



Rapport

Date de la séance du CE : 16 juin 2021
Direction : Chancellerie d'Etat
N° d'affaire : 2021.STA.1412
Classification : Non classifié

Loi sur l'administration numérique (LAN)

Table des matières

1.	Synthèse	3
2.	Contexte	4
2.1	Nouvelles bases de la numérisation des autorités cantonales	4
2.1.1	IT@BE : programme de réorganisation des TIC des autorités cantonales	4
2.1.2	Stratégie pour une administration numérique (SAN)	5
2.1.3	Programme gouvernemental de législature 2019 à 2022	7
2.1.4	Stratégie nationale de cyberadministration	7
2.1.5	Projet d'optimisation du pilotage et de la coordination au sein de l'État fédéral	7
2.1.6	Interventions parlementaires	8
2.2	Besoin de légiférer	9
3.	Grandes lignes de la réglementation proposée	9
3.1	Approche réglementaire : une loi-cadre est préférable à une législation détaillée	9
3.2	Sujets à régler	11
3.2.1	Normes et infrastructures relatives à la numérisation de processus d'affaires	11
3.2.2	Primauté du numérique	11
3.2.3	Collaboration en matière de numérisation	12
3.2.4	Modification et ajout de certains points de la législation	13
3.2.5	Délimitations	13
4.	Forme de l'acte	14
5.	Comparaison juridique	14
5.1	Loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA)	15
6.	Mise en œuvre, plan d'évaluation de l'exécution	15
7.	Commentaires des articles	15
7.1	Dispositions générales	15
7.2	Principes	16
7.3	Services de base	26
7.4	Collaboration	30
7.5	Protection des données	36
7.6	Utilisation des ressources TIC	38
7.7	Dispositions d'exécution et sous-délégations, dispositions transitoires et dispositions finales	41
7.8	Modifications d'autres actes	41
8.	Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	42
9.	Conséquences financières	42

10.	Conséquences pour le personnel et pour l'organisation	43
11.	Conséquences pour les communes	43
12.	Conséquences pour l'économie	43
13.	Résultat de la procédure de consultation	44
14.	Proposition	45

1. Synthèse

À travers la Stratégie pour une administration numérique (SAN) du canton de Berne 2019 à 2022 et le programme gouvernemental de législature 2019 à 2022, le Conseil-exécutif a décidé de procéder à la numérisation systématique de l'administration publique bernoise. La présente loi sur l'administration numérique (LAN) crée les bases légales nécessaires à cette fin. En plus d'établir un cadre juridique permettant la mise en place progressive de l'organisation et de l'infrastructure technique requises pour la numérisation, cette loi doit servir, tant aux autorités cantonales qu'aux communes et aux autres organisations chargées de tâches publiques au sein du canton, de base pour la collaboration en matière de numérisation, d'une part, et pour l'élaboration de leurs offres numériques, d'autre part.

La LAN instaure le principe de la primauté du numérique selon lequel le canton et les communes agissent et communiquent fondamentalement par voie électronique. La numérisation n'étant efficace qu'à condition de renoncer au maximum au papier, les autorités, entreprises et utilisateurs professionnels sont tenus d'effectuer leurs transactions avec l'État via des canaux numériques. Les autres personnes privées seront encouragées à correspondre par voie électronique au moyen d'incitations. La LAN établit également des lignes directrices importantes pour les prestations numériques, comme l'inclusion numérique, le bilinguisme et l'admissibilité d'offres de logiciels libres et de libre accès aux données de la part de l'État. La protection des données et la sécurité sont essentielles pour garantir la confiance de la population dans les prestations numériques de l'État. Aussi, en application de la motion 277-2018, les données publiques doivent-elles fondamentalement être conservées en Suisse.

Les services de bases communs prévus par la LAN comprennent notamment le portail de cyberadministration be.ch/login et les procédures d'identification électronique au moyen des e-ID nationaux requises pour le paiement de prestations et l'échange de documents. Cette base permettra au canton et aux communes d'élaborer et d'élargir leurs offres numériques de manière simple en veillant à ce qu'elles soient compatibles entre elles. Alors que cette infrastructure est imposée aux autorités cantonales, toutes les autres autorités auront en principe le choix de l'utiliser ou non. Le Conseil-exécutif garantit néanmoins, grâce à différentes normes et procédures, à la mise à jour permanente de sa stratégie et à une organisation appropriée à l'échelle du canton, que les travaux de numérisation seront coordonnés.

La LAN établit également les bases légales de la collaboration dans le domaine de la numérisation, en particulier entre le canton, les communes et les autres organisations autonomes chargées de tâches publiques au sein du canton, ainsi qu'avec les autres cantons et la Confédération. Cette collaboration est indispensable, car les processus numériques doivent souvent se dérouler dans l'ensemble de l'administration et aux différents niveaux de l'État. La mise en place de l'organisation correspondante sera définie dans une ordonnance, de manière à garder la souplesse nécessaire à un approfondissement progressif de la collaboration susceptible d'aboutir à la création d'une organisation opérationnelle commune. Plusieurs points de la législation en vigueur en matière de protection des données, de responsabilité de l'État et de législation financière sont modifiés afin d'assurer une numérisation aussi fluide que possible. Les principes régissant l'organisation de l'informatique au sein des autorités cantonales sont quant à eux ancrés dans la LAN.

La LAN est une loi-cadre, à laquelle le Conseil-exécutif et l'administration doivent donner de la substance à tous les niveaux pour permettre à la numérisation de se concrétiser ; d'où, notamment, les projets de mise en œuvre de la SAN pilotés par le Conseil-exécutif et les organes institués par le gouvernement. Un projet législatif élaboré séparément par la Direction de l'intérieur et de la justice (DIJ) vise par ailleurs à modifier le droit cantonal régissant les procédures administratives pour faire en sorte que les procédures administratives et les procédures de recours administratifs puissent se dérouler sous forme numérique. Ces projets sont aussi déterminants pour la réussite de la numérisation que pour les conséquences concrètes qui en découleront pour le personnel, les finances et d'autres domaines.

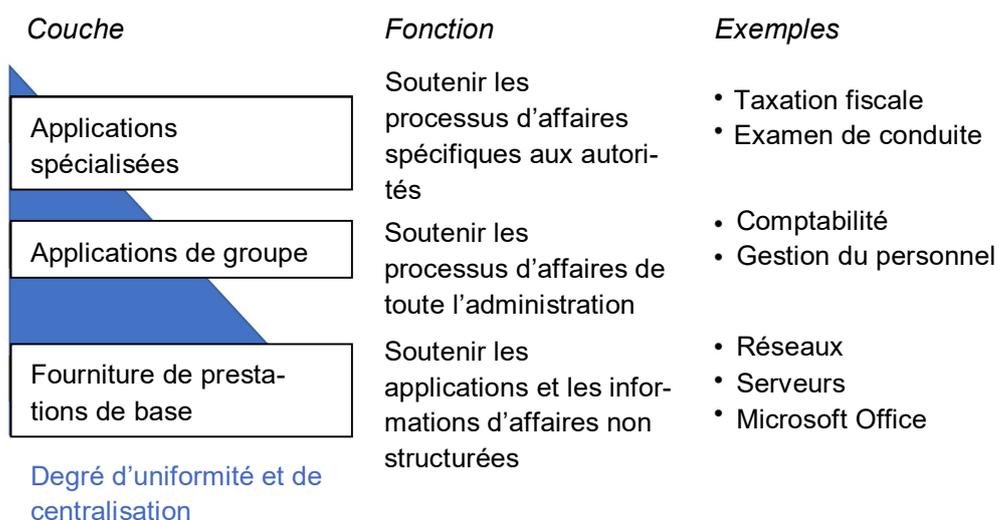
2. Contexte

2.1 Nouvelles bases de la numérisation des autorités cantonales

2.1.1 IT@BE : programme de réorganisation des TIC des autorités cantonales

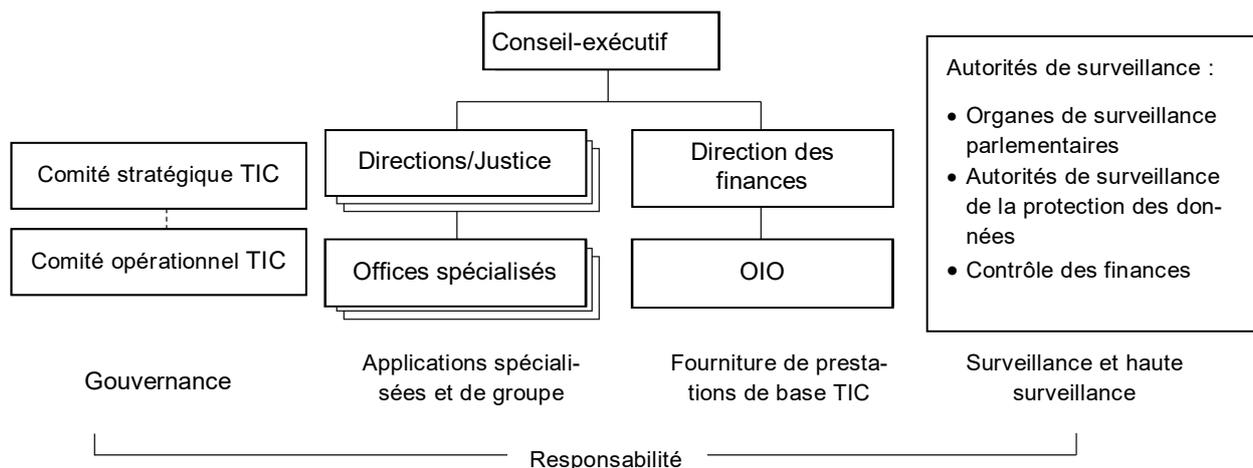
Dans le cadre du programme IT@BE, actuellement en cours, le canton de Berne s'attache à revoir l'organisation jusqu'ici largement décentralisée de la technologie de l'information et de la télécommunication (TIC) au sein des autorités cantonales¹ : dorénavant, les prestations dont toutes les autorités ont besoin seront délivrées de manière centralisée par l'Office d'informatique et d'organisation (OIO) et ses fournisseurs sous la forme de « prestations de base TIC », tandis que les prestations destinées à des autorités spécifiques (« applications spécialisées ») ou utilisées dans toute l'administration mais uniquement pour un processus d'affaires particulier (« applications de groupe ») demeureront généralement sous la responsabilité de l'autorité compétente à raison de la matière.

Cette « structure en trois couches » est illustrée dans le graphique ci-dessous :



Désormais, les prestations TIC seront en outre pilotées par des organes interdirectionnels à l'aide de processus uniformisés à l'échelle du canton, afin de garantir que la réalisation des tâches étatiques repose toujours davantage sur la base centralisée constituée par le contrôle et la direction globales des TIC. Le graphique ci-dessous offre une vue d'ensemble des responsabilités :

¹ Pour le terme « autorités cantonales », voir le commentaire de l'article 4, lettres a et b, ci-après.



La réorganisation des TIC de l'administration a été définie par le Conseil-exécutif dans la Stratégie TIC 2016 – 2020² et ancrée dans l'ordonnance sur les technologies de l'information et de la communication de l'administration cantonale (OTIC)³.

2.1.2 Stratégie pour une administration numérique (SAN)

La numérisation de l'administration, c'est-à-dire l'exécution des processus étatiques par voie électronique plutôt que sur un support papier, y compris pour les interactions des autorités entre elles et avec des particuliers, est une condition essentielle pour permettre au canton de continuer à fournir ses prestations de manière économique et en tenant compte des besoins de la clientèle. De nombreux processus d'affaires déployant des effets à tous les niveaux de l'État, il est indispensable d'aborder la numérisation en coordination avec la Confédération et en collaboration avec les communes.

Pour promouvoir cette démarche, le Conseil-exécutif a décidé en juin 2019 de remplacer la stratégie de cyberadministration datant de 2002 par la Stratégie pour une administration numérique (SAN)⁴, qui définit les quatre objectifs stratégiques suivants :

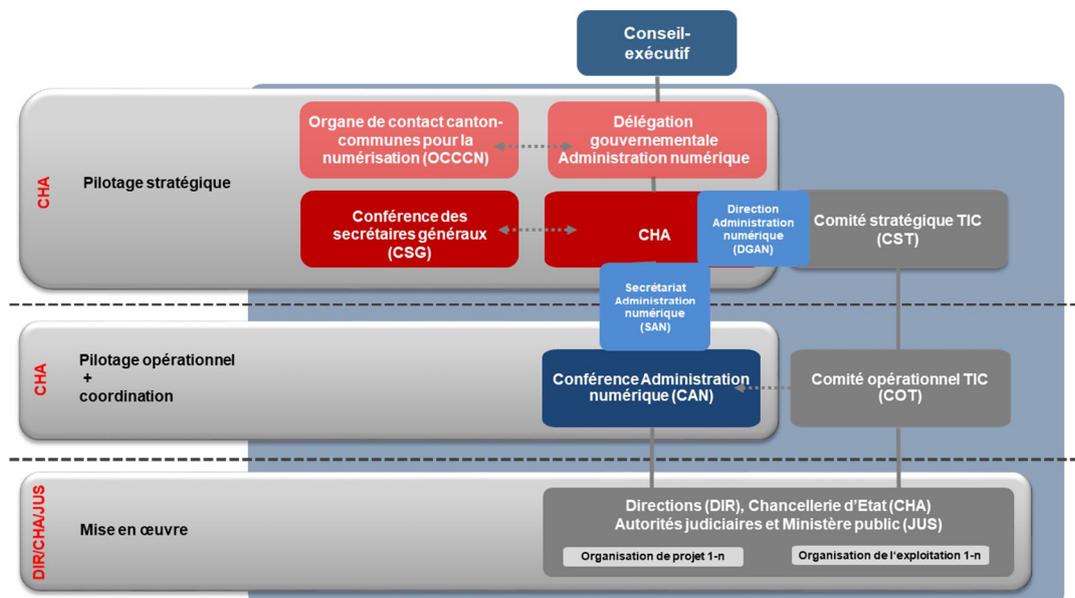
- **Orientation vers les prestations et transparence** : les prestations de services électroniques des autorités du canton de Berne sont axées sur les besoins des usagers, connues et utilisées par l'économie, la population et les autorités.
- **Utilité et efficacité** : les prestations numériques offrent une valeur ajoutée à la population, à l'économie et aux autorités et réduisent pour tous les intéressés les charges de traitement des démarches auprès des autorités.
- **Innovation et promotion de l'attrait de la Suisse** : l'administration numérique exploite les innovations afin de promouvoir l'attrait de la place économique et de l'espace de vie du canton de Berne.
- **Implémentation et durabilité** : l'utilisation multiple de solutions de numérisation de l'administration et une planification au plan cantonal sont encouragées. Le canton de Berne garantit la durabilité des services numériques en créant les conditions préalables nécessaires à leur organisation, à leur financement et à leur exploitation.

² ACE 105/2016 du 3 février 2016

³ Ordonnance du 24 janvier 2018 sur les technologies de l'information et de la communication de l'administration cantonale, RSB 152.042

⁴ ACE 719/2019 du 26 juin 2019

Pour réaliser ces objectifs, la SAN prévoit l'organisation suivante :



Le Grand Conseil a pris connaissance de la stratégie le 25 novembre 2019 à 130 voix pour et une voix contre.⁵ Il a adoptée dix déclarations de planification (ci-dessous DP), dont la présente loi tient compte comme suit :

DP	Demande (résumée)	Mise en œuvre
1.a, 1, 2	Davantage de poids et de compétences doivent être octroyés au Secrétariat à l'administration numérique (SAN).	Les organes et leurs compétences sont réglés dans les dispositions d'exécution de la LAN.
3	Il faut envisager de reprendre des solutions déjà mises en place par d'autres cantons.	Les articles 20, 23 et 24 LAN le permettent.
4	La stratégie ne doit pas se solder par une augmentation des effectifs.	Les questions relatives aux ressources ne relèvent pas de la LAN, mais de la mise en œuvre de la stratégie.
5	La durabilité et l'efficacité énergétique doivent être prises en compte.	Cela ne relève pas de la LAN, mais de la mise en œuvre de la stratégie (p. ex. pour les achats).
6	Le rapport de controlling doit être porté à la connaissance de la CIRE et de la CFin.	Cela est réglé dans les dispositions d'exécution de la LAN.
7	La protection et à la sécurité des données sont absolument prioritaires.	Les articles 27 et suivants LAN concrétisent et renforcent la protection des données. La sécurité de l'information est réglée par une loi distincte (LCSI) (voir ch. 3.2.5 ci-dessous ci-dessous)
8	L'accès de la population à l'administration par les canaux traditionnels ne doit pas être rendu plus difficile.	L'article 8 LAN dispense les personnes physiques qui n'ont pas de relations avec les autorités dans le cadre de leur activité professionnelle de l'obligation d'effectuer leurs transactions avec celles-ci par voie électronique.
9	Un traitement distinct et particulier doit être réservé au vote électronique.	Le vote électronique ne relève pas de la LAN mais le cas échéant de modifications de la législation sur les droits politiques.

⁵ Affaire n° 2016.KAIO.14155.

2.1.3 Programme gouvernemental de législature 2019 à 2022

La numérisation fait partie des priorités du Programme gouvernemental de législature 2019 à 2022⁶. L'objectif 2 déclare ainsi : « Le canton de Berne en tant que centre politique national exploite les opportunités de la transition numérique et fournit à la population et à l'économie des services efficaces, de haute qualité et efficaces. »

Pour ce faire, le Conseil-exécutif prévoit notamment un portail commun aux autorités de toutes les Directions, la transformation numérique de l'administration au moyen d'une stratégie déployée dans toutes les Directions, l'application de la primauté du numérique dans la communication entre l'État et les particuliers, l'État et les entreprises et entre les autorités elles-mêmes, ainsi qu'une plateforme harmonisée pour les prestations de cyberadministration.

2.1.4 Stratégie nationale de cyberadministration

Avec la convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse, les cantons et la Confédération ont créé une organisation-cadre visant à structurer la cyberadministration dans notre pays (www.egovernment.ch). En 2007 et en 2015, ils ont adopté une stratégie suisse de cyberadministration qui définit des objectifs et des priorités communes. Un plan stratégique commun énumère les projets et les prestations d'importance stratégique nécessaires à la mise en œuvre de cette stratégie.

Le projet de stratégie pour la période 2020 à 2023 prévoit, conformément à l'idée directrice de la « priorité au numérique » que : « La Confédération, les cantons et les communes donnent la priorité à l'interaction numérique sur l'offre analogique lorsqu'ils s'adressent à la population et aux entreprises, augmentant ainsi l'accès aux prestations et la transparence de leur action. [Ils] misent sur des prestations administratives entièrement numériques pour accomplir leurs tâches. » Les principes du projet de stratégie sont les suivants : des services et informations adaptés aux publics cibles, des processus automatisés et continus, la gestion commune des données, l'ouverture et la transparence, les échanges et la collaboration, la standardisation et l'interopérabilité, la promotion de l'innovation et la veille technologique⁷.

2.1.5 Projet d'optimisation du pilotage et de la coordination au sein de l'État fédéral

Dans le cadre de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), les cantons et la Confédération ont mené un projet commun visant à créer les bases nécessaires pour réformer les structures existantes en matière d'administration numérique et renforcer la collaboration institutionnelle entre la Confédération, les cantons et les communes dans le domaine de la transformation numérique. Le rapport final remis en octobre 2019⁸ présente trois variantes ayant chacune un niveau d'ambition différent. L'un de ces niveaux est représenté par une autorité nationale, gérée en commun par la Confédération et les cantons avec la collaboration de l'échelon communal. En août 2020, le Conseil fédéral et la CdC ont nommé M. Peppino Giarritta à la fonction de chargé de mission « Administration numérique suisse » auprès de la Confédération et des cantons, cette nouvelle organisation regroupant Cyberadministration suisse et la Conférence suisse sur l'informatique. Les travaux en matière d'organisation et de droit devraient s'achever fin 2021.

⁶ https://www.rr.be.ch/rr/fr/index/der_regierungsrat/der_regierungsrat/regierungsrichtlinien.html

⁷ Stratégie suisse de cyberadministration 2020–2023, voir communiqué du 20 novembre 2019 du Département fédéral des finances.

