



Demande d'accès à un audit sur la fiabilité du système de vote électronique genevois

Recommandation du 12 février 2014

Mots clés: audit sur la fiabilité du système de vote électronique genevois; code source; refus d'accès; droit d'auteur; sécurité informatique

Contexte: dans le cadre du vote électronique genevois, demande d'un particulier d'accéder à un audit sur la fiabilité du système concernant le côté utilisateur; refus du Conseil d'Etat basé sur la pérennité de la sécurité des systèmes d'information de l'Etat

Bases juridiques: art. 24-30 LIPAD; art. 60 LEPD; art. 3 LDA

Résumé des faits

Par lettre du 16 septembre 2013 adressée au Conseil d'Etat, X. (ci-après le requérant) a sollicité une copie de l'audit du système de vote électronique concernant le côté utilisateur [*titre exact: "Audit de la plateforme de vote" du 16 septembre 2010*]. Il se référait à un article de la *Tribune de Genève* du 23 juillet 2013 (p. 15), dans lequel le vice-chancelier expliquait qu'il n'était pas exclu que ce rapport, présenté, à l'instar des autres, à la commission électorale centrale, soit rendu public.

Par accusé de réception daté du 17 septembre 2013 adressé au requérant, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il allait prochainement prendre connaissance du contenu du courrier.

Le 18 octobre 2013, le requérant a relancé le gouvernement.

En l'absence de réponse, il a, par pli du 7 novembre 2013, saisi le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence en vue d'une médiation, lequel a, le jour même, fait connaître la requête à Monsieur Fabien Mangilli, responsable LIPAD de la Chancellerie.

Ce dernier a fait savoir, par courriel du 21 novembre 2013, qu'il était prématuré en l'état d'entrer dans une procédure de médiation, le Conseil d'Etat n'ayant pas encore répondu à la missive du requérant.

Dans une réponse datée du 22 novembre 2013, la préposée suppléante a exprimé l'avis qu'une telle procédure n'était pas prématurée, l'institution ayant tardé à se déterminer sur la demande d'accès (plus de deux mois).

Le 25 novembre 2013, Monsieur Fabien Mangilli a confirmé les termes de son précédent message.

Le jour suivant, le requérant a émis le souhait qu'une recommandation soit formulée.

Le 4 décembre 2013, dans sa réponse au courrier du 16 septembre 2013, le Conseil d'Etat a estimé que l'audit en question n'avait pas à être rendu public, dans la mesure où il contient des éléments techniques en lien avec la sécurité des systèmes d'information de l'Etat et où leur publication pourrait en affaiblir celle-ci. L'art. 26 LIPAD s'opposerait ainsi à la publication. Il était renvoyé pour le surplus aux divers audits rendus publics, notamment à l'audit triennal du système genevois de vote électronique (rapport RD 983¹).

Dans une correspondance du 6 décembre 2013, le requérant, insatisfait de cette réponse, a de nouveau sollicité la médiation.

Par un accord de médiation du 12 décembre 2013

Il convient de relever que la préposée cantonale et la préposée suppléante ont quitté leurs fonctions au 31 décembre 2013 et ont été remplacées, dès le 1^{er} janvier 2014, par un nouveau préposé cantonal et une préposée adjointe, lesquels ont rédigé la présente recommandation.

Par courrier du 13 janvier 2014 adressé au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, le requérant a demandé à reprendre la médiation.

Par téléphones des 28 (le requérant) et 29 (Monsieur Fabien Mangilli) janvier 2014, le préposé a pris note de l'absence de conciliation possible et du vœu des deux parties à la rédaction d'une recommandation.

Le 29 janvier 2014, le préposé a sollicité de l'institution que le rapport soit mis à sa disposition pour consultation, ce qui fut fait le 3 février 2014.

Dispositions légales en matière de transparence

Aux termes de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données, du 5 octobre 2001², toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 1 et 2 LIPAD).

