



Actualisation de la stratégie de propriétaire de la société Bedag Informatique SA (Bedag) (Postulat 028-2016 Köpfli)

Rapport du Conseil-exécutif

Date séance du CE : Date

N° d'affaire :

Direction : Direction des finances

Classification : Non classifié

Table des matières

1	Synthèse	3
2	Éléments fondamentaux	5
2.1	Contexte.....	5
2.2	Rôle actuel de Bedag	6
2.3	Stratégie de propriétaire actuelle	6
2.4	Comparaison intercantonale.....	7
2.4.1	Exploitation du centre de calcul.....	7
2.4.2	Développement de logiciels.....	9
2.5	Conditions-cadre imposées par le droit relatif à la sécurité informatique	9
2.6	Conditions-cadre imposées par le droit des marchés publics	11
2.7	Répartition des rôles entre Bedag et l'OIO	12
3	Variantes de la stratégie	14
3.1	Vente	14
3.2	Maintien du centre de calcul – vente du développement de logiciels.....	15
3.3	Fusion	16
3.4	Réintégration.....	18
3.5	Statu quo optimisé	19
3.6	Comparaison des variantes de la stratégie.....	20
3.7	Premiers grands axes arrêtés par le Conseil-exécutif en février 2017	20
4	Expertises Müller/Jäger/Dippen	22
4.1	Mandat.....	22
4.2	Élaboration des expertises	22
4.3	Conclusions des expertises.....	23
5	Modification de la stratégie de propriétaire « Statu quo optimisé »	25
5.1	Le Conseil-exécutif suit les recommandations des experts concernant une stratégie duale.....	25
5.2	Modification de la stratégie de propriétaire	25
5.2.1	Développement du domaine des TIC et objectifs fondamentaux du propriétaire	25
5.2.2	But de Bedag	27
5.2.3	Contenu de la stratégie de propriétaire.....	28
6	Proposition	30

1 Synthèse

Lors de sa session de septembre 2016, le parlement cantonal avait adopté un postulat du député au Grand Conseil Köpfl demandant au Conseil-exécutif d'étudier la possibilité de vendre la société Bedag Informatique SA (Bedag), détenue à 100 pour cent par le canton de Berne. Dans sa réponse à cette intervention, le Conseil-exécutif a déclaré qu'il procéderait, avec le concours d'experts indépendants, à une analyse des possibilités de vente et d'autres variantes de stratégie dans le cadre des travaux déjà menés en lien avec l'actualisation de la stratégie de propriétaire de Bedag.

Au sein de l'administration cantonale, la question s'est en outre posée de savoir si, en vertu du droit des marchés publics, Bedag devait être traitée comme tous les autres prestataires opérant sur le marché libre. Selon le critère de l'essentialité, déterminant en droit des marchés publics, les activités réalisées par Bedag sur le marché tiers ne peuvent excéder les 20 pour cent admis par la jurisprudence de l'UE (cf. Arrêt Teckal). Or actuellement, avec une proportion de clients tiers de 25 pour cent, Bedag ne respecte pas ce critère.

Une demande du Contrôle des finances cantonal exigeant elle aussi l'actualisation de la stratégie de propriétaire est par ailleurs pendante.

Dans le cadre de la révision de la stratégie de propriétaire de Bedag, le Conseil-exécutif a étudié les variantes de stratégie suivantes : vente, maintien du centre de calcul – vente du développement de logiciels, fusion, réintégration, statu quo optimisé. Se fondant sur une vaste analyse de la situation, le Conseil-exécutif a arrêté en février 2017 les premiers grands axes des variantes de la stratégie, confirmant ainsi qu'il tenait à préserver la souveraineté sur les données informatiques traitées par l'administration cantonale. Une comparaison avec les autres cantons a également révélé qu'aucun canton n'avait externalisé la conservation ou l'exploitation des données à une entreprise de droit privé. C'est ce qui explique la préférence du Conseil-exécutif pour la variante du « Statu quo ».

En août 2017, le Conseil-exécutif a commandé auprès d'experts indépendants les avis promis dans sa réponse au postulat Köpfl. Le mandat visait à étudier les quatre variantes de stratégie sous les différents angles suivants : droit public, politique et réglementation (P^r Markus Müller, Université de Berne), organisation et gestion informatique (P^r Jens Dibbern, Université de Berne), droit des marchés publics (Christoph Jäger, avocat, Berne).

Après examen de la situation, les trois experts ont recommandé que

- le canton de Berne conserve Bedag sous la forme d'une société informatique qui lui est propre,
- la variante stratégique « Statu quo optimisé » privilégiée par le canton soit encore améliorée, et que
- Bedag, en tant qu'organisation chargée de tâches publiques revêtant la forme d'une société anonyme, soit mieux intégrée dans la gestion de l'informatique de l'administration cantonale.

Pour des motifs parfois légèrement différents, les experts ont par contre écarté les options de vente totale ou partielle, de réintégration dans l'administration cantonale et de fusion avec d'autres prestataires informatiques. Les trois experts présentent une version modifiée de la variante « Statu quo optimisé » dont ils recommandent l'examen. Selon leur modèle, les domaines du centre de calcul (CC) et du développement de logiciels (SW) de Bedag sont subdivisés en deux filiales distinctes revêtant chacune le statut de société anonyme et réunies en une société holding.

Considérant que les trois expertises sont convaincantes et d'excellente facture, le Conseil-exécutif suit leurs recommandations, dont la mise en œuvre débouche sur une stratégie duale :

- le canton de Berne conserve Bedag sous la forme d'une société informatique qui lui est propre et préserve ainsi, en sa qualité de propriétaire, la souveraineté pleine et entière sur les données sensibles et stratégiques de l'administration cantonale, conformément à l'esprit de la variante « Statu quo optimisé ». Bedag, en tant qu'organisation chargée de tâches publiques revêtant la forme d'une société anonyme, est mieux intégrée dans la gestion de l'informatique de l'administration cantonale, notamment dans les domaines où elle assume une grande responsabilité de prestataire à l'égard de l'administration cantonale et où son savoir-faire lui permet d'apporter une contribution importante en termes de contenu ;
- dans le même temps et en parallèle, il conviendra d'étudier les possibilités de création d'une société holding permettant de diviser les domaines du CC et du SW en deux sociétés anonymes indépendantes, auxquelles le canton, en tant que propriétaire, réservera un traitement distinct en droit des marchés publics : obligation d'achat de l'administration cantonale pour le CC, liberté de mise au concours pour le SW.

La version actualisée de la stratégie de propriétaire de Bedag repose sur les principes suivants :

- le canton de Berne tient à garantir sa souveraineté sur la conservation et l'exploitation des données électroniques sensibles et stratégiques de l'administration cantonale. Pour ce faire, il détient sa propre société informatique, à savoir Bedag, qui stocke ces données dans son centre de calcul et les utilise pour gérer les applications informatiques qui y sont liées ;
- en tant qu'organisation chargée de tâches publiques, Bedag est un centre de services informatiques externe chargé de gérer les besoins au sens d'une activité administrative auxiliaire. Sous sa forme d'entreprise publique, Bedag revêt le statut d'une société anonyme de droit privé ;
- Bedag appuie les prestations que le canton fournit à la population et à l'économie dans le cadre des processus administratifs pour lesquels des données stratégiques et sensibles doivent être exploitées et stockées. Elle assume ainsi une responsabilité particulière consistant à trouver et à préserver à moyen et long termes le bon équilibre entre stabilité opérationnelle, capacité d'innovation et exigences très élevées en termes de garantie de la sécurité des données qui lui sont confiées ;
- pour ce faire, Bedag doit disposer dans le cadre de la stratégie de propriétaire de l'autonomie requise, dans les domaines de la mise en œuvre, des achats, du choix des variantes, des collaborations, etc., pour aménager concrètement le mandat de prestations, pour autant que ces paramètres respectent les grandes lignes définies par la stratégie de propriétaire ;
- Bedag accorde une grande importance au besoin de l'administration cantonale de garantir la sécurité des données et le bon fonctionnement des processus administratifs en tout temps. Elle peut également proposer des services à des tiers extérieurs à l'administration cantonale. Le potentiel de réalisation de mandats de prestations additionnels est admis dans le cadre des conditions générales fixées par le droit des marchés publics.

2 Eléments fondamentaux

2.1 Contexte

Lors de sa session de septembre 2016, le Grand Conseil a adopté un postulat (P 028-2016 Köpfl) chargeant le Conseil-exécutif d'étudier la possibilité de vendre la société Bedag Informatique SA (Bedag). Cette intervention a soulevé la question stratégique pour le canton en tant que propriétaire de savoir si ce dernier devait conserver sa propre entreprise informatique, comme le prévoient actuellement la loi sur la société anonyme Bedag Informatique du 5 juin 2002 (loi sur la Bedag) et la stratégie de propriétaire du Conseil-exécutif qu'elle sous-tend. Dans leur développement, les auteurs du postulat expliquaient que les besoins de l'administration cantonale bernoise dans le domaine informatique pourraient également être couverts par le marché. Dans sa réponse à cette intervention, le Conseil-exécutif a promis d'étudier cette question avec le concours d'experts indépendants dans le cadre des travaux de révision de la stratégie de propriétaire du canton et de présenter au Grand Conseil un état des lieux complet comprenant l'ensemble des données, faits et arguments nécessaires à la prise de décision.

