



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN
CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX
CONFERENZA DEI GOVERNI CANTONALI
CONFERENZA DA LAS REGENZAS CHANTUNALAS

Département fédéral des finances DFF

Secrétariat général du DFF
Service juridique du DFF

Secrétariat général

29 septembre 2022

Variantes de réglementation pour la collaboration dans la transformation numérique de l'administration publique

Présentation des variantes¹

¹ La version allemande de la présentation des variantes est le texte source de la traduction française.

Table des matières

1	Contexte	4
1.1	Transformation numérique de l'administration publique.....	4
1.2	Création de l'organisation «Administration numérique suisse»	4
1.3	Discussion sur le développement de l'ANS	5
1.4	Formes de coopération envisageables: présentation des variantes.....	6
2	Besoin de coordination lié à la transformation numérique de l'administration publique	7
2.1	Normes techniques	7
2.1.1	Planification et élaboration de normes techniques communes	7
2.1.2	Caractère contraignant des normes techniques communes	8
2.2	Utilisation commune de services techniques	9
2.2.1	Fourniture de services techniques aux collectivités publiques	9
2.2.2	Obligation des collectivités publiques d'utiliser des services techniques	9
2.3	Financement de la transformation numérique	9
3	Formes de coopération envisageables (variantes).....	11
3.1	Variante A: coordination volontaire entre les collectivités publiques.....	12
3.1.1	Caractéristiques essentielles.....	12
3.1.2	Efficacité	13
3.1.3	Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement.....	14
3.1.4	Effets sur les principes constitutionnels.....	14
3.1.5	Appréciation	15
3.1.6	Aperçu (tableau).....	16
3.2	Points communs des variantes de centralisation B et C.....	16
3.2.1	Caractéristiques communes.....	16
3.2.2	Appréciation des points communs.....	17
3.3	Variante B: règles contraignantes édictées par une organisation commune à la Confédération et aux cantons	18
3.3.1	Caractéristiques essentielles.....	18
3.3.2	Efficacité	19
3.3.3	Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement.....	20
3.3.4	Effets sur les principes constitutionnels.....	20
3.3.5	Appréciation	22
3.3.6	Aperçu (tableau).....	25
3.4	Variante C: règles contraignantes édictées par la Confédération	25
3.4.1	Caractéristiques essentielles.....	25
3.4.2	Efficacité	26
3.4.3	Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement.....	26
3.4.4	Effets sur les principes constitutionnels.....	27
3.4.5	Appréciation	28
3.4.6	Aperçu (tableau).....	29

Résumé exécutif

La transformation numérique de l'administration publique exige tout d'abord une harmonisation du cadre technique afin d'assurer l'interopérabilité des systèmes et des processus des collectivités publiques. Le présent document propose plusieurs manières de réglementer la collaboration entre les collectivités publiques de sorte qu'elles puissent atteindre cette harmonisation technique.

Les trois variantes de collaboration proposées se divisent en deux catégories: harmonisation décentralisée grâce à la coopération volontaire des collectivités (variante A) et règles contraignantes imposées par une organisation centrale (variantes B et C). L'édiction de règles contraignantes pour les collectivités publiques suppose que la Confédération et les cantons délèguent d'abord leurs compétences législatives en matière d'administration numérique à une organisation commune (variante B) ou qu'une nouvelle compétence fédérale soit créée (variante C). S'agissant des deux variantes de centralisation (B et C), la compétence centralisée doit être limitée au strict minimum, à savoir aux aspects techniques de la mise en œuvre et, éventuellement, au financement. En ce qui concerne les décisions portant sur le contenu, la répartition des compétences doit rester inchangée dans tous les domaines politiques.

La particularité de la variante A est que les solutions reposant sur une coopération volontaire suscitent une plus large adhésion des milieux politiques, alors qu'avec les variantes B et C, c'est le caractère juridiquement contraignant des règles qui garantit l'harmonisation. Toutefois, ces dernières demandent la modification de la Constitution, ce qui exige de suivre la procédure politique prévue à cet effet. À noter également que la variante B, qui est une nouvelle forme d'organisation, vient compléter l'actuelle répartition binaire des compétences constitutionnelles et soulève par conséquent de nombreuses questions d'ordre institutionnel, juridique et organisationnel.

Le présent document servira de base à la discussion qui précédera la décision relative au développement de l'organisation «Administration numérique suisse» (ANS), en activité depuis le 1^{er} janvier 2022. Les étapes de développement de l'ANS envisagées correspondent à la variante B. Afin que les avantages et les inconvénients de cette variante puissent être pesés, la structure organisationnelle actuelle de l'ANS (variante A) est également présentée. En plus de la variante B, on propose avec la variante C une autre version de la solution centralisée, à savoir celle de la compétence fédérale.

À l'heure actuelle, on ignore si la coopération volontaire des collectivités publiques – c'est-à-dire avec l'ANS dans sa forme actuelle (variante A) – permettrait d'harmoniser rapidement le cadre technique à l'échelle nationale. Pour autant que les collectivités publiques soient d'accord entre elles et participent à l'effort commun, les modalités de la collaboration ne sont pas déterminantes. Cependant, si des divergences d'opinion mettent en péril l'harmonisation, les variantes de centralisation (B et C) devraient être plus efficaces. On manque néanmoins d'expérience en ce qui concerne la mise en place de règles contraignantes dans un domaine transversal tel que l'administration numérique.

Si la voie de la centralisation est choisie pour le développement de l'ANS, cela demandera un travail préparatoire de plusieurs années, puisque la mise en œuvre des variantes B et C requiert la modification de la Constitution et la création de bases légales. La mise en place d'une organisation commune selon la variante B prendra plus de temps (de cinq à huit ans minimum) que la création d'une nouvelle compétence fédérale selon la variante C (de trois à cinq ans minimum).

En cas de mise en œuvre d'une variante centralisée, l'ANS pourra poursuivre ses activités opérationnelles dans sa forme actuelle (variante A) et rester en fonction durant la phase de développement.

1 Contexte

1.1 Transformation numérique de l'administration publique

L'introduction de processus numériques dans l'administration publique est un enjeu majeur pour la Suisse². Ses structures fédéralistes ne sont guère propices à la création de processus électroniques cohérents entre les collectivités publiques. Cette particularité helvétique pourrait expliquer, entre autres raisons, que la transformation numérique de l'administration publique est encore à la traîne en comparaison internationale³.

Afin d'assurer l'interopérabilité des systèmes entre les collectivités, une harmonisation du cadre technique s'impose à l'échelle nationale. Pour y parvenir, il faut que les collectivités publiques collaborent à la planification et à l'élaboration de normes communes et de services techniques uniformes.

1.2 Création de l'organisation «Administration numérique suisse»

La Confédération, les cantons et les communes s'efforcent d'accélérer ensemble l'harmonisation des processus numériques dans toute l'administration publique. Jusqu'à présent, leur collaboration s'effectuait principalement au sein de l'organisation Cyberadministration suisse, de la Conférence suisse sur l'informatique (CSI) et de l'association de normalisation eCH.

Le Conseil fédéral et l'assemblée plénière de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) ont décidé au printemps 2020 de renforcer leur collaboration et de mettre en place l'organisation commune «Administration numérique suisse» (ANS). Cette organisation doit servir de plateforme politique, élaborer des normes techniques, de même qu'encourager et accélérer la transformation numérique, en soutenant financièrement des projets au moyen de subventions. Elle doit pouvoir se développer par étapes, si la Confédération et les cantons le jugent judicieux. Dans le cadre de ce développement, l'organisation serait habilitée à fixer des règles contraignantes pour les administrations à tous les échelons étatiques (étapes 2 et 3)⁴.

Un groupe de travail formé de représentants de la Confédération et des cantons, de Cyberadministration suisse et de la Conférence suisse sur l'informatique (CSI) a établi en 2020/21 les bases de cette organisation. Le 1^{er} mars 2021, Peppino Giarritta a commencé son activité de chargé de mission de la Confédération et des cantons auprès de l'ANS. En septembre 2021, le Conseil fédéral a adopté la convention-cadre de droit public concernant l'Administration numérique suisse, puis l'assemblée plénière de la CdC l'a approuvée en

² Ces derniers temps, des bases légales ont vu le jour tant à la Confédération (projet de LMETA) que dans de nombreux cantons. Par exemple, la loi saint-galloise sur la cyberadministration a permis de mettre en place un établissement de droit public doté de la personnalité juridique, qui encourage une collaboration électronique cohérente et juridiquement contraignante entre le canton et les communes, ainsi que la collaboration avec la Confédération et d'autres pouvoirs publics (Gesetz über E-Government vom 20.11.2018; E-GovG, sGS 142.3). En mars 2022, le Grand Conseil bernois a approuvé en deuxième lecture par 135 voix contre 0 et 1 abstention la loi sur l'administration numérique (LAN), qui règle aussi la collaboration avec la Confédération et les autres cantons (art. 20).

³ *Administration numérique suisse, Pour la transformation numérique au sein de l'État fédéral*, rapport de base, mars 2021, p. 14: «Selon le rapport comparatif de l'UE sur la cyberadministration publié le 23 septembre 2020, qui a examiné les services en ligne proposés par les autorités dans différents domaines, la Suisse se classe 29^e sur 36 États étudiés. Outre la Suisse, l'étude inclut les 27 États membres de l'UE ainsi que le Royaume-Uni, la Norvège, l'Islande, la Serbie, le Monténégro, l'Albanie, la Macédoine du Nord et la Turquie». Le [rapport de base](https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/numerisation/la-cyberadministration-suisse.html) est publié sur le site du DFF (<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/numerisation/la-cyberadministration-suisse.html>).

⁴ ACF du 3 avril 2020; décision de l'assemblée plénière de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) du 27 mars 2020.

décembre de la même année⁵. L'ANS est opérationnelle depuis le 1^{er} janvier 2022.

Une nouvelle base légale sera mise en place en vue du développement de l'ANS et d'éventuels autres projets de numérisation de la Confédération. Le 4 mars 2022, le Conseil fédéral a approuvé le message et le projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA)⁶. Cette nouvelle base légale entrera en vigueur au plus tôt en automne 2023.

1.3 Discussion sur le développement de l'ANS

Dans le cadre de leur collaboration au sein de l'ANS, la Confédération, les cantons et les communes développeront au moyen d'une stratégie une conception commune de la mise en œuvre de l'administration numérique. En 2026 au plus tard, la Confédération et les cantons se prononceront, en tant que coresponsables, sur un éventuel développement de l'ANS (en plus d'élaborer des normes, celle-ci les fixerait de manière contraignante)⁷.

Afin de mieux connaître les possibilités de développement de l'ANS, le professeur Andreas Glaser a rédigé en juin 2021 – sur mandat du DFF et de la CdC – une expertise sur les exigences de droit constitutionnel à respecter pour une centralisation des compétences législatives dans le domaine de l'administration numérique⁸ (ci-après: expertise Glaser). L'expertise Glaser s'est focalisée, pour les exigences en matière de compétences, sur les étapes de développement esquissées dans le rapport final d'octobre 2019⁹, à savoir la centralisation des compétences au sein d'une organisation commune créée par la Confédération et les cantons (soit la variante B du présent document)¹⁰. En plus de l'organisation commune qui était au cœur de son avis de droit, l'expert a proposé en option la variante C, soit la centralisation des compétences à l'échelon de la Confédération.

