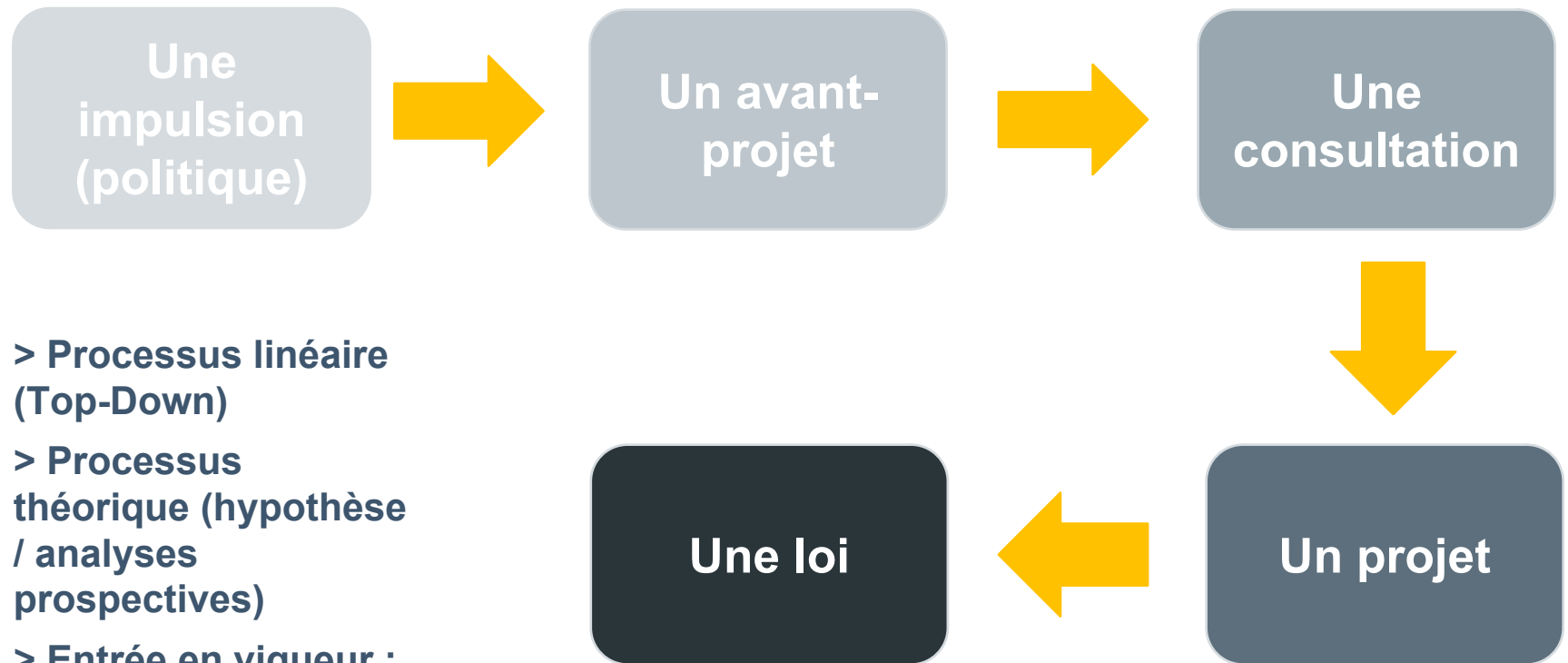


La législation expérimentale comme soutien au développement de la cyberadministration