Au sein de l'administration cantonale, l'Office d'informatique et d'organisation (OIO) est par ailleurs parvenu à la conclusion ces dernières années que les contrats d'exploitation relatifs aux systèmes informatiques stratégiques conclus à long terme entre le canton de Berne et Bedag ne sont pas conformes au droit des marchés publics et devraient faire l'objet de procédures d'appels d'offres, la société Bedag devant être traitée en droit des marchés publics comme tous les autres prestataires opérant sur le marché libre. Selon l'OIO, le critère de l'essentialité, qui est fondamental pour le droit des marchés publics, n'est en effet pas respecté, puisqu'en vertu de ce critère, la proportion de clients tiers de Bedag excède les 20 pour cent admis par la jurisprudence de l'UE dans l'affaire concernant la société Teckal (cf. Arrêt Teckal). Si ce critère était respecté, Bedag ne devrait recevoir des marchés sans appels d'offres que dans la mesure où son pourcentage de clients tiers ne dépasse pas les 20 pour cent, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui, avec une proportion située à quelque 25 pour cent.

Dans l'hypothèse où la pratique d'adjudication demandée par l'OIO serait appliquée, on ne peut exclure qu'à terme, face à la concurrence rencontrée dans le cadre de la procédure d'appel d'offres OMC, Bedag se voie retirer des contrats de longue durée, chiffrés à plusieurs dizaines de millions de francs, qui la lient depuis des années à son principal client, à savoir le canton de Berne, et se retrouve ainsi privée de son assise économique. Or, si Bedag perdait des mandats d'une telle ampleur, elle se retrouverait dans l'incapacité, faute d'avoir la taille nécessaire et de bénéficier d'économies d'échelle, sans compter les autres désavantages opérationnels, d'offrir ses prestations de centre de calcul à des prix concurrentiels ; elle n'aurait plus non plus la force financière requise pour réaliser les investissements qu'implique le maintien d'un niveau technologique adéquat, en particulier dans le domaine de la sécurité des données où les exigences envers les systèmes et les processus ne cessent d'augmenter.

A ce jour, ni la Direction des finances ni le Conseil-exécutif n'ont procédé à un examen approfondi de cette question. Toute pratique de l'administration cantonale en matière d'appels d'offres, quelle que soit sa forme, exige la légitimation politique du Conseil-exécutif.

Le Contrôle des finances cantonal a lui aussi formulé une demande exigeant la révision de la stratégie de propriétaire de Bedag, et en particulier la formulation plus exhaustive et détaillée de ce document ; la requête est toujours en suspens.

Le rapport d'AWK du 12 mars 2014 présentant les résultats de l'« Audit indépendant de l'informatique dans l'administration cantonale (UPI) » recommande en outre d'examiner le rôle de Bedag.

2.2 Rôle actuel de Bedag

Le rôle actuel de Bedag peut être résumé comme suit :

- en sa qualité d'entreprise publique régie par le droit privé, Bedag est une organisation chargée de tâches publiques au sens de l'article 95 de la Constitution cantonale (ConstC ; RSB 101.1) ;
- les services informatiques dont le canton a besoin pour la réalisation de ses tâches doivent être considérés comme une activité administrative auxiliaire. Les activités menées par Bedag en ce sens ne servent donc pas directement à accomplir une tâche publique, mais à offrir les conditions préalables nécessaires pour que les tâches publiques puissent être effectuées ;
- Bedag garantit en tout temps une exploitation sûre, protégée et économique des centres de calcul ainsi que la production et la maintenance des systèmes informatiques stratégiques de l'administration cantonale (impôts, finances, domaine du personnel, registre foncier, circulation routière, etc.) ;
- en tant que propriétaire ou copropriétaire majoritaire, le canton de Berne tient à exercer une influence directe sur la stratégie et la direction de l'exploitante de ses systèmes informatiques stratégiques, d'une part parce que toute panne de ces systèmes est susceptible de paralyser l'ensemble de l'administration cantonale et d'autre part pour éviter que les données extrêmement sensibles de la population soient transférées à une quelconque entreprise tierce ;
- l'exploitation du centre de calcul est centralisée au sein de Bedag, car il ne serait techniquement et financièrement pas judicieux de confier la gestion de systèmes informatiques cantonaux étroitement imbriqués à des prestataires différents ;
- Bedag se consacre en premier lieu à l'activité principale du canton et ne fournit des prestations informatiques, dans un cadre bien défini, à des administrations publiques et à des privés que lorsqu'il existe un lien technique, organisationnel ou professionnel clair avec cette activité principale et qu'il est possible de générer des effets de synergie et d'économie positifs pour le propriétaire.

2.3 Stratégie de propriétaire actuelle

Se fondant sur les arrêtés du Conseil-exécutif du 30 octobre 1996 et du 10 décembre 1997, le Grand Conseil a adopté le 5 juin 2002 la loi sur la société anonyme Bedag Informatique (LBI). L'article des statuts consacré au but de la société décrit la stratégie de propriétaire visée par le Conseil-exécutif comme suit (traduit librement de l'allemand) :

La société fournit des services en matière d'informatique et observe ce faisant les principes de l'économie de marché. Elle peut fournir des prestations à des tiers lorsque celles-ci

- *présentent un lien technique, organisationnel ou professionnel avec les services proposés par le canton de Berne,*

- *servent à mieux répartir les capacités existantes ou génèrent des effets d'économie ou de synergie positifs, ou*
- *aident Bedag Informatique à se maintenir au niveau actuel des avancées technologiques.*

2.4 Comparaison intercantonale

Les règlements et expériences des autres cantons ont revêtu une importance capitale pour la décision que le Conseil-exécutif était appelé à prendre concernant l'actualisation de la stratégie de propriétaire.

La comparaison avec les autres cantons révèle une politique d'externalisation restrictive en ce qui concerne l'informatique des administrations publiques. A cet égard, il convient toutefois d'établir une distinction entre l'activité de centre de calcul et le développement de logiciels. Alors que, dans l'ensemble, les cantons sont très réticents à externaliser l'exploitation du centre de calcul, ils se montrent pragmatiques en ce qui concerne le développement de logiciels. Les services de développement propres aux cantons ont pour tâche de concevoir des solutions répondant à leurs propres besoins, pour autant qu'aucune solution éprouvée ne soit disponible sur le marché. Lorsqu'il s'agit d'applications de plus grande envergure, notamment dans les domaines de la circulation routière ou du registre foncier, il existe plusieurs modèles de collaboration à cet égard. Si des solutions sont disponibles sur le marché, elles sont généralement achetées dans le cadre d'appels d'offres.

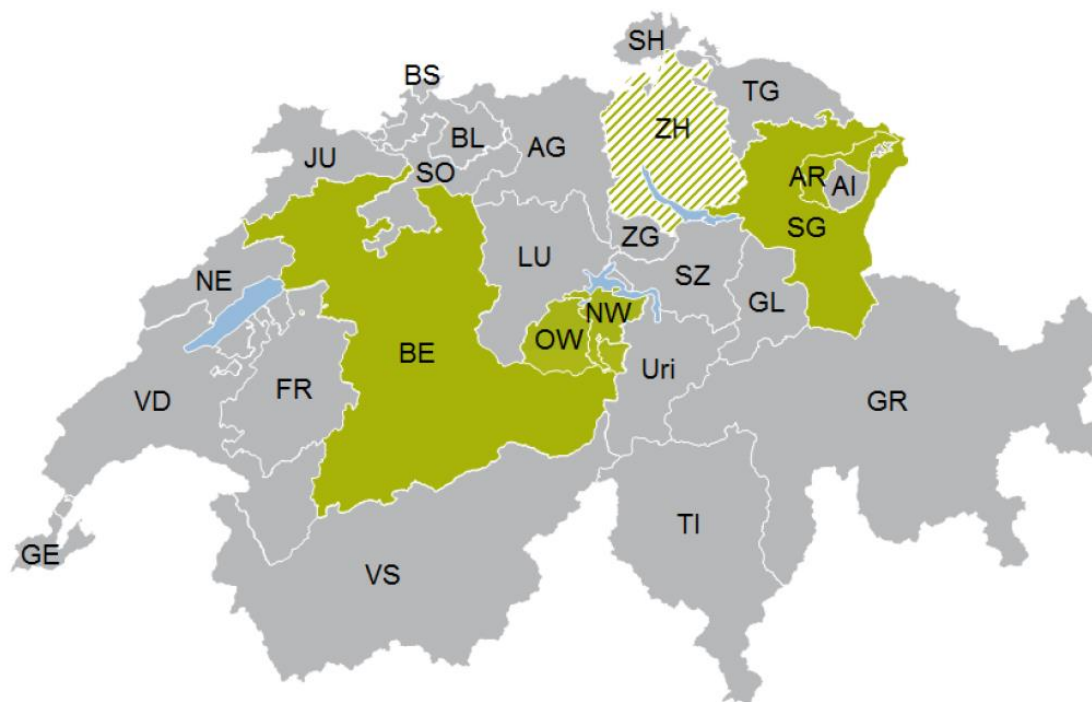
2.4.1 Exploitation du centre de calcul

S'agissant du centre de calcul, la situation des autres cantons se présente comme suit :

- 20 cantons exploitent leurs systèmes informatiques stratégiques au sein d'un office qui leur est propre ;
- six cantons ont externalisé l'exploitation de leurs systèmes informatiques stratégiques auprès d'une société informatique qui leur est propre :
 - le canton de Berne auprès de Bedag Informatique SA (société anonyme, détenue à 100 %),
 - le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures auprès d'AR Informatik AG (société anonyme de droit spécial, détenue à 50 %, le reste appartenant aux communes),
 - le canton de St-Gall auprès d'Abraxas Informatique SA (société anonyme, détenue à 50 %, le reste appartenant au canton de Zurich),
 - le canton de Zurich en partie auprès d'Abraxas Informatique SA (société anonyme, détenue à 50 %, le reste appartenant au canton de St-Gall), les Directions exploitant en partie elles-mêmes leurs systèmes,
 - le canton d'Obwald auprès du centre de prestations informatiques InformatikLeistungsZentrum OW/NW (établissement de droit public, détenu à 50 %, le reste appartenant au canton de Nidwald),
 - le canton de Nidwald auprès du centre de prestations informatiques InformatikLeistungsZentrum OW/NW (établissement de droit public, détenu à 50 %, le reste appartenant au canton d'Obwald) ;
- aucun canton n'a externalisé l'exploitation de ses systèmes informatiques stratégiques auprès de tiers indépendants ;

- dans les cantons où un office, un établissement ou une société anonyme de droit spécial assure l'exploitation des prestations informatiques, il existe une obligation d'achat et il incombe au fournisseur de prestations lui-même de soumettre ses mandats à une procédure d'appel d'offres. La facturation interne des prestations est basée sur le principe de causalité et concerne uniquement des prestations standard indiquées au coût de revient dans un catalogue de prix ;
- seules Abraxas et Bedag ne sont soumises à aucune obligation d'achat ; elles fixent leurs prix en fonction de ceux du marché et se procurent leurs prestations librement.