Au sens de la loi, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. Sont

¹ http://www.ge.ch/evoting/doc/rapports/RD_983.pdf.

² LIPAD; RS GE A 2 08.

notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document. Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la loi (art. 25 LIPAD).

Pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document. Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé. La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts à protéger (art. 27 LIPAD).

L'art. 26 LIPAD prévoit les exceptions suivantes à l'accès aux documents:

"1 Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

² Tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à :

- a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales;*
- b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution;*
- c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution;*
- d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi;*
- e) rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives;*
- f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers;*
- g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale;*
- h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne;*
- i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique;*
- j) révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses;*
- k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication;*
- l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.*

³ Les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la présente loi.

⁴ Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.

⁵ *L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné*".

Rappel des travaux préparatoires relatifs à la LIPAD

À l'art. 26, le commentaire du PL 8356³ précise notamment ce qui suit :

"Lettre b

Même en vue de l'accomplissement de leurs tâches publiques, les institutions soumises à la LIPAD ont des intérêts patrimoniaux et détiennent des droits immatériels qui ne doivent pas pouvoir être mis en péril par la communication de certains documents. Ce sont des cas dans lesquels les institutions apparaissent essentiellement comme des sujets de droit privé. Par exemple, quiconque ne saurait exiger d'une institution la communication d'un document reproduisant le code source d'une application informatique qu'elle a développée ou fait réaliser pour accomplir une de ses tâches publiques.

Alinéa 4

Aux exceptions énumérées explicitement à l'article 26, il est prudent d'ajouter une réserve des dispositions de droit fédéral ou cantonal faisant obstacle à l'exercice du droit individuel d'accès institué par la LIPAD. Certes, le principe de la primauté du droit fédéral suffirait à fonder des refus au regard de normes de droit fédéral. La mention du droit fédéral n'en a pas moins une utile valeur didactique. En ce qui concerne les normes spécifiques de droit cantonal, il se justifie d'en faire la réserve dans la mesure où il serait hasardeux d'affirmer que la LIPAD regroupe l'ensemble des exceptions imaginables au droit d'accès aux documents, même si la plupart des hypothèses envisageables peuvent sans doute être rattachées à l'un ou l'autre des cas énumérés à l'article 26, alinéa 2. La réserve figurant à l'article 26, alinéa 4 présente aussi l'avantage d'intégrer en quelque sorte à la LIPAD les exceptions spécifiques résultant du droit fédéral ou d'autres lois cantonales dans la perspective de la détermination de l'étendue du secret de fonction, dont la définition se trouve désormais logiquement faite par référence à la LIPAD.

L'article 26, alinéa 4 n'est en revanche pas une clause de délégation législative habilitant le Conseil d'Etat ou les autres institutions soumises à la LIPAD à prévoir par la voie de règlements ou de directives des exceptions non couvertes par l'article 26 LIPAD".

Dispositions légales en matière de droit d'auteur

Selon l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992⁴:

"Est une œuvre toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination".

Aux termes de l'art. 2 al. 3 LDA:

"Les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres".

Dispositions légales en matière de vote électronique

A teneur de l'art. 60 al. 6 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982⁵:

³ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp.

⁴ LDA; RS 231.1.

"Le Conseil d'Etat édicte les prescriptions relatives à la mise en œuvre du vote électronique, notamment pour les aspects techniques, de contrôle et de sécurité. Il est autorisé à renoncer ou à suspendre l'exercice du vote électronique s'il considère que les conditions de sécurité ne sont pas garanties. Il fait fréquemment tester la sécurité du système de vote électronique. Il le fait en outre auditer au moins une fois tous les 3 ans. Les résultats de l'audit sont rendus publics".

L'art. 60 al. 8 LEDP ajoute:

"Le code source des applications permettant de faire fonctionner le vote électronique, de même que les documents liés à la sécurisation du système, à l'exception des résultats de l'audit prévu à l'alinéa 6, ne peuvent être communiqués à des tiers en application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001".

