

Berne, le 8 mars 2024

---

# **Modification de la loi sur l'approvisionnement en électricité (exigences auxquelles doivent satisfaire les entreprises d'importance systé- mique)**

## **Rapport explicatif concernant le projet de loi mis en consultation**

---

## Aperçu

*D'importantes fluctuations de prix ont marqué les marchés de l'énergie fin 2021 et plus encore durant l'année 2022, provoquant une forte augmentation des besoins en liquidités dans le négoce de l'énergie. Il est possible que de telles fluctuations se répètent à l'avenir ou que les marchés subissent d'autres évolutions imprévisibles et extrêmes. Des problèmes de liquidités peuvent avoir pour conséquence qu'une entreprise fournissant de l'énergie ne puisse plus respecter ses engagements, ne serait-ce que pour une brève période. De telles défaillances d'entreprises isolées pouvant, dans le pire des cas, mettre en danger l'ensemble de l'approvisionnement en électricité de la Suisse, le Parlement a adopté la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (LFIeI) et l'a mise en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2022. La présente révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité doit rendre les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité plus résilientes. Avec cette révision ainsi que les prescriptions en matière de poursuite de l'exploitation (business continuity management) des centrales d'importance systémique, il doit être inutile à l'avenir de recourir à des aides financières de la Confédération.*

### Contexte

*La LFIeI prévoit des aides financières subsidiaires sous la forme de prêts pour les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité, le but étant de leur fournir temporairement des liquidités dans les cas extrêmes et ce, à condition qu'elles ne soient pas surendettées. La LFIeI, édictée comme une loi fédérale urgente, n'a effet que jusqu'à fin 2026. Le Conseil fédéral soulignait déjà dans son message concernant la LFIeI que celle-ci devrait être remplacée au plus tard dès 2027 par une réglementation ordinaire et complète, qui garantira la sécurité de l'approvisionnement en électricité sans prêts de la Confédération.*

### Contenu du projet

*Le présent projet de loi contient les points suivants :*

- Bonne gouvernance d'entreprise : Les entreprises d'électricité d'importance systémique doivent disposer d'une gestion des risques aménagée de manière adéquate. De plus, les membres de l'organe responsable de la haute direction, de la surveillance et du contrôle ne doivent pas faire partie de l'organe responsable de la gestion.*
- Vérification de la liquidité : Les entreprises doivent en permanence disposer de suffisamment de liquidités pour pouvoir honorer leurs engagements financiers, même dans des situations de crise. La Commission fédérale de l'électricité (El-Com) aura pour tâche de contrôler la validité des modèles de liquidités.*
- Vérification des fonds propres : Les entreprises doivent être suffisamment stables pour éviter un surendettement, même en cas de crise. Sur ce point également, l'ElCom doit pouvoir vérifier si des fonds propres suffisants sont disponibles dans des situations de crise réalistes.*

- *Exigence d'améliorations : l'ElCom peut exiger des améliorations si elle considère que les mesures prises par les entreprises d'importance systémique pour préserver leurs liquidités et leurs fonds propres sont insuffisantes.*
- *Exigences minimales en matière de liquidités et de fonds propres : le Conseil fédéral est compétent pour fixer d'éventuelles exigences minimales en matière de liquidité et de fonds propres dans le cas où les mesures prises par l'entreprise s'avèreraient insuffisantes.*

## Table des matières

<b>Aperçu</b>	<b>2</b>
<b>1 Présentation du projet</b>	<b>5</b>
1.1 Contexte et justification de la révision	5
1.2 Réglementation proposée et alternatives examinées	6
1.2.1 Exigences minimales en matière d'organisation et de gouvernance	6
1.2.2 Principe de la garantie d'une activité irréprochable	6
1.2.3 Prescriptions concernant les fonds propres et les liquidités	7
1.3 Cercle des personnes concernées et exceptions en cas de mesures équivalentes des cantons (clause « opt out »)	8
1.4 Répartition des tâches	9
1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	9
1.6 Alternatives examinées	10
<b>2 Commentaire des dispositions</b>	<b>10</b>
<b>3 Répercussions</b>	<b>17</b>
3.1 Conséquences économiques	17
3.2 Conséquences pour les différents acteurs	17
3.3 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération	18
<b>4 Relation avec le programme de la législature et les stratégies nationales du Conseil fédéral</b>	<b>18</b>
4.1 Relation avec le programme de la législature	18
4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	19
<b>5 Aspects juridiques</b>	<b>19</b>
5.1 Constitutionnalité	19
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	20
5.3 Forme de l'acte à adopter	20
5.4 Délégation de compétences législatives	20
5.5 Protection des données	21

