

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Suter
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
DFJP
3000 Berne

Par courrier électronique à :
rechtsdienst@gs-efd.admin.ch

Lausanne, le 5 octobre 2022

Loi fédérale sur l'identité électronique et autres moyens de preuve électroniques (LeID) – Avant-projet – Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis dans le cadre de la procédure de consultation sur l'avant-projet de la loi fédérale sur l'identité électronique et autres moyens de preuve électroniques (LeID).

Une identité électronique fiable accélérera la numérisation des administrations publiques et participera grandement à la transition numérique de notre pays. Le Conseil d'Etat salue la diligence avec laquelle le Conseil fédéral, après le refus en votation populaire du précédent projet de loi en mars 2021, a su prioriser ce thème important. Il se réjouit de constater que ce nouveau projet prend en compte les éléments qui faisaient défaut dans le précédent projet, en particulier le rôle et la responsabilité de la Confédération dans la délivrance des identités et dans la mise à disposition et le maintien de l'infrastructure de confiance, le respect de la sphère privée par une décentralisation et une minimisation des données personnelles, l'extension du périmètre à un écosystème global qui inclura des moyens de preuve électroniques de tout type ou encore la gratuité pour l'ensemble des individus. Le Conseil d'Etat constate encore que l'avant-projet tient compte de la compatibilité de l'identité électronique avec les projets européens, ce qui est primordial dans un contexte de mobilité et d'amélioration de l'expérience utilisateur. Finalement, il reconnaît également l'importance que cette identité puisse être utilisée dans de nombreux domaines, en particulier celui de la santé numérique et du dossier électronique du patient.

Si le Conseil d'Etat soutient de manière générale cet avant-projet qui va dans le sens de la volonté populaire exprimée en votation, il formule toutefois les réserves et remarques suivantes qu'il vous prie de bien vouloir prendre en considération. Les observations ci-après sont d'ordre général. Une annexe à ce courrier regroupe les observations article par article et fait partie intégrante de cette prise de position.

Définitions et terminologie

Le Conseil d'Etat juge opportun d'introduire dans la loi une disposition spécifique destinée à définir certains termes, tels que « e-ID », « moyens de preuve électroniques », « registre de base » ou encore « clé cryptographique ». Le projet de loi gagnerait ainsi en clarté pour les personnes dont les connaissances ne permettent pas d'appréhender la complexité de ce thème.

Simplicité et convivialité

Le Conseil d'Etat est d'avis que le succès de la diffusion de l'e-ID au sein de la population sera possible uniquement si la procédure pour son obtention ainsi que son utilisation quotidienne sont rendues simples et conviviales mais également accessibles à l'ensemble de la population, indépendamment de la réalité de la fracture numérique dans notre pays. Il demande ainsi au Conseil fédéral de prévoir des dispositions d'exécution dans ce sens.

De plus, le Conseil d'Etat estime que la perception d'émoluments pour l'utilisation du système des copies de sécurité (article 26, alinéa 2) pourrait amener certaines personnes à renoncer à la sécurisation de leur e-ID et autres moyens de preuve électroniques, ce qui, à terme, pourrait prêter une partie de la population. A ce titre, il demande au Conseil fédéral de renoncer à ces émoluments.

D'un point de vue technique, pour que l'intégration de l'e-ID se passe au mieux dès son entrée en vigueur, le Conseil d'Etat souhaite obtenir rapidement de la Confédération les modèles d'échanges propres à assurer un interfaçage rapide et normalisé. Par ailleurs, pour encourager la population à adopter l'e-ID, il semble indispensable que les moyens de protection contre les abus d'identité et les procédures de révocation de l'e-ID fassent l'objet d'une information et d'une communication systématiques.