L'al. 9 précise que *"Les membres de la commission électorale centrale y ont toutefois accès en tout temps"*, alors que l'al. 10 prévoit que *"Le code source peut en outre être éprouvé, sans toutefois être reproduit, par tout électeur qui justifie d'un intérêt scientifique et purement idéal et qui s'engage à en respecter la confidentialité. Le Conseil d'Etat fixe les conditions et modalités de ce test"*.

Appréciation

En substance, le requérant fait grief au Conseil d'Etat de ne pas lui avoir remis l'audit de la plateforme de vote, alors même que trois rapports d'audits en la matière ont été rendus publics.

Il n'est pas litigieux, ni par ailleurs contestable, que le rapport est un document en possession d'une institution, au sens de la loi. Par ailleurs, il ne s'agit pas de notes échangées au sein d'une autorité et sa communication n'entraînerait pas un travail manifestement disproportionné (art. 26 al. 3 et 5 LIPAD).

Reste à examiner s'il s'agit d'un document dont l'accès serait exclu par le droit fédéral ou une loi cantonale (art. 26 al. 4 LIPAD) ou si un intérêt privé ou public prépondérant s'opposerait à la communication selon les douze circonstances listées à l'art. 26 al. 2 LIPAD. A cet égard, cette énumération n'est pas exhaustive mais correspond, cela étant, aux exceptions qui *"constituent des clauses de sauvegarde suffisante pour les informations qui ne doivent pas être portées à la connaissance du public"*⁶. Seule entre ici la question de savoir si le droit d'accès est propre à mettre en péril les droits immatériels de l'institution (let. b).

Le droit d'auteur

A titre préjudiciel, il convient d'examiner si le code source du vote électronique genevois peut être considéré comme une œuvre au sens de la LDA.

Les logiciels (programmes d'ordinateurs) ne sont pas des œuvres. Mais ils y sont assimilés (art. 2 al. 3 LDA). Le législateur a voulu montrer qu'il entendait garantir la même protection aux deux et que, par conséquent, les programmes d'ordinateurs sont des créations de l'esprit à caractère individuel⁷.

⁵ LEDP; RSGE A 5 05.

⁶ PL 8356, commentaire *ad* art. 24.

⁷ ATF 125 III 263.

La loi ne définit pas les programmes d'ordinateurs. Il faut entendre par là un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support et sous une forme déchiffrable par machine, permettre à une machine capable de traiter des informations d'effectuer certaines tâches ou de montrer ou d'obtenir certains résultats⁸.

Le programme est en premier lieu composé du programme primaire ou source, aussi appelé code source, à savoir la rédaction du programme dans l'une des langues de programmation⁹. Selon le Tribunal fédéral, "les sources d'un programme, également désignées par le terme code source, sont l'élément qui permet de maintenir le programme en état de marche, de l'améliorer et de continuer son développement. Sans la connaissance du code source, la maintenance n'est pratiquement pas possible, ou seulement au prix d'un travail extrêmement long et ardu"¹⁰.

La protection vaut aussi pour le code objet du programme, soit le résultat de la transformation source en instructions qui peuvent être exécutées par un ordinateur; en d'autres termes, il s'agit de la traduction du programme source en langage binaire¹¹.

En revanche, les principes et idées qui sous-tendent les logiciels, en particulier les algorithmes et la logique du programme, ne font pas partie du domaine protégé¹². Est considérée comme partie du logiciel la documentation de développement qui s'y rapporte, mais non la documentation destinée à l'utilisateur¹³. Le traitement de la surface d'utilisation est également protégé comme une partie du logiciel¹⁴.

Sont protégés aussi bien les logiciels ayant une utilité concrète que les logiciels à caractère ludique, tels les logiciels contenus dans des jeux informatiques ou des produits multimédias¹⁵.