# 1 Présentation du projet

## 1.1 Contexte et justification de la révision

Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2022, la loi fédérale du 30 septembre 2022 sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique (LFIeI)<sup>1</sup> est en vigueur. Les aides financières constituent un instrument préventif visant à empêcher que des fluctuations importantes des prix dans le négoce international de l'électricité déclenchent une réaction en chaîne de faillites d'entreprises dans le secteur de l'électricité, ce qui pourrait conduire à un effondrement du système. En cas de développements imprévisibles sur le marché, les entreprises électriques suisses d'importance systémique peuvent demander et, si les exigences sont remplies, obtenir auprès de la Confédération des prêts leur permettant de surmonter les problèmes de liquidités. La LFIeI prévoit la mise à disposition de prêts pour un montant de dix milliards de francs. Pour obtenir un prêt, les entreprises sont soumises à des obligations de renseigner et doivent s'acquitter d'un forfait de mise à disposition. La validité de la loi est limitée à fin 2026 et ne sert que de mesure transitoire. À moyen terme, des mesures et des prescriptions doivent être mises en œuvre afin qu'il ne soit plus nécessaire que la Confédération apporte une aide en cas de crise. Dans un premier temps, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le projet de loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie (LSTE), le 29 novembre 2023<sup>2</sup>. Ce projet prévoit des obligations pour les participants au marché de communiquer à la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) des informations concernant leurs transactions et leurs ordres. Il comprend en outre une interdiction des opérations d'initiés et de la manipulation du marché. La nouvelle loi apportera plus de transparence et doit améliorer la surveillance et renforcer la stabilité du système ainsi que la sécurité d'approvisionnement.

Des étapes supplémentaires sont nécessaires dans un deuxième temps pour que la sécurité d'approvisionnement soit renforcée même en cas de situations imprévisibles et pour consolider la stabilité du marché suisse de l'électricité. Le présent projet de loi modifiant la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)<sup>3</sup> doit limiter les risques économiques liés aux grandes entreprises d'approvisionnement en électricité. Concrètement, les dispositions légales doivent permettre de gérer les risques liés aux liquidités et aux fonds propres (risque de surendettement) de ces entreprises de manière transparente et proportionnée et de couvrir ces risques avec un capital-risque suffisant. Le projet comprend des exigences concernant la structure organisationnelle et la gestion des risques, ainsi que des mesures garantissant que les entreprises d'importance systémique disposent de suffisamment de réserves de liquidités et de fonds propres.

D'autres mesures sont par ailleurs prévues dans un troisième temps, notamment des prescriptions en vue de garantir en tout temps le fonctionnement de tâches importantes telles que la production d'électricité et la gestion des groupes-bilan (*business continuity management*, BCM). Les mesures BCM concernent l'exploitation ininterrompue de centrales d'importance systémique en cas de faillite ou lors de procédures concordataires. Des divergences vis-à-vis de certaines prescriptions de la loi du 11 avril

1 RS 734.91

2 FF 2023 2865

3 RS 734.7

1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)<sup>4</sup> seront cependant nécessaires. Les mesures BCM doivent aussi garantir que les activités d'un grand responsable de groupe-bilan puissent se poursuivre sans interruption si celui-ci est exclu de la bourse. Ces adaptations sont complexes et prendront du temps, raison pour laquelle elles ne figurent pas encore dans le présent projet de loi. L'ouverture de la consultation pour une révision séparée de la loi sur l'approvisionnement en électricité est prévue à cette fin pour l'automne 2024.

