



Berne, le 16 décembre 2022

Loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie (LSTE)

Rapport explicatif concernant le projet mis en consultation

Vue d'ensemble

Eu égard à la situation actuellement tendue sur les marchés européens de l'énergie, le Conseil fédéral estime qu'il est urgent de renforcer la transparence et la surveillance des marchés de gros de l'énergie sur lesquels sont négociés des produits énergétiques suisses. L'augmentation de la transparence et de la surveillance des marchés de gros de l'énergie contribue à conforter la confiance en leur intégrité et à assurer que les prix fixés sur ces marchés reflètent une interaction non faussée entre l'offre et la demande, fondée sur une concurrence ouverte et loyale. Le présent projet entend accroître la transparence sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz (marché de gros de l'énergie) sur lesquels sont négociés des produits énergétiques suisses et confier leur surveillance à la Commission fédérale de l'électricité (ElCom). Pour ce faire, les participants au marché seront soumis à un certain nombre d'obligations. Ils devront tout d'abord s'enregistrer auprès de l'autorité de surveillance, communiquer les informations nécessaires à la surveillance du marché ou encore publier les informations privilégiées pour que cette surveillance soit efficace. En outre, le projet vise à appréhender et prévenir les comportements qui entraînent une distorsion du marché, afin d'éviter tout influence néfaste sur les marchés de gros de l'énergie. Il est en effet primordial d'établir un cadre pour la surveillance des marchés de gros de l'énergie afin de détecter et de décourager les comportements de marché illicites tels que l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées et de la manipulation de marché. Les dispositions proposées s'appuient fortement sur celles qui sont en vigueur dans l'Union européenne (UE).

Contexte et motifs

Les marchés de gros européens de l'énergie ont enregistré ces derniers mois de fortes hausses de prix, que la guerre en Ukraine a accentuées. Cette évolution concerne également la Suisse, car elle est étroitement imbriquée dans le réseau électrique européen. Il convient donc de renforcer la surveillance de l'approvisionnement en énergie. Compte tenu des interconnexions inhérentes aux opérations commerciales, l'insolvabilité d'une entreprise pourrait en affecter d'autres et engendrer des faillites supplémentaires, mettant alors en péril la stabilité du système et la sécurité d'approvisionnement. Le projet permet à l'ElCom d'obtenir des informations sur les activités de négoce des participants au marché. En vertu notamment du règlement européen concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (REMIT), les activités des entreprises dans l'UE sont assujetties à la surveillance de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) et des autorités nationales de surveillance des États membres de l'UE. La présente loi a pour objet les marchés de gros de l'énergie sur lesquels sont négociés des produits énergétiques suisses. Ce projet définit un système cohérent pour exécuter les prescriptions, tout en tenant compte du négoce de gros de l'électricité et du gaz.

Contenu du projet

Le projet interdit l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées et la manipulation de marché sur les marchés de gros de l'énergie. La surveillance des marchés de gros de l'électricité et du gaz est confiée à l'ElCom. Pour que celle-ci puisse assumer efficacement cette fonction, les participants au marché et les autres personnes visées par la présente loi sont tenus de s'enregistrer auprès d'elle, de communiquer les informations nécessaires à la surveillance du marché ou encore publier les informations privilégiées pour que cette surveillance soit efficace. Des instruments de surveillance et, comme dans les dispositions relatives au marché financier, des sanctions pénales sont prévus pour punir le comportement de marché illicite. Les dispositions sont harmonisées avec les règles correspondantes de l'UE, mais n'impliquent pas d'intégrer son système REMIT.

Table des matières

1	Présentation du projet	5
1.1	Contexte	5
1.2	Motifs ayant conduit à l'élaboration de la loi	6
1.3	Réglementation proposée	9
1.4	Adéquation des tâches	9
1.5	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	11
1.6	Mise en œuvre	12
2	Commentaire des dispositions	13
3	Conséquences	45
3.1	Conséquences économiques	45
3.2	Conséquences pour les différents acteurs	45
3.3	Conséquences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération	47
4	Relation avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral	48
4.1	Relation avec le programme de la législature	48
4.2	Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	48
5	Aspects juridiques	48
5.1	Constitutionnalité	48
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	49
5.3	Forme de l'acte à adopter	49
5.4	Délégation de compétences législatives	49
5.5	Protection des données	50

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

La Suisse est traditionnellement une plaque tournante importante pour le transport et le négoce de l'électricité en Europe. De plus, le gazoduc de transit traversant son territoire permet de transporter efficacement du gaz naturel depuis l'Allemagne vers l'Italie. Cette bonne interconnexion avec les réseaux et le marché intérieur de l'électricité européens renforce la sécurité d'approvisionnement de la Suisse et offrirait des conditions appropriées pour participer au marché intérieur de l'UE. Les produits énergétiques de gros suisse et, partant, les tarifs de gros de l'électricité et du gaz naturel dans ce pays s'appuient sur les prix pratiqués dans les pays limitrophes. Les marchés de gros de l'énergie ont enregistré ces derniers mois de fortes hausses de prix, que la guerre en Ukraine a accentuées. Les évolutions actuelles concernent également la Suisse, qui est étroitement imbriquée dans le réseau électrique européen. Compte tenu des interconnexions inhérentes aux opérations commerciales, l'insolvabilité d'une entreprise pourrait en affecter d'autres et engendrer des faillites supplémentaires, mettant alors en péril la stabilité du système et la sécurité d'approvisionnement.

Lors de sa séance du 18 mai 2022, le Conseil fédéral a donc transmis au Parlement un message concernant une loi fédérale urgente sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (22.031). Examinée en urgence pendant la session d'automne 2022, cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre de la même année. En cas de hausses de prix supplémentaires dans le négoce international de l'électricité, l'instrument préventif qu'est le mécanisme de sauvetage entend empêcher dans ce secteur une réaction en chaîne qui pourrait conduire à un effondrement du système dans le pire des cas. Si le marché enregistrerait une évolution imprévue, les entreprises électriques suisses d'importance systémique pourraient obtenir des prêts de la Confédération pour surmonter des problèmes de liquidités. Cette loi s'applique jusqu'à fin 2026; d'autres dispositions, dont le présent projet de loi, viendront ensuite la remplacer. Des mesures supplémentaires sont prévues pour suppléer au mécanisme de sauvetage. Il s'agit de dispositions permettant d'assurer le maintien des fonctions principales comme la production d'électricité en continu (Business Continuity Management, BCM), de tâches organisationnelles au niveau de la gestion des risques et de prescriptions concernant les liquidités et la dotation en capital des entreprises. Peu après l'adoption de la loi précitée, le Conseil des États a demandé via une motion au Conseil fédéral de proposer des dispositions législatives propres à limiter efficacement les risques que les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité font courir à l'économie du pays (motion Herzog, 22.4132). Le Conseil fédéral a recommandé d'accepter cette motion.

Le présent projet de loi vise à renforcer l'intégrité et la transparence du négoce de gros de l'énergie. Il contraint les participants au marché à communiquer à l'EICom des informations concernant leurs transactions et leurs ordres sur les marchés de gros de

l'énergie. Il permet donc à l'EiCom d'obtenir des informations sur les activités de négoce des participants aux marchés concernant les produits énergétiques suisses et européens. Le présent projet vise également à combattre efficacement les comportements de marché illicites et, ce faisant, à améliorer le fonctionnement effectif des marchés de gros de l'énergie. Les prix des produits énergétiques de gros suisse seront ainsi fondés sur une concurrence ouverte et loyale et la confiance des clients, de l'industrie et des autres participants en l'intégrité de ces marchés se verra confortée

Dans le domaine de l'électricité, les opérations boursières au comptant (marché spot) pour la Suisse sont exécutées principalement sur EPEX Spot, et dans le domaine du gaz, sur Powernext (ces deux bourses ont leur siège à Paris). Les contrats ayant une échéance à plus long terme (contrats à terme) sont actuellement conclus sur une place boursière (principalement la Bourse européenne de l'énergie ou *European Energy Exchange*, EEX à Leipzig ou ICE Futures à Londres) ou de manière bilatérale (opérations de gré à gré ou OTC). Sont également négociés des produits dérivés (p. ex. options) sur l'électricité et le gaz qui peuvent influencer, le cas échéant, sur les cours correspondants.

Conformément à l'art. 26a de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl; RS 734.71)¹, les participants au marché ayant leur siège ou leur domicile en Suisse (personnes morales et, le cas échéant, personnes physiques) qui prennent part à un marché de gros de l'électricité dans l'UE et qui sont tenus, en vertu du règlement (UE) n° 1227/2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (REMIT), de fournir des informations aux autorités de l'UE ou des États membres, doivent communiquer, simultanément et sous la même forme, les mêmes informations à l'EiCom. Fin 2021, 82 entreprises suisses du secteur de l'énergie étaient enregistrées auprès de l'EiCom. Elles lui ont indiqué avoir effectué 43,5 millions d'opérations comprenant des transactions et des ordres durant l'année 2021².

En résumé, les volumes négociés sur les marchés de gros de l'énergie ont continuellement progressé ces dernières années, accroissant d'autant l'importance de ces marchés pour l'approvisionnement de la Suisse en électricité ou en gaz.

1.2 Motifs ayant conduit à l'élaboration de la loi

En mai 2021, le Conseil fédéral a mis fin aux négociations sur un accord institutionnel avec l'UE. Celles qui concernaient un accord bilatéral sur l'électricité, qui aurait permis à la Suisse de participer au marché intérieur européen, ne peuvent donc pas se poursuivre pour l'instant. Si un accord sur l'électricité avait été conclu, il aurait fallu reprendre REMIT en tant que composante du droit pertinent sur l'énergie. Eu égard aux turbulences actuelles sur les marchés de l'électricité, l'élaboration d'un projet spécifique a été lancée. Les dispositions proposées s'appuient fortement sur celles qui

¹ RS 734.71

² Cf. «Transparence du marché en 2021», rapport de l'EiCom de mai 2022.

sont en vigueur dans l'UE afin de renforcer la confiance dans les marchés de gros de l'énergie sur lesquels sont négociés des produits énergétiques de gros suisses et de concrétiser un rapprochement avec les normes applicables dans l'UE. Ces nouvelles règles n'impliquent toutefois ni une intégration dans le marché intérieur de l'UE ni une collaboration au niveau de la surveillance du marché (système REMIT).

Compte tenu des tensions actuelles sur les marchés européens de l'énergie, le Conseil fédéral estime que le renforcement de la transparence et de la surveillance du négoce de gros de l'énergie constitue un élément fondamental pour la stabilité des marchés de gros de l'énergie sur lesquels sont négociés des produits énergétiques de gros suisses. Des marchés liquides, transparents et dignes de confiance contribuent à l'établissement de nouveaux prestataires, incitent les consommatrices et consommateurs à s'informer sur les conditions en vigueur et, à partir d'une certaine taille, à s'approvisionner sur les marchés de gros ou permettent aux entreprises du secteur de l'énergie de vendre aux prix du marché les volumes qu'elles n'ont pas pu écouler directement. Les producteurs, les négociants et les consommatrices et consommateurs finaux sont tributaires du bon fonctionnement des marchés. Avoir confiance dans la non-manipulation des prix sur les marchés est une condition essentielle à l'efficacité et à l'acceptation d'un système concurrentiel. La loi proposée définit un cadre qui permet à l'EiCom de surveiller les marchés de gros de l'énergie afin d'identifier des comportements de marchés illicites. En tant qu'autorité de surveillance, l'EiCom sera l'interlocutrice suisse des participants au marché pour toute question sur le négoce de gros de l'électricité et du gaz.

Le règlement (UE) n° 1227/2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie³ (REMIT⁴) est en vigueur dans l'UE depuis le 25 octobre 2011. Il a mis en place des dispositions visant à garantir une concurrence ouverte et équilibrée sur les marchés de gros de l'énergie (électricité et gaz). Le règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 du 17 décembre 2014⁵ définit le détail des données concernant les produits énergétiques de gros et les données fondamentales à déclarer. REMIT interdit les opérations d'initiés et la manipulation de marché et introduit des obligations de publier les informations d'initiés ainsi qu'une surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'énergie. L'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) centralise, grâce à des systèmes informatiques, la collecte des données destinées à la surveillance. Les dispositions du règlement, les tâches et les compétences dévolues à l'ACER et aux autorités de régulation nationales ainsi que les obligations de transparence et de déclaration incombant aux participants au marché dans le cadre de la surveillance centralisée assumée par l'ACER forment le système REMIT de l'UE. L'interdiction des opérations d'initiés et de la

³ 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

⁴ *Regulation on wholesale energy market integrity and transparency*

⁵ Règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 de la Commission du 17 décembre 2014 concernant la déclaration des données en application de l'article 8, paragraphes 2 et 6, du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et de la Commission concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie

manipulation de marché ainsi que les obligations de publication des participants au marché s'appliquent depuis l'entrée en vigueur de REMIT.

L'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl)⁶ a été modifiée le 30 janvier 2013 (art. 26a à 26c) en raison de REMIT. Les entreprises ou les personnes qui ont leur siège ou leur domicile en Suisse et qui, en vertu de REMIT, sont tenues de fournir des données aux autorités de l'UE ou de ses États membres doivent communiquer simultanément les mêmes données à l'EiCom à partir d'une date fixée par celle-ci. La délégation de tâches et de compétences supplémentaires à l'EiCom doit être édictée dans une loi, celle-ci pouvant réglementer les droits fondamentaux et les obligations des participants au marché (cf. art. 164 de la Constitution fédérale [Cst.]⁷). La présente loi remplace également les décisions de l'EiCom du 22 juillet 2022, qui régissent le transfert de données sur les opérations de négoce de l'électricité à l'EiCom.

