libre appréciation (mais en conformité avec leurs obligations) s'ils produisent eux-mêmes les biens et services dont ils ont besoin pour accomplir les tâches qui leur incombent ou s'ils les acquièrent sur le marché (décision de «faire soi-même» ou de «faire faire», *make or buy*). Conformément au droit des marchés publics, l'offre la plus avantageuse économiquement remporte l'adjudication, peu importe que le marché porte sur un logiciel à code source ouvert ou sur un logiciel propriétaire.

L'utilisation de logiciels à code source ouvert au sein de l'administration fédérale ne requiert donc aucune réglementation spécifique dans un acte juridique⁴¹. Dès lors, l'AP-LMETA ne comprend aucune disposition régissant l'achat et l'utilisation de ces logiciels. Il convient en revanche de vérifier ci-après si une base légale est nécessaire pour que la Confédération puisse mettre à la disposition d'autres collectivités (et personnes intéressées) des logiciels qu'elle a développés ou fait développer (y compris perfectionnements) pour exécuter ses tâches.

Mise à disposition, par la Confédération, de logiciels à code source ouvert

Les logiciels à code source ouvert peuvent être mis à disposition dans différentes situations et pour divers motifs. Concernant l'administration fédérale, leur mise à disposition est souhaitée dans les trois cas suivants:

- Lorsque la Confédération développe des logiciels pour exécuter ses tâches, il est dans son intérêt que d'autres collectivités ou des particuliers les utilisent pour faciliter les tâches des pouvoirs publics et donc la collaboration dans l'exécution de tâches communes.
- Qu'il s'agisse de logiciels à code source ouvert ou de perfectionnements propres de la Confédération, la mise à disposition du code peut conduire ou contribuer à la création d'une communauté de développeurs qui feront évoluer le produit. L'amélioration de la qualité du logiciel ou la création de nouvelles fonctionnalités sont dans l'intérêt de l'administration fédérale.
- Lorsqu'elle utilise et perfectionne des logiciels existants à code source ouvert, la Confédération peut avoir intérêt à les mettre à disposition sans percevoir de droits de licence.

Selon le rapport du 22 mars 2017 intitulé *Mise à disposition de logiciels ouverts par l'administration fédérale*⁴², que le Conseil fédéral a rédigé en réponse au postulat 14.4275 Glättli, les art. 41 s. LFC⁴³ constituent déjà une base légale suffisante pour la distribution de logiciels ouverts à *titre onéreux*. Celle-ci doit être réalisée par l'intermédiaire des services d'achat mentionnés à l'art. 41a, al. 1, LFC ou dans une loi spéciale.

Du point de vue de la Confédération, la distribution des logiciels *sans perception de droits de licence* pose la question de la nécessité d'une base légale.

Conformément au principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé, une unité administrative ne peut fournir des prestations commerciales à des tiers que si une loi l'y autorise (art. 41 LFC). Il convient dès lors de déterminer si la distribution de logiciels sans perception de droits de licence constitue une activité économique. En cas de réponse affirmative, les restrictions découlant du principe susmentionné s'appliquent. Or selon ce principe, l'activité économique de la Confédération doit poursuivre un intérêt public, se fonder sur une base légale formelle, être proportionnée et respecter le principe de la neutralité concurrentielle. Si l'on admet au contraire que le fait de transmettre des logiciels à code source ouvert sans percevoir de droits de licence ne constitue pas une activité économique, elle peut être considérée comme un produit accessoire de l'activité administrative auxiliaire. Cette dernière ne nécessite aucune base légale particulière parce qu'elle entre dans le champ d'application de la base légale relative à la tâche administrative concernée.

Nécessité d'une base légale formelle

⁴¹ POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, cf. note de bas de page précédente, Cm 398

⁴² Cf. www.parlament.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > Objets > 2014 > 14.4275.

⁴³ RS 611.0

La nécessité d'une base légale formelle pour la mise à disposition de logiciels à code source ouvert sans perception de droits de licence est contestée.

- L'UPIC a demandé à GEORG MÜLLER et à STEFAN VOGEL d'établir un avis de droit pour déterminer si l'administration fédérale peut transmettre des solutions informatiques à code source ouvert et, si oui, à quelles conditions. Dans leur avis, les auteurs concluent que toute fourniture de prestations commercialisables à des tiers doit être assimilée à une activité économique. Ils indiquent que le but lucratif ou le caractère onéreux sont certes caractéristiques d'une telle activité, mais qu'ils n'en constituent pas l'essence. À leurs yeux, le fait que l'État mette gratuitement des logiciels à la disposition de tiers conduit à une distorsion de la concurrence et doit faire par conséquent l'objet d'une base légale.
- Trois autres juristes, TOMAS POLEDNA, SIMON SCHLAURI et SAMUEL SCHWEIZER, estiment au contraire que la seule mise à disposition gratuite du code source ne constitue le plus souvent pas une prestation commercialisable. Pour être qualifiée de commercialisable, la mise à disposition devrait s'accompagner de prestations complémentaires, telles que l'intégration, la maintenance, l'assistance et la sécurité informatique, permettant d'exploiter le code en question. À leur avis, c'est la raison qui motive la publication d'un logiciel ouvert sous licence qui est déterminante: si cette raison réside dans la volonté d'améliorer un logiciel utilisé comme moyen d'exploitation, alors sa publication équivaut à l'acquisition de ressources et relève de l'activité administrative auxiliaire, celle-ci servant indirectement à l'accomplissement d'une tâche publique. Les auteurs considèrent par ailleurs que le modèle d'utilisation des logiciels à code source ouvert est répandu dans le secteur économique et que le principe de la neutralité concurrentielle est respecté, pour autant que l'État utilise et transmette ces logiciels de la même manière que le feraient des acteurs privés. Une base légale formelle ne serait donc nécessaire que dans des cas très exceptionnels, à savoir lorsque l'offre des pouvoirs publics en matière de logiciels à code source ouvert restreindrait (de fait) gravement la liberté économique ou qu'elle serait développée et publiée sans lien matériel avec l'activité de l'unité administrative concernée⁴⁴.

En l'espèce, la question de la nécessité d'une base légale formelle ne saurait être tranchée de manière définitive. Même si l'on considérait cette base légale comme superflue, la situation juridique incertaine tendrait à freiner la mise à disposition de logiciels à code source ouvert. La création de cette base est donc judicieuse au moins pour apporter la sécurité juridique et permettre à l'administration fédérale de gérer son parc informatique et ces logiciels de manière moderne.

Conclusion relative aux logiciels à code source ouvert

L'AP-LMETA comprend une disposition autorisant expressément les autorités fédérales soumises à la loi à transmettre des logiciels à code source ouvert aux personnes intéressées (autres collectivités, particuliers) sans percevoir de droits de licence. La LFC fournit déjà une base légale suffisante pour la distribution de ces logiciels à titre onéreux: celle-ci doit être réalisée par l'intermédiaire des services d'achat mentionnés à l'art. 41a, al. 1, LFC ou dans une loi spéciale.

2.4.2 Données ouvertes

Dans son travail quotidien, l'administration collecte et traite de nombreuses données qui doivent être accessibles gratuitement à toutes les personnes intéressées, aux mêmes conditions juridiques et à des conditions techniques relativement faibles, pour autant qu'il n'existe aucun intérêt de protection légitime supérieur. Ces données ouvertes contribuent de manière importante au débat politique, car elles encouragent la transparence et la participation, renforcent la responsabilité et concourent à augmenter la création de valeur (efficacité accrue de l'administration, capacité d'innovation, réalisation de nouveaux modèles d'affaires). Elles participent en outre à la mise en œuvre de l'Agenda 2030 pour le développement durable⁴⁵ des Nations Unies. La possibilité d'utiliser librement des données publiques traitées par des personnes ou des ordinateurs fait donc partie intégrante des prestations électroniques que les autorités proposent de manière transparente, économique et sans rupture de médias à la population, aux entreprises, à l'administration et aux milieux scientifiques. C'est également une condition pour permettre à l'opinion publique d'élaborer des solutions politiques et d'accroître la création de valeur sur la base d'informations librement accessibles.

⁴⁴ Pour un aperçu global, cf. rapport du 22 mars 2017 du Conseil fédéral *Mise à disposition de logiciels ouverts par l'administration fédérale* (www.parlament.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > Objets > 2014 > 14.4275).

⁴⁵ Cf. www.are.admin.ch > Développement durable > Coopération internationale.

La stratégie OGD⁴⁶, que le Conseil fédéral a adoptée le 30 novembre 2018 et qui fait suite à la stratégie pour les années 2014 à 2018, définit comme règle de base la publication des données par défaut (*open data by default*): pour autant qu'aucune disposition légale ne s'y oppose, les données produites ou commandées par les pouvoirs publics doivent être considérées comme des données ouvertes. Depuis 2020, les propriétaires de ces données doivent les publier dans un format lisible par ordinateur, dans la mesure où cela est techniquement et juridiquement possible sans engendrer de charge excessive. Les données ouvertes doivent être répertoriées sur une plateforme centralisée regroupant les données ouvertes de l'administration (opendata.swiss). À la demande du Conseil fédéral, le DFI (Secrétariat général et Office fédéral de la statistique [OFS]) a déterminé avec les offices concernés les travaux juridiques nécessaires pour appliquer cette stratégie, et notamment l'utilisation gratuite de données actuellement payantes. L'art. 11 AP-LMETA est le résultat de cet examen.

On entend par données ouvertes des données publiques qui, en raison de leur utilité, doivent être accessibles de manière générale en vue de leur libre réutilisation. Il s'agit d'une prestation (gratuite) de la Confédération qui, tout comme les logiciels à code source ouvert, peut être considérée comme une prestation électronique de la Confédération au sens de l'art. 1, let. b, AP-LMETA. Il est donc tout naturel d'inscrire le principe des données ouvertes dans l'AP-LMETA.

Dans le cadre de ses activités, le groupe de travail Droit OGD a une nouvelle fois rejeté l'idée d'inscrire ce principe dans la loi sur la transparence (LTrans⁴⁷)⁴⁸. Le principe des données ouvertes est certes étroitement lié aux buts de la LTrans puisque, comme elle, il vise l'accès aux informations ou données de l'administration et contribue ainsi à la transparence de cette dernière. Certaines différences fondamentales s'opposent néanmoins à son inscription dans la LTrans: celle-ci contient une réglementation passive du recours aux informations (principe de la demande), tandis que le principe des données ouvertes suppose une réglementation active (principe de l'offre). En outre, la LTrans englobe toute information qui a été enregistrée sur un support quelconque, qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée et qui concerne l'exécution d'une tâche publique. Sont également réputés documents officiels au sens de la LTrans les documents pouvant être établis par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées (art. 5 LTrans). Le principe des données ouvertes s'applique, quant à lui, uniquement aux données que les unités administratives ont collectées et produites dans l'exécution de leurs tâches et à celles qu'elles ont sauvegardées sous une forme électronique et regroupées en registres. Dans le même ordre d'idée, l'accès aux données visé dans la LTrans doit faire suite à une demande, tandis qu'il est proposé d'office selon le principe des données ouvertes. Si des données sont publiées conformément à l'AP-LMETA, le droit de toute personne d'accéder aux documents officiels en vertu de la LTrans est réputé satisfait (cf. art. 6, al. 3, LTrans).

La mise à disposition de données publiques ne constituera pas une nouvelle tâche autonome de l'administration, mais sera réalisée dans le cadre des activités accessoires des unités administratives. Les expériences de certains cantons et d'autres États ont révélé que cette tâche entraîne certaines charges. Elle sera donc réalisée par étapes pour que les unités administratives puissent compenser les charges qui y sont liées autant que possible en interne. Par ailleurs, les données dont la mise à disposition selon le principe des données ouvertes entraînerait des charges disproportionnées n'entreront absolument pas dans le champ d'application de la loi. De plus, les unités administratives pourront continuer de percevoir des émoluments pour couvrir le montant de leurs charges additionnelles dues aux prestations de données spéciales et spécifiques à un client (sur la base de l'art 46a, al. 1, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]⁴⁹).

La notion «données» doit être comprise au sens large afin qu'elle réponde au principe *open data by default*, défini dans la stratégie OGD et repris dans la loi. Elle désigne des unités isolées ou isolables qui peuvent être traitées et analysées à l'aide d'un ordinateur. Elle englobe, par exemple, les données établies de manière intentionnelle (p. ex. statistiques, données financières, données de registres), les mesures (p. ex. données météorologiques, géodonnées, mesures du trafic) et toute autre information qui peut être traitée comme des données, telles que des listes (p. ex. primes maladie, substances interdites, biens qui ne peuvent pas être exportés), des textes structurés ou non (p. ex. catalogues d'archives ou de bibliothèques, textes juridiques) ou des productions multimédias

⁴⁶ FF 2019 855, 859, ch. 4.2.1

⁴⁷ RS 152.3

⁴⁸ L'inscription de ce principe dans la LTrans avait déjà été rejetée lors des vérifications exécutées en 2015 par l'ancien groupe de travail Droit OGD.

⁴⁹ RS 172.010

(documents photographiques, audio ou vidéo numériques et les métadonnées qui s'y rapportent). Étant donné qu'il est difficile de définir positivement les données concernées dans une disposition applicable à toutes les unités administratives, l'approche suivante est retenue: «toutes les données doivent être publiées conformément au principe des données ouvertes, sauf si elles relèvent de l'une des catégories d'exclusion clairement définies». La limitation générale de l'obligation de publication aux données qui existent déjà sous forme électronique et qui sont regroupées en registres ne se justifie pas en premier lieu par la difficulté à définir les données concernées (d'un point de vue qualitatif). Elle est plutôt nécessaire d'un point de vue quantitatif pour que la publication de données puisse réellement être une tâche accessoire ne nécessitant pas de ressources supplémentaires.

2.4.3 Exploitation, par la Confédération, de services administratifs en ligne

L'exploitation, par la Confédération, de services administratifs en ligne et la possibilité, pour cette dernière, de les déclarer obligatoires font également partie des autres utilisations des moyens électroniques.

Un *service de base* est un service électronique qui constitue une base commune sur laquelle sont développés d'autres services administratifs (services en ligne). Les services de base peuvent être utilisés (de manière similaire) pour les processus les plus divers et ne sont pas associés directement à une tâche de l'administration. Ils ne créent aucune valeur concrète pour l'unité administrative ou les clients qui les utilisent, mais permettent de mettre en œuvre une solution précise de cyberadministration (sous la forme d'un service en ligne). Il n'est toutefois pas toujours évident de distinguer les deux types de services administratifs en ligne.

Conçu comme un service de base, le SNA est en cours de réalisation⁵⁰. Il permettra aux administrations des trois échelons de l'État (Confédération, cantons et communes) ainsi qu'à des tiers d'accéder, dans le cadre de leurs tâches légales, aux adresses de domicile des personnes enregistrées en Suisse. Les processus administratifs seront ainsi simplifiés, et les tâches publiques pourront être réalisées plus efficacement. Il a fallu créer des bases légales spéciales pour ce service de base, car ce dernier touche au statut juridique des citoyens, notamment en ce qui concerne la protection des données (cf. art. 12, al. 5, AP-LMETA).

Le développement de services de base se poursuit de manière cohérente en Suisse. Dans la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023, la Confédération, les cantons et les communes fixent notamment le cadre légal d'une identité électronique (e-ID) reconnue par l'État.

Un *service en ligne* est une offre et un service numériques qui permettent, avec un effet juridiquement contraignant, la collaboration électronique continue entre les organes publics ainsi qu'entre ces derniers et des tiers (population et entreprises). Les services en ligne s'appuient généralement sur un ou plusieurs services de base. Déjà opérationnel, le portail de transactions pour les entreprises «EasyGov.swiss» illustre concrètement l'utilisation d'un service en ligne sous la forme d'un portail d'accès aux prestations des autorités. Son lancement en novembre 2017 dans le cadre de la stratégie suisse de cyberadministration a constitué un pas supplémentaire vers une administration numérique axée sur les besoins des utilisateurs. Ce guichet en ligne exploite les possibilités du numérique et facilite les échanges entre les entreprises et les autorités. Les premières peuvent ainsi effectuer plusieurs démarches administratives sur une seule plateforme en ligne, de manière sûre et efficace. Cette plateforme sécurisée et fiable centralise le traitement électronique des demandes d'autorisation, requêtes et autres déclarations. Elle facilite également le parcours administratif, car elle indique, pour une demande concrète, les autres procédures à exécuter. Les entreprises économisent ainsi du temps et de l'argent, et les échanges de données au sein de l'administration sont simplifiés.

L'illustration ci-après compare les services de base («Basic infrastructure/Service») et les services en ligne («Solutions/Services»):

⁵⁰ La procédure de consultation relative à la nouvelle loi sur le service des adresses a pris fin le 22 novembre 2019.



Digital transformation: Infrastructure & Services (E-Government Switzerland)







	Basic Infrastructure/Service	Solutions/Services
Citizens (GtoC)	- Access to electronic government services - Electronic Identity (eID) [PPP] - Standardization maintenance	- eMovingCH - eVoting - Services on communal level - e-Health Switzerland
Corporate / Economy (GtoB)	- One-stop-shop portal (for companies) - Creation of national address services	- Electronic reporting of VAT - Easygov.swiss
Administration (GtoG)	- Identity Network Switzerland - eOperations [PPP]	- Validator for digital documents - Technical Coordination

Renewal Swiss E-Government Strategy (2020-2023); focus on implementation of the six principles from the Tallinn declaration on eGovernment; close collaboration with cantons, communities and experts.

Federal Department of Finance FDF
Federal IT Steering Unit FITSU

7

Eu égard à la structure fédérale du pays, il n'est pas étonnant que l'interopérabilité représente un défi en Suisse. Des normes et interfaces communes destinées à l'échange d'informations doivent être définies pour éviter qu'une collaboration efficace de tous les échelons de l'État fédéral dans le domaine de la cyberadministration ne reste un vœu pieux. Elles sont indispensables pour que les administrations puissent accéder aux fichiers de données de leurs homologues et, inversement, permettre à leurs homologues d'accéder à leurs fichiers. Une bonne collaboration entre la population, les entreprises et l'administration suppose, en particulier, l'existence des services de base permettant aux différents acteurs d'interagir efficacement. Les expériences menées à l'étranger ont révélé que l'exploitation de services de base est déterminante pour diffuser et établir efficacement la cyberadministration. Le rapport comparatif 2018 de l'Union européenne (UE) sur la cyberadministration⁵¹ montre clairement que la Suisse a du retard à rattraper dans la mise à disposition de ces services. L'utilisation de services en ligne serait considérablement simplifiée par des services de base tels qu'une e-ID reconnue par l'État pour une identification sécurisée, par la réception et l'envoi électroniques de documents, ou encore par la création de fichiers de données conjoints en vue d'un recoupement automatique des informations existantes. Selon le rapport comparatif sur la cyberadministration que l'UE a publié le 23 septembre 2020⁵², la Suisse a certes progressé en comparaison des années précédentes, mais elle demeure en retard pour les services de base. Les études de l'UE révèlent que les États dotés de services de base bien développés font la course en tête dans le domaine de la cyberadministration. De plus, ces services sont déterminants pour un traitement simple et efficace des processus électroniques.

