



Procédure de consultation
FER No 06-2021

Personne responsable:
Mme O. Guyot Unger

Date de réponse:
25.03.2021

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

La Fédération des Entreprises Romandes (ci-après également «la FER») se réfère à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi mentionné en titre.

Elle vous prie de trouver ci-après sa prise de position y relative :

I. Remarques générales

Dans un monde interconnecté et de plus en plus digitalisé, notre fédération reconnaît la nécessité de développer efficacement la cyberadministration, notamment afin que notre pays demeure attractif en comparaison internationale¹, pour les entreprises et les individus.

L'avant-projet de LMETA² vise à permettre la mise en œuvre concrète de la cyberadministration, notamment via la possibilité, pour le Conseil fédéral, d'entreprendre les actions suivantes :

- conclure des conventions de collaboration dans le domaine de la cyberadministration avec d'autres collectivités ou organisations, publiques ou privées, sur le plan suisse et international ;
- prendre des participations et assumer des engagements financiers dans le cadre de ces collaborations ;

¹ Cf. le rapport comparatif sur la cyberadministration publié par l'Union européenne le 23 septembre 2020, cité par le rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 21, selon lequel *la Suisse a certes progressé en comparaison des années précédentes, mais (...)* demeure en retard pour les services de base.

² Ci-après également AP-LMETA

- déléguer à des tiers (collectivités, organisations et entreprises) l'exécution des tâches relevant de l'activité auxiliaire de l'Etat dans le domaine de la cyberadministration, en particulier l'exécution de procédures d'appels d'offres.

La future LMETA constituera la base légale nécessaire à la mise en œuvre de ces actions, dans les limites du cadre constitutionnel existant.

A cet égard, la réglementation, dans la loi, de l'utilisation et de la mise à disposition de logiciels à code source ouverts³, c'est-à-dire sans percevoir de droits de licence, au sein de la Confédération, mettra fin aux incertitudes juridiques actuelles.

Par ailleurs, la future LMETA permettra à la Confédération d'imposer tant aux autorités fédérales que cantonales ainsi qu'aux organisations extérieures à l'administration, l'utilisation de services de base⁴ et de services en ligne⁵, en garantissant une interopérabilité entre eux.

II. *Commentaire article par article*

Du point de vue de la compréhension des buts visés par la future loi, ainsi que sous l'angle du respect des principes de la légalité et de la sécurité du droit, notre fédération salue le fait que l'**art. 3 AP-LMETA** définisse les termes *cyberadministration* et *services administratifs en ligne*.

Ad. art. 4 AP-LMETA

La FER partage l'avis du DFF⁶ selon lequel la cyberadministration présente des avantages de simplification et d'accélération pour les interactions entre et avec les organismes publics.

³ Concrétisation du principe *open data by default*. La principale différence par rapport aux logiciels à code source fermé tient dans l'octroi de droits d'utilisation étendus du code source selon le droit d'auteur. Ces droits permettent ainsi de copier, éditer, étudier et transmettre librement le logiciel (cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, pages 22 et 33)

⁴ Service électronique d'infrastructure qui constitue une base commune sur laquelle sont développés d'autres services administratifs (services en ligne ou « solutions »), cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 20

⁵ ou « solution ». Offre et 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). A titre d'exemple, le guichet en ligne EasyGov.swiss, lancé en novembre 2017, facilite, grâce aux possibilités du numérique, les échanges entre les entreprises et les autorités (cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 20)

⁶ cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 27

En revanche, la transparence accrue⁷, souhaitable dans son principe et certainement améliorée grâce à une cyberadministration performante, ne doit en aucun cas sacrifier un principe de rang constitutionnel, à savoir la protection de la sphère privée, concrétisée par la protection des données personnelles⁸.

Ad. art. 4 al. 3 AP-LMETA

Le libellé de cette disposition ne nous paraît pas suffisamment contraignant pour garantir, dans les faits, la sécurité et la disponibilité des données et des services à la population et aux entreprises.

Notre fédération suggère donc le libellé suivant :

*Elles veillent à ce que leurs prestations soient accessibles à l'ensemble de la population et ~~tiennent compte des~~ **prennent les mesures techniques et organisationnelles requises pour prévenir les** risques qui pèsent en particulier sur la sécurité et la disponibilité des données et des services.*

Ad. art. 5 al.6 AP-LMETA

Dans la mesure où la conclusion de conventions, internes à la Suisse ou internationales, dans le domaine de la cyberadministration, aura des conséquences sur la protection des données des particuliers et entreprises, il nous apparaît nécessaire de mentionner plus précisément que la conclusion de telles conventions doit être strictement subordonnée au respect de certaines conditions, dont l'exigence d'une base légale formelle.