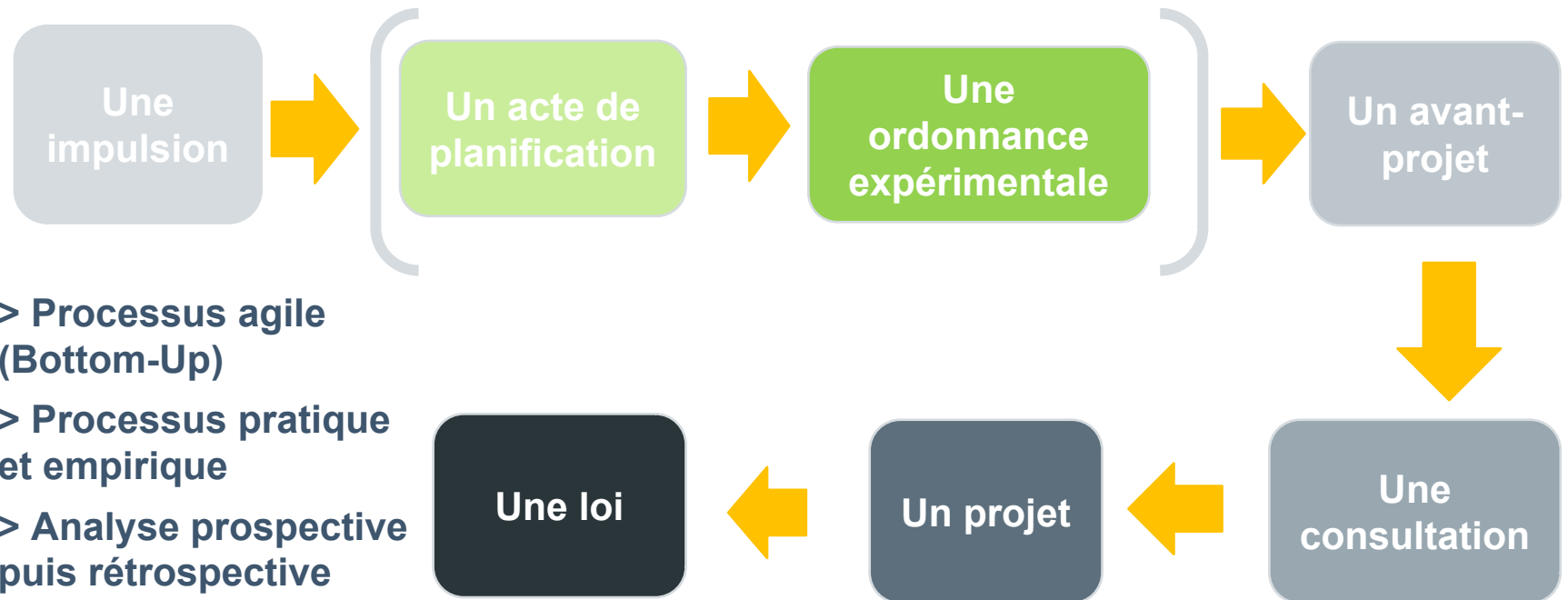
**Michael Montavon,
Dr en droit**

Le processus traditionnel d'élaboration d'une loi



- > Processus linéaire (Top-Down)
- > Processus théorique (hypothèse / analyses prospectives)
- > Entrée en vigueur : après 2 à 4 ans

Le processus « agile » d'élaboration d'une loi



- > Processus agile (Bottom-Up)
- > Processus pratique et empirique
- > Analyse prospective puis rétrospective
- > Phénomène de co-construction (processus / loi)
- > Entrée en vigueur : quelques semaines/ mois

La planification de la cyberadministration

- La stratégie suisse numérique
- La stratégie suisse de cyberadministration
- Les lignes directrices des cantons relatives à l'administration numérique
- La stratégie d'informatique en nuage des autorités suisses
- La stratégie d'informatique en nuage de l'administration fédérale
- La stratégie informatique de la Confédération
- La stratégie *Open Government Data*
- La stratégie pour le développement et la gestion commune des données de base de la Confédération
- La stratégie nationale de protection de la suisse contre les cyberrisques
- La stratégie Open Source Software de l'administration fédérale
- La Stratégie d'approvisionnement informatique de la Confédération
- Les lignes pour la Confédération concernant l' «Intelligence artificielle»