Dans son analyse de l'ordre institutionnel, l'expert a constaté qu'il n'y a guère de domaine où les cantons affirment autant leur autonomie organisationnelle que dans leur propre activité administrative. À propos de l'idée d'une activité législative commune (variante B), il écrit ce qui suit:

«Mais compte tenu du rôle important que jouent les cantons et les communes dans l'organisation administrative et dans la procédure administrative, il y aurait de bonnes raisons de prévoir, dans le contexte de la numérisation de l'administration, une participation accrue des cantons dans le cadre de la législation fédérale, allant jusqu'à la conception active de règles contraignantes par ces derniers. Cet objectif ne sera réalisable en fin de compte que par une

⁵ Convention-cadre de droit public concernant l'Administration numérique suisse, adoptée par le Conseil fédéral le 24 septembre 2021 et approuvée par la Conférence des gouvernements cantonaux à l'assemblée plénière du 17 décembre 2021. Elle a été publiée dans la Feuille fédérale ([FF 2021 3030](#)). Le site de l'ANS y renvoie.

⁶ La LMETA permet à la Confédération de conclure avec les cantons des conventions sur la création d'organisations communes dans le domaine de la cyberadministration. Elle sert de base au versement d'aides financières en faveur de projets de numérisation destinés à la mise en œuvre du droit fédéral, ainsi que pour le financement initial de l'ANS par la Confédération. La LMETA permet à la Confédération de déléguer des tâches à des tiers en vue de l'acquisition de moyens informatiques (par ex. à eOperations Suisse SA).

⁷ Voir ch. 4.3, al. 1, ch. 2 al. 8 et ch. 3.1, al. 1 de la convention-cadre.

⁸ Prof. Andreas Glaser, «Digitale Verwaltung»: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die bundesstaatliche Steuerung und Koordination, Rechtsgutachten im Auftrag des Eidgenössischen Finanzdepartements und der Konferenz der Kantonsregierungen*, Zurich, 29 juin 2021. Cet avis de droit n'existant qu'en allemand est publié sur le site du DFF (<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/numerisation/la-cyberadministration-suisse.html>).

⁹ Département fédéral des finances/Conférence des gouvernements cantonaux, *Administration numérique: projet d'optimisation du pilotage et de la coordination au sein de l'État fédéral*, rapport final, octobre 2019. Le rapport final est publié sur le site de la CdC (https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/medienmitteilungen/2019/schlussbericht_optimierung_steu-reung_digitale_verwaltung_f.pdf).

¹⁰ Les variantes 1 et 2 mentionnées dans l'expertise, qui correspondent aux deux étapes prévues du développement de l'ANS, diffèrent des variantes A, B et C présentées ci-après. La coordination volontaire lors de l'élaboration de normes (variante A) constitue le point de départ de l'expertise, qui mentionne l'attribution à la Confédération d'une compétence législative (variante C) simplement comme une autre option (expertise Glaser, pp. 4 ss et pp. 34 ss).

activité législative conjointe des cantons et de la Confédération, même si cela implique également une certaine centralisation, à un niveau qui se situe entre la Confédération et les cantons»¹¹.

L'expert a toutefois admis que cette législation commune comportait des défauts du point de vue de la démocratie et de l'état de droit qui doivent être compensés par des mesures appropriées.

Dans l'optique de la décision stratégique à prendre sur le développement éventuel de l'ANS (règles contraignantes, centralisation des compétences, forme organisationnelle), le Conseil fédéral a chargé le DFF de définir, en collaboration avec la CdC et avec la participation du DFJP (OFJ), le cadre juridique et le besoin de légiférer, et de lui soumettre un document qui analyse les avantages et inconvénients des différentes variantes envisageables d'un point de vue juridique, politique et institutionnel¹². Le chargé de mission de l'ANS, Peppino Giarritta, faisait partie du groupe de travail¹³ mandaté pour rédiger cette présentation des variantes et a veillé aux échanges avec les organes de direction opérationnelle et politique de l'ANS¹⁴.

1.4 Formes de coopération envisageables: présentation des variantes

Le présent document décrit trois variantes pour des formes de coopération et de coordination envisageables entre les collectivités publiques. Il propose des variantes de collaboration qui ne sont pas spécifiques à l'ANS et complète ainsi les explications de l'expert, qui se concentrent sur le développement de cette dernière.

Les trois variantes se classent en deux catégories: la coopération sur une base volontaire des collectivités publiques, sans harmonisation contraignante (variante A), et les règles contraignantes émises par une organisation centrale (variantes B et C). L'édiction de règles contraignantes requiert une centralisation de compétences, car les compétences législatives pour ce qui touche à l'administration publique se répartissent entre la Confédération et les cantons¹⁵. Les compétences fédérales et cantonales correspondantes seront déléguées à une organisation commune (variante B), ou une nouvelle compétence fédérale verra le jour (variante C). Les règles contraignantes visant à harmoniser les processus numériques dans le cas des variantes B et C n'engagent que les collectivités publiques et ne s'adressent pas (directement) aux particuliers.

Ce document se veut une base de discussion pour permettre une décision éclairée sur les

¹¹ Voir expertise Glaser, p. 47 s.

¹² Note d'information à l'attention du Conseil fédéral datée du 22 septembre 2021.

¹³ Ont participé au groupe de travail: ANS: Peppino Giarritta (chargé de mission de l'ANS); secrétariat général de la CdC: Thomas Minger (secrétaire général suppléant, chef du secteur Politique intérieure), Nadine Eckert (responsable de projet); OFJ: Miriam Sahlfeld (cheffe de l'unité Législation II), Christoph Bloch (juriste de l'unité Législation II); secrétariat général du DFF: Simon Müller (responsable du service juridique), Angelika Spiess (juriste au service juridique).

¹⁴ Les trois variantes en matière de collaboration ont été présentées par Simon Müller à l'organe de direction opérationnelle et à l'organe de direction politique de l'ANS, les 17 et 18 août 2022. Les deux organes ont reçu un projet de l'actuelle présentation des variantes pour en discuter lors de leurs séances du 28 septembre et du 28 octobre 2022.

¹⁵ La Confédération peut certes édicter, sur la base de ses compétences actuelles dans divers domaines, des règles contraignantes sur l'utilisation des moyens électroniques, pour autant que ce soit nécessaire à une mise en œuvre uniforme et correcte du droit fédéral (par ex. pour la transmission électronique des écritures dans le cadre de procédures civiles et pénales ainsi que dans les procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite, pour l'harmonisation des registres à des fins statistiques, ou encore comme normes d'échange de données électroniques sur les poursuites lors de l'introduction de l'e-LP). Elle n'a toutefois pas de compétence transversale lui permettant de régler de manière contraignante la transformation numérique de l'administration publique au niveau national.

modalités futures de la collaboration dans le domaine de l'administration numérique¹⁶. Ses principales conclusions seront présentées au printemps 2023 au Conseil fédéral et à l'assemblée plénière de la CdC dans une note de discussion afin que des démarches de clarification supplémentaires puissent être ordonnées.

2 Besoin de coordination lié à la transformation numérique de l'administration publique

La fourniture efficace et ciblée de prestations administratives présuppose la transmission cohérente de données structurées entre les autorités à tous les échelons étatiques. Pour que les systèmes de la Confédération, des cantons et des communes puissent interagir dans un tel processus cohérent, il faut harmoniser le cadre technique. Outre des normes techniques uniformes (voir ch. 2.1), la mise à disposition de services techniques uniformes (voir ch. 2.2), utilisés conjointement par les collectivités publiques, contribue elle aussi à la réussite de l'administration numérique.

À partir du moment où l'interopérabilité des systèmes garantit des processus cohérents, la Confédération, les cantons et les communes pourront partager leurs données, moyennant les bases légales nécessaires¹⁷. Il faudra donc créer à temps les bases légales permettant l'utilisation commune des données¹⁸ indépendamment de la forme de collaboration choisie. Aussi cet aspect ne sera-t-il pas approfondi ici.

L'introduction de processus numériques dans l'administration publique exige des moyens financiers. La collaboration entre les collectivités publiques, notamment pour des projets de numérisation d'intérêt national, se finance en règle générale par des contributions. Au cas où l'organisation développerait et fournirait aussi des services techniques, ceux-ci devront aussi être financés (voir ch. 2.3).

2.1 Normes techniques

2.1.1 Planification et élaboration de normes techniques communes

Pour assurer l'interopérabilité des systèmes et processus administratifs, les collectivités publiques doivent utiliser des normes techniques uniformes, par exemple pour les interfaces reliant les différents systèmes. À l'heure actuelle, les normes portant sur la cyberadministration sont élaborées par l'association eCH, dans le cadre d'un partenariat public-privé¹⁹. Les normes eCH ne sont pas juridiquement contraignantes et n'ont donc qu'un caractère de recommandation. Les collectivités publiques peuvent déclarer ces normes contraignantes dans

¹⁶ Le présent document n'a pas pour objectif de répondre à la question de savoir si et quand l'ANS devrait poursuivre son développement. Les conclusions tirées du présent document permettront toutefois d'y répondre.

¹⁷ Voir notamment l'art. 6 de la loi fédérale sur la protection des données entièrement révisée, FF 2020 7397. Dans le droit en vigueur, la Confédération et les cantons ne sont que ponctuellement habilités à partager des données personnelles, soit quand une base légale le prévoit expressément.

¹⁸ La compétence réglementaire revient à la collectivité publique déjà chargée d'édicter les règles matérielles sur le traitement des données dans le domaine en question. Étant donné que l'utilisation et la gestion des données par plusieurs collectivités publiques facilitent le regroupement de données à caractère personnel et augmentent le risque d'abus, il faudrait prévoir une réglementation dans la loi (du moins dans les grandes lignes, pour chaque variante) dans le but de protéger le droit fondamental à l'autodétermination en matière d'information (art. 13, al. 2, Cst.). Car plus il y a de collectivités impliquées dans la gestion commune des données, et plus il faut instaurer des règles communes ou du moins harmonisées sur le traitement des données (notamment sur la communication des données).

¹⁹ Les normes techniques sont largement influencées par les développements au niveau international. L'association eCH s'inspire par exemple des processus de normalisation internationaux pour l'élaboration de ses propres normes (voir expertise Glaser, pp. 4 s., avec exemples).

leur domaine de compétence respectif²⁰.

Contrairement à l'activité de l'association eCH, qui se limite à fixer des normes, les formes de collaboration prévues dans les variantes A à C offrent des moyens supplémentaires d'amener les collectivités publiques à mettre en œuvre les normes, donc à les appliquer sur leur territoire.

Les trois variantes visent le même objectif, à savoir assurer au plus vite la cohérence des processus administratifs grâce à une harmonisation à l'échelle nationale des normes techniques. Une telle harmonisation implique une planification globale (cycles d'introduction, cycles de vie) qui tient compte non seulement de l'élaboration des normes en question, mais aussi de leur introduction et de leur application. La coordination en amont d'un tel projet est par conséquent un aspect central du processus d'harmonisation.

2.1.2 Caractère contraignant des normes techniques communes

Dans bien des cas, les normes techniques peuvent atteindre leur effet d'harmonisation même sans être juridiquement contraignantes. Une harmonisation à l'échelle nationale est ainsi réalisable en cas de mise en œuvre volontaire par les collectivités publiques, même si elle ne s'opérera pas simultanément sur tout le territoire suisse.