⁸ Voir le communiqué du Département fédéral des finances du 24 octobre 2019.

2.1.6 Interventions parlementaires

Ces dernières années, le Grand Conseil a adopté les interventions suivantes au sujet de la transition numérique dans l'administration. Cette liste ne mentionne pas les interventions portant sur des champs d'activité, autorités ou applications (comme ERP ou le vote électronique) particuliers.

Intervention	Objet	Avancement de la mise en œuvre
M 181-2012 « Assainissement des finances et service public de qualité Efficienc e des prestations informatiques »	Réduction des coûts et centralisation des TIC de l'administration cantonale.	Mise en œuvre par le programme IT@BE, grâce auquel les services de base TIC ont été centralisés à l'OIO, et l'exploitation des applications chez Bedag, au cours des dernières années. Les résultats de IT@BE au plan de l'organisation ont été répercutés dans la LAN.
M 177-2013 « Exploiter les synergies dans le développement et l'utilisation de logiciels »	Utilisation et publication par le canton de logiciels Open Source (OSS).	Mise en œuvre. Les demandes ont été intégrées dans les consignes et la pratique de l'administration. Depuis 2018, l'OTIC ⁹ permet au canton la publication de logiciels sous licence OSS. ¹⁰ La LAN étend cette permission à toutes les autorités.
M 192-2016 « Cyberadministration: élaboration d'une stratégie »	Elaborer une stratégie de cyberadministration pour le canton de Berne. Créer un organisme de collaboration en matière de cyberadministration avec les communes.	Le Conseil-exécutif a élaboré la Stratégie pour une administration numérique mentionnée plus haut. La LAN fournit la base légale pour la création d'organismes de collaboration avec les communes.
M 237-2016 « Données ouvertes et logiciels libres ».	Seul le chiffre 2 a été adopté: Mise en place d'un portail des logiciels libres du canton.	Mise en œuvre par la plateforme GitHub du canton de Berne: https://github.com/kanton-bern
M 254-2018 « Stratégie de mise à disposition des données publiques (Open Data) ».	Elaborer une stratégie cantonale de libre accès aux données publiques et mettre à disposition les données sur open-data.swiss .	La LAN crée la base légale pour des publications des données publiques en libre accès (art. 26). L'élaboration d'une stratégie partielle pour les données ouvertes de l'administration publique et sa mise en œuvre font l'objet des travaux en cours sur la mise en œuvre de la Stratégie pour une administration numérique.
M 277-2018 « Sécurité de la communication et échange des données »	Utilisation des logiciels les plus sûrs. Conservation des données en Suisse.	En grande partie déjà mise en œuvre. La LCSi (voir ch. 3.2.5 ci-dessous) va mettre à jour les exigences de sécurité des logiciels. L'article 12, alinéa 3 LAN règle la conservation des données en Suisse.

⁹ Ordonnance du 24.01.2018 sur les technologies de l'information et de la communication de l'administration cantonale (OTIC)

¹⁰ Voir <https://github.com/kanton-bern>.

2.2 Besoin de légiférer

Au titre de priorité d'action 2 (PA2), la SAN prévoit l'élaboration des bases légales instaurant la numérisation de l'administration :

« Un obstacle typique au développement de l'administration numérique se trouve dans l'obsolescence, voire l'absence de bases légales. Dans le cadre de la mise en œuvre de la présente stratégie, il faut donc analyser la situation juridique actuelle et les nouvelles exigences légales, en tenant compte des projets législatifs en cours de la Confédération et des autres cantons. À partir des résultats de cette analyse seront élaborées les conditions légales instaurant l'administration numérique. Il s'agira en particulier d'inscrire dans la loi le principe de la primauté électronique, autrement dit de l'obligation pour l'administration d'agir et de communiquer en premier lieu par voie électronique (« priorité au numérique »). De plus, les bases légales devront prévoir que les transactions avec les autorités s'effectuent dans la mesure du possible par voie électronique, sans rupture de média et sans signature manuelle. Cette révision des bases légales mettra en place la sécurité du droit qui manquait jusque-là pour que la numérisation puisse se développer de manière positive.

Cette priorité d'action comprend aussi la vérification et la création éventuelle des bases légales nécessaires pour instaurer une collaboration institutionnalisée avec les communes (voir aussi PA4). »

La LAN concrétise cette priorité d'action. Les résultats de l'analyse sont résumés ci-après.

3. Grandes lignes de la réglementation proposée

3.1 Approche réglementaire : une loi-cadre est préférable à une législation détaillée

La LAN esquisse le cadre organisationnel et légal de la numérisation de l'administration mais laisse aux exécutifs du canton et des communes le soin de la mettre en œuvre, c'est-à-dire notamment de déterminer et prioriser les différentes prestations numériques ainsi que de définir le volume et l'organisation de celles-ci. Cette démarche est motivée par plusieurs raisons :

- si toutes les infrastructures numériques à créer doivent être réglées en détail dans des lois, à l'instar de ce qu'ont fait d'autres cantons avec leurs lois sur les portails d'administration (voir ch. 5 ci-dessous), le Grand Conseil sera mobilisé durant des années par l'élaboration de lois sur les TIC, ce qui retardera la numérisation de l'administration ;
- vu la rapide évolution de l'environnement technique et réglementaire ainsi que des exigences des utilisateurs et utilisatrices, les normes détaillées sont vite dépassées. Le Tribunal fédéral a considéré à cet égard qu'il était plus judicieux d'inscrire les règlements qui doivent constamment être adaptés à des conditions en mutation – par exemple à des développements économiques ou techniques – dans une ordonnance que dans le cadre formel d'une loi. Il incombe toutefois au législateur d'arrêter les décisions fondamentales et de définir les grandes lignes de la réglementation. L'organe chargé d'édicter les ordonnances traite quant à lui les détails et les questions exigeant des connaissances techniques spécifiques¹¹ ;
- conformément à la Constitution cantonale, seules les normes fondamentales et importantes du droit, comme celles qui fixent les grandes lignes du statut juridique des particuliers, qui définissent l'objet

¹¹ ATF 131 II 13 consid. 6.5.1 et les renvois. Voir aussi la référence à cet ATF figurant dans l'arrêt du TF 6B_49/2019, consid. 2.5.3, prévu pour être publié, selon laquelle il est admis que les substances dopantes dont l'utilisation est punissable en vertu de la législation fédérale sur le sport soient définies dans une ordonnance ;

des contributions publiques et le principe de leur calcul, qui déterminent le but, la nature et le cadre des prestations cantonales importantes, qui établissent les grandes lignes de l'organisation et des tâches des autorités, et qui chargent le canton d'une nouvelle tâche durable, sont édictées dans la forme de la loi (art. 69, al. 4 ConstC)¹². En font partie, dans leurs grandes lignes mais pas dans leurs détails, notamment en ce qui concerne les différentes fonctions, les procédures de connexion ou les organes concernés, les sujets décrits ci-après. La numérisation ayant également des effets sur les particuliers, il convient toutefois de veiller à ce que les normes légales soient suffisamment étendues. Ainsi, par exemple, les délégations de compétences et les principes relatifs au prélèvement des émoluments liés aux offres numériques doivent-ils figurer dans une loi ;

- malgré l'importance croissante des tâches étatiques que représentent la numérisation et l'organisation des TIC, elles n'en restent pas moins des tâches d'assistance. Pour l'État, la numérisation de ses processus n'est en effet pas une fin en soi, mais un moyen de mieux accomplir les autres tâches qui lui sont conférées par la loi et les décisions politiques. La numérisation étant donc une tâche de nature exécutive, elle ressortit aux exécutifs.

L'organisation, en particulier pour ce qui est de la collaboration avec les communes, est elle aussi établie et développée par voie d'ordonnance, car le volet organisationnel de la numérisation de l'administration publique vient de s'ouvrir et que le volet technique est en constante mutation :

- la planification détaillée de la mise en œuvre de la SAN ne fait que commencer. Les différents projets n'ont pas encore été définis, ni priorisés ;
- des lois fédérales importantes comme la loi sur les services d'identification électronique (LSIE), la loi sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA) et la loi sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ) n'ont pas encore été promulguées ou ne sont pas encore en vigueur (voir ci-après commentaire de l'art. 15 ainsi que ch. 3.2.5 et 5.1). Le futur régime cantonal de sécurité informatique et de protection des données n'est pas encore défini (ch. 3.2.5 ci-après) ;
- la forme et l'intensité de la collaboration TIC entre le canton et les communes sont encore ouvertes. Elles devront être formulées au sein de l'organe de contact institué par la SAN ;
- l'avenir de Bedag, entreprise cantonale d'informatique, n'est pas encore définitivement tranché (ch. 3.2.5 ci-après) ;
- la variante organisationnelle qui sera retenue pour la mise en œuvre du projet national d'optimisation du pilotage et de la coordination au sein de l'État fédéral (ch. 2.1.5 ci-dessus) n'est pas encore connue. La législation cantonale devrait être suffisamment souple pour permettre la mise en œuvre de toutes les variantes ;
- en raison de la rapide transformation technologique et réglementaire ainsi que des mégatendances observées, à l'instar du transfert de tâches opérationnelles TIC standard dans le « cloud », le canton n'a d'autre choix que d'adapter régulièrement sa stratégie et ses priorités.

Il n'est donc pas encore possible d'ancrer définitivement dans une loi le futur modèle de la collaboration en matière de numérisation. La LAN permet en revanche au Conseil-exécutif, une fois la planification achevée conformément à la SAN et sur la base d'un dialogue de plus en plus approfondi avec les communes et autres organes concernés, de définir les méthodes aptes à intensifier progressivement la collaboration de l'administration dans le canton. Parmi les démarches envisagées figure par exemple la création d'un organe de stratégie et de planification qui évolue ensuite vers une organisation chargée des

¹² Constitution du canton de Berne (ConstC) du 6 juin 1993, RSB 101.1

achats et de la gestion, pour finalement aboutir à la mise en place d'une organisation opérationnelle conjointe. Auparavant, il faudra toutefois réunir autour d'une table tous les acteurs de l'administration publique – très nombreux dans le canton de Berne – et s'entendre avec eux sur des objectifs communs.

3.2 Sujets à régler

Pour pouvoir créer un cadre favorable à une numérisation efficace, économique, sûre et répondant aux besoins de tous, il convient de régler les sujets suivants.

3.2.1 Normes et infrastructures relatives à la numérisation de processus d'affaires

La numérisation porte avant tout sur les processus d'affaires de l'administration, donc des processus standardisés auxquels participent des autorités et souvent aussi des particuliers pour atteindre un objectif précis. Mentionnons à titre d'exemples la demande d'un permis de construire, la taxation fiscale ou le dépôt d'un recours auprès du tribunal administratif.

Bien que chaque processus possède ses propres caractéristiques, la plupart d'entre eux compte des éléments similaires qui doivent impérativement être uniformisés dans la perspective de la numérisation. L'État peut se servir de ces éléments pour établir des normes uniformes permettant d'une part de simplifier les processus pour les utilisateurs et utilisatrices et d'autre part d'exploiter des infrastructures communes, ce qui abaisse les coûts et renforce la sécurité. Parmi ces éléments de processus se trouvent notamment l'interface utilisateurs (site Web-portal ou application respectivement « guichet électronique »), la procédure de connexion (authentification), l'échange de documents, une éventuelle signature électronique, la gestion des affaires, l'établissement des factures électroniques et le paiement des prestations. En tant que tâche étatique, la mise en place de cette infrastructure commune de numérisation de l'administration doit être réglée légalement, afin de disposer d'une base juridique claire concernant les dépenses et le traitement des données liées à cette tâche.

Il convient notamment de définir l'utilisation de l'identification électronique (e-ID) au niveau cantonal. En vertu de la loi fédérale sur les services d'identification électronique (LSIE), l'e-ID, en sa qualité de norme nationale, doit revêtir un caractère contraignant dans le droit fédéral (voir ci-dessous le commentaire de l'art. 15).

3.2.2 Primauté du numérique

Pour réussir, la numérisation doit être aussi étendue que possible. Plus elle est laissée au bon vouloir des organes concernés, plus il faudra poursuivre en parallèle la production de documents papier – avec tous les risques d'erreurs, les coûts additionnels et les retards que cela implique. C'est la raison pour laquelle la LAN prévoit la primauté du numérique, un principe selon lequel l'État travaille et communique essentiellement par voie électronique et ne recourt au papier ou à des supports analogues que dans des cas exceptionnels le justifiant.

Les autorités, les entreprises et les utilisateurs professionnels sont tenus d'emprunter les canaux numériques. Dans les interactions entre l'État et d'autres particuliers, le recours à des canaux non numériques est autorisé dans la mesure où, dans de nombreux cas, on ne peut pas (encore) attendre des citoyens qu'ils emploient des canaux numériques en raison de difficultés linguistiques ou sociales, de problèmes de santé ou d'un manque de formation.

Malgré tout, l'État s'efforce de numériser progressivement l'ensemble des processus d'affaires. Il crée les incitations financières nécessaires pour encourager le choix du numérique au détriment de l'analogique et veille à ce que la population ait confiance dans la sécurité de l'information et dans la protection des données des canaux numériques. Il applique ou instaure également des solutions alternatives à la signature manuscrite pour exprimer l'approbation dans les processus internes à l'administration.

3.2.3 Collaboration en matière de numérisation

La numérisation est une tâche qui concerne toutes les autorités à tous les niveaux de l'État. Cette globalité découle non seulement du besoin de standardisation (voir ci-dessus), mais aussi du fait que les processus d'affaires impliquent souvent plusieurs autorités à différents niveaux de l'État (commune, canton, Confédération). Or, les organisations responsables des TIC et de la numérisation dans les diverses collectivités publiques suisses travaillent généralement de manière très indépendante et ne collaborent que ponctuellement dans le cadre d'associations isolées comme la Conférence suisse sur l'informatique (CSI) ou l'organisation de normalisation eCH. Au sein de l'administration cantonale, cette fragmentation des TIC a pu être en grande partie contrée grâce au projet de réorganisation IT@BE, toujours en cours. Il convient maintenant de promouvoir l'amélioration du réseautage et de la coordination avec les organisations professionnelles de la Confédération, des autres cantons et, surtout, des communes et des organisations autonomes chargées de l'exécution de tâches cantonales. Pour ce faire, il faut instaurer les bases légales nécessaires à la collaboration dans le domaine des TIC.

L'introduction de conditions contraignantes propices à une numérisation uniforme à tous les niveaux de l'État requiert la mise en place d'organes techniques et politiques reposant sur une base suffisamment large pour définir dans les domaines à harmoniser des consignes stratégiques et opérationnelles destinées tant au canton qu'aux communes et aux entités autonomes chargées de tâches publiques (p. ex. hautes écoles, hôpitaux, entreprises publiques, institutions). Ce faisant, il conviendra de respecter aussi bien l'autonomie des organisations concernées que leur hétérogénéité et la forte diversité de leurs degrés de maturité organisationnelle et technique. Les activités commerciales de l'administration et les entreprises étatiques dont l'activité est principalement commerciale (comme la BCBE, BLS et BKW) doivent être exclues du champ d'application de la législation, car pour pouvoir s'imposer sur le marché, elles n'ont d'autre choix que d'orienter leurs efforts de numérisation en fonction du marché.

L'aspect global de la numérisation à tous les échelons étatiques se reflète aussi dans la récente multiplication des initiatives, tant spécialisées que génériques, en faveur de la collaboration intercantonale dans le domaine des TIC. Il convient de mentionner à cet égard la société eOperations AG, une filiale de la CSI fondée en 2019 et appartenant aux cantons, dont le but est d'acquérir et d'exploiter au profit des cantons et des communes des prestations TIC à l'image de la solution d'annonce de déménagement eDéménagementCH introduite dans le canton de Berne. Dans de nombreux domaines spécialisés, ce type de collaboration existe depuis un certain temps déjà, notamment sous la forme de l'association « GERES-Community », formée par Berne et d'autres cantons en vue de développer le logiciel des registres communaux GERES. Un autre exemple est celui des plateformes spécialisées intercantionales : la loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ), dont l'avant-projet a été mis en consultation en novembre 2020, vise à instaurer une plateforme gérée par les cantons et la Confédération pour la communication électronique de la correspondance juridique et commerciale entre les autorités elles-mêmes ainsi qu'entre les autorités et les tribunaux¹³. Le projet « Justitia 4.0 » élaboré dans ce contexte par les tribunaux suisses a quant à lui pour but de numériser les principales procédures judiciaires¹⁴. On pourrait citer des exemples similaires dans de nombreux autres domaines spécialisés. Il est impératif de créer une base légale claire régissant la participation du canton à ce type d'entreprise de collaboration et de plateforme intercantonale.

¹³ Voir communiqué de presse du 11 novembre 2020 du Conseil fédéral

¹⁴ Voir <https://www.justitia40.ch>.

La collaboration comprend aussi l'instauration de bases légales applicables à la fourniture de prestations TIC du canton en faveur des communes et de leurs entités chargées de tâches publiques. La numérisation des processus d'affaires engendre des coûts, qui, au vu du contexte financier, doivent être compensés d'une manière ou d'une autre. Pour ce faire on pourrait notamment envisager de libérer le potentiel d'épargne que présente l'exploitation encore très individualisée des services de base TIC des communes et de leurs organisations autonomes chargées de tâches publiques. Une fois déchargées de l'acquisition, de l'exploitation et de la protection contre le piratage de leurs propres réseaux et postes de travail TIC et au bénéfice des services du canton, les petites communes, en particulier, économisent beaucoup d'argent tout en bénéficiant de solutions de sécurité professionnelles. Cette situation présente aussi des avantages pour le canton : une infrastructure commune et, partant, des normes techniques communes simplifient la numérisation, et l'augmentation du volume entraîne des effets d'échelle qui favorisent une baisse des tarifs. La législation doit donc créer la base requise pour que le canton puisse fournir aux communes et aux autres organisations chargées de tâches publiques des prestations TIC au prix de revient. Il doit pouvoir leur prescrire le recours à ces prestations lorsque cette mesure est nécessaire pour numériser des processus d'affaires qui concernent toutes les autorités.

3.2.4 Modification et ajout de certains points de la législation

Plusieurs points de la législation existante doivent être modifiés afin de permettre une numérisation aussi fluide que possible :

- indépendamment de la révision indispensable de la loi sur la protection des données (LCPD ; voir à ce sujet le ch. 3.2.5 ci-après), l'OIO et le Bureau pour la surveillance de la protection des données (BPD) ont identifié dans la législation correspondante des lacunes concernant l'utilisation des TIC qu'il est préférable de combler dès maintenant ; voir ci-dessous le commentaire des articles 27 ss SAN ;
- conformément au modèle genevois, il convient d'exclure la responsabilité de l'État en cas de panne des systèmes TIC officiels, mais l'État doit garantir que de telles avaries ne portent pas préjudice aux utilisateurs ; voir à ce sujet le commentaire ci-dessous concernant la modification de la loi sur le personnel ;
- les dépenses découlant de la fourniture de services de base TIC doivent être considérées comme liées, car, dans ce domaine, il n'existe en général aucune marge de manœuvre susceptible de faire l'objet d'une évaluation politique ; voir ci-dessous le commentaire de l'article 48 LFP¹⁵.

D'autres dispositions individuelles visent également à faciliter au maximum la fourniture des prestations, en ce sens que :

- l'administration doit pouvoir régler la fourniture des prestations numériques au moyen d'une convention de droit public et donc d'un instrument plus souple et simple que la promulgation d'une décision ; voir ci-dessous le commentaire de l'article 25 ;
- la mise en ligne officielle des données de l'administration (*Open Data*) et du logiciel de l'administration (*Open Source Software*), demandée à plusieurs reprises au Grand Conseil, doit également être ancrée dans la législation ; voir ci-dessous le commentaire de l'article 26.