Conditions personnelles et solutions cantonales

Le Conseil d'Etat relève que l'article 3 de l'avant-projet précise que seules les personnes titulaires d'un document d'identité valable ou d'une pièce de légitimation valable pourront obtenir une e-ID, qui n'est dès lors pas qu'un simple login mais bien l'équivalent numérique de la pièce d'identité. Toutefois, il rappelle que le cercle des personnes interagissant avec les autorités cantonales et communales est plus large que celui prévu par cet article (frontaliers, personnes possédant une résidence secondaire, etc.). A ce jour, la loi sur la cyberadministration vaudoise permet d'attribuer des moyens d'identification électronique à l'ensemble de la population avec laquelle l'administration cantonale interagit. Le Conseil d'Etat estime donc indispensable que le Conseil fédéral examine la possibilité d'introduire une e-ID spécifique avec un champ d'application restreint pour la population qui ne remplit pas les conditions personnelles prévues à l'article 3 mais qui interagit régulièrement avec les administrations suisses.

Pour résoudre cette difficulté, il pourrait également se révéler indispensable que les cantons poursuivent l'exploitation de leur propre solution cantonale (moyens d'identification électronique) dans le cadre de leur cyberadministration. Ainsi, le Conseil d'Etat demande au Conseil fédéral de déterminer le statut de ces moyens d'identification électronique par rapport à la nouvelle e-ID et de préciser que ces derniers pourront toujours être utilisés pour des prestations nécessitant une authentification forte.

Mineurs

L'article 4 de l'avant-projet énonce que seuls les mineurs de moins de 14 ans devront avoir le consentement de leur représentant légal pour recevoir une e-ID. Pour le Conseil d'Etat, il est loin d'être certain que tous les adolescents dès l'âge de 14 ans soient à même de prendre la mesure du risque lié à l'usage de leurs données personnelles ou de « prêt » à un camarade de leurs e-ID. La responsabilité civile des mineurs incombe en règle générale à leurs parents et il ne semble donc pas que l'exigence d'une autorisation parentale pour tous les mineurs soit une exigence particulièrement insurmontable. Le Conseil d'Etat est d'avis que l'obtention d'une e-ID par un mineur doit remplir les mêmes conditions que celle pour l'obtention d'une carte d'identité ou d'un passeport dès l'instant où cette e-ID peut être utilisée de manière beaucoup plus large que dans une interaction avec une autorité publique.

Si l'objectif est aussi de permettre aux mineurs d'être les seuls à pouvoir accéder à la totalité de leur dossier électronique du patient, il semblerait alors préférable de prendre d'autres mesures, par exemple en rendant certains éléments du dossier du patient inaccessibles aux parents du patient.

Emoluments et coûts pour les cantons

L'article 9 de l'avant-projet prévoit que toute autorité ou tout service qui accomplit des tâches publiques doit accepter l'e-ID lorsqu'il recourt à l'identification électronique. Cette norme vise également les autorités cantonales et communales. Le Conseil d'Etat rappelle à ce titre que certains cantons ont déjà développé leur propre système de cyberadministration avec des solutions diverses de moyens d'identification électronique, pour lequel ils ont assumé des coûts de mise en œuvre puis des coûts de maintenance.

Ainsi, le Conseil d'Etat estime que le coût que représente l'introduction de l'e-ID pour les cantons n'est pas suffisamment pris en compte dans le projet mis en consultation. En effet, le rapport explicatif indique que les éventuels coûts d'adaptation des systèmes cantonaux seront contrebalancés par les gains d'efficacité en lien avec l'introduction de l'e-ID. Or, à ce stade, même s'il reste très difficile de prévoir les coûts des adaptations logicielles, il est probable que ceux-ci impacteront de nombreux services et seront vraisemblablement importants. De même, il est difficile d'affirmer que l'introduction de l'e-ID va forcément de pair avec des gains d'efficacité. Le Conseil d'Etat souhaite que le Conseil fédéral détaille ce point dans son message.

