



[Lieu], le [date] ...

Mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité: loi fédérale et arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement

**Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de consultation**

Condensé

Contexte

Les importantes fluctuations de prix que connaissent les marchés de l'énergie depuis la fin de l'année 2021 font que les entreprises du secteur de l'électricité ont besoin de moyens financiers supplémentaires afin de couvrir leurs garanties financières liées au commerce de l'énergie. La situation s'est encore aggravée depuis le début de la guerre en Ukraine: les marchés de l'énergie font face à une volatilité des prix qui a atteint un niveau historique. Par conséquent, les risques de liquidité des entreprises électriques actives dans le commerce de gros augmentent fortement. On ignore aujourd'hui ce qui se passerait si une entreprise du secteur de l'électricité d'importance systémique manquait de liquidités ou était surendettée et ne parvenait pas, par exemple, à déposer des garanties suffisantes sur les bourses de l'électricité. Or une forte hausse à court terme des prix de l'électricité ou du gaz, due à la cessation abrupte des livraisons de gaz russe ou à une défaillance incontrôlée d'une entreprise d'importance systémique, pourrait entraîner une réaction en chaîne et menacer la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse. Le Conseil fédéral veut éviter un tel scénario. Il prévoit à cet effet de déployer un mécanisme de sauvetage qui garantisse que dans un cas d'urgence peu probable, les entreprises d'importance systémique touchées obtiennent les liquidités nécessaires dans les 48 heures.

Teneur du projet

Un approvisionnement sûr en électricité est en premier lieu l'affaire de ce secteur économique. En complément au cadre légal en place, la loi proposée a pour but de garantir l'approvisionnement de la Suisse en électricité, en cas d'évolution extraordinaire des marchés à laquelle le secteur de l'électricité ne parvient pas à faire face lui-même. À cet effet, la loi crée la base légale nécessaire pour que la Confédération puisse octroyer des aides financières subsidiaires sous forme de prêts aux entreprises d'importance systémique. Outre cette loi, il est prévu de soumettre au Parlement un crédit d'engagement à hauteur de 10 milliards de francs, afin que la Confédération puisse s'engager à mettre à court terme les liquidités nécessaires à la disposition des entreprises d'importance systémique.

Les entreprises et leurs propriétaires, à commencer par les cantons et les communes, continueront de devoir trouver eux-mêmes des solutions dans un premier temps. La Confédération n'interviendra que de manière subsidiaire pour les entreprises et leurs bailleurs de fonds externes et de fonds propres. Afin de prévenir les mauvaises pratiques, il faut que la loi sur un mécanisme de sauvetage soumette le soutien de la Confédération à des conditions strictes. En font notamment partie des prescriptions sur la transparence, un rendement conforme au marché avec une prime de risque, une interdiction de distribuer des dividendes ainsi que des garanties sous la forme d'un nantissement des actions. En outre, il est prévu que le mécanisme de sauvetage ne soit que temporaire. Il cédera la place, à la fin de l'année 2026 au plus tard, à une réglementation ordinaire et complète qui garantisse l'approvisionnement en électricité sans le moindre prêt de la Confédération.

Rapport explicatif

1. Contexte

Les importantes fluctuations de prix que connaissent les marchés de l'énergie depuis la fin de l'année 2021 font que les entreprises du secteur de l'électricité ont besoin de moyens financiers supplémentaires afin de couvrir leurs garanties financières liées au commerce de l'énergie. La situation s'est encore aggravée depuis le début de la guerre en Ukraine: les marchés de l'énergie font face à une volatilité des prix qui a atteint un niveau historique. Les entreprises du secteur de l'électricité négocient sur le marché de gros et vendent leur future production électrique jusqu'à deux ou trois ans à l'avance, afin de réduire le risque de marché dû à leurs positions dans le secteur énergétique, de s'assurer une certaine rentabilité et de parvenir à une meilleure prévisibilité de leurs flux de trésorerie. Pour couvrir le risque de contrepartie, les chambres de compensation (établissements financiers) exigent d'elles une garantie financière (marge), calculée à partir des prix du marché et de leur volatilité (versement initial), ainsi que de la différence entre le prix de transaction et la valeur de marché (marge de variation). Le montant de ces garanties financières dépend par conséquent à chaque fois du prix de l'électricité en vigueur, et les participants au marché doivent en général s'en acquitter sous forme de sûretés monétaires. Les fluctuations de prix d'une ampleur inédite ont exacerbé les risques de crédit et les garanties financières ont été revues à la hausse, avec pour effet que les entreprises électriques suisses présentent des risques de liquidité sensiblement accrus. Dans l'hypothèse où les prix subiraient une hausse brutale, par exemple si les livraisons de gaz russe devaient cesser, les besoins de liquidités des entreprises électriques augmenteraient à court terme au point de les empêcher de fournir à temps des sûretés suffisantes. Il pourrait en résulter une défaillance incontrôlée d'une entreprise d'importance systémique, ce qui risque d'entraîner une réaction en chaîne et de menacer la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse. Selon le dossier sur les dangers encourus par la Confédération, une panne d'électricité de grande ampleur causerait de graves préjudices personnels, d'immenses dommages patrimoniaux et une atteinte majeure à la capacité économique du pays¹ – un scénario que le Conseil fédéral vise à éviter. Aussi juge-t-il nécessaire de prendre les mesures qui s'imposent.

2. Solutions examinées et solution retenue

Le Conseil fédéral prévoit toute une série de mesures pour rendre le secteur de l'électricité plus résilient. Sont notamment envisagées des prescriptions qui garantissent le maintien permanent de fonctions importantes à l'instar de la production d'électricité (*business continuity management*, BCM), une loi sur l'intégrité et la transparence du commerce de gros de l'électricité et du gaz, ainsi que des prescriptions concernant les liquidités et la dotation en capital des entreprises. L'instauration de ces mesures prendra toutefois du temps de sorte que celles-ci ne déploieront leurs effets qu'à moyen terme.

Comme mesure à court terme, le Conseil fédéral a donc décidé d'élaborer une loi fédérale urgente sur un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité. La loi a pour but de garantir l'approvisionnement du pays en électricité, en cas d'évolution extraordinaire des marchés à laquelle le secteur de l'électricité ne parvient pas à faire face lui-même. À cet effet, la loi prévoit la possibilité d'octroyer des aides financières subsidiaires sous forme de prêts aux entreprises d'importance systémique. Elle crée ainsi les bases nécessaires, tout en fixant des garde-fous.

La sécurité de l'approvisionnement en électricité (volet d'un approvisionnement énergétique sûr) relève avant tout du secteur de l'énergie (art. 6, al. 2, de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie²). Le Conseil fédéral estime qu'il appartient d'abord aux sociétés concernées et à leurs propriétaires (à commencer par les cantons et les communes) de veiller à ce que les entreprises électriques disposent d'assez de liquidités et de prendre constamment les mesures nécessaires à un approvisionnement électrique sûr. Une aide financière de la Confédération ne doit intervenir que subsidiairement et en dernier recours pour prévenir, dans une situation de crise ou en cas

¹ www.babs.admin.ch > Autres domaines d'activités > Risques et dangers > Analyse nationale des risques > Dossiers sur les dangers
² RS 730.0

d'évolution extraordinaire des marchés, qu'une entreprise du secteur de l'électricité d'importance systémique ne soit menacée d'un manque de liquidités ou de surendettement et ne fasse l'objet d'une procédure de faillite ou de sursis concordataire. Le mécanisme de sauvetage ne doit par conséquent être à disposition qu'à titre temporaire, jusqu'à ce que les entreprises soient à même de garantir par leurs propres moyens la poursuite de leur activité même dans des situations de marché difficiles. Les entreprises dont l'importance systémique n'est pas reconnue doivent être soutenues par leurs propriétaires pour ne pas devoir céder leur place à des concurrents.

Vu l'urgence de la situation – le risque d'embargo sur le gaz est en effet bien réel et en cas de crise, les liquidités doivent pouvoir être accordées dans les 48 heures environ –, il faudrait que la loi fédérale soit soumise au plus vite au Parlement. Le Conseil fédéral propose par conséquent à la Conférence de coordination, conformément à l'art. 85, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement³, que les deux conseils procèdent exceptionnellement à l'examen du message à leur session d'été 2022, selon la procédure spéciale. La loi devra en outre entrer immédiatement en vigueur selon l'art. 165 de la Constitution (Cst.)⁴ (sans attendre l'expiration du délai référendaire); il faut par conséquent en limiter la durée.

3. Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Au début de mars 2022, la fédération européenne des négociants en électricité (*European Federation of Energy Traders*, EFET) a envoyé une lettre à la Commission européenne. Le secteur de l'énergie y demandait, pour une durée limitée, une aide d'urgence en cas de besoins de liquidités pressants, afin de pérenniser le fonctionnement des marchés de gros de l'énergie lors de situations de marché extraordinaires. Les aides financières devaient être fournies par les gouvernements ou les banques centrales. Le 23 mars 2022, la Commission européenne a adopté un encadrement de crise temporaire permettant l'octroi d'aides d'État⁵. Les États membres ont ainsi plus de flexibilité qu'en temps normal pour accorder des aides publiques à leurs entreprises. Au début d'avril 2022, le gouvernement fédéral allemand a annoncé la création d'un mécanisme de protection en faveur des entreprises touchées par la guerre – au profit notamment du secteur indigène de l'énergie. Les entreprises disposent, auprès de la banque publique de développement allemande (*Kreditanstalt für Wiederaufbau*, KfW), de lignes de crédit couvertes par une garantie fédérale d'un montant de 100 milliards d'euros. La France a elle aussi recapitalisé à la mi-mars le groupe public Électricité de France (EDF).

4. Présentation du projet

4.1 Réglementation proposée

La loi a pour but de garantir l'approvisionnement en électricité de la Suisse en cas d'évolution extraordinaire des marchés à laquelle le secteur de l'électricité ne parvient pas à faire face lui-même. À cet effet, la loi prévoit la possibilité d'octroi d'aides financières subsidiaires sous forme de prêts aux entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique. Sont notamment considérées comme évolution extraordinaire des marchés une très forte augmentation de prix dans un laps de temps très court, ou une perte de confiance généralisée sur les marchés européens de l'énergie, se traduisant par une pénurie de liquidités.

Selon le principe de subsidiarité, les entreprises d'importance systémique devront régulièrement prendre, avec leurs bailleurs de fonds externes (banques, obligataires, etc.) ainsi que leurs propriétaires (cantons, communes, particuliers), toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité de leur exploitation (*going concern*). Si l'entreprise est organisée selon le droit de la société anonyme, cette responsabilité incombera en premier lieu à son conseil d'administration. Celui-ci devra préserver en toute bonne foi les intérêts de la société et veiller notamment à ce que sa capacité de paiement soit maintenue ou rapidement rétablie, en prenant toutes les mesures qui s'imposent. Il lui faudra analyser toutes les possibilités d'assurer ou de rétablir la liquidité de l'entreprise, avec des fonds propres adaptés aux risques encourus et, le cas échéant, intervenir

³ RS 171.10

⁴ RS 101

⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/statement_22_1949

avec les personnes ou établissements financiers concernés. Les actionnaires ont beau ne pas être obligés en vertu du droit de la société anonyme à effectuer des versements supplémentaires, leur statut de propriétaires d'une entreprise implique une certaine responsabilité vis-à-vis d'elle.

La Confédération aura la possibilité d'octroyer à titre subsidiaire des prêts garantis à une entreprise du secteur de l'électricité d'importance systémique et de droit privé, au cas où une évolution extraordinaire des marchés conduit à des problèmes de liquidités et menace l'entreprise d'un manque de liquidités ou d'un surendettement, qui rendrait probable par la suite une procédure de faillite ou de sursis concordataire. Il faut ainsi garantir que les entreprises d'importance systémique restent aptes à agir et à même d'assurer l'approvisionnement de la Suisse en électricité. À cette fin, la Confédération entend mettre à disposition au total 10 milliards de francs au maximum.

Les entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique seront soumises en vertu de la loi au mécanisme de sauvetage. Afin de prévenir les mauvaises pratiques (par ex. le mécanisme de sauvetage ne doit pas amener les entreprises à prendre davantage de risques, ou leurs propriétaires à se désintéresser des mesures qui s'imposent), toute aide financière de la Confédération sera assortie de conditions strictes. En feront notamment partie des prescriptions sur la transparence, un rendement conforme au marché avec une prime de risque, une interdiction de distribuer des dividendes ainsi que des garanties sous la forme d'un nantissement des actions. En outre, les entreprises assujetties devront s'acquitter d'un forfait visant à couvrir au moins en partie les coûts incombant à la Confédération pour le déploiement du mécanisme de sauvetage. Les prêts seront rémunérés aux conditions du marché et augmentés d'une prime de risque d'au moins 20 %.

La loi proposée oblige les entreprises d'importance systémique à s'entendre avec la Confédération, dans les six mois qui suivent son entrée en vigueur, sur les conditions d'un prêt qui leur serait accordé à titre subsidiaire en situation de crise, où l'aide de trésorerie doit être disponible à très bref délai en cas d'urgence. Et comme de mauvaises pratiques peuvent être en cause, il est encore prévu que les cantons devront rembourser à la Confédération 50 % des pertes définitives qu'elle aura subies.

Le mécanisme de sauvetage créera des incitations hautement problématiques pour les entreprises elles-mêmes, pour leurs propriétaires comme pour les bailleurs de fonds externes. Il est ainsi à craindre que les entreprises ne suspendent leurs efforts visant à mettre en place un volant de liquidités et de fonds propres suffisants, que les bailleurs de fonds externes (banques notamment) ne retirent leurs crédits ou lignes de crédit, ou que les propriétaires ne privent de capital leurs entreprises. Le Conseil fédéral a donc veillé, lors de l'élaboration du mécanisme de sauvetage, à limiter autant que possible les incitations inopportunes et à ne pas décourager l'initiative privée. Par exemple, le mécanisme de sauvetage a été conçu de façon à ne pas empêcher les entreprises de conclure de nouvelles lignes de crédit auprès des banques. En outre, il est essentiel que le mécanisme de sauvetage reste une mesure transitoire. À moyen terme, il faudra exécuter des mesures qui rendent inutile toute aide financière de la Confédération (par ex. prescriptions BCM, loi sur l'intégrité et la transparence du commerce de gros de l'électricité et du gaz, éventuelles prescriptions concernant les liquidités et la dotation en capital des entreprises). La loi urgente sera par conséquent limitée à la fin de l'année 2026, et les prêts éventuels devront être remboursés dans leur intégralité au plus tard à la fin de juillet 2026.

4.2 Mise en œuvre

Après l'entrée en vigueur de la loi, il est attendu des entreprises d'importance systémique qu'elles s'adressent d'elles-mêmes au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), représenté par l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), afin de conclure dans les six mois un contrat de prêt garanti. Si les entreprises ne prennent pas l'initiative d'elles-mêmes, l'OFEN leur enverra un rappel. Au cas où le contrat n'aurait pas été conclu dans les six mois qui suivent l'entrée en vigueur de la loi, la prime de risque s'élevant à 20 % de la somme prêtée passera ensuite à 30 %. Dans l'hypothèse où l'évolution extraordinaire

des marchés rendrait déjà nécessaire l'octroi d'un prêt avant la conclusion du contrat et l'expiration du délai fixé, le DETEC pourra le faire par voie de décision.

5. Commentaire des dispositions

5.1 Loi

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 *Objet et champ d'application*

Le mécanisme de sauvetage n'est destiné qu'aux entreprises qui sont des sujets de droit privé. Les entreprises électriques faisant partie d'une administration cantonale ou communale ou organisées comme établissements de droit public en seront d'emblée exclues. En cas d'urgence, il incombera aux collectivités publiques concernées de les soutenir.

Art. 2 *Entreprises d'importance systémique*

L'*al. 1* définit quand une entreprise du secteur de l'électricité qui est un sujet de droit privé est réputée d'importance systémique. Premièrement, l'entreprise doit obligatoirement avoir son siège en Suisse. Deuxièmement, elle peut être considérée comme importante d'un point de vue systémique si elle détient une part considérable du parc de production indigène et de la commercialisation de cette électricité. Dans ce contexte, la gestion de l'exploitation des centrales électriques peut déjà être reconnue d'importance systémique. Par ailleurs, d'autres fonctions d'une entreprise du secteur de l'électricité revêtent potentiellement une importance systémique, à commencer par la responsabilité d'un groupe de bilan. Les fournisseurs purs n'ayant qu'une production propre réduite ne seront a priori pas considérés comme importants d'un point de vue systémique, car leur défaillance ne générera pas nécessairement d'externalités, à savoir d'effets négatifs sur la stabilité de tout le système d'approvisionnement. Le nombre de clients finaux n'a donc pas été retenu comme critère. Pour déterminer quelle puissance sera considérée comme d'importance systémique, une approximation a été retenue sur la base de la puissance de réglage acquise et mise en réserve par Swissgrid, soit l'énergie servant au réglage primaire (PRL), au réglage secondaire (SRL) et au réglage tertiaire (TRL). Pour simplifier, on suppose ici que la puissance de réserve maintenue par Swissgrid permet de compenser à court terme la défaillance d'une entreprise ayant une puissance moindre. Selon les chiffres de l'année précédente, il s'agit d'environ 1200 mégawatts (MW). Les entreprises du secteur de l'électricité qui peuvent disposer d'elles-mêmes d'une puissance totale installée en Suisse d'au moins 1200 MW seront dès lors réputées importantes d'un point de vue systémique. Ce critère reflète le fait que certaines entreprises n'ont pas uniquement des centrales électriques en propriété directe, mais peuvent aussi disposer de puissance par le biais de participations majoritaires ou minoritaires dans d'autres centrales (partenaires). Pour juger de l'importance systémique d'une entreprise, la puissance – qui peut être obtenue par diverses entités juridiques – sera considérée dans son ensemble. Cela signifie qu'une personne morale qui exploite une centrale électrique mais qui met la puissance ainsi obtenue à la disposition d'une autre personne morale (par ex. en vue de sa commercialisation) ne sera pas considérée comme étant d'importance systémique au sens de la loi.