3.2.5 Délimitations

Ce projet de loi exclut les sujets suivants, dont le développement sera poursuivi séparément :

¹⁵Loi du 26 mars 2002 sur le pilotage des finances et des prestations, [RSB.620.0](#)

- statut de Bedag Informatique SA (Bedag) : conformément à la stratégie de propriétaire de la société Bedag Informatique SA que le Conseil-exécutif a édictée en 2018, Bedag continue d’être une entreprise cantonale, sert de centre de calcul maison à l’administration cantonale et est plus étroitement associée à l’administration. En mars 2020, le Conseil-exécutif a décidé de s’en tenir à cette intention. Mais il veut transférer le domaine du développement de logiciels dans une filiale de Bedag et, dans une révision de la loi sur la Bedag, déléguer au Conseil-exécutif la compétence de modifier la répartition des participations à Bedag.¹⁶
- communication électronique de la correspondance juridique et commerciale : l’encouragement des procédures administratives et des procédures de recours administratifs numériques et donc la numérisation des processus d’affaires correspondants font l’objet d’un projet de modification de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) conduit par la DIJ. Ce projet reposera sur la LPCJ (voir ch. 3.2.3 ci-dessus). La LAN permet néanmoins au canton de participer à la plateforme intercantonale requise pour la correspondance juridique et commerciale par voie électronique ;
- sécurité de l’information : la vérification et la mise à jour de la législation relative à la sécurité de l’information sont traitées dans le cadre du projet Sécurité de l’information BE (SI BE), actuellement mené par l’OIO. Il est prévu que le Grand Conseil examine une loi cantonale sur la sécurité de l’information (LCSI). Elle devrait se fonder sur la loi fédérale sur la sécurité de l’information au sein de la Confédération (LSI) que l’Assemblée fédérale a adoptée le 18 décembre 2020¹⁷ ;
- révision de la législation sur la protection des données : avec l’entrée en vigueur des nouveaux textes législatifs européens sur la protection des données et la révision complète de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) qui en découle, la nécessité de réviser la loi cantonale sur la protection des données (LCPD) devient plus pressante. Cette révision est actuellement prévue par la DIJ. Voir aussi à ce sujet le commentaire des articles 27 ss ci-dessous.
- fichiers centralisés : l’utilisation de fichiers centralisés de données personnelles par plusieurs autorités fait l’objet de la loi sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP) que le Grand Conseil a adoptée en mars 2020 et qui entre en vigueur le 1^{er} mars 2021.

4. Forme de l’acte

Au vu de la nature fondamentale et importante de la numérisation, ses conditions-cadre légales doivent être promulguées sous forme de loi. Les modalités d’application, notamment en ce qui concerne les systèmes et projets concrets, seront édictées par voie d’ordonnance (voir ch. 3.1 ci-dessus).

5. Comparaison juridique

Une analyse comparée de la législation des autres cantons et de la Confédération révèle qu’il n’existe aucun modèle réglementaire précis sur lequel le canton de Berne devrait se fonder. Seuls quelques cantons se sont dotés de lois spécifiques en matière de TIC ou de cyberadministration. Quatre cantons ont édicté des lois sur les guichets électroniques, mais leur densité normative est trop élevée pour la présente loi, car elles règlent en détail les fonctions et les processus des guichets. Or, dans l’optique poursuivie par le canton de Berne, ces points devront être réglés par voie d’ordonnance. Certains éléments de ces lois peuvent néanmoins servir de source d’inspiration pour la législation bernoise.

¹⁶ Voir le communiqué de presse du 6 mars 2020 du Conseil-exécutif.

¹⁷ Affaire n° 17.028.

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

Le 11 décembre 2020, après la procédure de consultation sur la présente loi, le Conseil fédéral a mis en consultation l'avant-projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA).¹⁸

La LMETA a pour but de poursuivre la numérisation des processus administratifs de la Confédération et est donc le pendant fédéral de la LAN. Sur de nombreux sujets, elle contient pour l'administration fédérale des réglementations fortement similaires à celles que la LAN prévoit pour les autorités cantonales, concernant par exemple la collaboration (art. 5 de l'avant-projet de LMETA), les participations (art. 6), les logiciels à code source ouvert (art. 10), les données ouvertes de l'administration publique (art. 11), les services des autorités/services de base en ligne (art. 12) et les normes (art. 13). Au plan thématique, l'avant-projet de LMETA est cependant un peu moins détaillé que la LAN. Ainsi ne règle-t-il par exemple pas les questions de gestion des données, de langue, de participation des échelons étatiques inférieurs, de protection des données et d'organisation TIC de l'administration, des sujets qui sont déjà partiellement réglés dans d'autres textes fédéraux. La Confédération n'entend par ailleurs pas régler certains autres thèmes de la LAN - à savoir la primauté du numérique et les transactions avec des particuliers - dans la LMETA mais dans la LPCJ (voir plus haut, ch. 3.2.3), et ce dans une perspective liée au droit de procédure.

Pour autant qu'on puisse en juger à l'heure actuelle, la LAN et la LMETA prévue se complètent de manière judicieuse sans se contredire. Etant donné que l'avant-projet de LMETA prévoit aux articles 12 et 13 que le Conseil fédéral peut imposer aux cantons l'utilisation de certaines prestations numériques (« services administratifs ») et normes fédérales, il faudra tenir compte de celles-ci dans l'exécution de la LAN et l'édiction des dispositions d'exécution.

6. Mise en œuvre, plan d'évaluation de l'exécution

- Les projets d'application et leur calendrier reposent sur la planification de mise en œuvre de la SAN (art. 13, al. 2, LAN) et sur les décisions qui devront être prises par les organes institués conformément à la SAN (art. 21 LAN).

7. Commentaires des articles

7.1 Dispositions générales

Article 2

Les objectifs reposent d'une part sur les buts fixés dans la SAN et d'autre part sur le Programme gouvernemental de législature 2019 à 2022. Par « durable », on entend ici non pas la durabilité écologique ou sociale, mais l'utilisation multiple et l'interopérabilité des systèmes et des données (voir ch. 3.1.1, 3.4.1 et 5.4 SAN). L'interopérabilité est en outre expressément mentionnée, du fait de sa signification. Il est renoncé à l'objectif d'écologie ou de durabilité sociale car il est difficile d'évaluer l'impact global de la numérisation dans ces domaines. Si elle réduit par exemple la consommation de papier, elle augmente le cas échéant la consommation d'électricité.

¹⁸ Voir communiqué du 11 décembre 2020 du Conseil fédéral.

Article 3

Alinéa 2 : La loi ne s'applique pas aux organisations chargées de tâches publiques qui exercent une activité commerciale ou aux activités commerciales d'organisations chargées de tâches publiques, c'est-à-dire aux activités fournies selon des principes de gestion, dans un but lucratif et en concurrence avec d'autres acteurs économiques. C'est notamment le cas de la plupart des activités des entreprises étatiques BCBE, BLS et BKW ainsi que des prestations fournies par Bedag à des clients privés. Cette exception s'explique par le fait que, dans la mesure où elles sont exposées à la concurrence, ces entreprises doivent tenir compte des conditions du marché dans leur choix concernant les processus à numériser et la manière de procéder.

Article 4

Le terme d'« autorités » (al. 1) est entendu au sens large et fonctionnel qui lui est donné dans la Constitution cantonale. Son contenu est analogue à celui de l'article 2, alinéa 6, de la loi sur la protection des données (LCPD)¹⁹, mais il va plus loin que la teneur de l'article 2, alinéa 1, de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA)²⁰, en ce sens qu'il ne présuppose pas qu'une personne privée s'est vu attribuer un pouvoir de disposition mais simplement qu'elle accomplit des tâches de droit public (donc régies par la législation). Afin qu'il apparaisse clairement que le mandat de numérisation ne s'adresse pas uniquement aux exécutifs mais aussi aux autorités judiciaires (tribunaux et ministère public) et législatives du canton et des communes, celles-ci sont mentionnées spécifiquement.

Le terme d'« autorités cantonales » (al. 2) décrit une partie des autorités énumérées à la lettre a. Selon la définition donnée ici, il désigne d'abord l'administration cantonale centralisée au sens des articles 25 ss de la loi sur l'organisation (LOCA)²¹, à savoir les Directions, la Chancellerie d'État, leurs offices et leurs autres unités administratives (le cas échéant autonomes sur le plan organisationnel mais pas indépendantes sur le plan juridique), comme les écoles du degré secondaire II. Il désigne ensuite l'administration cantonale décentralisée au sens des articles 39a ss LOCA, c'est-à-dire les autorités cantonales compétentes pour les différentes régions administratives et pour les arrondissements administratifs. Enfin, il désigne le Grand Conseil, le Conseil-exécutif et les autorités de justice. C'est ce qui explique que, lorsqu'elle les évoque, la loi parle des « autorités cantonales » plutôt que simplement de l'« administration cantonale ». Ne font pas partie des autorités cantonales au sens de l'alinéa 2 les organisations juridiquement indépendantes chargées d'exécuter des tâches publiques du canton, à l'image des établissements dotés d'une personnalité juridique propre (à l'exemple des hautes écoles) ou des entreprises étatiques comme BKW et BLS.

Les termes de « fourniture des prestations TIC de base », « applications de groupe » et « applications spécialisées » étant surtout utilisés dans le chapitre 6, c'est là qu'ils sont définis.

7.2 Principes

Article 5

Alinéa 1 : La primauté du numérique revêt surtout un caractère programmatique. Le mandat consistant à numériser l'intégralité des processus s'adresse à toutes les autorités. Les personnes privées ne peuvent se prévaloir du droit de communiquer par voie électronique avec l'État qu'à partir du moment où l'administration ou la législation désigne les moyens à utiliser à cet effet (art. 8, al. 3). Une fois ces moyens mis en place, par exemple pour garantir l'échange sécurisé de documents avec l'État (art. 14 ss), et les dispositions pertinentes de la LPJA exigeant encore que les requêtes et les décisions portent une signature manuscrite adaptées (ch. 3.2.5 ci-dessus), les autorités ne peuvent plus refuser des demandes adressées par voie électronique (remises sous la forme prescrite), par exemple. Les personnes privées qui sont tenues d'effectuer leurs transactions avec l'administration par voie électronique doivent accepter

¹⁹Loi du 19 février 1986 sur la protection des données, RSB 152.04

²⁰Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, RSB 155.21

²¹Loi du 20 juin 1995 sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration, RSB 152.01

que l'État emprunte les canaux numériques pour communiquer avec elles (art. 8, al. 2). Elles ne peuvent en aucun cas, sous réserve de l'article 7, prétendre par exemple à recevoir des informations ou des documents de l'État sur papier plutôt qu'en format numérique.

La réserve « à moins qu'elles ne puissent accomplir efficacement leurs tâches sous cette forme » exprime le fait que de nombreuses tâches étatiques, comme la construction de routes ou la plupart des tâches de la police, ne peuvent pas, de par leur nature, être accomplies sous une forme numérique. Il existe aussi des processus qui pourraient être numérisés, mais pour lesquels cette opération entraverait l'accomplissement des tâches correspondantes. Il est par exemple peu probable que le travail du Grand Conseil ou du Conseil-exécutif demeure aussi efficace sans échanges personnels entre ses membres, si leurs séances ne se déroulaient plus désormais que par visioconférence. Dans ces cas-là, la législation spéciale dispose (voir al. 3) ou - si celle-ci ne prévoit pas de restriction de la primauté du numérique - les autorités qui mettent la LAN à exécution disposent d'une marge d'appréciation pour décider de l'étendue de la numérisation de leurs processus. Elles ne peuvent par contre pas invoquer de simples raisons de confort, ni les charges liées à la numérisation, ni l'obligation pour le personnel de modifier ses méthodes de travail pour renoncer à la numérisation. Veiller à ce que cette marge d'appréciation ne serve pas de prétexte pour éviter totalement la numérisation est une tâche de direction.

Alinéa 2: Il n'existe certes pas en droit constitutionnel bernois de norme générale selon laquelle des informations seraient juridiquement moins contraignantes sous forme numérique que sous forme imprimée. Néanmoins, beaucoup de gens pensent encore que seul compte ce qui est écrit sur papier. L'alinéa 2 précise que tel n'est pas le cas.

Il clarifie ainsi notamment que les autorités de justice administrative ont elles aussi l'obligation, dans des procédures de recours, d'accepter les dossiers originaux sous forme numérique que leur transmettent les instances précédentes et de travailler avec ceux-ci au lieu d'exiger – comme cela se produisait jusqu'à présent – que les dossiers leur soient adressés sous forme imprimée. La LAN met à cet égard aussi en place une disposition à respecter dans le domaine de la LPJA, parce que celle-ci ne règle pas la tenue des dossiers. Les dispositions toujours en vigueur de la LPJA qui concernent la signature manuscrite de requêtes et de décisions ainsi que la notification de décisions, décisions sur recours et jugements doivent néanmoins être respectées. Il s'ensuit donc que ces documents (mais pas le reste du dossier de la procédure) doivent temporairement encore être établis sur papier. La révision de la LPJA prévue mettra fin à la double tenue des dossiers qui en résulte (sur papier et sous forme numérique) et introduira la primauté du numérique dans la LPJA aussi.²²

Comme en principe déjà l'alinéa 1, l'alinéa 2 oblige donc lui aussi les autorités (sous réserve de la législation spéciale) à gérer leurs documents sous forme numérique. Le Conseil-exécutif peut mettre en place, dans les dispositions d'exécution de la LAN, des prescriptions sur la conversion de documents (autrement dit la numérisation et la destruction sans perte de dossiers jusque-là sur papier ou déposés sous cette forme). Il faudra aussi, dans les dispositions d'exécution ou de la législation spéciale, formuler si nécessaire des prescriptions sur les formats numériques à utiliser. Un document numérique n'a toutefois pas pour autant un caractère moins obligatoire du simple fait qu'il existe le cas échéant dans un format qui ne garantit pas son authenticité (p. ex. un courriel ne portant pas de signature numérique, un fichier PDF ou Word). Dans ce cas, il incombe aux autorités chargées d'appliquer le droit d'évaluer l'authenticité du document dans le cadre de leur instruction des faits et de leur appréciation des preuves.

²² Le projet de révision de la LPJA, encore au stade interne de l'administration, prévoit comme la LAN que les autorités ont l'obligation d'effectuer leurs transactions les unes avec les autres par voie électronique. La LPJA modifiée ne réglera toujours pas la tenue des dossiers, mais celle-ci en découlera indirectement du fait qu'il est prescrit que les mémoires doivent être adressés à l'instance de recours par voie électronique via la plateforme de transmission. Cela concerne aussi les annexes, y compris donc aussi les pièces du dossier. La justice en ligne de l'avenir ne sera complètement numérisée que lorsque les mémoires, y compris toutes leurs annexes, seront intégralement adressés sous forme numérique. Les exceptions seront admises en cas d'impossibilité de numériser des documents pour des raisons pratiques ou pour qu'ils puissent servir de preuve.

Alinéa 3: La LAN est directement applicable et déterminante pour autant que la législation spéciale (lois ou ordonnances) n'en dispose pas autrement. Cela signifie que la forme numérique prime si la législation spéciale ne stipule pas le contraire sur la forme de la procédure ou de l'action publique.

Actuellement, le principal obstacle à la primauté du numérique découle de la LPJA (voir ci-dessus), qui exige que les requêtes et les décisions portent une signature manuscrite, sur papier et soient adressées par la poste. Pour les raisons exposées ci-dessus, la législation spéciale peut toutefois aussi prévoir que certains processus ne soient pas numérisés.

Certains domaines juridiques mettent déjà en œuvre le principe de la primauté numérique : la législation sur les publications officielles prévoit par exemple que les lois bernoises sont publiées sous forme électronique. Sont réservées les normes de droit supérieur ou de la législation spéciale (voir al. 5) qui prescrivent expressément la forme imprimée pour certains documents, par exemple le droit fédéral sur les papiers-valeurs ou sur les actes.

Article 6

Cet article délimite le champ d'application de l'article 5 de celui de l'article 8. La primauté du numérique s'applique sans aucune restriction à toute action de l'État destinée au grand public, ou à des groupes de personnes dont l'identité n'entre pas en ligne de compte (p. ex. l'ensemble des contribuables), et en particulier à son activité d'information. Cela n'exclut pas pour autant que les autorités fournissent certaines informations sur papier si elles considèrent que cette mesure est nécessaire pour accomplir efficacement leurs tâches (art. 5, al. 1), par exemple lorsqu'un grand nombre de destinataires ne dispose pas des moyens requis pour recevoir ces informations par voie électronique.

À noter que si l'État ne traite qu'avec certaines personnes, il ne peut exiger d'elles qu'elles acceptent de recevoir ses communications par voie numérique (pour autant que la LPJA l'autorise) qu'à condition qu'elles soient tenues, en vertu de l'article 8 LAN ou de quelque autre texte législatif, d'effectuer leurs transactions avec les autorités par voie électronique. En d'autres termes, les personnes physiques qui n'ont pas de relations commerciales avec les autorités ou ne bénéficient pas de subventions cantonales peuvent continuer à s'adresser à l'État comme bon leur semble, y compris par téléphone et par courrier, dans la mesure où la législation spéciale ne prescrit aucune forme particulière. La LAN tient ainsi compte de la déclaration de planification n° 8 du Grand Conseil concernant la SAN, selon laquelle la numérisation ne doit d'aucune manière « rendre plus difficile – et avec un surcoût – pour les habitantes et les habitants de notre canton l'accès à l'administration par les canaux traditionnels que sont le téléphone, les paiements par bulletin de versement, le remplissage des formulaires papier et d'autres encore ».

Article 7

Cette disposition permet, à titre d'exception à l'article 6, que des personnes qui ne sont pas en mesure d'accéder à des informations numériques de l'État puissent les consulter auprès des autorités compétentes et si nécessaire aussi, en exiger une copie sur papier (pour autant que l'information se prête à l'impression sur papier, ce qui ne sera par exemple pas le cas des vidéos ou applications internet). Dans ce dernier cas, elles doivent au moins établir de façon plausible qu'elles sont vraiment tributaires de cette forme d'informations, afin d'éviter toute mise à contribution chicanière ou abusive des autorités. Les exigences de plausibilité ne devront pas être fixées à un niveau élevé. Le fait que la version papier ne doive dans ces cas pas coûter plus cher que la version numérique constitue une norme spéciale qui prime sur l'article 9, alinéa 2, lettre b LAN.

Cette disposition tient compte du jugement du 27 novembre 2018 du Tribunal fédéral 1C_137/2018 / 1C_139/2018 (c. 4.2 ss), qui tranchait la question de l'admissibilité contestée de la publication exclusivement sous forme numérique de la Feuille officielle du canton de Zurich. Le Tribunal fédéral a précisé que la publication exclusivement sous forme électronique d'informations auxquelles était lié l'exercice de certains droits (comme c'est le cas dans les feuilles officielles) constituait une légère atteinte à la liberté

d'(accès à l') information. Dans le cas examiné, le Tribunal fédéral estimait toutefois qu'elle était suffisamment étayée par l'ordonnance comme base légale. Cette atteinte était par ailleurs proportionnée: vu l'économie de ressources obtenue grâce à la numérisation, elle était appropriée et nécessaire. Elle était acceptable parce que la loi accorde à tous le droit de consulter les contenus de la feuille officielles dans chaque commune et, conformément aux documents préparatoires de la loi, de les obtenir aussi sur papier en cas de besoin. Le Tribunal fédéral a jugé que ce besoin existait par exemple en présence de connaissances insuffisantes pour utiliser internet ou de problèmes de vue causés par l'écran.

Article 8

Alinéa 1 : L'obligation d'effectuer les transactions avec les autorités par voie électronique est une condition préalable à la numérisation systématique des processus impliquant également des personnes privées ou d'autres autorités (voir ch. 3.2.2 ci-dessus). Elle s'adresse aux personnes dont on peut supposer qu'elles disposent d'un terminal raccordé à internet et sont en mesure de l'utiliser :

- Il s'agit des personnes morales ou de leurs organes, employés et personnel auxiliaire (lit. a), puisque la constitution d'une personne morale implique des tâches administratives et organisationnelles qu'il est désormais impossible d'accomplir sans ressources TIC. N'ayant pas de personnalité juridique, les sociétés de personnes (sociétés simples, sociétés en commandite ou sociétés en nom collectif) ainsi que les entreprises individuelles n'ont pas de capacité juridique et ne peuvent donc pas faire l'objet de cette obligation. Les personnes morales ou physiques auxquelles elles sont adossées en ont toutefois l'obligation conformément aux lettres a et b.
- Il s'agit également de personnes qui ont affaire avec l'État dans le cadre de leur activité professionnelle (lit. b), par exemple en lien avec une demande relative à une activité commerciale ou dans le cadre de l'exercice d'une profession libérale (médecin, avocat, etc.),
- Et il s'agit de personnes qui demandent ou reçoivent des subventions cantonales (lit. c), dont on peut attendre qu'elles se procurent un ordinateur à cette fin si nécessaire. À noter qu'il ne faut pas confondre les subventions cantonales et les autres allocations financières de l'État, comme les prestations sociales.