Le graphique ci-dessous illustre, en gris, les cantons qui garantissent l'exploitation des systèmes informatiques stratégiques au sein d'un office qui leur est propre et, en vert, les cantons qui en ont confié l'exploitation à une entreprise leur appartenant. Comme indiqué ci-avant, aucun canton n'a externalisé son informatique ni, par conséquent, la conservation et l'exploitation de ses données auprès d'une entreprise de droit privé.



Il en va de même dans les pays limitrophes, où les *Länder* et les grandes villes confient tout au plus l'exploitation des systèmes informatiques stratégiques à des organisations ou entreprises qu'ils contrôlent. Par exemple :

- le Land de Bade-Wurtemberg à la haute autorité de la gestion informatique du Land Bade-Wurtemberg (BITBW) ;
- l'Etat de Bavière au centre de services informatiques de l'Etat de Bavière (IT-DLZ) ;
- le Land de Salzbourg au service informatique interne de la direction de l'office régional ;
- la ville de Berlin à son propre établissement de droit public : *IT-Dienstleistungszentrum Berlin* (ITDZ) ;
- la ville de Munich à sa propre entreprise : *Informations- und Telekommunikationstechnik der Stadt München*, it@M ;
- la ville de Vienne à son propre centre de calcul : *Rechenzentrum der Stadt Wien GmbH*.

2.4.2 Développement de logiciels

Comme le montre la présentation de la pratique cantonale actuelle, le fait qu'un canton possède son propre service spécialisé dans le développement de logiciels ou participe à un service de développement de logiciels dans son environnement proche n'est pas une exception, mais plutôt la règle. Pour des raisons de simplification de passation des marchés, de maintien des emplois, d'économies de coûts ou d'influence directe, la plupart des cantons continuent à développer des applications sous leur propre contrôle. Ces cantons sont illustrés en vert dans le graphique ci-après. Les cantons en gris sont ceux qui ne disposent pas de leur propre service de développement.



Les raisons invoquées par les cantons pour développer eux-mêmes leurs logiciels ou avoir des parts dans une société de développement d'applications sont avant tout :

- la simplicité de la collaboration en l'absence d'appels d'offres,
- l'influence directe,
- la réduction des coûts, surtout lorsqu'il est possible d'exploiter des synergies avec d'autres cantons,
- la sécurité dans la gestion de données sensibles,
- la préservation des postes de travail et des connaissances.

2.5 Conditions-cadre imposées par le droit relatif à la sécurité informatique

La politique d'externalisation restrictive des administrations publiques s'explique vraisemblablement en grande partie par des raisons liées à la souveraineté numérique et à l'influence directe sur les données :

Les données sous toutes leurs formes représentent déjà, et le deviendront de plus en plus, la matière première et le moteur de l'innovation du 21^e siècle. De nos jours, les analyses, l'exploration de données (*Data Mining*) et la mise en réseau d'objets physiques permettent de tirer des conclusions sur des personnes et des groupes de personnes, ainsi que sur le comportement et les intentions de ces derniers, à un niveau de transparence qui affecte profondément la protection de la personnalité. Les lacunes en matière d'information entre le monde réel et le monde virtuel sont en train d'être comblées. Le pouvoir appartient à celui qui possède les données.

Contrairement à un individu qui gère ses affaires privées, le citoyen en contact avec les autorités n'est pas libre de choisir à quel prestataire il souhaite confier ses données ni même les données qu'il est disposé à fournir à son sujet. Les données publiques permettant aujourd'hui déjà, et dans une plus large mesure encore à l'avenir, d'obtenir des renseignements sur la personnalité, la conviction politique ou l'état de santé des citoyennes et des citoyens, l'Etat doit leur assurer une protection particulière. Il doit veiller, avec tout ce que cela implique, à ce que les gens soient préservés de toute utilisation abusive des données de la part des autorités. Pour garantir son intégrité et sa crédibilité à l'égard de la population, il est en outre contraint d'empêcher toute relation entre des données spécifiques aux citoyens et des données commerciales.

Au vu des possibilités technologiques actuelles, l'Etat ne peut respecter cette obligation qu'en gardant la main sur les données. Cette souveraineté numérique va bien au-delà de la protection et de la sécurité des données, elle implique de faire respecter la loi et d'exercer en tout temps et en tout lieu une influence directe ou un contrôle physique sur les données de la population. Il en va de même pour le risque de perte des données, qui pourrait entraîner la paralysie de l'ensemble des processus administratifs.

Pour assurer une influence directe sur la collecte et l'exploitation des données requise aux fins de protéger celles-ci de tout risque d'abus ou de perte, il est impératif que le propriétaire et la conservation des données se trouvent en Suisse. L'éventail de possibilités à cet égard est limité puisqu'il s'étend de la conservation interne de données, par exemple au sein d'un office similaire à celui d'autres cantons ou à l'Office fédéral de l'informatique, à la conservation externe de données dans une société appartenant au canton.

En résumé, on peut affirmer que la raison pour laquelle les cantons n'externalisent pas leurs données à des entreprises privées est qu'une telle démarche comporte un risque de perte de contrôle et ne permet donc pas de garantir la confidentialité, l'intégrité, la traçabilité et la disponibilité des données.

Parmi les données extrêmement sensibles de l'administration cantonale que gère actuellement Bedag se trouvent en particulier :

- les données personnelles et financières des personnes physiques et morales du domaine fiscal,
- les données personnelles et financières, celles des processus juridiques (mesures administratives en cas d'infraction routière), tout comme les données sur la santé (données des contrôles médicaux) découlant des tâches relevant de la souveraineté cantonale dans le domaine de la circulation routière,
- les informations de justice, notamment des autorités de poursuite pénale et des tribunaux,

- d'autres données particulièrement dignes de protection de la Direction des finances et de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (en particulier un nombre considérable de données personnelles particulièrement dignes de protection).

2.6 Conditions-cadre imposées par le droit des marchés publics

Dans le sillage des derniers développements suivis par le droit des marchés publics, il convient de déterminer si le canton de Berne doit garder sa propre société informatique et s'il peut lui attribuer des marchés de gré à gré. Dans le domaine des logiciels, le canton n'adjudge à Bedag que les marchés qu'elle remporte à l'issue d'un appel d'offres OMC ; seuls les contrats de maintenance et de développement conclus avec Bedag pour Persiska (personnel), Nesko (impôts), FIS (finances) et SUSA (circulation routière) font exception à cette règle. Dans le domaine du centre de calcul, le canton et Bedag ont conclu en 1999 un contrat-cadre à long terme concernant l'exploitation des applications cantonales dans les domaines des finances, du personnel, des impôts et de la circulation routière. Dans l'hypothèse où l'option de la vente de Bedag serait abandonnée, la révision de la stratégie de propriétaire devrait comprendre un examen approfondi de la viabilité du modèle d'entreprise actuel, ou de sa version modifiée future, au regard du droit des marchés publics. Les conséquences de la réponse à cette question sont en effet déterminantes pour la stratégie de propriétaire et celle de l'entreprise.

Conformément à la législation de l'UE et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis le fameux arrêt « Teckal » et en vertu de la doctrine dominante en matière de passation de marchés en Suisse, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'un adjudicateur public subordonné puisse attribuer à un prestataire externe doté de sa propre personnalité juridique un mandat directement, sans tenir compte du droit des marchés publics, et donc sans procéder à un appel d'offres :

- l'adjudicateur public doit exercer sur le prestataire, seul ou avec d'autres adjudicateurs publics, un contrôle « analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », c'est-à-dire que sa participation au capital ou à la dotation en personnel est suffisamment importante pour lui permettre de prédominer (critère du contrôle) ;
- le prestataire contrôlé doit réaliser l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur, autrement dit la collectivité qui le détient (critère de l'essentiel de l'activité), ce qui, en vertu des directives de l'UE, est le cas lorsque moins de 20 pour cent de son chiffre d'affaires découlent d'opérations effectuées pour des tiers ou sur le marché ;
- aucune entité privée ne peut détenir de participation dans le capital du prestataire (interdiction de participation de capitaux privés) aux côtés de l'Etat. Cette règle vise à préserver la neutralité de la concurrence, autrement dit à éviter qu'en raison de la participation publique, le prestataire ne jouisse d'avantages et de privilèges dans la concurrence avec d'autres sociétés fournissant les mêmes prestations sur le marché, ce qui entraînerait une distorsion de la concurrence. Ce type d'avantages peut découler d'opérations réalisées avec l'Etat, mais aussi – par exemple via des subventionnements croisés avec des fonds publics – d'opérations menées sur le marché tiers avec des mandants privés.