S'appuyant sur ces constatations, l'AP-LMETA propose que la Confédération, en tant qu'échelon le plus élevé de l'État, puisse imposer aux autorités fédérales soumises à cette loi l'utilisation des services de base et des services en ligne nécessaires. En outre, dans le cadre de ses compétences constitutionnelles et lors de l'exécution du droit fédéral par les cantons, la Confédération créera, grâce à l'exploitation de ces services, un certain niveau d'obligation et de standardisation qui garantira une interopérabilité aussi bien verticale qu'horizontale. Cela implique toutefois qu'elle puisse obliger tant les autorités cantonales que les organismes extérieurs à l'administration à utiliser les

⁵¹ Dans son étude comparative sur la cyberadministration, la Commission européenne examine l'avancement de la numérisation dans l'administration. Elle fait analyser, sur une période de deux ans, huit aspects de l'environnement privé et de l'environnement commercial au moyen des indicateurs principaux que sont l'orientation vers les utilisateurs, la transparence, la disponibilité transfrontalière pour la population et les entreprises ainsi que les services de base (concernant l'étude de 2018, cf. www.egovement.ch > Documentation > Contrôle de gestion > Monitoring 2018).

⁵² En plus de la Suisse, l'étude porte sur les 27 États membres de l'UE ainsi que sur l'Albanie, l'Islande, la Macédoine du Nord, le Monténégro, la Norvège, le Royaume-Uni, la Serbie et la Turquie. L'Autriche, l'Estonie, la Lettonie et Malte affichent de nouveau les meilleurs résultats dans cette évaluation globale. La Suisse est 29^e sur 36, avec une performance totale de 54 % (2018: 47 %). Concernant l'étude 2020, cf. www.ec.europa.eu > Strategy > Shaping Europe's digital future > Reports and studies.

services en ligne désignés (moyennant la prise en charge d'une partie des coûts), dans la mesure où ces autorités et organismes appliquent le droit fédéral et fournissent des prestations administratives électroniques. De plus, la Confédération pourra exploiter les services administratifs en ligne qu'elle utilise d'ordinaire pour l'exécution de ses tâches non seulement pour son propre compte, mais également, contre rémunération, pour permettre aux cantons et aux communes d'accomplir les tâches qui leur incombent en particulier.

2.4.4 Force obligatoire des normes

Les normes facilitent la collaboration, simplifient les solutions techniques, réduisent les coûts, permettent une interopérabilité et créent de la transparence.

En vertu de la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023, la Confédération, les cantons et les communes doivent miser sur des solutions standard et des interfaces ouvertes. Ils favoriseront ainsi une numérisation durable et économique des prestations et des processus de l'administration, ainsi que la transmission continue des données entre les autorités de tous les échelons de l'État.

Pour que cet objectif puisse être atteint, l'AP-LMETA comprend une disposition autorisant la Confédération à déclarer des normes obligatoires en vue de l'application uniforme et correcte du droit fédéral par les autorités fédérales, les autorités cantonales et les organismes externes chargés d'exécuter des tâches de l'administration.

2.5 Appréciation de la solution proposée

Actuellement, la Confédération n'a aucune base légale lui permettant, dans le respect du principe de la légalité, de prendre des participations dans d'autres organismes ou entreprises en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration. L'entrée visée dans l'actionnariat d'eOperations a mis en lumière le besoin de légiférer à cet égard. Étant donné qu'on ne peut exclure que la Confédération prendra des participations dans d'autres organismes en vue d'une coopération dans le domaine de la cyberadministration, il est prévu de créer une norme générale abstraite régissant ce type de participations. Dans ce contexte, la Confédération sera également habilitée à déléguer des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire à des organismes ou à des entreprises et à prendre les engagements financiers correspondants.

Une autre disposition de la loi habilitera la Confédération à conclure des conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration avec les cantons, d'autres États et des organismes et, par conséquent, à prévoir au besoin la création d'organismes communs. Cette base très vaste offrira au Conseil fédéral la possibilité de choisir la forme la plus adaptée à sa coopération avec des collectivités de tous les échelons de l'État.

Dès lors, la réglementation, dans un acte juridique, de l'utilisation et de la mise à disposition de logiciels à code source ouvert au sein de la Confédération mettra fin aux incertitudes juridiques existantes, à condition que celle-ci transmette ces logiciels sans percevoir de droits de licence.

La base légale proposée pour les données ouvertes concrétise le principe *open data by default*, défini dans la stratégie OGD, afin que le principe des données ouvertes soit appliqué de manière homogène dans toutes les unités administratives. Elle crée de la sécurité juridique en dotant l'administration fédérale d'une base légale explicite pour la mise en pratique du principe des données ouvertes (principe de légalité dans la gestion des prestations).

L'exploitation de services de base et de services en ligne ainsi que la définition de normes obligatoires par la Confédération sont d'autres instruments qui favorisent la transformation numérique de l'administration, voire revêtent une importance capitale pour la mise en place d'une cyberadministration opérationnelle en Suisse. Le fait que la Confédération puisse imposer des normes et obliger les cantons à utiliser certains services de base et services en ligne pour l'application du droit fédéral permet de garantir l'interopérabilité des échelons de l'État. Sans fondement légal clair, ces instruments ne déploieraient pas leur potentiel, et les applications concrètes soulèveraient constamment des questions sur la fiabilité de leur utilisation ainsi que sur la compétence décisionnelle correspondante. De même, si l'on considère le principe de la légalité, selon lequel l'administration ne peut agir

qu'en vertu d'une base légale en vigueur, un fondement juridique est indispensable pour exploiter des services de base et des services en ligne et pour définir des normes.

Au lieu de conclure des conventions avec d'autres collectivités suisses et de déléguer des tâches et des compétences à des organes communs, il serait également possible de transférer les tâches correspondantes à la Confédération, mais cette solution n'est pas examinée plus en détail (informations complémentaires au ch. 5.1.5).

2.6 Adéquation des moyens requis

La création d'une base légale régissant la coopération avec d'autres collectivités et les autres utilisations des moyens électroniques (logiciels à code source ouvert, données ouvertes, services de base, services en ligne, définition de normes) n'entraîne aucuns frais considérables et n'apporte en soi aucun avantage quantifiable. On peut toutefois supposer qu'elle sera source d'économies importantes.

L'application du principe des données ouvertes induira quelques charges et se traduira par une diminution des recettes de la Confédération en raison de la disparition des droits de licence. D'après l'audit transversal sur la mise en œuvre de la stratégie OGD à la Confédération⁵³, cette diminution est relativement faible au niveau fédéral et négligeable au regard de la valeur qui devrait être créée sur le plan économique. De plus, il est possible de limiter et, partant, de mieux compenser en interne la charge (initiale et récurrente) requise en appliquant le principe des données ouvertes par étapes et en se focalisant sur les données qui peuvent être préparées selon les règles en la matière, sans une augmentation considérable des ressources.

La conception et l'exploitation de services de base et de services en ligne occasionneront des frais qui ne peuvent pas être évalués pour le moment, mais qui devraient être chiffrés au cas par cas. Si des services sont exploités pour le compte des cantons (en raison d'une déclaration de force obligatoire ou à la suite d'une mise à disposition), les coûts correspondants pourront être reportés sur ces derniers. L'AP-LMETA prévoit également que la Confédération pourra verser des aides financières dans le domaine de la cyberadministration si celles-ci contribuent à une application uniforme et correcte du droit fédéral. On tient ainsi compte du fait que des prestations de cyberadministration utiles à l'exécution du droit fédéral seront également fournies à des bénéficiaires extérieurs à l'administration fédérale.

Les autorités décisionnaires devront apprécier individuellement la rentabilité des projets de collaboration en s'appuyant sur une estimation des coûts et des avantages.

2.7 Mise en œuvre

En réponse à l'actuel besoin de légiférer, il est proposé d'édicter une loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités. Le titre de l'acte est formulé de manière ouverte afin qu'une réglementation spécifique et cohérente puisse également satisfaire les futures exigences législatives dans le vaste domaine des moyens électroniques (cyberadministration et administration numérique), qui est en constante évolution. S'appliquant aux transactions électroniques, la loi proposée complètera les dispositions de la LOGA sur la gestion de l'administration analogique.

Lors des travaux préliminaires, on a étudié la possibilité d'intégrer les dispositions sur les formes de collaboration dans le domaine des services administratifs en ligne dans un acte existant (notamment la LOGA) ou dans un acte unique modifiant plusieurs lois fédérales au lieu de créer une nouvelle loi autonome. Cette solution a été abandonnée, car les actes pouvant entrer en ligne de compte ont un autre champ d'application et les nouvelles prescriptions régissant la transition numérique de l'administration ne doivent pas être éparpillées dans le système juridique. Une loi fédérale autonome permettra de conserver l'unité de la matière lorsqu'il faudra indéniablement y apporter des compléments concernant l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités.

⁵³ Audit du 24 juillet 2018 réalisé par le Contrôle fédéral des finances (cf. www.efk.admin.ch > Publications > Administration fédérale)

3 Commentaire des dispositions

Les dispositions de l'AP-LMETA sont décrites et motivées en détail aux ch. 2.1 à 2.7. Leur commentaire sera donc bref.

Art. 1 *But*

L'art. 1 présente le but de la loi, mais ne définit ni droit ni obligation. Il s'agit d'un article liminaire qui n'a aucune nature normative.

Conformément à son titre, la LMETA a pour objectif principal de doter la Confédération de bases légales suffisantes pour lui permettre d'utiliser les moyens électroniques nécessaires à l'exécution de ses tâches. Dans ce contexte, l'accent est mis sur la réglementation des formes de collaboration contraignantes entre la Confédération et d'autres collectivités, d'autres États ainsi que des organismes nationaux ou internationaux (let. a). Les futures conventions spécifiques à la collaboration dans le domaine de la cyberadministration que la Confédération conclura avec les cantons reposeront ainsi sur une base légale stable. La collaboration pourra non seulement être fondée sur ces conventions (art. 5 AP-LMETA), mais également revêtir la forme d'une prise de participations dans des organismes (art. 6 AP-LMETA) et d'une délégation, à des organismes, de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire (art. 9 AP-LMETA). À noter à cet égard que la Confédération sera tenue de coordonner ses activités dans le domaine de la cyberadministration avec celles des cantons (art. 4, al. 2, AP-LMETA). Ces formes de coopération permettront aux partenaires concernés de bénéficier de services en ligne efficaces (p. ex. dans le cadre d'achats communs à tous les échelons de l'État) qui simplifieront les processus administratifs.

Le second but de la LMETA est la création d'un environnement (juridique) favorable à la diffusion des prestations électroniques des autorités auprès des entreprises et de la population (let. b). L'AP-LMETA vise à créer les bases pour simplifier, améliorer, étendre et développer l'offre de cyberadministration. Cet objectif de croissance est lié à l'art. 4 AP-LMETA (disposition programmatique), selon lequel la Confédération doit encourager le traitement électronique de ses processus d'affaires. Les prestations électroniques dont les entreprises et la population pourront bénéficier comprennent l'utilisation et l'exploitation de logiciels à code source ouvert, de données ouvertes, de services de base et de services en ligne, ainsi que la définition de normes.

Art. 2 *Champ d'application*

Al. 1

Les dispositions de l'AP-LMETA s'appliqueront à l'administration fédérale centrale ainsi qu'aux unités décentralisées, sauf dispositions contraires d'autres lois fédérales (p. ex. actes relatifs à l'organisation de l'administration fédérale). L'appartenance à l'administration fédérale centrale et à l'administration fédérale décentralisée est régie par les art. 7 et 8 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁵⁴.

Compte tenu des divers domaines d'autonomie concernés, il n'est en revanche pas judicieux que les organismes extérieurs à l'administration fédérale qui sont chargés d'exécuter des tâches publiques (conformément à l'art. 2, al. 4, LOGA) entrent elles aussi dans le champ d'application de la loi. Le cas échéant, l'utilisation, dans ces organismes, des moyens électroniques liés à l'offre de services administratifs en ligne devra être régie par une loi spéciale. En vertu de l'al. 2, les organismes extérieurs à l'administration fédérale seront uniquement assujettis à l'obligation d'utiliser les services administratifs en ligne (services de base et services en ligne) et d'appliquer les normes imposées par le Conseil fédéral (cf. art. 12, al. 3, let. b, et 13, al. 2, let. b, AP-LMETA).

L'application du principe des données ouvertes défini à l'art. 11 se limitera dans un premier temps à l'administration fédérale centrale. Cette restriction s'appuie sur la stratégie OGD, selon laquelle ce principe doit être imposé uniquement à cet échelon de l'État. Il n'est en particulier pas question d'en étendre l'application aux entreprises parapubliques ou aux particuliers en introduisant une obligation légale allant dans ce sens. L'application de cette stratégie à l'administration fédérale décentralisée et aux entreprises parapubliques sera recherchée à long terme.

⁵⁴ RS 172.010.1

Al. 2

L'al. 2 prévoit que l'application des dispositions imposant l'utilisation de certains services et le respect de certaines normes sera étendue aux administrations cantonales et aux organismes extérieurs à l'administration qui ont été chargés d'accomplir des tâches de l'administration en lien avec l'exécution du droit fédéral. Il importe peu de savoir en l'espèce si la Confédération ou les cantons ont délégué l'accomplissement de certaines tâches, à savoir l'exécution du droit fédéral, à des organismes ou à des personnes extérieurs à l'administration (cf. commentaire de l'art. 12, al. 3, AP-LMETA). L'extension du champ d'application aux cantons est limitée aux exécutifs cantonaux en raison de la répartition des pouvoirs. Les parlements et les tribunaux cantonaux ne sont pas concernés.

Les dispositions prévoyant le caractère contraignant de certains services et normes sont les art. 12 à 14. Elles fondent la possibilité pour le Conseil fédéral de déclarer obligatoires l'utilisation des services administratifs en ligne (services de base et services en ligne) ainsi que le respect de normes déterminées. La dérogation visée à l'art. 14 AP-LMETA s'appliquera elle aussi aux cantons et aux organismes extérieurs à l'administration.

Al. 3

L'Assemblée fédérale et les tribunaux fédéraux ne seront pas assujettis à la loi, car les pouvoirs législatif et judiciaire ont des besoins spécifiques quant à l'utilisation des moyens électroniques. À cet égard, il convient de mentionner notamment la future loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ), dont la consultation se terminera le 26 février 2021. Cette loi prévoit l'institution d'une plateforme placée sous la responsabilité des cantons et de la Confédération pour la communication des dossiers et des écrits par voie électronique («e-justice»). Le projet connexe «Justitia 4.0» des tribunaux suisses vise à numériser les processus clés des institutions judiciaires.

L'al. 3 permettra toutefois aux instances tant législatives (représentées par les Services du Parlement) que judiciaires de la Confédération de se soumettre volontairement à la loi ou à certains de ses articles en concluant une convention avec le Conseil fédéral. Les Services du Parlement et les tribunaux fédéraux pourraient avoir intérêt à se soumettre à une partie des articles de la loi, notamment aux dispositions relatives aux services administratifs en ligne (art. 12 AP-LMETA) et à celles qui imposent le respect de certaines normes (art. 13 AP-LMETA).

Le Conseil fédéral statuera au cas par cas, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, sur les demandes d'assujettissement (partiel) qui lui seront soumises et actera celui-ci au moyen d'une convention ou le refusera (p. ex. parce qu'une offre concrète d'assujettissement partiel n'apporte aucune plus-value). Au cas où les assujettissements auraient des répercussions sur les acquisitions, les services d'achat de la Confédération devraient être consultés avant la conclusion d'une convention d'assujettissement et informés à temps de cette conclusion.

Seront réservées dans tous les cas les éventuelles dispositions d'autres lois fédérales qui s'opposeraient à un assujettissement.

Al. 4

Si des dispositions d'autres actes s'opposent aux réglementations prévues dans l'AP-LMETA, celles-ci primeront. Il est concevable par exemple que la prise en charge des coûts liés à des projets de collaboration en matière de cyberadministration soit régie dans des lois spéciales dérogeant aux réglementations générales de l'AP-LMETA. Dans ce cas, les dispositions des lois spéciales s'appliqueront. Les autres dispositions de l'AP-LMETA qui ne s'opposent pas à celles des lois spéciales resteront toutefois applicables.

Art. 3 Définitions

L'art. 3 introduit dans le droit fédéral des notions liées à l'utilisation des moyens électroniques, notions qu'il est nécessaire de préciser.

Let. a: «cyberadministration»

Il existe de nombreuses définitions de la cyberadministration. Celle-ci correspond, pour l'essentiel et de manière simplifiée, à la fourniture de services en ligne par les trois pouvoirs de l'État (législatif, exécutif, judiciaire).

La stratégie de cyberadministration de la Confédération définit la cyberadministration comme suit⁵⁵:

«La cyberadministration ou "e-gouvernement" se définit comme "l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans les administrations publiques, associée à des changements au niveau de l'organisation et de nouvelles aptitudes du personnel", afin d'améliorer les services publics, ainsi que de renforcer les processus démocratiques et de soutien aux politiques publiques».

S'appuyant sur cette définition, l'AP-LMETA retient les caractéristiques principales de la cyberadministration, à savoir l'utilisation des technologies de l'information et de la communication aux fins de l'exécution des tâches publiques. En d'autres termes, la cyberadministration désigne le traitement électronique des processus d'affaires à l'aide des technologies de l'information et de la communication en vue de l'interopérabilité des autorités (de tous les échelons de l'État confondus), d'une part, ainsi que des autorités et des tiers (personnes physiques ou morales), d'autre part⁵⁶. Cela requiert une communication juridiquement contraignante.

L'expression «en matière de cyberadministration» (ou toute autre formulation similaire) qui est utilisée tant dans l'AP-LMETA que dans le présent rapport englobe toutes les formes d'utilisation des technologies de l'information et de la communication aux fins de l'exécution des tâches publiques.

De plus, la définition de la notion «cyberadministration» ne doit pas être considérée comme définitive, car elle désigne un domaine en constante mutation sur le plan technologique.

Let. b: «services administratifs en ligne»

La notion «services administratifs en ligne» désigne des technologies de l'information et de la communication permettant l'exécution des tâches publiques. Dans le contexte de l'AP-LMETA, ces services se composent de services de base et de services en ligne.