Les catégories énumérées aux lettres a à c peuvent se recouper.

Alinéa 2 : Inversement, les autorités elles-mêmes ainsi que leurs membres et leur personnel ont bien entendu aussi l'obligation d'effectuer les transactions avec ces personnes et avec d'autres autorités par voie électronique. Elles peuvent le faire par une autre voie si ces personnes ou autres autorités ne peuvent pas être jointes par voie électronique.

Alinéa 3 : Les transactions par voie électronique ne peuvent être effectuées qu'à condition de disposer des moyens appropriés. Ces moyens peuvent être désignés pour des tâches spécifiques ou de manière générale par la législation ou, à défaut, par les autorités compétentes. Celles-ci peuvent par exemple indiquer sur leur site internet que certaines requêtes doivent être adressées à l'aide d'un certain formulaire, sur un certain site internet.

Les moyens ainsi désignés doivent toutefois remplir certaines conditions :

- Ils doivent garantir une sécurité conforme à leur affectation, ce qui signifie notamment que toutes les parties prenantes doivent avoir l'assurance qu'elles traitent avec la bonne personne ou autorité (authentification), et que les informations échangées ne doivent pas être accessibles à des personnes non autorisées (protection des accès).

Le niveau de sécurité ou d'assurance nécessaire dépend de l'objet de la communication. S'il s'agit de demandes et de renseignements simples, un courriel peut par exemple suffire, bien qu'il ne garantisse ni l'identité des parties prenantes ni la confidentialité ou l'intégrité des informations échangées. Pour les processus ayant des conséquences juridiques ou la transmission de données personnelles allant au-delà des coordonnées de contact, il convient par contre d'employer des moyens plus sûrs. C'est notamment le cas des données personnelles ou informations particulièrement dignes de protection qui sont soumises à une obligation spécifique de garder le secret. Bien que, le cas échéant, il soit opportun de recourir à des certificats et signatures numériques, notamment ceux établis en conformité avec la loi sur la signature électronique (SCSE)²³, leur acquisition et leur utilisation sont relativement onéreuses et complexes, surtout pour des personnes privées.

Il est donc vraisemblable qu'à l'avenir la plupart des solutions numériques des autorités reposent sur des portails en ligne ou des applications mobiles auxquels les utilisateurs se connecteront avec leur e-ID (art. 15) et qui garantiront le cryptage et la traçabilité des données sans que l'internaute n'ait besoin de prendre de mesure supplémentaire. Tant le service cantonal d'accès au réseau BE-Login que la plateforme prévue au sens de la LPCJ (ch. 3.2.3 ci-dessus) suivent cette approche ;

- Ils doivent en principe pouvoir être utilisés gratuitement. Des exceptions pourraient être envisagées à cet égard pour les processus spécialisés générant des coûts relativement élevés pour les autorités. Cela n'exclut pas le prélèvement d'émoluments pour la procédure à laquelle les moyens sont affectés, même si les montants de ces émoluments devraient en principe être plus faibles pour les transactions effectuées par voie électronique, conformément à l'idée d'incitation formulée à l'article 9, alinéa 2, lettre b. Cela n'oblige pas non plus l'État à supporter les coûts liés au raccordement à internet et au terminal (ni à l'éventuel certificat requis), car ces moyens peuvent aussi être utilisés à d'autres fins, privées. Leurs coûts sont assimilables à ceux liés à l'achat du papier, des enveloppes et des timbres qui doivent également être assumés par les particuliers pour les transactions effectuées sur papier.

L'obligation d'effectuer les transactions par voie électronique prend donc naissance au moment où les autorités désignent, par le biais d'un acte ou d'une communication, par exemple sur leur site internet, les moyens visés à l'alinéa 3 qui doivent être à utiliser à cette fin. L'indication d'une adresse électronique ou d'un formulaire de contact ne suffit pas à elle seule pour imposer cette obligation. L'autorité doit clairement préciser les moyens à utiliser en fonction des différents objets des transactions effectuées avec elle. En cas de contestation de l'obligation d'emprunter un canal numérique, l'autorité doit répondre par une décision susceptible de recours.

Alinéa 4 : Le législateur peut adapter le cercle des parties prenantes soumises à l'obligation d'effectuer leurs transactions par voie électronique aux conditions concrètes de l'accomplissement d'une tâche publique. Ainsi, pour des processus concernant des groupes particuliers de personnes privées dont on peut supposer qu'elles disposent toutes d'un accès à internet, il peut prévoir l'obligation d'emprunter les canaux numériques. À l'inverse, un acte législatif peut aussi exclure l'obligation d'effectuer des transactions par voie électronique lorsque l'accomplissement de la tâche exige une autre procédure (voir par exemple l'art. 19, al. 1, LPJA, qui autorise les inspections de lieux et les interrogatoires de parties).

Alinéa 5 : Le droit de pétition accordé par la Constitution – c'est-à-dire le droit d'exiger des autorités la suppression d'irrégularités – peut continuer à s'exercer sous n'importe quelle forme, y compris par courrier postal. Toute restriction du droit d'adresser des pétitions individuelles est de toute façon « absolument interdite » (art. 20, al. 2 ConstC). L'alinéa 5 est donc purement déclaratoire.

²³ Loi fédérale du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques, RS 943.03

Article 9

Alinéa 1 : Ces dispositions revêtent un caractère programmatique. Elles tiennent compte du fait que la numérisation ne se fait pas toute seule. Tant l'administration que les autres usagers doivent connaître les méthodes, les opportunités et les risques qui y sont liés, afin de permettre la réussite de l'introduction des processus numériques. L'administration doit intégrer ces paramètres dans sa politique du personnel, dans le développement du personnel et de l'organisation et dans son activité de communication. Pour plus de précisions, voir à ce sujet la priorité d'action 5 (Sensibilisation et compétence) de la SAN.

Alinéa 2 : Même les personnes privées qui ne sont pas tenues d'effectuer leurs transactions par voie électronique doivent être motivées autant que possible à emprunter des canaux numériques et, ainsi, à contribuer à réduire les coûts. Dans l'économie privée, il est désormais fréquent d'exiger un surcoût pour l'envoi de factures papier, par exemple. L'administration (soit l'auteur de la loi spéciale qui fixe les émoluments concrets) pourrait s'en inspirer et répercuter une partie ou l'intégralité des coûts supplémentaires liés à l'utilisation de supports papier (notamment pour la numérisation de formulaires papier ou l'envoi de documents papier) sur les usagers. De même, elle pourrait accorder la priorité aux demandes qui lui sont adressées par voie électronique (à condition que le contenu des demandes sur papier ne soit pas plus urgent) et peuvent être traitées plus facilement. Il incombera au législateur compétent ou à l'autorité compétente d'examiner la question, qui revêt aussi un aspect politique, de savoir si l'administration doit procéder de la sorte et le cas échéant dans quelle mesure, en tenant compte des intérêts liés aux différents processus et émoluments concernés. Cette disposition ne s'applique pas aux tarifs des émoluments existants tant qu'ils ne sont pas modifiés en conséquence.

Article 10

Alinéa 1 : Plus la numérisation s'impose, plus il est important de veiller à ce qu'un minimum de personnes manque l'entrée dans le monde numérique et soit ainsi exclu, entre autres, des interactions électroniques avec les autorités. C'est ce que recouvre le terme d'inclusion numérique. Les principes prévus à cet égard reposent sur les travaux du réseau « e-inclusion » (einclusion.ch), géré par des autorités et des personnes privées, et sur les dispositions d'inclusion de la législation genevoise.²⁴

Le principe de l'inclusion numérique ne confère aucunement le droit à un individu de recevoir de l'État un accès à internet ou un ordinateur, par exemple. Il prescrit en revanche à l'État de veiller à ce que ses prestations numériques puissent être utilisées par un maximum de personnes et soient accessibles à des groupes de population susceptibles d'être défavorisés, comme les personnes âgées, les personnes en situation de handicap, les personnes migrantes ou celles ayant un faible niveau de formation. De fait, les prestations numériques de l'État offrent aussi l'opportunité de renforcer le contact entre des personnes jusqu'ici désavantagées et les autorités. Un système de vote électronique sûr permettrait par exemple à des personnes aveugles ou malvoyantes de voter de manière autonome en préservant le secret de leur vote. La précision « sans discrimination » de l'article 10 se rattache à l'interdiction constitutionnelle de toute discrimination (art. 8, al. 2 Cst. ; art. 10, al. 1 ConstC) et souligne le fait que des discriminations résultant de la conception des prestations numériques sont elles aussi interdites.²⁵

Alinéa 2 : Plus les interactions numériques sont compliquées et fastidieuses, moins les personnes aptes à les mener à leur terme sont nombreuses. Par simplicité d'utilisation des prestations, on entend une utilisation intuitive allant le plus possible de soi (*usability*) et le respect de normes et pratiques reconnues dans la conception des interfaces utilisateurs (ergonomie). Le niveau de simplicité visé et accessible dépend cependant beaucoup de la complexité de la tâche à laquelle sert la prestation et du groupe cible

²⁴ La loi genevoise sur l'administration en ligne (LAeL) définit l'inclusion numérique comme l'« ensemble des politiques visant à rendre accessibles à tous les informations et services proposés par un site Internet, indépendamment d'une situation de handicap, ou dans la mesure du possible des matériels et logiciels d'accès choisis par l'utilisateur » (al. 5, lit. e). Le site internet de l'État (art. 13, al. 2) doit respecter ce principe, dont les dispositions d'application (art. 18, al. 2, lit. f) doivent, en cas de besoin, préciser les limites applicables.

²⁵ De tels problèmes peuvent par exemple se produire lorsqu'un logiciel utilisé sur la base d'un apprentissage automatique maintient d'anciennes discriminations introduites par des êtres humains qui sont présentes dans sa base de données. Exemples : logiciel de reconnaissance faciale qui détecte difficilement les personnes de couleur et les femmes parce qu'il n'a pas été développé avec les images correspondantes (voir p. ex. l'article du NZZ du 13.02.2018), ou logiciel de gestion du personnel qui, dans l'évaluation des dossiers de candidature, désavantage les femmes par rapport aux hommes parce que celles-ci étaient jusque-là moins nombreuses parmi les effectifs du personnel (voir p.ex. MDR du 19.06.2020).

auquel elle s'adresse. Un logiciel dont l'emploi nécessite l'examen d'un guide de plusieurs pages ou la saisie d'une longue série de commandes complexes sera peut-être à la portée de professionnels de l'administration ou de l'économie, mais pas de l'ensemble de la population.

Le fait que les prestations numériques de l'État doivent être « sans barrière », autrement dit également accessibles aux personnes en situation de handicap, ressort déjà de l'interdiction de discrimination (art. 8, al. 2 Cst) et, spécifiquement dans le domaine des compétences fédérales, de la loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (LHand).²⁶ En raison de son implication pratique, ce principe est concrétisé ici dans le droit cantonal. Pour mettre en œuvre cette accessibilité, il existe diverses normes techniques internationales, comme les *Web Content Accessibility Guidelines (WCAG)*. Les sites internet conçus selon ces principes proposent des programmes d'assistance permettant aussi aux personnes non voyantes, par exemple, de naviguer dans les différentes rubriques.

Les prestations numériques de l'État doivent aussi être conçues de manière à pouvoir être utilisées avec un maximum de terminaux et de systèmes d'exploitation. Un nombre croissant de personnes privées consultant internet essentiellement sur leur téléphone portable, les portails en ligne qui s'adressent aussi aux particuliers doivent en principe être utilisables sur des appareils mobiles. Tout logiciel basé sur un système d'exploitation spécifique (comme Windows ou iOS), par exemple, et ne pouvant pas fonctionner avec d'autres systèmes courants (comme MacOS ou Android) devrait donc être banni, car il serait déraisonnable d'exiger des personnes concernées qu'elles se procurent l'appareil correspondant uniquement pour opérer leurs transactions avec l'État.

Alinéa 3 : Le principe de l'inclusion numérique doit également être respecté en lien avec les restrictions proportionnées. Il n'est par exemple pas possible d'utiliser des sites internet modernes sur des machines, des systèmes d'exploitation ou des navigateurs trop vieux, car ceux-ci ne disposent pas forcément des fonctions nécessaires ou présentent parfois des failles de sécurité. En outre, si une application spécialisée s'adresse à un petit cercle d'utilisateurs, il peut être judicieux de s'abstenir de procéder aux modifications requises pour la rendre compatible avec davantage de systèmes d'exploitation si cette démarche est onéreuse et n'est utile qu'à un nombre restreint de personnes.

Article 11

Alinéa 1 : En renvoyant à l'article 6 ConstC, cette disposition indique que les prestations numériques du canton ou des autorités de l'administration cantonale ainsi que des organisations chargées de tâches publiques pour l'ensemble du canton doivent être disponibles au moins en allemand et en français. Les prestations numériques des communes et des organisations chargées de tâches publiques au niveau régional ou local doivent être disponibles au moins dans la langue officielle déterminante pour le territoire concerné. Cela n'exclut pas qu'elles soient également proposées dans d'autres langues, afin de pouvoir être utilisées par des groupes cibles déterminés (par exemple des investisseurs ou des touristes étrangers).

Alinéa 2 : Des exceptions sont surtout indiquées pour des prestations utilisées exclusivement par un petit cercle de professionnels qui maîtrisent la langue en question. Dans les domaines scientifiques et techniques, notamment dans l'enseignement, la recherche ou les TIC, la langue de travail est souvent l'anglais, ce qui explique que les logiciels et la documentation proposés dans ces milieux ne soient souvent disponibles que dans cette langue.

²⁶ La LHand s'applique notamment « aux prestations accessibles au public qui sont fournies (...) par des collectivités publiques » (art. 3, lit. e, LHand). Aux termes de la LHand, il y a une inégalité à éliminer dans l'accès à une prestation lorsque cet accès « est impossible ou difficile » aux personnes handicapées (art. 2, al. 4, LHand).

Article 12

Alinéa 1 : Cela reflète le principe de la « saisie unique » prévu dans la SAN²⁷ selon lequel les données des personnes privées ne doivent pas être saisies lors de chaque contact avec l'administration, mais gérées de manière centralisée et mises à la disposition des autorités qui en ont besoin. Seule cette mesure permet de garantir une gestion moderne des données au sein de l'administration et, partant, des processus numériques applicables par toutes les autorités, puisque ces processus ne peuvent pas fonctionner en l'absence de données uniformes et fiables. Il n'est ainsi pas possible de transférer automatiquement une demande d'autorisation de construire d'une commune vers le canton si la personne requérante a été enregistrée sous un nom différent ou sous une autre adresse dans les systèmes des deux autorités et que l'on ignore par conséquent s'il s'agit vraiment de la même personne et quelles sont les données à retenir. Le principe de la saisie unique est donc également un élément central de la « Tallinn Declaration on eGovernment »²⁸, dont la Suisse est signataire, qui sert de base aux initiatives de l'UE en matière de numérisation.²⁹

La délimitation de la compétence de saisie et de modification des données relève aussi de la gestion des données qu'il faudra régler en application de la présente disposition et dans le cadre des normes et processus (art. 14). Elle établit ainsi clairement quelle autorité est responsable de l'exactitude et de l'exhaustivité de données traitées en commun. Le terme « inter-autorités » traduit le fait qu'il ne suffit pas que chaque autorité saisisse une seule fois les données pour elle-même, mais qu'il faut plutôt réaliser une gestion inter-autorités des données pour que les personnes concernées n'aient à les saisir qu'une seule fois. Cette approche reprend celle de la loi sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP) adoptée en 2020.

Il va de soi que la protection des données revêt une importance fondamentale dans ce contexte. Les fichiers de données centralisés ne doivent ni devenir des magasins en libre-service pour les autorités ni avoir pour but de rendre les citoyens transparents. Des règles d'autorisation et des enregistrements des accès soumis à des contrôles cohérents et réguliers doivent être mis en place afin de garantir que chaque autorité et chaque personne ne traite que les données dont elle a besoin pour accomplir ses tâches publiques, autrement dit les données qu'elle aurait saisies et traitées elle-même en l'absence d'un fichier central. La législation sur la protection des données demeure donc applicable sans aucune modification. Cela vaut notamment pour les dispositions selon lesquelles les autorités ne se transmettent mutuellement des données personnelles que si cette démarche est prescrite par la loi (art. 10 LCPD), et l'accès aux données est contrôlé et journalisé si nécessaire (art. 5 et 6 de l'ordonnance sur la protection des données OPD). Puisque la législation récente sur la protection des données est conçue, tant au plan européen qu'en Suisse, de manière technologiquement neutre, la LAN n'entre pas particulièrement dans les détails des différentes méthodes de traitement comme la procédure d'appel.

Cette disposition revêt elle aussi un caractère programmatique. Elle s'applique à la fois aux données personnelles conformément à la LCPD et aux données qui ne concerne pas des personnes. Elle demande aux autorités de garantir une gestion des données qui libère autant que possible les personnes privées de l'obligation de répéter à plusieurs reprises la saisie des mêmes données. Au niveau cantonal, cette requête se retrouve concrètement dans la loi sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP), notamment (voir ch. 3.2.5 ci-dessus).

Alinéas 2 et 3 : Dans son point 3, la motion 277-2018 chargeait le Conseil-exécutif de faire en sorte « que les données soient enregistrées et conservées sur des serveurs suisses ». Elle ne précisait ni les données auxquelles elle se référait, ni à qui appartenaient ces données. Elle mentionnait toutefois aux points 1 et 2 « tous les niveaux de l'administration », la « police de Berne » et les « écoles », ce qui permet de supposer qu'elle visait à établir un principe applicable à toutes les autorités. Si le développement

²⁷ Ch. 6 SAN : « Saisie unique : les données ne sont saisies qu'une seule fois, y compris pour des prestations de services différentes. Elles sont gérées à la source, structurées à l'aide de systèmes modulaires et synchronisées entre elles (gestion des données). »

²⁸ Voir le communiqué de presse du DFF du 6 octobre 2017 et son renvoi à la « Tallinn Declaration on eGovernment » du 6 octobre 2017.

²⁹ Voir p. ex. coop.eu/onco-only.

ne donne pas non plus d'explication sur le but de cette exigence, il évoque les fuites de données, le cryptage de bout en bout et les cyberattaques, ce qui laisse entendre que la principale préoccupation de l'auteur de la motion était d'assurer la sécurité de l'information.

Le Conseil-exécutif a rejeté ce point de la motion au motif que le lieu physique où se trouve un serveur ne garantit en rien la sécurité de ce dernier, qu'il est également possible d'accéder à des données suisses depuis l'étranger et que des entreprises dont le siège est en Suisse peuvent être contrôlées par des personnes se trouvant à l'étranger. La plupart des applications des autorités cantonales sont d'ores et déjà exploitées en Suisse par la société Bedag, qui appartient au canton. Mais le Grand Conseil a tout de même adopté ce point de la motion par 77 voix contre 75. Il ressort des interventions formulées que l'élément déterminant pour les partisans du oui était le fait qu'un serveur suisse est soumis à la législation suisse³⁰. Certaines réflexions économiques semblent également avoir pesé dans la balance³¹, tout comme les incertitudes concernant la manière dont les données de la population seraient traitées par les fournisseurs de nuage (« cloud ») à l'étranger³².

Les alinéas 2 et 3 mettent en œuvre ce point de la motion en plaçant le principe du contrôle des données publiques au premier plan. Si ce contrôle ne peut pas être exercé dans un pays l'étranger, les données ne doivent pas y être conservées. Cela reprend pour l'essentiel les prescriptions sur la communication de données personnelles à l'étranger conformément à l'article 14a LCPD, tout en étendant toutefois ces règles à toutes les données (et non pas seulement aux données personnelles) qui, conformément aux prescriptions légales ou aux décisions des autorités, ne doivent pas être accessibles à toutes les personnes. Cela englobe de nombreuses données personnelles conformément à la LCPD, ou des données qui, conformément à la législation sur la sécurité de l'information qui doit encore être édictée, sont classées comme relevant des catégories INTERNE, CONFIDENTIEL ou SECRET, ou encore des données soumises à des dispositions spéciales imposant un secret plus strict.