2.7 Répartition des rôles entre Bedag et l'OIO

Dans le cadre du projet « Audit indépendant de l'informatique dans l'administration cantonale (UPI) », la société AWK Group AG a procédé pour la première fois dans l'histoire à une analyse complète de l'ensemble des TIC de l'administration cantonale et soumis, dans son rapport du 12 mars 2014, 46 recommandations [*en allemand, traduites librement ci-après*] pour optimiser l'utilisation de l'informatique. Quelques-unes d'entre elles sont aussi en relation plus ou moins étroite avec la stratégie de propriétaire de Bedag :

- B02 Professionnaliser l'interface entre l'OIO et Bedag
- B05 Associer le canton aux benchmarks de Bedag
- E01 Définir clairement l'orientation de l'OIO : il doit se concentrer à l'avenir en premier lieu sur les rôles de mandant et de responsable de la conduite technique
- F01 Accorder à Bedag la liberté de prendre de nouveaux clients
- F02 Fixer la priorité de Bedag sur l'exploitation
- H02 Simplifier et standardiser les clients et éventuellement utiliser davantage de solutions web ou de solutions de serveur de terminaux pour des applications spécialisées
- H04 Centraliser le paquetage et les tests (techniques) pour les logiciels clients
- I01 Vouer Bedag, pour le canton, à fournir des prestations de centre de calcul
- I07 Recenser de manière détaillée tous les locaux techniques dans les DIR/CHA/JUS et élaborer un concept de centre de calcul
- I08 Regrouper les serveurs de l'administration sur un seul site

Au vu de ces recommandations, la Stratégie TIC du canton de Berne 2016 à 2020 a été élaborée puis approuvée par le Conseil-exécutif le 3 février 2016. Les recommandations ci-dessus ont influencé cette stratégie, les travaux de sa mise en œuvre avec le programme «IT@BE», et la nouvelle ordonnance du 24 janvier 2018 sur les technologies de l'information et de la communication de l'administration cantonale (OTIC).

La Stratégie TIC et l'OTIC précisent toutes les deux que l'OIO assure la fourniture des services de base TIC dans l'administration cantonale et que les DIR/CHA/JUS assument le rôle de bénéficiaire des prestations de l'OIO pour ces services de base. L'OIO est le mandant central ; il pilote et coordonne les fournisseurs de prestations. Il achète en principe les prestations d'exploitation auprès de prestataires externes, à l'exception du support de premier niveau (cf. Art. 13 OTIC).

Dans le cadre de la mise en œuvre de ces dispositions juridiques et des recommandations UPI dans le programme «IT@BE», différentes tâches ont été ou seront transférées jusqu'en 2020 et 2021 entre l'OIO et les DIR/CHA/JUS, d'une part, et Bedag d'autre part :

- Quelques prestations d'exploitation que l'OIO et les DIR/CHA/JUS fournissaient encore eux-mêmes ont été ou vont être confiées à Bedag (p. ex. l'ingénierie, la gestion technique des systèmes et le support de second niveau des clients, la gestion des so-

lutions antivirus, le packaging et la distribution des logiciels utilisés, l'exploitation d'infrastructures de serveur encore décentralisées, etc.).

- Les ressources de personnel que Bedag employait dans le cadre du support sur site ont été transférées à l'OIO.

Tous ces travaux faisant suite aux recommandations UPI E01, F02, H02 et H04 mentionnées plus haut ont permis d'aboutir à une répartition claire des rôles entre l'administration cantonale et Bedag : Bedag est le principal fournisseur de prestations pour les TIC de l'administration cantonale, l'OIO est le mandant central pour les services de base TIC, et les DIR/CHA/JUS sont les bénéficiaires de prestations (et les mandants directs dans le domaine des applications spécialisées et des applications de groupe). Ces précisions ont permis de dissiper le manque de clarté de certaines interfaces, d'éliminer des chevauchements et d'éclaircir les compétences et les responsabilités.

L'actualisation de la stratégie de propriétaire de Bedag ne change rien à cette claire répartition des rôles et ceux-ci restent inchangés. Elle arrête en même temps les décisions de principe sur les recommandations UPI qui n'ont pas encore été mises en œuvre à ce jour, en particulier concernant la mise en place chez Bedag de l'infrastructure de serveur standard et centralisée pour toutes les DIR/CHA/JUS (recommandations I01, I07 et I08). Les recommandations B02 et B05 – bien qu'elles aient déjà été partiellement mises en œuvre – sont reprises dans le cadre des dispositions d'exécution de la stratégie de propriétaire (p. ex. pour déterminer les organes de l'administration cantonale dans lesquels Bedag sera représentée ainsi que sur la question de la fixation des prix pour les prestations de centre de calcul). La recommandation F01 (Accorder à Bedag la liberté de prendre de nouveaux clients) n'est pas mise en œuvre car elle est incompatible avec le nouveau positionnement de Bedag concernant la législation sur les marchés publics.

3 Variantes de la stratégie

Dans le cadre de la révision de la stratégie de propriétaire de Bedag, le Conseil-exécutif a étudié les variantes de stratégie suivantes :

- Vente
- Maintien du centre de calcul – vente du développement de logiciels
- Fusion
- Réintégration
- Statu quo optimisé

Les chapitres ci-après décrivent ces différentes variantes et en exposent sommairement, au sens d'une première évaluation, les avantages et les inconvénients ou, en d'autres termes, les chances et les risques.

3.1 Vente

La variante « Vente » prévoit que le canton de Berne quitte sa fonction de propriétaire de Bedag et ne possède plus sa propre société informatique. Il devra donc se défaire de ses parts dans Bedag. L'objectif de cette vente est de parvenir à l'aliénation la plus rapide, complète et socialement acceptable de Bedag, au meilleur prix, tout en veillant, d'une part, à ce que le nouveau propriétaire continue d'assurer la fourniture de services au canton de Berne et aux autres clients conformément au contrat conclu, et, d'autre part, à éviter toute perte de savoir-faire.

La vente porte sur l'ensemble de l'entreprise, avec la totalité de ses actifs et de ses passifs. Pour que l'objectif de cette variante soit atteint, la société doit avoir été vendue soit dans son intégralité à un seul et même repreneur soit sous une forme morcelée à plusieurs acquéreurs. Le choix du scénario dépend de la capacité à trouver des acquéreurs intéressés par l'achat de l'entreprise ou de parties de l'entreprise et de la répercussion des offres proposées par les acteurs intéressés sur les critères d'évaluation, à savoir le produit de la vente et la stabilité de l'exploitation.

Du fait du volume de la transaction, le cercle des acquéreurs potentiels est relativement restreint. Les repreneurs nationaux et internationaux envisageables proviennent principalement du secteur informatique. La vente totale à un seul acquéreur offre plusieurs avantages : bénéficier d'une procédure fondamentalement simplifiée du fait de la présence d'un seul interlocuteur, éviter que des parties de l'entreprise demeurent invendues à l'issue du processus et s'épargner une liquidation de la société anonyme.

En l'absence d'un acquéreur disposé à acheter l'ensemble de l'entreprise, une vente morcelée (développement de logiciels, centres de calcul, centre d'impression et de mise sous pli, immeubles) s'impose afin d'intéresser un plus grand nombre de repreneurs. Cette option réduit le volume de la transaction, ce qui permet à des entreprises spécialisées de moindre envergure poursuivant des priorités stratégiques et des activités commerciales dans les segments de marché correspondants d'offrir des perspectives d'avenir intéressantes au personnel.

Arguments en faveur d'une vente :

- le canton de Berne n'assume plus les risques entrepreneuriaux liés à une société informatique publique ;
- dans le débat politique, les services administratifs sont libérés de la contrainte concernant la légitimation de Bedag, et l'OIO est totalement libre d'appliquer ses propres directives en matière d'acquisition comme il l'entend ;
- l'administration peut se procurer librement des services informatiques sur le marché sans tenir compte de sa propre société informatique ;
- le canton de Berne peut réaliser et utiliser librement la fortune liée à Bedag.

Arguments contre une vente :

- le canton de Berne cède son influence directe et perd sa souveraineté sur les données. La participation du canton est limitée aux contrôles menés auprès du fournisseur selon les termes définis dans le contrat, ce qui est insuffisant ;
- le Conseil-exécutif et l'administration s'engagent dans une voie solitaire à l'échelle de la Suisse puisqu'ils représentent le seul canton à externaliser son informatique auprès d'un tiers ;
- le tout premier débat parlementaire concernant une éventuelle aliénation de Bedag entraîne un effet irréversible sur la valeur de la société, la situation du marché, le personnel et les finances. Un sentiment d'incertitude et un taux de fluctuation indésirable au sein du personnel apparaîtront au plus tard au moment de la décision parlementaire indispensable à la vente ;
- le processus de vente et les cessions de la société qui en découlent sont extrêmement risqués pour le fonctionnement de l'administration cantonale. L'expérience montre qu'aux yeux du personnel concerné une cession d'entreprise constitue une réorientation, dans laquelle l'envie de quitter l'employeur pour s'engager dans un autre secteur est très forte. Les taux de fluctuation et la perte de savoir-faire qui en résultent sont considérables. Dans les domaines clés de Bedag comme la gestion du personnel, les impôts, la circulation routière, le registre foncier, etc., en particulier, une fluctuation importante pourrait ne plus permettre d'assurer le développement, la maintenance et l'exploitation. Vu les délais prévus, il serait impossible de compenser les manques par des accords avec des sociétés tierces. Même les acquéreurs potentiels ne seraient plus en mesure de garantir l'exploitation à court terme de la société en l'absence des spécialistes chevronnés de Bedag. Dans le pire des scénarios, le canton de Berne pourrait ainsi se trouver dans l'incapacité de verser les salaires et de prélever les impôts ;
- le canton est privé des revenus des dividendes.