La planification de la cyberadministration

➤ Sécurité juridique de la Soft Law

- Parmi les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties mentionnées à l'art. 31 par. 3 let. c CV, le Tribunal fédéral retient que des textes internationaux qui n'ont qu'une valeur de "soft law", tels des recommandations ou des commentaires, constituent **d'importants moyens auxiliaires d'interprétation**, dans la mesure où ces textes internationaux reflètent les traditions juridiques communes aux Etats membres des organisations sous les auspices desquelles ils ont été élaborés, dont la Suisse se réclame et dont, partant, il y a lieu de tenir compte (ATF 144 II 130, consid. 8.2.2).
- Auch wenn die zitierten Grundlagen im vorliegenden Fall **nicht verbindlich sind** ("soft law"), ergibt sich daraus doch eine Tendenz zur integrativen Sonderschulung. Ein Recht auf Integration in die Regelschule besteht jedoch nicht (ATF 141 I 9, consid. 5.3.4).
- **On ne saurait dès lors poser, quant à la forme et au contenu de la réquisition de poursuite, des exigences plus sévères que celles qui découlent des règles précitées, que ce soit - indirectement - par le biais d'une instruction touchant à l'établissement du commandement de payer, a fortiori d'un programme informatique sur ce sujet** (ATF 141 III 173, consid. 3.2.1 ; stratégie e-LP).

La législation expérimentale

«Définie dans son sens étroit, la législation expérimentale vise [...] à expérimenter de nouvelles règles selon un **protocole scientifique préétabli**. Elle constitue **un type particulier d'acte normatif** – le plus souvent **au niveau réglementaire** (« loi » pris dans son sens matériel) – qui est introduit à titre expérimental dans l'ordre juridique pour en **tester les effets**. Son but est **d'accumuler les expériences** qui, après une **évaluation méthodique comparative** des impacts avec le groupe témoin, serviront de base de décision pouvant **possiblement** aboutir à des solutions législatives définitives. Elle se caractérise par **une durée de validité limitée**, associée à des mesures de **suivi et d'évaluation rétrospective de ses impacts**.» ([FLÜCKIGER Alexandre, \(Re\)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019, p. 663](#))

- Ordonnance fédérale du 13 mai 2020 sur l'essai pilote suisse de traçage de proximité visant à informer les personnes potentiellement exposées au nouveau coronavirus (RO [2020 2553](#))
- Modification du 29 novembre 2013 de l'ordonnance fédérale sur les systèmes d'information du Service de renseignement de la Confédération (OSI-SRC) (RO [2013 4359](#))
- Ordonnance fédérale du 22 novembre 2006 sur l'exploitation pilote de l'index national de police (RS [235.12](#))
- Ordonnance concernant un essai temporaire et local de limitation de vitesse à 50 km/h dans les agglomérations (RO [1978 1700](#))

La législation expérimentale

➤ Sécurité juridique d'une législation expérimentale

- Die Voraussetzung der gewissen Aktualität und wenigstens potenziellen Relevanz ist nicht erfüllt, wenn die Datenschutzaufsichtsstelle **in Bezug auf ein Pilotprojekt bloss einen Aspekt der Datensicherheit thematisiert** und die Frage der Datensicherheit ohnehin integral in den vor einer Direktion **hängigen Verfahren** betreffend die definitive Einführung des betreffenden Geschäftsverwaltungssystems zu prüfen sein wird (Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 31. Januar 2018 i.S. Datenschutzaufsichtsstelle des Kantons Bern gegen STA (VGE 100.2017.72), in : JAB 2018, p. 189).
- Quiconque agit **comme la loi l'ordonne ou l'autorise** se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi (14 CP).

La législation expérimentale

➤ Bases légales d'un projet pilote dans le canton de Fribourg

Loi sur la cyberadministration (LCyb ; RSF 184.1)	Loi sur la protection des données (LPD ; 17.1)
<ul style="list-style-type: none">• Art. 35 Projets pilotes – Principes• Art. 35a Projets pilotes – Phase d'essai• Art. 35b Projets pilotes – Dispositions diverses	<ul style="list-style-type: none">• Art. 22 Projets pilotes incluant le traitement de certaines catégories de données