Le marché de gros de l'électricité comprend tous les contrats et produits dérivés portant sur la fourniture, l'acquisition ou le transport d'électricité conclus notamment sur des plateformes européennes de bourse ou de courtiers, ou hors bourse avec d'autres entreprises du secteur de l'électricité (*over the counter*)⁶. Les contrats de fourniture et de distribution d'électricité destinée aux clients finaux ne constituent pas des produits énergétiques de gros.

Axpo Holding AG, Alpiq Holding AG et BKW SA remplissent à l'heure actuelle les conditions de l'*al. 1*.

⁶ Concernant l'expression «marché de gros de l'énergie», cf. art. 2, ch. 4 et 6, du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, JO L326 du 8.12.2011, p. 1.

Le Conseil fédéral juge opportun de rendre le mécanisme de sauvetage obligatoire pour ces entreprises. Les travaux préliminaires menés dans le cadre du présent projet montrent qu'il peut y avoir des situations où les entreprises d'importance systémique ne sont plus à même de fournir les liquidités nécessaires. Il paraît douteux que dans un cas urgent, la Confédération puisse refuser un prêt à une entreprise d'importance systémique à court de liquidités sans mettre en péril la sécurité de l'approvisionnement. C'est aussi pour cette raison que le mécanisme de sauvetage ne sera pas facultatif pour les entreprises d'importance systémique.

L'*al.* 2 précise que si une entreprise visée à l'*al.* 1 fait partie d'une structure de groupe, seule la société mère du groupe qui consolide le groupe sera réputée entreprise d'importance systémique. L'objectif est d'éviter que plusieurs filiales d'un même groupe soient considérées à elles seules comme importantes d'un point de vue systémique.

En raison de la difficulté à définir de manière exhaustive et sans équivoque l'importance systémique, le DETEC pourra, après avoir consulté la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), reconnaître par décision l'importance systémique d'autres entreprises du secteur qui sont des sujets de droit privé (*al.* 3). Encore faudra-t-il que l'entreprise remplisse les critères énoncés aux *let. a* à *c* pour que le DETEC puisse lui accorder un tel statut. Elle devra notamment avoir un réseau commercial important avec d'autres entreprises du secteur de l'énergie (*let. b*). En effet, ce réseau peut avoir une importance systémique. Une possible défaillance d'une telle entreprise peut dès lors représenter un sérieux risque financier pour des tiers. Si une contrepartie fait défaut, une entreprise du secteur de l'électricité doit à nouveau se procurer elle-même sur le marché les quantités d'énergie nécessaires pour remplir ses engagements ou pour couvrir ses propres besoins. Cela pourrait être difficile avec une situation de marché tendue, et même d'autant plus délicat qu'une partie de la production d'une entreprise insolvable du secteur de l'électricité ne sera pas mise sur le marché. Autrement dit, il se peut que certaines entreprises aient d'étroits rapports de dépendance financière (*credit exposure*) avec d'autres entreprises du secteur (fournisseurs ou sociétés de trading), et par là qu'elles aient une importance systémique.

Art. 3 Principe de subsidiarité

Selon l'*al.* 1, les entreprises du secteur de l'électricité devront prendre les mesures qui s'imposent pour garantir leur solvabilité et une base de capital suffisante. Les aides financières de l'État resteront subsidiaires aux mesures des entreprises et de leurs propriétaires directs ou indirects. Une telle approche correspond aux prescriptions générales de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)⁷, qui autorise l'octroi d'aides financières lorsque la tâche ne peut être dûment accomplie sans l'aide financière de la Confédération, que les efforts d'autofinancement qu'on peut attendre de l'entreprise ont été accomplis et que toutes les autres possibilités de financement ont été épuisées (art. 6, *let. c* et *d*, LSu).

Les mesures à charge des milieux économiques seront essentiellement du ressort de l'organe suprême de direction ou d'administration de l'entreprise. Il lui incombera, en vertu de l'art. 716a, *al.* 1, *ch.* 3, en relation avec l'art. 717, *al.* 1, du code des obligations⁸, de veiller fidèlement aux intérêts de la société. Il devra par conséquent adopter, préventivement et avant toute crise, les mesures propres à maintenir sa capacité à poursuivre son activité. Il devra ainsi faire le nécessaire afin que la capacité de paiement de l'entreprise soit maintenue ou qu'elle puisse être rapidement rétablie. En cas de crise, il lui faudra concevoir une planification financière résolument axée sur les objectifs d'assainissement. Il lui faudra analyser toutes les possibilités d'assurer ou de rétablir les liquidités de l'entreprise, avec des fonds propres adaptés aux risques encourus et, le cas échéant, intervenir avec les personnes ou établissements financiers concernés. Au cas où le conseil d'administration ne prendrait pas les mesures nécessaires alors même qu'il a connaissance du problème, il devra s'attendre à des actions en responsabilité⁹.

Comme les propriétaires (à commencer par les cantons et les communes) exercent leur influence sur le développement et l'organisation des producteurs d'électricité (à travers leurs éventuels

⁷ RS 616.1

⁸ RS 220

⁹ Cf. notamment Roland MÜLLER/Lorenz LIPP/Adrian PLÜSS, *Der Verwaltungsrat*, 5. Auflage, Zürich 2021, N 3.128 ss et N 3.154 ss.

représentants dans les conseils d'administration, par le biais de pactes d'actionnaires ou d'objectifs stratégiques), ils sont au moins indirectement responsables de l'adoption de mesures librement consenties. Bien que le droit de la société anonyme ne les astreigne pas à des versements supplémentaires, plus les actionnaires interviennent – juridiquement ou politiquement – dans les affaires de «leur» SA, et plus ils se verront contraints de mettre à disposition les moyens nécessaires. Il peut s'agir ici de prêts d'actionnaires, d'augmentations du capital-actions ou de solutions du marché (par ex. emprunts convertibles).

L'al. 2 prévoit qu'en cas d'évolution extraordinaire des marchés, la Confédération pourra, dans les limites du mécanisme de sauvetage, octroyer à titre subsidiaire des aides financières éventuelles sous forme de prêts garantis aux entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique pour garantir leur capacité de paiement, si elles risquent de manquer de liquidités ou d'être surendettées malgré la mise en œuvre des mesures visées à l'al. 1. Le principe de subsidiarité est notamment respecté avec les conditions d'octroi d'un prêt énoncées dans la section 2 de la loi.

On est en présence d'une évolution extraordinaire des marchés si, par exemple, des ruptures structurelles apparaissent dans l'approvisionnement en gaz (par ex. de Russie) et entraînent une flambée des prix sur les marchés de gros. Des sanctions plus sévères pourraient ainsi conduire à une réduction massive et soudaine des livraisons physiques de gaz, et donc à un renchérissement brutal de l'énergie (gaz et électricité). D'où des prix durablement plus élevés sur le marché de gros, ce qui aurait pour effet immédiat une hausse des garanties financières à fournir. Il se peut également que l'expiration des actuels contrats de livraison européens avec la Russie fasse continuellement grimper les prix de l'électricité et du gaz durant les semaines et mois à venir. La situation pourrait s'aggraver au semestre d'hiver, au point qu'une entreprise ne parvienne plus à satisfaire à ses exigences de marge ou que la défaillance d'importantes contreparties ait un effet de domino sur le marché.

Art. 4 Obligation de conclure un contrat de prêt

La disposition oblige les entreprises d'importance systémique à conclure avec la Confédération un contrat de prêt garanti dans les six mois qui suivent l'entrée en vigueur de la loi ou la décision visée à l'art. 2, al. 3. En concluant un contrat de prêt de manière anticipée, les entreprises se prémuniront contre toute évolution extraordinaire des marchés et fixeront les conditions du prêt avec la Confédération. Les conditions concrètes du prêt seront négociées entre l'entreprise et la Confédération, dans le respect des conditions-cadres, notamment celles qui sont prévues à l'art. 7. Seront réservées les dispositions de l'art. 5, al. 3.