⁶ RS 734.71

⁷ RS 101

1.3 Réglementation proposée

Ce projet régit principalement les points suivants:

- l'interdiction des comportements de marché illicites;
- l'obligation préalable, pour les participants au marché, de s'enregistrer auprès de l'ElCom;
- l'obligation, pour les participants au marché, de publier les informations privilégiées (p. ex. capacité, disponibilité et indisponibilité prévues, utilisation des installations de production et de transport d'énergie);
- l'obligation, pour les participants au marché, de communiquer à l'ElCom des informations sur leurs transactions et leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros suisses;
- l'obligation, pour les personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui concluent des transactions sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros européen, de transmettre à l'ElCom les informations qu'elles doivent déjà publier ou communiquer aux autorités européennes conformément au droit européen (transfert de l'art. 26a OApEl dans la loi), ceci en plus de devoir s'enregistrer auprès de l'ElCom;
- les tâches et les moyens mises à disposition de l'ElCom pour collecter et d'évaluer les données, la réglementation concernant la collaboration avec d'autres autorités compétentes en Suisse ou à l'étranger et, en particulier, la réglementation concernant l'échange d'informations avec ces autorités;
- la possibilité pour l'ElCom de soumettre les participants au marché à des obligations et de les sanctionner en cas d'infractions;
- la poursuite pénale des comportements de marché illicites par les autorités fédérales compétentes.

1.4 Adéquation des tâches

Sauf mention contraire, l'exécution des dispositions incombe à l'ElCom. Celles-ci l'autorisent à surveiller le marché de gros de l'énergie pour détecter des comportement de marché illicites. L'ElCom a été choisie comme autorité de surveillance, car en qualité d'autorité de régulation nationale dans le domaine de l'électricité, elle surveille déjà les marchés correspondants en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays (cf. art. 22, al. 3, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEl]⁸). La présente loi prévoit d'ailleurs explicitement plusieurs renvois à la LApEl qui s'appliquent par analogie à l'exécution de la présente loi. Étant donné qu'il n'existe pas (encore) d'autorité correspondante dans le secteur du gaz et qu'il serait disproportionné d'en créer une juste pour

⁸ RS 734.7

surveiller le marché de gros du gaz, l'ElCom surveillera l'ensemble du marché de gros de l'énergie en raison de la proximité des deux secteurs. On exploitera ainsi les synergies, le savoir-faire d'un secteur pouvant bénéficier à l'autre secteur, et inversement. Par ailleurs, l'ElCom a déjà développé ses ressources pour exécuter les tâches visées dans l'OAPeI (art. 26a à 26c). Il convient également de préciser qu'au niveau européen (ACER) et dans les pays voisins (p. ex. AEEG, BNetzA, CRE, e-control), les autorités de régulation de l'énergie sont chargées de l'application de REMIT.

Les dispositions prudentielles concernant les comportements de marché illicites ont été formulées de manière analogue aux réglementations de l'UE. De ce fait, celles-ci divergent quelques peu des dispositions similaires contenues dans le droit des marchés financiers. La tentative est par exemple punissable s'agissant de ces comportements. Les chevauchements entre le droit des marchés financiers et celui des marchés de gros de l'énergie relèveront toutefois uniquement de la compétence de la FINMA. En effet, comme cela ressort des réglementations de l'UE, les présentes dispositions prudentielles ne sont pas applicables aux produits énergétiques de gros qui sont également des instruments financiers.

S'agissant des dispositions pénales concernant les comportements de marché illicites, ils ont été formulées de manière analogue aux dispositions correspondantes de la législation sur les marchés financiers. Ces dernières s'appliquent néanmoins uniquement aux valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation ou auprès d'un système de négociation basé sur la technologie des registres distribués (TRD) ayant son siège en Suisse. En revanche, les présentes dispositions valent pour tous les produits énergétiques de gros, indépendamment du lieu où ils sont négociés. Ces chevauchements entre le droit des marchés financiers et celui du marché de gros de l'énergie sont intentionnels, car certains comportements peuvent affecter tant les marchés financiers que les marchés de gros de l'énergie. Ces chevauchements sont soumis aux règles générales du droit pénal concernant le concours d'infractions. A cet égard, seule une des deux réglementations devrait s'appliquer en tant que *lex specialis*. Aucune disposition particulière n'est dès lors nécessaire pour délimiter les différentes infractions pénales.

Un autre chevauchement potentiel pourrait découler de l'obligation de communiquer des informations qui est prévue, pour les produits dérivés, dans la législation sur les marchés financiers. A cet égard les informations relatives aux transactions ou aux ordres qui sont déjà soumises à une obligation de déclaration en vertu de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers LIMF⁹ ne doivent pas être transmises en plus à l'ElCom, car celles-ci peuvent être obtenues dans le cadre d'un échange d'informations. Cet échange régulier d'informations entre l'ElCom et la FINMA est d'ailleurs explicitement prévu dans les dispositions de la présente loi.

Aucune règle spécifique n'est cependant prévue pour les relations avec le domaine de compétence de la Commission de la concurrence (COMCO). On ne saurait dès lors

⁹ RS 958.1

exclure que l'EiCom et la COMCO travaillent parallèlement sur un même cas, chacune dans son domaine de surveillance et avec ses instruments.

1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

REMIT vise à créer un cadre harmonisé garantissant la transparence et l'intégrité du marché de gros de l'énergie. Les consommateurs et les participants au marché devraient pouvoir avoir confiance dans l'intégrité des marchés de l'électricité et du gaz, et les prix fixés sur les marchés de gros de l'énergie devraient refléter une interaction entre l'offre et la demande, fondée sur une concurrence loyale. De plus, aucun abus de marché ne devrait donner lieu à des profits. Dans le cadre de REMIT, un contrôle strict du marché transfrontalier est essentiel pour parachever un marché intérieur de l'énergie interconnecté et intégré qui fonctionne pleinement et selon des règles uniformes.

REMIT établit des règles qui interdisent les pratiques abusives affectant les marchés de gros de l'énergie qui sont cohérentes avec les règles applicables sur les marchés financiers ainsi qu'avec le bon fonctionnement desdits marchés de gros de l'énergie. Le règlement renvoie ainsi à la directive 2003/6/CE¹⁰ (ci-après: directive sur les abus de marché, MAD¹¹), qui vise à protéger l'intégrité du marché financier.

REMIT interdit les opérations d'initiés et la manipulation de marché sur le marché de gros de l'énergie. Pour appliquer ces interdictions, il prévoit que les participants au marché doivent publier toutes les informations d'initiés et transmettre à l'ACER des relevés des transactions exécutées sur ce marché. Les sanctions relèvent des États membres. Selon l'art. 18 REMIT, elles doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives et tenir compte de la nature, de la durée et de la gravité de l'infraction, du préjudice causé aux consommateurs et des gains potentiels.

Évaluation du projet par rapport au droit européen

Le projet interdit les comportements de marché illicites. Les participants au marché sont par ailleurs soumis à un certain nombre d'obligations dans le cadre de la présente loi. Ils doivent tout d'abord s'enregistrer auprès de l'autorité de surveillance, communiquer les informations nécessaires à la surveillance du marché ou encore publier les informations privilégiées pour que cette surveillance soit efficace. En cas de violation des interdictions ou obligations mentionnées, l'EiCom peut prendre des mesures de surveillance efficaces et proportionnées qui visent en premier lieu à rétablir l'ordre légal et à éviter de futures infractions. En outre, ces comportements de marché illicites sont également sanctionnés pénalement par les autorités fédérales de poursuite pénale, et une sanction relevant du droit pénal administratif peut être infligée

¹⁰ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, JO L 96 du 12 avril 2003, p. 16, modifiée par la directive 2010/78/UE, JO. L 331 du 15 décembre 2010, p. 120.

¹¹ *Market Abuse Directive*

si les décisions de l'EiCom ne sont pas respectées. La mise en œuvre varie dans les États membres de l'UE: certains ne prévoient que d'éventuelles sanctions relevant du droit de la surveillance, tandis que d'autres ont défini des sanctions relevant de ce droit et du droit pénal. La solution retenue est donc tout à fait comparable aux dispositions fixées par certains États membres de l'UE.

Correspondant dans une large mesure à REMIT, le projet est compatible avec le droit des États membres de l'UE en ce qui concerne les sanctions possibles.

La communication des informations qu'il prévoit diffère toutefois de celle fixée dans REMIT: elle ne s'effectue pas directement à l'ACER, mais à l'EiCom, car une loi suisse ne saurait réglementer les droits et les obligations d'une autorité de l'UE. Si un accord sur l'électricité devait voir le jour, les participants au marché seraient vraisemblablement tenus, en vertu de REMIT, de fournir des données directement à l'ACER. Un tel accord réglementerait cependant la collaboration entre l'ACER et l'EiCom. Par exemple, cette dernière aurait probablement accès aux données qui lui sont pertinentes sur la base de l'art. 10 REMIT. La surveillance efficace des marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques suisses requiert, dans la mesure du possible, une obligation de communication à l'EiCom qui va au-delà de la conclusion d'un accord sur l'électricité, notamment dans le secteur du gaz. Ce faisant, il convient de trouver des solutions pour réduire autant que possible la charge administrative des entreprises concernées. L'obligation de communiquer des informations à l'EiCom n'est à cet égard aucunement en contradiction avec REMIT.

Cela vaut également pour l'obligation préalable d'enregistrement telle qu'elle est actuellement prévue. Jusqu'à ce qu'un accord sur l'électricité aboutisse, les personnes participant au marché de gros de l'énergie en Suisse seront soumises à une «double obligation d'enregistrement», contrairement à l'interdiction explicite visée à l'art. 9 REMIT (cf. commentaire de l'art. 10 ci-après). Un accord sur l'électricité mettrait toutefois fin à cette double obligation d'enregistrement pour les participants au marché de gros de l'électricité, mais pas pour ceux au marché de gros du gaz. Seule la conclusion d'un tel accord aurait pour conséquence de se voir confronter cette interdiction d'un double enregistrement. Partant, là encore, la LSTE n'est aucunement en contradiction avec REMIT.

1.6 Mise en œuvre

Les participants au marché peuvent remplir leurs obligations de publication sur une plate-forme accréditée (p. ex. *European Energy Exchange*) dont le Conseil réglera les modalités. Il est envisageable que le Conseil fédéral décide d'un outil de publication centralisé ou fixe des critères plus précis à ce sujet. Un outil centralisé (p. ex. plate-forme de transparence) permettrait aux personnes intéressées d'obtenir rapidement et facilement une vue d'ensemble des informations publiées.

Comme cela est prévu dans la réglementation en vigueur de l'OApEI, les personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui concluent des transactions ou émettent des ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques

Les comportements qui entraînent une distorsion du marché sont indésirables, indépendamment du fait que ceux-ci se traduisent par une hausse ou une baisse des prix. Le projet vise donc à appréhender et prévenir de telles comportements, afin d'éviter toute influence néfaste sur les marchés de gros de l'énergie (*al. 2, let. b*).

À cet effet, il est primordial d'établir un cadre pour la surveillance des marchés de gros de l'énergie afin de détecter et de décourager les comportements de marché illicites (*al. 2, let c*).

Art. 2 Définitions

Al. 1

Let. a: au sens de la présente loi, on entend par *marchés de gros de l'énergie* tout marché sur lequel sont négociés des produits énergétiques de gros suisse et européen. Ils englobent donc les marchés des produits de base et les marchés des produits dérivés, qui revêtent une importance significative pour le marché de l'énergie et le marché financier. En font notamment partie, les bourses de l'électricité et du gaz (*ch. 1*), des plates-formes de négociation multilatérales (*ch. 2*) ou encore toute transactions de gré à gré et contrats bilatéraux, conclus directement entre les personnes ou en recourant à des intermédiaires (*ch. 3*).

Let. b: est réputé *produit énergétique de gros suisse* tout produit se rapportant à l'électricité ou au gaz générés, négociés ou livrés en Suisse ou transportés à travers la Suisse, y compris les produits dérivés correspondants (*ch. 1*). L'énergie de réglage destinée à compenser les écarts sur les réseaux suisses d'électricité et de gaz est également considérée comme tel (*ch. 2*). Les contrats qui concernent la fourniture directe d'électricité ou de gaz aux consommatrices finales et consommateurs finaux sont également considérés comme des produits énergétiques de gros, lorsque la capacité de consommation de ces consommateurs est susceptible d'avoir une influence significative sur les prix de ces produits. La capacité de consommation correspond à la consommation d'électricité ou de gaz d'une consommatrice finale ou d'un consommateur final qui exploite entièrement sa capacité de production. Elle englobe la consommation totale de cette consommatrice finale ou ce consommateur final en tant qu'entité économique (et pas uniquement celle de certains sites de consommation) à condition toutefois que cette consommation se fasse en Suisse (*ch. 3*).

Cette définition est primordiale pour la présente loi puisque ces produits représentent l'élément centrale rattachant les personnes concluant des transactions ou émettant des ordres sur les marchés de gros de l'énergie à la loi. Ce n'est en effet que si ces dernières négocient de tels produits qu'elles seront qualifiées comme participant au marché au sens de la présente loi (cf. art. 2 let. d), le marché sur lequel elles agissent n'ayant que peu d'importance.

S'agissant de la définition de «gaz», celle-ci englobe également le gaz naturel liquéfié (GNL). En effet, il importe peu que le gaz soit transporté dans des conduites ou autrement (p. ex. par camion ou par train). Ce terme désigne d'ailleurs aussi bien le

biogaz, le gaz issu de la biomasse, que tout autre type de gaz, dès lors que ceux-ci peuvent être injectés et transportés dans le réseau de gaz d'une manière techniquement sûre.

En ce qui concerne les produits énergétiques de gros livrés en Suisse, l'élément clé de la portée géographique est qu'un point de livraison de cette électricité ou de ce gaz doit se trouver en Suisse. Pour les produits énergétiques de gros qui sont transportés à travers la Suisse, au moins une zone de soumission ou un point de livraison doit se trouver dans ce pays.

La définition des produits énergétiques de gros inclut également l'électricité, le gaz et les produits dérivés qui sont distribués par des personnes concluant des transactions à titre professionnel, l'énergie de réglage que la société nationale du réseau de transport acquiert pour maintenir la stabilité du réseau ainsi que les contrats relatifs au secteur du gaz, les contrats de caisse (contrats au comptant) qui concernent notamment des produits *intraday*, *day-ahead* et week-end ou encore les contrats à terme qui englobent en particulier des contrats sur des *forwards* comprenant à leur tour des contrats à long terme non standardisés. Font également partie des produits énergétiques de gros, les contrats relatifs à l'attribution de capacité de transfert et de transport pour l'électricité ou le gaz, y compris les contrats sur l'octroi de capacités à la frontière suisse, quels que soient le segment (*forward*, *day-ahead*, *intraday*) et le marché (primaire ou secondaire) sur lesquels ils ont été conclus.