De plus, l'obligation faite aux cantons d'accepter l'e-ID fédérale a pour corollaire que les cantons auront l'obligation de s'inscrire sur le registre de base prévu à l'article 17 de l'avant-projet et donc seront obligatoirement astreints au paiement des émoluments prévus à l'article 26 de l'avant-projet. Ceci contrevient clairement au principe d'équivalence fiscale. S'agissant d'un projet fédéral, imposé aux cantons, la Confédération devrait assumer seule les effets financiers du projet ou tout au moins veiller à ce que l'art. 3, al. 2, Ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol), qui énonce que l'administration fédérale ne perçoit pas d'émoluments des organes intercantonaux, des cantons et des communes pour autant qu'ils lui accordent la réciprocité, s'applique également au cas présent et à ce que les compensations entre les collectivités publiques soient réduites au minimum.

Responsabilité des cantons

Le Conseil d'Etat note qu'à la question des coûts et des émoluments s'ajoute le fait que les cantons seront chargés, selon l'article 8 de l'avant-projet, d'offrir une assistance en relation avec l'émission et l'utilisation des e-ID. Ils devront pour ce faire désigner des services chargés de donner de l'assistance générale en lien avec différents processus cyberadministratifs ainsi que des points de contact à proximité des personnes qui pourraient en avoir besoin. Ces tâches nouvelles pourraient considérablement alourdir la charge de travail et nécessiter la création de postes supplémentaires. Dès lors, le Conseil d'Etat estime nécessaire d'examiner la possibilité de mettre sur pied un support au niveau fédéral (*service desk*) qui pourrait compléter le support local offert par les cantons sur la base de l'article 8.

Protection des données et application des lois cantonales de protection des données

De manière générale et au vu des finalités exprimées et de la portée du projet, qui tend à la délivrance d'une identité électronique, le Conseil d'Etat est d'avis que les dispositions légales relatives au traitement de données et à la communication dans le cadre du processus d'émission devraient être plus développées.

L'article 1, alinéa 2, liste les principes applicables, destinés à protéger la personnalité et les droits fondamentaux de la personne, et essentiels pour une acceptation du projet par la population. Alors que l'article 7 de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données (nLPD) parle de « protection des données dès la conception et par défaut », le Conseil d'Etat note que la reprise du principe n'est que partielle à l'article 1 alinéa 2 lettre b chiffre 1 de l'avant-projet. Afin d'ancrer dans la loi le fait que la protection des données doit être systématiquement et automatiquement prise en compte, dans le cadre des développements informatiques notamment, le Conseil d'Etat demande au Conseil fédéral de reprendre les principes de la nLPD dans leur entier (dès la conception et par défaut).

De plus, au chapitre 6.7, le rapport explicatif indique que « la Confédération (fedpol et autres autorités), les émetteurs et les vérificateurs du secteur public sont soumis aux dispositions applicables aux organes fédéraux », soit à la loi fédérale sur la protection des données (LPD puis nLPD). Le Conseil d'Etat estime toutefois indispensable de préciser quelles seront les règles applicables aux traitements de données des titulaires d'e-ID et autres moyens de preuve électroniques lorsque leurs données seront traitées par les cantons et les communes, notamment sur les infrastructures propres (par exemple aux points de contact cantonaux définis à l'article 8).

En conclusion, le Conseil d'Etat réitère son soutien à cet avant-projet de loi qui va dans le sens de la volonté populaire exprimée lors de la votation du 7 mars 2021. Il salue la rapidité avec laquelle le Conseil fédéral a produit une nouvelle proposition afin de disposer rapidement d'une e-ID étatique et fiable pour faciliter les échanges en ligne et faire avancer la numérisation de notre pays. Il émet toutefois un certain nombre de remarques sur cet avant-projet et vous prie de bien vouloir les prendre en considération lors de l'élaboration du projet de loi et du message.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ce courrier, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations les meilleures.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Christelle Luisier Brodard

LE CHANCELIER



Aurélien Buffat

Annexe mentionnée

Copies

- Office des affaires extérieures
- Direction générale du numérique et des systèmes d'information

ANNEXE

Commentaires article par article

Article 1, alinéa 1, lettre a, alinéa 2, lettres a et b, et articles 4, 5, 13, 15, 16, 18 et 21 – notion de « personnes »

Le projet mentionne tantôt « personnes », « personnes physiques » ou « personnes privées ». Cela entraîne des difficultés de compréhension. Il serait préférable de se conformer à la terminologie du Code civil en distinguant personnes physiques et personnes morales.