Les services de base constituent le fondement du traitement électronique des processus administratifs. D'autres services spécifiques ou communs à plusieurs autorités (services en ligne) peuvent être développés à partir de ces services de base, qui comprennent les services clés des domaines suivants:

- gestion des identités et des accès, telle que les services d'identification électronique (permettant l'utilisation d'une e-ID) ou la plateforme d'échange sécurisé sedex, qui garantit un accès sécurisé aux services administratifs. Les services de base englobent également les portails d'accès à certains services administratifs spécifiques;
- registres partagés, tels que la gestion transversale des données de base des autorités ou le SNA, pour les échanges entre les autorités.

Des informations complémentaires sur les services de base figurent au ch. 2.4.3.

Le traitement électronique des processus d'affaires est réalisé grâce à des applications spécifiques de cyberadministration (services en ligne ou services de cyberadministration). Ces services englobent toutes les offres et tous les services électroniques qui permettent, avec un effet juridiquement contraignant, la collaboration électronique continue entre les organes publics ainsi qu'entre ces derniers et des tiers (population et entreprises). Il ne s'agit pas uniquement des services qui présentent un avantage immédiat pour les personnes physiques ou les entreprises ou que celles-ci peuvent utiliser directement, mais également des services internes à l'administration⁵⁷.

Le portail «eDéménagementCH», qui permet d'annoncer un changement de domicile et d'exécuter les formalités requises par voie électronique, est un exemple de service en ligne⁵⁸. D'autres projets sont en cours, dont la validation des signatures dans les documents des autorités.

⁵⁵ Cf. Stratégie suisse de cyberadministration du 5 janvier 2017, p. 2.

⁵⁶ SCHNELL/AMMANN/GRÜNENFELDER, *Max Weber in der Digitalisierungsfalle. E-Government in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 2018, p. 6.

⁵⁷ Cf. rapport sur la loi concernant la cyberadministration dans le canton de Saint-Gall, p. 26 (en allemand uniquement).

⁵⁸ Dans le cadre du projet «eDéménagementCH», la Confédération, les cantons et les communes ont élaboré une solution qui redéfinit le processus d'annonce. Il est prévu que cette solution soit utilisée à l'échelle nationale.

De plus amples informations à ce sujet figurent au ch. 2.4.3.

L'AP-LMETA ne prévoit aucune conséquence juridique distincte pour un «service de base» ou un «service en ligne».

Art. 4 Principes

Al. 1

La simplification, l'accélération et la transparence accrue de toutes les interactions avec les administrations et organismes publics constituent le principal avantage de la cyberadministration pour la population et les entreprises. Le progrès technique permet de nouvelles formes de communication et d'interaction, de sorte qu'une collaboration électronique continue entre les organes publics ainsi qu'entre ces derniers et des tiers devient possible, avec un effet juridiquement contraignant, dans un nombre croissant de domaines. L'art. 4, al. 1, oblige expressément les autorités fédérales soumises à la LMETA à viser le traitement électronique de leurs processus d'affaires afin d'accroître leur efficacité et de se créer de nouvelles possibilités. Cela passe notamment par des innovations ainsi que par une extension et une amélioration régulières de l'offre de services en ligne. La Confédération devra donc garantir un accès simple et sûr à ces prestations. Le principe «Priorité au numérique» adopté par le Conseil fédéral sera ainsi inscrit dans la législation fédérale⁵⁹.

En vertu de ce principe, la Confédération devra accorder la priorité à la voie électronique lorsqu'elle mettra à disposition des informations et des services. Pour assurer la transition numérique de l'administration, elle devra proposer un canal électronique doté d'avantages tels qu'il deviendra le premier choix de la population et des entreprises. La Confédération sera tenue de fournir des informations et des services sous forme électronique, en veillant autant que possible à leur compatibilité avec les appareils mobiles. Elle devra améliorer la diffusion et l'accessibilité de son offre de prestations électroniques et utiliser des processus entièrement numériques, sans porter atteinte au droit à l'autodétermination en matière d'information. La loi ne définit pas les ressources que la Confédération devra utiliser pour atteindre cet objectif.

Les conventions de collaboration conclues entre la Confédération et d'autres collectivités, d'autres États ou des organismes, ainsi que la prise de participations et la délégation de tâches seront d'autres mesures propres à favoriser la cyberadministration.

Al. 2

La cyberadministration ne fait pas partie des tâches de l'État qui, en vertu de la Constitution, sont réputées attribuées à l'un ou l'autre échelon de l'État ou à l'un ou l'autre de ses pouvoirs en vue de leur exécution. Il est évident, au vu de ce seul motif, qu'une cyberadministration commune aux collectivités nécessitera dans de nombreux cas l'interaction de celles-ci.

Une collaboration étroite et parfaitement coordonnée entre la Confédération et les cantons est indispensable pour que la population, les entreprises et les pouvoirs publics bénéficient au mieux des avancées actuelles et futures de la cyberadministration. Pour soutenir l'expansion de la cyberadministration, la Confédération devra suffisamment tenir compte des besoins des cantons en la matière, garantir leur autonomie, les aider et, au besoin, coordonner ses stratégies avec les leurs. 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 (cf. art. 46, al. 3, Cst.).

Les tâches relatives à la cyberadministration requerront toujours plus de solutions communes. L'al. 2 proposé obligera les autorités fédérales à coordonner leurs activités avec les autorités cantonales lors de la réalisation de projets de cyberadministration concernant les cantons. Cette disposition concrétise l'obligation visée à l'art. 44, al. 1 et 2, Cst. Selon cette disposition, la Confédération et les cantons doivent s'entraider et s'accorder mutuellement respect et assistance. Une obligation équivalente pour les autorités cantonales devrait figurer dans le droit cantonal, si elle ne découle pas déjà de l'art. 44 Cst. Cette obligation d'assistance mutuelle n'autorise toutefois pas à déroger à la

⁵⁹ Le Conseil fédéral a adopté le principe «Priorité au numérique» le 14 novembre 2018, en même temps que les bases de la stratégie suisse de cyberadministration pour les années 2020 à 2023 (cf. www.dff.admin.ch > Communiqués du DFF > Le Conseil fédéral approuve les bases de la stratégie suisse de cyberadministration 2020-2023).

répartition des compétences entre la Confédération et les cantons qui est inscrite dans la Constitution.

Aucun soutien financier mutuel ne pourra découler de l'obligation de coordination mentionnée à l'al. 2.

Al. 3

Le fait de donner la priorité aux interactions numériques par rapport aux offres analogiques comporte aussi certains risques, notamment celui que l'utilisation des prestations électroniques reste impossible pour une partie de la population (p. ex. à cause de problèmes d'accessibilité ou d'un manque de clarté linguistique). On s'expose aussi au risque que les données échangées lors de l'utilisation des offres numériques ne soient pas suffisamment protégées contre l'accès de tiers non autorisés.

À des fins de prévention, les autorités fédérales seront expressément tenues de veiller en tout temps à répondre aux besoins de la population lorsqu'elles numériseront leurs prestations. Ainsi, elles devront garantir l'accessibilité de leur offre et prendre en considération les risques pesant sur la sécurité des données ainsi que la disponibilité des données et des services.

Art. 5 Conclusion de conventions

Al. 1

L'al. 1 dote la Confédération d'une base légale lui permettant de conclure des conventions sur la mise en œuvre technique et organisationnelle d'une collaboration en matière de cyberadministration et sur le financement de celle-ci. La limitation à la «mise en œuvre technique et organisationnelle» souligne que cette disposition très générale ne régleme pas la collaboration sur le fond, mais qu'elle régit la mise en œuvre d'une collaboration dont les bases légales sont définies ailleurs (p. ex. les adjudications communes sont réglées dans la LMP ou dans le droit cantonal des marchés publics). Ainsi, une convention obligeant les collectivités partenaires à collaborer dans certains domaines (p. ex. pour l'acquisition commune de biens précis) sortirait du cadre de cette disposition. Des bases légales spécifiques seraient alors nécessaires. À l'inverse, cette disposition pourrait servir de base à la conclusion d'une convention réglant la marche à suivre sur les plans technique et organisationnel en matière d'adjudications communes. Les conventions ne pourront toutefois pas s'écarter du droit en vigueur (p. ex. celui des marchés publics).

Elles seront en outre admises uniquement si la Confédération agit:

- dans chaque projet pour remplir ses tâches (définies dans le droit matériel), et
- pour mettre en œuvre les principes énoncés à l'art. 4 AP-LMETA.

Une convention de collaboration implique qu'il s'agisse d'une tâche publique relevant de la Confédération, conforme à la répartition des compétences et décrite dans une loi spéciale, et que les processus liés à cette tâche soient exécutés par voie électronique. Toutes les collectivités suisses, tous les États ainsi que l'ensemble des organismes nationaux et internationaux pourront être des partenaires de collaboration (cf. cependant l'art. 5, qui régit la conclusion de traités internationaux).

Les domaines de collaboration mentionnés à l'al. 1, let. a et b, ne sont que des exemples dans lesquels il est primordial de rechercher une coopération fédérale. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Al. 2

L'al. 2 prescrit les contenus qu'une convention devra régler dès lors que ceux-ci sont pertinents dans un cas précis. Les contenus visés sont les compétences, l'organisation, le financement et le droit applicable, en particulier celui qui régit la responsabilité de la Confédération, les rapports de travail, la prévoyance professionnelle, les achats et la protection des données.

Al. 3

Même si les al. 1 et 2 prévoient que la Confédération pourra collaborer avec des tiers sans qu'elle n'ait à créer une institution ou un organisme doté de la personnalité juridique (le cas échéant, cette collaboration se traduira par la mise sur pied d'une société simple au sens des art. 530 ss du code des obligations [CO]⁶⁰, soit une association relativement souple de partenaires ayant les mêmes intérêts, qui n'a pas la personnalité juridique), l'al. 3 précise qu'une convention pourra également prévoir la création d'un organisme commun (p. ex. financé par la Confédération et les cantons) doté de la personnalité juridique.

Al. 4

Le Conseil fédéral est habilité à conclure des conventions avec les cantons et avec des organismes (nationaux). La convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2020⁶¹ en est un exemple.

La conclusion de conventions par les autorités exécutives entraîne par nature le transfert de compétences du pouvoir législatif vers l'exécutif. Il faut en outre veiller particulièrement à respecter la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons inscrite dans la Constitution et à altérer le moins possible les droits démocratiques de codécision.

Al. 5

Les conventions de collaboration que la Confédération conclura avec d'autres États ou avec des organismes internationaux dans le domaine de la cyberadministration seront des traités internationaux. En vertu de l'art. 54 Cst., la Confédération possède de vastes compétences en matière d'affaires étrangères, et ces compétences l'autorisent à intervenir dans des domaines relevant des cantons sur le plan intérieur. Ceux-ci sont toutefois associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels (art. 55 Cst.).

D'après l'art. 184, al. 1 et 2, Cst., le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères, mais doit préserver les droits de participation de l'Assemblée fédérale (art. 184, al. 1 et 2, deuxième phrase, et 166, al. 1, Cst.). Il peut donc signer des traités sous réserve de l'approbation de l'Assemblée fédérale et de la ratification subséquente.

Conformément aux art. 166, al. 2, Cst. et 7a, al. 1, LOGA, cette obligation d'approbation ne peut faire l'objet d'une exception qu'en vertu d'une loi ou d'un traité international⁶². En outre, le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux de portée mineure. L'art. 7a, al. 3 et 4, LOGA précise ce qui est considéré ou non comme un traité international de portée mineure.

La compétence du Conseil fédéral de conclure des conventions et des traités internationaux en vertu des al. 4 et 5 sera limitée à la cyberadministration. Cette disposition autorise expressément le Conseil fédéral à conclure des contrats de cyberadministration avec d'autres États ou avec des organismes internationaux, sans qu'il ne doive requérir l'approbation de l'Assemblée fédérale. D'après l'art. 48a, al. 1, deuxième phrase, LOGA, le Conseil fédéral peut également déléguer à un office la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure.

À noter en particulier que la compétence en matière de conclusion de conventions accordée au Conseil fédéral par l'al. 3 porte uniquement sur la définition des modalités de l'assistance électronique en vue de l'exécution des tâches de l'État réglementées ailleurs dans le droit fédéral (notamment l'harmonisation ou la mise en commun du développement, de l'acquisition, de l'exploitation ou de la maintenance des moyens informatiques), conformément à la répartition des compétences. En revanche, cette disposition ne permet pas d'établir des obligations de collaboration ni des règles concernant les tâches de l'État, voire les droits et obligations des particuliers.

Il sera toujours exclu que le Conseil fédéral convienne lui-même, en vertu de l'al. 3, de la création d'organismes internationaux ou de l'adhésion de la Suisse à ceux-ci. C'est pourquoi la compétence de conclure des traités internationaux sera limitée aux objets visés aux al. 1 et 2.

⁶⁰ RS 220

⁶¹ FF 2019 8257

⁶² Cf. art. 24, al. 2, de la loi sur le Parlement (RS 171.10).

Al. 6

La conclusion de conventions fondée sur l'art. 5 AP-LMETA ne sera autorisée que si les bases légales nécessaires à cet effet figurent déjà dans d'autres actes. Ainsi, le traitement des données personnelles sera régi par les dispositions en vigueur relatives à la protection des données. Il ne pourra pas être réglé à titre dérogatoire au moyen d'une convention.

Art. 6 *Participations de la Confédération*

Al. 1

Cet article fournit à la Confédération une base légale pour des projets de participation en vue d'une collaboration dans le domaine de la cyberadministration. Une telle participation devra toujours servir à l'exécution du mandat légal des autorités fédérales.

Contrairement à la conclusion de conventions visée à l'art. 5, la Confédération pourra uniquement déterminer si elle souhaite prendre des participations dans un organisme (généralement existant). Elle n'aura pas le droit de régler juridiquement l'organisation, le financement ou le droit applicable. Pourra ainsi être soumise à cette disposition l'acquisition d'actions d'une société entrant dans le champ d'application de la loi.

De plus amples informations à ce sujet figurent au ch. 2.2.

Al. 2

Le Conseil fédéral aura compétence pour décider d'une prise de participations.

Art. 7 *Prise en charge des coûts liés aux conventions et aux organismes*

Al. 1

La réglementation concernant la répartition proportionnelle des coûts entre les parties à une convention (art. 5) ou à un organisme (art. 6) s'appuie sur le principe de l'équivalence fiscale visé à l'art. 43a, al. 2 et 3, Cst. Selon ce principe, l'unité qui bénéficie de l'exécution d'une tâche de l'État, l'unité qui en assume les coûts et l'unité qui prend les décisions doivent être identiques. Par conséquent, les parties contractuelles qui profitent d'une convention de collaboration ou qui détiennent des participations dans un organisme devront prendre en charge les coûts correspondants en fonction des prestations qu'elles reçoivent.

La Confédération pourra participer à des conventions ou à des organismes uniquement si, pour chaque projet de participation, la prise en charge des coûts est définie de manière proportionnelle à l'utilisation des services.

Cette disposition sert également, dans le droit fédéral, de base de financement pour l'acquisition de parts d'organismes et pour l'octroi des éventuelles ressources nécessaires à des organismes. Dans le même temps, la prise en charge proportionnelle des coûts indique clairement que la Confédération pourra verser des subventions autres que la participation dans un organisme et une éventuelle dotation en capital uniquement dans les limites imposées à l'art. 8.

Art. 8 *Aides financières*

Al. 1

Dans de nombreux cas, les mesures de cyberadministration qui sont appliquées dans un but précis par une collectivité ou un organisme peuvent fournir des résultats que d'autres collectivités, et en particulier la Confédération, peuvent adapter à leurs besoins, moyennant des coûts relativement faibles. Ces projets de tiers peuvent dès lors servir les intérêts de la Confédération, surtout par exemple ceux qui visent à améliorer l'interopérabilité. L'art. 8 AP-LMETA fournit à la Confédération la base légale qui lui permettra de promouvoir ce genre de mesures par l'intermédiaire d'aides financières. Eu égard à la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les

cantons, ces aides pourront être versées uniquement si elles sont nécessaires pour garantir l'application correcte et uniforme du droit fédéral. Cette exigence ne signifie pas que le droit fédéral ne pourrait pas être appliqué correctement et uniformément sans ces aides financières. Elle signale plutôt qu'il ne peut pas y avoir un moyen qui, bien que portant moins atteinte à l'autonomie des cantons, favorise autant la bonne application du droit fédéral et n'entraîne pas d'autres inconvénients graves.

Les aides financières devront être accordées dans les limites des crédits approuvés. Les bénéficiaires entrant en ligne de compte seront les cantons, les organismes extérieurs à l'administration au service de la Confédération et des cantons ainsi que les organismes avec lesquels la Confédération conclut des conventions au sens de l'art. 5 AP-LMETA ou dans lesquels elle détient des participations. Un organisme commun de la Confédération et des cantons chargé de coordonner et de piloter la transition numérique de l'administration (soit une éventuelle future étape du projet en cours «Administration numérique suisse») et doté de la personnalité juridique pourrait, par exemple, recevoir des aides financières.

Al. 2

Les aides financières devront être accordées sur la base de contrats de droit public. Il sera ainsi possible d'éviter que le bénéficiaire ne s'affranchisse unilatéralement de ses obligations en renonçant aux aides. La compétence de conclure des contrats est régie par la réglementation des compétences de la Confédération. À cet égard, la compétence des unités administratives découle de leur compétence en matière d'exécution de la tâche administrative qui leur incombe en vertu de la loi ou d'une ordonnance (cf. art. 8, al. 1, et 47, al. 2, LOGA). Les exigences qui doivent d'ordinaire être inscrites dans une loi, comme la nature des contributions (contributions à fonds perdu, prêts, garanties de déficit, etc.), devront faire partie intégrante du contrat.

Lors de l'encouragement de programmes pluriannuels, par exemple, il sera judicieux de conclure avec les cantons des conventions-programmes au sens de l'art. 20a de la loi sur les subventions (LSu)⁶³ et d'y définir conjointement les objectifs stratégiques à atteindre et la contribution de la Confédération. De plus, les modalités de la surveillance financière devront être fixées en accord avec le CDF.

Art. 9 *Délégation de tâches*

Al. 1

Cet alinéa et, de manière générale, l'art. 9 créent la base légale formelle nécessaire à la délégation de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire (art. 178, al. 3, Cst.). La compétence du Conseil fédéral se limitera à la délégation de tâches de cyberadministration et de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire en lien avec l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en vue de l'exécution des tâches publiques. Pour peu qu'elle respecte les limites de son champ d'action, la Confédération pourra déléguer des tâches non seulement à des organismes qui existent déjà (p. ex. entreprises de la Confédération), mais également à des organismes qui devront être créés. Peu importe à cet égard qu'elle détienne ou non des participations dans les organismes concernés. L'exécution, par l'administration fédérale, de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire ne devra en principe pas faire l'objet d'une réglementation légale spéciale, car elle est déjà prévue de manière implicite dans les bases légales qui régissent les tâches principales de chaque unité administrative. Toutefois, elle englobe aussi des tâches de l'administration dont la délégation à des organismes ou personnes extérieurs à l'administration fédérale doit être réglée sur le plan légal (cf. art. 178, al. 3, Cst.). Cela vaut en particulier pour l'exécution de procédures d'appel d'offres.