Let. c : on entend par produit énergétique de gros européen tout produit énergétique de gros au sens des réglementations de l'UE (REMIT). Contrairement aux produits énergétiques de gros suisse, ces produits n'ont aucun rapport avec la Suisse et sont exclusivement réglementé dans le cadre de REMIT. Cette définition est néanmoins importante dès lors que la présente loi prévoit des obligations pour les personnes physiques ou morales domiciliées ou ayant leur siège en Suisse qui concluent des transactions ou émettent des ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant ces produits (cf. art. 5 al. 2).

Let. d : on entend par *participant au marché* au sens de cette loi toute personne physique ou morale ayant son siège ou son domicile en Suisse ou à l'étranger qui conclut des transactions ou émet des ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros suisse, y compris la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LAPeI¹² et le gestionnaire de réseau de transport du gaz.

L'expression «participant au marché» revêt une importance capitale pour plusieurs raisons. En effet, dès que ces personnes sont qualifiées comme telle, une série d'obligations s'imposent à elles. Elles doivent tout d'abord s'enregistrer auprès de l'autorité de surveillance, communiquer les informations nécessaires à la surveillance du marché ou encore publier les informations privilégiées.

La conclusion de transactions, y compris la passation d'ordres, sur le marché de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros suisse est un critère décisif

¹² RS 734.7

pour déterminer si une personne physique ou morale est un participant au marché. Les termes «transaction» et «ordre» s'appuient sur la définition correspondante dans le droit des marchés financiers.

Les participants au marché sont, par exemple, les entreprises de négoce d'énergie, les producteurs de gaz ou d'électricité, les gestionnaires de réseau de transport, de distribution ou de stockage, les fournisseurs, les responsables de groupes-bilans ou encore les consommateurs finaux lorsque leur capacité de consommation est susceptible d'avoir une influence significative sur les prix de ces produits.

Let. e: une *information privilégiée* est définie comme une information confidentielle qui concerne directement ou indirectement un ou plusieurs produits énergétiques de gros suisse et dont la divulgation est susceptible d'influencer notablement le prix de ces produits.

Pour présenter cette qualité, une information tout d'abord être confidentielle. En effet, tant qu'elle n'est pas publique, une information ne peut entraîner une asymétrie d'informations entre les participants au marché. La divulgation effective à ces derniers est le critère qui transforme une information confidentielle en une information publique. Dès qu'une information est rendue publique, elle renforce l'intégrité et la transparence du marché. En général, une information est réputée publique lorsqu'elle est mise librement à la disposition d'une partie quelconque, c'est-à-dire d'un nombre indéterminé de participants au marché. Un lieu centralisé (p. ex. plate-forme de transparence) permettrait aux personnes intéressées d'avoir rapidement et facilement une vue d'ensemble des informations publiées. Il importe peu en l'espèce que l'information ait été rendue publique par un participant au marché ou par une autre partie.

Ensuite, l'information doit concerner directement ou indirectement un ou plusieurs produits énergétiques de gros suisse. Toute information susceptible d'influer sur la demande, l'offre et/ou le prix d'un produit énergétique de gros suisse ou sur les anticipations relatives à la demande, l'offre et/ou le cours d'un de ces produits énergétiques de gros est considérée comme directement ou indirectement liée à ce produit. S'il est vraisemblable dans ce contexte que l'information puisse influencer notablement le cours des produits énergétiques de gros, elle leur est nécessairement liée. Il suffit dès lors d'évaluer la probabilité d'un effet significatif sur les prix pour déterminer si l'information présente un lien avec ces produits.

Enfin, la divulgation de l'information doit être susceptible d'influencer notablement le prix des produits énergétiques de gros suisse. Un participant au marché doit évaluer au cas par cas la probabilité d'un effet sur les cours en tenant compte de la nature de l'information, des particularités du marché et de la situation sur celui-ci au moment de l'évaluation. La simple «probabilité» d'un effet notable sur les prix suffit à remplir cette exigence. Une probabilité prépondérante ou un impact effectif sur les prix n'est pas nécessaire.

Al. 2

Pour définir le seuil de capacité déterminant pour les contrats visés à l'al. 1, let. b, ch. 3, le Conseil fédéral tiendra compte des réglementations de l'UE (cf. art. 31, al. 1). Le seuil de 600 GWh par an qui figure dans les dispositions européennes peut servir de valeur indicative pour fixer un seuil conforme à la réalité Suisse.

Chapitre 2 Obligations des participants au marché et d'autres personnes

Art. 3 Obligation de s'enregistrer

L'obligation de s'enregistrer concerne uniquement les participants au marché et les autres personnes qui sont soumis à l'obligation de communication visée à l'art. 5. Cet enregistrement doit impérativement avoir lieu avant que le participant au marché ou une autre personne ne concluent des transactions ou n'émettent des ordres sur les marchés de gros de l'énergie.

L'obligation de s'enregistrer s'applique même si une entreprise mère, une filiale ou une autre entreprise liée à un participant au marché ou une autre personne est déjà enregistrée ou a commencé le processus d'enregistrement. Par contre, si une succursale d'un participant au marché ou d'une autre personne n'est pas reconnue comme une personnes morale indépendante, elle ne doit alors pas s'enregistrer.

Cette obligation s'applique également lorsqu'une personne est déjà enregistré auprès d'une autorité étrangère de surveillance du marché de l'énergie. Pour réduire autant que possible la charge administrative supplémentaire, les personnes déjà enregistrés auprès d'un État membre de l'UE peuvent fournir à l'ECom les mêmes informations sous la même forme. Dans l'UE, l'art. 9, par. 1, sous-par. 2, REMIT précise qu'un acteur du marché ne s'enregistre qu'auprès d'une seule autorité de régulation nationale et que les États membres ne peuvent pas demander à un acteur du marché qui est déjà enregistré dans un autre État membre de s'enregistrer à nouveau. La Suisse n'étant pas membre de l'UE, cette «interdiction d'un double enregistrement» ne s'applique pas. Étant donné que la Suisse n'a pas accès aux registres des autorités de l'UE ou de ses États membres, l'ECom n'aurait aucune vue d'ensemble complète sur le marché de gros de l'énergie, si les participants étrangers déjà enregistrés auprès d'un État membre de l'UE ne devaient pas s'enregistrer auprès d'elle. Si un accord entre la Suisse et l'UE établissant l'applicabilité de REMIT en Suisse devait voir le jour, une reconnaissance mutuelle de l'enregistrement et un droit d'accès mutuel aux registres des participants au marché seraient garantis.

Art. 4 Publication d'informations privilégiées

Al. 1

La publication d'informations privilégiées entend permettre à tous les participants au marché d'avoir le même niveau de connaissances sur les informations significatives concernant le marché de gros de l'énergie. Elle vise à empêcher toute exploitation ou

divulgaration d'informations privilégiées (cf. art. 7) et ainsi à renforcer une concurrence libre et équilibrée et à accroître l'intégrité des marchés de gros de l'énergie.

L'*al. 1* veille à ce que toutes les informations privilégiées soient effectivement publiées. L'énumération figurant aux *let. a et b* garantit d'ailleurs également la publication des informations privilégiées relatives aux entreprises ou aux installations détenues ou contrôlées par l'entreprise mère ou par une autre entreprise liée au participant au marché, pour autant que ces entreprises ne soient pas elles-mêmes des participants au marché au sens de la loi. Cette obligation de publication englobe aussi les informations privilégiées relatives aux des entreprises ou aux installations dont la responsabilité opérationnelle incombe intégralement ou partiellement au participant au marché ou à son entreprise mère ou à une autre entreprise liée à ce participant.

La publication doit être réalisée dès que le participant au marché en a connaissance. Cette formulation est conforme à l'art. 53, al. 2, du règlement de cotation de SIX, de sorte qu'il n'existe aucune contradiction avec les dispositions relatives à la publicité *ad-hoc* des entreprises cotées en bourse. En outre, la publication doit impérativement se faire une plateforme accréditée dont les modalités seront réglées en détail par le Conseil fédéral (cf. art. 4 al. 5).

Al. 2

Doit être publiée toute information privilégiée au sens de l'art. 2, al. 1, let. e. L'*al. 2* comprend, à titre d'exemple, une énumération des informations à publier.

Al. 3

La publication peut être différée à l'initiative du participant au marché, mais ce report doit être exceptionnel et conforme aux conditions énoncées à l'al. 3. Premièrement, le report ne doit pas risquer d'induire le public en erreur. Deuxièmement, le participant au marché doit être en mesure d'assurer la confidentialité de l'information pendant toute la durée du report. Si cette confidentialité n'est plus garantie, l'information doit alors être publiée sans délai. Troisièmement, le participant au marché ne doit pas prendre de décision relative au négoce de produits énergétiques de gros sur la base de cette information. Cela englobe aussi bien les décisions d'acheter ou de vendre des produits énergétiques de gros que celles de ne pas acheter ou vendre certains de ces produits. Par conséquent, les décisions «de ne pas agir» prises sur la base d'une information privilégiées sont également concernées. Les conditions du report de la publication des informations d'initiés sont compatibles avec celles du retard de l'annonce événementielle au sens de l'art. 54 du règlement de cotation de SIX.

Al. 4

L'*al. 4* prévoit qu'en cas de report de la publication des informations privilégiées, celles-ci soient fournies immédiatement à l'EiCom avec les pièces justifiant le report. Cette communication à l'EiCom lui permet d'examiner le bien-fondé du report et, le cas échéant, de décider d'une publication immédiate si elle estime que les conditions d'un report ne sont pas remplies.

Al. 5

Le Conseil fédéral règle les modalités de la publication. Les informations doivent être publiées de telle sorte qu'elles soient accessibles à un large public, c'est-à-dire à un très grand nombre de personnes, de manière simultanée et comparable de sorte que l'égalité de traitement des participants au marché soit garantie. Tant que c'est le cas, il importe peu de savoir qui publie l'information et où. La publication devrait être aussi pertinente, précise et complète que possible pour permettre une bonne compréhension de l'événement sous-jacent.

Pour assurer une publication effective des informations privilégiées, celle-ci doit avoir lieu sur une plate-forme accréditée. Le Conseil fédéral précisera la nature et l'étendue des informations à publier et règlera le mode et la procédure de publication. Un lieu centralisé (p. ex. plate-forme de transparence) aurait l'avantage que les personnes intéressées puissent avoir rapidement et facilement une vue d'ensemble des informations publiées.

Une publication simultanée sur le site Internet du participant au marché ou sur les réseaux sociaux peut constituer une source supplémentaire. Elle ne saurait cependant se substituer à la publication sur le canal défini par le Conseil fédéral. Si des sources de publication supplémentaires sont utilisées (p. ex. site Web du participant), ce dernier doit s'assurer que les informations publiées sont identiques à celles qui sont parues sur la plate-forme relative aux informations privilégiées.

Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation de publication en tenant compte des dispositions de l'UE (cf. art. 33, al. 1), en particulier pour les installations de faibles importances pour lesquelles une obligation de publication pourrait induire des coûts disproportionnés.

Art. 5 Communication à l'ElCom d'informations concernant les transactions et les ordres ainsi que les informations privilégiées

Al. 1

Doivent être communiquées selon la let. a, les informations concernant les transactions et les ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros suisse. Les informations relatives aux transactions ou aux ordres qui sont déjà soumises à une obligation de déclaration en vertu de la LIMF¹³ ne doivent pas être transmises en plus à l'ElCom, car celles-ci peuvent être obtenues dans le cadre d'un échange d'informations (cf. art. 19 al. 3).

La communication peut être effectuée par des tiers tels que des courtiers, des plates-formes et des systèmes de déclaration, y compris s'ils ont leur siège à l'étranger. Comme dans l'UE, la plupart des communications ne devraient pas provenir des participants au marché tenus de renseigner, mais de tiers dûment mandatés. Cette possibilité de délégation à des tiers ne figure certes pas explicitement dans la loi, mais

¹³ RS 958.1

elle existe sur la base de principes généraux. Par ailleurs, un mandat confié à un tiers ne délie pas pour autant de leur responsabilité les participants au marché assujettis à une obligation de communication ; ceux-ci restent tenus juridiquement de fournir ces informations.

Doivent également être communiquées selon la let. b les informations privilégiées visées à l'art. 4, simultanément à leur publication.

Al. 2

L'al. 2 transfère dans la présente loi les dispositions de l'art.26a, al. 1 et al. 2, let. a, OApEl¹⁴ et les étend au secteur du gaz. Les art. 26a à 26c seront dès lors abrogés dans les dispositions d'exécution.

À la let. a, les personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui concluent des transactions ou émettent des ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros européen et qui, dès lors, sont tenues de fournir aux autorités de l'UE ou à l'un de ses États membres des informations concernant leurs transactions sur ces marchés, doivent également communiquer ces informations à l'EiCom. En pratique, il importe peu que ces personnes fournissent effectivement ces informations aux autorités de l'UE, à l'un de ses États membres ou qu'elles omettent tout simplement de le faire en violation de leurs obligations. C'est en effet l'obligation de communication de ces personnes qui est déterminante. Les informations doivent être transmises à l'EiCom au même moment et sous la même forme que la communication effective ou supposée aux autorités de l'UE ou à l'un de ses États membres.

Les marchés de gros de l'énergie sur lesquels ces personnes concluent des transactions ou émettent des ordres importe peu. En effet, c'est le fait qu'ils s'agissent de produits énergétiques de gros européen qui est central.

Les informations devant être communiquées à l'EiCom sont identiques à celles qui sont fournies aux autorités de l'UE. Ce parallélisme (informations identiques) est voulu, car il évite ainsi que l'obligation supplémentaire de fournir des informations à l'EiCom n'accroisse inutilement la charge administrative de ces personnes.

Selon la let. b, ces personnes doivent communiquer parallèlement à l'EiCom, toutes les informations privilégiées qu'elles sont tenues de publier conformément aux réglementations de l'UE. Encore une fois, il importe peu que ces personnes publient effectivement ces informations ou qu'elles omettent tout simplement de le faire en violation de leurs obligations. C'est en effet l'obligation de publication de ces personnes qui est déterminante. Les informations privilégiées doivent dès lors être communiquées à l'EiCom au même moment que leur publication.

¹⁴ RS 734.71

Al. 3

Le Conseil fédéral précisera la nature et l'étendue des informations à communiquer ainsi que le moment de leur communication. Il prévoit en outre des exceptions à l'obligation de communication, par exemple en fixant pour certaines transactions et certains ordres un seuil en dessous duquel aucune communication n'est requise. Il tient compte en l'espèce des réglementations de l'UE (cf. art. 31, al. 1).