Article 1, alinéa 2, lettre d

Il serait plus clair de scinder la lettre d en deux lettres supplémentaires : « e. à assurer la sécurité de l'infrastructure, f. à garantir une émission... ». Le commentaire précise : « *Différents aspects à régler au niveau de l'ordonnance seront beaucoup plus équivoques sur le plan technologique, voire même plus spécifiques à la technologie* ». Il faut se référer aux versions allemande et italienne pour comprendre le sens de cette phrase. Le texte pourrait être rédigé de la manière suivante pour plus de clarté : « *Plusieurs aspects techniques, qui doivent être réglés par voie d'ordonnance, ne sont pas encore définitivement connus d'un point de vue technologique, voire dépendent de l'évolution de cette dernière.* »

Article 2 (Forme et contenu)

Il est mentionné que les données personnelles viendront des registres officiels. A l'exception des photographies, qui viendront de ISA ou SYMIC, il n'est pas mentionné, à cet article, de quels registres viendront les autres informations. Une clarification sur ce point serait nécessaire, d'autant qu'à l'art. 11, il est indiqué qu'il s'agit des données d'ISA et de SYMIC. Il convient également d'être attentif aux éventuelles différences entre les sources de données.

Le commentaire ad article 2, alinéa 1 prévoit que la Confédération met en place une infrastructure de confiance qui permettra aux acteurs publics et privés d'émettre divers moyens de preuve électroniques. Le commentaire fait renvoi aux limitations posées par l'article 18, alinéa 3 du projet mais celui-ci ne pose pas de telles limitations. Il faudrait définir ces limitations.

L'alinéa 3, lettre e, impose que la pièce de légitimation qui a été utilisée pour l'émission de l'e-ID soit intégrée dans l'e-ID elle-même. Dans la mesure où les autorisations pour étrangers sont régulièrement sujettes à des modifications (non renouvellement, révocation, changement de statut etc.), il convient de définir si l'e-ID devra être mise à jour à chacune de ces modifications. Dans l'affirmative, il faudra définir si une solution technique permettra un échange d'informations entre SYMIC et l'autorité émettrice ou si les cantons seront tenus de signaler tous ces changements à fedpol, moyennant un surplus de travail très important pour les services cantonaux de migration.

Article 3 (Conditions personnelles)

L'utilisation de la terminologie « *pièce de légitimation valable* » ne convient pas pour définir une personne se trouvant légalement en Suisse. Au sens de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI), la « pièce de légitimation » correspond en effet à un passeport ou une pièce d'identité (art. 13 LEI). Par conséquent, il vaudrait mieux parler

de titulaire de « *titre de séjour valable* ». Cette remarque vaut également pour les articles 2 et 5 du projet de loi.

De plus, il apparaît par ailleurs nécessaire de préciser si les ressortissants suisses vivant à l'étranger auraient la possibilité de bénéficier d'une e-ID, et si tel devait être le cas, de préciser, à tout le moins, les conséquences au niveau de la communication des données transfrontières entre le pays de résidence du ressortissant suisse et la Suisse. De la même manière, il convient de prendre en compte également la situation des personnes bénéficiant d'une carte de légitimation du DFAE au sens de l'OLEH (enfants majeurs des fonctionnaires internationaux, par exemple).

Finalement, le commentaire ad article 3, lettre b prévoit : « *Lorsque cela est justifié et prévu expressément par la loi, il est possible de limiter l'accès à certains services aux titulaires d'un permis étranger dont l'identité n'a pas pu être vérifiée de façon fiable.* ». Le message ne saurait étendre le champ de la loi. Or, le projet ne prévoit pas expressément la limitation énoncée dans le commentaire.