Munie de toutes ces dispositions, la Suisse doit être bien préparée pour assurer un approvisionnement en électricité sûr et stable, même après l'expiration de la LFiEl. Il est prévu que les nouvelles bases légales concernant la gouvernance, les fonds propres et les liquidités entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2027 au plus tard, remplaçant alors immédiatement la LFiEl.

## **1.2 Réglementation proposée et alternatives examinées**

Les champs d'application de la présente révision sont les suivants :

- mesures dans le domaine de la gestion d'entreprise, y compris l'administration et le contrôle (*good corporate governance*) et obligations de diligence accrues grâce au principe de la garantie d'une activité irréprochable ;
- vérification de la couverture des risques commerciaux des entreprises d'importance systémique au moyen de liquidités et de fonds propres suffisants. Le Conseil fédéral est compétent pour fixer d'éventuelles exigences minimales en matière de liquidités et de fonds propres dans le cas où les mesures prises par les entreprises s'avèreraient insuffisantes.

### **1.2.1 Exigences minimales en matière d'organisation et de gouvernance**

Aucun membre de l'organe responsable de la haute direction, de la surveillance et du contrôle d'une entreprise d'importance systémique (aucun membre du conseil d'administration dans le cas d'une société anonyme) ne peut faire partie de l'organe responsable de la gestion. Le Conseil fédéral peut fixer d'autres exigences en matière d'organisation et de gestion des risques, par exemple en assignant clairement des tâches, des compétences et des responsabilités dans la gestion des risques. L'entreprise doit être organisée de manière à pouvoir notamment identifier, limiter et contrôler tous les risques essentiels.

### **1.2.2 Principe de la garantie d'une activité irréprochable**

Les entreprises d'importance systémique et les personnes chargées de leur administration et de leur gestion doivent offrir la garantie d'une activité irréprochable. Les personnes chargées de l'administration et de la gestion doivent en outre jouir d'une

<sup>4</sup> RS 281.1

bonne réputation et disposer des qualifications professionnelles requises par la fonction.

La garantie d'une activité irréprochable qu'offre une personne ne peut pas être évaluée de manière générale, dissociée des circonstances concrètes de sa position dans une entreprise précise. Pour l'évaluer, il faut plutôt prendre en compte la fonction spécifique que la personne devrait assumer au sein de l'entreprise en question. Il peut arriver qu'une personne offre toutes les garanties requises pour une certaine fonction, alors qu'elle ne conviendrait pas pour une autre fonction. Ainsi, la situation sera différente selon que la personne est membre de la direction, à la tête de la direction, qu'elle dirige seule l'entreprise, qu'elle est membre du conseil d'administration ou encore qu'elle préside le conseil d'administration. L'ampleur des activités de l'entreprise, le type d'activité, ainsi que la taille et la complexité de l'entreprise importent également.

### **1.2.3 Prescriptions concernant les fonds propres et les liquidités**

Les entreprises d'importance systémique doivent disposer de liquidités et de fonds propres suffisants au regard de leurs activités. Elles veillent à limiter adéquatement leurs risques et s'assurent au moyen d'un capital-risque suffisant. Elles déterminent les valeurs nécessaires en élaborant des modèles de liquidités et de fonds propres qui tiennent compte de situations de crise. L'EiCom peut en outre définir des scénarios standard s'appliquant à toutes les branches, sur la base desquels les entreprises doivent contrôler leurs liquidités et leurs fonds propres et en rendre compte à leur direction ou à leur haute direction. Les modèles de liquidités et de fonds propres doivent être validés par des sociétés d'audit avant d'être transmis à l'EiCom annuellement pour une vérification finale. Les sociétés d'audit surveillées par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision doivent ainsi assumer une part importante de l'activité de surveillance. L'EiCom doit se concentrer sur la vue d'ensemble, la gestion générale et les cas concrets dans lesquels les entreprises n'ont pas respecté leurs obligations. Elle peut collaborer pour cela avec les sociétés d'audit.