Les réglementations de l'UE prévoient, par exemple, des exceptions en cas de contrats pour la livraison physique d'électricité produite par une seule unité de production ayant une capacité inférieure ou égale à 10 MW ou par des unités de production d'une capacité combinée inférieure ou égale à 10 MW. Il en va de même pour des contrats pour la livraison physique de gaz naturel produit par une seule installation de production de gaz naturel d'une capacité inférieure ou égale à 20 MW. Ces indications peuvent servir de valeurs indicatives pour fixer un seuil conforme aux transactions et ordres portant sur des produits énergétiques de gros suisse.

Art. 6 Obligations des intermédiaires

Les personnes physiques ou morales qui organisent professionnellement en tant qu'intermédiaire des transactions portant sur des produits énergétiques de gros suisses sont soumises à diverses obligations. Ces obligations découlent du fait qu'un nombre important d'échanges sur les marchés de gros de l'énergie sont intermédiés par ces personnes. De par leur rôle d'intermédiaires, ils ont une connaissance exclusive du marché sur lequel ils opèrent et de leurs clients. Ils sont donc bien placés pour surveiller les activités de négociation et ainsi identifier les comportements de marché illicites.

Pour être considéré comme tel et être soumis aux obligations correspondantes, ces personnes physiques ou morales doivent remplir les deux critères cumulatifs suivants:

- Premièrement, la personne doit agir professionnellement. C'est le cas lorsqu'une activité économique indépendante est exercée en vue d'obtenir un revenu durable.
- Deuxièmement, la personne doit exécuter des transactions portant sur des produits énergétiques de gros suisse. Cette activité vise à :
 - o permettre à des tiers (acheteurs ou vendeurs) ou les assister d'une manière qui entraîne directement une transaction sur des produits énergétiques de gros suisse (c'est-à-dire qui a pour effet direct la conclusion de la transaction est conclue); ou
 - o fournir un outil qui permet à des tiers (acheteurs ou vendeurs) d'exécuter plus facilement des transactions sur des produits énergétiques de gros suisse. La simple mise à disposition de moyens permettant aux parties à une transaction (effective ou éventuelle) de communiquer n'est pas suffisante.

La principale caractéristique des personnes concernées par cette disposition est leur rôle d'intermédiaire (qu'elles agissent en tant que donneurs d'ordre ou d'agents).

Contrairement à la notion de participant au marché, l'élément déterminant n'est pas la conclusion, mais bien l'organisation de la transaction. Il n'est toutefois pas exclu que la même personne soit à la fois intermédiaire et participant au marché pour une même transaction.

Sont notamment concernés par cette disposition, les bourses de l'électricité et du gaz, les courtiers et autres personnes organisant professionnellement des transactions, ainsi que des plates-formes de négociation multilatérales. Les principales bourses de l'électricité pour la Suisse se trouvent en France (EPEX Spot) et en Allemagne (EEX). Elles sont donc soumises aux obligations découlant des réglementations de l'UE. EPEX Spot gère le marché suisse *day-ahead* depuis qu'elle a été créée en 2009. Elle a lancé le marché suisse *intraday* en juin 2013.

Selon la let. a, les personnes concernées par le présent article doivent mettre en place des dispositions préventives dans leur «sphère de compétence» et établir des procédures visant à déceler tout comportement de marché illicite. En tant que professionnel des marchés de gros de l'énergie, ils se doivent de surveiller de manière proactive les marchés sur lesquels ils sont impliqués.

Selon la let. b, ces personnes doivent signaler immédiatement à l'EICOM tout soupçon fondé qu'une transaction pourrait constituer un comportement de marché illicite. Lorsqu'ils signalent un tel comportement, ils doivent fournir à l'EICOM des informations sur l'identité du ou des participants au marché, le moment où le comportement de marché illicite s'est produit, le ou les marchés concernés ainsi que des détails sur la ou les transactions ou ordres concernés. De plus, le signalement doit être notifié à l'EICOM le plus rapidement possible dès l'existence des soupçons fondés. En règle générale, celui-ci doit intervenir dans les quatre semaines.

Chapitre 3 Comportements de marché illicites

Art. 7 Interdiction d'exploitation et de divulgation d'informations privilégiées

Al. 1

La définition de l'interdiction d'exploitation et de divulgation d'informations privilégiées s'appuie tant sur les réglementations de l'UE que sur celle du droit des marchés financiers (art. 142, al. 1, LIMF). Contrairement à la LIMF, cette interdiction ne s'applique toutefois pas uniquement aux valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation ayant son siège en Suisse, mais à tous les produits énergétiques de gros suisse (cf. art. 2 al.1 let. b).

La première forme de d'interdiction consiste à exploiter ou tenter d'exploiter pour acquérir ou aliéner, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, des produits énergétiques de gros suisse.

La notion « d'acquisition ou de d'aliénation » doit être interprétée comme englobant tous les types d'actions qui sont liées aux ordres et aux transactions ou qui font partie

des processus d'émission d'ordres ou de conclusion de transactions sur un ou plusieurs marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros suisse.

Différence notable avec le droit des marchés financiers, la tentative d'exploiter des informations privilégiées est prohibée, comme c'est le cas dans les réglementations de l'UE. A cet égard, l'interdiction d'exploiter des informations privilégiées vaut dès le moment où la personne concernée se trouve en leur possession et réalise l'une des actions couvertes par la notion d'acquisition ou d'aliénation de produits énergétiques de gros suisse.

En outre, cette interdiction n'est soumise à aucune condition subjective concernant l'intention. En d'autres termes, il est indifférent que la ou les personnes concernées aient commis l'acte délibérément ou par imprudence.

Autre différence avec le droit des marchés financiers, l'acquisition ou l'aliénation de produits énergétiques de gros suisse est prohibé tant si elle est réalisée pour son compte que pour celui d'un tiers. En effet, dans le contexte de la négociation sur les marchés de gros de l'énergie, la personne physique qui utilise les informations pour acquérir ou aliéner des produits énergétiques de gros suisse ne le fait souvent pas pour son compte personnel, mais plutôt pour le compte de la personne morale (généralement pour le compte de son employeur ou d'une entreprise liée) pour laquelle elle agit.

Enfin, comme c'est le cas pour le droit des marchés financier, il importe peu aux fins de cette disposition qu'un avantage pécuniaire ait été obtenu. En d'autres termes, l'avantage indu qui découle de la connaissance asymétrique d'une information ne doit pas nécessairement se traduire par un avantage financier pour que la personne concernée viole la présente disposition (*ch. I*).

La deuxième forme de l'interdiction consiste à la divulgation d'une information privilégiée à un tiers, en dehors du cadre de l'exercice du travail, de la profession ou de la fonction. Par analogie à l'art. 128 de l'ordonnance du 25 novembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF)¹⁵, la let. b est formulée de manière à ce qu'il n'y ait aucun comportement illicite lorsqu'une personne communique une information privilégiée à un tiers dans le cadre normal de son activité professionnelle.

La troisième forme de l'interdiction consiste à l'exploitation d'une information privilégiée pour recommander à un tiers d'acquérir ou d'aliéner des produits énergétiques de gros suisse. Dans ce contexte, le terme « recommander » doit être interprété comme englobant toute action entreprise par le détenteur d'une information privilégiée afin de fournir à une autre personne un ou plusieurs signaux directs ou indirects liés à cette information privilégiée, pertinents pour la négociation sur un ou plusieurs marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques suisse. Cette interdiction n'exige pas la transmission d'une information privilégiée à une autre personne, mais uniquement la transmission d'un signal sur la négociation de produits énergétiques de gros suisse. De même, il est indifférent que la personne qui a reçu la recommandation ait effectivement utilisé cette information pour négocier.

¹⁵ RS 958.11

Al. 2

L'énumération figurant à l'al. 2 est exhaustive et se fonde sur celle qui est prévue dans les réglementations de l'UE.

Cette disposition est néanmoins étendue aux personnes qui savent, ou doivent savoir, qu'une information est une information privilégiée. Par cette disposition, une responsabilité particulière est donc prévue pour les personnes morales ou physiques qui peuvent être plus indirectement liées aux processus qui génèrent ou gèrent l'information privilégiée ou qui sont en contact, pour des raisons personnelles ou professionnelles, avec des personnes traitant l'information privilégiée et peuvent de ce fait être exposées à cette information (p. ex. le personnel administratif qui a connaissance de l'indisponibilité d'une entreprise d'approvisionnement en électricité).

Ce qui est déterminant c'est de savoir si, compte tenu de l'expérience professionnelle de la personne concernée et de la transaction conclue, la personne concernée sait ou doit savoir que l'information est privilégiée. Par ailleurs, il faut également que la transaction ou l'ordre soit effectuée sur la base de l'information privilégiée. Les transactions ou les ordres dont on démontre que l'exécution ne résulte pas d'une information privilégiée, malgré la connaissance de celle-ci, ne contreviennent donc pas à l'interdiction.

Al. 3

Le comportement de marché n'est pas illicite lorsque la société nationale du réseau de transport ou un gestionnaire de réseau de transport du gaz acquiert ou aliène de l'électricité ou du gaz en exploitant des informations privilégiées pour garantir le bon fonctionnement du réseau ou recommande à un autre gestionnaire d'acheter ou d'aliéner de l'électricité ou du gaz à cette fin. Ils ne peuvent cependant pas communiquer des informations privilégiées à des tiers, à moins que cette communication ne relève de l'exercice ordinaire de leur profession ou de l'accomplissement de leurs tâches.

Sont par exemple autorisés les achats effectués lors de la fourniture de prestations de service, notamment pour l'énergie et la puissance de réglage ou pour des transferts de production et de charge (*re-dispatching*).

Al. 4

Il n'y a pas de comportement illicite lorsque les actions d'un participant au marché sont accomplies dans le cadre de mesures d'urgence ordonnées par le Conseil fédéral pour éviter une mise en danger de l'approvisionnement en électricité ou en gaz, que ce soit en vertu de l'art. 9 LApEl ou dans le cadre des préparatifs ou des mesures d'intervention économique visés aux art. 5 s. et 31 s. de la loi fédérale du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement économique du pays (LAP)¹⁶.

¹⁶ RS 531

Al. 5

Conformément à l'al. 5, le Conseil fédéral peut prévoir d'autres cas dans lesquels l'exploitation d'informations privilégiées est exceptionnellement admise. Sont notamment visées les opérations permettant d'assurer l'exécution d'une obligation contractée par le participant au marché avant qu'il n'ait eu connaissance de l'information privilégiée. Sont également visées les opérations des producteurs d'électricité qui visent exclusivement à couvrir des pertes physiques immédiates résultant d'indisponibilités imprévues, lorsque les participants au marché ne seraient sinon pas en mesure de remplir les engagements contractuels en vigueur ou lorsque ces opérations sont réalisées en accord avec la société nationale du réseau de transport pour assurer la sécurité de l'exploitation du réseau.

Art. 8 Interdiction des manipulations de marché

Al. 1

La définition de l'interdiction d'exploitation et de divulgation d'informations privilégiées s'appuie tant sur les réglementations de l'UE que sur celle du droit des marchés financiers (art. 143, al. 1, LIMF).

Comme pour l'art. 9, cette interdiction ne s'applique pas uniquement aux valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation ayant son siège en Suisse, mais bien à tous les produits énergétiques de gros suisse (cf. art. 2 al.1 let. b). De même, l'interdiction des manipulations de marché n'implique pas une volonté d'enrichissement ni aucun caractère intentionnel. Il importe donc peu que l'acte soit délibéré ou non. Par conséquent, une simple activité de négoce erronée peut constituer une manipulation de marché.

L'interdiction des manipulations de marché se concrétisent sous trois formes, la diffusion d'information fausses ou trompeuses susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse (*let. a*), la conclusion de transaction ou l'émission d'ordres susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse (*let. b ch. 1*) ou encore la conclusion de transaction ou l'émission d'ordres qui fixent ou sont susceptibles de fixer le prix d'un ou plusieurs produits énergétiques de gros suisse à un niveau de prix artificiel (*let. b ch. 2*)

La diffusion, sous toutes ses formes, d'informations qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse contrevient à l'interdiction de la manipulation de marché. On entend par informations tout type d'informations, y compris les rumeurs, les nouvelles ainsi que des indications fausses, trompeuses ou sans fondement.

Cette diffusion est réputée illicite lorsque la personne qui propage l'information sait ou doit savoir que celle-ci est fausse ou trompeuse. Il n'est pas nécessaire de prouver que la diffusion des informations a effectivement induit en erreur les participants au marché. Il suffit de démontrer qu'il existe un lien direct entre les informations fausses

ou trompeuses diffusées et les composantes de la demande, de l'offre ou du prix des produits énergétiques de gros suisse ou un lien indirect, lorsqu'il est plus vraisemblable qu'improbable que la diffusion de l'information en question a pu avoir un impact sur ces composantes.

Le canal et les moyens employés pour diffuser les informations ne sont pas pertinents. Celles-ci peuvent être diffusées par l'intermédiaire des médias, y compris Internet, ou par d'autres moyens (p. ex. médias sociaux, forums de discussion, etc.). De même, le nombre de personnes auprès desquelles les informations ont été diffusées n'est pas déterminant (*let. a ch. 1*).

Une composante commune aux comportements relevant des *let. a et b*, concerne le fait que la diffusion de certaines informations ou l'exécution de certains ordres ou de certaines transactions donne ou soit susceptible de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse.

La diffusion de certaines informations ou l'exécution de certains ordres ou de certaines transactions peuvent inciter d'autres participants au marché à prendre des décisions de négoce sur la base d'indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse et dès lors à agir d'une manière qu'ils n'auraient pas envisagée sans le comportement manipulateur. Ces ordres ou transactions, lorsqu'ils sont perçus ou soupçonnés par d'autres participants au marché, peuvent également susciter la méfiance à l'égard de l'intégrité du marché et, par exemple, avoir un impact négatif sur la liquidité. Dans certaines circonstances, ils peuvent également donner des signaux de prix faussés ou trompeurs aux consommateurs ou détaillants d'énergie lorsqu'il existe des contrats de détail indexés sur le prix de gros de l'énergie.