Art. 5 Obligations générales des entreprises d'importance systémique; obligations liées au contrat de prêt

L'al. 1 garantit que les entreprises d'importance systémique prendront en priorité et en permanence toutes les mesures qui s'imposent pour améliorer leurs liquidités et leur base de capital. Le cas échéant, l'aide financière ne sera accordée que subsidiairement. Les *let. a à c* répartissent les mesures en vue d'améliorer les liquidités et la base de capital en trois domaines non exhaustifs:

- La *let. a* constitue une prémisse stratégique générale. D'après cette disposition, toutes les entreprises d'importance systémique devront, à compter de l'entrée en vigueur de la loi, orienter leurs activités vers une réduction constante des risques. Il s'agit notamment de mesures telles que l'adaptation du négoce pour compte propre et des opérations à terme, mais aussi des mesures prévenant la défaillance de contreparties. Il faut également entendre par là des mesures qui réduisent le risque global au minimum par une répartition adéquate des risques de marché, de contrepartie et de liquidité. En fin de compte, cette disposition vise aussi à diminuer le risque que la Confédération soit contrainte d'octroyer un prêt.
- *Let. b*: il s'agit par exemple d'améliorer le modèle de liquidités, de restructurer les financements, de vendre des actifs non nécessaires à l'exploitation ou de renoncer à des investissements non indispensables, de diminuer les coûts variables au minimum ou de restructurer l'exploitation.
- *Let. c*: l'évolution des marchés de l'énergie entraîne actuellement des problèmes de liquidités pour les entreprises. La hausse des prix de l'énergie a en principe un effet positif - même s'il est retardé - sur la rentabilité et la solvabilité des producteurs d'électricité. En conséquence, les entreprises devraient en principe être en mesure de couvrir leurs besoins en liquidités en passant par leurs partenaires financiers existants ou leurs actionnaires importants. Cette disposition vise notamment à impliquer les cantons, dont certains détiennent (directement ou indirectement) des

parts importantes des entreprises concernées et ont bénéficié généralement et bénéficieront à l'avenir du versement de dividendes.

Ces mesures sont la condition pour que la Confédération octroie un prêt. Si l'entreprise d'importance systémique fait partie d'un groupe, elle devra s'assurer que des mesures sont appliquées dans toutes les entreprises du groupe.

Sur le modèle de l'art. 5, al. 4, de la loi du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement du pays¹⁰, l'al. 2 habilite le Conseil fédéral à édicter des mesures financières, organisationnelles, techniques et administratives par voie d'ordonnance. Conformément à la loi proposée, le Conseil fédéral pourra prévoir des mesures à l'égard des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique au sens de l'art. 2. Lorsqu'une crise survient, il est difficile, voire impossible, de prendre les mesures nécessaires pour garantir les liquidités. C'est pourquoi les efforts continus des entreprises doivent contribuer à la constitution d'une réserve de liquidités suffisamment importante. S'il apparaît que le modèle de liquidités présente des lacunes, il faut y remédier. Les entreprises devront également prendre - dans un premier temps sur une base volontaire - des mesures afin de garantir le fonctionnement ininterrompu des centrales électriques. La compétence visée à l'al. 2 permettra notamment au Conseil fédéral de corriger à temps les évolutions indésirables et d'inciter les entreprises à assumer leurs responsabilités. Si une entreprise présente des lacunes élémentaires, le Conseil fédéral pourrait déjà prévoir des conditions particulières avant l'octroi d'un prêt.

Selon l'al. 3, le contrat de prêt devra contenir des prescriptions relatives à la mise en œuvre de la prémisses stratégique (réduction permanente des risques) ainsi qu'aux mesures d'optimisation des liquidités. La Confédération gardera toutefois une certaine marge d'appréciation. Par exemple, l'entreprise aura l'obligation de limiter les opérations de négoce pour réduire les risques ou de renoncer totalement à de telles opérations. Le contrat devra également fixer une exigence minimale en matière de liquidités et régler les obligations de publication.

L'al. 4 établit l'obligation pour les entreprises d'importance systémique, leurs organes de révision ainsi que les personnes et entreprises auxquelles elles font appel pour leurs activités comptables ou fiduciaires, de même que les cantons et les communes, de communiquer aux autorités fédérales compétentes, EICOM et Contrôle fédéral des finances (CDF) compris, ainsi qu'à d'éventuels tiers mandatés (cf. art. 16, al. 3) toutes les informations et données nécessaires à l'octroi, à la gestion, à la surveillance et à l'exécution des prêts et des garanties, ou de toute autre manière à l'exécution de la loi. Les services de la Confédération concernés pourront formuler leurs attentes. Ils mettront en place avec l'entreprise une procédure d'échange régulier de renseignements.

L'obligation d'informer et de renseigner de l'entreprise comprend notamment les informations et les données instructives et suffisamment détaillées sur sa situation et son plan financiers (*let. a*) et sur les opérations de négoce d'énergie conclues (*let. b*), ainsi que des informations concernant le montant et l'utilisation des prêts et des lignes de crédit des partenaires financiers existants (*let. c*) et, enfin, la valeur des positions de risque ouvertes avec des contreparties (*let. d*). Cela comprend également la présentation motivée et constamment mise à jour des évolutions du marché qui pourraient rendre le producteur d'électricité tributaire de liquidités supplémentaires pour assurer sa solvabilité (*let. e*). Les informations et les données devront toujours être traitées électroniquement de manière à ce que la Confédération, les cantons et les communes soient en mesure de prendre les décisions qui s'imposent en temps utile.

L'obligation d'informer et de renseigner comprend également le droit de la Confédération (EICOM, CDF et éventuels tiers mandatés compris) d'*obtenir* les données personnelles et les informations dont elle a besoin pour gérer, surveiller et exécuter les prêts octroyés en vertu de la loi, ainsi que pour prévenir les abus et lutter et engager des poursuites contre ce genre de délit. La Confédération pourra aussi exercer ce droit à l'égard d'entreprises dont l'importance systémique n'est pas clairement établie. L'art. 5, al. 4, ne concerne en soi que les entreprises d'importance systémique. Cependant, comme il est justement question de l'importance systémique, les entreprises qui constituent des cas limites seront aussi tenues de fournir des renseignements à ce sujet.

¹⁰ RS 531

Section 2 Prêt de la Confédération

Art. 6 Conditions d'octroi d'un prêt

L'*al. 1* fixe les conditions auxquelles la Confédération pourra octroyer des prêts à des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique. Cette disposition vise en premier lieu à garantir le respect du principe de subsidiarité et la capacité de remboursement du prêt par l'entreprise.

La *let. a* donne la priorité à l'évitement du surendettement et vise à exclure de l'octroi de prêts les entreprises dont la situation tendue n'est pas seulement due à l'évolution extraordinaire des marchés, mais aussi à des problèmes structurels de solvabilité. Le mécanisme de sauvetage ne doit pas servir à résoudre les problèmes structurels d'une entreprise de production d'électricité.

La *let. b* exige, d'une part, que les entreprises prennent les mesures décrites à l'art. 3, al. 1 et 3, et à l'art. 5, et, d'autre part, que ses propriétaires et autres partenaires financiers existants participent aux efforts.

La *let. c* exige en outre que l'évolution extraordinaire des marchés, telle qu'elle est aussi décrite à l'art. 3, al. 2, entraîne des problèmes de liquidités pour l'entreprise et rende probable un manque de liquidités ou un surendettement qui compromettrait gravement l'approvisionnement de la Suisse en électricité.

L'*al. 2* dispose qu'un prêt ne sera octroyé au sein d'un groupe que si une entreprise d'importance systémique fait partie de la structure du groupe.

Art. 7 Conditions générales du contrat de prêt

Al. 1: les entreprises d'importance systémique ne pourront pas utiliser sans restriction un prêt de la Confédération; celui-ci devra avoir un objectif clair, c'est-à-dire permettre de combler un manque de liquidités en cas d'évolution extraordinaire des marchés (cf. art. 6, al. 1, *let. c*).

Al. 2: le prêt sera rémunéré aux conditions du marché et augmenté d'une prime de risque. Le taux d'intérêt qui s'y applique sera composé d'un taux de base et d'une marge, le taux de base devant toujours, eu égard à l'adéquation avec les conditions du marché, être au moins égal à zéro. La marge d'intérêt tiendra compte des conditions de financement de l'entreprise ou d'entreprises équivalentes. La prime de risque due en plus de l'intérêt a un caractère à la fois de prime et d'incitation. Elle vise à indemniser le risque encouru par la Confédération en tant que prêteuse ultime (*lender of last resort*) et, dans la mesure du possible, à dissuader les entreprises d'avoir recours à un prêt de la Confédération. Si ce recours ne peut pas être évité, la prime sert à motiver les entreprises à le rembourser le plus rapidement possible.

Al. 3: pour obtenir l'effet de dissuasion mentionné à l'al. 2, la prime de risque annuelle s'élèvera en règle générale à 20 % de la somme prêtée (*let. a*). Pour qu'une solution soit disponible le plus rapidement possible en cas d'évolution extraordinaire des marchés, il est prévu que les contrats liant les entreprises d'importance systémique à la Confédération soient conclus au plus tard dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la loi ou l'adoption d'une décision. Afin de rendre les longues négociations aussi peu attrayantes que possible, la prime de risque sera portée à 30 % de la somme prêtée si le contrat n'est pas conclu dans les délais impartis.

Al. 4: le paiement de la prime de risque sera suspendu pendant la durée du prêt. Il deviendra exigible à l'expiration de la durée convenue, mais au plus tard le 31 juillet 2026. Les coûts de la prime de risque incombant à l'entreprise ne pourront pas être mis à la charge des consommateurs finaux qui achètent de l'électricité pour leurs propres besoins d'approvisionnement de base. L'effet de discipline visée par la prime de risque sera ainsi renforcé.