La législation expérimentale

➤ Les types de normes d'un projet pilote

Les normes habilitantes	Les normes d'accompagnement (ou de sécurité) /	Les normes déclaratoires	Les normes indirectes
<ul style="list-style-type: none">▪ Principe de la légalité (art. 5 Cst.)▪ Autorisation de faire quelque chose qu'il ne serait pas possible de faire en l'absence de norme	<ul style="list-style-type: none">▪ Réalisation des droits fondamentaux (art. 35 al. 1 Cst.)▪ Mesures de sécurité spécifiques à mettre en place▪ Fixation des responsabilités	<ul style="list-style-type: none">▪ Rappel de règles et de principes pré-existants▪ Descriptions des processus	<ul style="list-style-type: none">▪ Utiles dans le domaine du droit de la protection des données

Le projet pilote Cloud

➤ L'approche de la Confédération vis-à-vis du cloud

- « Lorsque des données sont stockées «en nuage», il s'agit en principe **de sous-traitance**, qui doit satisfaire aux conditions y afférentes. Si des données sont transférées à cet effet **à l'étranger**, il faut en outre que les conditions prévues aux art. 13 et 14 soient remplies. » (Message LPD, in : [FF 2017 6565](#), p. 6652)
- « Umgekehrt wünschen sich Vertreter aus **der Wirtschaft und kantonalen Verwaltungen**, dass die Bundesverwaltung eine Vorreiterrolle übernimmt: Sie solle deutlich auf Cloud-Leistungen setzen und dies auch aktiv kommunizieren. Abgesehen von nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Akteure, wird **dabei nicht klar, weshalb die Bundesverwaltung eine Vorreiterrolle in der Cloud-Nutzung einnehmen sollte.** » ([Bericht zur Bedarfsabklärung für eine «Swiss Cloud](#), 2020, p. 17).
- «Il appartient **au propriétaire des données d'évaluer** si leur traitement est admis dans un nuage public ainsi que les mesures nécessaires à cet effet. Pour ce faire, il doit tout d'abord effectuer une analyse des besoins de protection, l'un des critères examinés étant le degré de confidentialité (non classifié, INTERNE, CONFIDENTIEL, SECRET). [...] Des moyens auxiliaires correspondants (guides, listes de contrôle, processus) **sont mis à disposition** (cf. chap. 5) pour faciliter l'acquisition et l'utilisation conformes au droit et peu risquées des services en nuage public par les unités administratives de la Confédération. » ([Stratégie d'informatique en nuage de l'administration fédérale](#), 2020, p. 13).
- « Après un examen approfondi et une longue phase de test, l'administration fédérale a décidé de passer au nouvel environnement Office de Microsoft 365. [...] Les utilisateurs auront en outre l'interdiction de sauvegarder des données sensibles et documents confidentiels dans le nuage de Microsoft. ([Communiqué de presse du CF du 15.02.2023](#))
- [Directive d'application relative à Microsoft 365](#) du 16.04.2024.

Le projet pilote cloud

Ordonnance fribourgeoise du 1^{er} décembre 2018 autorisant le Service de l'informatique et des télécommunications à externaliser le traitement de certaines données dans le «Cloud» (projets pilotes) (RSF [184.15](#))

Abrogée

Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg

Vu l'article 21 de la loi du 2 novembre 2016 sur le guichet de cyberadministration de l'Etat (LGCyb);

Vu le préavis du 16 juillet 2018 de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données;

Considérant:

Afin de poser le socle de la digitalisation de l'administration et de faciliter le déploiement de la cyberadministration, le «cloud computing» («informatique en nuage» ou «externalisation du traitement des données») est incontournable pour l'Etat de Fribourg. Or les bases légales actuelles sont inadaptées à l'externalisation de services informatiques sous forme de «cloud computing».

En vertu de l'article 21 LGCyb, le Conseil d'Etat peut cependant, avant l'adoption d'une base légale formelle, autoriser la mise en place de projets pilotes en matière de digitalisation pour une durée limitée. Le recours à cette délégation de compétence s'avère dans le cas présent indispensable afin de tester des solutions «cloud» ciblées et d'explorer les possibilités techniques à mettre en place, en particulier dans le domaine de la sécurité.

Les compétences ainsi acquises serviront à asseoir les travaux législatifs en cours et à venir sur une base concrète et pertinente.