3.2 Maintien du centre de calcul – vente du développement de logiciels

Bedag se concentre sur l'activité de centre de calcul du canton de Berne. Celui-ci reste le propriétaire unique de l'entreprise. Les activités de développement proches du centre de calcul, aujourd'hui intégrées au domaine du développement de logiciels, sont transférées dans le domaine du centre de calcul. Le reste du développement de logiciels est vendu. L'activité de centre de calcul menée en dehors du marché du propriétaire se limite au maximum à 20 pour cent du chiffre d'affaires total.

La vente de l'ensemble du domaine du développement de logiciels présente les opportunités suivantes :

- vendre l'ensemble du développement de logiciels mettrait définitivement un terme au débat politique sur l'intérêt de posséder son propre développement de logiciels ;
- la vente rapporterait à Bedag un gain unique, qui pourrait être versé au canton de Berne.

La vente de l'ensemble du domaine du développement de logiciels comporte les risques suivants :

- mener une procédure de vente transparente et équitable est très difficile et présente un important potentiel d'oppositions et, partant, d'atteinte à la réputation ;
- extraire de l'exploitation du centre de calcul la gestion des applications rattachée au développement de logiciels, une mesure impérativement nécessaire avant la vente, mettrait en péril la stabilité de l'exploitation des applications stratégiques et le bon fonctionnement des processus administratifs ;
- le canton de Berne est – de loin – le principal client du développement de logiciels. Lorsque le client principal se sépare de son fournisseur principal, l'acheteur potentiel est en droit de se demander dans quelle mesure l'avenir de l'activité à remettre est assuré. Suivant les circonstances, le prix de vente réalisable pourrait se révéler bas au regard des marges contributives enregistrées aujourd'hui. Il existe un risque de perte de valeur ;
- le centre de calcul est privé d'un accès direct aux possibilités de plus en plus en vogue d'intensifier la collaboration entre développeurs et spécialistes de l'exploitation (DevOps, Cloud). Il se voit dépossédé de certaines compétences et dépend toujours davantage du pilotage des fournisseurs de logiciels ;
- si l'acquéreur est un concurrent qui est également soumis au contrôle des pouvoirs publics, la position des entreprises privées en termes de concurrence face à une société étatique demeure inchangée. L'économie privée ne bénéficie donc pas des effets attendus. Sur le plan politique, il convient de se demander quels sont réellement les avantages de la vente ;
- la vente crée une dépendance par rapport à un fournisseur externe sur lequel le canton n'a aucune influence. En tant que propriétaire, celui-ci est privé de la possibilité d'influer sur les coûts, les modèles de prix, la transparence et l'ordre de priorité dans le calendrier.

3.3 Fusion

Cette variante prévoit la fusion des trois grands prestataires de services informatiques appartenant aux pouvoirs publics, à savoir Bedag, Abraxas et la société anonyme Verwaltungszentrum AG St-Gall, VRSG, en un grand centre d'expertise dédié aux administrations publiques, le cas échéant étoffé par d'autres entreprises étatiques comme InformatikLeistungsZentrum OW/NW. Le 15 juin 2017, les deux entreprises Abraxas et VRSG ont annoncé leur fusion. Cette évolution laisse la porte ouverte à une fusion ultérieure avec Bedag dont elle simplifierait considérablement le déroulement.

La pénétration sur le marché des administrations publiques engloberait les communes et les cantons. En se concentrant sur le marché de niche des administrations publiques, cette option réduit les risques du propriétaire, évite la concurrence avec des tiers et garantit une viabilité à long terme grâce à de solides connaissances de la branche, à un rapport prix-prestations

optimal et aux contrats qui en résultent à long terme. La palette de solutions et de produits proposés aux administrations publiques est complète (cantons, villes, communes). Des synergies peuvent être exploitées dans tous les domaines (développement de logiciels, activité de centre de calcul, vente, développement commercial et services centraux).

L'entreprise demeure exclusivement dans les mains des pouvoirs publics (cantons, villes, communes). Le but est de créer dans l'environnement du marché des administrations publiques une entreprise capable, du fait de sa taille, de définir des normes (à l'instar de la norme eCH dans les projets de cyberadministration). L'entreprise surmonte de manière autonome les ruptures de médias existant dans les administrations publiques grâce à des applications informatiques cohérentes et à une réduction des interfaces. Parmi les facteurs de réussite essentiels figurent les solutions « Software as a Service », c'est-à-dire un système consistant à réunir le développement de logiciels, l'intégration de logiciels et l'exploitation d'un centre de calcul dans une seule et même entreprise.

L'entreprise fusionnée offre aussi un concentré d'expertise en matière d'administration publique et de sociétés proches de l'administration permettant notamment aux communes, aux villes et aux cantons de se concentrer sur leur mission principale, à savoir assurer le bon déroulement des processus administratifs et de la politique, d'une part, et garantir la stabilité et la rentabilité des solutions et de l'exploitation, d'autre part.

Arguments en faveur d'une fusion :

- souveraineté numérique et influence directe par les propriétaires ;
- viabilité à long terme garantie par la taille de l'entreprise ;
- réduction des risques liés à la propriété du fait de la multiplication des propriétaires ;
- garantie d'économies d'échelle et de conditions d'achat rentables pour les propriétaires ;
- solution « Software as a Service » cohérente (pour tous les échelons de l'administration) fournie intégralement par une seule et même entité ;
- investissements ciblés assurés par une forte capacité financière ;
- connaissances solides en matière de technologie et d'applications fondées sur une large expertise.

Arguments contre une fusion :

- manque de soutien politique et contraintes politiques (les parlements cantonaux défendant des couleurs et des intérêts très divers) ; intentions divergentes des propriétaires existants ;
- manque de motivation du personnel, peu enclin à s'impliquer dans le changement ;
- difficulté à faire fusionner les différentes cultures d'entreprise ;
- degré de complexité élevé des tâches de direction et de la réalisation du projet de fusion ; longue période transitoire requise pour clarifier les questions relatives au droit des marchés publics, à moins de passer par la phase intermédiaire du statu quo optimisé (cf. chiffre 3.5) ;
- obligation de modifier la loi sur la Bedag et de la soumettre à un processus politique.

3.4 Réintégration

La variante de l'intégration prévoit d'intégrer Bedag à l'administration du canton de Berne et, ainsi, de procéder à la liquidation de la société au sens du droit commercial. Au vu de la condition relative à la souveraineté numérique et à l'influence directe qui, dans une perspective politique et sécuritaire (crédibilité de l'Etat), va bien au-delà de la protection et de la sécurité des données, et dans le contexte des questions liées au droit des marchés publics sur lesquelles se penche actuellement l'OIO en lien avec Bedag, l'intégration dans le canton permettrait de faire d'une pierre deux coups. Se concentrer uniquement sur les projets informatiques du canton de Berne permet de hiérarchiser les forces et l'utilisation des fonds. A noter que les activités commerciales que Bedag réalise aujourd'hui en dehors du canton de Berne devraient être externalisées avant l'intégration.

Arguments en faveur d'une intégration :

- la souveraineté numérique et l'influence directe du canton demeurent préservées ;
- à court et moyen termes, le canton bénéficie de meilleurs coûts de revient du fait de la suppression des charges découlant du statut autonome de l'entreprise (p. ex. vente, marketing, conseil d'administration), ainsi que de marges et impôts plus avantageux ;
- l'apport du savoir-faire de Bedag dans les projets cantonaux peut être renforcé, car les experts ne sont plus considérés comme des fournisseurs mais comme des agents cantonaux ;
- la variante a été testée dans la pratique et a fait ses preuves au niveau national. La question du droit des marchés publics et le débat politique concernant la concurrence que représente le canton de Berne par rapport à des tiers sont ainsi réglés.

Arguments contre une intégration :

- les structures cantonales restreignent la marge de manœuvre du fournisseur de prestations (processus budgétaires, acquisition de personnel sur le marché de l'emploi, investissements, innovations, etc.) ;
- une fois intégrée dans les structures cantonales, l'organisation ferait partie de l'administration cantonale et serait donc soumise à la surveillance directe du Grand Conseil et de ses commissions ainsi que du Contrôle des finances cantonal. Il en résulterait un important risque d'ingérence des milieux politiques dans l'informatique opérationnelle de l'administration cantonale ou de politisation de l'informatique cantonale, avec tous les aspects négatifs que cela implique pour le Conseil-exécutif et l'administration ;
- l'absence de pression sur les coûts et sur la concurrence pourrait se traduire par une augmentation de l'état des effectifs et, partant, par une hausse des coûts ;
- le canton de Berne serait privé des revenus des dividendes et d'une entreprise modèle supplémentaire ;
- la capacité de collaboration serait limitée (solution possible : établissement intercantonal de droit public).

3.5 Statu quo optimisé

Bedag se concentre sur l'activité informatique du canton de Berne. Celui-ci demeure l'unique propriétaire de la société anonyme Bedag Informatique SA. L'activité menée en dehors du marché du propriétaire se limite au maximum à 20 pour cent du chiffre d'affaires total. Les critères imposés par le droit des marchés publics dans l'affaire Teckal sont ainsi remplis et le canton de Berne, c'est-à-dire tous les offices, les Directions, la Chancellerie d'Etat et les autorités judiciaires, peuvent confier leurs mandats informatiques à Bedag sans devoir les soumettre à une procédure d'appel d'offres. Bedag est quant à elle tenue d'acquiescer les prestations qu'elle achète dans le respect des dispositions relatives aux marchés publics. Toutes les tâches d'exploitation liées au traitement informatique de données sensibles sont assurées par Bedag, y compris l'exploitation informatique de l'ensemble des applications spécialisées et des applications du groupe ainsi que les plateformes d'application du canton de Berne nécessaires à cet effet. Avec cette variante, la souveraineté numérique est garantie par le canton de Berne et l'influence directe du propriétaire sur Bedag demeure préservée. Pour respecter le principe de « souveraineté sur les données cantonales stratégiques ou sensibles de l'administration cantonale », il convient d'édicter des règlements indiquant les services informatiques que l'administration cantonale doit se procurer auprès de Bedag et les mandats qu'elle est libre de confier à d'autres prestataires.