Par conséquent, la FER propose le libellé suivant pour l'**al.6** de cette disposition :

*Si les conventions visées dans le présent article requièrent des bases légales plus précises du fait qu'elles touchent par exemple au statut juridique des particuliers en matière de protection des données ou de procédure, Elles sont autorisées ~~pour peu à~~ **condition** que les bases légales requises existent.*

Ad. art. 6 et 7 AP-LMETA

Le terme *organismes* manque selon nous de clarté.

Nous suggérons de le remplacer par *participations* à l'art. 7.

Ad. art. 10 AP-LMETA

Notre Fédération relève que l'évaluation de l'intérêt, public ou privé, ainsi que le respect du principe de proportionnalité et de neutralité concurrentielle pour permettre des dérogations au principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé⁹ en

⁷ Et non absolue, synonyme de totalitarisme

⁸ Cf. art. 13 Cst.

⁹ Economie libérale ou de marché

autorisant l'Etat, notamment, à mettre à disposition des logiciels à code source ouvert¹⁰, risque de se révéler difficile à effectuer.

Pour rappel, le contrôle de telles exceptions décidées par l'Etat reste limité. La tradition et la pratique judiciaire suisse rendent très difficile, voire impossible, un tel contrôle par une autorité judiciaire saisie par un administré (par exemple un concurrent écarté dans le cadre de l'adjudication d'un marché public). La décision attaquée ne peut en effet jamais être revue sous l'angle de l'opportunité. La seule limite réside dans l'éventuel abus ou excès du pouvoir d'appréciation de cette autorité, lesquels restent extrêmement difficiles à établir, seuls un abus ou excès confinant à l'arbitraire permettant en principe de casser une décision administrative sur la base d'un tel motif.

A cet égard, la possibilité de contribuer efficacement à l'exécution des tâches étatiques, ne saurait, à elle seule justifier une dérogation au principe constitutionnel d'un ordre économique de droit privé.

En outre, l'argument selon lequel *l'exigence d'émoluments couvrant les coûts garantira la neutralité de la concurrence*¹¹ est fallacieux: lorsque l'Etat fournit des prestations, il cherche, en effet, uniquement à couvrir ses coûts mais non à réaliser un profit, au contraire d'un acteur de l'économie privée. Ce dernier ne peut, pour survivre et développer ses activités, se contenter de couvrir ses dépenses, mais doit, au contraire, générer un profit, ce qui rend, *de facto*, ses produits ou ses services plus chers que ceux proposés par l'Etat, même contre un émolument.

Ad. art. 11 AP-LMETA

En principe, et encore une fois, la FER est convaincue que le libre-accès aux données publiques¹² apportera de la plus-value aux entreprises, au monde scientifique (notamment en favorisant la recherche) et à la population en général.

Toutefois les réserves émises ci-dessus concernant l'art 10 AP-LMETA peuvent, *mutatis mutandis*, être répliquées concernant l'art 11.

Néanmoins, nous saluons le rappel, aux termes du rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020¹³, du principe selon lequel une réglementation transversale généralement applicable comme la future LMETA ne saurait contourner les interdictions de publication des données régies par des lois spéciales¹⁴.

Il est en effet rassurant, pour les entreprises et les particuliers, de lire la confirmation selon laquelle, notamment en application de la loi fédérale sur la protection des données (LPD¹⁵), les données personnelles et, *a fortiori*, les données sensibles les

¹⁰ C'est-à-dire sans perception de droit de licence

¹¹ Cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 35

¹² Soit la concrétisation du principe *open data by default*, cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, pages 35 et 36 notamment

¹³ Cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 36 notamment

¹⁴ *Lex specialis derogat generalis*

¹⁵ RS 235.1

concernant, ne pourront être ouvertement et spontanément publiées, en tous cas pas sans leur consentement.

Notre Fédération reste cependant dubitative quant à la teneur de l'art. 11 **al.5** AP-LMETA, qui autorise les unités administratives à ne pas vérifier l'exactitude des données destinées à être publiées. Les explications du DFF à ce sujet selon lesquelles notamment *l'obligation de publier rapidement ne laisse pas toujours le temps nécessaire à la vérification de l'exactitude des données*¹⁶, ne nous convainquent pas.

La FER craint que cette disposition entraîne, dans les faits, l'absence de toute reponsabilité de l'Etat lors de la publication de données fausses ou destinées à demeurer confidentielles. Or, les dommages consécutifs à de telles publications peuvent être très importants, tant en termes d'image qu'en termes financiers, pour les entreprises et pour les particuliers concernés.