Sur la proposition de la Direction des finances,

Le projet pilote cloud

Normes habilitantes

Loi fribourgeoise du 18.12.2020 adaptant la législation cantonale à certains aspects de la digitalisation (ROF [2020_195](#))

Loi sur la cyberadministration (RSF [184.1](#))

Art. 27 Externalisation – Principes

¹ Le traitement électronique de données et la gestion d'outils informatiques **peuvent être externalisés** aux conditions de la présente section.

² Sont toutefois réservées:

- les exigences prévues par la **législation sur la protection des données**, lorsque l'externalisation porte sur le traitement de données personnelles;
- les exigences particulières de l'article 54 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, lorsque l'externalisation implique **une délégation de tâches** à des tiers au sens de cette disposition.

Loi sur la protection des données (RS [17.1](#))

Art. 12b Externalisation – Principes

¹ Le traitement **de données personnelles**, y compris de données sensibles, **peut être externalisé** aux conditions posées par les présentes dispositions.

² Les lieux de traitement doivent être situés en tout temps sur le territoire suisse ou sur le territoire d'un Etat garantissant un niveau de protection des données **équivalent**

³ Lorsque l'externalisation implique une **délégation de tâches** à des tiers au sens de l'article 54 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, les exigences particulières prévues par cette disposition sont applicables

⁴ Le Conseil d'Etat présente tous les deux ans à la Commission des finances et de gestion **un rapport** sur l'externalisation.

Normes déclaratoires

Norme d'accompagnement

Le projet pilote cloud

Normes d'accompagnement (ou de sécurité)

- **Responsabilités (Art. 30 LCyb / 12c LPrD)**
 - Répartition des responsabilités entre l'organe métier et le service en charge de l'informatique et des télécommunication
- **Mesures de sécurité (art. 29 LCyb / 12d LPrD)**
 - Rappel des objectifs de sécurité (intégrité, authenticité, disponibilité, pérennité, confidentialité)
 - Mesures à définir au cas par cas en fonction des besoins
 - Garantie de continuité pour les activités essentielles au fonctionnement de l'Etat
- **Externalisation de secrets et de données sensibles (art. 28 LCyb et 12e LPrD)**
 - Reprise des exigences de Privatim
 - En principe, pas d'accès aux données par le sous-traitant
 - Si accès, autorisation préalable + journalisation
 - Statut d'auxiliaire du secret attribué au sous-traitant (et ses employés)