Conformément à l'*al. 5*, le montant du prêt sera limité. Des prêts d'un montant illimité ne sont ni possibles ni pertinents. En raison de l'hétérogénéité des entreprises d'importance systémique, aucun montant maximal absolu n'est fixé dans la loi. Le montant maximal sera déterminé par les circonstances du cas individuel. Les contrats de prêt seront soumis au droit public. En cas de litige, ce ne sont donc pas les tribunaux (civils) cantonaux qui auront compétence pour statuer sur les éventuelles plaintes ou recours, mais le Tribunal administratif fédéral et, le cas échéant, le Tribunal fédéral. Dans l'ensemble, le projet favorise également une jurisprudence uniforme. Une éventuelle procédure sera régie par les dispositions relatives à la procédure administrative fédérale.

Afin de garantir une large égalité de traitement aux entreprises d'importance systémique et l'applicabilité des opérations de prêts, l'*al.* 6 dispose que les contrats de prêt doivent prescrire de manière uniforme les modalités d'obtention et de remboursement des sommes prêtées. Les mouvements, à savoir le retrait ou le remboursement, la prolongation, l'augmentation ou la réduction du prêt, seront limités à un ou deux par mois (avec des exceptions définies dans le contrat), et une durée de prêt minimale sera prévue (probablement un mois).

Al. 7: la loi fondant le mécanisme de sauvetage sera limitée dans le temps (cf. art. 18). En conséquence, il est nécessaire de fixer un délai pour le remboursement du prêt. Celui-ci devra être remboursé au plus tard le 31 juillet 2026.

Al. 8: en octroyant un prêt aux entreprises qui en ont besoin, la Confédération prend des risques considérables. C'est pourquoi la loi prévoit que les prêts seront accordés en présence de garanties suffisantes, en particulier de droits de gage sur les actions, conformément à l'art. 8. La loi n'exclut pas la fourniture d'autres garanties, à condition que celles-ci n'aient pas déjà été utilisées dans le cadre de financements externes existants (par ex. en faveur des banques).

L'*al.* 9 contient des dispositions contraignantes visant à garantir que les liquidités mises à disposition par la Confédération ne seront utilisées dans l'entreprise qu'aux fins prévues. Pendant la durée du prêt, il sera en particulier exclu de décider et de verser des dividendes et des tantièmes ainsi que de rembourser des apports en capital exécutés par la société mère du groupe (*let. a et b*), de même que d'octroyer des prêts aux propriétaires de la société mère du groupe et de rembourser des prêts octroyés par ces derniers (*let. c*).

Al. 10: par analogie avec l'art. 2, al. 2, let. b à d, et al. 3, let. b, de la loi du 18 décembre 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (LCaS-COVID-19)¹¹, les sommes prêtées pourront toujours servir à remplir les obligations *ordinaires préexistantes* de paiement des intérêts et des charges d'amortissements. En raison des obligations mentionnées ci-dessus, l'organe supérieur de direction et d'administration du producteur d'électricité devra toutefois réduire en permanence les risques et prendre toutes les mesures d'optimisation des liquidités qui s'imposent pour réduire également les sorties de fonds ayant une incidence sur les liquidités ou d'empêcher les sorties de liquidités qui ne sont pas absolument nécessaires.

Afin de remplir tant des obligations contractuelles préexistantes que des engagements postérieurs à la conclusion du contrat, une entreprise aura en outre l'autorisation d'exécuter les paiements conformes au marché nécessaires à la poursuite de ses activités *opérationnelles*. Elle pourra ainsi s'acquitter par exemple de paiements liés à la livraison de matériel par une personne proche ou des salaires des employés.

Al. 11: dans le cadre de l'exploitation des centrales (notamment dans le domaine de l'énergie hydraulique), les entreprises doivent régulièrement verser des indemnités aux cantons ou aux communes (par ex. les redevances hydrauliques), conformément au droit cantonal ou communal. Ces indemnités génèrent des sorties de liquidités pour les entreprises d'importance systémique, mais elles constituent parfois aussi des sources de revenus importantes pour les collectivités publiques. Certes, un sursis légal à ces redevances servirait l'objectif de ménager les liquidités des entreprises, mais poserait des problèmes aux collectivités publiques concernées et offrirait une flexibilité insuffisante. C'est pourquoi le projet prévoit d'assujettir les entreprises d'importance systémique à l'obligation de négocier avec les cantons ou les communes un sursis à la perception des redevances jusqu'au remboursement intégral du prêt. Les acteurs concernés pourront ainsi convenir de solutions sur mesure qui tiennent compte à la fois de la protection des liquidités des entreprises et des besoins légitimes de liquidités des collectivités publiques.

Al. 12: même après avoir obtenu un prêt, les entreprises d'importance systémique auront la possibilité de se restructurer si nécessaire, conformément au droit en vigueur. Parallèlement, des restructurations relevant du droit des sociétés pourront nuire au remboursement du prêt ou à la fourniture des garanties exigées pour le prêt et augmenter ainsi le risque pour la Confédération. Une interdiction absolue de toute restructuration postérieure à l'octroi d'un prêt serait disproportionnée. C'est pourquoi les restructurations devront toujours être réalisées de manière à ce qu'elles ne compromettent pas le remboursement du prêt ni la fourniture des garanties qui y sont liées.

¹¹ RS 951.26

Art. 8 Droit de gage sur des droits de participation

Al. 1: le droit de gage sert à garantir l'aide octroyée par la Confédération. Sur le plan matériel, il concernera toujours les droits de participation que l'entreprise emprunteuse détient dans la société mère du groupe. Relevant du droit public, il couvrira tous les droits de participation (actions, bons de participation, droits comparables, etc.) en cours en tout temps, c'est-à-dire aussi bien les droits de participation existant au moment de la naissance du droit de gage que les droits de participation n'apparaissant qu'ultérieurement (par ex. de nouvelles actions consécutives à une augmentation du capital-actions). Le droit de gage s'appliquera par le seul effet de la loi, sans que l'emprunteur, la société mère du groupe ou ses propriétaires n'aient à prendre d'autres mesures.

Le droit de gage grèvera les droits des détenteurs de droits de participation. Cela pourra avoir une incidence sur l'évaluation de ces droits de participation et les détenteurs devront tenir compte de cette charge conformément aux règles comptables qui leur sont applicables. En outre, la charge découlant du droit de gage pourra avoir une incidence sur la qualité marchande des droits de participation. Les détenteurs resteront toutefois les propriétaires des droits de participation tant que le droit de gage n'aura pas été réalisé et récupéreront l'intégralité de leurs droits dès que le droit de gage se sera éteint (al. 10). La charge sera donc temporaire.

Al. 2: le droit de gage sera constitué par l'octroi du prêt. En tant que droit de gage légal, il ne nécessitera pas de contrat de gage ni d'autres formalités. Il ne sera notamment pas nécessaire de transférer des droits de participation ou des titres ou de procéder à une inscription aux registres. Étant donné que les dispositions relatives au droit de gage civil s'appliqueront également, le cas échéant, par analogie avec les droits de gage de droit public, le projet précise, dans un souci de clarté juridique, quels concepts de droit civil ne s'appliquent pas en raison de la nature particulière du présent droit de gage.

Al. 3: le projet exclut de son champ d'application certains droits de participation cotés à une bourse suisse: les droits de participation des actionnaires qui détiennent individuellement moins d'1 % du capital-actions ne seront pas soumis au droit de gage légal. On tient ainsi compte du fait que certaines entreprises d'importance systémique ont un actionariat dispersé au sens du droit des sociétés anonymes et qu'il serait disproportionné d'exiger la mise en gage des actions des petits actionnaires afin de garantir le droit de gage.

Al. 4: si, dans un cas particulier, les droits de participation concernés par le droit de gage sont déjà mis en gage et qu'ils ne sont pas couverts par l'exception prévue à l'al. 3, le nouveau droit de gage en faveur de la Confédération sera considéré comme prioritaire. Si les droits de participation en question n'ont pas encore été mis en gage, la disposition n'aura pas d'effet.

Al. 5: le droit de gage garantira non seulement la créance liée au prêt, mais aussi les intérêts dus sur celle-ci, la prime de risque (art. 7, al. 2) et le forfait de déploiement (art. 13).

Al. 6: le droit de gage s'étendra également aux droits liés aux droits de participation, tels que les droits préexistants aux dividendes (en vertu de l'art. 7, al. 9, let. a, aucun nouveau dividende ne pourra être distribué), le produit de la liquidation, les remboursements de capital ou les droits de souscription.