Par conservation, on n'entend non pas le traitement temporaire, comme la communication ou la consultation, des données, mais leur stockage par des autorités bernoises, sur le long terme, dans un lieu déterminé. Cette règle ne s'applique pas uniquement aux systèmes d'exploitation des applications concernées, c'est-à-dire au site où se trouvent les serveurs ou les supports de données, mais aussi aux copies de sauvegarde et aux archives. D'autres traitements de données à l'étranger (p. ex. l'assistance pour des applications cantonales provenant de l'étranger, la transmission de données à des personnes qui se trouvent dans un pays étranger, par exemple dans le cadre d'une coopération internationale en matière de recherche) demeurent possibles, aussi longtemps que les dispositions relatives à la communication de données à l'étranger sont respectées (art. 14a LCPD).

Article 13

L'article 13 résume la démarche prévue dans la SAN pour la mise en œuvre et le développement de la numérisation. La tâche de pilotage de la numérisation et de l'utilisation des TIC confiée au Conseil-exécutif reflète son rôle d'autorité de direction suprême du canton chargée de planifier et de coordonner les activités de ce dernier (art. 86 ConstC). C'est ce qui explique le fait qu'il assume ce pilotage avec les moyens prévus dans la LAN et le reste de la législation non seulement pour l'administration cantonale mais aussi pour toutes les autorités du canton, tout en respectant leur autonomie ou les tâches constitutionnelles à part qui leur reviennent en vertu de la législation ou de la jurisprudence (p. ex. Grand Conseil, indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public).

³⁰ Journal du Grand Conseil du 10 septembre 2019, document concernant l'affaire 2018.RRGR.737, interventions des députés au Grand Conseil Gerber (p. 1), Ammann (p. 3) et Streit-Stettler (p. 3)

³¹ Op. cit., intervention du député Gerber (p. 1): « Là encore, nous gagnons notre argent en Suisse, nos données doivent donc rester en Suisse. » (NdT : traduction libre).

³² Op. cit., intervention des députés Egger (p. 2), Streit-Stettler (p. 3), Gerber (p. 6).

Article 14

Si les services de base (art. 16 ss) constituent le volet technique des bases communes de la numérisation, les normes et processus représentent leur volet organisationnel, dont le rôle est tout aussi important. Ces bases sont pour l'essentiel élaborées et édictées par les organes au sein desquels les autorités cantonales et communales contribuent ensemble à la conception de la numérisation (art. 21, voir aussi art. 35, lit. c).

Les processus sont des instructions administratives qui décrivent les opérations concrètes de la numérisation, autrement dit qui fait quoi comment. Leur degré de précision dépend de l'objectif du processus. Les comités stratégique et opérationnel TIC de l'administration cantonale ont édicté plusieurs processus pour l'administration.³³ En font notamment partie le « processus de gestion d'incidents », qui décrit la manière d'annoncer une panne et d'apporter une solution ou le « processus de gestion de changements », qui explique comment élaborer, approuver, mettre en œuvre et documenter un changement apporté à un système TIC. Ces processus, comme bien d'autres, devront également s'appliquer aux autorités extérieures à l'administration cantonale si cela s'avère nécessaire pour permettre la collaboration ou la numérisation de processus d'affaires concernant toutes les autorités.

Les normes sont des référentiels techniques qui décrivent des caractéristiques déterminées des prestations TIC, comme par exemple la mise en œuvre de l'inclusion numérique (art. 10), les formats de données à utiliser ou les interfaces. Il existe aujourd'hui déjà de nombreuses normes nationales et internationales déterminantes pour la pratique administrative qui doivent être appliquées autant que possible (al. 2). En font notamment partie les normes techniques de l'association eCH (ech.ch), les conditions générales de la CSI (sik.swiss) ou la méthode de gestion de projets HERMES de la Confédération (hermes.admin.ch). Ces processus reposent en grande partie sur le référentiel ITIL.

Article 15

Alinéa 1: Dans la version de la consultation, l'article 15 (qui portait encore le numéro 17) précisait que les identités électroniques (e-ID) prévues par la loi fédérale du 27 septembre 2019 sur les services d'identification électronique (LSIE) devaient aussi être utilisées par les autorités bernoises pour l'exécution du droit cantonal. Cette disposition n'a pas été contestée durant la consultation.

Mais le 7 mars 2021, la LSIE a été rejetée en votation populaire et il est à supposer que le Conseil fédéral va prochainement présenter de nouvelles propositions pour une solution d'identification électronique nationale. Toutefois la date et le contenu en sont encore inconnus. Il est donc nécessaire, pour la période allant jusqu'à la présentation de la nouvelle solution nationale, de créer des bases légales pour les solutions d'accès que l'administration cantonale et les autres autorités utilisent, en particulier pour le service d'accès au réseau BE-Login (www.be.ch/login) qui permet aux utilisateurs de choisir entre l'e-ID «SwissID» de SwissSign et une solution propre à l'administration cantonale.

Le Conseil-exécutif pourrait en principe aussi adopter une réglementation correspondante dans le cadre du principe fixé à l'article 14. Mais vu la signification politique et juridique de la solution d'accès – les prestations numériques ainsi développées permettent à des personnes privées et à des autorités d'accéder le cas échéant à des données sensibles ou de provoquer des décisions de portée juridique –, il est judicieux de transférer expressément au Conseil-exécutif la compétence de réglementation correspondante. Cela correspond aussi à la disposition transitoire que prévoyait l'article 17, alinéa 2 de la version de consultation et qui est maintenant supprimée.

Alinéa 2: Cette disposition reprend la nouvelle législation fédérale attendue afin qu'après l'édition de celle-ci il ne soit dans la mesure du possible plus nécessaire de modifier la LAN. La LSIE prescrivait que l'e-ID devait être utilisée par toutes les autorités qui appliquent le droit fédéral. Cette restriction résultait

³³ Ces processus sont disponibles dans l'Intranet du canton à l'adresse : <http://www.in.beqmp.be.ch/prozesslandkarte-ict-be>.

du fait que la Confédération ne dispose pas de la compétence de régler cela aussi pour les droits cantonaux et communaux. C'est pourquoi l'article 17 LAN de la version de consultation étendait cette obligation d'utilisation au droit cantonal et au droit communal, de sorte que tous les habitants du canton de Berne puissent s'identifier avec l'e-ID utilisée au plan national. Il est à supposer que le nouveau droit fédéral adoptera une approche similaire, parce que, dans la LSIE, seul l'organisme responsable de l'e-ID était contesté, et non pas son domaine d'application. Aussi l'alinéa 2 prévoit-il que le Conseil-exécutif fixe l'extension correspondante de l'obligation d'utilisation dès que la nouvelle solution nationale sera disponible.

La réserve «pour autant qu'elles s'y prêtent» couvre la possibilité (plutôt improbable) qu'à sa prochaine tentative, la Confédération se décide contre une e-ID unique et universelle et en faveur d'identités électroniques sectorielles, ne pouvant par exemple être utilisées qu'en relation avec la Confédération ou dans des domaines bien définis.

7.3 Services de base

Article 16

Pour comprendre la nécessité de mettre en place des services de base pour l'administration publique du canton, voir le ch. 3.2.1 ci-dessus. La précision concernant sa mise en place progressive indique clairement que cette infrastructure ne sera pas disponible dès la date d'entrée en vigueur de la LAN mais introduite conformément à la planification de mise en œuvre de la SAN (art. 13). La conception, l'achat et la mise en place des services de base sont réalisés avec l'implication et la participation systématiques des autorités concernées dans le cadre des organismes et organes de collaboration (art. 21, al. 2).

Article 17

Alinéa 1 : L'obligation faite à l'administration cantonale d'utiliser les services de base est indispensable pour garantir la compatibilité des procédures appliquées par les autorités cantonales pour numériser leurs processus d'affaires. Cette obligation est également utile aux utilisateurs, qui sont ainsi assurés de pouvoir par exemple se connecter à tous les sites internet avec la même e-ID (art. 15) et transmettre des documents à l'administration en employant les mêmes méthodes. Elle revêt en outre un aspect financier : en lien avec le principe de décentralisation de la fourniture des prestations TIC de base (art. 32) introduit dans le cadre du programme IT@BE, elle vise à éviter que l'on développe des solutions particulières onéreuses et que l'on réinvente en quelque sorte plusieurs fois la roue.

En vertu de la pratique et de la législation actuelles (art. 133, al. 1, lit. h, RGC³⁴ ; art. 6, al. 1, LOJM³⁵), l'obligation d'utiliser l'infrastructure TIC cantonale commune s'applique aussi au Grand Conseil et aux autorités judiciaires. Étant donné que la configuration de l'infrastructure technique n'est pas liée à l'accomplissement de leurs tâches constitutionnelles (législation et jurisprudence), cette obligation ne viole ni la séparation des pouvoirs ni l'indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public³⁶. Comme

³⁴ Règlement du Grand Conseil du 4 juin 2013, RSB 151.211

³⁵ Loi du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM), RSB 161.1

³⁶ Dans la version allemande, le législateur a délibérément renoncé en 1993 déjà au terme classique de « Gewaltentrennung », auquel il a préféré celui de « Gewaltenteilung », afin de refléter l'« interpénétration des fonctions » des pouvoirs étatiques dans la pratique (Walter Kälin, Urs Bolz [éd.] : Manuel de droit constitutionnel bernois, comm. ad art. 66, al. 1, ConstC). La doctrine et la pratique relatives à la Constitution suisse reposent sur une vision coopérative de la séparation des pouvoirs et sur une interaction des pouvoirs étatiques basée sur la division du travail (Giovanni Biaggini, in : *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e édition, Zurich 2017, remarques liminaires ad Cst. 143-191C N 6). Cela n'exclut pas que l'exécutif accomplisse des tâches pour le législatif et la justice tant que cela ne nuit pas à la réalisation indépendante des tâches fondamentales de ces derniers.

La réglementation de la LAN correspond au droit en vigueur pour ce qui concerne l'indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public (art. 4 LOJM) et leur auto-administration (art. 5 s LOJM). Selon l'article 4 LOJM, les autorités judiciaires et le Ministère public sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles et dans la poursuite pénale, et ne sont soumis qu'au droit. Mais la LAN n'a de répercussions ni sur la jurisprudence ni sur les poursuites pénales. Elle n'affecte donc pas l'indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public. Ce type de répercussion ne s'ensuit pas non plus indirectement. L'indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public pourrait par exemple être affectée si, à cause de décisions d'autres pouvoirs étatiques, ils disposaient de ressources TIC insuffisantes pour la jurisprudence et les poursuites pénales. Mais la LAN n'a pas cela pour conséquence. Elle ne modifie notamment en rien l'organisation TIC actuelle - qui a aussi fait ses preuves dans le domaine des autorités judiciaires et du Ministère public - où les unités administratives budgètent et commandent en toute autonomie les ressources TIC dont elles ont besoin. L'auto-administration des autorités judiciaires et du Ministère public est régie par les articles 5 et suivant de la LOJM. L'article 6, alinéa 1 LOJM prévoit à cet égard une importante restriction : «Les Directions de l'administration cantonale compétentes sont responsables de mettre à la disposition des autorités judiciaires et du Ministère public (...) les systèmes informatiques et les systèmes de communication dont ils ont besoin, ainsi que de les gérer

toutes les autorités, les autorités judiciaires et le Ministère public ainsi que le Parlement rendent leurs décisions de manière indépendante via les applications spécialisées conçues pour leurs processus (art. 32, al. 2, lit. b).

Les communes et les organisations juridiquement indépendantes chargées d'exécuter des tâches publiques du canton (p. ex. les hautes écoles et les hôpitaux) disposent d'une autonomie organisationnelle constitutionnelle ou légale qui doit être respectée par le législateur. C'est la raison pour laquelle la LAN prévoit le principe de l'utilisation volontaire des services de base. Les organisations indépendantes chargées d'exécuter des tâches publiques sont autorisées à utiliser les services de base sans devoir procéder à un appel d'offres, puisque le canton a déjà effectué cette démarche à leur place³⁷. La suppression de l'obligation de procéder à un appel d'offres, les coûts généralement plus bas résultant des importants volumes d'achat, l'assistance technique professionnelle assurée par le canton et la simplification de la collaboration avec les autres autorités incitera probablement de nombreuses communes ou institutions à miser spontanément sur l'infrastructure cantonale.

Alinéa 2 : Le Conseil-exécutif peut rendre l'utilisation des services de base obligatoire dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs de la LAN, autrement dit par exemple lorsque c'est le seul moyen d'assurer la mise en œuvre d'un processus numérique harmonieux et économique pour toutes les autorités. La législation spéciale prévoit aujourd'hui déjà l'obligation d'utiliser certaines plateformes dans plusieurs domaines, comme la plateforme simap.ch prescrite dans le droit sur les marchés publics pour les appels d'offres publiques ou la plateforme eBau destinée à la procédure d'octroi des permis de construire dans le domaine du bâtiment.

Il est probable qu'il faudra limiter l'utilisation des services de base par les services extérieurs à l'administration cantonale, surtout au début, par exemple parce que les solutions TIC existantes ne sont pas encore équipées des éléments techniques nécessaires pour être utilisées par ces services ou que certaines prestations ne peuvent pas, pour des raisons liées au droit sur les marchés publics, être fournies à des services extérieurs aux autorités cantonales³⁸.

À l'inverse, le recours à des prestations TIC de base s'étend aujourd'hui déjà à des services extérieurs à l'administration cantonale. Le canton met ainsi par exemple à la disposition des communes une version virtuelle du poste de travail cantonal (PTC-BE) pour leur permettre d'accéder à certaines applications cantonales dans le cadre de l'exécution de leurs tâches.

Alinéa 3, lettre a : Le fait de prévoir un délai de transition approprié pour une extension (ou une restriction) de l'obligation ou du droit d'utilisation des services de base va certes de soi, mais il est mentionné ici expressément à des fins de clarté.

Alinéa 3, lettre b : La base légale créée ici fonde une éventuelle prise en charge des coûts résultant d'une extension de l'obligation d'utilisation par le canton. Le canton peut ainsi au cas par cas venir au-devant des désirs des communes éventuellement concernées ou d'autres autorités autonomes, et obtenir ainsi l'approbation politique exigée dans le cadre des options listées à l'alinéa 4.

et de les entretenir.» Selon la législation actuelle déjà, les autorités judiciaires et le Ministère public doivent donc utiliser les ressources TIC de l'administration cantonale. La LAN ne prévoit par conséquent pas d'atteinte à l'auto-administration des autorités judiciaires et du Ministère public qui irait plus loin que la LOJM. Elle assouplit même les dispositions de celle-ci en précisant que, comme tous les offices, les autorités judiciaires et le Ministère public sont autonomes dans le domaine des applications spécialisées et intégrés aux instances de décision de l'administration.

³⁷ Le droit des marchés publics considère les situations dans lesquelles un adjudicateur public achète une prestation à un autre adjudicateur qui ne se trouve pas en concurrence avec des personnes privées comme des « marchés *in-state* » et les exclut de son champ d'application. Pour plus de détails, voir le message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), FF 2017 1695, p. 1751. Pour le canton de Berne, cela doit être codifié avec l'adhésion prévue à la version entièrement révisée de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019), et en particulier à l'art. 10, al. 2, lettre b, AIMP 2019, qui est analogue.

³⁸ Cela concerne aussi bien des prestations pour lesquelles l'appel d'offres n'avait pas encore prévu la possibilité qu'elles soient utilisées par d'autres services administratifs que des prestations de Bedag. Grâce au privilège des marchés (*quasi*) *in-house*, le canton peut, dans certains domaines, acheter à Bedag des prestations sans faire d'appel d'offres, car Bedag lui appartient et travaillera à l'avenir essentiellement pour le canton (voir art. 10, al. 2, lit. d, AIMP 2019). Ces conditions ne s'appliquent cependant pas aux services extérieurs à l'administration cantonale. Il n'est pas possible non plus de se prévaloir du privilège des marchés *in-state* (note 37 ci-dessus) pour acquérir des prestations auprès de Bedag sans faire d'appel d'offres, car Bedag compte aussi des clients privés et se trouve donc en concurrence avec des personnes privées.

La participation éventuelle aux coûts concerne d'une part les coûts supplémentaires qui peuvent résulter de la transition (p. ex. coûts de projet, charges que la transition génère pour les autorités utilisatrices), mais aussi les coûts d'utilisation à proprement parler des services de base dont l'obligation d'utilisation doit être étendue et dont chaque autorité qui les utilise devrait normalement assumer sa part (art. 19). Le canton peut ainsi surtout compenser les coûts supplémentaires qui n'étaient prévus ni au budget ni dans le processus de planification financière des communes.

La participation aux coûts n'est dans tous les cas prévue que pour une durée déterminée, autrement dit pendant une période de transition. Elle ne sert par ailleurs qu'à compenser les coûts supplémentaires effectifs, et non pas à protéger les investissements : elle ne vise donc pas à compenser des dépenses antérieures des communes pour des systèmes qui ne seront plus utilisés du fait de l'extension de l'obligation d'utilisation. Et ce parce qu'il faudra garantir, dans le cadre des organes communs, que la planification de la mise en place des services de base cantonaux soit définie le plus longtemps possible à l'avance pour permettre aux communes d'en tenir compte dans leurs décisions d'investissement.

Alinéa 4: Une extension de l'obligation d'utilisation peut avoir des conséquences considérables pour les communes au sens de l'article 22. Il se peut par exemple qu'elles doivent adapter leurs logiciels ou leurs processus, ou bien qu'elles doivent assumer les coûts d'utilisation supplémentaires conformément à l'article 19. L'alinéa 4 restreint donc à nouveau, en complément aux règles sur la participation des communes de l'article 22, la compétence d'étendre l'obligation d'utilisation déléguée au Conseil-exécutif à l'alinéa 2. Celui-ci ne peut faire usage de cette compétence que si au moins une des conditions énumérées aux lettres a et b est remplie.

Lorsqu'il se trouve dans un cas où cet article s'applique (p. ex l'extension de l'obligation d'utilisation du logiciel cantonal de dépouillement des suffrages lors des votations populaires), le canton dispose ainsi de différentes possibilités pour conférer la légitimité nécessaire à sa décision. C'est au canton de choisir la voie qu'il souhaite emprunter : si l'une est fermée, il lui reste les autres.

- *La lettre a* mentionne à titre déclaratoire les cas où l'uniformisation des processus numériques ne se fonde pas sur la LAN:
 - Soit le canton lance dès le départ une révision de la loi pertinente (p. ex. de la loi sur les droits politiques) dans laquelle il règle aussi cette question. Dans ce cas, c'est le Grand Conseil qui tranche la question.
 - Soit la Confédération (ou un concordat) prescrit au canton d'utiliser un logiciel déterminé, par exemple dans le domaine du vote électronique. Dans ce cas, l'obligation correspondante des communes découle aussi directement du droit supérieur.
- *La lettre b* vise les cas où le canton règle l'uniformisation des processus numériques dans la LAN en qualifiant le logiciel concerné de service de base et en étendant aux communes l'obligation de l'utiliser. Il lui faut dans ce cas l'approbation du Grand Conseil (ch. 1), d'un syndicat de communes disposant d'une légitimation politique suffisante (ch. 2), ou de la majorité des communes concernées (ch. 3).
- *Chiffre 1:* Le Conseil-exécutif peut saisir le Grand Conseil d'un arrêté non soumis à la votation facultative. Cette façon de procéder convient lorsqu'il s'avère impossible de trouver une entente avec les communes ou leur syndicat (ch. 2 et 3) et soit qu'il ne reste plus assez de temps pour une procédure législative, soit que l'affaire ne soit pas assez importante pour justifier la durée et les charges de celle-ci.