En résumé, la légitimation de Bedag en tant qu'entreprise cantonale repose sur le fait que le canton de Berne en sa qualité de propriétaire tient à exercer une influence directe sur les systèmes informatiques stratégiques pour l'administration et sur le traitement des données de ses citoyens. En contrepartie, cela implique pour Bedag une forte concentration et spécialisation de ses activités sur le canton de Berne et les besoins individuels de ce dernier. La société demeure libre de mener des activités ciblées sur un marché tiers, pour autant qu'il en résulte un bénéfice pour le canton de Berne. Conformément au droit des marchés publics, la part du chiffre d'affaires réalisée sur un marché tiers est plafonnée à 20 pour cent.

Arguments en faveur de la variante du statu quo optimisé :

- la stabilité de l'exploitation demeure préservée (pas de projets complexes d'acquisition ni de migration) ;
- la limitation du marché tiers réduit les risques (entrepreneuriaux) du propriétaire ;
- la solution proposée devrait être acceptée par les milieux politiques ;
- le statu quo optimisé ne crée aucun préjudice. La possibilité d'opter ultérieurement pour une autre variante demeure ainsi préservée. Cette variante instaure en particulier de bonnes conditions de départ pour la variante de la fusion.

Arguments contre la variante du statu quo optimisé :

- étant donné qu'il est désormais possible d'octroyer à Bedag des marchés sans les soumettre à une procédure d'appel d'offres ou, en d'autres termes, que l'administration est tenue de se procurer une partie des mandats auprès de Bedag, cette variante comporte des risques dans les domaines de l'orientation client, de la capacité d'innovation et de l'attrait de l'employeur ;
- la consommation obligatoire va de pair avec une forte dépendance des prestations de centre de calcul. Elle empêche en outre une formation compétitive des prix, puisque celle-ci n'intervient pas sur le marché du fait de l'adjudication de gré à gré ;

- il existe en outre un risque financier, sans compter que le respect de la règle des 80-20 n'est pas garanti si Bedag ne reçoit pas suffisamment de mandats de la part du canton.

3.6 Comparaison des variantes de la stratégie

Les avantages et les risques des cinq variantes de stratégie peuvent se résumer comme suit :

- Vente : l'apport d'un produit de vente unique est contrebalancé par la perte de la souveraineté numérique et le risque élevé d'une déstabilisation de l'entreprise et d'une menace pour les processus administratifs.
- Maintien du centre de calcul – vente du développement de logiciels : cette variante n'apporte aucun avantage flagrant, déstabilise l'entreprise et met en péril les processus administratifs.
- Fusion : cette variante permet de concrétiser la vision d'un centre national d'expertise informatique dédié aux administrations cantonales offrant aux pouvoirs publics des services complets, efficaces et bon marché respectant le droit des marchés publics. La souveraineté numérique est assurée au regard du droit des marchés publics et la collaboration intercantonale génère des économies d'échelle, mais accroît aussi les risques entrepreneuriaux et politiques. Les sociétés Bedag, Abraxas et VRSG fusionnent. Il en résulte un renforcement de la position de la société sur le marché qui se traduit par une réduction des coûts et de nouvelles synergies intéressantes dans les domaines de l'infrastructure et des applications.
- Réintégration : la souveraineté numérique et l'influence demeurent garanties, et les risques entrepreneuriaux et politiques sont minimes. Par contre, l'orientation client et la force d'innovation reculent, alors que les coûts ont tendance à progresser.
- Statu quo optimisé : la souveraineté numérique est assurée au regard du droit des marchés publics et le canton de Berne bénéficie simultanément d'une baisse des prix et d'une réduction des risques entrepreneuriaux. En tant que propriétaire de Bedag, le canton de Berne conserve la souveraineté numérique complète sur les données sensibles, puisque l'accès à toutes les informations y relatives et leur traitement demeurent réservés exclusivement à l'administration cantonale et à Bedag. Le canton peut confier des mandats à Bedag sans les soumettre à une procédure d'appel d'offres, tout en respectant le droit des marchés publics, et la force d'innovation de la société reste préservée moyennant l'introduction de mesures d'accompagnement adaptées.

3.7 Premiers grands axes arrêtés par le Conseil-exécutif en février 2017

Se fondant sur une vaste analyse de la situation, le Conseil-exécutif a arrêté en février 2017 les premiers grands axes des présentes variantes de la stratégie :

- pour le Conseil-exécutif, la position et la valeur de Bedag en tant que facteur de réussite du bon déroulement des processus administratifs revêtent une importance stratégique ;
- le Conseil-exécutif tient à préserver la souveraineté sur les données informatiques traitées par l'administration cantonale ;
- la variante du statu quo optimisé est donc privilégiée ;
- le Conseil-exécutif étant d'avis qu'une vente comporte de gros risques, l'option d'une

vente totale est pratiquement écartée ;

- le Conseil-exécutif est assez sceptique à l'égard de la variante proposant une fusion, en raison de l'absence d'une étude permettant d'évaluer les chances de succès politique et commercial ainsi que les avantages et les inconvénients de cette variante du point de vue du propriétaire ;
- aux yeux du Conseil-exécutif, la variante relative à la réintégration de Bedag dans l'administration cantonale est exclue.

4 Expertises Müller/Jäger/Dippen

En août 2017, le Conseil-exécutif a confié à des experts indépendants l'élaboration des avis promis dans sa réponse au postulat Köpfli.

4.1 Mandat

Le Conseil-exécutif a décidé de charger les experts d'analyser les quatre variantes de stratégie « Vente (avec la sous-variante Vente des logiciels/maintien du centre de calcul) – Réintégration – Statu quo optimisé – Fusion » sur la base des trois blocs thématiques suivants :

- **Droit public, politique et réglementation**
(c'est-à-dire : sécurité de l'information [protection des données, sécurité des données], marché et pouvoirs publics, monopole et concurrence, surveillance, propriété, appréciation politique, conséquences pour la législation, etc.)
- **Organisation et gestion de l'informatique**
(c'est-à-dire : provenance des achats, modèles de direction, collaboration entre administration cantonale et Bedag, garantie de la dynamique d'innovation, numérisation, formation des prix et gestion des coûts, instruments d'intervention, contrats, obligation d'achat, etc.)
- **Droit des marchés publics**
(c'est-à-dire : respect des critères au sens de la pratique judiciaire relative aux marchés quasi-in-house, éventuelles modifications du droit cantonal, délais de transition, appels d'offres, obligation d'achat, comparaison des prix, contrats, etc.)

Les experts mandatés sont les suivants :

Bloc 1 : P^r Markus Müller, Université de Berne

Bloc 2 : P^r Jens Dibbern, Université de Berne

Bloc 3 : Christoph Jäger, avocat, Berne

4.2 Elaboration des expertises

Avant de débiter leurs travaux, les trois experts ont convenu d'établir trois avis indépendants. Plutôt que de synthétiser les considérations et les résultats de leurs rapports dans un document commun, ce qui aurait également été possible, ils ont préféré harmoniser leurs travaux et veiller à fonder leurs réflexions sur le même matériel et le même niveau de connaissances. Conscients des liens étroits qui unissent les trois domaines d'analyse, les experts se sont régulièrement consultés pendant toute la durée de la rédaction de leurs avis. Cette démarche a permis d'éviter que leurs considérations et leurs conclusions présentent des contradictions dues à des différences de bases de données ou à des informations incohérentes.

Elle a également permis de garantir que chaque expert parvienne à ses conclusions et à ses recommandations de manière totalement indépendante, tout en ayant connaissance des éléments recueillis, de l'appréciation des faits et des conclusions et recommandations que les autres prévoyaient de formuler.

4.3 Conclusions des expertises

Sur le fond, les trois experts ont en majeure partie abouti au même résultat, chacun dans la perspective de son domaine de spécialisation spécifique.

Ils sont ainsi eux aussi d'avis que la variante du « Statu quo optimisé » privilégiée par le Conseil-exécutif est celle qui convient le mieux à la mise en œuvre de la stratégie à moyen ou long terme, toutefois sous la forme modifiée d'une société holding. Selon cette variante, les domaines du centre de calcul (CC) et du développement de logiciels (SW) de Bedag sont subdivisés en deux filiales distinctes revêtant chacune le statut de société anonyme et réunies sous la direction d'une société holding¹, chargée uniquement de gérer les deux filiales et ne réalisant donc aucune activité opérationnelle. Pour éviter de nuire à l'atténuation des tensions liées au droit des soumissions visée par les travaux d'actualisation, il conviendra d'examiner en détail les fonctions du groupe qui seront assumées par la holding et celles qui incomberont aux filiales.

Ce processus permet de garantir la souveraineté des données sensibles et stratégiques du canton dans le domaine du CC tout en laissant à l'administration cantonale la possibilité d'adjuger à la filiale CC des mandats d'exploitation sans les soumettre à un appel d'offres ; en contrepartie, les experts sont d'avis qu'il conviendrait le cas échéant d'imposer à l'administration cantonale une obligation d'achat auprès de Bedag.