Al. 7: le droit de gage pourra être réalisé à l'échéance d'une créance garantie par le droit de gage (cf. al. 5). Sa réalisation reposera alors soit sur la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)¹², soit sur une réalisation privée, une vente de gré à gré étant expressément autorisée dans le cadre d'une réalisation fondée sur la LP et l'intervention personnelle, dans le cadre d'une réalisation privée. La loi ne prescrit pas de méthode de réalisation spécifique, de manière à ce qu'il soit possible, en cas de réalisation, de prendre en considération les aspects individuels, complexes par nature. Il va de soi que, dans le cadre d'une réalisation privée, la Confédération sera tenue d'exclure tout désavantage pour les débiteurs gagistes tiers. Il va également de soi que si le produit de la réalisation du gage est supérieur aux créances ouvertes, l'excédent devra être versé aux actionnaires dont les droits ont été grevés par le droit de gage.

Al. 8: après la mise en gage des droits de participation, la Confédération exercera le droit de vote qui y est lié sur les actions couvertes par le droit de gage.

¹² RS 281.1

Al. 9: des restrictions à la transmissibilité qui s'appliquent éventuellement aux droits de participation concernés par le droit de gage (par ex. des prescriptions statutaires) seront sans effet dans le contexte du droit de gage légal visé à l'art. 8.

Al. 10: le droit de gage s'éteindra par l'expiration de la relation de prêt dans son ensemble et le paiement de toutes les créances découlant de cette relation. Si cette relation n'est pas définitivement terminée, le droit de gage sera maintenu même si le contrat de prêt ne prévoit pas le paiement d'un montant à une date précise.

Section 3 Octroi d'un prêt par voie de décision

Art. 9

Applicable en dernier recours (*ultima ratio*), l'al. 1 prévoit que les prêts visés à la section 3 pourront être octroyés par voie de décision en cas d'urgence particulière. Par urgence particulière, on entend par exemple une évolution extraordinaire des marchés posant des problèmes de liquidités à une entreprise, qui doit notamment fournir des garanties financières importantes pour ses opérations de négoce d'énergie ou qui, à cause du risque de défaillance d'une contrepartie importante, est exposée à un manque de liquidités ou à un surendettement. Un prêt pourra aussi être octroyé par voie de décision si le contrat avec l'entreprise d'importance systémique ne peut pas être conclu à temps.

Si les marchés évoluent de manière extraordinaire, le risque existe qu'une ou plusieurs entreprises aient besoin, en l'espace d'environ 48 heures, de liquidités supplémentaires très importantes (éventuellement plusieurs milliards) et que le temps nécessaire à la conclusion d'un contrat de prêt manque. Afin de garantir l'approvisionnement en électricité, il faut dans ce genre de situation que la Confédération ait le moyen de mettre malgré tout rapidement à disposition les liquidités nécessaires. L'octroi de prêts garantis par voie de décision n'exclura pas l'application simultanée des mesures que le Conseil fédéral peut édicter en vertu de la compétence qui lui est attribuée à l'art. 5, al. 2.

Selon l'al. 2, les dispositions de la section 2 et de l'art. 5 s'appliqueront aussi à l'octroi d'un prêt par voie de décision.

La prime de risque applicable à un prêt octroyé par voie de décision sera supérieure de 10 points à celle qui s'applique à un prêt fondé sur un contrat (art. 7, al. 3, let. b). Ce relèvement constitue une incitation claire à un règlement précoce, ordinaire et consensuel du prêt. Le paiement de cette prime sera suspendu pendant la durée du prêt et deviendra exigible au moment du remboursement du prêt. Cela correspond à la règle énoncée à l'art. 7, al. 4. Le fait que le prêt soit octroyé par la voie ordinaire ou par voie de décision n'aura donc aucune incidence sur la suspension du paiement.

Section 4 Obligations des cantons et des communes

Art. 10 Abstention obligatoire des cantons et des communes

Ayant valeur de clause générale, l'art. 10 dispose que les cantons et les communes devront s'abstenir de tout acte pouvant compromettre le remboursement des prêts ou des crédits garantis par une caution.

Jusqu'au remboursement intégral du prêt octroyé par la Confédération, il est essentiel qu'ils renoncent à toute modification d'autorisation ou de concession ou à tout retour de concession pouvant induire des changements fondamentaux dans les entreprises d'importance systémique, afin de ne pas mettre la Confédération dans une position moins favorable qu'auparavant. Le statu quo devra être maintenu temporairement, à moins que des motifs impératifs s'y opposent. Les cantons et les communes seront tenus individuellement de respecter cette disposition.

Art. 11 Participation des cantons aux pertes sur les prêts

Le projet de loi dispose que la Confédération soutiendra les entreprises d'importance systémique, dont la plupart appartiennent aux cantons et aux communes. Cette aide permettra de garantir l'approvisionnement de toute la Suisse en électricité et pas seulement celui des cantons où les entreprises concernées exercent leurs activités ou encore celui des cantons qui sont (indirectement) propriétaires de ces entreprises. Si la Confédération subissait des pertes

définitives sur les prêts qu'elle a octroyés, les pertes restantes seraient mutualisées. Cela signifie que la Confédération prendrait en charge 50 % de ces pertes et les cantons, les 50 % restants. Le montant de la perte sera réparti entre les cantons en fonction de la part que ceux-ci représentent dans le produit intérieur brut (PIB) de l'année 2020 (*al. 1*).

L'*al. 2* dispose que les primes de risque perçues par la Confédération seront redistribuées aux cantons à hauteur de 50 % selon la clé de répartition prévue à l'*al. 1*. Les cantons doivent être associés à la perception de cette prime, car ils supportent une partie du risque lié aux pertes.

Section 5 Financement, traitement des données et observation

Art. 12 Financement

Pour que le Conseil fédéral puisse conclure un contrat de prêt avec les entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique et ainsi leur garantir les liquidités requises, il a besoin d'un crédit d'engagement. C'est pourquoi il demande au Parlement d'autoriser à ce titre un montant de 10 milliards de francs. Le Parlement décidera s'il autorise le crédit d'engagement par la voie d'un arrêté fédéral simple non soumis au référendum.

Actuellement, le Conseil fédéral juge peu probable que la Confédération doive accorder des prêts à une entreprise. Il renonce donc pour l'instant à solliciter des crédits budgétaires devant le Parlement. Si des prêts devaient être octroyés et versés, le Conseil fédéral demanderait au Parlement, le moment venu, un crédit supplémentaire urgent au sens de l'art. 34 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)¹³. La Délégation des finances devrait ensuite se prononcer à ce sujet. Il faut partir du principe qu'un éventuel prêt remplira les conditions énoncées à l'art. 15 LFC aux fins de sa comptabilisation en tant que dépense extraordinaire.

Art. 13 Forfait de déploiement

Al. 1: le mécanisme de sauvetage occasionnera différents coûts à la Confédération, ceux-ci étant liés par exemple à la mise à disposition des liquidités nécessaires, à la mise en œuvre, aux négociations de contrats avec les entreprises ou aux prestations de conseil externes.

Aussi longtemps que la loi aura effet, la Confédération devra disposer de liquidités supérieures à celles dont elle a elle-même besoin. La dette fédérale ayant un coût de revient de 0,75 %, la seule mise à disposition de 10 milliards de francs coûtera 75 millions de francs par an. À cela s'ajoutent les charges de personnel et les charges de biens et services de l'administration. Il faut donc s'attendre à ce que le forfait ne couvre pas les coûts de la Confédération.

Le mécanisme de sauvetage profitera directement aux entreprises d'importance systémique et indirectement à leurs propriétaires et aux partenaires financiers existants, comme les banques, et créera une sécurité supplémentaire. Eu égard à la sécurité de l'approvisionnement en électricité, c'est toute la Suisse qui bénéficiera de ce mécanisme.

Dans ce contexte, il est justifié de répercuter une partie des coûts supportés par la Confédération sur les entreprises d'importance systémique au moyen d'un forfait.

L'entreprise d'importance systémique devra s'acquitter du forfait de déploiement dès l'entrée en vigueur de la loi (c'est-à-dire au moment où le mécanisme de sauvetage sera déployé) ou à partir du moment où le DETEC aura reconnu l'importance systémique de l'entreprise (art. 2, al. 3), indépendamment du recours à un prêt. Le forfait sera dû chaque année jusqu'à l'abrogation de la loi.

Al. 2: les coûts incombant à l'entreprise au titre du déploiement du mécanisme ne pourront pas être mis à la charge des consommateurs finaux qui achètent de l'électricité pour leurs propres besoins d'approvisionnement de base.

Selon l'*al. 3*, le forfait de déploiement sera réduit de 50 % si une entreprise d'importance systémique a prouvé qu'elle est capable de continuer à exercer sans restriction toutes les fonctions nécessaires à l'approvisionnement de la Suisse en électricité, même si elle manque de liquidités ou est

¹³ RS 611.0

surendettée. La capacité de l'entreprise sera réputée intacte si le groupe s'est restructuré en amont (*let. a*) ou si un service indépendant de l'entreprise mandaté par l'EiCom l'a attestée (*let. b*).

Si les recettes provenant du forfait excèdent les coûts de déploiement cumulés pendant la durée de validité de la loi, le montant excédentaire sera remboursé sans intérêt à l'expiration de la durée de validité de la loi, en fonction des paiements effectués par les entreprises d'importance systémique (*al. 4*).