Article 4 (Emission)

Concernant l'alinéa 2, il mériterait de clarifier comment le système saura qu'une personne est sous curatelle.

L'alinéa 4 prévoit la possibilité pour fedpol de prendre des données biométriques d'une personne pour pouvoir les comparer avec les données enregistrées dans SYMIC ou ISA et vérifier son identité. Or, il n'y a pas systématiquement, pour chaque bénéficiaire de titre de séjour, de photo enregistrée dans SYMIC. C'est en particulier le cas dans le domaine de l'asile, SYMIC ne prévoyant pas d'emplacement pour intégrer les photos des titulaires de permis F ou N. Pour cette catégorie de personnes, il n'y aura par conséquent jamais de photo qui permette de vérifier une identité. L'articulation de cette disposition avec la réalité du terrain devrait être précisé dans le message, ainsi que la mobilisation éventuelle des centres de biométrie cantonaux.

De plus, cette disposition constitue, selon le rapport explicatif, la concrétisation du principe de légalité consacré à l'art. 34 al. 2 let. c nLPD. Toutefois, en ce qui concerne la collecte et l'utilisation des données biométriques, la disposition légale, potestative, apparaît légère en termes de densité normative. Il serait nécessaire de préciser dans quels cas la biométrie sera utilisée et des comparaisons effectuées ainsi que le logiciel qui sera utilisé.

Article 5 (Révocation)

Concernant la révocation des e-ID, les éléments suivants devraient être précisés dans le projet de loi, respectivement dans le message :

- Les aspects relatifs au rapport de droit administratif qui existera entre les requérants et fedpol (dans le cas, par exemple, où fedpol révoque immédiatement l'e-ID car il existe un soupçon fondé - dont il serait d'ailleurs judicieux de préciser la nature - d'utilisation abusive de celle-ci, il serait nécessaire de préciser si une décision administrative doit être rendue, et si cas échéant, la personne concernée pourra contester).
- Les mécanismes prévus pour éviter des révocations systématiques lorsque les photos ne correspondent plus (lorsqu'une personne procède au renouvellement de son passeport ou de sa carte d'identité peu après avoir établi son e-ID, cette

dernière risque d'être révoqué dès lors que sa nouvelle photo ne correspondra plus à celle ayant servi à créer son e-ID).

- L'échange d'informations entre fedpol, SYMIC et l'autorité émettrice dans le cas du refus de renouvellement ou une révocation du titre de séjour par l'autorité cantonale de migration qui imposera à fedpol de mettre fin à l'e-ID.
- L'échange d'informations avec fedpol lors d'un décès ou du retrait du document d'identité utilisé lors de l'émission de l'e-ID. Dans ce contexte, il paraît essentiel que la désactivation soit immédiate et qu'il n'y ait pas de délai de latence.
- L'utilité d'autoriser la délivrance d'une nouvelle e-ID à quelqu'un qui en aurait déjà une.

A noter encore qu'en français, il est étrange de trouver une phrase qui débute par une minuscule (fedpol...). Le texte italien utilise une majuscule et le texte allemand précède l'abréviation d'un article. L'on pourrait soit utiliser la majuscule comme dans le texte italien soit formuler la phrase à la voie passive. La même remarque s'applique à l'article 11.

Article 6 (Durée de validité)

Si la durée de validité de l'e-ID est calquée sur celle du document d'identité, et si le document d'identité arrive à échéance et n'est encore valable que quelques semaines et que l'e-ID a été créé durant ce laps de temps, l'e-ID n'aura potentiellement que quelques semaines de validité. Il conviendrait ainsi d'attirer l'attention des personnes concernées à cet égard.

Article 8 (Points de contact cantonaux)

Les détails de la collaboration avec les cantons sont pour l'heure peu développés dans l'AP-LeID et dans le rapport explicatif. Il s'agit de préciser qui sera responsable du traitement des données effectué par les cantons aux points de contact et quelles données seront communiquées, respectivement rendues accessibles aux cantons, respectivement par les cantons.