Le Conseil fédéral sera libre de déléguer des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire sur la base d'un contrat de droit administratif ou par voie d'ordonnance. 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. Les principaux points et les exigences légales visées à l'al. 1, let. a à c, devront être définis dans l'acte de délégation. Si le Conseil fédéral opte pour une délégation par

⁶³ RS 616.1

voie d'ordonnance, il sera habilité, en vertu de l'al. 1, à édicter des ordonnances d'exécution régissant la délégation de tâches à des organismes. Concernant les éléments à réglementer dans l'acte de délégation et la surveillance, nous renvoyons respectivement aux ch. 2.3 et 4.1.3 («Autres conséquences»).

Al. 2

La délégation, à un organisme, de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire ne s'accompagnera pas automatiquement d'une prise de participations de la Confédération dans cet organisme. Cette participation ne sera impérative que si la délégation porte sur l'exécution de procédures d'appel d'offres, auquel cas il sera déterminant en vertu du droit des marchés publics que la Confédération assume la responsabilité de l'organisme. Si la Confédération ne détenait aucune part de l'organisme auquel cette tâche est déléguée, elle ne pourrait pas bénéficier de l'exception *quasi in-house* au sens du droit des marchés publics. Pour qu'elle puisse faire valoir cette exception, il sera également exclu que des particuliers détiennent des participations dans l'organisme et que celui-ci leur fournisse des prestations sur le marché (cf. ch. 2.3.1).

En résumé, les conditions suivantes devront être remplies pour que la Confédération puisse bénéficier de l'exception *quasi in-house* lorsqu'elle délèguera l'exécution de procédures d'appel d'offres à des organismes ou à des personnes de droit public ou de droit privé:

- la Confédération détient des participations dans l'organisme ou dans la personne (exigence en matière de contrôle et d'activité);
- aucun particulier ne détient des participations dans l'organisme ou dans la personne;
- l'organisme ou la personne ne fournit pas de prestations à des particuliers sur le marché.

Al. 3

Lorsque l'exécution de la tâche déléguée le requerra (p. ex. exécution de procédures d'appel d'offres), des compétences décisionnelles devront également être accordées aux organismes et aux institutions.

Al. 4

Lorsque la tâche doit être déléguée à des bénéficiaires de droit privé et qu'il existe plusieurs fournisseurs qui soient capables de l'exécuter et auxquels il faut verser une indemnité, la procédure de sélection devra être transparente, neutre et impartiale (cf. art. 10, al. 1, let. e, LSu, dans la version qui sera en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2021). Ces critères seront aussi applicables à la délégation de tâches à d'autres acteurs.

Art. 10 Logiciels à code source ouvert

Al. 1

Un logiciel à code source ouvert présente les caractéristiques principales suivantes⁶⁴:

- sa transmission gratuite et illimitée est autorisée;
- le logiciel doit résider dans le code source ou, s'il est transmis dans un code binaire, le destinataire doit pouvoir accéder au code source;
- ses modifications et leur transmission sous la même licence doivent en principe être admises;
- les droits octroyés ne doivent pas être davantage restreints: par exemple, l'utilisation par des personnes ou des groupes de personnes ne saurait être exclue; aucun domaine d'utilisation (en particulier l'utilisation commerciale) ne doit être exclu, et la diffusion du logiciel

⁶⁴ Cf. JAEGER/METZGER, *Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, 4^e édition, Cm 2 ss et 39 s.

avec d'autres programmes (tels que des logiciels à code source fermé) ne peut pas être limitée.

La principale différence par rapport aux *logiciels à code source fermé* tient dans l'octroi de droits d'utilisation étendus du code source en vertu du droit d'auteur, droits qui permettent de copier, d'éditer, d'étudier et de transmettre librement le logiciel.

Au demeurant, la première caractéristique mentionnée ci-dessus ne signifie pas que les logiciels à code source ouvert devront être proposés intégralement à titre gratuit. La seule interdiction à cet égard porte sur la perception des droits de licence. En revanche, il sera par exemple permis de facturer des frais de copie.

La sélection des moyens informatiques destinés à être utilisés dans l'administration fédérale devra se fonder sur la solution la plus adaptée à la situation considérée. Des solutions à code source ouvert sont disponibles dans de nombreux cas. L'emploi de logiciels existants implique un perfectionnement régulier par la Confédération. La mise à disposition du code logiciel perfectionné est alors souvent nécessaire ou, du moins, judicieuse. La disposition proposée dote les autorités fédérales de la base légale nécessaire pour mettre à disposition les logiciels à code source ouvert qu'elles utilisent ou perfectionnent pour garantir l'exécution des tâches de droit public. Elle garantit ainsi que ces autorités jouissent d'une flexibilité optimale, indépendamment des modèles de licence.

Si le fait de transmettre des logiciels sans percevoir de droits de licence est considéré comme une activité économique, alors les restrictions liées au principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé s'appliquent. Une activité économique de la Confédération suppose dès lors qu'il existe une base légale formelle, que l'activité revête un intérêt public et soit proportionnée et que le principe de la neutralité concurrentielle soit respecté. La disposition proposée remplit la condition de la base légale.

Les principaux cas de mise à disposition de logiciels à code source ouvert servent l'intérêt public:

- Si la licence des logiciels à codes source ouvert existants prévoient que les perfectionnements doivent être mis à disposition, la Confédération doit accepter cette condition. En l'espèce, l'intérêt public découle de la possibilité d'une acquisition efficiente.
- Lorsque des perfectionnements internes spécifiques sont mis à disposition pour que d'autres collectivités puissent accomplir des tâches publiques, l'intérêt public naît de la possibilité de contribuer efficacement à l'exécution des tâches de l'État. L'utilisation d'un modèle de licence à code source ouvert peut aussi favoriser la collaboration entre les collectivités, car l'utilisation de licences connues et répandues règle simplement et en une fois de nombreuses questions juridiques. Cela est d'autant plus vrai qu'il est ainsi possible de faire appel à des entreprises privées qui, de leur côté, ont un intérêt particulièrement élevé à la clarté et à la sécurité qui découlent de cette utilisation sur le plan juridique. À l'inverse, la formation de «communautés fermées» (*closes communities*) à l'intérieur des collectivités devrait sans cesse faire l'objet de nouvelles négociations et réglementations et pourrait entraîner des charges d'exécution plus importantes.
- Enfin, la possibilité d'obtenir des logiciels de meilleure qualité en participant à une communauté de développeurs ou en participant à sa fondation peut présenter un intérêt public.

Le caractère proportionné de la mise à disposition de logiciels à code source ouvert doit être examiné au cas par cas.

Cette mise à disposition par les autorités fédérales soumises à la loi doit obéir aux mêmes principes qu'une mise à disposition par des particuliers (cf. al. 2, qui prescrit l'utilisation de licences aussi répandues ou reconnues que possible au niveau international). Le principe de la neutralité concurrentielle est donc respecté.

Il va de soi que la mise à disposition de logiciels ou de codes sources n'est pas possible lorsque les droits de propriété intellectuelle de tiers l'excluent. C'est notamment le cas lorsque la Confédération acquiert des logiciels tiers avec une licence qui interdit toute mise à disposition. Pour éviter une insécurité juridique, il convient donc de préciser que les droits de tiers doivent être garantis.

L'acquisition de logiciels à code source ouvert n'est pas l'objet de l'al. 1. Même si l'utilisation de ces logiciels est exempte de droits de licence, elle peut s'accompagner d'obligations. Il est donc indispensable de respecter les dispositions pertinentes du droit des marchés publics. À cet égard, il faudra s'efforcer de coordonner l'utilisation de ces logiciels dans les départements, notamment pour avoir une vue d'ensemble des conditions de licence et garantir les droits de tiers.

En revanche, la conclusion des différents contrats de licence revêt le caractère d'une transaction juridique. La compétence en la matière s'appuie sur la tâche de l'administration correspondante. En ce qui concerne les droits de signature, l'art. 49, al. 3, LOGA précise que les directeurs de groupes et d'offices ainsi que les secrétaires généraux doivent régler ces droits dans leur domaine de compétence.

Al. 2

Plusieurs modèles de licence bien établis réglementant les principales questions existent en matière de logiciels à code source ouvert. Afin que l'administration puisse réagir de manière aussi souple que possible aux évolutions dans ce domaine, l'AP-LMETA ne prescrit pas de manière exhaustive des modèles de licence précis ou le contenu des contrats de licence. Dans la mesure du possible, l'autorité compétente s'appuiera plutôt sur des textes de licence reconnus ou répandus au niveau international.

En mettant à disposition des licences, la Confédération renonce à tirer des recettes des droits de licence. C'est pourquoi il est justifié d'exclure dans la mesure du possible toute prétention contractuelle en responsabilité. Une large exclusion de la responsabilité est courante dans les modèles de licence établis. Par contre, la responsabilité de la Confédération prévue dans le droit public ne peut pas être exclue. L'art. 146 Cst. prévoit une responsabilité de l'État pour les dommages *causés sans droit*. Celle-ci ne s'applique pas en l'absence de dommages causés sans droit par un organe fédéral dans l'exercice de ses fonctions. Les défaillances des solutions informatiques de l'État, notamment, ne relèvent donc pas de la responsabilité de ce dernier, car les bases légales ne garantissent pas une exploitation sans faille des logiciels à code source ouvert (une responsabilité de la Confédération n'est guère envisageable en cas de défaillance de ces logiciels, mais elle ne peut pas être totalement exclue). Par conséquent, tant qu'une défaillance n'est pas réputée causée sans droit, il paraît opportun que les utilisateurs de ces logiciels assument le risque correspondant. En revanche, en cas de perte ou de falsification de données, il faudrait déterminer au cas par cas si celle-ci résulte d'un comportement illicite.

Al. 3

La relation entre les utilisateurs et la Confédération en tant que détentrice des droits n'a pas de caractère souverain. En général, la Confédération se présente aux utilisateurs comme le ferait un particulier. Les conditions d'utilisation de logiciels à code source ouvert sont définies régulièrement dans des contrats de licence entre particuliers. Il paraît donc opportun que les rapports juridiques liés à l'octroi des licences se fondent sur le droit civil, sauf dispositions contraires. Cela correspond au fait que l'État acquiert aussi des prestations payantes auprès de particuliers sur la base de contrats de droit privé. L'utilisation de logiciels à code source ouvert associée à l'acquisition de prestations payantes garantit l'assujettissement uniforme des relations juridiques au droit privé. Par conséquent, les litiges entre les parties à un contrat de licence relèvent des tribunaux civils (contrairement à ce que prévoit la réglementation relative aux données ouvertes, qui présente pour le reste de nombreuses similitudes; cf. ci-après). En revanche, le droit public reste applicable sans restriction au processus de la libre formation de la volonté des autorités.

Al. 4

Dans de nombreux cas, la seule mise à disposition de logiciels à code source ouvert n'est pas utile au preneur de licence si elle ne s'accompagne pas de prestations complémentaires, en particulier à des fins d'intégration, de maintenance, de sécurité informatique et d'assistance. En général, ces prestations pourraient être considérées comme des prestations commerciales de l'administration. Compte tenu du principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé, une unité administrative peut fournir des prestations commerciales à des tiers uniquement si une loi l'y autorise. En outre,

une activité économique de la Confédération doit présenter un intérêt public, être proportionnée et respecter le principe de la neutralité concurrentielle.

L'al. 4 crée la base légale formelle nécessaire à des cas très spécifiques. La fourniture de prestations complémentaires sera admise uniquement si elle présente un intérêt public, comme dans les cas suivants par exemple:

- le fait que des tiers utilisent des logiciels à code source ouvert améliore la collaboration avec la Confédération;
- la diffusion de logiciels à code source ouvert contribue à la formation d'une communauté de développeurs qui fait évoluer ces logiciels et en améliore la qualité.

La disposition tient également compte du principe de proportionnalité: les prestations ne seront possibles que si elles génèrent des coûts raisonnables. Les charges supplémentaires qui incomberont à la Confédération devront donc être proportionnelles à l'intérêt public poursuivi par les prestations. Le principe de proportionnalité suppose aussi que le volume des prestations pourra être moindre par rapport à la tâche initiale de l'administration.

Enfin, l'exigence d'émoluments couvrant les coûts garantira la neutralité de la concurrence.

Al. 5

La Confédération peut avoir intérêt à encourager l'utilisation de logiciels à code source ouvert en fournissant des prestations, même lorsqu'aucun émolument ne peut ou ne doit être prélevé. Elle pourra donc renoncer à percevoir un émolument dans des cas exceptionnels, à condition toutefois de ne pas concurrencer le secteur privé. Ce cas se présentera par exemple lorsqu'une prestation précise n'est pas proposée sur le marché par des particuliers.

Art. 11 Données ouvertes

Al. 1

L'al. 1 concrétise le principe *open data by default* défini dans la stratégie OGD. Selon ce principe, les données produites ou commandées par les unités administratives de l'administration fédérale centrale doivent être considérées comme des données ouvertes, et leurs propriétaires doivent les publier en vue de leur libre réutilisation, dans un format lisible par ordinateur, dans la mesure où cela est techniquement et juridiquement possible (cf. commentaire de l'art. 2 concernant le champ d'application). Ces données devront en outre être référencées sur opendata.swiss, ce qui facilitera leur utilisation tant par des tiers que par les autorités, qui non seulement fournissent des données, mais en utilisent également.

Les unités qui produisent des données détermineront donc en amont si les données qu'elles vont créer sont soumises au principe des données ouvertes et si, le cas échéant, elles peuvent les collecter ou les établir d'emblée sous la forme exigée. Cette dernière, à savoir les modalités de publication des données (sans délai, dans un format ouvert lisible par ordinateur), est également définie à l'al. 1. Elle garantit la concrétisation de la plus-value que le libre accès aux données publiques devrait apporter aux entreprises, aux chercheurs et à la population civile.

Le référencement de toutes les données administratives publiques sur opendata.swiss accroîtra l'utilisation de données de haute qualité qui, malgré leur publication fréquente, sont difficiles à trouver.

Dans le souci de perfectionner en permanence le travail de l'administration, le secrétariat OGD, rattaché à l'OFS, est chargé de créer et d'exploiter un petit nombre d'interfaces conviviales permettant une utilisation transversale des données entre les différentes autorités; ces interfaces instaureront des processus modernes et rigoureux, générateurs de plus-value.

La publication de données ne constituera toutefois pas une tâche autonome de l'administration. Par conséquent, l'art. 11 dispose qu'il ne sera pas possible de collecter, d'établir ou de traiter d'autres données dans le seul but de les publier. Les données collectées ou établies qui présentent une plus-value pour la société, l'environnement et les entreprises seront de toute façon mises à disposition en libre accès. L'article restreint donc l'application du principe des données ouvertes aux données

que les unités administratives ont déjà sauvegardées sous une forme électronique et qu'elles ont regroupées en registres. Sans cette restriction, il faudrait aussi publier des données qui devraient être enregistrées sous une forme électronique. Le risque que l'application du principe des données ouvertes puisse être omise sur la base de ce critère est considéré comme faible. En raison de la numérisation croissante de l'administration fédérale⁶⁵, cette restriction n'entravera pas à terme l'application du principe *open data by default*.

La précision «qu'elles ont collectées et produites dans l'exécution de leurs tâches légales» souligne par ailleurs que seules les données de toute façon traitées devront être publiées. Des prestations spécifiques à un client ne relèveront pas du principe des données ouvertes et pourront continuer d'être fournies contre le paiement d'émoluments. Cela évitera une préparation coûteuse des données à des fins de publication, tout en préservant les recettes inhérentes à cette activité.

Les indications de sources fondées sur des lois spéciales sont la seule restriction que l'AP-LMETA pose à la *libre* réutilisation des données. Cette restriction est faible et n'empêche pas la réutilisation des données. Elle favorise en outre la transparence. Le renvoi à des prescriptions spéciales a une nature purement matérielle. Par conséquent, les indications de sources peuvent aussi être inscrites dans une ordonnance. Elles ne nécessitent pas de base légale formelle.

Al. 2

Un des principaux objectifs du libre accès aux données est de créer des avantages pour les milieux de l'économie et de la recherche ainsi que pour la population civile et donc de générer une plus-value. Pour atteindre cet objectif, les données doivent être publiées selon certaines modalités et être librement réutilisables. L'al. 2 définit les modalités spécifiques aux données ouvertes: la publication de jeux de données doit se faire sans délai, dans un format ouvert lisible par ordinateur, et le traitement ultérieur de ces jeux doit être gratuit. La gratuité est une caractéristique fondamentale des données ouvertes, c'est pourquoi ce principe est inscrit à l'art. 46a LOGA et s'applique de ce fait obligatoirement à toutes les unités administratives, et par conséquent à tous les jeux de données ouvertes.