Art. 14 Traitement, appariement et communication de données personnelles et d'informations

Cette disposition s'inspire de l'art. 11 LCaS-Covid-19. L'échange de toutes les informations et données nécessaires visé à l'*al. 1* est impératif pour la Confédération. Il sert aussi, entre autres, à prévenir les abus ainsi qu'à lutter et à engager des poursuites contre ce genre de délit.

Les autorités fédérales compétentes, EiCom et CDF compris, les offices cantonaux et communaux compétents ainsi que les tiers mandatés visés à l'art. 16, al. 3, pourront traiter, apparier et se communiquer mutuellement toutes les données personnelles et les informations nécessaires à la gestion, à la surveillance et au règlement des prêts octroyés en vertu du projet de loi ainsi qu'à la prévention des abus, à la lutte et à l'engagement de poursuites contre ce genre de délit. L'*al. 1* assure l'échange nécessaire d'informations et de données. L'EiCom est expressément mentionnée en raison de sa fonction importante d'autorité de régulation étatique indépendante du secteur de l'électricité. Elle sera tenue d'observer non seulement l'évolution des marchés, mais également le comportement des entreprises et l'effet de ce dernier sur les risques qu'elles encourent (art. 15). En vertu de l'art. 14, l'EiCom sera aussi habilitée à traiter les données que les entreprises du secteur de l'électricité lui fournissent volontairement sur leurs opérations sur le marché de gros de l'énergie. L'EiCom aura ainsi une idée des liquidités des entreprises, ce qui est important pour la surveillance de la sécurité de l'approvisionnement et l'application des instruments prévus dans la loi.

L'*al. 3* dispose expressément que le secret bancaire, fiscal, statistique, de la révision ou de fonction ne pourront être invoqués contre le traitement, l'appariement et la communication des données personnelles et des informations visées à l'*al. 1*.

Comme l'art. 11 LCaS-Covid-19, la présente disposition considère le CDF comme une autorité fédérale compétente en la matière (cf. art. 8, al. 1, let. c, de la loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances¹⁴). Dans le cas présent, les données personnelles et les informations comprennent tant les données relatives aux personnes physiques que les données relatives aux personnes morales.

Al. 4: il est impératif de garantir une transparence aussi élevée que possible à propos du mécanisme de sauvetage. En même temps, les informations et données des entreprises privées concernées sont sans aucun doute très sensibles. Elles pourraient régulièrement contenir des secrets d'affaires ou de fabrication au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)¹⁵. Compte tenu de la sensibilité avérée de ces données et informations et à des fins de sécurité juridique, le projet de loi limite le champ d'application matériel de la LTrans. L'*al. 4* constitue donc une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans. En revanche, il ne limite en rien l'échange d'informations et de données entre les offices compétents, EiCom comprise.

Il est toutefois indéniable que la transparence concernant l'action de l'État est importante et nécessaire. Cette transparence sera assurée d'une autre manière, par la publication appropriée des principaux paramètres et conditions-cadres. Le public disposera ainsi des informations qui servent à l'évaluation du mécanisme de sauvetage et qui peuvent être rendues publiques dans le respect des règles de confidentialité correspondantes, sans qu'il soit possible de tirer des conclusions sur les affaires internes des entreprises concernées.

¹⁴ RS 614.0

¹⁵ RS 152.3

Art. 15 Observation et information

L'EiCom observera l'évolution des marchés et des entreprises du secteur de l'électricité (*al. 1*). En vertu de l'*al. 2*, elle devra rendre compte régulièrement de ses observations aux autorités fédérales compétentes visées à l'art. 16.

Section 6 Dispositions finales

Art. 16 Compétences et exécution

L'*al. 1* dispose que le DETEC aura compétence pour exécuter la loi. En vertu de sa compétence de décision générale, il devra statuer sur les litiges auxquels l'exécution de la loi pourrait donner lieu.

Selon l'*al. 2*, le DETEC sera compétent pour la conclusion du contrat de prêt et l'octroi d'un prêt par voie de décision. Dans chaque cas, il devra requérir l'accord du Département fédéral des finances. Une fois conclu, le contrat de prêt servira de base (en plus de la loi) à l'octroi effectif des sommes requises.

Art. 17 Effet suspensif

Compte tenu de l'urgence, les recours contre une décision prise en vertu du projet de loi n'auront pas d'effet suspensif, conformément à l'art. 55, al. 5, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹⁶.

Art. 18 Référendum et entrée en vigueur

Selon l'*al. 1*, le projet est déclaré urgent. Il pourra ainsi être mis en vigueur avant l'expiration du délai référendaire, mais sa durée d'application devra être temporaire (art. 165, al. 1, Cst.).

Selon l'*al. 2*, la loi entrera en vigueur le [...] et aura effet jusqu'au 31 décembre 2026.

5.2 Arrêté fédéral relatif au financement d'un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité

La loi fédérale est soumise au Parlement en même temps qu'un arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement de 10 milliards de francs pour le financement du mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité.

Le montant de 10 milliards de francs résulte d'une estimation. Les besoins d'une entreprise individuelle dépendent, d'une part, des prix de l'électricité (difficilement estimables à l'avance) et, d'autre part, des opérations de négoce conclues auparavant. Le mécanisme de sauvetage vise notamment à avoir un effet préventif et psychologique et à montrer que l'État est prêt à fournir des liquidités en cas d'urgence. Il est cependant évident que les entreprises en difficulté auront besoin de montants considérables le moment venu. Ainsi, à la fin de 2021, Alpiq a demandé des liquidités pour un montant supérieur à 1 milliard de francs. Le mécanisme de sauvetage mis en place par l'Allemagne peut également servir de comparaison: il s'élève à 100 milliards d'euros. Le PIB allemand est environ cinq fois plus important que le PIB suisse, de sorte que le montant de 10 milliards de francs prévu pour la Suisse semble proportionné.

6. Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

Il est très difficile de déterminer la mesure dans laquelle la loi fédérale sur un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité influera sur les finances de la Confédération. Dans l'idéal, les mécanismes proposés contribueront à apaiser les marchés concernés avant qu'un prêt ne soit réellement octroyé à une entreprise d'importance systémique. Le cas échéant, on estime que le volume global nécessaire à l'octroi de prêts garantis s'élèverait à 10 milliards de francs. La

¹⁶ RS 172.021

loi fédérale est soumise au Parlement en même temps qu'un arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement pour le financement du mécanisme de sauvetage. Il n'est pas possible de savoir à l'heure actuelle si le crédit d'engagement correspondant sera utilisé et, dans l'affirmative, dans quelle mesure il sera utilisé.

Étant donné qu'il est très difficile de savoir avec certitude si des prêts directs de la Confédération seront effectivement nécessaires, aucun crédit budgétaire n'est demandé au Parlement à titre préventif. Au besoin, le Conseil fédéral sollicitera un crédit supplémentaire provisoire au sens de l'art. 34 LFC auprès de la Délégation des finances. Si des ressources financières étaient versées, les dépenses devraient être considérées comme des dépenses extraordinaires au sens de l'art. 15 LFC.

Il n'est pas non plus possible d'évaluer quelles conséquences un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité aura sur le personnel fédéral. Selon le cas de figure, la Confédération aura temporairement besoin de personnel supplémentaire pour garantir le déploiement du mécanisme de sauvetage ainsi que pour la gestion des prêts ou la surveillance du respect des prescriptions. Une aide externe sera aussi requise. Les coûts incombant à la Confédération seront couverts par le forfait de déploiement.

6.2 Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité contribuera à renforcer la sécurité d'approvisionnement de la Suisse en électricité. Les cantons et les communes en profiteront également, qu'ils détiennent des participations directes ou indirectes dans les entreprises d'importance systémique.

Les aides financières destinées aux entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique ne seront octroyées qu'à titre subsidiaire. Le Conseil fédéral est d'avis que, malgré le déploiement d'un mécanisme de sauvetage, il incombe en premier lieu aux entreprises ainsi qu'aux cantons et aux communes, qui en sont propriétaires, de prendre en permanence toutes les mesures qui s'imposent pour surmonter les crises, garantir la pérennité des entreprises concernées et, en fin de compte, éviter les aides financières de la Confédération. Celle-ci ne sont prévues qu'en cas d'évolution extraordinaire des marchés rendant probable l'insolvabilité, une procédure de faillite ou de sursis concordataire.

L'assujettissement des prêts de la Confédération à une prime de risque élevée pourra influencer le prix de l'électricité. Les gros consommateurs d'électricité pourront éventuellement éviter cette augmentation en cherchant un nouveau fournisseur. En revanche, les consommateurs finaux qui achètent de l'électricité pour leurs besoins propres d'approvisionnement de base ne pourront pas s'y soustraire. Toutefois, l'art. 13 interdit aux entreprises du secteur de l'électricité de répercuter le forfait de déploiement et la prime de risque sur les consommateurs finaux.