Si par contre on veut avoir la certitude que toutes les collectivités publiques respectent une norme spécifique et l'introduisent simultanément, cette norme devra être juridiquement contraignante. Théoriquement, il existe deux moyens d'y parvenir: la norme pourra être déclarée contraignante, moyennant un contrat dûment signé par toutes les collectivités publiques; ou alors un organe responsable pour l'ensemble du pays pourra se voir attribuer la compétence de déclarer la norme contraignante. Comme on peut s'attendre à ce que dans de nombreux domaines les normes techniques feront l'objet de fréquents changements, la déclaration de force obligatoire par voie contractuelle n'est pas une approche judicieuse dans la plupart des cas.

La fixation de normes techniques communes ne requiert pas forcément une réglementation uniforme sur le contenu (par ex. pour les formats de données, les interfaces, les tables de code, etc.). Cela permettrait déjà de progresser significativement en ce qui concerne l'interopérabilité, sans toucher la compétence des collectivités publiques en la matière. La difficulté est ici de fixer les normes de façon à préserver la liberté de chaque collectivité publique de réglementer le contenu à sa guise. Si la compétence de fixer des normes est centralisée, celle-ci devrait donc être définie précisément.

²⁰ Les normes eCH ont ainsi gagné en importance et jouent par exemple un rôle-clé pour les marchés publics.

Coopération	Degré d'harmonisation	Normes techniques communes
Aucune	Chacun fait ce qu'il veut	Faute de normes communes, recours aux sources normatives privées ou internationales
Variante A	Harmonisation sans caractère contraignant	Normes élaborées conjointement, à titre de recommandations
Variantes B et C	Harmonisation à l'échelle nationale au moyen de règles contraignantes	Normes contraignantes pour toutes les collectivités publiques

2.2 Utilisation commune de services techniques

2.2.1 Fourniture de services techniques aux collectivités publiques

Un autre moyen d'encourager l'harmonisation des processus numériques consiste à fournir de manière centralisée des prestations de base à usage multiple. On peut penser ici aux infrastructures servant à la transmission sécurisée des données, à la signature de documents ou à la gestion des dossiers et des processus d'affaires.

L'utilisation commune de services techniques par un grand nombre de collectivités publiques facilite la mise en œuvre uniforme de règles communes, la réduction des interfaces et la réalisation d'économies d'échelle. Elle convient à toutes les formes de collaboration (variantes A à C).

2.2.2 Obligation des collectivités publiques d'utiliser des services techniques

Pour exploiter les avantages susmentionnés liés à l'utilisation commune de services techniques, il peut s'avérer judicieux d'imposer leur utilisation à toutes les collectivités publiques, c'est-à-dire d'introduire une obligation en ce sens²¹.

Avec la variante A, soit la coordination volontaire, l'organisation n'est pas habilitée à imposer l'utilisation de services techniques. Elle peut seulement la recommander. Il appartient donc aux collectivités publiques de rendre ou non obligatoire l'utilisation du service en question dans leur domaine de compétence.

Il en va différemment dans les variantes B et C, car les compétences centralisées seront définies de façon à permettre à l'organisation commune (variante B) ou à la Confédération (variante C) d'imposer à toutes les collectivités publiques d'utiliser un service technique spécifique. Le cas échéant, les collectivités publiques seront amenées à introduire et à utiliser un service technique spécifique sur leur territoire. Il incomberait à chacune de régler les droits et obligations des particuliers relatifs à l'utilisation de ce service.

2.3 Financement de la transformation numérique

Toute collectivité publique souhaitant adhérer à une organisation au sens des variantes A et

²¹ Il se peut que certains services techniques exigent également que l'on réglemente le contenu. Or, si celui-ci ne fait pas l'objet d'une réglementation contraignante pour toutes les collectivités publiques, l'une des difficultés majeures consiste, comme pour les normes, à concevoir la technique de façon à préserver l'autonomie des collectivités publiques en matière de réglementation du contenu. Comme exemples de solutions qui ne concernent pas le contenu, on peut penser à une infrastructure qui permettrait la transmission sécurisée de toutes sortes de données ou qui servirait à la saisie des tables de code de toutes sortes de données. Par contre, le fait de définir de manière exhaustive les tables de code à utiliser empiéterait sur les compétences de réglementation du contenu.

B devra s'assurer qu'elle dispose des bases légales pour contribuer financièrement au projet et que le parlement approuve à temps le processus de financement. Afin de financer des projets de numérisation développés par des tiers, les collectivités participantes doivent mettre en place les bases leur permettant d'accorder des subventions.

La collaboration entre les collectivités publiques visée dans les variantes A et B est assurée par la participation, au sein de l'organisation, de membres désignés de l'autorité exécutive. Ces derniers se prononceront sur la contribution financière de leur collectivité. Si la contribution financière à charge d'une collectivité publique n'excède pas la compétence financière de son autorité exécutive, ses membres peuvent prendre un tel engagement – pour autant qu'une décision en ce sens ait été rendue par leur collège exécutif. La marge de manœuvre financière est donc clairement délimitée dans un tel cas.

Si l'autorité législative a pris des décisions de financement ou constitué une réserve budgétaire en vue de l'adhésion à une telle organisation, les membres de l'exécutif œuvrant dans cette organisation bénéficieront, dans la limite des crédits approuvés, d'une plus grande marge de manœuvre financière.

Puisque les activités et les tâches à financer sont établies lors de négociations entre les membres de l'exécutif, le parlement ayant la compétence financière ne peut qu'approuver ou refuser dans son ensemble le projet de collaboration. L'exécutif exerce ainsi une plus grande influence sur l'utilisation des fonds publics qu'en temps normal, où de telles décisions sont prises à titre définitif au sein d'une collectivité publique et guidées par son autorité législative.

La Confédération peut encourager financièrement des projets de numérisation dans le cadre de ses compétences constitutionnelles. Mais comme la Constitution ne prévoit pas de compétence fédérale pour financer les processus liés à l'administration numérique, la Confédération ne peut financer des projets de numérisation que lorsqu'ils servent à l'exécution uniforme et correcte du droit fédéral, qui doit quant à lui respecter le cadre des compétences fédérales²². Tout encouragement financier de la transformation numérique de la part de la Confédération exige à la fois une base légale formelle, telle que la future LMETA²³, et une décision d'octroi de crédit de l'organe financièrement compétent.

²² On ne peut pas déterminer clairement dans tous les cas si un projet remplit cette condition. Il existe à cet égard une certaine marge de manœuvre.

²³ La LMETA prévoit les possibilités de soutien suivantes (état: septembre 2022):

- répartition des coûts liés aux conventions et aux organisations communes (art. 6 LMETA)
- aides financières (art. 7 LMETA)
- financement initial (limité dans le temps) pour les années 2024 à 2027 de la promotion des infrastructures numériques et services de base urgents (art. 16 LMETA)
- financement initial de projets de numérisation présentant un grand intérêt public (art. 16a LMETA). Le Conseil des États a introduit l'art. 16a LMETA à sa session de printemps 2022. Le Conseil national examinera la LMETA à sa session d'automne 2022.

3 Formes de coopération envisageables (variantes)

Ce chapitre indique les possibilités et les limites de l'harmonisation du cadre technique, à partir de trois solutions de collaboration distinctes (variantes A à C).

Avec la variante A, l'harmonisation repose sur une coordination volontaire entre les collectivités publiques (voir ch. 3.1). Les variantes B et C prévoient une centralisation des compétences au sein d'une autorité centrale, habilitée à édicter des règles contraignantes sur la transformation numérique. Les explications qui suivent abordent d'abord les points communs des variantes B et C (voir ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**), puis présentent les caractéristiques de l'organisation commune selon la variante B (voir ch. 0), et enfin la compétence dévolue à la Confédération dans la variante C (voir ch. 3.4).

Afin de bien montrer les spécificités de chaque variante, leurs caractéristiques seront d'abord décrites, puis examinées sous l'angle de leur efficacité, du travail qu'elles impliquent et de leurs effets sur les principes constitutionnels:

- À propos de l'*efficacité*, il convient de déterminer dans quelle mesure l'objectif d'introduire vite, à l'échelle nationale et simultanément divers processus administratifs numérisés serait réalisable rapidement et durablement.
- Les *efforts* indiquent les travaux nécessaires en amont pour la mise en œuvre de chaque variante (effort initial, par ex. processus législatif), puis les efforts à prévoir pour le fonctionnement de l'organisation (l'expérience en la matière et le degré d'incertitude étant à chaque fois précisés).
- Les *conséquences pour une sélection de principes constitutionnels* (notamment le fédéralisme, l'état de droit, la démocratie et la séparation des pouvoirs) représentent la troisième dimension examinée. On y voit pour chaque variante quels sont les principes constitutionnels touchés, et dans quelle mesure ils le sont.

Pour terminer, les avantages et inconvénients de chaque variante sont brièvement examinés et deux scénarios présentant les situations extrêmes (*best case* et *worst case*) indiquent les possibilités et les limites d'une telle forme de collaboration. Un tableau récapitule encore les principales caractéristiques de chaque variante.

La présentation schématique des variantes – A (coopération volontaire), B (organisation commune avec délégation de compétences) et C (compétence fédérale) – ne doit pas faire oublier que, pour chacune d'elles, d'autres formes ou sous-variantes, voire des combinaisons de plusieurs variantes sont envisageables²⁴. Par conséquent, même quand une décision politique aura été prise pour une variante spécifique, il restera une marge de manœuvre sur le plan du modelage et du développement.

Chaque variante est présentée sous une forme aussi équilibrée que possible – et donc acceptable aux yeux des personnes qui pourraient se montrer critiques à son égard. C'est pourquoi le renforcement de la participation des cantons par des instruments supplémentaires et novateurs est évoqué pour la solution fédérale de la variante C.

²⁴ Comme combinaisons possibles, on pourrait par exemple imaginer:

- d'établir une organisation comme le prévoit la variante A (comme l'ANS), qui assumerait le rôle de groupe d'accompagnement et d'organe supplémentaire de surveillance politique afin d'assister la Confédération conformément à la variante C;
- que la Confédération mette à disposition, comme le prévoit la variante C, des services techniques pour une utilisation commune, mais que l'application de normes communes reste volontaire, comme avec la variante A.

3.1 Variante A: coordination volontaire entre les collectivités publiques

3.1.1 Caractéristiques essentielles

La coordination volontaire au sens de la variante A permet aux organes de tous les échelons étatiques de collaborer, sans avoir à modifier les compétences constitutionnelles de la Confédération et des cantons. Chaque échelon étatique agit selon le cadre juridique en place et la répartition des compétences inscrite dans la **Constitution fédérale ne change pas**. Une **convention** de droit public (basée sur l'art. 48 Cst.) fonde la collaboration entre les organes aux différents échelons étatiques. La collaboration prévue par la variante A n'exige aucune forme d'organisation spécifique. Au niveau de la Confédération, **aucune** nouvelle **base légale** ne devra être créée pour la nouvelle organisation²⁵.

La planification et l'élaboration en commun d'un cadre technique uniforme (normes, services techniques conjointement utilisables) exigent de la part des collectivités participantes une conception commune (cycle de vie, consensus technique). Outre un consensus politique de base, il faut prévoir au niveau technique un processus de planification et d'élaboration qui, dans la mesure du possible, soit constructif et fondé sur une approche intégratrice. L'organisation au sens de la variante A ne peut édicter **aucune règle contraignante générale** pour les collectivités publiques (règles de droit) et n'a aucune compétence non plus pour rendre des décisions unilatérales contraignantes dans un cas d'espèce²⁶. Par conséquent, l'élaboration commune de normes et l'utilisation commune de solutions techniques uniformes sont le fruit d'un **consensus politique** entre les acteurs, et n'ont qu'un simple **caractère de recommandation**.