Le projet pilote Référentiel cantonal

➤ Situation de départ

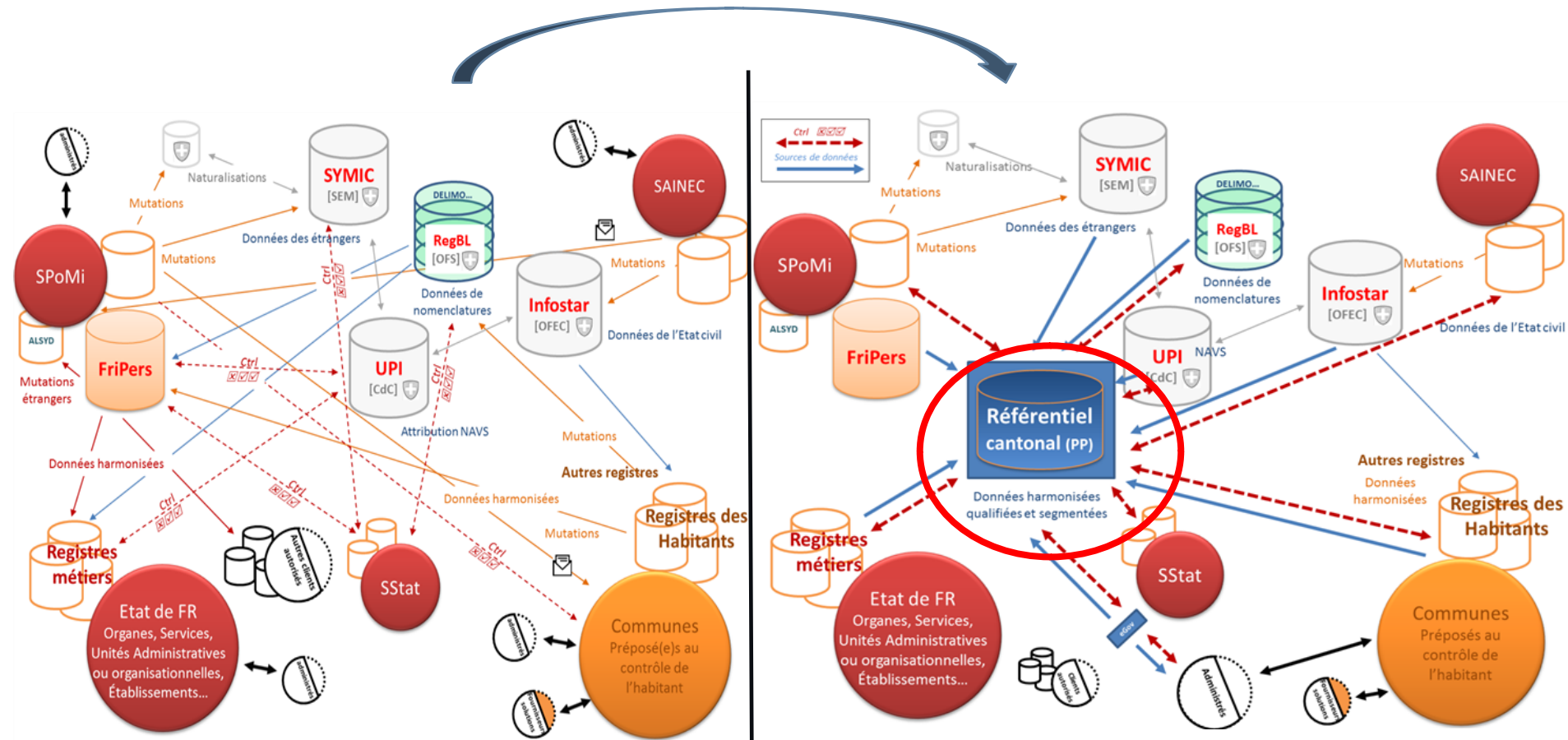
Article 13 LGCyb

¹ Pour mettre à la disposition des autorités administratives, de manière centralisée et sûre, des données de référence fiables, la présente loi autorise la création:

- a) d'un identificateur unique de personne;
- b) d'une plate-forme informatique gérant un référentiel des personnes et des données de base (ci-après: référentiel cantonal);
- c) de registres et bases de données adaptés aux exigences d'interopérabilité accrue des processus et prestations transversaux.

² Le référentiel cantonal est un ensemble de données communes à plusieurs applications, qui ne contient que des données personnelles non sensibles au sens de la législation sur la protection des données ou dont l'utilisation dans le référentiel a été dûment autorisée. Il contient également les données nécessaires à l'exploitation du guichet.

Le projet pilote Référentiel cantonal



Slides prêtées par la gouvernance des données référentielles de la Chancellerie d'Etat du canton de Fribourg

Le projet pilote Référentiel cantonal

➤ Constat avant le début des travaux

- Densité normative trop faible
- Pas prise en compte des pré-traitements (notamment : communications et appariements de données («Datenverknüpfung»))
- Bases légales insuffisantes
- Lacunes existantes (notamment : utilisation systématique du NAVS («systematische Verwendung der AHV-Nummer» soumis à l'époque à une législation très sévère)
- Absence d'organisation adéquate
- Incertitudes techniques et organisationnelles persistantes

Insuffisant

Le projet pilote Référentiel cantonal

184.16

Ordonnance concernant la mise en œuvre du Référentiel cantonal de données de personnes, organisations et nomenclatures (projet pilote)

du 24.06.2019 (version entrée en vigueur le 01.03.2021)

En vigueur

Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg

Vu la loi du 2 novembre 2016 sur le guichet de cyberadministration (LGCyb) convertie en loi du 18 décembre 2020 sur la cyberadministration (LCyb), en particulier ses articles 17 à 22 et 35;

Vu le préavis de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données du 4 février 2019;

Considérant:

La mise sur pied d'un Référentiel cantonal qui contient des données de référence qualifiées et actualisées de personnes et d'organisations en interaction et/ou en relation directe avec les organes de l'Etat représente une étape essentielle dont le but est de poser le socle de la digitalisation de l'administration.