Pour les logiciels, le degré d'individualité requis ne devra pas être trop élevé. Cela n'exclut toutefois pas qu'une certaine individualité soit nécessaire. Il faut que le logiciel soit bâti sur une structure unique et autonome, reconnaissable à travers toutes les variantes et combinaisons d'effets qu'elle permet de réaliser¹⁶. Le logiciel doit être nouveau, c'est-à-dire que, du point de vue des professionnels, il ne soit pas qualifié de banal¹⁷. Il doit ainsi se différencier suffisamment d'autres logiciels déjà existants: même si, dans la mesure où la marge de création est conditionnée par le résultat que doit produire le logiciel, le degré d'individualité ne doit pas être fixé trop haut¹⁸.

Au vu de ce qui précède et notamment de la faible exigence en matière de caractère individuel pour les logiciels, le code source du vote électronique genevois doit être considéré comme une œuvre protégée par la loi, au sens de l'art. 2 al. 3 LDA.

Reste à examiner si le document contient des informations dont la révélation serait de nature à porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de l'Etat de Genève sur le code source du vote électronique.

⁸ Barrelet Denis/Egloff Willi, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 3^{ème} éd., Berne 2008, n°24 ad Art. 2.

⁹ Troller Kamen, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^{ème} éd., Bâle 2005, p. 155.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2012.

¹¹ Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n°21 ad Art. 2.

¹² Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n°21 ad Art. 2.

¹³ Dessemontet François, Le droit d'auteur, Lausanne, 1999, p. 84 ss.

¹⁴ Neff Emil F./Arn Matthias, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in SIWR II/2 (Urheberrecht im EDV-Bereich), Bâle 1998, p. 146 ss.

¹⁵ Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n°21 ad Art. 2.

¹⁶ Troller, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷ Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n°25 ad Art. 2.

¹⁸ Neff/Arn, *op. cit.*, p. 131.

Tel est les cas en l'espèce, dès lors que le document querellé reproduit le code source du vote électronique. De la sorte, le requérant ne saurait exiger du Conseil d'Etat la communication d'un tel audit, en raison du risque de porter atteinte aux droits immatériels de l'Etat de Genève au sens de l'art. 26 al. 2 let. b LIPAD.

La loi sur l'exercice des droits politiques

Il résulte de l'art. 60 al. 8, 9 et 10 LEDP que la volonté du législateur est de ne pas rendre public le code source, dès lors que cela comporterait des risque importants au niveau de la sécurité du vote électronique¹⁹.

Seuls les membres de la commission électorale centrale y ont accès en tout temps (al. 9).

Les tiers n'y ont pas accès en application de la LIPAD (al. 8), mais éventuellement en vertu de l'al. 10, si l'électeur justifie d'un intérêt scientifique et purement idéal et s'engage à en respecter la confidentialité.

In casu, le requérant ne justifie pas d'un tel intérêt.

Certes, en matière de vote électronique, trois rapports ont précédemment été mis à disposition du public. Conformément à l'art. 60 al. 6 LEDP, ils concernent cependant uniquement les conditions de sécurité du vote électronique; ils ne reproduisent en aucune manière le code source.

Dès lors, l'art. 60 al. 8 LEDP constitue une loi cantonale excluant l'accès au document, en vertu du renvoi de l'art. 26 al. 4 LIPAD.

Un éventuel caviardage au sens de l'art. 27 LIPAD n'entre pas en considération ici, car le contenu informationnel du document s'en trouverait déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée de l'audit. Au surplus, vu le nombre de pages de ce dernier, cela entraînerait un travail manifestement disproportionné.

Recommandation du préposé cantonal

Vu ce qui précède, le préposé recommande au Conseil d'Etat de ne pas donner accès à X. à l'"Audit de la plateforme de vote" du 16 septembre 2010.

Il invite l'institution à rendre sa décision dans les dix jours à réception de la présente, conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD.

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

¹⁹ MGC 2007-2008 VI A 8500. La question de la publication du code source a été largement débattue en commission des droits politiques.