L'offre de prestations techniques destinées à une utilisation commune pourrait être mise au point par l'une des collectivités participantes ou par l'organisation elle-même. La **fourniture de prestations** par une organisation tierce soulèverait par contre différentes questions, notamment sur la délégation à des tiers de la compétence d'exécuter des procédures d'appel d'offres²⁷.

Dans certaines conditions, la **mise en œuvre** des normes communes et l'utilisation des services techniques communs peuvent aboutir à une harmonisation poussée, sans que les collectivités publiques aient eu besoin de déclarer obligatoires les normes ou services techniques en question sur leur territoire et d'édicter des règles à ce sujet²⁸.

²⁵ Avec l'introduction de la LMETA, la Confédération aura à l'avenir une base légale lui permettant de prendre des participations dans des organisations encourageant la transformation numérique.

²⁶ Comme l'organisation n'édicte pas de règles ou décisions contraignantes pour les particuliers, les voies de droit sont superflues. Si des litiges devaient néanmoins survenir à propos d'achats, de la protection des données, du principe de transparence, du droit du personnel, etc., les voies de droit applicables seraient celles de la collectivité publique à laquelle l'organisation est rattachée administrativement (par ex. le SG-DFF dans le cas de l'ANS). En cas de désaccord entre collectivités participantes, la priorité sera donnée à la négociation ou à la médiation, conformément à l'art. 44, al. 3, Cst, pour régler les différends. Si ce n'est pas possible, il convient de recourir à la voie judiciaire conformément aux dispositions sur l'organisation judiciaire fédérale (possibilité d'action selon l'art. 120 LTF).

²⁷ Après l'introduction de la LMETA, la Confédération disposera des bases légales permettant de confier à des tiers l'exécution de procédures d'appel d'offres.

²⁸ Dans bien des cas, il suffit que les collectivités publiques appliquent les normes et il n'est pas nécessaire de les déclarer au préalable obligatoires ou d'édicter des règles contraignantes à ce sujet. Le modèle de prescriptions énergétiques des cantons (<https://www.endk.ch/fr/politique-energetique/mopec>) est souvent cité comme exemple d'harmonisation matérielle réussie en l'absence de tout caractère obligatoire *pour les cantons*; les cantons édictent eux-mêmes des dispositions légales contraignantes sur la base de ce modèle de prescriptions. Mais comme il s'agit d'un instrument élaboré par la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, auquel la Confédération ne participe pas en tant que partenaire à part entière, la situation n'est pas la même que pour la transformation numérique de l'administration publique.

Sur le plan du **financement** des projets de numérisation, l'organisation au sens de la variante A peut allouer des subventions puisées dans les fonds communs. Or, les contributions destinées à l'organisation ou le financement d'un projet de numérisation doivent être approuvés, au préalable, par les collectivités participantes conformément à la procédure prévue à cet effet, ce qui risque de compliquer ou de retarder l'obtention d'un consensus.

La collaboration basée sur la coordination volontaire conformément à la variante A offre un **large éventail d'options** permettant de modifier le fonctionnement et la forme d'organisation selon les besoins spécifiques. Elle offre ainsi une certaine **flexibilité** et peut être adaptée aux éventuels changements.

En Suisse, la coopération volontaire est très répandue et a fait ses preuves depuis de nombreuses années. Des types d'organisation et des modes de fonctionnement différents sont envisageables selon l'objectif fixé, le domaine et des parties prenantes. On se basera donc sur **l'expérience** pour l'établissement de la collaboration prévue par la variante A, que ce soit pour créer l'organisation correspondante ou pour les processus à mettre en place lorsqu'elle sera en fonction.

La nouvelle organisation **Administration numérique suisse** se fonde elle aussi – comme déjà sa devancière Cyberadministration suisse – sur la coopération volontaire. L'ANS est un exemple concret de collaboration selon la variante A et en représente l'une des mises en pratique imaginables. Or, rien n'oblige à maintenir le statu quo²⁹. Il reste ainsi, dans le cadre de la variante A, un **potentiel de développement** de l'ANS, tant au niveau de son fonctionnement que de sa forme d'organisation. L'un des développements envisageables serait, par exemple, de lui attribuer la personnalité juridique³⁰.

3.1.2 Efficacité

Dès lors qu'un consensus règne entre les collectivités participantes, la coordination volontaire des collectivités publiques permet une harmonisation poussée³¹. Le consensus des acteurs et le caractère non contraignant des normes assurent une **acceptation politique élevée**, tout en garantissant que les besoins réels soient satisfaits. L'acceptation politique devrait être plus élevée qu'avec les variantes de centralisation B et C.

Avec la variante A, la Confédération et les cantons agissent dans le cadre de leur compétence constitutionnelle; la **répartition des compétences prévue dans la Constitution fédérale** reste **inchangée**. De ce fait, il y aurait moins de sources de friction, étant donné que la discussion relative au contenu ne sera pas reléguée à l'arrière-plan par les questions de compétence.

²⁹ L'organisation ANS est conçue en tant que plateforme politique qui développe des normes (ch. 2, al. 2, 1^{re} phrase, conv.-cadre). La Confédération et les cantons sont coresponsables de l'ANS; les décisions ne sont prises qu'en cas de consensus politique (ch. 3.1, al. 1 et 2, conv.-cadre). Les cantons veillent à l'intégration de leurs communes (ch. 3.1, al. 4, conv.-cadre). L'Union des villes suisses (UVS) et l'Association des communes suisses (ACS) peuvent soutenir l'ANS en tant que partenaires et disposent de certains moyens de participation (ch. 3.2, al. 1 et 2, conv.-cadre). Des communes individuelles et la Principauté de Liechtenstein peuvent participer à l'ANS sur la base d'un contrat individuel, qui leur confère certains droits et devoirs (ch. 3.3, al. 1 à 3, conv.-cadre). L'ANS n'émet que des recommandations et n'établit pas de réglementations contraignantes (ch. 2, al. 3, conv.-cadre).

³⁰ Voir art. 4, al. 3, LMETA. La forme d'organisation actuelle de l'ANS, qui ne lui reconnaît pas la personnalité juridique, n'a pas permis de lui transférer certaines tâches de la Conférence suisse sur l'informatique (CSI). La CSI continue donc provisoirement d'accomplir ces tâches (comme partenaire contractuelle des contrats-cadres et des déclarations de condition au profit de ses membres et actionnaire majoritaire d'Operations Suisse SA), en tant qu'«entité juridique allégée». Le but est toutefois de transférer ces tâches aussi à l'ANS.

³¹ Au vu de la normalisation internationale (déjà bien avancée), il serait dans l'intérêt des collectivités publiques d'utiliser les normes nationales élaborées conjointement – qui elles-mêmes se réfèrent aux exigences internationales –, pour éviter d'être désavantagées en Suisse ou face à l'étranger.

La forme de collaboration prévue par la variante A se prête à une **mise en œuvre rapide et flexible** du cadre technique harmonisé. Il est plus facile de trouver un consensus quand il s'agit seulement d'élaborer conjointement des normes n'ayant pas d'effet contraignant. Si quelques collectivités publiques ne veulent pas mettre en œuvre les normes élaborées conjointement et préfèrent attendre, cela n'empêche pas les autres collectivités publiques de le faire.

Cette forme de collaboration atteint ses limites lorsque les positions divergentes empêchent de parvenir à un compromis. Le processus décisionnel repose en effet entièrement sur le consensus politique des acteurs. L'organisation n'est pas en mesure de rendre des décisions de force obligatoire pour les collectivités publiques (elle ne fixe pas les normes, se limitant à les élaborer). Il n'existe donc **aucune garantie ni d'harmonisation au niveau national** des normes techniques, ni d'utilisation commune à l'échelle nationale de services techniques.

3.1.3 Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement

La **réalisation** de la variante A ne demande **que peu d'efforts** en comparaison aux variantes B et C. Elle ne requiert ni modification constitutionnelle, ni bases légales formelles en droit fédéral ou cantonal; il suffit d'une convention – comme la convention-cadre de l'ANS – pour régler la collaboration sur la base de l'art. 48 Cst. Dès lors, peu d'obstacles politiques s'opposent à la réalisation de la variante A, qui a déjà été mise en œuvre avec l'ANS.

Le **travail de fond** des acteurs pourra **commencer très vite** avec la variante A, l'ANS étant devenue opérationnelle le 1^{er} janvier 2022. En outre, tout indique que le travail de fond est facilité par le fait qu'aucune collectivité publique ne doit se soumettre à des règles contraignantes. Ainsi, on pourra en principe trouver **rapidement des solutions flexibles**. Dans certains cas néanmoins, la recherche de consensus impliquera un important effort. Mais le fait que les solutions élaborées en commun n'aient aucun effet contraignant pour les collectivités publiques devrait globalement faciliter la recherche de consensus. On dispose d'ailleurs déjà d'une certaine **expérience** en matière de collaboration au sens de la variante A, car elle est très répandue et se pratique depuis de nombreuses années, avec des formes d'organisation et des modes opératoires différents.

Or même en cas de consensus, il n'est pas exclu que des collectivités participantes prennent du temps à **mettre en œuvre** les normes ou à utiliser les solutions techniques communes, voire qu'elles y renoncent entièrement³². En revanche, la mise en œuvre rapide par certaines pourrait avoir un effet positif sur les autres plus hésitantes, qui seront poussées à agir. À l'inverse, les collectivités réticentes pourraient n'approuver plus que les solutions dont la mise en œuvre ne présente aucun obstacle et peut se faire promptement dans leur domaine de compétence.

3.1.4 Effets sur les principes constitutionnels

La variante A respecte le **fédéralisme**. La mise en œuvre des normes élaborées pourrait s'effectuer rapidement dans certaines collectivités publiques, puis servir de «laboratoire d'essai» pour les autres. Inversement, une mise en œuvre uniforme à l'échelle nationale n'est pas assurée et on court le danger d'avoir une mosaïque de solutions.

Comme chaque échelon étatique agit dans sa sphère de compétence constitutionnelle, la

³² En l'absence de consensus généralisé, il faut veiller à ce que les collectivités n'ayant pas participé à l'élaboration commune d'une solution puissent décider de l'utiliser après coup, moyennant une contribution financière. Il s'agit d'éviter que des collectivités non impliquées ne profitent des solutions communes sans avoir participé à leur conception et à leur financement.

variante A est parmi les trois variantes celle qui respecte le plus scrupuleusement l'**autonomie organisationnelle** des cantons et l'autonomie communale³³.

Au sein de l'organisation, les membres de l'exécutif des collectivités participantes jouent un rôle essentiel dans la formation de l'opinion. Bien que les règles et l'offre de prestations n'aient aucun caractère juridiquement contraignant, la participation des membres de l'exécutif peut leur conférer, dans les faits, un effet obligatoire qui touche aux principes de l'état de droit, de la **démocratie** et de la **séparation des pouvoirs**. Il convient toutefois de relativiser à plus d'un titre l'influence accrue de l'exécutif³⁴. La **prédominance du pouvoir exécutif** est comparativement faible avec la variante A, alors qu'elle est plus marquée avec la variante B.