Al. 3

La règle stratégique applicable aux données ouvertes est celle de l'*open data by default*, c'est-à-dire que les données produites par les unités de l'administration fédérale centrale ou qui font l'objet d'un mandat doivent, sous réserve de dispositions juridiques contraires, être fondamentalement considérées comme données ouvertes. Leurs propriétaires les publient, pour autant que cela soit techniquement et juridiquement possible, dans un format lisible par ordinateur. L'al. 3 définit les dispositions juridiques faisant obstacle de manière contraignante à une publication conforme au principe des données ouvertes:

- a. *[données] dont la publication n'est pas autorisée ou n'est autorisée que de manière restrictive par d'autres actes, en particulier les dispositions relatives à la protection des données, aux droits d'auteur, au secret statistique, au secret fiscal, à la protection de l'information, aux émoluments et aux registres officiels.*

Il est évident que les interdictions de publication régies par des lois spéciales ne sauraient être contournées et fondamentalement remises en cause par une réglementation transversale généralement applicable. Les interdictions ou restrictions prévues par des lois spéciales de publier des données ou de ne rendre les données accessibles que dans des conditions très précises correspondent dans chaque cas au besoin spécifique de protection des données concernées, qui a été jugé supérieur à l'intérêt public de la publication des données dans le cadre d'une mise en balance des intérêts. De tels jeux de données doivent donc être exclus du champ d'application du principe des données ouvertes et de l'obligation de publication correspondante. Par exemple, les données personnelles, en particulier les données sensibles, sont fondamentalement exclues de l'obligation de publier pour des raisons de protection des données. Toutefois, si la base légale requise pour le traitement des données en

⁶⁵ La numérisation est l'objet de nombreux projets au sein de l'administration fédérale. Citons par exemple la stratégie «Suisse numérique» ainsi que les projets et les programmes portant sur la cyberadministration, la gestion commune des données de base de la Confédération, la transformation numérique de l'administration ou l'application du principe *once only*.

vertu de la loi fédérale sur la protection des données (LPD⁶⁶) prévoit, dans des cas particuliers, une publication en tant que données ouvertes, des données personnelles peuvent également être publiées. L'accès aux données des registres officiels est également régi par des bases juridiques spécifiques, telles que l'ordonnance sur le registre du commerce⁶⁷, l'ordonnance sur le registre foncier⁶⁸, l'ordonnance sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements⁶⁹ et l'ordonnance sur le Registre des entreprises et des établissements⁷⁰. Ces ordonnances sectorielles ont été édictées en tenant dûment compte de circonstances particulières, telles que la confidentialité des données et le besoin respectif d'y accéder, et ne doivent pas être contournées par une réglementation transversale générale

- b. *[données] dont la préparation en vue de leur publication requiert d'importants moyens matériels, personnels ou techniques supplémentaires qui sont particulièrement disproportionnés au regard de l'utilité des données pour la société, l'environnement et l'économie (plus-value).*

La mise à disposition des données ouvertes doit être une activité accessoire réalisable au moyen des ressources internes, notamment des crédits prévus au budget et du personnel déjà engagé. Cela n'est pas possible si un traitement préalable des données, certes disponibles sous forme électronique, se révèle nécessaire mais ne peut être accompli qu'au prix d'efforts disproportionnés ou si la fourniture des données ne peut être réalisée qu'avec des moyens techniques disproportionnés. L'obligation de publier énoncée à l'al. 1 du présent article ne s'applique que si la préparation des données ne nécessite pas d'importants moyens supplémentaires. Le travail de préparation en question comprend notamment l'insertion des métadonnées et la conversion en un format lisible par ordinateur ou non propriétaire. La publication d'importants jeux de données peut en particulier présenter des difficultés et fait par conséquent l'objet d'une dérogation spécifique. Ainsi, même les données qui, en principe, ont été traitées pour répondre aux exigences relatives aux données ouvertes, ne doivent pas être publiées conformément à l'al. 1 si la mise à disposition (technique) ne peut être réalisée que par le recours à des moyens disproportionnés. La délimitation entre moyens supplémentaires proportionnés et disproportionnés implique des approches très disparates dans les divers domaines spécifiques en raison de l'extrême hétérogénéité des données de l'administration fédérale. Une réglementation détaillée uniforme au niveau du droit fédéral n'est donc pas appropriée. Pour cette raison, seul le principe est ancré au niveau du droit. Sur la base de cet article de principe directement applicable, la délimitation peut être effectuée dans chaque unité administrative en fonction des circonstances spécifiques.

Al. 4

Les données administratives ouvertes sont référencées sur une plateforme centrale de manière à être facilement trouvables. Leur publication se fait cependant sur un portail géré par l'unité administrative compétente qui les a collectées ou produites. Grâce à la référence sur la plateforme opendata.swiss et la description précise des données au moyen de métadonnées, il est possible d'obtenir une vue d'ensemble centralisée et précise des données administratives ouvertes disponibles, de leurs spécificités et de leur qualité. Le 25 novembre 2020, le Conseil fédéral a approuvé le rapport sur les processus, rôles et responsabilités relatifs à la gestion et au contrôle de la plateforme d'interopérabilité dans le cadre du programme national de gestion des données (*Programm Nationale Datenbewirtschaftung: Prozesse, Rollen und Verantwortlichkeiten zur Führung und Steuerung der Interoperabilitäts-Plattform*, en allemand uniquement). Conformément à ce rapport (ch. 4.2), l'administrateur suisse des données (*Swiss Data Steward*, SDS) encourage l'interopérabilité en termes de données et de métadonnées entre les sources de données, les registres et les bénéficiaires de données, et développe des instruments et des outils destinés à l'harmonisation et la normalisation des données, garantit la coordination des tâches de normalisation et d'harmonisation entre les organismes concernés et soutient la modélisation commune des métadonnées. Le SDS est rattaché à l'OFS et est assuré opérationnellement par l'unité d'interopérabilité. La plateforme de données ouvertes faisant partie de la plateforme d'interopérabilité, la tâche de décrire le

⁶⁶ RS 235.1

⁶⁷ RS 221.411

⁶⁸ RS 211.432.1

⁶⁹ RS 431.841

⁷⁰ RS 431.903

contenu et la forme des métadonnées dans le domaine des données ouvertes doit également incomber à l'OFS. La collaboration à des fins de coordination avec la Chancellerie fédérale est requise en raison des tâches qui ont été attribuées à cette dernière, et en particulier à son domaine «Transformation numérique et gouvernance de l'informatique (TNI)» dans le cadre du nouveau modèle de gestion de l'administration numérique.

Al. 5

Sous l'angle du droit de la responsabilité civile, la publication de données comprend fondamentalement le risque que des citoyens se fient à l'exactitude de celles-ci, qu'ils prennent des dispositions sur cette base et qu'ils subissent ensuite un dommage parce que les données étaient erronées.

Les actions en responsabilité civile qui reposent sur le principe de confiance supposent que la confiance sur laquelle se fondait le citoyen était légitimement placée. Dans le cas des données publiées par l'administration fédérale, cette confiance peut être considérée comme justifiée, car les autorités fédérales sont tenues de contrôler l'exactitude des données qu'elles ont collectées ou produites.

Mais cette base de confiance ne doit pas être garantie pour les données ouvertes, notamment parce que l'obligation de publier rapidement ne laisse pas toujours le temps nécessaire à la vérification de l'exactitude des données. Par conséquent, l'art. 5 précise qu'aucune obligation de vérifier l'exactitude, la complétude, la plausibilité ou toute autre caractéristique n'existe pour les données à publier.

Il convient cependant de noter que les unités administratives ne sont en aucun cas exemptées de leur devoir de vérifier, dans le cadre de l'exécution de leurs tâches légales et dans les limites du cadre légal en vigueur, l'exactitude, la complétude, la plausibilité ou toute autre caractéristique des données. De même, la responsabilité de la Confédération au sens de la loi sur la responsabilité (LRCF)⁷¹ ne peut être exclue sur cette base.

Art. 12 Services administratifs en ligne

Al. 1

Le droit de la Confédération d'utiliser des moyens électroniques pour remplir ses tâches découle implicitement de sa compétence matérielle dans le domaine de tâche concerné. De même, la législation applicable aux tâches (principales) assume tacitement que les autorités utilisent les outils de travail appropriés.

L'al. 1 donne au Conseil fédéral une base générale lui permettant d'ordonner de manière contraignante aux autorités soumises aux dispositions de la LMETA d'exploiter des services administratifs en ligne (services de base et services en ligne) pour exécuter leurs tâches. Cette disposition n'a pas de signification propre dans l'administration fédérale centrale, qui est de toute façon hiérarchiquement subordonnée au Conseil fédéral. Celui-ci peut sans autre émettre de telles directives à des autorités hiérarchiquement subordonnées ou déléguer ce droit à une autorité subordonnée (voir p. ex. les art. 17 et 18 de l'ordonnance sur la transformation numérique et l'informatique; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021). La situation est différente en ce qui concerne les unités de l'administration fédérale décentralisée: l'al. 1 vise à créer la base permettant d'obliger également ces unités décentralisées à utiliser les services d'administration en ligne, pour autant qu'il n'existe pas de dispositions légales contraires. Il ne sera pas toujours évident de déterminer si la loi d'organisation d'une unité administrative décentralisée prévoit une autonomie dans l'exécution des tâches qui empêcherait ce caractère contraignant. Dans certains cas, seule une interprétation pourra apporter une réponse.

La Confédération peut assurer elle-même l'exploitation ou la confier à des tiers. Comme cette exploitation ne représente qu'un seul aspect de l'administration auxiliaire, aucune base légale explicite n'est requise en cas de recours à un tiers pour l'exécution des travaux.

La présente base juridique générale visant à déclarer les services administratifs en ligne contraignants n'exclut pas que d'autres services de base et services en ligne déjà concrétisés soient intro-

⁷¹ RS 170.32

duits dans des lois spéciales. Dans ce contexte, il faut mentionner «EasyGov.swiss», le portail d'accès destiné aux entreprises, conçu comme un service en ligne, qui trouvera une base légale propre dans la *loi fédérale sur l'allègement de la charge des entreprises*⁷² en cours d'élaboration. Cette base légale spéciale (à l'instar de l'introduction future de lois spéciales liées à de tels services) devra être harmonisée avec la disposition générale de la LMETA. Une réglementation juridique plus poussée est requise de manière contraignante lorsque le statut juridique de particuliers est affecté (al. 5). Cela signifie, entre autres, que divers services fédéraux importants mentionnés au ch. 2.4.3 (e-ID, SNA, vote électronique, cybersanté, eDéménagement), ne peuvent pas se baser sur cette seule disposition, ou du moins pas exclusivement, mais requièrent des bases juridiques supplémentaires. La présente disposition vise, du moins en ce qui concerne son application détachée des réglementations plus spécifiques, moins les services axés sur le contenu que ceux qui ont un caractère plus technique, et qui ont moins d'influence sur l'accomplissement de tâches officielles, comme le traitement de données personnelles, par exemple:

- les systèmes de transmission ou de stockage sécurisé des données;
- les systèmes de gestion des identités et des accès (*Identity and Access Management*, IAM);
- les aides pour les acquisitions efficaces et conformes au droit;
- les instruments de controlling;
- les outils servant à la planification et au déroulement de projets;
- les aides pour la gestion commune des métadonnées relatives aux données qui doivent être traitées et échangées de manière structurée afin de remplir des tâches légales.

Al. 2

Cette disposition potestative accorde au Conseil fédéral le droit de disposer que les unités de l'administration fédérale centrale mettent à disposition des services en ligne communs pour l'exécution de tâches cantonales et communales, à condition que ces services

- soient utilisés en même temps pour l'exécution des propres tâches;
- n'entravent pas l'exécution des tâches principales de l'unité administrative concernée, et
- ne requièrent pas d'importantes ressources matérielles et humaines supplémentaires.

Les bénéficiaires de tels services de la Confédération peuvent être, outre les cantons et les communes, les organismes extérieurs aux administrations cantonales qui sont chargés d'exécuter des tâches cantonales. Une limitation aux administrations cantonales et communales ne saurait se justifier, puisque chaque canton peut décider lui-même, en vertu de son autonomie organisationnelle, quelles tâches administratives susceptibles d'être externalisées il entend déléguer à des tiers.

Il est parfaitement envisageable que la Confédération exploite un service de base pour les tâches fédérales, dont l'utilisation présenterait également des avantages pour les cantons, les communes et les organes administratifs cantonaux externes dans l'accomplissement de leurs tâches. Dans ce cas, la Confédération devrait pouvoir exploiter, contre rémunération, ce service de base (ou ce service en ligne) pour des tâches cantonales et communales également (cf. al. 4 pour ce qui concerne la répartition des coûts). Compte tenu du nombre de services administratifs en ligne utilisés à tous les échelons de l'État, une action autonome de chaque canton ne serait ni économique ni efficace.

Le droit de la Confédération d'exploiter des services pour les cantons soulève la question suivante: la Confédération peut-elle également mettre à la disposition des cantons et réglementer des services de base et des services en ligne pour des activités étatiques ne relevant pas d'une compétence fédérale? Étant donné que la compétence pour l'administration auxiliaire est similaire à celle de la tâche principale, chaque collectivité est chargée de veiller à ses propres besoins et d'édicter les règles nécessaires à cet effet. On pourrait donc en conclure que la Confédération ne peut pas mettre à la disposition des cantons des services de base et des services en ligne destinés à des tâches extérieures à sa propre compétence. Cette approche stricte n'est toutefois pas convaincante, d'au-

⁷² En exécution de la motion 16.3388 Sollberger, «Pour une loi sur la réduction de la densité réglementaire et l'allègement de la charge administrative qui pèse sur les entreprises»

tant que dans le même temps, la Constitution impose à la Confédération et aux cantons de s'entraider dans l'accomplissement de leurs tâches et de collaborer entre eux (art. 44, al. 1, Cst.). De plus, ils se doivent assistance (art. 44, al. 2, Cst.). En outre, si elles s'appuient sur des bases légales correspondantes (qui sont créées dans l'AP-LMETA), les autorités fédérales peuvent également fournir des prestations commerciales dans des domaines périphériques, sans pour autant enfreindre le principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé (cf. art. 41 et 41a LFC). Cela suppose en particulier que ces prestations commerciales soient étroitement liées aux tâches principales, qu'elles n'entravent pas l'exécution de ces dernières et qu'elles n'exigent pas d'importantes ressources matérielles et humaines supplémentaires (art. 41a, al. 2, LFC). Dans la mesure où ces conditions sont réunies dans chaque cas, il importe peu pour l'exploitation concrète de services de base et de services en ligne que les cantons les utilisent uniquement pour exécuter le droit fédéral ou également pour remplir des tâches relevant de leurs compétences exclusives. Raison de plus pour que la Confédération puisse mettre un service à la disposition d'autres collectivités. La présente disposition crée la base légale requise pour mettre un service à disposition. Par contre, il n'est pas prévu de proposer des services de base et des services en ligne que des particuliers pourraient utiliser pour leur propre compte.

Al. 3

La garantie souhaitée de l'interopérabilité sur les plans horizontal et vertical peut se concrétiser uniquement si la Confédération définit des dispositions contraignantes pour l'utilisation de certains services de base et services en ligne dans l'exécution du droit fédéral – que celle-ci incombe à la Confédération ou aux cantons. Cela contribue, peut-être pas dans l'ensemble du pays, mais du moins à une échelle importante, à une harmonisation technique grâce aux normes et interfaces communes utilisées pour les échanges d'informations. La Confédération peut également définir quels services de base et services en ligne les autorités fédérales et cantonales doivent obligatoirement utiliser, au moins dans les domaines où elle est compétente pour réglementer la façon de remplir les tâches de l'État. Cela s'étend aussi aux domaines dans lesquels les cantons ou les communes mettent en œuvre le droit fédéral (cf. art. 46, al. 1, Cst.). La notion de «droit fédéral» comprend d'une part le droit de la Confédération à tous les niveaux législatifs, notamment la Constitution fédérale, les lois fédérales et les ordonnances fédérales. D'autre part, en vertu du principe moniste, le droit fédéral inclut aussi les dispositions de droit international reconnues contraignantes pour la Suisse⁷³. La conclusion de traités internationaux par la Confédération n'implique cependant pas forcément que cette dernière soit responsable de la mise en œuvre interne.

La Confédération doit exercer ses compétences avec ménagement: elle doit laisser aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités (art. 46, al. 3, Cst.). Il en résulte que les dispositions de droit fédéral visant la mise en œuvre du droit fédéral ne se justifient que dans les cas objectivement fondés. L'interopérabilité horizontale et verticale recherchée par les déclarations de force obligatoire constitue une raison suffisante pour prévoir une directive d'utilisation contraignante. Mais eu égard à la marge de manœuvre à laisser aux cantons, l'utilisation d'un service de base ou de services en ligne ne peut être déclarée obligatoire que si elle est nécessaire à une application uniforme et correcte du droit fédéral. Cette exigence ne doit pas être comprise dans le sens qu'une application uniforme et correcte du droit fédéral ne pourrait pas du tout être réalisée sans la déclaration force obligatoire. Elle signifie plutôt qu'il ne doit y avoir aucun moyen qui interfère moins avec l'autonomie des cantons, tout en ayant les mêmes effets positifs sur l'application du droit fédéral et sans entraîner d'autres inconvénients graves.

Les destinataires d'une déclaration de force obligatoire au sens de l'al. 3 peuvent être les autorités cantonales (let. a) et les organismes externes mandatés par la Confédération ou les cantons (let. b). De ce fait, s'agissant de déclarations de force obligatoire, le domaine d'application de la loi s'étend aussi à tous les organismes externes chargés par les cantons d'exécuter le droit fédéral.

En principe, les déclarations de force obligatoire en application des let. a et b ne déploient leurs effets que dans le cadre des relations entre la Confédération et les cantons (sous réserve des cas où des organismes externes de l'administration fédérale sont concernés par ces déclarations). Il appartiendra aux cantons d'imposer à leurs communes et aux organismes externes l'utilisation des services de base et les services en ligne définis par la Confédération conformément aux dispositions de droit cantonal.

⁷³ EGLI, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Commentaire saint-gallois, ch. marg. 10 ad. art. 46

Les tâches cantonales et communales qui ne relèvent pas du champ d'application d'une compétence fédérale ne sont pas concernées par l'utilisation des services administratifs en ligne déclarés de force obligatoire. Toutefois, si la Confédération exploite un service administratif en ligne qui serait utile aux cantons et aux communes dans l'accomplissement de leurs tâches, elle peut, en s'appuyant sur l'al. 2, le mettre à leur disposition en vue d'une harmonisation approfondie de l'offre de cyberadministration. Il est ainsi possible de renforcer cette dernière, même si la Confédération ne peut pas imposer ce service en l'absence de compétences fédérales correspondantes.

Al. 4

Les cantons doivent assumer les coûts qui leur sont imputables pour l'exploitation des services de base et des services en ligne par la Confédération (principe de l'équivalence fiscale en vertu de l'art. 43a, al. 2 et 3, Cst.). L'imputation se fonde sur l'utilisation des services administratifs en ligne par les cantons et leurs communes. Cette prise en charge par les cantons englobe dès lors les coûts proportionnels de l'exploitation qui sert simultanément à remplir les tâches cantonales et communales (al. 2) ainsi que ceux de l'exploitation des services de base et services en ligne déclarés de force obligatoire (al. 3).

Les cantons doivent définir la répartition des coûts au niveau communal et au niveau des organismes externes chargés d'exécuter des tâches administratives.

Al. 5

Si l'utilisation des services de base et des services en ligne des administrations publiques requiert des bases juridiques supplémentaires, elle ne sera autorisée que si ces bases existent déjà ou sont créées à cet effet.

Si l'utilisation de services administratifs en ligne touche notamment le statut juridique de particuliers, l'intervention requiert impérativement une base légale suffisante.

Le risque d'une atteinte à la personnalité liée au traitement de données personnelles requiert une attention prioritaire. L'art. 17 LPD prévoit que les organes de la Confédération peuvent traiter des données personnelles à la condition qu'une base légale existe. Une loi au sens formel est exigée pour le traitement de données sensibles et de profils de la personnalité.