- *Chiffre 2:* Dans les cas où toutes les communes bernoises sont concernées, il convient de rechercher dans un premier temps un accord au niveau des syndicats de communes, puisque les syndicats et groupements d'intérêts de communes sont déjà impliqués dans le processus de préparation des affaires conformément à l'article 22. Pour garantir la légitimité politique et la représentativité du syndicat de communes dont l'approbation est recherchée, celui-ci doit remplir les conditions précisées au chiffre 2, ce qui n'est actuellement valable que pour l'Association des Communes Bernoises (ACB).
- *Chiffre 3:* On peut aussi penser à des processus ou des services de base ne concernant qu'une partie des communes, par exemple seulement les villes, ou seulement les communes du Jura bernois. Il suffit dans ce cas que le canton obtienne l'approbation expresse de la majorité des communes concernées, soit dans le cadre de la procédure de participation prévue à l'article 22, soit en contactant séparément les communes.

Alinéa 6 : Cette réserve répond à une demande que le Bureau du Grand Conseil a exprimée dans la procédure de consultation. Le Grand Conseil peut ainsi s'exonérer lui-même de l'obligation d'utilisation qui s'applique à toutes les autres autorités s'il considère que cela s'impose du point de vue politique.

Article 18

Les services de base comprendront certainement les prestations prévues à l'alinéa 1, lettres c à e. Le portail mentionné à la lettre c existe déjà sous la forme du portail BE-Login (www.be.ch/login). Les autres fonctions sont incluses dans des projets en cours. Ainsi par exemple l'OIO élabore-t-il actuellement une boîte aux lettres électronique pour la sécurité des échanges de documents entre des particuliers et des autorités (lit. e). Celle-ci n'est pas encore la plateforme nationale pour la communication électronique des écrits aux autorités prévue dans l'avant-projet de la LPCJ, mais elle peut être utilisée à titre de solution intermédiaire jusqu'à ce que ladite plateforme nationale soit disponible et puisse alors être déclarée comme appartenant aux services de base. Dans le cadre d'une gestion des données cantonale et pour mettre en œuvre le principe de la « saisie unique », des fichiers – principalement des fichiers centralisés conformément à la LFDP – feront sans doute aussi partie des services de base (lit. b).

Pour le reste, il convient de laisser l'étendue exacte des services de base dans le flou et d'en confier la délimitation au Conseil-exécutif, car elle résultera pour l'essentiel de la mise en œuvre et du développement de la SAN, et bien entendu aussi des discussions avec les communes et les organisations indépendantes chargées de tâches publiques (art. 20 ss). On peut ainsi envisager que certains éléments de la fourniture des prestations TIC de base jusqu'ici utilisés uniquement par les autorités cantonales (p. ex. le poste de travail cantonal PTC ou le réseau BE-Net) puissent à l'avenir être utilisés de manière plus globale encore par les communes et les organisations indépendantes accomplissant des tâches publiques. Aujourd'hui, cette extension n'est que ponctuelle et se limite aux domaines dans lesquels les communes collaborent avec le canton. Avec les progrès de la numérisation, ces domaines devraient vraisemblablement grandir rapidement.

Pour définir les services de base, le Conseil-exécutif doit se fonder sur les tâches et donc sur les besoins des autorités. Ceux-ci sont recensés via les organes de collaboration (art. 21, al. 2). Mais cela ne veut pas dire pour autant que chaque désir particulier de chaque autorité peut être pris en compte. Cela générerait l'uniformisation des TIC cantonales que le Grand Conseil réclame régulièrement et ferait fortement augmenter les prix.

Les ordonnances ou les directives des services compétents devront préciser les fonctions et le déroulement de ces prestations et notamment clarifier les fonctions exactes des « boîtes aux lettres électroniques » visées à la lettre d ou les moyens de paiement pouvant être utilisés pour payer les prestations étatiques par voie électronique.

Article 19

Les coûts de l'élaboration et de l'exploitation des services de base sont en principe répartis selon le principe de causalité (al. 1). La répartition des coûts au sein du canton passera toujours par la facturation interne des coûts de la fourniture des prestations de base. L'article 19 concerne la prise en charge des coûts dans le rapport entre autorités dotées de la personnalité juridique, par exemple la répartition des coûts entre communes ou établissements. Elle est nécessaire dans l'intérêt de la réalité des coûts, mais doit être mise en œuvre de la façon la plus simple et la moins bureaucratique possible.

Suivant la conception des différents services, les unités qui les utilisent reçoivent la facture soit du canton soit directement du fournisseur privé (p. ex. l'opérateur du réseau), sur mandat du canton. Les coûts des prestations de tiers (p. ex. licence pour un logiciel ou prix d'un service) sont en tous les cas facturés selon ce modèle. Aujourd'hui déjà, les frais internes, à savoir le temps de travail du personnel du canton, ne sont pas refacturés au sein des autorités cantonales. Si la situation venait à changer, ces coûts devraient aussi être imputés aux services extérieurs à l'administration cantonale.

Le Conseil-exécutif devra régler les détails de cette procédure. Afin d'éviter la facturation administrative fastidieuse de petits montants, il peut définir un montant minimal à partir duquel les coûts sont facturés (al. 2). Toute réglementation contraire définie dans la législation spéciale au niveau d'une loi ou d'une ordonnance demeure réservée (al. 3), comme par exemple l'article 97, alinéa 3 LGC,³⁹ en vertu duquel les prestations fournies par l'administration au Grand Conseil (art. 133 RGC)⁴⁰ ne sont pas facturées.

7.4 Collaboration

Article 20

Alinéa 1 : L'obligation de collaboration des autorités figurant dans le programme reflète l'attente du législateur de voir les autorités entreprendre, à tous les niveaux, tous les efforts proportionnés nécessaires pour élaborer et utiliser ensemble les solutions TIC. Cette mesure permet d'une part de mettre à la disposition des utilisateurs des solutions numériques continues, et d'autre part d'éviter le développement onéreux ou l'exploitation coûteuse en ressources humaines et financières de plusieurs logiciels distincts proposant des fonctions comparables. Dans la mesure où ils sont nécessaires à la réalisation de la collaboration, ces principes l'emportent sur l'autonomie des autorités. La collaboration et l'implication des autorités concernées, y compris du Grand Conseil, des autorités judiciaires et du Ministère public, de l'administration cantonale et des communes, se font via les organes conformément à l'article 21.

Alinéa 2 : La loi oblige aussi le canton à collaborer avec les autres cantons et avec la Confédération. Avant de pouvoir commander le développement d'une nouvelle application spécialisée ou d'une solution s'inscrivant dans la fourniture de prestations de base, par exemple, le canton doit au moins vérifier qu'aucun autre canton ne possède déjà un logiciel similaire auquel il pourrait participer. Les arguments selon lesquels les exigences ou le calendrier ne coïncident pas, souvent invoqués par les responsables pour justifier leur volonté de ne pas collaborer dans ce contexte, doivent être examinés avec circonspection. Si nécessaire, il faudra faire des concessions sur la fonctionnalité souhaitée ou modifier le droit d'ordonnance pour permettre la collaboration recherchée et assurer un accomplissement plus économique des tâches légales.

L'implication précoce des organes de surveillance concernés (comme le Bureau pour la surveillance de la protection des données ou le Contrôle des finances) vise d'une part à éviter qu'une collaboration échoue au dernier moment en raison d'une objection juridique ou politique émise par une autorité de surveillance, et d'autre part à anticiper les questions relatives à la sécurité et la protection des données. Les organes responsables respectivement de la surveillance ou de la haute surveillance parlementaire ne

³⁹ Loi du 04.06.2013 sur le Grand Conseil (LGC), RSB 151.21

⁴⁰ Règlement du Grand Conseil du 04.06.2013 (RGC), RSB 151.211

font pas partie des organes de surveillance à impliquer. Ils n'interviennent en effet qu'exceptionnellement en parallèle et ce n'est pas à eux, organe de milice, qu'il incombe de découvrir en temps utile d'éventuels problèmes de sécurité et de protection des données.

Alinéa 3: L'acquisition et l'utilisation communes de ressources TIC peut aussi inclure la délégation de tâches d'acquisition ou d'exploitation à une organisation de collaboration des autorités comme eOperations ou la future nouvelle organisation nationale « Administration numérique suisse » (voir ci-dessus ch. 2.1.5 et ci-dessous art. 23), comme le Conseil fédéral entend régler cela de manière exhaustive dans la LMETA (voir ci-dessus ch. 5.1).

Alinéa 4 : Cet alinéa établit clairement que l'utilisation commune de ressources TIC (p. ex. un serveur) ne signifie pas pour autant que les autorités peuvent aisément accéder aux données traitées avec ces mêmes outils par d'autres parties prenantes. La communication de ce type de données est soumise aux conditions définies à l'article 10 LSIE.

Article 21

En sa qualité d'autorité de direction et d'exécution suprême du canton, le Conseil-exécutif assume la responsabilité globale de la numérisation de l'administration. Vu les connaissances techniques et le temps nécessaires à cette fin, il ne peut cependant pas en régler lui-même tous les détails. C'est la raison pour laquelle il va devoir déléguer une bonne partie des compétences de conduite technique et se concentrer sur la prise de décisions stratégiques, comme la définition des stratégies relatives aux TIC et à la numérisation et la validation de projets de mise en œuvre importants (art. 13).

Or, les compétences requises pour la conduite technique des TIC dans le quotidien de l'administration ne peuvent que partiellement être confiées aux différentes autorités spécialisées comme l'Office d'informatique et d'organisation (OIO) et la Chancellerie d'État. En effet, la numérisation concerne les processus d'affaires de toutes les autorités et doit donc être conçue dans une perspective globale qui tienne compte non seulement des aspects techniques mais aussi, et surtout, des champs d'activité spécifiques. Aussi l'entrée en vigueur de l'OTIC en 2018 s'est-elle accompagnée de la mise en place d'organes administratifs, à savoir le comité stratégique TIC et le comité opérationnel TIC (CST/COT) dans lesquels toutes les DIR/CHA/JUS sont représentées, chargés d'assurer le pilotage de l'utilisation des TIC au quotidien. La SAN prévoyant l'institution d'autres organes de ce type (voir ch. 2.1.2 ci-dessus), une base légale formelle est expressément créée à cette fin.

Comme indiqué ci-dessus (ch. 3.1), l'organisation liée à l'élaboration de la numérisation n'est pas encore définitive mais devra régulièrement être adaptée à la situation, en fonction de l'avancement des projets de mise en œuvre, de l'intensification de la collaboration entre les autorités et des efforts d'intégration nationaux. C'est ce qui explique pourquoi elle doit être réglée dans le droit d'ordonnance.

Afin de garantir le respect de l'autonomie des autorités de justice et du Grand Conseil en matière d'organisation, celles-ci doivent être représentées de manière appropriée dans les organes prenant des décisions les concernant (al. 3) ; elles décident elles-mêmes de l'étendue de leur participation, au vu de leur indépendance et de leur autoadministration. Les autorités judiciaires et le Ministère public siègent aujourd'hui déjà dans le CST et le COT. Font partie de l'(auto-)administration de la justice au sens strict les ressources TIC qui sont en relation immédiate avec les poursuites pénales et l'activité juridictionnelle⁴¹, autrement dit les applications spécialisées de la justice, comme le logiciel de gestion d'affaires Tribuna ou le logiciel NeVo pour les processus de travail dans le domaine des poursuites pénales. Conformément à l'article 32, les autorités judiciaires restent de toute façon compétentes pour utiliser ce genre d'applications spécialisées. Leur implication dans le reste de l'organisation TIC de l'administration, comme par exemple leur obligation d'utiliser les services de base et la fourniture des prestations TIC de

⁴¹ Andreas Lienhard / Daniel Kettiger, Die Selbstverwaltung der Gerichte, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2013/3, p. 6

base, est en revanche compatible avec le principe de l'auto-administration de la justice (voir aussi les remarques concernant les art. 17 et 32).

Outre les autorités judiciaires et le Ministère public ainsi que le Grand Conseil, les autorités dont l'autonomie ou l'indépendance prescrite par la constitution ou par la loi doit être prise en considération sont toutes les autorités qui ne sont pas hiérarchiquement soumises au Conseil-exécutif, autrement dit qui n'appartiennent pas à l'administration centrale ou décentralisée pilotée par le Conseil-exécutif. Il s'agit là des communes ou des établissements et des organisations de droit privé chargées de tâches publiques. Si ces autorités estiment que l'administration ou les organes mis en place par le Conseil-exécutif ne tiennent pas suffisamment compte de leur statut particulier, elles sont bien entendu libres de porter leurs requêtes devant le Conseil-exécutif et d'obtenir, par ce passage à un niveau supérieur, un éclaircissement au plan politique.

Article 22

L'Association des communes bernoises (ACB, www.begem.ch) représente les intérêts des communes du canton. Lors de la préparation de cette loi, elle a fait valoir que l'acte ne devait pas conférer au Conseil-exécutif ou à l'administration cantonale des compétences leur permettant de s'immiscer exagérément dans l'organisation autonome des communes. De l'avis des communes, des problèmes de protection des investissements, de charges de mise en œuvre et d'organisation interne pourraient par exemple se poser si le canton leur ordonne d'utiliser un nouveau logiciel (qui plus est payant) pour accomplir une certaine tâche, alors qu'elles ont déjà acheté et introduit leurs propres solutions à cet effet. Néanmoins, dans l'hypothèse où le canton considérerait qu'il existe de bonnes raisons d'introduire une solution centralisée dans un cas particulier, il est important pour les communes d'avoir la possibilité d'influer efficacement sur la décision y relative. Dans le cadre de la procédure de consultation, de nombreuses communes ont à nouveau souligné l'importance de l'implication et de la participation des communes, en particulier aussi des villes et des autres grandes communes.

Une représentation de l'ACB a été progressivement associée à l'élaboration de la formule prévue, qui indique les principes que doit respecter la collaboration entre le canton et les communes pour assurer le respect des intérêts des deux niveaux de l'État :

- En vertu de l'alinéa 1, le canton est tenu d'impliquer de manière appropriée les communes ou leurs représentants dans la préparation de toutes les décisions qui ont des incidences considérables pour les communes. Cela se rattache à la disposition de l'article 5, alinéa 1, lettre d, OPC⁴², selon laquelle une procédure de consultation doit être organisée sur les projets d'actes législatifs « qui ont des incidences considérables pour les communes ». Le caractère considérable des effets sera évalué au cas par cas, en accord avec les représentants des communes. Les éléments déterminants à cet égard pourraient être le montant des coûts additionnels imposés aux communes ou l'éventuelle atteinte à leur autonomie organisationnelle.
- Dans ce contexte, les interlocuteurs du canton conformément à l'alinéa 2 sont l'ACB ou les associations spécialisées de communes concernées par le cas d'espèce (Cadres des communes bernoises, CCB ; Association Bernoise des Agents AVS, ABAA ; Association bernoise des intendants des impôts, VBSS). La disposition mentionne aussi particulièrement une représentation des grandes communes⁴³, car du fait de leurs nombreux et importants projets de numérisation de décisions cantonales, celles-ci sont souvent touchées différemment et davantage que les autres communes. L'implication de ces interlocuteurs dans le processus décisionnel peut se concrétiser par exemple sous la forme d'une participation à l'organisation d'un projet, d'un siège avec voix consultative dans un or-

⁴² Ordonnance du 26 juin 1996 sur les procédures de consultation et de corapport, RSB 152.025

⁴³ Fin 2019, les 17 communes suivantes comptaient plus de 10 000 habitants : Berne, Bienne, Thoun, Köniz, Ostermundigen, Berthoud, Steffisburg, Langenthal, Lyss, Muri bei Bern, Münsingen, Spiez, Belp, Worb, Ittigen, Zollikofen et Münchenbuchsee. (source : OACOT, consulté en octobre 2020).

gane cantonal ou d'une prise de position dans la perspective d'une éventuelle procédure de consultation. L'idéal à ce niveau serait de trouver une solution pouvant être défendue par tous les groupes d'intérêts.

- Dans la procédure de consultation, plusieurs communes ont expliqué ne pas avoir jusqu'à présent toujours été consultées dans la mesure prescrite par l'OPC sur des projets de numérisation du canton importants pour elles. L'alinéa 3 précise par conséquent que les représentations des communes et les grandes communes sont toujours expressément invitées à prendre position dans des procédures de consultation et des consultations sur des ordonnances et des décisions selon l'alinéa 1.
- En outre, les communes conservent naturellement la possibilité de déposer une motion par l'intermédiaire des membres du Grand Conseil qui assument également une responsabilité au niveau communal, et, ainsi, d'obliger le Conseil-exécutif à suivre une certaine voie politique.

Cette approche innovante permet de s'en tenir au principe de la loi-cadre, avec des délégations de compétences relativement étendues, sans qu'il soit nécessaire de régler dans une loi formelle toutes les questions – complexes et chronophages – concernant aussi les communes. Les communes gardent ainsi la possibilité d'exercer une influence politique sans que cela réduise pour autant la flexibilité nécessaire au développement de la numérisation.

Article 23

Alinéa 1 : Dans la perspective d'une collaboration à long terme entre différentes collectivités publiques dans le domaine des TIC et de la numérisation, il est apparu judicieux de constituer des entités juridiques propres, souvent sous la forme d'associations ou de sociétés anonymes. Ces entreprises peuvent engager du personnel spécialisé ou octroyer des mandats pour toutes les collectivités participantes, notamment dans le but de développer et d'assurer la maintenance d'une application commune, de faire des achats ou d'exploiter ensemble des infrastructures. À titre d'exemples d'une telle collaboration, citons la Conférence suisse sur l'informatique CSI, sa filiale eOperations SA ou les associations simap.ch et GERES-Community. La LAN confère à cette pratique une base légale expresse. Ces entreprises peuvent aussi s'inscrire dans le cadre de l'organisation de la collaboration à la numérisation (art. 21).

La compétence pour initier et exercer cette participation repose sur la compétence à raison de la matière des autorités concernées, sous réserve de la compétence relative aux dépenses. Un office chargé d'une application spécialisée dans son champ d'activité (art. 32) peut par exemple créer une association destinée à développer cette application avec les offices spécialisés d'autres cantons. Si l'autorité compétente n'a pas elle-même la personnalité juridique, elle agit en tant qu'organe de la collectivité publique concernée. Un office, par exemple, participerait à une association au nom du canton et agissant pour lui.

Du fait que leur but soutient les tâches des autorités, les entreprises auxquelles se réfère l'article 23 sont elles-mêmes ainsi chargées de tâches publiques du canton ou des communes, ce qui fait d'elles des autorités au sens de l'article 4, alinéa 1, lettre a, pour autant qu'elles ne le soient pas déjà. Comme les autres autorités cantonales, elles sont donc soumises à la législation sur la protection des données (art. 2, al. 6, lit. b LCPD), à celle sur les marchés publics (art. 4, al. 1 et art. 4, al. 4, lit. a AIMP 2019⁴⁴), au principe de la publicité (art. 2, al. 2., lit. c Lin⁴⁵) ainsi qu'à la surveillance du Conseil-exécutif et à la haute surveillance du Grand Conseil. Elles sont souvent soumises en même temps à la législation correspondante de plusieurs cantons ou de la Confédération, ce qui peut parfois s'avérer problématique. Pour ne pas gêner la collaboration, il est donc nécessaire d'appliquer les dispositions en question dans un esprit pragmatique et coordonné.

⁴⁴ Voir note de bas de page n° 37.

⁴⁵ Loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public (loi sur l'information), RSB 107.1

Alinéa 2 : Dans la perspective de la constitution économique, toute activité commerciale exercée par l'État sur le marché en concurrence avec des acteurs de l'économie privée nécessiterait une base légale formelle expresse. La société publique Bedag par exemple dispose à cet égard de la loi sur la Bedag (LBI)⁴⁶. Tel n'est cependant pas le but de la collaboration qui doit être réglementée ici. Cette collaboration se limite en effet à la gestion des besoins, autrement dit aux prestations que l'État nécessite pour accomplir ses tâches et qu'il fournit lui-même ou achète par le biais de ces entreprises de collaboration. C'est ce que définit l'alinéa 2.