3.1.5 Appréciation

La variante A serait réalisable plus rapidement et implique un travail préparatoire bien moins important que les variantes B et C (et d'ailleurs l'ANS représente l'une de ses mises en pratique possibles), car elle n'implique aucun processus législatif. L'élaboration commune de normes prendra en général moins de temps que l'édiction et la mise en œuvre de règles contraignantes selon les variantes B et C. La coordination volontaire peut permettre une harmonisation poussée sans garantir pour autant que celle-ci s'opérera simultanément et à l'échelle nationale. Toutefois, on ignore quel degré d'harmonisation sera atteint avec la variante A.

Best case

- ❖ L'harmonisation progresse rapidement, étant donné l'intérêt des collectivités publiques à disposer de processus administratifs numériques cohérents.
- ❖ La mise en œuvre s'effectue promptement, car les collectivités publiques édictent rapidement sur leur territoire – lorsque c'est nécessaire – des règles contraignantes sur les normes et sur l'obligation d'utiliser les services techniques communs.
- ❖ L'harmonisation avance à grands pas à l'échelle nationale; elle offre la flexibilité voulue et peut être adaptée au fur et à mesure aux nouvelles circonstances.

Worst case

- ❖ Quelques collectivités publiques freinent l'atteinte d'un consensus. Seules de rares normes sont élaborées conjointement et presque aucun service technique n'est utilisé en commun.
- ❖ Certaines collectivités publiques ne mettent pas en œuvre les solutions élaborées en commun; l'harmonisation piétine.
- ❖ Le degré d'harmonisation reste faible; à l'échelle nationale, les processus cohérents sont rares.

³³ Avec toutes les variantes de collaboration, l'autonomie des cantons et des communes risque d'être limitée en raison des dispositions sur la mise en œuvre du droit fédéral. De telles limitations surviennent indépendamment de la collaboration entre les échelons étatiques et ne revêtent aucune importance dans le présent contexte.

³⁴ Les processus techniques de coordination en matière d'administration numérique sont de toute façon du ressort des autorités exécutives. En outre, avec la variante A, l'influence de celles-ci se limite dans les faits à l'élaboration des normes et aux subventions peu élevées. Les parlements continuent à exercer leur influence au niveau stratégique (législation, haute surveillance, processus budgétaire).

3.1.6 Aperçu (tableau)

Pour conclure, les principales caractéristiques de la **variante A** sont reprises dans un tableau permettant de voir d'un coup d'œil ses avantages et ses inconvénients.

Efficacité	Efforts nécessaires	Principes constitutionnels
- Pas de garantie d'harmonisation à l'échelle nationale (par le biais de normes uniformes et d'une utilisation commune de services et prestations techniques) - Mise en œuvre plus ou moins rapide («laboratoire d'essai») - Meilleure acceptation que pour les variantes de centralisation B et C, car requiert toujours un consensus - Harmonisation qui répond mieux aux besoins des collectivités publiques	Effort initial: - Mise en œuvre la plus rapide - Peu d'obstacles politiques à la réalisation Effort après entrée en fonction: - L'absence de règles contraignantes favorise les solutions rapides et flexibles - Obtenir un consensus suppose des efforts - Évent. prévoir des mécanismes pour assurer que seuls les participants aient accès aux prestations	Fédéralisme: - Respect des compétences formelles existantes (en particulier, en matière de législation) - Autonomie des diverses collectivités publiques davantage respectée que dans les variantes B et C État de droit, démocratie et séparation des pouvoirs: - Processus fortement déterminé par les autorités exécutives

3.2 Points communs des variantes de centralisation B et C

Les variantes B et C diffèrent essentiellement de la variante A en ceci que l'harmonisation des processus administratifs numériques repose sur des **règles contraignantes**, édictées par un seul décideur disposant de compétences centralisées. Il faut donc procéder à une centralisation des compétences dans les variantes B et C. Les explications qui suivent indiquent d'abord les points communs des variantes B et C, puis deux chapitres sont consacrés à leurs caractéristiques respectives (voir ch. 0 et 3.4).

3.2.1 Caractéristiques communes

Les variantes B et C ont pour point commun la **centralisation des compétences** aux mains d'un décideur (organisation commune ou Confédération). Dans ces deux variantes, l'**étendue** des compétences devant être centralisées est la même, mais la centralisation intervient à un endroit différent.

La centralisation des compétences a pour but d'obtenir au plus vite une harmonisation de l'administration numérique, par le biais de règles contraignantes. Le transfert de compétences à un décideur central prend cependant beaucoup de temps. Mais une fois réalisé, on peut édicter **rapidement des règles contraignantes**, car un consensus n'est plus nécessaire comme avec la variante A. La concentration de compétences aux mains d'un décideur central permet ainsi d'**harmoniser le cadre technique simultanément au niveau national**.

La centralisation des compétences conduit inévitablement à une **perte d'autonomie** dans les collectivités publiques, qui cèdent des compétences au nouveau décideur. Avec la variante B, la Confédération et les cantons délèguent leurs compétences à une organisation

commune alors qu'avec la variante C, les cantons perdent leur compétence à hauteur de la nouvelle compétence fédérale à créer.

La centralisation des compétences présente le danger que, au cours du processus politique, **l'étendue des compétences centralisées** soit revue à la baisse par rapport au projet initial. Lorsque la Constitution est modifiée, il se peut aussi que le peuple et les cantons refusent aux urnes les nouvelles règles constitutionnelles proposées.

En cas d'harmonisation «centralisée» de la transformation numérique (*top-down*), **l'acceptation politique** risque d'être plus faible que pour la variante A, qui prévoit une élaboration conjointe des normes (consensus politique) sans effet contraignant pour les collectivités publiques (caractère de recommandation). Dans les variantes B et C, il faut donc prévoir un certain travail de coordination avant l'édiction de règles.

Du fait de l'acceptation politique potentiellement faible des variantes de centralisation, le décideur central pourrait être amené à se limiter aux **thèmes consensuels** et ne pas exploiter pleinement, en raison de cette **autolimitation**, les possibilités offertes par ses compétences. Avec la variante B, cela pourrait s'expliquer par le fait que les divergences entre les échelons étatiques risquent d'entraîner un blocage. Il ne saurait certes y avoir de blocage avec la variante C, où la Confédération reste habilitée à prendre des décisions même en cas de résistance des cantons. Elle est toutefois tenue d'exercer ses compétences avec retenue, en vertu du droit constitutionnel³⁵.

Si le décideur prévu par les variantes B et C édicte des règles contraignantes, il risque de ne pas pouvoir les **imposer** de manière systématique du fait des contraintes ou impératifs politiques.

Le transfert des compétences passe par un processus constitutionnel dans les variantes B et C, alors qu'avec la variante A la collaboration se fonde sur une convention. Les **efforts de mise en œuvre** des variantes B et C sont par conséquent beaucoup plus grands qu'avec la variante A. Bien que les deux variantes de centralisation soient compatibles avec le principe constitutionnel du **fédéralisme**, elles impliquent un remaniement de la répartition des compétences en place.

3.2.2 Appréciation des points communs

À ce jour, on manque d'expérience en ce qui concerne la centralisation de compétences législatives dans une matière transversale telle que le cadre technique visant ici à assurer la cohérence des processus numériques de l'administration publique. Même si l'objet à réglementer est clairement délimitable, il touche à de nombreux autres domaines sectoriels ou juridiques. Avec pour effet que la délégation de compétences (variante B) ou la définition de la compétence fédérale (variante C) s'accompagnent de réels défis. On ignore par conséquent jusqu'à quel point les règles à édicter seront acceptées sur le plan politique.

³⁵ Voir art. 43a, al. 1, art. 46, al. 3 et art. 47 Cst.

3.3 Variante B: règles contraignantes édictées par une organisation commune à la Confédération et aux cantons

3.3.1 Caractéristiques essentielles

La variante B comporte, du fait de la centralisation des compétences, certains points communs avec la variante C déjà présentés plus haut (voir ch. 3.2) et qui ne seront donc que ponctuellement mentionnés ci-après.

La variante B prévoit la création, par la Confédération et les cantons, d'une **organisation commune** habilitée à édicter des règles contraignantes pour les collectivités publiques³⁶. Elle pourra proposer des services techniques destinés à une utilisation conjointe – ou déléguer à des tiers la fourniture de telles prestations –, en imposant à toutes les collectivités publiques d'y recourir (obligation d'utilisation). L'organisation, financée par la Confédération et les cantons, doit pouvoir allouer des subventions à certaines collectivités publiques ou à des tiers chargés de tâches de droit public.

Pour que l'organisation puisse édicter des règles contraignantes ou rendre des décisions de force obligatoire, la Confédération et les cantons doivent lui **déléguer** leurs **compétences** dans les domaines concernés. À cet effet, il faudra créer une base constitutionnelle spécifique, habilitant la Confédération et les cantons à doter cette organisation commune de compétences législatives. Ce transfert de compétences et ses modalités seront définis dans des **bases légales** formelles (art. 164, al. 1, Cst.), à l'échelon de la Confédération (loi fédérale) comme des cantons (lois cantonales). En lieu et place de lois cantonales, les cantons peuvent conclure une convention intercantonale aux conditions énoncées à l'art. 48, al. 4, Cst.³⁷. Sur cette base légale, la Confédération et les cantons pourront conclure une **convention de collaboration** définissant le fonctionnement de l'organe commun.

En raison du caractère novateur d'une telle organisation, sa création exigerait **des efforts considérables** et son fonctionnement serait empreint d'incertitudes. La difficulté tient à ce que l'attribution de compétences à une organisation à cheval entre deux échelons étatiques est une **nouveauté en droit constitutionnel**. Elle complèterait la répartition binaire des compétences prévue dans la Constitution fédérale, en vertu de laquelle soit la Confédération, soit les cantons sont responsables d'un domaine sectoriel ou juridique.

Par conséquent, le classement des règles édictées par l'organisation commune dans l'actuelle **hiérarchie des normes**, fondée sur une séparation stricte des sources du droit³⁸, représente un défi juridique, au vu du caractère hybride du droit édicté conjointement par la Confédération et les cantons. Aussi faudrait-il, la question du niveau hiérarchique et le rapport au droit fédéral³⁹, en développant une solution ad hoc.

Pour les raisons précitées, on ne saurait se référer aux processus institutionnels déjà en

³⁶ La variante B correspond aux étapes 2 et 3 du développement prévu de l'ANS, qui diffèrent essentiellement par l'étendue des compétences législatives de cette dernière. La version de la variante B présentée ci-après correspond à l'étape 3.

³⁷ La conclusion d'un accord intercantonal déléguant des compétences législatives requiert l'approbation du parlement cantonal et celui des citoyens (tout au moins par un référendum facultatif). Quant à son contenu, le concordat devra décrire avec une précision suffisante la finalité, l'objet et la portée des compétences législatives déléguées.

³⁸ Voir expertise Glaser, p. 30.

³⁹ Il faudrait ici trouver une solution concernant la primauté du droit fédéral, qui tient dûment compte de la finalité de l'organisation commune. Selon l'expertise Glaser, on pourrait soit abroger la primauté du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst., voir aussi art. 190 Cst.) pour ce nouveau niveau normatif, soit concevoir un mécanisme approprié qui empêche le droit fédéral de s'imposer, soit rechercher d'autres approches encore pour relativiser la primauté du droit fédéral.

place (voies de droit⁴⁰, surveillance, hiérarchie des normes, etc.) pour la mise en œuvre de la variante B. On **manque d'expérience** en ce qui concerne ce type de collaboration institutionnalisée entre la Confédération et les cantons, c'est-à-dire une collaboration au sein d'une organisation commune à laquelle des compétences législatives ont été déléguées⁴¹.