On peut citer à titre d'exemple les ordres passés ou les transactions exécutées à des niveaux de prix qui ne sont pas rentables pour le participant au marché ou encore les ordres ou les transactions qui sont erronés et ne reflètent donc pas un intérêt réel d'achat ou de vente au prix considéré.

Pour déterminer si le comportement suspect a donné des indications fausses ou trompeuses au marché, l'état de celui-ci doit être analysé avant et après ce comportement. On évalue alors si l'évolution du marché découle dudit comportement (ou d'un autre événement qui s'est éventuellement produit).

Lorsque les diffusions d'informations, les transactions ou les ordres suspects ne semblent pas avoir eu d'effet sur l'évolution du marché et ne peuvent donc pas être considérés comme ayant effectivement donné des indications fausses ou trompeuses au marché, ils peuvent néanmoins être considérés comme manipulateurs s'ils étaient susceptibles de le faire. En effet, la présente disposition n'interdit pas seulement toute diffusion ou activité commerciale qui donne effectivement des indications fausses ou trompeuses, mais aussi toute diffusion ou activité commerciale qui est susceptible de donner des signaux faux ou trompeurs. La probabilité qu'un comportement précis donne au marché des indications fausses ou trompeuses doit être évaluée en tenant compte des circonstances prévalant au moment du comportement suspect ainsi que des caractéristiques de la diffusion, des transactions ou des ordres suspects. Les

transactions ou les ordres suspects qui présentent un volume important, affichent des prix divergents, sont placés peu avant le début ou la fin de périodes de référence ou sont récurrents sont plus susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses.

Enfin, la manipulation de marché peut également être réalisée lorsqu'un prix artificiel est fixé par le biais de transactions ou d'ordres. Le terme « fixer » fait référence au fait de réussir à fixer ou positionner le prix d'un produit énergétique de gros suisse à un certain niveau. Il implique qu'un prix résulte, au moins partiellement, des actions (dans ce cas, des ordres et/ou des transactions) d'un participant au marché.

La notion « d'artificialité » implique que le niveau du prix d'un produit énergétique de gros suisse ne correspond pas à celui qui aurait résulté d'une interaction équitable et concurrentielle entre l'offre et la demande sur ce marché particulier, reflétant les fondamentaux du marché. Il ne faut toutefois pas confondre un prix artificiel et un prix anormal. Un prix du marché extrêmement élevé ou faible peut être entièrement justifié au vu des conditions du marché (p. ex. raréfaction de la production d'électricité).

Le prix d'un produit énergétique de gros suisse peut être réputé artificiel sans pour autant devoir rester à un niveau artificiel pendant une période donnée. Même une fluctuation de prix artificielle sur une période très courte suffit pour être considérée comme une manipulation de marché.

La fixation du prix à un niveau artificiel constitue toujours une manipulation de marché, sauf si la personne démontre avoir agi pour des motifs légitimes et conformément aux pratiques de marché admises sur les marchés de gros de l'énergie. Ces deux conditions sont cumulatives. La charge de la preuve incombe au participant suspecté. Les motifs qui légitiment un ordre ou une transaction et qui prouvent que le comportement du participant correspond bel et bien à la pratique de marché admise doivent être examinés au cas par cas (*let. b, ch. 2*).

Al. 2

L'al. 2 concrétise et interdit la tentative de manipuler le marché, c'est-à-dire le fait d'agir dans l'intention d'obtenir les effets visés à l'al. 1, indépendamment du fait que ceux-ci se produisent ou non. C'est ici une différence notable avec le droit des marchés financiers, mais tout à fait cohérente avec les réglementations de l'UE.

Al. 3

L'al. 3 prévoit que le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur les comportements licites, en particulier en ce qui concerne les pratiques de marché admises sur les marchés de gros de l'énergie et la diffusion d'informations dans un cadre journalistique ou de création artistique. Pour cette dernière, il convient de tenir compte de la liberté d'opinion et d'information et de la liberté des médias. Pour ce faire, il tient notamment compte des réglementations de l'UE.

Chapitre 4 Autorité de surveillance et traitement des données

Art. 9 Tâches

Al. 1

L'EiCom visée à l'art. 21 LApEl est l'autorité de surveillance. En tant que telle, elle prend les mesures nécessaires à l'exécution de cette loi et des dispositions d'exécution et rend les décisions requises (cf. art. 57a, al. 2, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]¹⁷).

Al. 2

L'al. 2 établit un renvoi aux art. 21, al. 1, 2 et 4, 22, al. 5 et 6 et 23 LApEl qui sont applicables par analogie à la présente loi.

Al. 3

L'al. 3 prévoit à EiCom la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Cela est nécessaire dès lors que l'EiCom ne tombe pas sous le coup de l'art. 89 al. 2 let. a de la loi su 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹⁸.

Art. 10 Financement

Cet alinéa traite du financement de l'EiCom. La disposition reprend dans les grandes lignes les règles en vigueur sur le financement de la FINMA (art. 15 ss de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA]¹⁹).

Ces règles de financement se caractérisent par le fait que les coûts de la surveillance des marchés financiers sont majoritairement pris en charge par les assujettis (en l'espèce, les participants au marché). Ces coûts englobent non seulement les coûts directs pour exercer la surveillance, mais également ceux qui y sont indirectement liés, tels que la préparation et l'élaboration de la législation, l'exécution de tâches au niveau international (cf. art. 19) et l'observation du marché.

La taxe de surveillance couvre les coûts de l'EiCom qui ne peuvent être attribués individuellement à un participant au marché, mais aux participants au marché en tant que groupe. Ce prélèvement se justifie par la congruence entre le cercle des participants au marché à la taxe et celui des personnes qui bénéficient de l'utilisation de cette taxe (équivalence collective qualifiée). La taxe annuelle forfaitaire destinée à financer la surveillance peut être qualifiée de taxe causale fondée sur l'équivalence collective : conformément au principe de causalité, les taxes perçues auprès d'un groupe précis de participants au marché couvrent les frais de surveillance que ce dernier occasionne.

¹⁷ RS 172.010

¹⁸ RS 173.110

¹⁹ RS 958.1

Al. 1

L'al. 1 indique que l'EiCom perçoit des émoluments pour financer les prestations qu'elle fournit, mais aussi chaque procédure de surveillance. De ce fait, il est également tenu compte des cas dans lesquels la procédure ne débouche sur aucune décision formelle, voire lorsqu'elle s'achève par une suspension.

Pour le reste, le Conseil fédéral règle la perception d'émoluments conformément à l'art. 46a LOGA.

Al. 2

Les coûts qui ne sont pas couverts par des émoluments doivent, dans la mesure du possible, être répartis entre les secteurs d'activités soumis à surveillance, c'est-à-dire financés par la taxe de surveillance proportionnellement à la part que chacune des catégories de participants au marché occupe dans les dépenses consacrées aux tâches générales de surveillance. On évite ainsi que les participants au marché d'un secteur ne cofinancent des dépenses générales qui relèvent d'un autre secteur.

Al. 3

L'al. 3 énumère les critères du calcul de la taxe de surveillance pour les divers secteurs. Ces critères comprennent plusieurs indicateurs qui caractérisent le volume des activités commerciales : total du bilan, volume des transactions sur les produits énergétiques de gros suisse ou encore produit brut. Le coût général de la surveillance – non imputable individuellement – est ainsi mis en rapport avec le volume des activités commerciales des participants au marché. Il est logique de fonder la répartition individuelle des coûts sur ce volume, car l'on peut supposer que la surveillance de grandes entreprises exige plus de personnel de la part de l'autorité de surveillance que celle d'entreprises de plus petite taille.

Al. 4 et 5

Au demeurant, le Conseil fédéral peut prévoir que la taxe de surveillance se compose d'une taxe de base fixe et d'une taxe complémentaire variable. De plus, il fixe les modalités du financement, notamment les bases de calcul, les domaines de surveillance et la répartition des coûts financés par la taxe de surveillance entre les domaines de surveillance.

Art. 11 Secret de fonction

Al. 1 et 2

La définition du secret de fonction s'appuie sur celle figurant à l'art. 14 LFINMA.

Le secret de fonction impose de garder secret tout ce qui n'est pas notoirement connu ou accessible et ce qui présente un intérêt au maintien du secret pour l'EiCom ou les tiers ayant une relation juridique avec elle (cf. art. 14, al. 4, LFINMA). L'obligation

de garder le secret englobe les affaires de la commission et subsiste même après la fin des rapports de travail ou le départ de la commission. Les violations du secret de fonction sont en outre punissables au sens de l'art. 320 du code pénal suisse (CP; RS 311.0).

Sont également soumis au secret de fonction tous les mandataires de l'EiCom, en particulier les experts auxquels elle fait appel conformément à l'art. 4 de son règlement interne²⁰ applicable de par le renvoi de l'art. 9 al. 2.

Al. 3

Comme le règlement interne de l'EiCom ne définit la procédure précise pour délier une personne du secret de fonction (cf. art. 320, ch. 2, CP), celle-ci est prévue par la présente disposition.

Art. 12 Traitement des données

Al. 1

La présente disposition reprend dans les grandes lignes les règles en vigueur sur le traitement de données par la FINMA (art. 23 LFINMA). La collecte d'informations approfondies sur les participants au marché étant une condition fondamentale pour l'exercice de la surveillance sur les marchés de gros de l'énergie, l'EiCom traitera un grand nombre de données personnelles dans le cadre de ses activités de surveillance. Ces données comprennent également des données sensibles portant sur des poursuites et des sanctions administratives ou pénales. L'al. 1 autorise de ce fait l'EiCom à traiter ces données (cf. art. 17, al. 2, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données [LPD]²¹ et art. 34, al. 2, de la version entièrement révisée de la LPD du 25 septembre 2020). Par ailleurs, l'EiCom peut d'ores et déjà traiter certaines données sur le négoce de gros de l'énergie en vertu de l'art. 26b OApEl.

Al. 2

L'al. 2 dresse une liste non exhaustive des situations pour lesquelles l'EiCom est en droit de traiter les données visées à l'al. 1. Cela comprend tant des activités ayant trait à la surveillance des marchés de gros de l'énergie et des participants au marché que diverses procédures qu'elle sera amené à conduire ou encore des questions d'entraide nationale voire internationale.

Al. 3

Le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant notamment l'exploitation d'un système d'information par l'EiCom. A cet égard, il détermine quelles données elle est autorisée à publier dans l'optique de contribuer à la transparence des marchés de gros

²⁰ RS 734.74

²¹ RS 235.1

de l'énergie. Une telle publication ne doit dans tous les cas entraîner aucune distorsion de la concurrence. L'évaluation correspondante doit reposer sur les possibles conditions concurrentielles actuelles et futures.

Chapitre 5 Instruments de surveillance

Art. 13 Obligation de renseigner

La définition de l'obligation de renseigner s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 29, al. 1, LFINMA).

Pour accomplir ses tâches de surveillance, l'EiCom doit pouvoir réaliser certaines mesures d'investigation. Elle peut donc demander aux participants au marché et à toutes les personnes qui sont impliqués dans des transactions ou des ordres relevant de la présente loi tous les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

Aucun droit de perquisitionner, de convoquer ou d'interroger n'est cependant prévu, dès lors que l'obligation de renseigner est considérée comme suffisante pour une procédure administrative relevant du droit de la surveillance. Si un fait devait (également) être pertinent sur le plan pénal, l'autorité de poursuite pénale aurait alors la possibilité de mener des perquisitions ainsi que de convoquer et d'interroger des témoins ou des personnes appelées à donner des renseignements. Cette différence relative aux droits d'enquêter découle du fait qu'une infraction pertinente sur le plan pénal est plus grave qu'un comportement illicite sur le plan prudentiel.

Art. 14 Confiscation

Al. 1 et 2

La définition de la confiscation s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 35 LFINMA).

Lorsqu'un participant au marché réalise un gain ou évite une perte en enfreignant gravement les dispositions du droit de la surveillance, l'EiCom peut confisquer ce gain ou la «contrevaieur» de la perte évitée. Il appartient à l'EiCom d'évaluer au cas par cas l'existence d'une infraction grave. En général, celle-ci est avérée lorsqu'un participant au marché s'est rendu coupable d'un comportement de marché illicite. Il est également envisageable que l'accumulation d'infractions légères diverses ou récurrentes se traduise par une infraction grave.

L'EiCom veille à ce que la confiscation ne constitue pas une mesure disproportionnée (p. ex. si elle entraînait la faillite de la personne concernée). En outre, contrairement à la confiscation visée dans le CP, l'EiCom ne peut procéder à une confiscation qu'auprès des participants au marché ou des personnes impliqués dans des transactions ou des ordres relevant de la présente loi, mais aucunement auprès de tiers. La confiscation a donc surtout un caractère réparateur, et non punitif.

Al. 3

L'impossibilité de calculer le montant à saisir ne doit pas faire échouer la confiscation. L'ElCom peut donc estimer le volume des valeurs patrimoniales à confisquer si celui-ci ne peut être calculé ou si ce calcul représente une charge disproportionnée.

Al. 4

Le droit d'ordonner la confiscation est prescrit sept ans après la violation des dispositions du droit de la surveillance.

Al. 5

L'al. 5 clarifie les relations avec les dispositions correspondantes du CP. Le rapport avec le droit des marchés financiers est réglé par l'art. 18.

Al. 6

Si les lésés, se fondant sur une violation grave des règles du droit de la surveillance, ont obtenu un droit incontesté (par. ex. une transaction extrajudiciaire) en dommages-intérêts à l'encontre d'un participant au marché ou qu'ils l'ont obtenu par le biais d'une procédure judiciaire, l'ElCom peut leur verser, sur demande, une somme allant jusqu'à concurrence des valeurs patrimoniales confisquées.

En l'absence de lésés ou de prétentions en dommages-intérêts, les valeurs patrimoniales confisquées sont dévolues à la Confédération. Lorsque ces prétentions sont inférieures aux valeurs patrimoniales confisquées, le montant résiduel est également dévolu à la Confédération (al. 6).

Art. 15 Interdiction d'exercer et de pratiquer

Al. 1

La définition de l'interdiction d'exercer et de pratiquer s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 33 et 33a LFINMA).

En cas de comportement illicite sur le marché ou d'autres violations des obligations de la présente loi, l'ElCom peut interdire aux personnes responsables d'exercer une fonction dirigeante auprès d'un participant au marché. Elle peut également limiter cette interdiction à un domaine d'activité précis. Il y aura alors également lieu, entre autres, de considérer le risque de récidive.