Lorsque l'utilisation de services de base ou de services en ligne est déclarée de force obligatoire au sens de l'al. 3 pour les autorités cantonales ou pour leurs organismes administratifs externalisés, l'exigence d'une base légale suffisante pour traiter les données personnelles s'applique sans restriction. En conséquence, s'agissant de déclarations de force obligatoire au sens des let. a et b de l'al. 3 et pour autant que la question du traitement de données personnelles se pose dans le cadre de l'utilisation d'un service de base ou en ligne concret déclaré de force obligatoire, il faudra vérifier si les bases juridiques au niveau cantonal suffisent au traitement de données personnelles.

Art. 13 Normes

Al. 1

Un degré de normalisation élevé est nécessaire pour que les systèmes de plusieurs unités administratives puissent interagir sans faille. Les normes permettent d'uniformiser la profusion d'interfaces propriétaires apparues au fil du temps dans les diverses entités administratives tant horizontalement que verticalement. Sans normalisation, un produit ou un service moderne ne peut pas fonctionner ou remplir sa fonction de manière optimale, car des normes uniformes dans les secteurs techniques sont indispensables à l'accomplissement efficace et économique d'une tâche.

Les normes permettent notamment d'automatiser largement l'envoi de messages à des systèmes tiers et de synchroniser périodiquement les diverses banques de données. Elles facilitent la coopération, simplifient les solutions techniques, réduisent les coûts, permettent l'interopérabilité et créent la transparence.

En ce qui concerne l'élaboration de prestations cyberadministratives, la Confédération s'aligne sur les normes nationales ou internationales. L'association d'intérêt public eCH (www.ech.ch), parmi d'autres acteurs, élabore des normes dans le domaine de la cyberadministration. La Confédération,

les cantons, des communes, des entreprises, des hautes écoles, des associations et des particuliers sont membres d'eCH, qui développe des normes techniques de collaboration et de procédure, des modèles de données, des définitions de formats et de données, des moyens auxiliaires et des solutions-types. Les normes adoptées par eCH ont le statut de recommandations. La Confédération a repris dans son processus de normalisation les normes d'eCH qui concernent l'administration fédérale. De plus, dans la convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2016-2019, la Confédération, les cantons et les communes se sont engagés à déclarer généralement contraignantes les normes nationales de l'association eCH. La convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2020⁷⁴, actuellement en vigueur, maintient cette obligation.

En outre, sur les plans national et international, d'autres institutions s'occupent également des normes relatives aux échanges de données (p. ex. l'UE). Ainsi, la coopération Schengen/Dublin se développe et se modernise continuellement en s'adaptant aux nouvelles circonstances. Il est indispensable que tous les États impliqués soutiennent et appliquent les mêmes réglementations et normes. L'échange des données passe par les bureaux centraux nationaux SIRENE, qui assurent 24 heures sur 24 le traitement standardisé, rapide et professionnel des cas. L'échange automatique d'informations est garanti grâce à des normes globales.

La base légale nécessaire au niveau fédéral pour déclarer des normes de force obligatoire est créée à l'art. 13, l'al. 1 prévoyant comme destinataires de la déclaration les autorités fédérales soumises à la loi en vertu de l'art. 2, al. 1. Les normes déclarées de force obligatoire doivent soutenir, au sein de l'administration fédérale, le fonctionnement conjoint de divers systèmes dans un processus continu afin que, grâce à des normes uniformes, les informations soient traitées et transférées de manière coordonnée et sans discontinuité médiatique (interopérabilité reposant sur des solutions standard). Là encore, la norme de compétence n'a pas de signification propre en ce qui concerne l'administration fédérale centrale, qui est de toute façon subordonnée hiérarchiquement au Conseil fédéral. Celui-ci peut sans autre émettre de telles directives à des autorités hiérarchiquement subordonnées ou déléguer ce droit à une autorité subordonnée (cf. p. ex. les art. 17 et 18 de l'ordonnance sur la transformation numérique et l'informatique; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021).

Al. 2

L'al. 2 poursuit le même but que l'al. 1, mais pour les relations avec les autorités cantonales et les organismes administratifs extérieurs à l'administration fédérale ou à une administration cantonale. Par analogie avec l'exigence d'harmonisation inhérente à l'exploitation des services administratifs en ligne, la Confédération doit être en mesure de déclarer de force obligatoire des normes techniques, organisationnelles et procédurales dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer l'exécution correcte et uniforme du droit fédéral. Cette exigence ne doit pas être comprise dans le sens qu'une application uniforme et correcte du droit fédéral ne pourrait pas du tout être réalisée sans la déclaration de force obligatoire. Cela signifie plutôt qu'il ne doit y avoir aucun autre moyen qui entrave moins l'autonomie des cantons, tout en favorisant l'application du droit fédéral et en n'entraînant pas d'autres inconvénients graves.

Les déclarations de force obligatoires prévues à l'al. 2 visent les autorités cantonales et les organismes administratifs externes chargés de tâches publiques. La force obligatoire des normes ne concerne pas les tâches cantonales et communales qui ne relèvent pas du champ d'application d'une compétence fédérale (cf. commentaire de l'art. 12, al. 3).

Al. 3

Les commentaires relatifs à l'art. 12, al. 5, en ce qui concerne les services administratifs en ligne s'appliquent par analogie à la fixation de normes.

⁷⁴ Cf. www.egov.ch > Mise en œuvre > Convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse 2020.

Art. 14 Exceptions aux obligations d'utiliser les services administratifs en ligne et d'appliquer les normes

La déclaration de force obligatoire doit garantir que l'objectif d'harmonisation des services et des normes d'administration en ligne soit atteint le plus largement possible. À cette fin, les déclarations définiront généralement un cercle large et clairement délimité de parties concernées (p. ex., l'administration fédérale, y c. les unités administratives décentralisées). Toutefois, cela peut également inclure des unités administratives qui, dans des cas particuliers, ont des besoins contradictoires qui empêchent la déclaration de force obligatoire de services ou de normes spécifiquement désignés. Afin que les besoins justifiés de certaines administrations puissent être pris en compte, le Conseil fédéral doit pouvoir, en application de l'art. 14, renoncer à déclarer de force obligatoire les services administratifs en ligne ou les normes de cyberadministration pour certaines administrations visées aux art. 12, al. 1 et 3, et 13, al. 1 et 2. Le Conseil fédéral peut déléguer cette compétence.

Un cas justifié de renonciation à la déclaration de force obligatoire pourrait notamment survenir si un organe administratif de niveau international présentait, en raison de ses étroites interconnexions avec des offices étrangers et des organisations internationales, des besoins spécifiques dans le domaine de la numérisation et de la cyberadministration que contrecarrait une déclaration de force obligatoire sur le plan national. Citons comme exemple concret l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), qui est l'interlocuteur central de la Confédération pour les questions concernant les brevets, les marques, les indications de provenance géographique, la protection des designs et le droit d'auteur. Il était nécessaire de constituer l'IPI comme un établissement fédéral de droit public notamment pour lui conférer la flexibilité requise dans le domaine informatique. C'est ainsi qu'à l'époque, le message⁷⁵ notait que l'IPI est un cas spécial du fait qu'il est plus lié aux systèmes de protection européens et mondiaux de la propriété intellectuelle qu'à l'organisation administrative de la Confédération, notamment sous l'angle de la compatibilité des moyens informatiques, de sorte qu'une autonomie aussi large que possible s'imposait déjà pour ces motifs. Depuis lors, l'IPI est lui-même responsable du développement de son environnement informatique.

L'organe administratif peut demander au Conseil fédéral de lui accorder le non-assujettissement à une déclaration de force obligatoire.

Art. 15 Modification d'autres actes

1. Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁷⁶

L'art. 46a, al. 1, LOGA, en relation avec l'al. 4, énonce le principe de la perception obligatoire d'émoluments pour les décisions et prestations de l'administration fédérale. Le Conseil fédéral pourrait prévoir une dérogation par voie d'ordonnance à la perception obligatoire d'émoluments, dans la mesure où le libre accès aux données serait considéré représenter un intérêt public prépondérant (cf. art. 46a, al. 4, LOGA). Ce point pourrait être évalué et réglé différemment selon le domaine spécifique, ce qui n'est pas dans l'esprit de la stratégie en matière de données ouvertes: la gratuité est l'un des principes les plus importants des données ouvertes et le principal aspect du «libre» usage ultérieur qui peut en être fait. Il est donc justifié de l'ancrer au niveau de la loi, ce qui est réalisé à l'art. 46a, al. 1^{bis}, LOGA.

2. Loi fédérale du 18 juin 1999 sur la météorologie et la climatologie (LMét)⁷⁷

- Concernant la modification de l'art. 3 LMét

Dans le cadre de l'introduction des données ouvertes dans la LMETA, la loi fédérale sur la météorologie et la climatologie doit elle aussi être adaptée, d'autant que des émoluments doivent être aujourd'hui perçus pour la mise à disposition des données météorologiques et climatologiques recueillies dans le cadre des tâches de la Confédération (art. 3, al. 2 et 3, LMét dans sa version actuelle). L'actuelle disposition de l'art. 3, al. 3, LMét concernant les émoluments perçus dans le domaine de la météorologie et de la climatologie est par conséquent modifiée et complétée par un al. 4.

⁷⁵ FF 1994 III 951

⁷⁶ RS 172.010

⁷⁷ RS 429.1

- Concernant l'insertion de l'art. 3 (nouveau), al. 3, LMét

En vertu de l'actuel art. 3, al. 1, LMét et des dispositions d'exécution afférentes⁷⁸, MétéoSuisse met à disposition une offre de base de prestations météorologiques et climatologiques (produits et conseils) que les clients peuvent acquérir contre le versement d'un émolument. Sans changement, le Conseil fédéral fixera les émoluments rétribuant les prestations de l'offre de base (art. 3, al. 3, LMét). En outre, il sera désormais fait référence à la disposition générale concernant les émoluments rétribuant les prestations de l'administration fédérale visés à l'art. 46a LOGA.

- Concernant l'insertion de l'art. 3 (nouveau), al. 4, let. a, LMét

Conformément à l'art. 11 LMETA, les unités de l'administration fédérale centrale mettent à disposition pour la libre réutilisation les données qu'elles ont collectées et produites dans le cadre de l'exécution de leurs tâches légales, qu'elles ont sauvegardées sous une forme électronique et qu'elles ont regroupées en registres. L'art. 3, al. 4, let. a, LMét sert à mettre cette disposition en œuvre dans le domaine de la météorologie et de la climatologie. S'agissant des raisons générales qui plaident en faveur de la promotion des données ouvertes, nous renvoyons à la stratégie OGD du Conseil fédéral⁷⁹ et au commentaire de l'art. 11 AP-LMETA. En ce qui concerne spécifiquement les données climatologiques et météorologiques, relevons les points suivants, car ils montrent l'importance pour la Suisse d'une introduction des données ouvertes.

Le principe des données ouvertes est fortement promu sur le plan international. L'introduction des données ouvertes dans le domaine météorologique et climatologique est un thème important au niveau des services météorologiques d'Europe de l'Ouest (EUMETNET, ECOMET). En effet, ces derniers ont été depuis longtemps exhortés, dans le cadre de la «Déclaration d'Oslo», à soutenir proactivement le libre accès aux données dans le but de générer une utilité économique plus importante. Sur cette base, une très grande partie des services météorologiques partenaires de MétéoSuisse proposent depuis lors gratuitement des données météorologiques et climatologiques (notamment dans l'ensemble des pays scandinaves, aux Pays-Bas, en Allemagne, à certaines restrictions près en France de même que dans quelques pays d'Europe de l'Est tels que la Pologne). L'expérience des services météorologiques montre que l'introduction du libre accès aux données a massivement accru l'utilité de celles-ci. En outre, le conseil du Centre européen pour les prévisions météorologiques à moyen terme (CEPMMT), dont la Suisse est membre, s'est prononcé tout récemment pour l'introduction des données ouvertes. Toutes ces décisions reposent sur la conviction que les données ouvertes encouragent l'innovation et la création de valeur. L'utilisation plus intensive des données entraîne le développement de produits et de services innovants qui sont proposés sur le marché. Il en résulte une utilité économique plus élevée et une capacité concurrentielle accrue. Mentionnons également la directive UE 2019/1024 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, qui est entrée en vigueur en été 2019 pour les États membres de l'UE (préalablement «INSPIRE»). Cette directive introduit le concept des jeux de données de forte valeur (*high value datasets*), c'est-à-dire de données dont la diffusion revêt une valeur économique et sociétale particulière. En font notamment partie les données météorologiques et climatologiques, qui seront probablement à disposition gratuitement de manière généralisée dès 2021 dans tous les États membres de l'UE. En conséquence, la perception d'émoluments par MétéoSuisse, actuellement prescrite par la loi, constitue une exception dont l'effet est d'isoler toujours plus MétéoSuisse malgré ses interrelations très étroites. Au sein de l'Infrastructure météorologique européenne (EMI⁸⁰), dans laquelle la Suisse est fortement intégrée grâce à l'engagement actif de MétéoSuisse, le développement et l'exploitation opérationnelle de produits météorologiques et climatologiques paneuropéens gagneront du terrain à l'avenir sur la base du concept des jeux de données de forte valeur. Dans ce contexte, l'obligation de prélever des émoluments stipulée par la LMét sera toujours plus problématique: elle complique une coopération efficace, axée sur l'utilisation des données, avec les partenaires européens car elle entrave substantiellement la fluidité des échanges de données, qui est nécessaire à cette coopération. L'introduction des données ouvertes permet d'éviter que la Suisse ne devienne à moyen ou long terme, au sein de l'EMI, une tache blanche sur la carte.

⁷⁸ Ordonnance sur la météorologie et la climatologie (OMét; RS 429.11)

⁷⁹ FF 2019 855

⁸⁰ L'Infrastructure météorologique européenne (European Meteorological Infrastructure, EMI) regroupe d'une part les services météorologiques nationaux d'Europe et, d'autre part, des organisations européennes spécialisées dans les domaines de la météorologie et du climat telles que l'Organisation européenne pour l'exploitation de satellites météorologiques (EUMETSAT), le Centre européen pour les prévisions météorologiques à moyen terme (CEPMMT) et le réseau météorologique européen (EUMETNET).

Par ailleurs, s'agissant de données ouvertes dans le domaine météorologique et climatologique, il faut tenir compte des tendances technologiques. Les développements technologiques actuels dans le contexte des données massives (*big data*) progressent sur la base des données ouvertes. Certains de ces développements visent à permettre aux utilisateurs d'accéder simplement et dans les plus brefs délais possible aux énormes quantités de données. De tels développements sont en cours notamment au sein de l'EMI citée ci-dessus. Des projets importants comme le *European Weather Cloud*, un pilier central de la future infrastructure européenne de stockage, de traitement et de diffusion des données, sont orientés vers la gratuité des données et la liberté d'en disposer. Tenue qu'elle est de percevoir des émoluments, MétéoSuisse ne peut participer à de tels développements que dans une mesure très limitée, elle ne peut pas en bénéficier et elle risque d'être évincée de développements importants.

Compte tenu de ces aspects, introduire les données ouvertes dans le domaine de la météorologie et de la climatologie représente une étape importante et nécessaire pour la Suisse. En vertu de l'art. 11 LMETA, MétéoSuisse pourra également mettre gratuitement à disposition les données qu'elle collecte et établit, par exemple les données mesurées par les stations au sol, les images radar et les paramètres prévisionnels des modèles météorologiques.

L'art. 11, al. 3, let. b, LMETA prévoit la possibilité de soustraire certaines données à l'obligation de mise à disposition gratuite si d'importants moyens supplémentaires matériels, personnels ou techniques s'avèrent nécessaires. MétéoSuisse devra recourir à cette clause dérogatoire selon les circonstances. Selon l'infrastructure choisie, certains jeux de données ne peuvent être mis à disposition que moyennant une charge financière disproportionnée en raison du volume extrêmement important. À titre d'exemple, mentionnons la mise à disposition en ligne des volumineuses données d'archive des simulations météorologiques prévisionnelles du passé. Cependant, l'objectif à long terme reste la mise à disposition de toutes les données.

- Concernant l'insertion de l'art. 3 (nouveau), al. 4, let. b, LMét

Lors de l'édiction de la LMét en 1999, MétéoSuisse dépendait de la diffusion des informations au public par les journaux, la radio et la télévision, auxquels ces prestations étaient déléguées en contrepartie du versement d'émoluments. L'avènement des médias en ligne (Internet, applications) permet depuis lors à MétéoSuisse de diffuser elle-même efficacement les informations importantes pour la population et d'assurer ainsi de manière plus efficace et efficiente des tâches essentielles de la Confédération en matière de météorologie et de climatologie conformément à l'art. 1 LMét. Cette prestation repose actuellement sur l'art. 11 OMét. Comme il s'agit d'une disposition importante fixant une règle de droit (cf. art. 164 Cst.), l'occasion est saisie d'adapter la LMét dans le sillage de la LMETA et d'ancrer l'art. 11 OMét au niveau de la loi.

Les informations météorologiques et climatologiques d'intérêt public doivent être diffusées, selon la pratique actuelle, dans le cadre des trois tâches suivantes de la Confédération: émettre des avis météorologiques de danger (art. 1, let. c, LMét), fournir des informations climatologiques (art. 1, let. e, LMét) et fournir d'autres prestations météorologiques et climatologiques répondant à un intérêt général (art. 1, let. h, LMét).

L'art. 3, al. 4, let. b, LMét cite à titre d'exemples les avis d'intempéries, les prévisions météorologiques et les bases relatives à l'évolution du climat. Bien que ce point ne soit pas explicitement prévu à ce stade dans la LMét, le message y afférent du 22 avril 1998⁸¹ note que l'émission des avis de dangers météorologiques est un service d'intérêt public gratuit. Au niveau de l'ordonnance, cette gratuité est actuellement ancrée à l'art. 11, al. 2, OMét. D'autres exemples d'informations correspondant à la disposition de l'art. 3, al. 4, let. b, LMét sont les résultats de mesures formulés sous forme de textes, illustrés par des graphiques ou présentés dans des tableaux ainsi que les prévisions détaillées utiles sur le plan régional et pour toutes les périodes, les informations sur des événements météorologiques particuliers ou l'impact sanitaire des conditions météorologiques (p. ex. l'indice UV, les informations sur la situation pollinique), les évaluations statistiques relatives à la météo et au climat de même que les rapports climatologiques se rapportant au passé ou à l'avenir (p. ex. bulletins mensuels et annuels). La mise à disposition de ces informations est un élément essentiel du service public tel que le définit la LMét et que doit assurer la Confédération. Ces informations servent à protéger la population et à l'informer de manière uniforme, complète et indépendante dans toutes

⁸¹ FF 1998 3613, 3617

les régions linguistiques. Elles fournissent en outre les bases d'un processus politique de formation de l'opinion et de décision largement étayé, par exemple en ce qui concerne l'adaptation au changement climatique et sa réduction (actuellement: révision totale de la loi sur le CO₂).