Le Conseil fédéral peut fixer des exigences minimales en matière de fonds propres et de liquidités. Il n'est pas prévu d'imposer dès le début des prescriptions fixes concernant les fonds propres ou les liquidités des entreprises. Les entreprises du secteur de l'énergie forment un groupe très hétérogène, leurs champs d'activités et leurs actifs et passifs pouvant présenter différents cas de figure. Elles sont ainsi confrontées à des risques différents d'une entreprise à l'autre et appliquent différentes normes de présentation des comptes. Les risques de sortie de fonds sur un mois doivent par exemple être déterminés spécifiquement pour chaque entreprise. Se baser sur les mêmes valeurs pour toutes les entreprises d'approvisionnement en énergie d'importance systémique ne fait pas sens. Il est essentiel que chaque entreprise gère ses principaux risques de pertes de liquidités et/ou de fonds propres et couvre ces risques par du capital-risque. Dans une première phase, l'EiCom étudie comment les entreprises gèrent leurs liquidités et leurs fonds propres, c'est-à-dire comment elles identifient, évaluent, planifient et surveillent les risques dans ce domaine. Sur cette base, l'EiCom peut, en tant qu'autorité de surveillance, fixer des exigences minimales pour les modèles de liquidités et de fonds propres. Elle peut aussi exiger des améliorations

lorsqu'elle considère que les mesures prises par les entreprises d'importance systémique pour maintenir leurs liquidités et leurs fonds propres dans les situations critiques examinées sont insuffisantes.

### **1.3 Cercle des personnes concernées et exceptions en cas de mesures équivalentes des cantons (clause « opt out »)**

Le champ d'application de la LFiEl concerne trois grandes entreprises d'électricité : Axpo, Alpiq et BKW. Cependant, d'autres grandes entreprises assument des fonctions d'importance systémique, à savoir le maintien en exploitation de grandes centrales, la gestion de groupes-bilan et la responsabilité de ceux-ci ainsi que la garantie des services-système.

La panne d'un grand fournisseur d'énergie peut provoquer d'autres pannes importantes et même, par un effet domino, une mise à l'arrêt de tout le système. La sécurité d'approvisionnement de la Suisse requiert non pas seulement un lien direct entre producteurs et consommateurs, mais une chaîne organisée allant des producteurs aux consommateurs, et incluant les négociants et les fournisseurs d'énergie. La panne d'un important acteur du marché peut donc entraîner des perturbations massives et, en conséquence, des coûts beaucoup plus élevés pour l'économie. Par exemple, l'entreprise d'approvisionnement d'un fournisseur d'énergie tombant en panne devra clore les positions ouvertes à des prix de marché excessifs.

Swissgrid considère que la panne d'un grand groupe-bilan doit être traitée comme une défaillance de la production. Si un groupe-bilan entre en faillite, les livraisons qui lui sont destinées sont stoppées. Les contrats existants sont annulés et il faut les compenser financièrement. Les consommateurs d'électricité concernés au sein du groupe-bilan ont cependant toujours besoin d'électricité. Swissgrid doit immédiatement mettre cette électricité à disposition (énergie d'ajustement). Pour maintenir l'équilibre du groupe-bilan, il faut conclure des contrats de remplacement de l'électricité ou procéder à des achats de remplacement, lesquels peuvent s'avérer très coûteux en temps de crise. C'est pourquoi tous les responsables d'un groupe-bilan ayant présenté une charge de pointe (soutirage) d'au moins 600 MW au cours des deux dernières années sont également considérés comme d'importance systémique. L'ordre de grandeur de ces 600 MW dépasse déjà nettement la position ouverte autorisée par Swissgrid dans le négoce *intraday*, que les groupes-bilan de négoce doivent dénouer pour compenser leurs bilans via le marché. De plus, à partir d'une charge de 600 MW (soutirage), l'approvisionnement d'une grande part de la population, qui doit être autant que possible protégée d'une panne, est atteint. Plus la panne est importante et plus grande est la probabilité d'un effet domino, et plus grands sont également les coûts additionnels pour l'économie, même sans effet domino. Les contrats d'achat sont annulés et l'électricité doit être à nouveau achetée à des coûts très élevés. Plus les pannes sont importantes et longues, et plus les coûts de l'énergie d'ajustement que les consommateurs devront finalement payer augmentent rapidement.