L'interdiction d'exercer qui figure dans cette loi diverge de celle qui est visée à l'art. 67 CP. Le tribunal ne peut prononcer cette dernière que si l'auteur a commis un crime ou un délit dans l'exercice d'une profession et qu'il a été condamné pour cette infraction à une peine privative de liberté de plus de six mois et qu'il y a lieu de craindre de nouveaux abus. L'interdiction d'exercer au sens de la présente disposition sanctionne quant à elle une violation grave des règles prudentielles et non une quelconque infraction commise dans l'exercice d'une profession. Ce traitement plus

sévère se justifie étant donné que, dans la surveillance des marchés de gros de l'énergie, des biens protégés tels que le bon fonctionnement des marchés et la protection des consommatrices finales et consommateurs finaux contre des tarifs abusifs pour le gaz et l'électricité. C'est pourquoi l'autorité de surveillance doit pouvoir prendre des mesures préventives et répressives comme l'interdiction d'exercer à l'encontre de personnes exerçant une fonction dirigeante (*let. a*).

À titre complémentaire, l'ECom peut interdire à un collaborateur d'un participant au marché d'effectuer des transactions et d'émettre des ordres sur le marché de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques suisse (*let. b*).

Al. 2

Ces interdictions peuvent être prononcées pour une durée de cinq ans au plus.

Art. 16 Publication d'une décision en matière de surveillance

Al. 1 et 2

En cas de violation grave des règles prudentielles, l'ECom peut publier sa décision finale sous forme électronique ou imprimée une fois qu'elle est devenue exécutoire, en faisant référence aux personnes concernées. La décision finale est celle qui règle une situation juridique de manière définitive. La publication doit être ordonnée dans la décision elle-même et peut donc faire l'objet d'un recours. L'ECom doit aussi veiller à ce qu'une telle décision ne divulgue pas de données concernant des tiers.

Chapitre 6 Collaboration avec d'autres autorités

Art. 17 Compétence de la FINMA

La présente loi s'applique principalement au négoce des produits énergétiques de gros suisse. A cet égard, les art 7 et 8 ne s'appliquent pas aux produits énergétiques de gros suisse qui sont également des instruments financiers au sens de la LIMF. Par conséquent, en cas de comportement illicite sur le marché selon les art. 9 ou 10 de cette loi et les art. 142 ou 143 LIMF, la compétence et le jugement relativement à de tels comportement sont régis par la LIMF. Conformément au REMIT, le droit européen comprend une réglementation analogue. Aucune règle spécifique n'est cependant prévue pour les relations avec le domaine de compétence de la COMCO. On ne saurait dès lors exclure que l'ECom et la COMCO travaillent parallèlement sur un même cas, chacune dans son domaine de surveillance et avec ses instruments prudentiels.

En tout état de cause, il convient cependant de mentionner que la présente disposition n'exclut aucunement l'application d'autres articles de la présente loi aux produit énergétique de gros suisse qui sont également des instruments financiers au sens de la LIMF. A cet égard, l'obligation de s'enregistrer, de communication et de publication restent applicable aux personnes négociant de tels produits. Néanmoins, par soucis

d'économie de temps et de procédure, les informations qui sont déjà soumises à une obligation de déclaration en vertu de la LIMF ne doivent pas être communiquées en plus à l'ElCom, car celles-ci peuvent être obtenues dans le cadre d'un échange d'informations (cf. art. 19 al. 3).

Art. 18 Autorités de poursuite pénales

Al. 1

L'*al. 1* soumet l'ElCom et les autorités (fédérales ou cantonales) de poursuite pénale à une obligation mutuelle d'échanger les informations dont elles ont besoin pour accomplir, dans le cadre de leur collaboration, les tâches qui leur sont dévolues par la présente loi. Partant, l'ElCom peut uniquement transmettre les informations qu'elle a reçues en vertu de la présente loi, mais pas celles qu'elle a rassemblées dans le cadre de l'exécution de la LApEl, par exemple. L'exploitabilité de ces informations en procédure pénale est soumise aux règles du code de procédure pénale suisse (CPP) du 5 octobre 2007²².

Al. 2

L'ElCom et les autorités fédérales et cantonales de poursuite pénale sont invitées à coordonner leurs enquêtes, dans la mesure où cela est nécessaire et possible.

Al. 3

Comme la FINMA en vertu de l'art. 38, al. 3, LFINMA, l'ElCom est par ailleurs tenue d'informer les autorités de poursuite pénale compétentes lorsqu'elle a connaissance, dans le cadre de son activité de surveillance, de crimes ou de délits de droit commun ou d'infractions à la présente loi. Il n'existe pas d'autres obligations de dénoncer. De plus, l'ElCom n'est pas tenue de rechercher activement les crimes ou délits de droit commun.

Art. 19 Autres autorités suisses

Al. 1

Par analogie avec l'art. 25, al. 2, LApEl, les autres autorités suisses sont tenues de fournir à l'ElCom les renseignements et les documents dont elle a besoin pour exécuter la présente loi. Cette obligation s'applique aux services tant de la Confédération que des cantons.

L'échange d'informations entre les autorités administratives et l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) repose sur l'art. 30 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)²³.

²² RS 312.0

²³ RS 313.00

Al. 2

L'EiCom peut communiquer à d'autres autorités de surveillance suisses telles que la COMCO, la FINMA ou l'OFEN (p. ex. concernant l'obligation de transporter du gaz naturel visée à l'art. 13 de la loi du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites [LITC]²⁴) des informations non accessibles au public, mais dont elles ont besoin pour s'acquitter de leurs tâches.

Al. 3

L'EiCom et la FINMA coordonnent leurs activités de surveillance. Elles s'informent dès qu'elles ont connaissance de faits importants pour l'autre autorité de surveillance. Un échange d'information régulier est primordial entre ces deux autorités de surveillance pour la bonne marche tant des marchés de gros de l'énergie que des marchés financiers.

Art. 20 Motifs de refus

L'EiCom peut refuser de communiquer des informations non accessibles au public ou de transmettre des documents lorsque ces informations ou documents servent exclusivement à la formation interne d'une opinion (*let. a*) ou si leur publication est susceptible de mettre en péril une procédure en cours ou compromettrait l'accomplissement de son activité de surveillance (*let. b*). La communication peut également être refusée lorsqu'elle n'est pas compatible avec les objectifs ou les buts de la surveillance des marchés de gros de l'énergie (*let. c*).

Dans le cadre de son activité de surveillance, l'EiCom prend connaissance de nombreuses informations confidentielles sur les participants au marché ainsi que sur d'autres personnes physiques ou morales. Or, il convient, d'une part, de protéger ces informations, faute de quoi l'activité de surveillance de l'EiCom serait compromise et, d'autre part, de satisfaire l'intérêt légitime des autorités de poursuite pénale et des autres autorités suisses à être informées. Il incombe à l'EiCom de procéder à une pesée des différents intérêts en présence afin de trouver un juste équilibre entre ces deux exigences.

Art. 21 Différends

Comme pour les différends en matière de collaboration qui opposent la FINMA et les autorités de poursuite pénale ou les autres autorités suisses (art. 41 LFINMA), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer définitivement sur les différends concernant la collaboration qui opposent l'EiCom et les autorités de poursuite pénale ou les autres autorités suisses. Il ne s'agit pas ici de clarifier les questions de compétence, qui relèvent des règles générales de procédure visées aux art. 8 et 9 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative

²⁴ RS 746.1

(PA)²⁵, mais bien d'évaluer les différends en matière de collaboration entre les autorités impliquées, notamment concernant l'échange d'informations. Comme le Tribunal administratif fédéral traite déjà des questions prudentielles relatives aux marchés de gros de l'énergie en tant qu'instance de recours ordinaire, il est également à même d'évaluer si les intérêts de la surveillance de ces marchés priment ceux de l'autorité requérante (cf. art. 17, al. 3).

Art. 22 Collaboration avec les autorités étrangères

Al. 1

Selon l'*al. 1*, l'EiCom peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés de gros de l'énergie des informations nécessaires à l'exécution de la présente loi. Une éventuelle réponse favorable à cette demande dépend du droit déterminant pour les autorités étrangères concernées.

Al. 2

L'EiCom est autorisée à transmettre des informations aux autorités étrangères lorsque, premièrement, ces informations sont utilisées exclusivement pour exécuter des dispositions portant sur l'intégrité et la transparence des marchés de gros de l'énergie ou sont transmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes; deuxièmement, l'autorité étrangère – tout comme l'EiCom en vertu de l'art. 4 et l'art. 22 de la présente loi en relation avec l'art. 2, al. 1, let. e, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)²⁶ – est liée par le secret de fonction ou par le secret professionnel; troisièmement, les informations ne sont transmises ou publiées qu'avec le consentement de l'autorité suisse et enfin quatrièmement que les autorités étrangères compétentes soient au bénéfice d'une autorisation en vertu d'un accord international.

Al. 3

Conformément à l'*al. 3*, l'EiCom doit refuser de communiquer des informations lorsque l'autorité étrangère concernée ne garantit pas la réciprocité.

Al. 4

Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative, l'EiCom envisage de transmettre à une autorité étrangère des informations, elle est tenue d'informer les personnes concernées en les invitant à prendre position. L'EiCom est néanmoins délié de son obligation si le devoir d'informer est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés.

²⁵ RS 172.021

²⁶ RS 172.220.1

Chapitre 7 Dispositions pénales

Art. 23 Exploitation et divulgation d'informations privilégiées

La disposition pénale sur l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 154 LIMF), dès lors que la nature du délit et le tort causé subséquent sont comparables. Cette disposition correspond à l'équivalent pénal de l'infraction prudentielle visée à l'art. 7.

La norme est structurée en fonction des auteurs et de la gravité de la peine encourue. Peut être considérée comme auteur toute personne physique qui dispose d'informations privilégiées. La gravité de la peine dépend du motif pour lequel une personne a connaissance d'une telle information. Les initiés primaires, c'est-à-dire les personnes qui ont directement accès aux informations d'initiés, peuvent être punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1) ou, dans des cas qualifiés, d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 2). Les initiés secondaires, c'est-à-dire les personnes ayant obtenu une information privilégiée par l'intermédiaire d'un initié primaire ou grâce à un crime ou un délit, encouruent une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire (al. 3). Quiconque obtient une information privilégiée fortuitement est puni d'une amende (al. 4).

Cercle des auteurs

Les personnes mentionnées à l'al. 1 sont réputées être des « initiés primaires ». Il s'agit de personnes ayant directement accès à des informations privilégiées en raison de leur activité ou de leur participation d'après les dispositions en vigueur. Sont ici expressément nommés les personnes qui ont qualité d'organe ou membre d'un organe de direction ou de surveillance d'un participant au marché ou d'une société contrôlant le participant au marché ou contrôlée par celui-ci. Sont également considérées comme des initiés primaires les personnes qui font office d'auxiliaires ou de mandataires, telles que des assistantes et assistants ou des conseillères et conseillers juridiques, ainsi que les personnes subordonnées à la haute direction qui ont accès à des informations sensibles, voire les produisant elles-mêmes.

L'information privilégiée ne doit pas nécessairement provenir de l'environnement professionnel immédiat de l'auteur. Ainsi, une personne qui sait que son entreprise va conclure avec une autre société un contrat non encore rendu public qui devrait vraisemblablement influencer de manière considérable sur le prix des produits énergétiques de gros suisse est un initié primaire. Sont en outre couverts les cas dans lesquels l'initié primaire prend connaissance d'une information confidentielle relative à des circonstances extérieures à l'entreprise, mais de nature à influencer le prix des produits énergétiques de gros suisse.

Les initiés secondaires au sens de l'al. 3 sont des personnes qui ont obtenu directement et activement une information auprès d'un initié primaire (p. ex. un journaliste auquel une information confidentielle est donnée au préalable dans le cadre d'une conférence

de presse). Il est indispensable que la personne reçoive l'information aux fins de l'utiliser à son avantage. Par exemple, si, au cours de négociations sur un rachat d'entreprise, des informations privilégiées concernant cette dernière sont transmises à l'acquéreur potentiel et que celui-ci les exploite pour effectuer des transactions, l'infraction est réalisée.

Les personnes ayant obtenu une information privilégiée en commettant un crime ou un délit sont assimilées aux initiés secondaires.

Conformément à l'al. 4, font également partie des auteurs les personnes qui obtiennent fortuitement une information privilégiée (p. ex. personnel de nettoyage qui prend connaissance d'une telle information dans le cadre de son activité [en vidant une corbeille à papier, notamment]).

Les personnes morales restent exclues du cercle des auteurs. L'applicabilité de l'art. 102, al. 2, CP (responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise) impliquerait en effet que les entreprises aient l'obligation de soumettre leurs collaborateurs à une surveillance permanente. Or une surveillance de ce type induirait des coûts disproportionnés pour l'entreprise, pour autant qu'elle soit réalisable. La punissabilité de l'entreprise se révèle par ailleurs superflue du fait que les avantages pécuniaires susceptibles de découler d'un délit d'initié peuvent être confisqués (cf. art. 70, al. 1, CP).

Objet de l'infraction

L'objet de l'infraction consiste en des informations confidentielles dont la divulgation est de nature à influencer notablement le prix de produits énergétiques de gros suisse. Il s'agit d'«informations privilégiées», dont la définition est désormais donnée à l'art. 2, let. e (cf. explications précédemment fournies à ce sujet).

Acte délictueux

L'initié primaire (al. 1 et 2) a l'interdiction d'obtenir, pour lui-même ou pour un tiers, un avantage pécuniaire en exploitant une information privilégiée afin d'acquérir ou d'aliéner des produits énergétiques de gros suisse (let. a); de divulguer cette information à un tiers (let. b) et d'exploiter une information privilégiée pour recommander à un tiers l'acquisition ou l'aliénation de produits énergétiques de gros suisse (let. c). En outre, les transactions portant sur des produits dérivés sont aussi concernées, pour autant que ces produits dépendent des produits énergétiques de gros suisse (cf. art. 2 let. b).

Toutes les autres personnes ont l'interdiction d'obtenir pour elles-mêmes ou pour un tiers un avantage pécuniaire en exploitant une information privilégiée pour acquérir ou aliéner des produits énergétiques de gros suisse. Les al. 3 et 4 reprennent ainsi uniquement la variante de l'acte délictueux qui figure à l'al. 1 let. a, ce qui se justifie par le fait que seul l'initié primaire a l'obligation de tenir secrètes les informations concernées.