Pour garantir que les activités de l'entreprise à laquelle participent les autorités servent à accomplir ses tâches et non pas à des fins commerciales, les organismes chargés de tâches publiques doivent exercer un contrôle sur ces entreprises (c.-à-d. disposer de la majorité des voix et du capital). Ces organismes chargés de tâches publiques peuvent être des collectivités territoriales (Confédération, cantons, communes), ou bien des entreprises publiques ou privées (p. ex. Poste, CFF, BKW, hautes écoles publiques).

Article 24

On peut envisager que la collaboration avec d'autres collectivités publiques devienne trop étendue pour pouvoir être couverte par les instruments du droit privé des sociétés (art. 22) et nécessite un texte législatif de droit public édicté sous la forme d'un accord intercantonal. Une telle situation peut notamment se présenter lorsqu'il faut établir des règles communes en matière de traitement des données ou d'obligation de participation des autorités concernées ou que l'on envisage la fondation d'une entité juridique de droit public (comme une institution intercantonale). La variante 3 du rapport final de la CdC et de la Confédération (ch. 2.1.5 ci-dessus) prévoit la création de ce type d'autorité à l'échelle de la Suisse pour la collaboration à la numérisation.

L'article 24 indique que la conclusion des accords correspondants relève fondamentalement de la compétence du Conseil-exécutif (art. 74, al. 2, lit. b, et art. 88, al. 4, ConstC). Cette disposition se justifie par le fait que, comme exposé ci-dessus, il s'agit de tâches de nature exécutive. Une décision du Grand Conseil demeure notamment indispensable lorsque les accords contiennent des dispositions législatives soumises à la réserve de la loi (art. 69, al. 4, ConstC) et ne sont donc plus d'une importance mineure.

Article 25

Alinéa 1 : Selon le principe de la prééminence de la décision (art. 49 LPJA), appliquée de manière particulièrement stricte dans le droit constitutionnel bernois, les autorités doivent régler les rapports juridiques de droit public en rendant des décisions, à moins que la loi n'y déroge expressément. Même les formes triviales d'utilisation de l'infrastructure numérique de l'État (connexion, identification, paiement, tâche ou consultation de documents) peuvent être liées à des obligations annexes (p. ex. le respect de délais de paiement, l'exclusion de certains moyens de paiement), dont le règlement dans une loi ou une ordonnance serait disproportionné et inflexible. Il en va de même pour de nombreuses formes de collaboration à la numérisation entre autorités, par exemple le raccordement d'une commune au réseau cantonal, qui va de pair avec des charges à respecter en matière de sécurité. En vertu du droit en vigueur, elles doivent ou devraient faire l'objet d'une décision.

Or, la promulgation de décisions est fastidieuse et prend du temps, surtout tant que la procédure administrative n'est pas encore numérisée (voir ch. 3.2.5 ci-dessus). Selon le droit en vigueur, elle requiert, hormis pour les décisions rendues en grand nombre, une signature manuscrite (art. 52, al. 1, lit. g, LPJA) et, le cas échéant une notification par pli recommandé (art. 44 LPJA), ce qui rend l'idée de la numérisation absurde. Même après la numérisation de la procédure administrative, les décisions resteront soumises à des règles de procédure particulières, par exemple en matière de notification, de délais ou de

⁴⁶ Loi du 5 juin 2002 sur la société anonyme Bedag Informatique, RSB 152.031.2

droit d'être entendu. Or, ces règles sont disproportionnées pour des processus d'affaires qui ne comprennent aucun rapport de subordination particulier et sont davantage assimilables à des transactions commerciales (p. ex. le raccordement de fournisseurs TIC au réseau de l'administration cantonale).

Pour les tâches quotidiennes, comme la commande d'un passeport sur la plateforme internet du canton, les utilisateurs ne comprendraient en outre pas s'ils recevaient une décision officielle indiquant les moyens de recours en lien, par exemple, avec les règles d'utilisation de la plateforme. Dans ce type de cas, les utilisateurs ont pris l'habitude, dans leur vie privée, de devoir accepter les conditions générales de la plateforme pour pouvoir l'utiliser. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit désormais dans ces cas de figure la possibilité de conclure un contrat de droit public. Cela pourrait notamment se concrétiser par l'obligation faite aux utilisateurs de confirmer lors de la première utilisation qu'ils acceptent les conditions d'utilisation.

Alinéa 2 : La protection juridique demeure préservée en ce sens que les autorités ne doivent édicter une décision susceptible de recours qu'en cas de différend. Quiconque n'est pas d'accord avec les conditions d'utilisation du service d'accès au réseau BE-Login, par exemple, peut exiger de l'office compétent (OIO) qu'il édicte une décision susceptible de recours. Le cas échéant, l'OIO peut soit modifier les conditions d'utilisation conformément à la requête reçue, s'il estime que la critique est fondée, soit rejeter la demande dans une décision motivée. La personne requérante peut alors attaquer cette décision auprès de la direction compétente (Direction des finances) voire auprès du Tribunal administratif. La double voie de recours, courante dans la procédure administrative, demeure ainsi préservée. Il n'est plus nécessaire d'intenter une action de droit administratif directement auprès du Tribunal administratif, comme le prévoient normalement les contrats de droit public (art. 87, al. 1, lit. b, LPJA).

Article 26

À travers différentes motions⁴⁷, le Grand Conseil a chargé le Conseil-exécutif de promouvoir l'utilisation et la publication de logiciels libres et de données en libre accès au sein de l'administration. Un logiciel libre (*Open-Source-Software*) est un logiciel officiellement mis à disposition en tant que texte source et susceptible d'être consulté, modifié, utilisé et transmis par tous. Une licence de logiciel libre peut être octroyée par altruisme, mais aussi pour réduire la dépendance par rapport aux sociétés de développement. Les données en libre accès (*Open Data*) sont des données qui peuvent être utilisées et transmises par tous, dans n'importe quel but. L'idée est que les données publiques sont une matière première à laquelle la société civile et l'économie doivent pouvoir accéder à des fins de création de valeur.

En réponse à ce mandat, l'OIO propose déjà un Service de publication Open source du logiciel cantonal. La publication de logiciels et de données constituant une tâche étatique à long terme, elle doit être ancrée dans la législation. Cette mesure a déjà été prise pour les logiciels dans l'article 16, alinéa 2, OTIC, et acquiert maintenant une portée générale dans la loi. Cela procure la sécurité juridique à une pratique déjà assez répandue. Elle ne crée pas pour autant la base légale requise pour permettre à l'État de faire développer un logiciel uniquement aux fins de le publier sous une licence libre, par exemple. En effet, la LAN autorise uniquement la réutilisation par le public d'œuvres et de données que l'État doit de toute façon (faire) établir pour pouvoir accomplir ses tâches.

Alinéa 1 : Cette disposition porte sur toutes les formes de contenu libre (*open content*), autrement dit sur les logiciels et les données, qui constituent la plupart des cas d'application, mais aussi sur les textes et les illustrations. Elle comprend ainsi d'une part les documentations relatives aux logiciels et aux données et d'autre part tous les contenus publics dont l'utilisation pourrait représenter un intérêt pour des tiers. La publication en tant que contenu libre garantit également la sécurité du droit aux utilisateurs, lorsqu'il n'a pas été établi clairement si les œuvres publiées par l'État constituent déjà des rapports officiels et donc libres de droit (art. 5, al. 1, lit. c de la loi sur le droit d'auteur, LDA).

⁴⁷ M 237-2016 « Données ouvertes et logiciels libres », M 177-2013 « Exploiter les synergies dans le développement et l'utilisation de logiciels », M 254-2018 « Stratégie de mise à disposition des données publiques (Open Data) ».

Alinéa 2 : Les licences libres classiques, comme la Licence publique générale GNU (*General Public Licence GPL*) ou la licence publique de l'Union européenne (*European Union Public Licence, EUPL*) introduite par l'OIO (car disponible dans les deux langues officielles), présentent les caractéristiques décrites à l'alinéa 2 : elles permettent à tous d'utiliser, de transmettre et de modifier gratuitement leurs contenus et excluent la responsabilité de l'autorité qui les publie. De nombreuses licences prévoient une clause « *copyleft* » selon laquelle les utilisateurs d'un contenu sous licence doivent également publier les modifications apportées audit contenu (« œuvres qui en sont dérivées », par exemple des améliorations du logiciel). Il incombe à l'autorité compétente de déterminer au cas par cas si les clauses *copyleft* sont d'intérêt public. Pour les contenus autres que des logiciels, il existe des licences standard similaires, comme la Creative-Commons-Lizenz.

Cette disposition revêt un caractère facultatif, car les coûts générés par la publication de données en libre accès, en particulier, mais aussi par la publication de logiciels libres, ne sont pas négligeables. Les offres publiques correspondantes doivent donc également dépendre de la demande.

L'*alinéa 3* précise que les publications de contenu libre sont également soumises aux restrictions découlant du reste de la législation. En général, les données personnelles ne peuvent par exemple pas être publiées en libre accès, car dans ce cas, leur publication doit respecter les conditions restrictives définies par la législation applicable en matière de protection de données.

7.5 Protection des données

Article 27

La loi cantonale sur la protection des données (LCPD) date des années 1980 et donc d'une époque à laquelle ni le traitement des données avec des ressources TIC ni l'utilisation d'instruments TIC par plusieurs autorités n'étaient monnaie courante, ce qui explique le fait qu'aujourd'hui sa mise en œuvre soit entachée d'incertitudes ou de problèmes. La plupart d'entre eux sont réglés ici. Les dispositions figurant dans ce paragraphe ont été élaborées en étroite collaboration avec le Bureau pour la surveillance de la protection des données (BPD), qui a également accompagné l'ensemble du processus législatif. Avec les articles 29 et 30, elles répondent aussi à la motion 224-2016, qui demande un assouplissement de la législation sur la protection des données.

Ces dispositions devraient être provisoires. En effet, plusieurs nouveaux textes législatifs relatifs à la protection des données sont entrés en vigueur au niveau européen ces dernières années, notamment le Règlement général sur la protection des données de l'UE RGPD, la Directive UE 2016/680 pour l'espace Schengen, et la Convention 108+ du Conseil de l'Europe. Ces deux derniers textes revêtent un caractère contraignant pour la Suisse et les effets du RGPD se font surtout sentir sur l'économie de notre pays. Raisons pour lesquelles la loi fédérale sur la protection des données (LPD⁴⁸) a subi une révision complète visant à l'adapter aux nouvelles prescriptions européennes. Ces développements accentuent aussi la nécessité de réviser la LCPD. Etant donné que cette révision, que la DIJ est actuellement en train de préparer, n'interviendra au plus tôt qu'au milieu de l'année 2023, les dispositions et les thèmes nécessaires au traitement des données en vertu de la LAN sont déjà réglés dans la LAN, en conformité avec les dispositions de la LPD totalement révisée. Ils seront à nouveau repris et pris en compte lors de la révision de la LCPD.

Article 28

Aujourd'hui, le fait que l'État confie à des tiers (personnes privées ou autres autorités) le traitement de données au moyen de ressources TIC n'est plus l'exception mais la règle. Charger un centre de calcul, par exemple la société étatique Bedag, d'exploiter des applications étatiques s'inscrit également dans

⁴⁸ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1

cette démarche. Le principe de l'externalisation de ce type de tâches d'exploitation est certes prévu dans la Stratégie TIC et l'OTIC, mais, malgré l'implication pratique de cette activité publique, il n'existe à ce jour aucune base légale formelle claire à cet égard. La présente disposition vient combler cette lacune.

Cet article reprend ainsi la disposition fédérale définie à l'article 10a LPD en 2006, y compris les légères modifications prévues en lien avec la révision totale de la LPD⁴⁹. Pour les commentaires, nous renvoyons donc ici au message du Conseil fédéral concernant l'article 8 de la LPD révisée⁵⁰. La seule dérogation par rapport à la nouvelle LPD vise à corriger une probable erreur du législateur : la LPD en vigueur prévoit à l'article 10a, alinéa 2, que le mandant doit en particulier s'assurer que le tiers garantit la sécurité des données. La LAN reprend cette formulation. La nouvelle LPD s'écarte dans l'alinéa correspondant du message, qui déclare que le sous-traitant doit uniquement « être en mesure » de garantir la sécurité des données. Ce libellé va moins loin et ne serait pas approprié : ce qui est déterminant est non pas la sécurité potentielle, mais la sécurité effective.

Article 29

L'article 8 LCPD définit les responsabilités en matière de protection des données. Cette disposition n'indique cependant pas clairement qui, lors de l'utilisation commune de prestations TIC, est responsable de quels aspects de la protection des données, en particulier en ce qui concerne la sécurité de l'information, l'un des aspects de la protection des données au sens de l'article 17 LCPD. Pourtant, ce type de question se pose par exemple en lien avec l'application de groupe PERSISKA, de l'Office du personnel. Bien que cette application soit utilisée par de nombreux autres offices pour gérer le personnel, les données passent par des réseaux et des serveurs mis à disposition par l'OIO dans le cadre de la fourniture de prestations TIC de base (et donc confiés à des tiers, voir art. 28).

La réglementation proposée ici s'appuie sur l'article 21 de la Directive UE 2016/680, selon lequel les organes chargés de déterminer les finalités et les moyens du traitement et donc responsables conjoints du traitement définissent par écrit et de manière transparente leurs obligations respectives. Cette disposition permet de délimiter les responsabilités et de garantir l'absence de lacune en la matière. Font notamment partie de la détermination des finalités et des moyens du traitement les décisions relatives au type et au volume du traitement des données, au matériel et aux logiciels mis en place ainsi qu'aux instructions concernant l'organisation. Concrètement, le processus de mise en œuvre de cette disposition est défini pour les autorités cantonales dans des instructions émises par les autorités compétentes en matière d'organisation TIC.

Dans l'exemple susmentionné, le principal responsable serait l'Office du personnel en tant qu'office spécialisé dans la protection des données, car c'est lui qui met à disposition l'application de groupe et détermine donc pour l'essentiel les finalités et les moyens du traitement. Les autorités qui utilisent PERSISKA pour gérer leur personnel assument toutefois elles aussi leur part de responsabilité dans la manière dont elles gèrent les données de leur personnel et dont elles accordent les droits d'accès correspondants à leurs responsables du personnel. L'Office du personnel sera ainsi notamment tenu d'édicter des dispositions d'utilisation pour définir la responsabilité incombant aux offices utilisateurs en matière de protection des données, par exemple la responsabilité de vérifier régulièrement les droits d'accès. L'OIO, quant à lui, participe au traitement des données en mettant à disposition les moyens techniques nécessaires pour fournir les prestations de base TIC. Il devra dès lors par exemple régler dans ses directives techniques le niveau de protection des données et de sécurité de l'information garanti par ces moyens, de manière à ce que les autorités utilisatrices sachent quelles mesures supplémentaires elles doivent prendre pour atteindre le niveau de protection requis de leur part.

⁴⁹ État de la législation : session d'automne 2019, voir le dépliant du Conseil national.

⁵⁰ FF 2017 6941 p. 6651 s.

Article 30

La protection des données est aussi influencée par le fédéralisme suisse : la Confédération et les cantons ont chacun leur propre loi sur la protection des données, et dans le canton de Berne, chaque commune est dotée de sa propre autorité de surveillance (art. 33 LCPD). Cela peut constituer un obstacle à la collaboration. Si par exemple une plateforme commune aux cantons qui doit également être utilisée par les communes est contrôlée par des dizaines d'autorités de surveillance distinctes sur la base de critères distincts et dans le cadre de processus distincts (voir art. 17a LCPD pour le contrôle préalable des systèmes TIC), les différences et les procédures de recours susceptibles d'en découler risquent de paralyser le projet durant une longue période ou de retenir d'emblée les cantons de collaborer – sans compter le surcoût lié aux nombreux processus de contrôle parallèles.

Cet article a pour but d'éviter autant que possible de telles frictions, sans amoindrir pour autant l'efficacité de la surveillance indépendante de la protection des données. La surveillance est et demeure un moyen indispensable pour garantir l'assurance-qualité des systèmes TIC de l'administration et la protection de la sphère privée des particuliers. Elle constitue ainsi aussi une base importante pour la confiance de la population dans les prestations numériques de l'État.

Alinéa 1 : Les procédures cantonales de contrôle préalable doivent être coordonnées dans le temps et sur le contenu de manière à entraver le moins possible le projet de collaboration. Les autorités de surveillance compétentes doivent avoir des échanges à ce sujet, afin de pouvoir établir dans la mesure du possible un rapport de contrôle commun ou similaire.

Alinéa 2 : Seule l'autorité cantonale de surveillance est compétente pour assurer la surveillance de la protection des données portant sur des projets impliquant l'utilisation de prestations numériques cantonales (comme les services de base), y compris en ce qui concerne le traitement des données par les communes. Elle garantit ainsi une évaluation uniforme et efficace de la situation au niveau cantonal. En l'absence de cette compétence unique, les éventuelles divergences d'opinion entre les autorités de surveillance communales risqueraient de retarder des projets ou d'entraver l'utilisation uniforme et la sécurité des prestations numériques. Cela concerne seulement le traitement de données au moyen des prestations numériques cantonales, à l'exclusion du traitement de données effectué avec d'autres prestations, par exemple avec un logiciel communal.

7.6 Utilisation des ressources TIC

Article 31

Alinéa 1 : Cette disposition stipule qu'il est du devoir de l'État de se procurer et d'exploiter (ou de faire exploiter, voir art. 28) les ressources TIC nécessaires à l'accomplissement de ses autres tâches. Elle crée ainsi une base légale expresse pour les acquisitions et les dépenses requises pour gérer les besoins cantonaux et communaux.

Alinéa 2 : Cet alinéa crée aussi expressément une base légale au sens des articles 5 et 6 LCPD pour les traitements de données personnelles nécessaires à l'utilisation économique, sûre et efficace des ressources TIC. En font notamment partie la mise en place d'une base de données permettant de gérer les utilisateurs, leurs mots de passe et leurs droits d'accès ou l'enregistrement et l'évaluation des données résultant de l'utilisation de l'infrastructure électronique par exemple à des fins de sécurité (ce traitement est réglé plus précisément aux art. 12a ss LPers).

Les données personnelles particulièrement dignes de protection sont mentionnées ici, car il est possible, par exemple, que des données de connexion fournissent des indices sur le comportement ou les caractéristiques personnelles de certains individus. Les photos des utilisateurs, téléchargées par exemple à

titre de photos d'identification dans le logiciel de télécommunication « Skype », sont également des données personnelles particulièrement dignes de protection, car elles permettent de tirer des conclusions sur l'appartenance ethnique des personnes concernées ou sur leur foi, si elles portent des couvre-chefs ou des bijoux à caractère religieux. L'accord susceptible d'être requis peut aussi être tacite et s'exprimer par exemple par le téléchargement d'une photo du type décrit ci-avant. La législation en matière de protection des données et de sécurité de l'information précise que, le cas échéant, l'administration doit prendre des mesures de protection techniques et organisationnelles correspondant au risque concerné (art. 4 ss OPD).

La disposition mentionne aussi particulièrement les données biométriques, c'est-à-dire les données sur les caractéristiques du corps humain, comme les empreintes digitales, les motifs de la rétine ou le visage. Ces données doivent pouvoir être utilisées pour l'authentification, autrement dit pour vérifier si une personne qui se connecte à un système est vraiment celle qu'elle prétend être. Les autorités sont tenues de protéger les données personnelles de tout accès non autorisé en introduisant des mesures de protection qui tiennent compte du développement technique (art. 4, al. 2, lit. d, OPD). Les méthodes d'authentification au moyen d'éléments biométriques font aujourd'hui partie du développement technique ; on les trouve par exemple dans la plupart des téléphones portables récents. Au vu de l'évolution du droit relatif à la protection des données aux niveaux européen et national, il semble indiqué de mentionner explicitement ce type de traitement de données dans la loi, même si les données biométriques ne figurent pas encore dans le catalogue des données particulièrement dignes de protection visées par la LCPD. Les données biométriques doivent naturellement aussi être protégées de manière efficace.

La base légale créée à cet effet comprend uniquement les traitements de données nécessaires *pour* l'utilisation des ressources TIC, à savoir les prestations d'assistance destinées à permettre l'accomplissement numérique de tâches étatiques, réglées dans la LAN. Elle ne couvre pas l'ensemble des traitements de données imaginables pouvant être effectués *avec* les ressources TIC. Pour ce faire, une base légale portant spécifiquement sur la tâche étatique concernée au sens des articles 5 et 6 LCPD demeure indispensable.