Avec les nouvelles règles, les entreprises suivantes seraient considérées comme étant d'importance systémique : Axpo Holding AG, Alpiq Holding SA, BKW SA, Primeo Energie SA, Azienda Elettrica Ticinese (AET), Groupe E SA, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) et Industrielle Werke Basel (IWB). Sur la base de l'évaluation

actuelle, Repower AG, venant ensuite dans l'ordre de taille, n'atteint pas les valeurs minimales. Si elle considère cette entreprise ou d'autres comme étant d'importance systémique, l'ElCom peut toutefois rendre une décision en ce sens.

Les entreprises concernées peuvent se faire exclure du champ d'application des nouvelles règles s'il existe des mesures cantonales (ou communales) équivalentes aux règles du niveau fédéral (possibilité d'opt-out). La sécurité de l'approvisionnement en électricité relève en premier lieu de la branche énergétique (cf. art. 6, al. 2, de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie<sup>5</sup> [LEne]). Il incombe donc principalement aux entreprises concernées et à leurs propriétaires (surtout des cantons et communes) de s'assurer qu'elles disposent de suffisamment de liquidités et de fonds propres et de prendre en tout temps les mesures nécessaires pour garantir l'approvisionnement en électricité. Les entreprises pour lesquelles le droit cantonal (ou communal) prévoit des mesures équivalentes à la présente loi en ce qui concerne la gouvernance d'entreprise, les liquidités et les fonds propres peuvent être libérées du champ d'application des prescriptions. Les exigences concernant les mesures reposent sur l'équivalence du mécanisme de protection. Les mesures cantonales (ou communales) qui entrent en question sont surtout des prescriptions juridiques correspondantes. Il serait aussi possible de protéger une entreprise d'importance systémique contre l'illiquidité ou le surendettement en mettant très rapidement à sa disposition des liquidités suffisantes. Si de telles entreprises faisaient face à un besoin exceptionnel de liquidités ou de fonds propres, elles devront en cas de crise être soutenues par les collectivités publiques concernées.

#### **1.4 Répartition des tâches**

En principe, la surveillance incombe à l'ElCom. Les dispositions proposées confèrent à l'ElCom la compétence de surveiller que les entreprises d'approvisionnement en énergie respectent les exigences minimales en matière d'organisation et disposent de fonds propres et de liquidités suffisants. L'ElCom est adaptée pour assumer cette tâche dans la mesure où, en tant qu'autorité de régulation dans le domaine de l'électricité, elle surveille aujourd'hui déjà les marchés en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays (art. 22, al. 3, LApEl). Pour que l'ElCom puisse imposer ses exigences aux entreprises d'importance systémique, elle doit pouvoir recourir aux sanctions correspondantes. En cas de violations graves, elle peut ainsi prononcer une interdiction d'exercer, infliger une sanction d'un montant pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires des trois derniers exercices ou publier une décision incluant des données personnelles.

#### **1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen**

Il n'existe pas encore de prescriptions comparables dans la législation de l'UE. Toutefois, il existe des principes de bonne gestion d'entreprise émis par le G20/l'OCDE (*principles of corporate governance*). Ceux-ci comprennent des principes sur la stabilité financière et sur la durabilité et la résilience des entreprises. Ils soulignent aussi,

<sup>5</sup> RS 730.0

par exemple, que le conseil d'administration doit être en mesure de porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires de la société.

## 1.6 Alternatives examinées

La crise énergétique, avec ses fluctuations des prix, a montré que les entreprises du secteur de l'électricité ne sont pas dans tous les cas en mesure, par elles-mêmes, de faire face à ces fluctuations. Sans loi remplaçant le mécanisme de sauvetage (statu quo), le danger que représentent les situations critiques du point de vue de l'approvisionnement va perdurer. On ne peut pas partir du principe que les entreprises d'importance systémique prendront suffisamment de mesures pour augmenter la transparence et la résilience dans la gestion des risques liés aux liquidités et aux fonds propres. L'objectif doit être, en remplaçant la LFiEl, que les aides financières de la Confédération deviennent inutiles. Sans règles pour faire suite au mécanisme de sauvetage, l'objectif ne pourra pas être atteint. Ne rien faire n'est donc pas une option pour le Conseil fédéral et il n'y a pas de solutions alternatives.