6.3 Conséquences pour l'économie

Selon le dossier sur les dangers encourus par la Confédération, une panne d'électricité de grande ampleur causera de graves préjudices personnels, d'immenses dommages patrimoniaux et une atteinte majeure à la capacité économique du pays¹⁷. Étant donné qu'il contribuera à renforcer la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse en électricité, le mécanisme de sauvetage destiné aux entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique peut être considéré comme positif pour l'économie nationale.

À noter toutefois que la mise en place d'un mécanisme de sauvetage peut avoir des incitations inopportunes, à savoir par exemple amener les entreprises assujetties à prendre davantage de risques ou leurs propriétaires à se désintéresser des mesures de prévention qui s'imposent. C'est pourquoi les conditions strictes auxquelles la loi lie une aide financière de la Confédération sont nécessaires.

D'un point de vue réglementaire, le mécanisme de sauvetage ne peut être qu'une mesure transitoire. À moyen terme, il faudra exécuter des mesures et des prescriptions qui rendent inutile l'aide de la Confédération en cas de crise (prescriptions BCM, loi sur l'intégrité et la transparence du commerce de gros de l'électricité et du gaz, prescriptions concernant les liquidités et la dotation en capital des entreprises).

7. Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

Le but de la loi fédérale sur un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité est de permettre à la Confédération d'octroyer des aides financières aux entreprises d'importance systémique, essentielles pour la sécurité de l'approvisionnement, en cas d'évolution extraordinaire des marchés posant des problèmes de liquidités aux entreprises et rendant par la suite probable un manque de liquidités ou un surendettement. Le mécanisme de sauvetage sert donc en fin de compte à continuer à garantir l'approvisionnement de la Suisse en électricité.

C'est pourquoi il est prévu que la loi repose sur l'art. 91 Cst., qui sert notamment de fondement à la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)¹⁸. L'art. 91, al. 1, Cst. habilite la Confédération à légiférer sur le transport et la livraison de l'électricité. Lors de l'édiction de la LApEI, le Conseil fédéral a notamment précisé que, sur la base de l'art. 91, al. 1, Cst., la Confédération pouvait notamment soumettre le transport de l'électricité à un monopole et prévoir des mesures visant à garantir l'approvisionnement, telles que des obligations de raccordement et de fourniture. La doctrine confirme également que les prescriptions en matière d'approvisionnement sont couvertes par l'art. 91 Cst. On en trouve déjà des exemples dans la législation sur l'énergie en vigueur.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les obligations internationales qui existent découlent tout au plus des règles relatives à l'admissibilité des subventions. On peut penser aux directives de l'Organisation mondiale du commerce concernant les subventions et les mesures compensatoires, qui visent à lutter contre les distorsions du marché, mais qui autorisent les mesures servant l'ordre et la sécurité publics. La nouvelle loi fédérale vise à garantir l'approvisionnement dans des situations extrêmes. Il n'y a donc pas de conflit avec les obligations internationales.

7.3 Forme de l'acte à adopter

Il est prévu que le Parlement adopte la loi en tant que loi fédérale urgente au sens de l'art. 165, al. 1, Cst. Compte tenu du contexte actuel, le mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité ne peut être ni reporté d'un point matériel ni repoussé à plus tard. La loi doit donc impérativement avoir un effet temporaire et entrer en vigueur immédiatement. Elle doit être adoptée par la majorité des membres des deux Chambres. Sujette au référendum, elle sera, le cas échéant, soumise au vote du peuple. Si elle n'est pas acceptée, elle sera abrogée un an après son adoption par l'Assemblée fédérale.

Pour que la Confédération puisse octroyer les prêts prévus par la loi, le Parlement doit l'autoriser à prendre les engagements correspondants. C'est pourquoi un arrêté fédéral simple portant approbation d'un crédit d'engagement de 10 milliards de francs est également soumis aux Chambres fédérales en même temps que la loi.

¹⁸ RS 734.7

7.4 Frein aux dépenses

Conformément à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., l'art. 3, al. 2, de la loi fédérale du ... sur un mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité¹⁹ requiert l'approbation de la majorité des membres des deux Chambres, car cette disposition entraîne une subvention unique de plus de 20 millions de francs. L'art. 1 de l'arrêté fédéral du ... portant approbation d'un crédit d'engagement pour le mécanisme de sauvetage destiné au secteur de l'électricité²⁰ doit également être approuvé par la majorité des membres des deux Chambres. Une aide financière accordée dans le cadre du mécanisme de sauvetage pourra entraîner des dépenses uniques de plus de 20 millions de francs.

7.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Les entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique qui pourraient avoir recours au mécanisme de sauvetage sont en mains privées. En outre, il est possible que les cantons et les communes y aient des participations financières. Il appartient donc en premier lieu aux particuliers, ainsi qu'aux cantons et aux communes, de soutenir financièrement leur entreprise. C'est pourquoi l'art. 3, al. 1, de la loi prévoit qu'une aide de la Confédération ne peut être que subsidiaire. Compte tenu du soutien nécessaire à court terme, qui devrait atteindre un montant considérable, l'aide de la Confédération peut être très importante pour le maintien d'un approvisionnement suffisant en électricité.

Le principe de l'équivalence fiscale est largement pris en compte par la réglementation prévue à l'art. 3, al. 3, ainsi qu'aux art. 5, 7, 8, 10 et 11. Ainsi, le Conseil fédéral pourra obliger les entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique à prendre diverses mesures (cf. commentaire de l'art. 3, al. 3). Les autres articles mentionnés assujettissent également soit les entreprises, soit les cantons et les communes à certaines obligations ou les obligent à accepter certaines restrictions de propriété (cf. commentaire des dispositions mentionnées). L'art. 11 de la loi oblige notamment tous les cantons, y compris ceux qui n'ont pas de participations dans des entreprises d'importance systémique, à participer aux éventuelles pertes définitives sur les prêts octroyés en vertu de la loi.

7.6 Conformité à la loi sur les subventions

Conformément à l'art. 91, al. 1, Cst., la Confédération légifère sur le transport et la livraison d'énergie électrique. Selon le message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité²¹, la Confédération peut notamment, en vertu de sa compétence législative étendue, soumettre le transport à un monopole, décréter des prescriptions tarifaires, réglementer le secteur de l'électricité, instaurer un droit d'accès au réseau ou prévoir des mesures en matière de sécurité de l'approvisionnement, telles que des obligations de raccordement au réseau ou de fourniture d'électricité.

La défaillance d'une entreprise du secteur de l'électricité d'importance systémique pourrait entraîner des coupures de courant en Suisse et à l'étranger. La Confédération a tout intérêt à ce que l'approvisionnement en électricité puisse être garanti sans interruption. Si les propriétaires d'une entreprise ne parviennent pas à lui apporter un soutien financier suffisant, la Confédération pourra intervenir.

Selon l'art. 3, al. 1, les aides financières de l'État seront subsidiaires aux mesures prises par l'entreprise du secteur de l'électricité et ses propriétaires. Cela correspond aux prescriptions générales de la LSu, qui autorise les aides financières lorsque la tâche ne peut être dûment accomplie sans l'aide financière et que les efforts d'autofinancement qu'on peut attendre de l'entreprise ont été accomplis et que toutes les autres possibilités de financement ont été épuisées (art. 6, let. c et d, LSu).

La durée de validité de la loi est limitée à la fin de l'année 2026.

¹⁹ FF ...

²⁰ FF ...

²¹ FF 2005 1493 1558 s.

7.7 Délégation de compétences législatives

En vertu de l'art. 3, al. 3, de la loi, le Conseil fédéral pourra édicter des dispositions d'exécution obligeant les entreprises d'importance systémique à prendre des mesures pour garantir leurs capacités de production et de livraison et à prévoir en particulier des mesures budgétaires, organisationnelles, techniques et administratives.

7.8 Protection des données

En vertu de l'art. 5, al. 3, les entreprises d'importance systémique seront tenues de fournir régulièrement et en temps réel les informations et les données nécessaires. En contrepartie de l'al. 3, l'art. 5, al. 4, autorise la Confédération (EiCom, CDF et tiers mandatés compris) à se procurer activement les informations et données dont elle a besoin auprès des entreprises d'importance systémique.

L'art. 14, al. 1, permet aux offices fédéraux, cantonaux et communaux compétents ainsi qu'à l'EiCom, au CDF et à des éventuels tiers mandatés de traiter, d'apparier et de se communiquer mutuellement les données personnelles et les informations nécessaires à l'exécution de la loi, à savoir à l'octroi, à la gestion, à la surveillance et au règlement des prêts et des garanties.

L'art. 14, al. 3, dispose expressément que le secret bancaire, fiscal, de la révision ou de fonction ne peut pas être invoqué contre la collecte, le traitement, l'appariement et la communication de données personnelles et d'informations entre les services et les personnes mentionnés à l'al. 1. L'échange, le traitement et l'appariement appropriés des données sont des conditions indispensables à l'octroi, à la gestion, à la surveillance et au règlement des prêts et des garanties, ainsi qu'à l'exécution des aides financières. S'inspirant de la LCaS-COVID-19, la restriction des droits au secret mentionnés a démontré son efficacité dans ce contexte.