Résultat de l'infraction

L'exploitation ou la divulgation d'informations privilégiées est une infraction pénale matérielle. Il ne prend fin que lorsque l'auteur a réalisé un avantage pécuniaire pour lui-même ou pour un tiers. Si l'auteur a agi dans le dessein d'obtenir cet avantage, mais que celui-ci ne s'est pas concrétisé, seule la tentative peut être punissable (cf. al. 5 et art. 22, 105, al. 2, et 333, al. 1, CP). En revanche, la transmission d'informations privilégiées sans avoir au moins l'intention d'obtenir un avantage pécuniaire pour soi-même ou pour un tiers n'est pas punissable.

L'avantage pécuniaire peut être un gain (comptable, notamment) ou une perte évitée.

On parle d'infraction qualifiée lorsque l'avantage pécuniaire de l'initié primaire est supérieur à 1 million de francs (al. 2). En cas de montant inférieur, la peine serait inappropriée par rapport au tort causé.

Éléments subjectifs

Contrairement à l'interdiction prudentielle, l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées est un délit intentionnel au sens du droit pénal. La négligence reste ainsi non punissable.

Concours

Dans l'hypothèse où le même comportement réaliserait à la fois l'infraction visée à l'art. 23 de la présente loi et celle visée à l'art. 154 LIMF, il y aurait alors un concours idéal imparfait entre ces deux infractions. Dans ce cas de figure, c'est la loi (et donc l'infraction) avec laquelle l'information privilégiée/d'initié a la plus grande connexité qui devrait s'appliquer en tant que *lex specialis*. A cet égard, il s'agit de définir si l'information concerne plus spécifiquement un produit énergétique de gros suisse ou un instrument financier au sens de la LIMF et si sa divulgation est plus susceptible d'influer sur le prix de ces produits ou sur le cours de ces instruments.

Art. 24 Manipulation du marché

La disposition pénale sur la manipulation du marché s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 155 LIMF). En l'espèce, le bien juridique protégé n'est pas le patrimoine des participantes et participants au marché, des consommatrices finales et consommateurs finaux ou d'autres personnes, mais bien leur confiance dans un marché de gros de l'énergie plus propre, non faussé et respectant le principe de l'égalité des chances. Cette disposition correspond à l'équivalent pénal de l'infraction prudentielle visée à l'art. 8.

Cercle des auteurs

Il s'agit d'un délit ordinaire ou commun. Par conséquent, toute personne physique peut en être l'auteur.

Objet de l'infraction

L'objet de l'infraction sont «les prix des produits énergétiques de gros suisse».

Acte délictueux

La manipulation du marché peut être réalisée de deux manières : en diffusant sciemment des informations fausses ou trompeuses (let.a) ou en acquérant ou aliénant des produits énergétiques de gros suisse (let.b) dans le but d'influencer notablement le prix des produits énergétiques de gros suisse.

L'acte consistant à la diffusion d'information fausse ou trompeuse diffère légèrement de celle de l'infraction prudentielle. En effet au sens du droit pénal cette diffusion doit être effectuée dans le but d'influencer notablement le prix des produits énergétiques de gros suisse, tandis que pour que l'infraction prudentielle, elle doit être effectuée dans le but de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros suisse. Autre différence, la manipulation des marchés au sens prudentielle requiert une diffusion publique ce qui n'est pas le cas pour l'infraction pénale, une diffusion étant suffisante.

Les informations sont « trompeuses » lorsqu'elles sont susceptibles d'induire les investisseurs et investisseurs en erreur. Il peut s'agir aussi bien d'informations vraies que d'informations fausses. L'évaluation doit se baser sur les connaissances d'un participant moyen au marché. Il s'agit ainsi d'exclure les mensonges facilement reconnaissables auxquels seul un destinataire extrêmement naïf pourrait succomber. En outre, une information est « fausse » lorsqu'elle ne correspond pas aux faits, à la situation réelle. Tout mensonge, même grossier, est ainsi compris dans cette catégorie d'informations.

Comme pour l'infraction prudentielle, le canal de diffusion importe peu. L'information peut être transmise par tout moyen ou support de communication.

Contrairement à l'infraction prudentielle, seules les transactions fictives sont couvertes par le présent article. Les transactions sont fictives lorsque l'acheteur et le vendeur sont économiquement identiques (« wash sales ») ou lorsque l'acheteur et le vendeur se sont mis d'accord (« matched orders » ou « daisy chains ») et que ces transactions n'ont finalement aucun effet économique, mais servent uniquement à simuler l'activité du marché. La manipulation consiste à donner l'impression d'un marché actif qui n'existe pas en réalité. Dans le cas des « wash sales », l'ayant droit économique des produits négociés reste le même, bien que le public soit amené à croire à un authentique changement de l'ayant droit. Il n'y a en réalité pas de transfert effectif de patrimoine. Dans le cas des « matched orders », l'auteur émet un ordre d'achat qui est compensé par un ordre de vente simultané de concert avec un coauteur ou d'un complice, de sorte que l'activité de négoce soit tout simplement simulée. Dans ce cas, il y a certes un transfert effectif de patrimoine, mais il existe un accord préalable concernant l'opération. Lorsque plus de deux personnes sont impliquées dans le comportement, on utilise le terme de « daisy chains ».

Résultat de l'infraction

Les deux infractions de visées à l'al. 1 sont des infractions de mise en danger abstraites, alors que la qualification de l'infraction (al. 2) constitue, elle, un délit matériel.

On parle d'infraction qualifiée lorsque l'avantage pécuniaire est supérieur à 1 million de francs (*al. 2*). En cas de montant inférieur, la peine serait inappropriée par rapport au tort causé.

Éléments subjectifs

Contrairement à l'interdiction prudentielle, la manipulation des marchés est un délit intentionnel au sens du droit pénal. La négligence reste ainsi non punissable.

Conformément aux principes généraux, le dol éventuel est suffisant s'agissant du comportement visé à l'al. 1, let. b. Le dol direct est en revanche requis s'agissant du comportement visé à l'al. 1, let. a, dans la mesure où la diffusion d'informations fausses ou trompeuses doit s'accompagner d'une prise de conscience correspondante («dont elle sait ou doit savoir»). Le dol éventuel n'est dès lors pas suffisant. L'auteur doit en effet savoir que les informations sont fausses ou trompeuses et vouloir les diffuser.

Concours

Dans l'hypothèse où le même comportement réaliserait à la fois l'infraction visée à l'art. 24 de la présente loi et celle visée à l'art. 155 LIMF, il y aurait alors un concours idéal imparfait entre ces deux infractions. Afin de définir quelle loi doit s'appliquer en tant que *lex specialis*, il faut de tenir compte des spécificités des informations diffusées ou de la nature des produits acquis ou aliénés et définir avec lequel de ces droits la connexité est la plus grande.

Art. 25 Fausses informations

La disposition pénale relative aux fausses informations s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 45 LFINMA).

Est punie la communication de fausses informations à l'EiCom. Cette infraction est considérée comme un délit lorsqu'elle est commise intentionnellement et comme une contravention lorsqu'elle est commise par négligence.

Art. 26 Violation du secret professionnel

La disposition pénale sur la violation du secret professionnel s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 147 LIMF).

Cercle des auteurs

L'infraction visée à l'al. 1, let. a, constitue un véritable délit spécial qui ne peut être commis que par les membres d'un organe ou les employés d'une organisation exerçant la négociation multilatérale de produits énergétiques de gros suisse (cf. art. 2 let. a).

Pour le reste, l'al. 1, let. b et c, définit un délit d'incitation et un délit de révélation qui sont des délits ordinaires ou communs que chacun peut commettre.

Objet de l'infraction

Sont notamment protégées en tant que «secret», les informations sur la situation financière des participants au marché ou sur les transactions exécutées, prévues ou en cours sur les marchés de gros de l'énergie. Cela englobe toutes les informations confidentielles qui sont reçues, échangées ou encore communiquées dans le cadre de la présente loi, y compris les informations privilégiées. En outre, il est nécessaire que l'information ait un lien avec une personne physique ou morale distincte ou avec un groupe de personnes (p. ex. une société simple).

Acte délictueux

Au sens de l'al. 1, let. a, l'infraction est réalisée dès que l'un des auteurs spécifiques donne un accès potentiel à une information confidentielle à un ou plusieurs tiers en dehors du cercle des personnes ayant le droit d'être informées.

L'infraction visée à l'al. 1, let. b, étend la punissabilité au fait d'inciter autrui à agir selon le comportement réprimé par la let. a.

Conformément à l'al. 1, let. c, l'infraction peut également être réalisée lorsqu'une personne révèle à autrui ou exploite pour elle-même ou pour autrui un secret qui lui a été confié en violation de la let. a. Pour être punissable, l'auteur doit ou aurait dû savoir que les informations lui ont été communiquées en violation du secret professionnel.

Selon l'infraction pénale qualifiée visée à l'al. 2, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en violant le secret professionnel. Il s'agit d'un crime (cf. art. 10, al. 2, CP). La peine prévue se base sur celle d'autres crimes prévue dans le CP.

Infraction subjective

L'infraction est punissable tant intentionnellement que par négligence (al. 3). Toutefois, la négligence ne s'applique guère au comportement visé à l'al. 1 let. b dès lors que l'incitation nécessite explicitement l'intention.

Art. 27 Poursuite pénale

Al. 1

La poursuite et le jugement des infractions visées aux art. 23 à 25 relèvent de la juridiction fédérale. Le Ministère public de la Confédération est l'autorité de poursuite, la procédure relevant du CPP.

Contrairement à la LFINMA, la poursuite pénale en cas de communication de fausses informations incombe à la juridiction fédérale. D'une part, les tribunaux sont mieux à même d'évaluer si les conditions d'une peine ou d'une mesure privative de liberté sont réalisées. D'autre part, on évite ainsi un transfert fastidieux des dossiers entre les autorités administratives et le Ministère public de la Confédération.

Al. 2

Il est sciemment prévu que le Ministère public de la Confédération ne puisse pas déléguer sa compétence aux cantons, car les connaissances spécialisées nécessaires à la poursuite des infractions visées aux art. 23 et 24 doivent être concentrées. Le jugement de première instance des infractions mentionnées incombe dès lors au Tribunal pénal fédéral. La possibilité et les conditions d'un recours auprès du Tribunal fédéral sont eux définies aux art. 78 ss LTF.

Al. 3

En revanche, la poursuite pénale des infractions visées à l'art. 26 (violation du secret professionnel) est confiée aux autorités cantonales par souci d'harmonisation avec les infractions pénales similaires relevant d'autres domaines juridiques et en raison de la peine privative de liberté encourue. La procédure devant les autorités cantonales relève elle aussi du CPP.

Art. 28 Insoumission à une décision

La disposition pénale sur l'insoumission à une décision s'appuie elle aussi fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 48 LFINMA).

Elle permet de conférer aux décisions prudentielles de l'EiCom un pouvoir d'application supplémentaire. Quiconque, intentionnellement, ne se conforme pas à une décision de l'EiCom sera puni d'une amende de 100 000 francs au plus. Pour pouvoir prononcer celle-ci, l'EiCom doit mentionner dans sa décision la menace de la peine prévue par cet article.

Art. 29 Compétence

L'OFEN est chargé de la poursuite et du jugement des infractions visées à l'art. 28. Lorsque les éléments constitutifs de l'état de fait sont remplis, l'OFEN prononce une amende par le biais d'un mandat de répression (art. 64 DPA). Ce dernier peut faire l'objet d'une opposition dans un délai de trente jours, ce qui entraîne son réexamen et, le cas échéant, sa confirmation par le biais d'un prononcé pénal (art. 70 DPA).

Lorsque celles-ci sont commises, il prononce une amende par l'intermédiaire d'un mandat de répression (art. 64 DPA) qui peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours. Ce mandat est alors soumis à un nouvel examen ; le cas échéant, il est confirmé par un prononcé pénal (art. 70 DPA).

La tentation n'est pas explicitement punissable en l'espèce et demeure donc impuni (art. 2 DPA en relation avec les art. 104 et 105, al. 2, CP). L'instigation et la complicité sont en revanche punissables (art. 5 DPA).

Chapitre 8 Conventions internationales

Art. 30

Selon l'art. 7a, al. 2, LOGA, le Conseil fédéral est autorisé de manière générale à conclure seul des traités internationaux de portée mineure. Conformément à l'art. 7a, al. 1, LOGA, il a la possibilité de conclure seul des traités internationaux de plus grande portée lorsqu'une telle compétence lui a été attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale. La présente disposition confère cette compétence au Conseil fédéral. Celle-ci atteint toutefois ses limites dès lors que le traité en question est soumis au référendum obligatoire ou facultatif en vertu des art. 140, al. 1, let. b, et 141, al. 1, let. d, Cst.

Chapitre 9 Dispositions finales

Art. 31 Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution (al. 1). Pour garantir une compatibilité élevée avec le droit européen, il tient notamment compte des réglementations de l'UE, en particulier 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 et des règlements y afférents. Le Conseil fédéral peut confier l'élaboration de prescriptions techniques ou administratives à l'OFEN (al. 2).

Art. 33 Annexe concernant la modification du droit actuel

1. Code de procédure pénale²⁷

Art. 269, al. 2 let. o

Compte tenu de la numérisation et des interactions (internationales) des marchés de gros de l'énergie, les comportements de marché illicites sont généralement perpétrés en utilisant des moyens de télécommunication, comme c'est d'ailleurs expressément le cas pour les marchés financiers (art. 154 et 155 LIMF). De même, le tort causé par ces délits est tout à fait comparable à celui qui peut être causé sur les marchés financiers. Il est dès lors tout à fait justifié d'ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication pour poursuivre les comportements de marché illicites sur le marché de gros de l'énergie.

²⁷ RS 312.0

2. Loi du 23 mars 2007 sur l’approvisionnement en électricité²⁸

Art. 21 al. 5

Par similitude avec l’art. 10 al. 1 de la présente loi et par respect avec les exigences découlant du principe de légalité, l’art. 21. al. 5 doit être précisé par un renvoi à l’art. 46a LOGA qui prévoit plus spécifiquement les modalités de perception d’émoluments.