3.3.2 Efficacité

La centralisation des compétences au sein d'une organisation commune à la Confédération et aux cantons comme le prévoit la variante B permet une **harmonisation uniforme et simultanée au niveau national**, dans la mesure où cette organisation serait habilitée (à l'instar de la Confédération dans la variante C) à édicter des règles contraignantes et à rendre l'utilisation de services techniques obligatoire.

Du fait de la délégation des compétences de la Confédération et des cantons, l'organisation selon la variante B dispose de compétences législatives propres. Elle jouit par conséquent d'une certaine **indépendance** vis-à-vis de l'éventuelle influence politique exercée par les collectivités publiques. Les décideurs peuvent ainsi rester focalisés sur les sujets à traiter sans que des structures politiques influencent ou entravent leurs décisions. En revanche, cette organisation n'étant pas impliquée dans les processus concrets des collectivités publiques, elle risque de prendre des décisions qui ne répondent pas, ou pas assez, aux besoins réels de ces dernières.

La participation des cantons et l'importance donnée aux aspects fédéralistes devraient favoriser l'**acceptation politique** des règles édictées. Par contre, l'absence de moyens d'influence du Parlement fédéral et des parlements cantonaux risquerait de l'affaiblir.

La collaboration de la Confédération et des cantons au sein de cette organisation commune garantit, en particulier, que **ces derniers peuvent faire valoir leur expertise directement dans le processus législatif**. Cela réduit également le danger de voir d'autres arguments politiques paralyser les projets législatifs, ce qui est plus probable de se produire avec la variante C. De plus, la variante B permet aux autorités exécutives cantonales d'exercer une influence plus directe sur les décisions nationales que la variante C⁴².

Avec une organisation commune selon la variante B, les **majorités requises** (le cas échéant, qualifiées⁴³) **risquent de ne pas être atteintes** en cas de divergences d'opinions. Par conséquent, l'introduction d'une norme commune ou d'une solution technique contraignante⁴⁴ pourrait être bloquée. Dans un tel contexte, l'organisation se cantonnerait alors peut-être à régler les **questions consensuelles**, se soumettant pour ainsi dire à une autolimitation. Avec comme conséquence d'éventuels retards dans l'introduction des processus numériques.

⁴⁰ Il faudrait définir des voies de droit spécifiques (art. 29a Cst.) pour les particuliers touchés par l'activité législative ou par les décisions de l'organisation commune. En cas d'incohérences internes à l'organisation, il faudrait déterminer si les procédures de règlement des litiges applicables aux conflits opposant la Confédération aux cantons ou les cantons entre eux seraient pourrissent être appliqués par analogie, ou si l'on devrait développer ici de nouveaux mécanismes.

⁴¹ À ce jour, il n'existe qu'un seul exemple de collaboration au sens de la variante B: dans le domaine des hautes écoles, la Confédération et les cantons ont créé un organe commun (Conférence universitaire suisse CUS), auquel certaines compétences ont été transférées. Outre l'introduction d'une disposition spécifique dans la Constitution fédérale (voir art. 63a, al. 1, 1^{re} phrase, Cst.), il a fallu mettre en place un concordat et une loi fédérale.

⁴² La mise en place d'une organisation commune à la Confédération et aux cantons limitera certes la marge de manœuvre politique des cantons puisque l'activité législative y relative ne serait plus menée de manière autonome. Les cantons auraient toutefois la possibilité de participer au processus législatif de l'organisation par le biais des membres de leur exécutif (voir expertise Glaser, p. 59).

⁴³ Actuellement, l'ANS requiert des majorités qualifiées, à savoir la majorité des représentants de la Confédération et la majorité des représentants des cantons (voir ch. 5.2.3, al. 4, et ch. 5.3.3, al. 3, conv.-cadre).

⁴⁴ Dans le domaine des hautes écoles, une compétence fédérale subsidiaire a été inscrite à l'art. 63a, al. 5, Cst., pour le cas où la coordination par l'intermédiaire l'organe commun ne fonctionnerait pas.

3.3.3 Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement

Parmi les trois variantes envisagées, la variante B est celle dont la mise en œuvre demande **le plus d'efforts**, et par conséquent le plus de temps. Outre une convention de collaboration (comme pour la variante A), elle requiert une modification constitutionnelle et des lois fédérales (comme pour la variante C), ainsi que des lois cantonales ou un concordat. Le processus législatif est donc encore plus exigeant que dans le cas de la variante C.

La conception de l'organisation en question représente un défi, car on **manque d'expérience** dans la mise en place d'une collaboration de cette nature. Du fait de son caractère novateur, cette forme d'organisation soulève une multitude de nouvelles questions, par exemple celles du droit applicable, de la hiérarchisation des normes dans l'ordre juridique, des voies de droit, ainsi que du pilotage et de la surveillance de ses organes. Pour la même raison, il n'est pas possible de s'appuyer sur des structures institutionnelles éprouvées. Par ailleurs, il faut veiller à ce que les collectivités publiques soient représentées de manière équilibrée dans les organes de l'organisation. Le but est en effet de parvenir à une collaboration institutionnalisée tout en préservant les moyens d'influence garantis par le système fédéraliste.

Outre sa création, le fonctionnement de l'organisation commune devrait lui aussi exiger d'importants efforts. La variante B, vu son acceptation politique plus faible par rapport à la variante A, exigerait une certaine **coordination** avant l'édiction de règles contraignantes, et, en cas de courtes majorités, des efforts de persuasion.

Si, en cours de fonctionnement, il s'avère par ailleurs que les **bases de l'organisation** doivent être modifiées – par exemple, parce que son fonctionnement n'est pas conforme aux attentes ou que les besoins ont changé –, des **processus législatifs** seront à nouveau nécessaires. Par rapport aux deux autres variantes, toute modification des bases de fonctionnement impliquera des efforts bien plus importants et exigera plus de temps. La variante B diffère de la variante C du fait qu'elle requiert de multiples processus législatifs, auxquels s'ajoute la modification de la convention de collaboration.

3.3.4 Effets sur les principes constitutionnels

La mise en œuvre de la variante B a de multiples effets sur les principes constitutionnels. Ils sont synthétisés ci-après.

- La centralisation des compétences au sein de l'organisation commune selon la variante B touche au principe constitutionnel du **fédéralisme**, car aussi bien la Confédération que les cantons doivent déléguer certaines de leurs compétences à l'organisation. Il en résulte une perte d'autonomie limitée pour les collectivités participantes.
- Avec la variante B, les membres des pouvoirs exécutifs cantonaux peuvent exercer une influence directe sur l'édiction des règles nationales, chose qui, avec la variante C, n'est possible que par le biais des droits de participation des cantons. À cet égard, la forme de collaboration prévue par la variante B tient mieux compte de l'**autonomie organisationnelle** des cantons que la variante C.
- L'organisation commune à laquelle la Confédération et les cantons ont délégué des compétences ne peut, de ce fait, être rattachée ni à l'un ni l'autre échelon étatique. Cette délégation de compétences **complète l'actuelle répartition binaire des compétences** prévue par la Constitution fédérale. Aussi faudra-t-il clarifier où classer les règles de cette organisation commune dans la **hiérarchie des normes** du droit fédéral.
- La mise en œuvre de la variante B touche également aux principes constitutionnels **de l'état de droit, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs**, en particulier du point de vue de la légitimation démocratique des organes, de leurs décisions et des

règles qu'ils édictent.

Les membres du groupe de travail ont conscience des défis constitutionnels qui résulteraient de la mise en œuvre de la variante B et s'accordent à dire que ces défis, pointés également par l'expertise Glaser, doivent être pris au sérieux. Cependant, leurs avis divergent quant à l'étendue et à l'importance des effets de la variante B sur les principes constitutionnels.

- ⇒ Certains reconnaissent certes que les principes constitutionnels en seraient affectés. Eu égard à l'objet très limité de la réglementation (normes techniques communes et obligation d'utiliser des services techniques), l'étendue des effets serait toutefois restreinte et ceux-ci pourraient être compensés par des mesures appropriées (voir explications ci-après). En outre, l'organisation technique de l'administration relève de toute façon de la responsabilité de l'autorité exécutive avant tout, et dans les faits, l'autorité législative s'en remet généralement à l'autorité exécutive pour l'organisation concrète, ou lui délègue explicitement cette compétence.
- ⇒ D'autres considèrent que la variante B porte atteinte à plusieurs principes constitutionnels qui sont coordonnés et s'équilibrent les uns les autres. Cette atteinte serait sévère puisqu'il s'agit d'une matière transversale et que des questions importantes portant sur l'utilisation de moyens techniques et financiers seraient réglées en dehors du champ de compétence et des mécanismes décisionnels des organes prévus par le droit constitutionnel.

Selon l'expertise Glaser, la création d'une organisation commune pose trois problèmes constitutionnels structurels⁴⁵:

«Tout d'abord, la haute surveillance parlementaire doit être assurée par la Confédération et les cantons. En outre, il faut prévoir les voies de droit pour les particuliers potentiellement affectés par l'édiction des règles (art. 29a Cst.), de même qu'une procédure de règlement des litiges opposant la Confédération et les cantons, ou les cantons entre eux. Enfin, il faut déterminer l'effet juridique des règles qui seront édictées par une organisation commune».

Pour la mise en œuvre de la variante B, l'expert recommande (outre le fait de respecter l'art. 48, al. 4, Cst.⁴⁶ lors de la création de l'organisation commune) les mesures suivantes pour remédier aux problèmes mentionnés⁴⁷:

- introduction d'une haute surveillance interparlementaire pour contrôler les organes de l'organisation commune;
- détermination du niveau hiérarchique des règles édictées par l'organisation;
- mise en place des voies de droit/d'une procédure de règlement des litiges.

Au sein du groupe de travail, les avis divergent également sur la question de savoir si ces mesures constitueront un cadre juridique suffisant pour compenser les effets de la mise en œuvre de la variante B sur les principes constitutionnels.

- ⇒ Une partie estime que ces mesures compensatoires seraient adéquates et efficaces, et permettraient de réduire les effets sur les principes constitutionnels – jugés

⁴⁵ Voir expertise Glaser, ch. 4 du résumé, p. 54.

⁴⁶ L'art. 48, al. 4, Cst. ([conventions intercantionales](#)) règle le transfert de compétences législatives à un organe intercantonal: «Les cantons peuvent, par une convention, habiliter un organe intercantonal à édicter pour sa mise en œuvre des dispositions contenant des règles de droit, à condition que cette convention:

a. soit adoptée selon la procédure applicable aux lois;
b. fixe les grandes lignes de ces dispositions.»

⁴⁷ Voir expertise Glaser, pp. 27 ss.

faibles – découlant de la variante B de manière satisfaisante⁴⁸. Selon elle, l'expertise Glaser partage cet avis puisque celle-ci considère la mise en œuvre de la variante B possible et réalisable⁴⁹.

⇒ Une autre partie – pour qui la variante B porte fortement atteinte aux principes constitutionnels – considère les mesures compensatoires mentionnées insuffisantes, et en partie inappropriées⁵⁰.