L'information de la population visée à l'art. 3, al. 4, let. b, LMét doit être complète et diffusée par les canaux accessibles au public. Actuellement, les informations sont diffusées sur Internet et par des applications, sur certains canaux des réseaux sociaux et pour une part au moyen de publications imprimées.

3. Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT)⁸²

Le ch. 2.3.2 («Droit fiscal») expose les motivations de l'introduction d'une let. a^{ter} dans l'art. 6, al. 1, LT.

L'art. 6, al. 1, let. a^{ter}, LT s'appuie sur l'art. 5 LT, qui régit les droits de participation en tant qu'objet du droit d'émission. Dans le cas des opérations assimilées en particulier, il s'agit des versements supplémentaires et des transferts visés à l'art. 5, al. 2, let. a et b, LT. Dans la nouvelle disposition, le cercle des acteurs à privilégier est strictement limité aux sociétés qui poursuivent l'objectif public défini à l'art. 1 AP-LMETA. Cette conception juridique se retrouve déjà dans la circulaire n° 12 de l'Administration fédérale des contributions du 8 juillet 1994, selon laquelle «il faut interpréter restrictivement la notion de service public», pour que «le service public ne devienne pas un motif d'exonération illimité» (p. 5).

Art. 16 Dispositions transitoires relatives aux données ouvertes

Al. 1

Aucune ressource supplémentaire ne devra être affectée à la mise en œuvre et la fourniture continue de données officielles selon le principe des données ouvertes. C'est pourquoi les unités administratives devront, dans la mesure du possible, compenser dans leur propre budget les charges liées à la mise en œuvre de ce principe. En outre, elles ne pourront commencer les travaux concrets - c'est-à-dire rendre les données lisibles par ordinateur, les stocker dans des formats non propriétaires ou les décrire avec des métadonnées - et la fourniture technique des données qu'une fois que l'article sur les données ouvertes sera en vigueur. De ce fait, l'art. 16 prévoit une période de mise en œuvre de cinq ans après l'entrée en vigueur de l'art. 11, ce qui permet un échelonnement des travaux.

Al. 2

La loi n'a pas d'effet rétroactif et ne prescrit donc pas de donner un libre accès aux données collectées ou produites avant son entrée en vigueur. Toutefois, il convient de noter que, sur la base de la stratégie en matière de données ouvertes pour 2019-2020, cette obligation s'applique en principe aux données à partir de 2020. La mise à libre disposition de données collectées ou produites avant l'entrée en vigueur du présent article peut bien entendu se faire sur une base volontaire dans le cadre des possibilités légales et liées aux ressources.

Art. 17 Référendum et entrée en vigueur

En tant que loi au sens formel, la LMETA est sujette au référendum. Le Conseil fédéral est chargé d'en fixer la date d'entrée en vigueur.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

4.1.1 Conséquences financières

Le Conseil fédéral, la CdC, l'Association des Communes Suisses et l'Union des villes suisses poursuivent depuis 2008 une stratégie commune de cyberadministration. La Confédération et les cantons financent paritairement la mise en œuvre de cette stratégie à hauteur de 5 millions de francs

⁸² RS 641.10

par an. Ils ont l'intention de maintenir leur engagement à un niveau comparable au cours des deux années à venir. Une extension sera examinée à moyen terme. En fonction du montant requis à l'avenir, un crédit d'engagement destiné à la mise en œuvre de la stratégie de cyberadministration devra être sollicité, puisque la réalisation de projets implique des engagements allant au-delà de l'exercice budgétaire concerné.

Coordonnées et pilotées centralement, les prestations de cyberadministration sont déterminées en fonction de leur rapport coûts/avantages. Des projets communs de cyberadministration reposant sur la coopération et une utilisation multiple permettent de maintenir à un faible niveau les frais d'acquisition, de mise en œuvre et d'exploitation des solutions correspondantes. Le comité de pilotage de la cyberadministration suisse évalue et hiérarchise les différents projets en tenant compte des ressources disponibles.

Le projet «Administration numérique» ne fait pas l'objet du présent projet, mais il lui est étroitement lié. Dans le cadre de ce projet, la Confédération et la CdC visent actuellement à améliorer le pilotage et la coordination de la cyberadministration en Suisse à tous les niveaux institutionnels. Le projet a pour but d'intégrer plus fortement l'organisation centrale du domaine de la cyberadministration (CSI, association eCH, Cyberadministration Suisse) dans une future organisation cible. L'objectif est d'exploiter les potentiels de synergie qui en découlent et qui ne peuvent, actuellement, pas être quantifiés. La LMETA pourra, le cas échéant, servir de base légale aux étapes d'intégration ultérieure.

De plus, l'art. 6 AP-LMETA permet à la Confédération de souscrire une ou plusieurs actions d'eOperations Suisse SA, qui contribue à l'achat groupé de solutions informatiques et, au besoin, à leur utilisation commune pour éviter les doublons et les dépenses supplémentaires. eOperations Suisse SA dispose d'un capital-actions de 100 000 francs et d'une réserve de capital de 200 000 francs. L'action a une valeur de 300 francs. La Confédération a l'intention d'acquérir une action pour détenir une participation dans cette entreprise.

L'art. 8 AP-LMETA crée les bases légales nécessaires au versement d'aides financières visant à encourager la numérisation. Ces dispositions n'ont pas de conséquences financières directes. Seuls les arrêtés ultérieurs sur le financement permettront de définir si et à quelle hauteur des aides financières seront versées. Le montant des éventuelles aides financières sera fixé dans le cadre de la procédure budgétaire ordinaire.

Certes, la mise en œuvre du principe des données ouvertes induit une baisse des recettes de la Confédération en raison de la perte d'émoluments. Mais l'audit transversal du 24 juillet 2018 concernant la mise en œuvre de la stratégie OGD à la Confédération, réalisé par le Contrôle fédéral des finances, a montré que cette baisse de recettes est assez limitée et qu'elle peut être négligée face à la plus-value économique attendue. Le coût de cette mise en œuvre sera variable d'une unité administrative à l'autre. Dans les offices fortement axés sur les données, notamment MétéoSuisse (cf. ci-après), les charges ne doivent pas être sous-estimées eu égard au volume. L'échelonnement prévu de la mise en œuvre permettra de tenir compte de cet aspect.

La suppression des émoluments pour les données météorologiques et climatologiques entraînera une perte de recettes d'environ 750 000 francs par an. Selon des enquêtes menées auprès de divers services météorologiques européens qui ont déjà introduit les données ouvertes et sur la base d'expériences propres dans le domaine de la maintenance des données, l'introduction des données ouvertes et de la plateforme afférente de transmission dans le domaine de la météo et du climat entraînera des coûts. Dans ce contexte, il est apparu qu'un accès moderne aux données est essentiel à la création de valeur pour la société et l'économie. Il faut par conséquent prévoir des coûts de matériel et de personnel supplémentaires tant pour la phase de projet que pour la phase d'exploitation qui suivra. Le montant précis des coûts devra faire l'objet d'une clarification approfondie au cours des activités législatives à venir: il dépend en particulier du coût et de la taille de la plateforme de transmission de données à développer. L'exception prévue à l'art. 11, al. 3, let. b, LMETA et la possibilité d'une introduction progressive des données ouvertes selon la disposition transitoire de l'art. 16 LMETA contribueront à les introduire et mettre en œuvre dans le domaine de la météorologie et de la climatologie en ménageant les ressources.

Les conséquences de l'achat et de l'exploitation de services de base et de services en ligne par la Confédération au niveau des finances et du personnel seront précisées lors des opérations respectives. Les coûts sont pris en charge proportionnellement par les utilisateurs.

4.1.2 Conséquences pour le personnel

Les départements peuvent exécuter avec les ressources existantes les nouvelles tâches de coordination liées aux licences des logiciels à code source ouvert et la mise en œuvre progressive du principe de liberté d'accès aux données. Les utilisateurs prennent en charge de manière proportionnelle un éventuel besoin de personnel supplémentaire pour la mise à disposition des services de base et des services en ligne. Les bases juridiques créées par la LMETA en vue de conclure des conventions, de transférer des tâches et de prendre des participations n'auront, elles aussi, pas de conséquences directes pour le personnel. Quant à savoir si la conclusion de certaines conventions entraînera des conséquences pour le personnel et, cas échéant, de quelles conséquences il s'agira, on ne saurait l'estimer actuellement, car cela dépend de l'objet de la convention.

4.1.3 Autres conséquences

Généralités (but des nouvelles réglementations)

L'entrée en vigueur des dispositions légales proposées permettra à la Confédération de disposer de bases légales dans le domaine de la cyberadministration. Lors d'une application concrète, la Confédération aura ainsi suffisamment d'options pour concrétiser une forme de collaboration solide avec des tiers dans un domaine spécifique, d'une part, et pour développer des offres de cyberadministration à l'intention de l'administration, de l'économie et de la population, d'autre part.

Assujettissement des organismes chargés de tâches de l'administration à la surveillance du Conseil fédéral et à la surveillance financière

eOperations et les autres futurs organismes auxquels la Confédération déléguera des tâches de droit public relevant de l'activité administrative auxiliaire sur la base de la nouvelle réglementation seront assujettis à la surveillance du Conseil fédéral, car l'art. 187, al. 1, let. a, Cst. impose à ce dernier de surveiller l'administration fédérale et *les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération*. L'étendue de cette surveillance est présentée à l'art. 8, al. 4, LOGA: conformément aux dispositions particulières, le Conseil fédéral contrôle les organes extérieurs à l'administration qui sont chargés de tâches administratives de la Confédération. L'expression «conformément aux dispositions particulières» signifie que le législateur doit définir l'ampleur, l'intensité et les moyens de la surveillance lorsqu'il réglemente la délégation des tâches⁸³. La loi exige qu'au moins un rapport annuel soit soumis à l'unité administrative qui a délégué la tâche.

En outre, les entreprises dont la Confédération détient plus de 50 % du capital social ou du capital-actions seront assujetties à la surveillance financière du CDF (cf. art. 8, al. 1, let. e, LCF). La participation actuellement envisagée de la Confédération dans eOperations n'atteindra toutefois pas ce seuil de 50 %.

En s'appuyant sur la nouvelle réglementation proposée, les collectivités, les établissements et les organisations, indépendamment de leur statut juridique, auxquels la Confédération a confié l'exécution de procédures d'appel d'offres, et donc de tâches publiques, relèveront également du domaine de surveillance du CDF (cf. art. 8, al. 1, let. d, LCF). Compte tenu de la délégation envisagée de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire à eOperations, cette société sera soumise à la surveillance financière du CDF, indépendamment de l'ampleur de la participation de la Confédération.

Ne seront pas assujetties à la surveillance financière du CDF les institutions et organisations dans lesquelles la Confédération détient une participation minoritaire et auxquelles elle ne délègue aucune tâche de l'administration (cf. art. 8, al. 1, let. d et e, LCF).

Responsabilité de la Confédération, y compris à titre subsidiaire

Si aucune disposition particulière sur la responsabilité n'est définie lors de la délégation de tâches publiques, la responsabilité se fonde sur les règles de la loi sur la responsabilité (LRCF)⁸⁴.

La délégation de tâches administratives de la Confédération à des organisations dotées de leur propre personnalité juridique confère à ces dernières toutes les caractéristiques essentielles d'une organisation extérieure à l'administration fédérale, dont la responsabilité est régie par l'art. 19 LRCF.

⁸³ BIAGGINI, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Commentaire saint-gallois, ch. marg. 5 s. ad art. 187

⁸⁴ RS 170.32

En vertu de cet article, la responsabilité de l'organisation est engagée si un organe ou un employé d'une institution indépendante de l'administration ordinaire qui est chargée par la Confédération d'exécuter des tâches de droit public cause sans droit, dans l'exercice de cette activité, un dommage à un tiers. Si l'organisation n'est pas en mesure de répondre du dommage, la Confédération le prend en charge (responsabilité subsidiaire).

Si un organe ou un employé d'une organisation extérieure à l'administration fédérale cause un dommage à la *Confédération* dans l'exercice des tâches fédérales qui ont été déléguées, les organes ou employés fautifs en répondent en premier lieu et l'organisation à titre subsidiaire.

Les organisations extérieures à l'administration fédérale ne sont donc soumises à la responsabilité visée à l'art. 19 LRCF que si des tâches de droit public de la Confédération leur ont été confiées. La responsabilité subsidiaire de cette dernière s'applique uniquement dans ce cas. Concernant les organisations dont plusieurs échelons de l'État ont la charge (p. ex. eOperations), il convient de préciser que les règles de responsabilité énoncées à l'art. 19 LRCF valent seulement si un dommage est causé à un tiers ou à la Confédération elle-même lors de l'accomplissement de tâches administratives fédérales (p. ex. lors de l'exécution de procédures d'appel d'offres auxquelles la Confédération et d'autres collectivités participent en tant qu'adjudicatrices publiques). L'art. 19 LRCF ne s'applique pas lorsqu'une organisation placée sous la responsabilité partagée de la Confédération et d'autres collectivités occasionne un dommage lors de l'exécution d'une tâche ou d'un mandat dont la Confédération n'est pas l'adjudicatrice.

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne

L'AP-LMETA n'octroie aucune nouvelle tâche aux cantons. Compte tenu de la nouvelle base légale autorisant la Confédération à désigner et à exploiter des services administratifs en ligne, cette dernière pourra obliger d'autres collectivités (les cantons et, à travers eux, les communes) à utiliser exclusivement les services qu'elle aura sélectionnés, à condition que ces collectivités proposent par voie électronique des prestations administratives pour exécuter le droit fédéral. Cette remarque s'applique également si les cantons confient l'exécution de tâches fédérales à des organismes extérieurs (art. 12, al. 3, let. b, AP-LMETA). La déclaration de force obligatoire pour l'utilisation de certains services de base et services en ligne permet d'éliminer l'un des principaux obstacles à la cyberadministration, à savoir l'intégration insuffisante des données et des processus au sein de l'administration publique. L'art. 12, al. 4, AP-LMETA oblige les cantons et leurs communes à payer une contribution à la Confédération en fonction de l'avantage qu'ils retirent de l'exploitation de services de base et de services en ligne.

L'art. 13 AP-LMETA, qui accorde au Conseil fédéral le droit de fixer des normes obligatoires dans les domaines où les cantons exécutent le droit fédéral, suit un axe apparenté, mais sans que les cantons ne versent des contributions.

La création, dans le droit fédéral, de bases légales en vue de nouvelles possibilités d'action dans le domaine des prestations numériques de l'administration ne remet pas en question le statut juridique des villes, des agglomérations et des régions de montagne.

Si, après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation proposée, des conventions relatives à la cyberadministration sont conclues sur cette base entre la Confédération et d'autres collectivités, les conséquences pour les collectivités participant à la convention concernée dépendront des dispositions concrètes de cette dernière.

4.3 Conséquences pour l'économie, la société et l'environnement

Il ne devrait y avoir aucune conséquence directe pour l'économie, la société et l'environnement.

Les projets de collaboration et les prestations de la Confédération qui verront le jour en vertu des nouvelles bases légales bénéficieront tout particulièrement à la population et aux entreprises à moyen et long termes, car ils se traduiront par des applications de cyberadministration qui décupleront l'offre (actuellement plutôt faible) de prestations numériques de la Confédération, des cantons

et des communes. Les avantages découleront de l'uniformisation des normes ainsi que d'une utilisation des données et des systèmes à tous les niveaux de l'État fédéral (services de base et services en ligne obligatoires).

L'offre de libre utilisation de données administratives (données ouvertes), qui peuvent être traitées par l'homme ou par la machine, représente une partie des prestations électroniques transparentes, économiques et sans discontinuité médiatique des autorités envers la population, les entreprises, l'administration et le monde scientifique. Cette offre est une condition préalable à ce que la population puisse se former une opinion sur la base d'informations librement accessibles et ainsi chercher à développer des solutions politiques. Simultanément, les mêmes données administratives peuvent aussi fonder l'innovation économique tout en simplifiant les relations entre l'administration, l'économie et la société⁸⁵.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Présentées dans l'AP-LMETA, les nouvelles possibilités d'action du Conseil fédéral pour surmonter les défis actuels et futurs dans le domaine de la cyberadministration s'appuient sur différentes dispositions constitutionnelles qui sont exposées individuellement ci-après.

5.1.1 Compétence pour conclure des conventions dans le domaine de la cyberadministration

En vertu de l'art. 48, al. 2, Cst., la Confédération peut participer à des conventions intercantionales dans les limites de ses compétences constitutionnelles. L'habilitation accordée au Conseil fédéral pour conclure avec les cantons des conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration découle de cet article en relation avec le nouvel art. 5 AP-LMETA. Cette collaboration (au sens d'un fédéralisme coopératif vertical) n'est toutefois possible que si elle respecte les compétences de la Confédération et des cantons qui sont inscrites dans la Constitution.

Si des conventions sont envisagées dans le domaine de la cyberadministration avec d'autres États et avec des organismes étrangers ou internationaux, l'art. 54, al. 1, Cst. fournit à la Confédération une base constitutionnelle claire pour les actes internationaux relatifs aux affaires étrangères (p. ex. actes fixant des règles de droit)⁸⁶: les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Éventuellement souhaitée par la Confédération à l'avenir, la coopération internationale dans le domaine de la cyberadministration relèverait également des «affaires étrangères». Dans ses relations avec l'étranger, la Confédération doit cependant tenir compte des compétences des cantons et sauvegarder leurs intérêts (art. 54, al. 3, Cst.).

En vertu de l'art. 184, al. 1 et 2, Cst., le Conseil fédéral est l'organe chargé des affaires étrangères. Il doit néanmoins préserver les droits de participation de l'Assemblée fédérale (art. 166 Cst.). De plus, il représente la Suisse à l'étranger. Le Conseil fédéral signe et ratifie les traités et les soumet pour approbation à l'Assemblée fédérale, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de sa seule compétence en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 166, al. 2, Cst.). L'art. 5, al. 5, AP-LMETA prévoit explicitement une compétence exclusive du Conseil fédéral en la matière.

5.1.2 Compétence pour prendre des participations dans le domaine de la cyberadministration

La compétence normative de la Confédération concernant les participations à des organismes ou à des entreprises découle chaque fois d'une compétence du législateur fédéral dans ce domaine. Le texte de loi prévoit donc que la Confédération peut participer à des organismes pour autant que ces opérations soient toujours liées à l'accomplissement de tâches fédérales (cf. commentaire de l'art. 6 AP-LMETA). Il n'existe aucune base constitutionnelle concrète pour les participations de la Confédération à des organismes dans le domaine de la cyberadministration; cette compétence résulte plutôt, à titre accessoire, de la compétence respective de la Confédération.