Le domaine du SW pourrait quant à lui être organisé de sorte que l'administration cantonale ne soit pas soumise à une obligation d'achat, mais qu'il doive obtenir ses mandats dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, comme c'est déjà le cas aujourd'hui.

En résumé, cette variante permet, selon les experts, à la fois de garantir la souveraineté des données sensibles et stratégiques du canton et d'atteindre le critère de l'essentiel de l'activité requis par le droit des marchés publics (règle des 80-20) dans le domaine du CC.

Les experts recommandent en outre de ne pas concentrer les efforts d'optimisation exclusivement sur les difficultés liées au droit des marchés publics, mais d'inclure dans l'actualisation ou la modification de la stratégie de propriétaire d'autres possibilités d'amélioration, comme par exemple la correction de la vision largement véhiculée par la société elle-même et par des tiers selon laquelle Bedag serait en grande partie un « acteur de droit privé », alors qu'il s'agit d'une organisation chargée de tâches publiques revêtant la forme d'une société anonyme de droit privé. Rectifier cette vision erronée est tout aussi important que définir le rôle de l'OIO.

Bien que les experts estiment que les variantes de stratégie « Vente (totale ou partielle) », « Réintégration dans l'administration » ou « Fusion » sont réalisables, ils considèrent, pour des raisons parfois légèrement différentes, qu'elles ne sont pas prioritaires et n'en recommandent donc pas la mise en œuvre.

En fin de compte, les trois experts conseillent au canton de Berne de conserver Bedag comme sa propre société informatique, d'opter pour la variante de stratégie « Statu quo optimisé » privilégiée à ce jour par le Conseil-exécutif, de peaufiner encore cette variante et

¹ Tâches de la direction de la holding : définir la stratégie d'entreprise et les champs d'activité, répartir les ressources, déterminer les structures et l'organisation, nommer et révoquer les principaux cadres du groupe, gérer les fonctions essentielles du groupe comme les finances, les RH et les services, regrouper les activités sectorielles en une offre globale, décider des priorités des investissements, définir les objectifs d'une politique du personnel uniforme, exercer la surveillance sur les filiales.

d'intégrer davantage Bedag, en tant qu'organisation chargée de tâches publiques revêtant la forme d'une société anonyme, dans la gestion de l'informatique de l'administration cantonale, en particulier là où elle assume une grande responsabilité de prestataire à l'égard de l'administration cantonale et où son savoir-faire lui permet d'apporter une contribution importante en termes de contenu. Avec la variante de stratégie « Statu quo optimisé », le canton de Berne préserve, en sa qualité de propriétaire de Bedag, sa souveraineté pleine et entière sur les données sensibles et stratégiques de l'administration cantonale. Cette variante correspond à la pratique en vigueur dans les autres cantons et pays voisins consistant à ne pas externaliser leurs systèmes informatiques stratégiques auprès de tiers indépendants et à ne pas prendre de risques en matière de sécurité et de disponibilité. Elle permet aussi d'optimiser les interfaces entre l'administration cantonale et Bedag et, en s'écartant d'un rapport purement axé sur la relation client-fournisseur pour se rapprocher d'un partenariat, de rendre la collaboration plus efficace. Les améliorations proposées par les experts vont aussi dans ce sens.

5 Modification de la stratégie de propriétaire « Statu quo optimisé »

5.1 Le Conseil-exécutif suit les recommandations des experts concernant une stratégie duale

Considérant que les trois expertises sont convaincantes et d'excellente facture, le Conseil-exécutif suit leurs recommandations, dont la mise en œuvre débouche sur une stratégie duale :

- le canton de Berne conserve Bedag sous la forme d'une société informatique qui lui est propre et préserve ainsi, en sa qualité de propriétaire, la souveraineté pleine et entière sur les données sensibles et stratégiques de l'administration cantonale, conformément à l'esprit de la variante « Statu quo optimisé ». Bedag, en tant qu'organisation chargée de tâches publiques revêtant la forme d'une société anonyme, est mieux intégrée dans la gestion de l'informatique de l'administration cantonale ;
- dans le même temps et en parallèle, il conviendra d'étudier les possibilités de création d'une société holding permettant de diviser les domaines du CC et du SW en deux sociétés anonymes indépendantes, auxquelles le canton, en tant que propriétaire, réservera un traitement distinct en droit des marchés publics : obligation d'achat de l'administration cantonale pour le CC, liberté de mise au concours pour le SW. Il reste à vérifier, en collaboration avec le conseil d'administration de Bedag et, si nécessaire, avec des spécialistes en la matière, si les avantages de la holding mentionnés par les experts dans les domaines du droit, de l'entreprise, des activités opérationnelles, de la gestion, des finances et de la politique du personnel sont avérés, d'une part, et comment planifier et concrétiser la mise en œuvre de cette amélioration additionnelle, d'autre part. Sur la base des résultats de ces analyses, le Conseil-exécutif pourra décider ultérieurement s'il souhaite améliorer encore le « Statu quo optimisé » en créant une holding.

5.2 Modification de la stratégie de propriétaire

5.2.1 Développement du domaine des TIC et objectifs fondamentaux du propriétaire

Le fonctionnement de l'administration cantonale et la fourniture de services essentiels à la population et à l'économie sont déjà fortement tributaires, et le seront davantage encore à l'avenir, des systèmes d'information et de communication. Le bon déroulement d'innombrables processus administratifs est en effet inconcevable sans le soutien des TIC depuis bien longtemps. Pour l'administration cantonale, assurer le niveau élevé de disponibilité et de sécurité de ces systèmes est absolument indispensable. Dans le même temps, l'exploitation et le développement des TIC cantonaux doivent se faire à des prix raisonnables, conformes à ceux du marché.

Dans ce contexte, l'objectif prioritaire poursuivi par le Conseil-exécutif en ce qui concerne les TIC de l'administration cantonale consiste donc à garantir des outils informatiques efficaces, hautement disponibles en temps normal comme en temps de crise, performants, sûrs, parfaitement fonctionnels, transparents et aptes à être développés et adaptés, à des coûts d'exploitation et d'investissement planifiables, traçables et conformes au marché.

Dans ces conditions, le canton a un intérêt stratégique particulier à exercer une influence directe sur la fourniture des services informatiques dans l'administration cantonale. Les réflexions stratégiques du Conseil-exécutif concernant les TIC reposent essentiellement sur sa décision,

face à la complexité et à la fragilité croissante, mais aussi aux menaces exercées sur l'informatique depuis l'extérieur, de préserver une souveraineté de plus en plus importante sur le stockage, le traitement et l'utilisation des données stratégiques et sensibles de l'administration cantonale.

En conséquence, le Conseil-exécutif tient à conserver à Bedag son statut d'entreprise informatique cantonale, avec son centre de calcul sûr et performant qui permet de garantir la sécurité de l'information indispensable dans un paysage informatique complexe et de plus en plus interconnecté, et veillera pour ce faire à ce que les exigences requises à l'égard de l'administration cantonale par l'ensemble des groupes d'intérêts de la population et de l'économie soient remplies de manière sûre. Selon le Conseil-exécutif, l'influence directe du canton sur le stockage, l'exploitation et l'utilisation des données stratégiques et sensibles de l'administration cantonale ne peut être assurée qu'au sein d'une entreprise informatique détenue à long terme par le canton, comme le recommandent aussi les experts consultés. Pour lui, il est hors de question d'externaliser à des sociétés tierces privées l'exploitation des applications informatiques stratégiques du canton, en particulier, ou de vendre Bedag.

La stratégie de propriétaire de Bedag et le mandat de prestations confié à l'entreprise dans le cadre de cette stratégie se concentrent donc eux aussi sur ces objectifs et sur les aspects qui en découlent en termes de stabilité opérationnelle, efficacité, sécurité, disponibilité et orientation fonctionnelle sur les besoins des clients. En plus d'une solide organisation de l'exploitation, il convient également de tenir suffisamment compte des exigences de renouvellement et d'innovation dans le domaine de l'exploitation, du développement de la numérisation et de l'automatisation, ainsi que de valorisation du potentiel d'innovation.

Enfin, les coûts d'exploitation, situés au croisement entre besoins d'investissement et consignes d'économie, l'aménagement de la relation entre client et fournisseur, les marchés publics ou encore la surveillance et le pilotage, c'est-à-dire l'établissement d'un niveau de gouvernance et de conformité approprié, jouent un rôle essentiel pour la réalisation du mandat de prestations cantonal. Tout ceci doit aussi se refléter dans la stratégie de propriétaire ou dans les documents annexes correspondants comme la stratégie de surveillance de Bedag.

Dans le contexte exposé ci-avant, Bedag, en tant que fournisseur de prestations informatiques, est tiraillée entre plusieurs exigences : d'un côté, elle peut et doit, pour des raisons de coûts et du fait de la pénurie de personnel compétent, atteindre un degré élevé de standardisation et d'automatisation et l'améliorer en permanence, de l'autre, face aux exigences de son client principal, à savoir l'administration cantonale, rendues de plus en plus complexes et soumises à des changements de plus en plus rapides du fait

- de la poursuite de la numérisation et l'automatisation de ses processus et interfaces,
- de l'augmentation croissante des données exploitées,
- de l'interaction croissante avec la population et l'économie ainsi que de la multiplication des acteurs en contact avec l'administration cantonale par le biais d'Internet,
- des nouveaux développements technologiques comme le Cloud, la virtualisation, l'industrie 4.0, etc.,
- de l'accroissement des objectifs fixés par le droit et les divers règlements (protection des données, droit des contrats, droit des marchés publics), et
- des menaces exercées par des organisations criminelles, terroristes ou extérieures à l'Etat,

Bedag doit elle aussi pouvoir réagir plus vite aux changements sans pour autant mettre en péril la stabilité nécessaire à l'exploitation.