3.3.5 Appréciation

Par l'édition de règles contraignantes, la variante B permet une harmonisation simultanée à l'échelle nationale du cadre technique de l'administration publique. Parmi les trois variantes envisagées, la variante B est celle dont la mise en œuvre demande le plus d'efforts, car elle requiert, outre une modification constitutionnelle, des bases légales (Confédération et cantons) ainsi qu'une convention de collaboration. Il faut prévoir un temps de préparation de cinq à huit ans⁵¹ avant que les travaux de fond puissent commencer. La délégation de compétences de la Confédération et des cantons à l'organisation commune suppose d'éclaircir de nombreux points et de faire preuve d'innovation dans l'établissement des règles légales et constitutionnelles (par ex. échelon normatif, voies de droit, règlement des litiges). Le caractère novateur de cette forme d'organisation génère de nombreuses incertitudes sur le fonctionnement de celle-ci.

Du point de vue du droit constitutionnel, l'expert Glaser livre l'appréciation suivante à propos de l'organisation commune de la Confédération et des cantons (extrait)⁵²:

⁴⁸ La nouvelle disposition constitutionnelle qui définirait le cadre et le fonctionnement de la nouvelle organisation de même que les moyens d'influence des parlements requièrent l'approbation du peuple et des cantons. Ainsi, l'organisation commune jouirait d'une légitimité du point de vue du fédéralisme, de la démocratie et de l'état de droit. La nouvelle organisation doit être conçue de manière à éviter d'éventuels blocages. S'agissant de la forme de l'organisation, les prescriptions de l'art. 48, al. 4, Cst. définissent déjà un certain cadre. Lorsque l'organisation est opérationnelle, une commission de surveillance interparlementaire devrait être constituée pour ses organes. La disposition constitutionnelle assoit la légitimité démocratique des règles édictées par l'organisation. Pour surveiller les organes de cette dernière, il faut prévoir des voies de droit (voir «Garantie de l'accès au juge», art. 29a Cst.). À cet égard, on peut constater que dans le domaine de l'administration numérique, il n'existe à ce jour aucune différence fondamentale par rapport au système fondé sur la séparation des pouvoirs. Selon la logique de ce système, les processus de coordination technique relèvent de la responsabilité de l'autorité exécutive. Se reporter à la note 2 pour plus d'informations sur des projets de loi de ce genre.

⁴⁹ Voir également, dans l'expertise Glaser, les réponses aux questions 1.a et 1.d.

⁵⁰ Le respect des *prescriptions de l'art. 48, al. 4, Cst.* ne constitue qu'une légitimation démocratique très limitée. Les autorités législatives participantes ne peuvent prendre des décisions qu'au moment de la création de l'organisation. La convention-cadre concernant l'ANS montre que de tels actes constitutifs ne permettent pas de définir, avec le même degré de précision qu'une loi, quelles sont les tâches qui incombent à l'administration sur cette base, quelles doivent être les priorités, etc. À compter de la création de l'organisation, le pouvoir décisionnel échoit entièrement aux organes, dont les membres relèvent de l'autorité exécutive, car même une assemblée plénière ne peut prétendre constituer une représentation populaire élue. Les décisions des organes peuvent toutefois avoir des implications considérables tant sur le plan juridique que sur le plan politique et financier.

Une *haute surveillance interparlementaire* manque de moyens pour assurer une haute surveillance efficace. Les compétences des commissions de surveillance interparlementaires ne disposent pas de moyens de surveillance comparables à ceux d'un parlement à part entière, lequel peut exercer une influence sur l'autorité exécutive par des interventions, des décisions financières et des amendements législatifs. Vingt-sept parlements ne pourront jamais utiliser conjointement ces instruments de surveillance puissants, qui revêtent une importance centrale dans notre conception de la séparation des pouvoirs. Les droits d'enquête des commissions de surveillance interparlementaires risquent d'être inopérants si aucun parlement détenant l'autorité peut les appuyer. Par conséquent, sans une haute surveillance efficace et sans pilotage parlementaire, les organes constitués de représentants de l'autorité exécutive pourraient prendre leurs décisions librement et les imposer en mettant les 27 parlements devant le fait accompli.

Il faudrait aussi prévoir les *voies de droit* (voir «Garantie de l'accès au juge», art. 29a Cst.). Mais celles-ci ne peuvent pas contrebalancer le fait que les règles contraignantes à l'échelle nationale, dans cette variante de coopération, pour la plupart édictées par la seule autorité exécutive alors qu'il devrait s'agir de la fonction principale de l'autorité législative. Quant aux tribunaux, ils appliquent uniquement les règles édictées.

⁵¹ Un horizon de cinq ans ne semble réaliste qu'à la condition que les bases constitutionnelles et les bases légales soient élaborées en parallèle.

⁵² Voir expertise Glaser, p. 57 s.

«Mais compte tenu du rôle important que jouent les cantons et les communes dans l'organisation administrative et dans la procédure administrative, il y aurait de bonnes raisons de prévoir, dans le contexte de la numérisation de l'administration, une participation accrue des cantons dans le cadre de la législation fédérale, allant jusqu'à la conception active de règles contraignantes par ces derniers. Cet objectif ne sera réalisable en fin de compte que par une activité législative conjointe des cantons et de la Confédération, même si cela implique également une certaine centralisation, à un niveau qui se situe entre la Confédération et les cantons. Mais dans la mesure où l'administration fédérale devra se soumettre aux règles devant être édictées, la Confédération doit, elle aussi, être impliquée de manière déterminante dans le processus décisionnel.

Du point de vue démocratique, l'un des inconvénients de cette activité législative commune réside dans le fait que le renforcement du rôle des cantons a notamment pour effet d'accroître le pouvoir des gouvernements cantonaux. En dépit des préoccupations que suscite le transfert du pouvoir politique à l'exécutif et de la perte de transparence qui en découle, un domaine aussi intriqué que celui de l'administration demande un travail législatif mené conjointement par la Confédération et les cantons. L'utilisation des moyens informatiques, en particulier, requiert une coordination importante sur le plan juridique, ce qui explique pourquoi la numérisation constitue un champ d'application évident du fédéralisme coopératif. Par rapport à une centralisation au niveau de la Confédération, cette solution offre de meilleures perspectives pour la mise en œuvre durable de normes relatives à la numérisation de l'administration. L'un de ses avantages notables est que l'expertise et l'acceptation politique des cantons seront nécessairement intégrées dans le processus législatif, auquel les cantons peuvent prendre une part active. Le danger de voir d'autres arguments politiques paralyser les décisions, comme cela pourrait arriver au niveau fédéral, s'en trouve ainsi écarté. La concentration du pouvoir à l'échelon des gouvernements cantonaux se justifie par le fait qu'ils sont à la tête des administrations dont dépend la réussite de la transformation numérique.

L'activité législative conjointe de la Confédération et des cantons présente des défauts du point de vue de la démocratie et de l'état de droit. Ceux-ci doivent être pris au sérieux et compensés, dans la mesure du possible, par un dispositif juridique adéquat.»

Les membres du groupe de travail ont porté des appréciations divergentes sur la prédominance (globalement reconnue) du pouvoir exécutif dans la variante B, qui limite la séparation des pouvoirs.

- ⇔ Certains sont d'avis que les nombreuses collaborations réunissant des membres de l'exécutif témoignent du fait que la prédominance du pouvoir exécutif dans l'organisation commune selon la variante B ne constituerait pas un obstacle dans la pratique.
- ⇔ D'autres font valoir que dans le contexte international, la prédominance du pouvoir exécutif dans le cadre d'une collaboration intergouvernementale serait inévitable, faute d'options. Dans un État fédéral comme la Suisse, la Confédération représente toutefois l'échelon approprié pour mener à bien les tâches centralisées. La centralisation de compétences doit donc se faire à l'échelon fédéral. Afin de limiter son pouvoir, la Confédération a été intégrée dans un réseau de contrepouvoirs (*checks and balances*) soigneusement équilibré, ce qui ne serait pas le cas avec une organisation commune. Si une compétence fédérale était mise en place, il serait garanti que la Confédération exerce celle-ci dans le respect des principes constitutionnels reconnus, en particulier en ce qui concerne la séparation des pouvoirs.

Best case

- ❖ Après la création de l'organisation commune (cinq à huit ans), celle-ci édicte des règles contraignantes pour l'ensemble des collectivités publiques, qui sont directement applicables.
- ❖ La collaboration étroite au sein de l'organisation permet de fixer, pour la Confédération, les cantons et les communes, des normes et des solutions techniques qui répondent aux besoins réels des collectivités publiques et portent leurs fruits dans la pratique.
- ❖ L'harmonisation prévue à l'échelle nationale progresse à grands pas et l'objectif visé, c.-à-d. l'utilisation de processus numériques cohérents entre les collectivités publiques, est rapidement atteint.

Worst case

- ❖ La création de l'organisation commune prend du retard, car de nombreuses questions (par ex. sur la délégation des compétences, la hiérarchie des normes, les voies de droit) doivent être éclaircies au cours du processus législatif. De ce fait, l'organisation ne peut commencer ses travaux qu'au bout d'une période de plus de huit ans. À ce stade, le développement des solutions techniques est déjà bien avancé dans les collectivités publiques, de sorte que celles-ci ne sont pas disposées à abandonner les normes et solutions en place.
- ❖ L'organisation veut édicter des règles, mais le processus est bloqué parce que la majorité requise n'est pas atteinte. Par ailleurs, les règles édictées se heurtent à une forte résistance politique et tardent à être mises en œuvre.
- ❖ Le caractère novateur de la forme d'organisation génère de nombreuses incertitudes, et l'ampleur des points à régler est difficile à évaluer. Après de premières expériences, la nouvelle organisation suscite un mécontentement grandissant. À la différence de la Confédération, elle n'est pas aussi bien ancrée dans le dispositif constitutionnel et son pouvoir n'est pas limité par les principes de démocratie et d'état de droit.

3.3.6 Aperçu (tableau)

Pour conclure, les principales caractéristiques de la **variante B** sont reprises dans un tableau permettant de voir d'un coup d'œil ses avantages et ses inconvénients.

Efficacité	Efforts nécessaires	Principes constitutionnels
• Forme d'organisation permettant une certaine indépendance vis-à-vis des influences politiques (possibilité de rester focalisé sur les sujets à traiter ↔ danger de s'éloigner des besoins réels) • Les autorités exécutives cantonales font directement valoir leur expertise dans le processus législatif, ce qui n'est pas le cas avec la variante C; cela conduit à une meilleure acceptation politique • Les divergences d'opinions entre les échelons étatiques risquent d'entraver la prise de décision • Acceptation politique susceptible d'être favorisée par l'importance donnée aux aspects fédéralistes, ou fragilisée par l'influence restreinte du Parlement fédéral et des parlements cantonaux	Effort initial: • Effort le plus important de toutes les variantes, notamment pour: révision constitutionnelle, loi fédérale, lois cantonales/concordat et convention de collaboration • La mise sur pied de l'organisation est complexe Effort après entrée en fonction: • L'édiction de règles contraignantes suppose une coordination plus poussée que les recommandations de la variante A	<i>La mise en œuvre de la variante B a de multiples effets sur les principes constitutionnels. L'étendue et l'importance de ces effets, de même que l'efficacité des mesures compensatoires suscitent des avis divergents au sein du groupe de travail</i>

3.4 Variante C: règles contraignantes édictées par la Confédération

3.4.1 Caractéristiques essentielles

La variante C prévoit – comme la variante B – une centralisation des compétences auprès d'un seul décideur, en l'occurrence la Confédération. Cette dernière est habilitée à édicter des règles contraignantes et à les imposer au niveau national. Les avantages et les inconvénients de la centralisation des compétences (voir les explications au ch. 3.2) ne seront que brièvement mentionnés ci-après.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Confédération ne dispose pas des compétences

suffisantes pour imposer aux cantons et aux communes des règles contraignantes en matière de normes, de fourniture de prestations ou d'utilisation de services techniques. Par conséquent, il faudrait lui attribuer une **compétence législative** précisément définie sur le plan matériel, transversale (car touchant à toutes sortes de domaines) et fragmentaire (puisque limitée aux normes techniques et à l'utilisation de services techniques) et de l'inscrire dans la Constitution fédérale.