Article 32

La disposition résume les résultats du projet IT@BE considérés comme importants pour l'organisation et figurant déjà dans l'OTIC. Pour les commentaires, on peut donc se référer sur le fond au rapport concernant l'OTIC. L'OTIC devra être modifiée au moyen des dispositions d'exécution afin d'en harmoniser la terminologie et, notamment, la définition des responsabilités en matière de protection des données avec celles de la LAN.

« Régler » les applications de groupe (al. 4, lit. b) signifie décider ce qui est considéré comme une application de groupe et doit de ce fait être utilisé par l'ensemble de l'administration. La « compétence » indique par contre quelle autorité achète l'application de groupe, la finance, etc. Le Conseil-exécutif peut dans le cadre de sa réglementation détaillée des compétences (al. 4) prévoir par exemple qu'un certain office est compétent pour une certaine application de groupe si celle-ci concerne les domaines d'activités de plusieurs offices. Par exemple SAP, le système ERP qui touche des tâches de l'Office du personnel, de l'Administration des finances et d'autres offices.

Les applications spécialisées comprennent non seulement des logiciels mais aussi éventuellement du matériel spécial rendu nécessaire par des exigences spécifiques à des tâches. La compétence dont disposent les offices pour acheter leurs applications de groupe et leurs applications spécialisées est concrétisée dans l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics (OOMP) : celle-ci précise que les achats d'applications spécialisées sont réalisés de manière décentralisée par les offices compétents et les Directions et ceux d'applications de groupe en principe de manière centralisée par l'OIO. Une centralisation plus forte des achats pourrait le cas échéant être réglée à cet échelon, mais cela n'est pas prévu actuellement.

L'obligation d'utiliser des ressources TIC comme la solution cantonale de gestion des affaires par les autorités judiciaires et le Ministère public peut soulever la question de l'indépendance des autorités judiciaires et du Ministère public, puisque les autorités exécutives sont parfois parties dans des procédures judiciaires. Il est possible de tenir compte de ce problème en prenant des mesures organisationnelles et techniques, par exemple si les autorités judiciaires administrent elles-mêmes leurs clients (installations) du logiciel de gestion des affaires sans que l'administration y ait accès. Il est aussi possible que des paramètres de sécurité entravent le travail des autorités judiciaires : par exemple le blocage de l'accès à des sites internet à contenu pornographique ou extrémiste, ou le blocage de l'exécution de logiciels non autorisés parce qu'un logiciel spécial est parfois nécessaire à l'évaluation des moyens de preuve. Dans des cas de ce genre, l'administration devra tenir compte – comme elle le faisait déjà – de l'indépendance des autorités judiciaires en prévoyant les exceptions nécessaires ou en recherchant d'autres solutions avec les responsables TIC des autorités judiciaires, pour permettre à celles-ci d'accomplir leurs missions.

Article 33

En principe, la pratique du canton de Berne en matière de législation financière consiste à traiter les dépenses relatives aux TIC comme des nouvelles dépenses. Aussi le Grand Conseil examine-t-il régulièrement des crédits en lien avec la fourniture de prestations de base TIC ainsi qu'avec les applications spécialisées et de groupe. Jusqu'ici, les crédits ont pratiquement toujours été approuvés sans discussion ni opposition.

Si cette pratique peut se justifier dans le domaine des applications spécialisées et de groupe, parce que les nouvelles applications (p. ex. pour le vote électronique) peuvent aussi être liées à des décisions politiques, elle paraît douteuse dans le cas des services de base TIC. Il est peu probable que la nécessité pour l'État de disposer d'un réseau, d'un centre de calcul, de postes de travail équipés de PC et d'imprimantes soit un jour contestée. La marge de manœuvre réside dans les détails, par exemple le type de tablettes ou le nombre d'ordinateurs portables à acheter, pas dans le principe. Par ailleurs, saisir le Grand Conseil ne revêt qu'un faible intérêt politique. Vu la longue phase préparatoire qui précède la saisie du Parlement, les demandes de crédit reflètent l'essentiel du budget, qui est lui aussi soumis à la décision du Grand Conseil.

La délégation au Conseil-exécutif des compétences en matière d'autorisation de dépenses prévue ici pour les dépenses de la fourniture de prestations TIC de base entend décharger le Grand Conseil des dossiers techniques de routine. Elle permet à l'administration de réagir avec plus de souplesse aux développements techniques et organisationnels. Lorsque la séparation entre fourniture de prestations TIC de base et applications de groupe/applications spécialisées s'avère trop fastidieuse, les dépenses pour des composantes de la fourniture de prestations TIC de base peuvent toujours faire l'objet de crédits pour des applications de groupe/applications spécialisées.

La délégation des compétences en matière d'autorisation de dépenses s'appuie sur l'article 69, alinéas 1 et 2 ConstC. Elle est aussi prévue de manière analogue à l'article 80, alinéa 1 LCPPCi⁵¹, à l'article 67, alinéa 5 LEO⁵², à l'article 30, alinéa 4 LMT⁵³ et à l'article 64, alinéa 1 LEM⁵⁴.

⁵¹ Loi cantonale du 19 mars 2014 sur la protection de la population et sur la protection civile, RSB 521.1

⁵² Loi du 19 mars 1992 sur l'école obligatoire, RSB 432.210

⁵³ Loi du 23 juin 2003 sur le marché du travail, RSB 836.11

⁵⁴ Loi du 27 mars 2007 sur les écoles moyennes, RSB 433.12

7.7 Dispositions d'exécution et sous-délégations, dispositions transitoires et dispositions finales

Article 35

Le Conseil-exécutif peut déléguer ses compétences à d'autres organes lorsque la loi l'y habilite (art. 69, al. 3, ConstC). Ces sous-délégations doivent donc être réglées ici. Elles portent sur des compétences de nature plutôt technique et opérationnelle (p. ex. liée à la collaboration avec d'autres collectivités publiques) ou relevant principalement des responsabilités des différentes autorités compétentes visées à l'article 30. La délégation de ces compétences aux organes chargés du pilotage des TIC ou de la numérisation, aux offices spécialisés ou à l'OIO est donc pertinente.

Les autres compétences selon la lettre e concernent par exemple celles dont bénéficient aujourd'hui le COT et le CST conformément à l'OTIC, consistant autrement dit à édicter des instructions internes dans le domaine des TIC et à exercer la gouvernance TIC. Mais cette délégation ne concerne pas la compétence d'édicter des ordonnances. Les organes habilités ne peuvent à cet égard qu'édicter des instructions vis-à-vis d'autres autorités.

7.8 Modifications d'autres actes

Articles 6 et 7 DTDD

Le décret sur les tâches des Directions et de la Chancellerie d'État et sur la désignation des Directions est modifié afin de refléter les tâches qui incombent à la Direction des finances et à la Chancellerie en vertu de la Stratégie TIC et de la Stratégie pour une administration numérique du Conseil-exécutif.

Article 100, alinéa 4, LPers

Plus les processus publics numérisés sont nombreux, plus le risque de dommages liés à des pannes techniques est grand pour les utilisateurs. Si par exemple une plateforme étatique de transmission de requêtes liées à des procédures administratives tombe en panne et que des parties manquent un délai légal à cause de cette avarie, il existe un risque qu'elles tentent de faire valoir le dommage (susceptible d'être très important) qui en résulte au motif de la responsabilité étatique visée à l'article 100 de la loi sur le personnel (LPers).

Or, dans la pratique, l'État ne peut pas répercuter ce risque sur les entreprises qui exploitent les systèmes techniques en son nom, car elles rejettent fondamentalement toute responsabilité pour les dommages indirects ou consécutifs à son activité en raison de l'étendue potentiellement considérable et difficile à estimer desdits dommages. Les conditions générales établies à l'échelle nationale par la Conférence suisse sur l'informatique pour tous les mandats publics TIC (CG CSI) limitent en outre en outre à un million de francs la responsabilité en cas de négligence légère⁵⁵.

Il est juste que l'État laisse aux utilisateurs le soin d'assumer les risques liés à une avarie dans la mesure où celle-ci ne résulte pas d'un acte illicite (voir ci-après). En effet, les utilisateurs peuvent généralement s'organiser de manière à éviter les dommages en cas de panne temporaire, par exemple en prévoyant une marge suffisante en termes d'échéance. D'où la pertinence d'exclure de la responsabilité de l'État les pannes de solutions TIC lui appartenant. La responsabilité de l'État demeure par contre inchangée en cas de perte ou de falsification de données, par exemple. De son côté, l'État est tenu de garantir autant que possible que les pannes n'aient pas de conséquences négatives pour les utilisateurs. Le cas échéant, le projet de législation fédérale concernant la correspondance juridique électronique prévoit la prolongation automatique des délais. Il en est de même dans le projet de modification de la LPJA (ch. 3.2.5 ci-dessus).

⁵⁵ Ch. 17 de l'édition 2015 des CG de la CSI, <https://sik.swiss/fr/service/cg-de-la-csi/f>.

Cette restriction est conforme à la Constitution. L'article 71 ConstC ne prescrit une responsabilité de l'État qu'en cas de dommage causé par une activité « illicite » de sa part et laisse au législateur le soin de régler les autres cas de responsabilité. Une activité illicite de l'État par le biais d'une panne du système TIC ne pourrait être qu'exceptionnelle⁵⁶. Le législateur peut donc limiter la responsabilité dans les autres cas. Il est contraint de le faire ici, car l'article 100 LPers va au-delà du minimum prescrit par l'article 71 ConstC et prévoit également, aux alinéas 2 et 3, la responsabilité de l'État pour des actes licites dans des cas particuliers (principalement pour des raisons d'équité).

La restriction correspond également à la pratique législative relative à l'article 146 de la Constitution fédérale (Cst.) dont la teneur est identique sur le fond. Ainsi, par exemple, l'article 19, alinéa 2, de la loi sur la FINMA⁵⁷ limite la responsabilité de la FINMA ; de même un règlement du Tribunal fédéral exclut toute responsabilité en cas de panne de sa plateforme de messagerie⁵⁸. La loi genevoise sur l'administration en ligne exclut elle aussi toute responsabilité en cas d'avarie⁵⁹.

Pour ces motifs, le nouvel article 100, alinéa 4, LPers limite la responsabilité de l'État en cas d'avarie de prestations TIC aux pannes illicites. Comme exposé ci-dessus, il est peu probable que de telles pannes se produisent.

8. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

Le texte de la LAN met en œuvre le programme gouvernemental de législature (voir ch. 2.1.3 ci-dessus).

9. Conséquences financières

La loi en soi n'a pas d'incidences financières importantes pour le canton, car elle sert uniquement de cadre aux projets de mise en œuvre. Ces projets devront être formulés et priorisés un par un, conformément à la SAN et à la stratégie TIC. À travers le budget et les autorisations de dépenses, le Grand Conseil pourra également assurer le pilotage financier de la mise en œuvre.

Selon la planification financière, les dépenses TIC du canton devraient rester similaires au montant actuel, à savoir environ CHF 200 millions par an au cours de ces prochaines années. À noter que ces prévisions sont de plus en plus difficiles à respecter à moyen terme en raison de l'accélération de la numérisation liée d'une part, à la LAN et à ses projets de mise en œuvre, et, d'autre part, à l'évolution de l'économie et de la société. On peut donc raisonnablement supposer que les dépenses TIC auront tendance à augmenter à moyen terme. L'une des tâches centrales du Conseil-exécutif et des organes de pilotage des TIC et de la numérisation consistera dans la mesure du possible à contrer cette tendance en utilisant les instruments de la LAN – centralisation et standardisation des prestations, remplacement des supports papier par des processus purement électroniques – pour si possible réaliser des économies et ainsi compenser au maximum les coûts de la numérisation. En fin de compte la numérisation devrait ce-

⁵⁶ Pour plus de précisions concernant le terme d'illicéité, voir Gross Jost/Jaag Tobias/Hänni Julia, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastrorardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2008, art. 146 N ss. Les auteurs déclarent en substance : dans le droit de la responsabilité publique, tout comme dans le droit de la responsabilité privée, un acte est illicite soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu de la personne lésée (intégrité corporelle, vie, liberté, personnalité, propriété et possession), sans aucune justification (illicéité de résultat), soit parce qu'il provoque un pur préjudice patrimonial en enfreignant une norme de protection du bien juridique atteint (illicéité de comportement). En cas d'avarie d'un système TIC étatique, il est difficile d'envisager une illicéité de résultat causale adéquate (op. cit., N 29), hormis, peut-être, si la panne touche un système utilisé par la police ou une alarme destinée à prévenir d'un danger environnemental. On ne connaît aucune norme de droit supérieur prescrivant une exploitation sans faille des systèmes TIC et dont la violation créerait par conséquent une illicéité de comportement. De telles normes ne peuvent toutefois pas être exclues, surtout pas dans une perspective future.

⁵⁷ Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), RS 956.1

⁵⁸ Règlement du Tribunal fédéral sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes (RCETF), RS 173.110.29, art. 6

⁵⁹ Loi sur l'administration en ligne (LAeL), B 4 23, art. 15 par. 3 : « L'Etat ne garantit pas un accès continu aux services en ligne. L'accès pourra ainsi être suspendu, notamment – mais pas exclusivement – en cas d'avarie technique, d'acte de malveillance, d'opérations de maintenance ou de tout autre cas de force majeure. »

pendant entraîner des charges supplémentaires, au moins tant que le remplacement des processus parallèles sur papier n'a pas eu lieu ou n'est pas encore achevé. Le but premier de la LAN n'est donc pas de faire des économies.

Selon toute attente, la mise en œuvre de la motion 277-2018, qui exige que les données soient conservées en Suisse (art. 12, al. 3, LAN), devrait entraîner une majoration impossible à chiffrer mais vraisemblablement élevée des prix des prestations TIC. Les prestations en nuage de grands fournisseurs internationaux comme Google, Amazon ou Microsoft, dont l'utilisation sera le cas échéant interdite aux communes et au canton, peuvent en effet être considérablement meilleur marché que les prestations fournies dans des centres de calcul de relativement petite taille en Suisse.

10. Conséquences pour le personnel et pour l'organisation

La LAN ne déploie pas de conséquences importantes pour le personnel du canton. Au sein de la CHA, la mise en œuvre de la SAN s'est déjà traduite en 2019 par la création d'un Secrétariat à l'administration numérique. Pour le reste, la loi sera concrétisée au moyen des ressources humaines existantes.

Les projets de mise en œuvre axés sur la réalisation de la numérisation sont par contre tout à fait susceptibles d'avoir des conséquences pour l'effectif du personnel cantonal. D'un côté, une partie des postes pourra être supprimée là où la réalisation numérisée des tâches permettra de renforcer l'automatisation ou d'accomplir le travail plus simplement, de l'autre, le canton aura de manière générale besoin de plus de spécialistes TIC pour gérer la numérisation. Les besoins devront être évalués et prouvés dans le cadre des différents projets.

La numérisation a naturellement aussi des répercussions organisationnelles considérables sur les processus d'affaires de l'administration, comme l'indiquent déjà les commentaires des différentes dispositions ci-dessus.

11. Conséquences pour les communes

Le cadre légal créé par la LAN pour faciliter la numérisation des processus et prestations concerne aussi les communes, puisqu'il leur permettra de profiter de l'infrastructure TIC sûre et comparativement meilleur marché du canton dès que celle-ci aura été mise en place et aménagée pour répondre aux besoins communaux.

Si les communes sont limitées dans leur autonomie par les plateformes, normes et processus cantonaux, intercantonaux ou fédéraux auxquels elles sont contraintes d'adhérer pour permettre le bon déroulement de processus concernant toutes les autorités, elles ont la possibilité de participer à l'élaboration des décisions prises à ce sujet au niveau cantonal en siégeant dans les organes communs qui devront être créés (voir ci-dessus commentaire des art. 20 ss).

12. Conséquences pour l'économie

La LAN crée le cadre requis pour la numérisation progressive de l'administration publique du canton de Berne. Elle permet et facilite ainsi la mise sur pied d'offres numériques de l'État destinées à accroître l'attrait de la place économique et de l'espace de vie du canton et de répondre aux besoins de la population, de l'économie et de l'administration. Les conséquences concrètes pour l'économie et d'autres domaines dépendront cependant du type et de la date de réalisation des projets de mise en œuvre.

13. Résultat de la procédure de consultation

Dans la procédure de consultation, les éléments essentiels de la LAN ont fondamentalement suscité une large approbation : la primauté du numérique, le principe de la « saisie unique », la mise en place de services de base cantonaux, la répartition des coûts en fonction de l'utilisation, l'accent mis sur la coopération interfédérale, la réglementation des offres publiques de logiciels libres et de libre accès aux données, ainsi que la structure de loi-cadre. Personne n'a rejeté cette loi, mais les prises de position ont insisté sur différents points :

- L'**UDC** adhère à l'orientation générale de la loi. Elle est contre tout « doublon onéreux », mais ne veut pas entraver l'accès de la population à l'administration. Elle considère d'un œil critique la participation de l'Etat à des entreprises TIC et n'entend pas accepter simplement les coûts supplémentaires ; il faut obtenir des augmentations de l'efficience.
- Le **PS** « soutient la numérisation systématique » et approuve le contenu de la LAN, mais souhaite aussi protéger les groupes défavorisés des coûts supplémentaires résultant de la primauté du numérique.
- Le **PLR** peut « soutenir sur le principe la plupart des points de révision proposés ». Il demande toutefois une révision parallèle de la LPJA et critique la révision avancée de la législation sur les constructions.
- Les **Verts** et **La Gauche** soumettent de nombreuses propositions de modification, concernant principalement la durabilité, l'inclusion et les logiciels libres. Les Verts sont contre la révision avancée de la législation sur la protection des données.
- Le **PBD** soutient la LAN, en mettant toutefois l'accent sur la protection des données ; il est contre l'obligation de recourir au numérique pour les personnes privées, et exige le soutien des communes. Il entend aussi réaliser des économies grâce à la transformation numérique, principalement sur le personnel, et ne veut pas de la délégation des compétences financières (art. 33).
- Le **PVL** veut aller encore plus loin que la LAN le prévoit ; il voudrait aussi renforcer la participation et les aptitudes de la population, ainsi que sa souveraineté sur ses propres données, et prévoir le rattachement à des portails nationaux et l'utilisation de logiciels libres.
- Le **PEV** soutient la LAN. Il veut encore offrir des prestations sur papier pendant une période transitoire, il exige que les données soient conservées en Suisse, et demande davantage de normes ouvertes, de logiciels libres et de libre accès aux données.
- L'**UDF** est aussi favorable à la LAN. Elle se prononce contre le « droit de veto » qu'accorde l'article 20 à l'ACB et contre la délégation de compétences financières ; elle remet en question les coûts de la conservation des données en Suisse.
- Les **communes et les syndicats de communes** soutiennent fondamentalement la LAN, mais exigent d'être encore mieux impliqués dans les processus cantonaux de décision qui les concernent aussi.
- Le **Bureau du Grand Conseil** a critiqué le fait de ne pas avoir pu donner son point de vue avant la procédure de consultation et a présenté des remarques et des demandes sur la position du Grand Conseil.

D'autres associations et organisations se sont principalement prononcées sur des questions particulières.

Après la procédure de consultation, le texte n'a été modifié que sur quelques points : L'article 8, alinéa 2 précise ainsi que les autorités ont elles aussi l'obligation d'effectuer par voie électronique les transactions avec les personnes qui sont tenues d'effectuer les leurs par cette voie avec elles. L'article 10, alinéa 1 a été complété par une interdiction de discrimination. Les articles 15 et 21 prennent désormais davantage en compte le rôle des tribunaux et du Grand Conseil. A l'article 22, l'implication des communes a été conçue de manière plus efficace. Pour des raisons institutionnelles, le droit de veto de l'ACB contre des décisions qui ont des répercussions considérables sur les communes, que prévoyait la version de consultation, a été remplacé par les dispositions de l'article 17, alinéas 3 à 5, d'entente avec l'ACB. Pour les détails, nous renvoyons à l'évaluation de la procédure de consultation publiée avec le présent rapport.

14. Proposition

Pour les raisons susmentionnées, le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil d'approuver le présent projet de loi.