3. Loi du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés²⁹

Art. 47

De par la mise œuvre de la présente loi, l’art. 47 LIMF n’aura plus lieu d’être et doit dès lors être abrogé afin d’éviter toute ambiguïté et insécurité juridique.

3 Conséquences

3.1 Conséquences économiques

La mise en place de la LSTE permet à l’EiCom, en tant qu’autorité de régulation, de garantir l’intégrité du marché en exerçant une surveillance complète sur les marchés de gros de l’électricité et du gaz. Par ailleurs, l’interdiction d’exploiter et de divulguer des informations privilégiées et l’obligation subséquente de publier de telles informations assurent que l’offre et la demande soient transparentes dans la même mesure pour tous les participants au marché. Cette obligation de publication réduit le risque d’une distorsion tarifaire liée à des opérations d’initiés.

Le marché de gros de l’énergie fournit des indications tarifaires qui peuvent revêtir une importance majeure pour les décisions des participants, telles que des décisions à court terme des producteurs sur l’offre d’électricité ou celles des consommatrices et consommateurs sur la demande d’électricité. Ces indications représentent également une base importante pour décider d’investir à long terme (p. ex. dans des centrales, des installations de consommation ou des réseaux). Elles doivent donc résulter d’une concurrence loyale et transparente pour que ces décisions reposent sur une base fiable.

Comme REMIT au niveau de l’UE, la LSTE crée un cadre majeur pour détecter et réprimer les abus de marché en Suisse. Cela renforce la confiance des clients, de l’industrie et des autres participants en des prix de l’énergie ouverts, loyaux et concurrentiels, qui sont indispensables au bon fonctionnement du marché de l’énergie.

²⁸ RS 734.7

²⁹ RS 958.1

Tous les participants qui négocient des produits énergétiques de gros suisse sont concernés. Conformément à la LSTE, ils seront tenus de communiquer à l'EiCom des informations relatives à leurs activités de négoce sur les plates-formes de négociation organisées et en dehors de celles-ci.

3.2 Conséquences pour les différents acteurs

Les nouvelles dispositions concernent, d'une part, les entreprises qui opèrent dans le négoce de gros du gaz ou de l'électricité, y compris la société nationale du réseau de transport de l'électricité et le gestionnaire de réseau de transport du gaz, et, d'autre part, les très grands consommateurs finaux.

Pour les *entreprises d'électricité* déjà assujetties à REMIT, ces règles impliquent la communication d'informations sur les transactions et d'informations privilégiées à l'EiCom et une obligation d'enregistrement (transfert de l'art. 26a OApEI dans la loi). Selon l'ACER, dans l'UE, ces règles concernent actuellement 10 060 participants au marché, dont 162 de Suisse (électricité et gaz). La charge administrative supplémentaire correspondante sera limitée, car les systèmes informatiques destinés au respect des obligations de fournir des données en vertu du droit européen et des dispositions de l'OApEI sont déjà en place. Ils devront, le cas échéant, être adaptés aux besoins de l'EiCom.

Les *entreprises d'électricité* qui ne sont pas concernées par REMIT, soit principalement celles qui opèrent dans le négoce de produits énergétiques de gros suisse, devront supporter une charge administrative supplémentaire, notamment en raison de l'obligation de communiquer des informations sur leurs transactions et sur leurs informations privilégiées à l'EiCom. Le nombre de personnes concernées par les obligations de déclarer dépendra également des éventuelles exceptions à l'obligation de communiquer les transactions. Le droit européen prévoit, par exemple, des exceptions en cas de contrats pour la livraison physique d'électricité produite par une seule unité de production ayant une capacité inférieure ou égale à 10 MW ou par des unités de production d'une capacité combinée inférieure ou égale à 10 MW.

Près de 40 entreprises suisses sont actives à la bourse de l'électricité destinée au marché helvétique. S'y ajoutent quelque 60 acteurs étrangers, qui disposent d'un groupe de bilan auprès du gestionnaire national du réseau. En progression ces dernières années, ce chiffre devrait encore augmenter. Les dispositions légales devraient toutefois concerner davantage d'entreprises, car elles s'appliquent également aux contrats de gré à gré et aux produits dérivés, qui incluent notamment les contrats nationaux.

En ce qui concerne les *entreprises de gaz* déjà assujetties à REMIT, les nouvelles règles impliquent la communication d'informations sur les transactions et d'informations privilégiées à l'EiCom et une obligation d'enregistrement. Ces entreprises rendent déjà compte de toutes leurs transactions et informations

privilégiées aux autorités de l'UE, mais pas à l'EiCom. La charge administrative supplémentaire induite par la communication d'informations à l'EiCom et par l'enregistrement auprès de celle-ci sera limitée, car les systèmes informatiques destinés au respect des obligations de fournir des données en vertu du droit européen sont déjà en place. Dans le secteur du gaz également, le nombre de personnes soumis à l'obligation de communication dépendra des exceptions définies en la matière par le Conseil fédéral et des opérations ainsi exclues. Le droit européen prévoit, par exemple, des exceptions en cas de contrats pour la livraison physique de gaz naturel produit par une seule installation de production de gaz naturel d'une capacité inférieure ou égale à 20 MW.

Outre l'obligation de s'enregistrer et celle de communication, toutes ces entreprises devront en sus publier leurs informations privilégiées.

On peut citer comme autre conséquence éventuelle pour les entreprises des adaptations organisationnelles à mettre en œuvre afin d'éviter des risques réglementaires. De plus, elles sont désormais susceptibles de faire l'objet d'une procédure pénale ou relevant du droit de la surveillance. Dans l'ensemble, leur charge administrative dépendra des dispositions de l'ordonnance et de leur mise en œuvre réglementaire. Le cas échéant, elle pourrait constituer un frein à l'entrée sur le marché. Cette charge ne peut toutefois pas encore être déterminée.

Enfin, par analogie aux dispositions de l'UE, seuls quelques consommateurs finaux devraient être considérés comme des gros consommateurs au sens de ce projet et être directement soumis à cette réglementation. Les prescriptions de l'UE fixent un seuil de 600 GWh par an. Le Conseil fédéral définira le seuil correspondant pour la Suisse, mais celui-ci doit encore être analysé.

3.3 Conséquences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération

Par rapport à l'art. 26a OApEl, la LSTE étend fortement les compétences légales en matière de surveillance des marchés de gros de l'énergie. Les art. 26a à 26c OApEl seront donc abrogés dans les dispositions d'exécution.

Le projet se traduira également par une augmentation des tâches de l'EiCom en tant qu'autorité de surveillance. Il implique de collecter et d'évaluer des données plus détaillées et plus volumineuses. Des ressources en personnel correspondantes seront nécessaires pour pouvoir surveiller efficacement le respect des nouvelles interdictions relatives aux abus de marché. Les enquêtes sur ces derniers sont laborieuses et doivent être exécutées avec une grande diligence. Si des infractions sont constatées, une procédure pénale pourrait éventuellement être engagée. Outre les postes déjà alloués en relation avec l'art. 26a OApEl, ces tâches supplémentaires requièrent un autre poste, de préférence de nature juridique en raison du domaine concerné.

Par ailleurs, le fait que le projet accorde à l'ElCom de nouvelles compétences spécialisées dans le secteur du gaz est déterminant. Les connaissances spécifiques à ce domaine peu surveillé jusqu'à présent doivent être acquises en partant de zéro, notamment en ce qui concerne le négoce de gros du gaz. Deux nouveaux postes, pris en charge par le secteur correspondant, doivent être prévus pour les tâches supplémentaires liées au négoce du gaz.

Les systèmes informatiques nécessaires à l'enregistrement et l'évaluation des données relatives au négoce de gros ont déjà été mis en place dans le cadre de l'exécution des art. 26a ss OApEl. Les coûts découlant de ce développement englobaient le matériel pour l'entier de l'infrastructure ainsi que les logiciels (en particulier le logiciel de surveillance). Les licences pour l'utilisation du logiciel de surveillance échoient en 2025; il faudra donc les renouveler. L'acquisition d'une nouvelle solution informatique, l'extension des systèmes existants et les adaptations nécessaires devraient occasionner des coûts atteignant 3 à 4 millions de francs. Ces mêmes composants devraient aussi occasionner des coûts récurrents d'environ 1 à 1,3 million de francs par an. Cela tient en particulier au volume des données concernées, mais aussi à la protection du secret qui s'applique aux données de négoce. À noter que ces estimations sommaires reposent sur les informations actuellement disponibles.

Compte tenu de la situation actuelle, il est peu probable que la Suisse puisse, dans un avenir proche, collaborer activement avec des autorités européennes comme l'ACER pour la surveillance des marchés. Cet argument et d'autres (p. ex. propriété des données) plaident pour le maintien d'une solution informatique propre à la Suisse pour la surveillance des marchés de gros de l'énergie.

4 Relation avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Les actions requises sur le plan législatif en matière de transparence et de surveillance du marché de gros de l'énergie n'ont été identifiées qu'à partir de l'hiver 2021/2022. Le Conseil fédéral n'a donc pas annoncé le projet dans son message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023³⁰.

4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

La loi fédérale proposée contribue à garantir la stabilité du système dans les secteurs du gaz et de l'électricité et renforce dès lors la sécurité d'approvisionnement en énergie de la Suisse. Le projet fait donc partie de la mise en œuvre de la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral, grâce à laquelle celui-ci entend conserver une sécurité d'approvisionnement élevée.

³⁰ FF 2020 1709

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

L'acte se fonde sur les art. 89, 91, 95, 96 et 101 Cst. Les restrictions de la liberté économique qui découlent des dispositions proposées sont appropriées et nécessaires pour renforcer la confiance en l'intégrité du marché de gros de l'énergie et garantir ainsi l'efficacité d'un système basé sur la concurrence. Elles ne vont pas au-delà de ce qu'il est raisonnable de faire pour atteindre les objectifs recherchés; elles sont appropriées par rapport à ceux-ci et n'affectent pas le principe même de la liberté économique. L'acte est donc conforme à la Constitution.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet comprend des dispositions importantes qui fixent des règles de droit et doivent dès lors être édictées sous la forme d'une loi fédérale, conformément à l'art. 164, al. 1, Cst. La LSTE suit donc une procédure législative ordinaire.

5.4 Délégation de compétences législatives

Sur la base de l'art. 182 Cst., la LSTE comprend plusieurs normes de délégation pour édicter des ordonnances. Ces compétences législatives se limitent à un objet réglementaire déterminé et leur contenu, leur but et leur étendue sont suffisamment précis. Ces délégations portent en particulier sur:

- le seuil de capacité déterminant pour les consommateurs finaux en Suisse (art. 2, al. 2);
- la nature et l'étendue des informations privilégiées à publier ainsi que le mode et la procédure de publication et la définition d'exceptions à l'obligation de publication, en particulier pour les installations de faible importance (art. 4, al. 5);
- la définition de la nature et de l'étendue des informations à communiquer à l'EiCom ainsi que le moment de leur communication ou encore des exceptions à l'obligation de communication pour les transactions et les ordres de portée mineure (art. 5, al. 3);
- l'utilisation licite d'informations privilégiées (art. 7, al. 5);

- les comportements de marché licites (art. 8, al. 3);
- la perception d'émoluments par l'ElCom ainsi que les modalités de la taxe de surveillance (art. 10 al. 1, 4 et 5);
- les spécifications du système d'information destiné à contenir les données collectées, la protection et la sécurité des données ou encore le traitement de données (art. 12, al. 3).

Grâce à ces délégations, il n'est pas nécessaire d'insérer dans le texte de loi des dispositions d'exécution extrêmement détaillées. En outre, la plupart des règles que le Conseil fédéral doit définir concernent des sujets pouvant nécessiter des adaptations rapides pour tenir compte des conditions de marché changeantes ou des évolutions techniques. Par ailleurs, il s'agit parfois de questions précises pour lesquelles la réglementation suisse devrait s'appuyer sur celle de l'UE, la délégation permettant d'appréhender rapidement les nouveautés et les développements ultérieurs. En conséquence, le projet de loi se contente légitimement de présenter l'objet de la réglementation dans les domaines mentionnés.

Enfin, l'art. 33, al. 2, prévoit la possibilité d'une sous-délégation à l'OFEN pour l'élaboration de prescriptions techniques ou administratives (cf. art. 48, al. 2, LOGA).

5.5 Protection des données

La protection des données revêt une importance majeure dans le présent projet de loi en raison des nombreuses données collectées par l'ElCom. Les obligations spécifiques des entreprises pour la fourniture des données figurent aux art. 3 à 6 LSTE.

Dans ses activités, l'ElCom tient compte des droits de la personnalité garantis par la Constitution, qui sont précisés dans la LPD. Conformément à l'art. 17 LPD (art. 34 dans la version entièrement révisée de la LPD), des données sensibles ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Le droit de l'ElCom de traiter des données personnelles, y compris des données sensibles, portant sur des poursuites pénales et de les conserver par voie électronique est inscrit à l'art. 12, al. 1, du projet. Par ailleurs, cet article autorise également l'ElCom à traiter des données pour les cas suivants :

- l'exploitation d'un système d'information ;
- le contrôle du participant au marché ;
- la surveillance ;
- la conduite de procédures ;
- l'évaluation du comportement d'une personne qui exerce une activité pour le participant au marché ou sur les marchés de gros de l'énergie ;
- l'entraide administrative et judiciaire nationale et internationale.

En vertu de l'art. 19 LPD (art. 36 dans la version entièrement révisée de la LPD), les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que s'il

existe une base légale qui prévoit expressément leur divulgation, c'est-à-dire leur publication ou leur transmission à des tiers. Cet article s'applique aux échanges de données entre les organes fédéraux et à la communication des données à des autorités cantonales, communales ou étrangères ainsi qu'à des particuliers en Suisse et à l'étranger. Une base légale correspondant à ces exigences figure désormais à l'art. 12, al. 3, LSTE.

Au demeurant, la possibilité de communiquer des données à des autorités suisses, y compris celle de refuser cette communication, est réglementée de manière explicite aux art. 18 et 19 LSTE. La divulgation transfrontalière de données personnelles est soumise aux conditions visées à l'art. 212 al. 2. De plus, elle est possible uniquement si l'autorité étrangère garantit la réciprocité et si l'ElCom informent les personnes physiques et morales concernées et les invitent à prendre position avant de transmettre des informations (cf. art. 22 al. 3 et 4).