La mise en œuvre de la variante C présuppose une révision constitutionnelle et l'édiction d'une loi fédérale. Ce **processus législatif** supposerait un travail important et prendrait un certain temps.

Selon l'étendue et la définition de la compétence fédérale (avec par ex. des droits de participation supplémentaires pour les cantons), on ne peut exclure que les réserves émises par les cantons retardent le processus législatif ou que le Parlement limite la compétence de la Confédération au point de remettre en question son efficacité et sa portée. Le **résultat du processus législatif** serait donc teinté d'incertitudes.

3.4.2 Efficacité

La solution fédérale de la variante C repose sur les institutions et les processus éprouvés et équilibrés de l'État fédéral. On peut donc s'attendre à ce que les structures décisionnelles bien établies confèrent à la Confédération une **capacité d'agir globalement plus importante** que celle de l'organisation commune selon la variante B. Quel que soit le degré d'opposition des cantons, la Confédération reste libre de prendre des décisions tout en tenant compte des besoins des cantons. Tandis qu'avec la variante B, on court le risque de voir la prise de décision entravée en cas de désaccord entre les échelons étatiques, faute de majorité.

3.4.3 Efforts demandés par la mise en œuvre et le fonctionnement

La mise en œuvre de la solution fédérale, soit la variante C, requiert **des efforts bien plus importants que la variante A** dans la mesure où il faut procéder à des modifications constitutionnelles et législatives. La variante C exige cependant **des efforts sensiblement moins importants que la variante B**, qui demande de surcroît des bases légales cantonales (ou un concordat) ainsi qu'une convention de collaboration, à l'instar de la convention-cadre concernant l'ANS.

La compétence fédérale qu'il s'agirait de créer constituerait une **compétence transversale** fragmentaire, nouvelle en son genre. L'élaboration d'une compétence de cette nature, dont le contenu devrait être précisément défini, ne serait donc pas chose aisée.

L'**acceptation politique** des règles fédérales contraignantes (*top down*) serait sans doute plus faible que celle des recommandations prévues par la variante A (pas de normes contraignantes). Elle risquerait d'être fragilisée, en particulier parce que la centralisation des compétences à l'échelon fédéral limitera les compétences des cantons. Mais le fait que le Parlement fédéral ne perde pas de son influence et que les principes constitutionnels soient préservés pourrait aussi la renforcer. De plus, le recours à des structures et à des processus reconnus favorise la transparence et la prévisibilité des décisions.

Pour la solution fédérale, à savoir la variante C, il faudrait prévoir des plateformes d'échange et de coordination – en plus des moyens de participation qu'offre déjà la procédure de consultation. Ce transfert de connaissances aussi bien de bas en haut (*bottom up*) que de haut

en bas (*top down*) permettrait de mieux évaluer les besoins des collectivités publiques, l'ampleur des points à régler et les éventuels obstacles à la mise en œuvre⁵³. Dans l'hypothèse où la variante C est choisie, l'ANS pourrait donc être maintenue jusqu'à sa mise en œuvre, puis transformée en un organe consultatif⁵⁴.

Dès que la variante C est opérationnelle, cette forme d'organisation devrait se révéler plus souple que la variante B. La Confédération peut édicter les règles contraignantes nécessaires pour l'harmonisation technique sous forme soit de loi, soit d'ordonnance, en fonction de la teneur et de la portée des règles en question; cette possibilité de choisir **le niveau normatif approprié** permet de parvenir en un temps optimal à des solutions cohérentes à l'échelle nationale.

Enfin, toute **modification des bases de l'organisation** (droit fédéral) passera par la procédure habituelle. Contrairement à la variante B, l'amendement des dispositions contractuelles ou du droit cantonal n'est pas requis.

3.4.4 Effets sur les principes constitutionnels

La création d'une nouvelle compétence fédérale entraîne un transfert de compétence entre les échelons étatiques et une perte d'autonomie pour les cantons. La concentration des compétences à l'échelon fédéral touche au **fédéralisme**. Par conséquent, la compétence législative de la Confédération serait seulement fragmentaire et définie aussi précisément que possible, de sorte que l'autonomie organisationnelle des cantons^{55, 56} – qui revêt une importance toute particulière dans le domaine des autorités administratives et de leurs processus⁵⁷ – et l'autonomie des communes ne soient pas inutilement limitées par les règles contraignantes de la Confédération. La définition précise de cette nouvelle compétence transversale doit aussi empêcher que la politique sectorielle des cantons soit influencée par les règles fédérales.

Les droits de participation des cantons, tels que prévus dans les processus législatifs de la Confédération, pourraient être renforcés par des **moyens de participation supplémentaires** (par ex. organes consultatifs réunissant des représentants des communes et des cantons, implication précoce des cantons dans l'élaboration des projets législatifs, prise en compte des positions majoritaires divergentes des cantons, planification coordonnée de la mise en œuvre). Ces instruments supplémentaires risqueraient d'accroître la complexité et la durée du processus d'édiction de règles ainsi que la charge de travail afférente, et donc de **limiter la capacité de la Confédération** à mener à bien ses projets.

L'introduction d'une nouvelle compétence fédérale est conforme aux principes constitutionnels **de l'état de droit, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs**. Avec la variante C, les organes qui rendent des décisions de force obligatoire sont légitimés démocratiquement (Conseil fédéral, Parlement fédéral) et les règles sont édictées dans le

⁵³ Voir expertise Glaser, p. 57.

⁵⁴ Voir expertise Glaser, pp. 38, 57.

⁵⁵ Voir l'art. 43a, al. 1, l'art. 46, al. 2 et l'art. 47 Cst.

⁵⁶ «La liberté d'organisation des cantons est déjà incluse – dans ses grandes lignes – dans l'autonomie constitutionnelle, elle règle également le détail des structures administratives, détermine les compétences à raison de la matière et du lieu pour l'accomplissement des tâches et le déroulement des procédures» (Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann/René Wiederkehr, *Staatsorganisationsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2017, chapitre 6, pt 36).

⁵⁷ Voir expertise Glaser, p. 57 s.: «Il n'y a guère de domaine où les cantons n'affirment autant leur autonomie organisationnelle que dans leur propre activité administrative. La structure des autorités administratives cantonales et communales, qui se différencie parfois également au niveau des districts, de même que le droit de la procédure administrative présentent une grande diversité. Aussi, on retrouve des particularités notables dans les processus et les procédures des autorités cantonales et communales.»

cadre de processus législatifs prévus à cet effet, dans le respect de la séparation des pouvoirs. S'agissant des voies de droit et des éventuels litiges avec les cantons, on peut s'appuyer sur les structures existantes.

Puisque le rôle de l'autorité législative reste inchangé, la prise de décisions parlementaires transparentes (avec, le cas échéant, un référendum) est garantie. Cela vaut aussi pour le **processus budgétaire** relatif au financement de prestations et de subventions pour les projets. Par ailleurs, la haute surveillance que le Parlement exerce sur l'autorité exécutive est assurée.

3.4.5 Appréciation

La variante C permet, comme la variante B, une harmonisation simultanée du cadre technique à l'échelle nationale. Sa mise en œuvre suppose une révision constitutionnelle ainsi qu'une loi fédérale. On estime qu'elle prendra entre trois et cinq ans⁵⁸.

Dès lors que la variante C aura été mise en œuvre, la Confédération pourra édicter, au niveau normatif approprié, des règles contraignantes conformément aux principes constitutionnels éprouvés.

La variante C respecte les principes constitutionnels que sont l'état de droit, la démocratie et la séparation des pouvoirs. Pour compenser la perte d'autonomie des cantons (fédéralisme), des moyens de participation supplémentaires seraient envisageables.

Best case

- ❖ La nouvelle compétence fédérale est définie de manière précise et ciblée, de sorte que la concentration des compétences ne suscite pas d'opposition de la part des communes et des cantons. La Confédération peut commencer le travail de réglementation après trois ans au plus tôt.
- ❖ L'édiction de règles par voie d'ordonnance et les travaux préparatoires menés parallèlement à la mise en œuvre peuvent accélérer le processus législatif.
- ❖ La Confédération peut édicter des règles contraignantes au plus tôt un an après la création de la compétence fédérale, soit quatre ans après le début de la mise en œuvre de la variante C. À partir de ce moment, l'objectif d'une harmonisation à l'échelle nationale est rapidement réalisé.

Worst case

- ❖ Le Parlement n'approuve l'introduction d'une nouvelle compétence fédérale et sa définition qu'à l'issue d'un processus de longue haleine.
- ❖ La compétence fédérale est définie de manière imprécise. Cela entraîne une érosion de l'autonomie organisationnelle des cantons, voire même une limitation matérielle des compétences de ces derniers.
- ❖ Après l'introduction de la compétence fédérale, les moyens de participation supplémentaires des cantons retardent l'édiction des règles contraignantes et en compliquent la mise en œuvre par la Confédération.

⁵⁸ Un horizon de trois ans ne semble réaliste qu'à la condition que les bases constitutionnelles et les bases légales soient élaborées en parallèle. Contrairement à la variante B, les travaux de fond, à savoir l'édiction de règles contraignantes par voie d'ordonnance, pourraient débiter au cours de la phase de mise en œuvre.

3.4.6 Aperçu (tableau)

Pour conclure, les principales caractéristiques de la **variante C** sont reprises dans un tableau permettant de voir d'un coup d'œil ses avantages et ses inconvénients.

Efficacité	Efforts nécessaires	Principes constitutionnels
- Les structures décisionnelles bien établies renforcent le pouvoir d'agir de la Confédération (à la différence de la variante B) - Les désaccords entre les échelons étatiques ne se soldent pas par des blocages, car la Confédération peut décider en dernière instance	Effort initial: - Efforts bien plus importants que pour la variante A (révision constitutionnelle et loi fédérale), mais sensiblement moins importants que pour la variante B (pas de lois cantonales, pas de convention de collaboration) - Acceptation politique susceptible d'être fragilisée par la centralisation à l'échelon fédéral (plus gros travail de persuasion auprès des cantons) ou d'être favorisée étant donné que le Parlement fédéral ne voit pas son influence diminuer, que les principes constitutionnels sont respectés et que l'on s'appuie sur des structures reconnues (moins de travail de persuasion au Parlement) Effort après entrée en fonction: - L'édiction de règles contraignantes au niveau normatif approprié (loi, ordonnance) permet de parvenir en un temps optimal à une harmonisation à l'échelle nationale	Fédéralisme: - Centralisation à l'échelon fédéral (compétence fédérale précisément définie) - La perte d'autonomie des cantons sera compensée en partie par des moyens de participation supplémentaires (par ex. prise en compte des positions majoritaires divergentes des cantons, introduction de quorums ou déclaration de force obligatoire pour les avis divergents); ces moyens de participation risquent de limiter la capacité de la Confédération à mener à bien ses projets État de droit, démocratie et séparation des pouvoirs: - Ces principes sont respectés et assurent un juste équilibre avec le principe de fédéralisme