5.2.2 But de Bedag

Le canton de Berne tient à garantir sa souveraineté sur la conservation et l'exploitation des données électroniques sensibles et stratégiques de l'administration cantonale. Pour ce faire, il détient sa propre société informatique, à savoir Bedag, qui stocke ces données dans son centre de calcul et les utilise pour gérer les applications informatiques qui y sont liées.

En tant qu'organisation chargée de tâches publiques au sens de l'article 95 ConstC, Bedag est un centre de services informatiques externe chargé de gérer les besoins au sens d'une activité administrative auxiliaire. Sous sa forme d'entreprise publique, Bedag revêt le statut d'une société anonyme de droit privé.

En collaboration avec l'administration cantonale et d'autres prestataires, Bedag contribue donc fortement, dans le cadre des TIC de l'administration cantonale, à garantir des outils informatiques efficaces, hautement disponibles en temps normal comme en temps de crise, performants, sûrs, parfaitement fonctionnels, transparents et aptes à être développés et adaptés, à des coûts d'exploitation et d'investissement planifiables, raisonnables et justifiables. Elle veille à offrir des services sûrs, fiables, hautement disponibles et financièrement avantageux bénéficiant en premier lieu à l'administration cantonale dans les domaines de l'exploitation du centre de calcul et de la plateforme informatique, de la gestion des services informatiques, des conseils et ingénierie informatiques, du développement de produits informatiques, du développement (personnalisé) et de la maintenance de logiciels ainsi que de la fourniture et de l'intégration de systèmes.

Bedag appuie les prestations que le canton fournit à la population et à l'économie dans le cadre des processus administratifs pour lesquels des données stratégiques et sensibles doivent être exploitées et stockées. Elle assume ainsi une responsabilité particulière consistant à trouver et à préserver à moyen et long termes le bon équilibre entre stabilité opérationnelle, capacité d'innovation et exigences très élevées en termes de garantie de la sécurité des données qui lui sont confiées.

Pour ce faire, Bedag doit disposer dans le cadre de la stratégie de propriétaire de l'autonomie requise, dans les domaines de la mise en œuvre, des achats, du choix des variantes, des collaborations etc., pour aménager concrètement le mandat de prestations, pour autant que ces paramètres respectent les grandes lignes définies par la stratégie de propriétaire. La stratégie définit donc le « quoi » et le « pourquoi », alors que sa mise en œuvre par Bedag, en collaboration avec l'administration cantonale, définit le « comment ».

La stratégie de propriétaire devrait en outre régler le cadre de l'orientation opérationnelle de l'entreprise, autrement dit prescrire des consignes définissant les grandes lignes et les limites de la politique commerciale, de la politique du personnel, des objectifs financiers et économiques (croissance, chiffre d'affaires, bénéfice, politique des dividendes, politique d'investissement, réserves en liquidités), de l'écologie, des objectifs concernant la protection des données ainsi que de la sécurité et de la disponibilité des données de l'administration cantonale en temps normal et en temps de crise, de la gestion des risques, des collaborations et des participations.

5.2.3 Contenu de la stratégie de propriétaire

Eléments fondamentaux de la stratégie de propriétaire 2018

En vertu de la stratégie générale de surveillance et de controlling des participations, entreprises et institutions cantonales du 3 mars 2010 (actualisée pour la dernière fois le 25 octobre 2017 ; ACE 1116/2017), le Conseil-exécutif doit établir une stratégie de propriétaire pour Bedag. Cette stratégie détermine les objectifs et les attentes que doit remplir Bedag.

En tant qu'organisation chargée de tâches publiques au sens de l'article 95 ConstC, Bedag est un centre de services informatiques externe chargé de gérer les besoins au sens d'une activité administrative auxiliaire. Elle revêt le statut d'une société anonyme de droit privé ayant son siège à Berne. Jusqu'à nouvel ordre, le canton en est l'unique actionnaire.

La collaboration entre le canton et Bedag est définie dans les dispositions d'exécution et la stratégie de surveillance. Alors que les dispositions d'exécution établissent notamment des objectifs contraignants concernant l'organisation de la collaboration entre Bedag et l'administration cantonale dans le cadre des organes, des processus d'achat, de la planification, du financement, de la budgétisation, de l'obligation d'achat, de la formation des prix, de la sécurité des données, de la protection des données, etc., la stratégie de surveillance comprend des objectifs contraignants en lien avec le pilotage et la surveillance de Bedag par le canton dans des domaines comme le reporting au propriétaire et à la Direction des finances, la répartition des tâches entre le Conseil-exécutif et la Direction des finances, la représentation du canton, la prévention des conflits de rôles, les indicateurs pour la gestion, etc.

But de Bedag et principaux objectifs et consignes du propriétaire

Bedag veille à offrir des services sûrs, fiables, hautement disponibles et financièrement avantageux bénéficiant en premier lieu à l'administration cantonale dans les domaines de l'exploitation du centre de calcul et de la plateforme informatique, de la gestion des services informatiques, des conseils et ingénierie informatiques, du développement de produits informatiques, du développement (personnalisé) et de la maintenance de logiciels ainsi que de la fourniture et de l'intégration de systèmes.

Bedag accorde une grande importance au besoin de l'administration cantonale de garantir la sécurité des données et le bon fonctionnement des processus administratifs en tout temps. Elle peut également proposer des services à des tiers extérieurs à l'administration cantonale. Le potentiel de réalisation de mandats de prestations additionnels est admis dans le cadre des conditions générales fixées par le droit des marchés publics.

La formation des prix facturés au canton, le pilotage et la coordination de l'acquisition des prestations ainsi que la consommation obligatoire des prestations du centre de calcul de la part du canton sont définis dans les dispositions d'exécution.

Bedag suit de près les développements de la société, de l'administration et de la technologie informatique et progresse dans les étapes de numérisation et d'automatisation, de préférence en collaboration avec les différents offices de l'administration cantonale compétents dans les domaines des applications spécialisées et des applications du groupe.

En tant que société anonyme de droit privé, Bedag dispose de l'autonomie opérationnelle et de la flexibilité nécessaires à la mise en œuvre des objectifs, notamment en termes d'investissements, d'achats ou de collaborations.

Pilotage et surveillance

Les principes de surveillance et de controlling de la BCBE par le Conseil-exécutif étant définis dans la stratégie de surveillance, la stratégie de propriétaire peut s'y référer.

Direction stratégique de l'entreprise (conseil d'administration)

Il incombe au conseil d'administration, en tant qu'organe suprême de la direction, de réaliser les objectifs du propriétaire. Le conseil d'administration se compose de quatre à sept membres.

S'agissant de la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de propriétaire et du fait que Bedag est détenue à 100 pour cent par le canton, la Direction des finances considère qu'il est fondamental qu'à l'avenir le conseil d'administration continue à inclure une ou plusieurs personnes actives au sein de l'administration cantonale et aptes à assumer, en tant que représentants du canton, un rôle d'intermédiaire entre le canton en tant que propriétaire et client principal d'une part, et le conseil d'administration d'autre part. Une représentation du canton permet comme jusqu'ici de garantir la proximité de l'information, l'influence directe et la possibilité d'intervenir rapidement. Il incombe aux représentants du canton siégeant au conseil d'administration de surveiller la mise en œuvre et le respect de la stratégie de propriétaire du canton et d'intervenir tout particulièrement à cet égard si Bedag exprime l'intention, par exemple, de développer des domaines d'activité ou de s'engager dans des participations susceptibles de menacer directement (p. ex. sur le plan opérationnel) ou indirectement (p. ex. en raison de la situation financière de l'entreprise) son but principal, à savoir l'exploitation des applications informatiques stratégiques du canton. Les représentants du canton ont en outre pour tâche de surveiller attentivement les mesures prises par Bedag en ce qui concerne la protection et la sécurité des données ainsi que la disponibilité des applications cantonales.

Direction opérationnelle (direction de l'entreprise)

Bedag dispose d'une structure organisationnelle claire axée sur la continuité. Sa gestion du risque est raisonnable et son système de contrôle interne est celui prescrit par la loi.

Objectifs financiers et économiques

Bedag est gérée selon des principes commerciaux et dans un but lucratif. Les investissements doivent en principe être financés sans qu'il soit nécessaire d'accroître le capital du propriétaire. La distribution des dividendes prend en considération les besoins en capitaux de Bedag ; elle tient compte de l'évolution financière à long terme de l'entreprise et des besoins d'investissement et de finances.

Objectifs en matière de politique du personnel, de communication et de pérennité

Bedag poursuit une politique du personnel progressiste, socialement responsable et transparente. Les conditions d'engagement du personnel de Bedag sont soumises au droit privé du travail. La stabilité au sein du personnel et l'identification avec l'entreprise doivent être privilégiées. A l'interne, la direction de Bedag applique à l'égard de son personnel une politique de communication systématique, valorisante et respectueuse des niveaux hiérarchiques concernés.

Collaborations et participations

En accord avec le propriétaire, Bedag peut conclure des collaborations incluant une participation financière et ancrées dans le droit des sociétés. Elle peut créer des filiales et les intégrer de manière appropriée dans la structure du groupe. Les collaborations doivent correspondre aux objectifs et aux consignes de la stratégie de propriétaire et être dans l'intérêt de ce dernier.

Responsabilité

Les responsabilités des organes de Bedag reposent sur les dispositions du code suisse des obligations.

6 Proposition

Le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil de prendre acte du rapport au sens de l'article 51, alinéa 1, lettre c, de la loi sur le Grand Conseil (loi sur le Grand Conseil ; LGC).