Afin de réduire ce risque de dommage consécutif à une atteinte à la personnalité, notre Fédération souhaite ardemment que les administrations en charge de la publication de ces données procèdent au moins à un examen sommaire de leur exactitude et de leur plausibilité.

Ad. art. 12 AP-LMETA

La FER salue le rappel mentionné à l'**al. 3** de cette disposition selon lequel l'utilisation d'un service de base ou d'un service en ligne ne peut être déclarée obligatoire que si elle est nécessaire à une application uniforme et correcte du droit fédéral.

Toutefois, notre Fédération s'étonne qu'aux termes de l'**al. 4**, la Confédération s'arroge le pouvoir de déterminer seule le calcul de la contribution à la couverture des coûts par les cantons. Afin de respecter le fédéralisme, nous suggérons que les cantons concernés soient au moins consultés avant toute prise de décision par la Confédération en lien avec ce calcul des contributions cantonales.

Ad. art. 13 AP-LMETA

Notre Fédération partage l'avis du DFF¹⁷ selon lequel il est nécessaire, pour garantir l'interopérabilité des services¹⁸, qu'un degré de normalisation élevé soit imposé.

III. Conséquences économiques et politiques

Notre Fédération s'étonne de l'affirmation du DFF selon laquelle la future LMETA ne devrait entraîner aucune conséquence directe pour l'économie, la santé et l'environnement¹⁹.

¹⁶ Cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 38

¹⁷ Cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, pages 41 et 42

¹⁸ i.e. pour que les systèmes de plusieurs administrations et / ou autorités et / ou tiers mandatés pour accomplir des tâches administratives auxiliaires puissent interagir sans faille

¹⁹ Cf. rapport explicatif du DFF du 11 décembre 2020, page 49

Au contraire, la FER est d'avis que les autorités doivent réfléchir à la manière dont elles souhaitent agir avec l'économie dans un proche avenir. En d'autres termes, l'économie aurait besoin de toute urgence de nouvelles formes d'interaction avec l'Etat. Si notre Fédération accueille favorablement les intentions de ce projet qui définit les conditions générales pour le développement de la cyberadministration, dans l'ensemble, les bonnes approches pourraient être poursuivies avec davantage de cohérence. Il y a notamment un risque que le système de libre accès aux données publiques (OGD : Open Government Data) soit mis à mal par de nombreuses exceptions et réglementations spéciales. De même, les tensions pouvant se produire entre les données ouvertes et la protection des données ne sont pas abordées dans le rapport. Par ailleurs, la loi devrait davantage être orientée vers la numérisation interne horizontale (intersectorielle) et verticale (à travers les trois niveaux de pouvoir) de l'administration et moins vers la fourniture de services à la clientèle.

Les interfaces standardisées et d'échange des informations avec les entreprises et les particuliers devraient être davantage poussées. En effet, les plateformes et les guichets numériques mobilisent des ressources financières importantes et n'offrent souvent que peu de valeur ajoutée. Il est à noter que l'Etat devrait également mieux tenir compte de modèles commerciaux innovants lors des échanges entre les autorités et les entreprises. Grâce à des interfaces extérieures appropriées, de nouveaux produits et services peuvent être créés entre les administrations et les entreprises, comme les logiciels ERP (Enterprise Resource Planning) intelligents ou des systèmes d'assistance basés sur les technologies de l'information. Cela permettrait de créer de nouveaux écosystèmes technologiques qui soulageront considérablement les entreprises sur le plan administratif.

Le réel potentiel de la numérisation n'est ainsi pas suffisamment reconnu dans cet avant-projet de loi. Il ne faut pas oublier que les entreprises sont particulièrement sensibles aux coûts de la réglementation. Plus l'échange avec les autorités est fluide, fiable et efficace, moins la charge administrative est lourde pour les entreprises. La numérisation des processus implique ainsi davantage d'interopérabilité entre les systèmes, tant sur le plan technique qu'organisationnel.

IV. Conclusion

La FER salue cette nouvelle étape vers la digitalisation des prestations étatiques que permettra la future loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA). Toutefois, elle rend attentive les autorités sur la manière dont elles souhaitent interagir à l'avenir avec l'économie. Les approches évoquées dans le rapport vont dans la bonne direction, mais elles manquent parfois de cohérence et d'ambition. Notre Fédération soutient cet avant-projet de loi dans son principe, mais avec les quelques réserves précitées.