⁸⁵ Stratégie OGD 2019-2023, ch. 1

⁸⁶ Cf. BIAGGINI, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Commentaire saint-gallois, ch. marg. 15 ad art. 54.

5.1.3 Compétence pour déléguer des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire

Conformément à l'art. 178, al. 3, Cst., la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale.

La délégation visée de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire à un organisme extérieur à l'administration fédérale, à savoir l'exécution de procédures d'appel d'offres, nécessite une base légale formelle (art. 178, al. 3, Cst.). En plus de l'exigence d'une autorisation par la loi qui est mentionnée explicitement dans cet article de la Constitution, d'autres conditions-cadres juridiques (notamment l'intérêt public d'une délégation, la garantie de la protection des droits, la durabilité, la surveillance, l'obligation de respect des droits fondamentaux) devront également être prises en compte lors des futures délégations de tâches qui s'appuieront sur la nouvelle norme (art. 9 AP-LMETA).

5.1.4 Compétence pour mettre à disposition, sans droit de licence, des logiciels à code source ouvert, pour octroyer l'accès aux données ouvertes, pour exploiter au niveau fédéral des services de base et des services en ligne et pour déclarer la force obligatoire des normes

La mise à disposition de logiciels à code source ouvert, l'exploitation de services de base et de services en ligne par la Confédération et la définition de normes font partie d'une gestion efficace et ciblée de l'administration et s'appuient sur la base constitutionnelle de l'art. 178, al. 1.

Tous les champs d'application cités pour l'utilisation des moyens électroniques doivent être considérés comme des aspects de l'administration auxiliaire, qui ont un caractère d'assistance dans la concrétisation d'une gestion efficace et orientée vers les objectifs. Dans ce cas aussi, la compétence fédérale est dérivée des tâches administratives à accomplir.

Concernant l'exploitation de services de base et de services en ligne par la Confédération, il convient de préciser que l'obligation d'utiliser les services désignés par la Confédération s'étend à d'autres collectivités ou organismes chargés de tâches publiques uniquement dans la mesure où celles-ci proposent des prestations électroniques des autorités pour exécuter le droit fédéral.

La stratégie OGD comprend les recueils de données collectées ou établies par les unités de l'administration fédérale centrale dans le cadre de l'accomplissement de tâches légales. La base constitutionnelle relative à la compétence de la Confédération en matière de données ouvertes va ainsi de pair avec la disposition constitutionnelle du domaine spécifique concerné, qui couvre également le traitement, en particulier la publication des données.

5.1.5 Compatibilité avec l'État de droit et l'État fédéral, avec le principe de la démocratie et avec la répartition des pouvoirs

Le transfert de décisions, en particulier sur l'utilisation des fonds publics, aux différents niveaux de la coopération (notamment conventions et décisions des organes de la convention; cf. ch. 2.1) implique de déléguer des compétences décisionnelles à l'exécutif. Celui-ci peut exercer son influence directement lors des négociations et de la conclusion de conventions ou indirectement, lors d'un vote au sein des organes de la convention.

L'organisation PTI Schweiz (coopération policière dans les domaines de la technique policière et informatique) et la convention entre les cantons et la Confédération l'illustrent parfaitement à l'aune des conséquences pour la Confédération: dans un premier temps, le Conseil fédéral est autorisé par une disposition similaire à celle de l'art. 5 à conclure lui-même des conventions⁸⁷. Selon l'importance de l'affaire, des représentants de l'exécutif sont donc toujours chargés de représenter les intérêts de la Confédération dans les organes de la convention. En particulier, l'organe suprême, c'est-à-dire l'Assemblée stratégique, fonctionne dans une certaine mesure comme le Parlement de l'organisation, mais il est constitué des directeurs cantonaux de justice et police et de la cheffe du DFJP et ne peut dès lors pas être considéré comme un parlement démocratique. Lorsque les organes de la convention lancent un projet de technique policière et informatique et définissent les règles correspondantes, les différentes collectivités peuvent uniquement participer à ces prestations en tant que bénéficiaires ou y renoncer; il n'y a pas d'autres possibilités. Par conséquent, le Parlement (du moins au niveau de la Confédération) ne peut prendre que des décisions de principe qui

⁸⁷ FF 2020 7499

portent concrètement sur les conditions très générales d'adhésion à l'organisation et, le cas échéant, sur l'octroi de prestations à travers l'approbation ou le refus de crédits. Dans l'ensemble, le principe «à prendre ou à laisser» s'applique: les différentes réglementations ne peuvent pas être débattues en détail dans un parlement. Cela vaut également pour leur assujettissement au référendum. Les (organes exécutifs des) collectivités concernées ayant le droit de participer au pilotage *commun*, la surveillance, pourtant requise par la Constitution, des organes extérieurs chargés des tâches administratives est soumise à un cadre étroit.

Les inconvénients de la coopération entre collectivités sont connus en droit international et doivent être acceptés, car il n'existe guère d'alternatives comparables aux réglementations contractuelles sur le plan international. Dans le cas d'une collaboration nationale, il convient de déterminer si ses avantages compensent ses inconvénients. Une autre solution consisterait soit à renoncer à une coopération entre la Confédération et les cantons, soit à créer une nouvelle compétence fédérale afin de proposer aux cantons des prestations de l'administration auxiliaire même en dehors d'une compétence fédérale particulière. La procédure de consultation vise, entre autres, à engager un vaste débat sur ces différentes approches.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

L'AP-LMETA offre au Conseil fédéral de nouvelles marges de manœuvre dans le recours aux moyens électroniques. Aucun conflit éventuel avec les obligations internationales de la Suisse n'est à redouter en cas d'adoption de la nouvelle loi fédérale.

Le 6 octobre 2017, la Suisse a signé en Estonie, dans le cadre de la conférence interministérielle sur la cyberadministration, une déclaration élaborée en commun par l'UE et l'Association européenne de libre-échange en matière de cyberadministration. S'articulant autour de cinq principes centraux, la déclaration de Tallin doit servir de guide pour le développement de la cyberadministration. Cette déclaration servira de base commune pour poursuivre la numérisation de l'administration tant au niveau national qu'international. Il s'agit notamment de proposer des prestations administratives autant que possible en ligne et de les rendre accessibles à tous. Les citoyens et les entreprises doivent pouvoir saisir les informations une seule fois, de manière fiable et sécurisée. En outre, la déclaration vise la compatibilité entre les systèmes informatiques nationaux et internationaux. Certains éléments de la déclaration concernent aussi la collaboration intercantonale et internationale, notamment le transfert des connaissances et l'utilisation des expertises. Les objectifs de la déclaration correspondent à ceux des stratégies que le Conseil fédéral a adoptées dans ce domaine.

En matière de droit des marchés publics, la Suisse est soumise à l'Accord sur les marchés publics (AMP)⁸⁸, un accord international plurilatéral entre divers États parties au traité de l'Organisation mondiale du commerce qui régit l'accès aux marchés publics. L'AMP a pour objectif de permettre la concurrence internationale entre les soumissionnaires de manière à ce que les autorités étatiques puissent atteindre le but d'une allocation optimale des fonds publics lors de l'acquisition de biens, de services et de prestations de construction. En outre, la Suisse et l'UE sont liées par l'Accord bilatéral du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics⁸⁹. Cet accord, qui repose également sur les règles de l'AMP dont il étend le champ d'application aux districts et aux communes, prévoit une ouverture réciproque du marché pour les achats sectoriels. Cet accord bilatéral ne comprend aucune obligation de reprendre le droit européen des marchés publics. Il convient toutefois de souligner qu'en vertu de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après: «directive sur les marchés publics»), une «centrale d'achat» est chargée «d'effectuer des acquisitions, de gérer des systèmes d'acquisition dynamiques ou de passer des marchés publics/des accords-cadres pour d'autres pouvoirs adjudicateurs, avec ou sans rémunération»⁹⁰. Dans cette directive, les centrales d'achat sont définies comme «un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires»⁹¹. eOperations ou ses tâches en matière de marchés publics correspondent à la description et à la définition figurant dans la directive sur les marchés publics, de sorte qu'eOperations a la qualité de centrale d'achat en vertu du droit européen.

⁸⁸ RS 0.632.231.422

⁸⁹ RS 0.172.052.68

⁹⁰ Cf. consid. 69 de la directive sur les marchés publics.

⁹¹ Art. 2, point 16, de la directive sur les marchés publics

Le domaine des données ouvertes ne comporte aucune obligation internationale dont la Suisse devrait s'acquitter.

5.3 Forme de l'acte à adopter

En vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées par l'Assemblée fédérale sous la forme d'une loi fédérale.

La délégation envisagée de tâches de l'administration à un organisme extérieur à l'administration fédérale, à savoir l'exécution de procédures d'appel d'offres, nécessite elle aussi une base légale formelle (art. 178, al. 3, Cst.). Le droit sur les subventions exige également une telle base pour que le Conseil fédéral puisse autoriser la Confédération à détenir des participations dans des organismes, car les participations ont un caractère de subvention (aide financière).

Comme nous l'avons indiqué au ch. 2.4.1, la disposition légale formelle sur l'utilisation de logiciels à code source ouvert vise à pallier l'insécurité juridique actuelle, qui découle du fait qu'on ne saurait affirmer avec une force obligatoire suffisante si, en l'absence de base légale, l'État peut transmettre ces logiciels sans droit de licence. Leur mise à disposition par la Confédération n'entrave certes pas la concurrence, mais elle peut néanmoins l'influencer, comme l'ont montré les expertises menées en la matière. Une disposition légale doit désormais clarifier la situation juridique.

En vertu de l'art. 164, al. 1, let. e, Cst., les dispositions importantes régissant les prestations de la Confédération doivent aussi être édictées sous la forme d'une loi fédérale. En tant que prestation électronique de la Confédération, le principe des données ouvertes doit donc être réglementé dans les grandes lignes par des dispositions formelles au niveau de la loi.

L'exploitation de services de base et de services en ligne est une prestation de la Confédération qui, en vertu de l'art. 164, al. 1, let. e, Cst., nécessite la création d'une base légale sous la forme d'une loi fédérale. S'y ajoute l'obligation, pour les cantons, d'utiliser les services de base et services en ligne concernés lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral. Cette obligation s'applique également en relation avec les normes déclarées obligatoires par la Confédération. Ces obligations requièrent elles aussi une base légale formelle (cf. art. 164, al. 1, let. f, Cst.).

5.4 Frein aux dépenses

Sur le plan juridique, une participation de la Confédération au capital d'organismes est considérée comme une subvention. L'art. 6, al. 1, AP-LMETA est donc une disposition sur les subventions. Il serait assujéti au frein aux dépenses s'il entraînait de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs. Aucune participation de la Confédération susceptible d'occasionner de telles dépenses n'est cependant prévue, et aucune ne devrait être réalisée dans un avenir proche.

L'art. 8 AP-LMETA crée la base nécessaire à l'octroi d'aides financières. Celles-ci n'entraînant elles-mêmes aucune dépense unique ou récurrente, elles ne sont pas soumises au frein aux dépenses. Il y a toutefois lieu de penser que, dans le cadre des processus budgétaires, des dépenses uniques soient décidées qui franchiront la valeur seuil justifiant l'application du frein aux dépenses.

5.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité (art. 5a Cst.). Conformément à l'art. 43a, al. 1, Cst., la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération.

Simultanément, la Confédération doit faire un usage modéré de ses compétences et laisser suffisamment de latitude aux cantons dans l'accomplissement de leurs tâches. La Confédération se limite à un rôle de soutien et de coordination de manière à respecter le principe de subsidiarité. Les instruments prévus par l'AP-LMETA concernent l'accomplissement de tâches fédérales existantes à l'aide de moyens électroniques. Ils n'entraînent donc aucun changement dans la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et sont compatibles avec le principe de subsidiarité.

Selon le principe d'équivalence fiscale statué à l'art. 43a, al. 2 et 3, Cst., toute collectivité bénéficiant d'une prestation de l'État prend en charge les coûts de cette prestation et toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État décide de cette prestation. La coopération dans le domaine de la cyberadministration peut déployer une utilité pour toutes les autorités concernées. Cette situation justifie que les coûts soient mutualisés pour certaines tâches et qu'ils soient imputés de manière différenciée aux différents niveaux de l'État pour les mesures spécifiques.

5.6 Conformité à la loi sur les subventions

5.6.1 Développement

Les aides financières de la Confédération versées à des sujets de droit extérieurs à l'administration fédérale sont considérées comme des subventions, tout comme l'acquisition de parts d'un organisme ou d'une entreprise.

Plusieurs motifs peuvent expliquer que la Confédération soit intéressée, aux fins d'accomplir ses tâches, par une participation dans un organisme extérieur à l'administration fédérale ou une entreprise qui opère dans l'informatique ou dans le domaine de la cyberadministration. En général, une participation (achat de parts d'une société) est liée à la délégation de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire à cette société.

La participation visée de la Confédération dans eOperations est dans l'intérêt de la première, car elle pourrait bénéficier d'économies d'échelle et donc de conditions d'achat préférentielles si elle faisait partie d'une communauté d'achat ou d'exploitation composée de collectivités de différents niveaux pour acquérir des produits ou prestations informatiques. Par ailleurs, il est tout aussi important de pouvoir créer une valeur ajoutée substantielle pour la population, les entreprises et les autorités étatiques elles-mêmes grâce à l'achat, par des collectivités de tous les niveaux, de produits informatiques uniformes ou, du moins, harmonisés entre eux, afin d'encourager et de garantir durablement le traitement électronique systématique des opérations administratives ou les échanges électroniques entre les autorités.

Si la Confédération ne participait pas à eOperations, elle ne pourrait (en particulier) pas faire valoir l'exception *quasi in-house* et bénéficier ainsi de ses prestations sans être soumise au droit des marchés publics. La Confédération pourrait, certes, acheter des produits et prestations informatiques à eOperations sans assumer la responsabilité partagée de cette société, mais elle devrait alors lancer une procédure d'appel d'offres avant la passation du mandat et eOperations devrait remporter l'adjudication conformément au droit des marchés publics. Des achats informatiques de la Confédération auprès d'eOperations en l'absence de tout rapport de participation restent cependant de la pure théorie, car eOperations n'envisage pas de participer à des appels d'offres publics en tant que soumissionnaire pour ne pas mettre en péril l'application des exceptions au regard du droit des marchés publics et ne pas être en concurrence directe avec des acteurs privés du marché lors de ces appels d'offres.

En outre, la Confédération doit aussi pouvoir allouer désormais des aides financières aux projets utiles à la réalisation technique et organisationnelle de la coopération dans le domaine de la cyberadministration. Les aides financières se limitent à des projets qui servent à l'exécution uniforme et correcte du droit fédéral.

5.6.2 Structure et importance financière

La subvention devrait prendre la forme d'une acquisition de parts de la société par la Confédération, qui assumerait alors la responsabilité partagée de l'organisme ou de l'entreprise concernée.

Lors de la première application prévue (eOperations), la Confédération devrait souscrire au moins une action au prix de 300 francs (valeur nominale de 100 francs et réserve de 200 francs issue des apports en capitaux) et bénéficier ainsi des avantages d'une coopération en matière d'achats. Des subventions plus étendues ne sont pas exclues, mais aucune n'est envisagée pour le moment. Coordinés et pilotés centralement, les projets de cyberadministration sont déterminés en fonction de leur rapport coûts/avantages, tout en gardant à l'esprit que le financement de chaque projet n'est pas toujours assumé par l'utilisateur.

Le projet prévoit, s'agissant de l'octroi d'aides financières, que la Confédération conclue des contrats de droit public avec les bénéficiaires. Pour les projets à long terme, en particulier, la conclusion de conventions-programmes est aussi prévue.

La présente base légale ne prescrit pas l'ampleur des aides financières. Il faudra en déterminer le montant dans le cadre des procédures budgétaires ordinaires.

5.7 Délégation de compétences législatives

Les conventions visées à l'art. 5 peuvent éventuellement comporter la compétence d'édicter des règles de droit en ce que, dans le cadre d'une convention, des réglementations concernant le droit applicable peuvent être convenues (cf. art. 5, al. 2, let. d, AP-LMETA).

Par ailleurs, la disposition visant la délégation de tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire revêt un caractère normatif. L'art. 9, al. 1, AP-LMETA attribue au Conseil fédéral la compétence de déléguer ces tâches par voie d'ordonnance ou de convention, en établissant notamment des réglementations sur le droit applicable et d'autres contenus réglementaires.

L'art. 12, al. 4, AP-LMETA habilite le Conseil fédéral à déterminer la méthode de calcul de la contribution aux coûts d'exploitation des services administratifs en ligne que les cantons doivent assumer.

Au demeurant, l'AP-LMETA ne prévoit aucune délégation de compétences législatives.

5.8 Protection des données

L'AP-META respecte les dispositions légales en matière de protection des données. Les éventuelles questions correspondantes pourront être soulevées dans le cadre des projets reposant sur les bases légales proposées, puis être clarifiées le cas échéant lors du projet concerné.

Les bases légales spécifiques régissant la protection des données devraient pouvoir être utilisées pour des projets individuels; si ce n'est pas le cas, elles doivent soit être créées, soit modifiées.

Les dispositions de la LPD⁹², en particulier celles sur le traitement des données personnelles, doivent être prises en compte si des données personnelles issues de l'exploitation de services de base ou de services en ligne par la Confédération sont concernées. À ce titre, il faut s'attendre à des difficultés juridiques, qui surviennent généralement lorsque la Confédération et les cantons utilisent conjointement des systèmes de traitement des données. Il faudra notamment délimiter les responsabilités que les différentes autorités concernées doivent assumer dans les diverses parties du traitement des données. Seules la Confédération ou l'autorité à laquelle la compétence est déléguée peuvent être tenues responsables de l'exploitation et de la sécurité; les jeux de données qui ont été traités et les diverses étapes du traitement doivent cependant être confiés à une autorité par une disposition légale (art. 16, al. 2, LPD; art. 33 nLPD⁹³).

Les données personnelles qui ne peuvent pas être publiées en raison de la protection des données n'entrent pas dans le domaine d'application des données ouvertes (art. 11, al. 3, let. a, AP-LMETA). Cependant, compte tenu des algorithmes toujours plus puissants et de l'intelligence artificielle, d'une part, et de la multitude de données accessibles au public, d'autre part, le risque existe de ne pouvoir exclure tout à fait une réidentification dans certains cas, notamment si les données ont été anonymisées et, ne constituant de ce fait pas des données personnelles, ne sont pas soumises à la LPD. Il incombe à chaque unité administrative d'évaluer ce risque avant toute publication et, le cas échéant, de renoncer à autoriser la publication des données concernées.

⁹² RS 235.1

⁹³ FF 2020 7397