Les dispositions de la LCyb permettent déjà l'élaboration d'une telle infrastructure, mais elles nécessitent d'être complétées et précisées. En vertu de l'article 35 LCyb, le Conseil d'Etat peut autoriser le lancement de projets pilotes en matière de digitalisation pour une durée limitée avant l'adoption des bases légales formelles définitives. Celles-ci auront l'avantage d'être plus abouties et plus sûres en termes de densité et de précision.

A terme, ce Référentiel a pour objectif de devenir la principale source d'information unifiée et qualifiée de données de référence à la disposition des organes publics du canton de Fribourg.

Sur la proposition de la Direction des finances et de la Chancellerie d'Etat,

Arrête:

Le projet pilote Référentiel cantonal

- Une ordonnance expérimentale sur 2 niveaux (un texte de base complétés par cinq annexes)

Exemple de normes habilitantes

Art. 6 Prétraitements de données

¹ Pour permettre la mise en œuvre et l'exploitation du Référentiel cantonal, la présente ordonnance autorise:

- a) l'attribution systématique d'un identifiant unique au sens de l'article 18 LCyb à toute personne ou organisation qui est en interaction et/ou en relation avec un organe de l'Etat;
- b) l'appariement systématique des données de référence provenant des systèmes d'information d'un organe contributeur de données au sens de l'article 5 al. 1.

Exemple de normes d'accompagnement (ou de sécurité)

Art. A5-2 Journalisation et traçabilité des opérations de traitement

¹ Les opérations de traitement sur les données du Référentiel cantonal font l'objet d'une procédure de journalisation permettant d'analyser les accès aux données, de mettre en évidence la survenance de dysfonctionnements et de répondre aux besoins de surveillance.

Exemple de normes déclaratoires

Art. 10 Sécurité, protection des données et surveillance

¹ Les données personnelles sont protégées contre toute atteinte à leur confidentialité et contre tout traitement non autorisé. La protection est assurée lors de chaque phase du traitement des données; elle est appliquée à l'égard de toute personne, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'administration.

La législation expérimentale

➤ Conditions d'un projet pilote

- Une norme de délégation de compétence
- Une tâche «déjà» prévue au niveau d'une loi
- Le besoin et la volonté (avérés) d'expérimentation
- Un protocole scientifique
- Une analyse prospective
- Un périmètre et une durée limités
- Une ordonnance expérimentale
- Limitation des risques
- Une évaluation des effets (analyse rétrospective)
- Une possibilité de revenir en arrière (réversibilité)
- L'adoption d'une loi ultérieure (en cas de pérennisation)

Avantages et inconvénients de la législation expérimentale

➤ Les avantages

- Octroi d'une phase d'apprentissage en conditions réelles dans un contexte peu prévisible
- Réduction des incertitudes
- Réduction des résistances
- Meilleure coordination entre juristes et personnes du métier
- Une loi au final plus sûre, plus dense et plus précise

➤ Les inconvénients

- Risque de détournement
- Un phénomène d'inversion législative
- Risque de «Diktat de la technique»
- Risque d'irréversibilité
- Participation du Parlement un peu tardive
- Risque de prise en compte des conséquences financières un peu tardive



Pour approfondir

EN LONG

MONTAVON Michael, *Cyberadministration et protection des données – Étude théorique et pratique de la transition numérique en Suisse du point de vue de l'État, des citoyen-ne-s et des autorités de contrôle*, thèse Fribourg, Genève / Zurich / Bâle 2021

EN BREF

MONTAVON Michael, *De la planification à la codification de la cyberadministration*, in : RSJ 2022 118/2022, p. 803 ss