Article 11 (Système d'information pour l'émission et la révocation des e-ID)

L'article 4, alinéa 1 pose le principe selon lequel celui qui souhaite obtenir une identité électronique doit en faire la demande à fedpol. Puis l'article 11, alinéa 1 pose le principe selon lequel fedpol gère un système d'information pour l'émission et la révocation des e-ID. Sur le plan légistique, il serait souhaitable de placer cet alinéa dans un article en début de loi (après l'article 1) instaurant les compétences de fedpol.

Concernant l'alinéa 2, il s'agit également de préciser si les données d'identification personnelle au sens de l'art. 2 al. 2 AP-LeID figureront dans le système d'information pour l'émission et la révocation des e-ID et en particulier ce qu'il en est de la photographie du requérant fournie lors de la procédure d'émission. Il n'est fait état de cette donnée à aucun moment dans le projet de loi. Il s'agit également de préciser si les cantons auront accès à ces données.

Concernant l'alinéa 3, il serait utile de préciser clairement dans la base légale que les données seront uniquement consultées et qu'elles ne sont donc ni dupliquées, ni sauvegardées dans le système d'information pour l'émission et la révocation des e-ID.

Il sied également de souligner que les données personnelles enregistrées dans SYMIC ne se fondent pas toujours sur un document d'identité ou un passeport. Dans le domaine de l'asile, l'identité peut se fonder sur les déclarations de la personne. Cela

implique que l'identité enregistrée dans SYMIC n'est pas fiable. Par ailleurs, il existe de nombreuses personnes qui disposent d'alias, c'est-à-dire plusieurs identités. Dans le meilleur des cas les alias sont identifiés comme tels, mais ce n'est pas toujours le cas.

Concernant l'alinéa 4, qui dispose du traitement *exclusif* de ces données dans le but d'émettre l'e-ID, il s'agirait de définir s'il ne faudrait pas prévoir des communications automatisées pour que fedpol soit automatiquement informé du cas lorsque le document d'identité ou la pièce de légitimation utilisée lors de l'émission de l'e-ID a été retiré.

Article 12 (Emission)

Il convient de préciser si les moyens de preuve électroniques visés à cet article pourront être intégrés dans le portefeuille d'une personne sans e-ID ou si seuls les détenteurs d'e-ID peuvent accéder aux autres moyens de preuve.

Article 13 (Révocation)

En lien avec les remarques à l'article 5, il s'agit de préciser la notion de « soupçon fondé », de définir si une décision administrative sera rendue, et le cas échéant, si la personne concernée pourra contester cette décision. Cet aspect relatif aux rapports de droit administratif devrait être précisé dans le message.

Articles 14 (Forme et conservation des moyens de preuve électroniques) et 19 (Application pour la conservation et la présentation des moyens de preuve électroniques)

La question qui se pose à la lecture de ces articles est de savoir s'il sera possible ou non de stocker les moyens de preuve électroniques sur plusieurs supports en même temps, et par analogie en dehors de l'application. La relation entre la règle inscrite à l'art. 14 AP-LeID et celle inscrite à l'art. 19 AP-LeID n'est pas claire. En effet, il est indiqué à l'art. 19 AP-LeID que l'application de la Confédération permettra justement de conserver le moyen d'identification électronique de son titulaire. Selon la réponse à ces questions, il pourrait être judicieux de coupler les articles 14 et 19.

Article 15 (Transmissibilité des moyens de preuve électroniques)

Le lien entre l'article 5, alinéa 2, et son commentaire n'est pas clair. Il s'agit de clarifier si un titulaire ne pourra restaurer que les moyens de preuve électroniques qui ne lui sont pas liés nommément.

Article 24 (Exploitation de l'infrastructure de confiance)

Il convient de préciser si le prestataire de service pourra sous-traiter certaines prestations. Dans l'affirmative, il pourrait être judicieux de limiter le choix du sous-traitant.