## 2 Commentaire des dispositions

### *Préambule*

Les exigences introduites par la présente révision partielle et auxquelles doivent satisfaire les entreprises d'importance systémique peuvent être considérées comme des prescriptions visant à prévenir certains dangers. Du point de vue du droit constitutionnel, il semble pertinent de s'appuyer pour cela sur l'art. 95, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.), raison pour laquelle le préambule a été complété en ce sens.

### *Art. 9a* Entreprises d'importance systémique

*Al. 1* : La définition des entreprises d'importance systémique s'appuie sur celle fournie par la LFiEl mais en élargit le champ d'application. La valeur de 1200 MW figurant dans la LFiEl correspond certes à la puissance mise en réserve maximale de Swissgrid pour la puissance de réserve et la puissance de réglage (services-système). Swissgrid devrait cependant déjà faire face à une forte mise à contribution du réseau de transport en cas de défaillance atteignant environ 600 MW. Cet ordre de grandeur de 600 MW dépasse déjà nettement la position ouverte autorisée par Swissgrid dans le négoce *intraday*, que les groupes-bilan de négoce doivent dénouer pour compenser leurs bilans via le marché. Pour pouvoir assurer un haut niveau de stabilité de l'approvisionnement, la présente disposition fixe à 600 MW la valeur de la puissance installée à partir de laquelle une centrale est considérée comme étant d'importance systémique. La défaillance d'un grand groupe-bilan doit aussi être considérée comme d'importance systémique. En effet, Swissgrid considère qu'il faut traiter la panne d'un grand groupe-bilan comme une défaillance de la production. C'est pourquoi tous les responsables d'un groupe-bilan ayant présenté une charge de pointe d'au moins 600 MW au cours des deux dernières années sont désormais également considérés comme

d'importance systémique. Contrairement à ce qui est prévu dans la LFiEl, les entreprises de droit public et celles dont le siège est hors de Suisse sont également concernées par cette disposition.

*Al. 2* : Comme il n'est pas possible de savoir au préalable et de manière claire si une entreprise est réputée d'importance systémique, l'EiCom aura la possibilité de désigner par voie de décision comme entreprises d'importance systémique d'autres entreprises du secteur de l'électricité. Pour que l'EiCom puisse désigner une entreprise comme étant d'importance systémique, celle-ci doit remplir les critères figurant aux let. a et b.

La *let. a* stipule que l'entreprise doit fournir des prestations fondamentales et en principe indispensables pour l'économie suisse ou régionale, qui ne peuvent pas être fournies par d'autres participants au marché dans un délai supportable pour l'économie. Les pannes de telles entreprises entraîneraient des pénuries d'approvisionnement conséquentes, avec des coûts importants pour l'économie. Cela concerne par exemple des entreprises ne remplissant pas les conditions de l'art. 9a, al. 1, mais qui détiennent une part significative du parc suisse de production, assument la fonction de gérant de l'exploitation de centrales d'importance systémique ou exercent d'autres fonctions d'importance systémique telles que la gestion des groupes-bilan.

La *let. b, ch. 1*, mentionne les entreprises du groupe liées aux entreprises d'importance systémique (art. 693 du code des obligations<sup>6</sup> [CO]). Celles-ci peuvent être liées à une entreprise d'importance systémique de telle manière que leur panne impacterait aussi l'entreprise d'importance systémique. Il est à cet égard sans importance qu'il s'agisse d'une société mère, d'une société fille ou d'une société sœur de l'entreprise d'importance systémique.

*Ch. 2* : Si une entreprise contribue de manière déterminante à l'approvisionnement en électricité régionale, une panne peut mettre en danger l'économie régionale. Ce serait notamment le cas avec une entreprise approvisionnant en électricité de nombreux gestionnaires de réseau. En cas de défaillance du fournisseur, une entreprise doit, que ce soit pour assumer ses engagements ou couvrir ses besoins, trouver à son tour sur le marché la quantité d'énergie nécessaire. Cela peut s'avérer difficile, notamment si la situation est tendue sur le marché ou si une entreprise insolvable du secteur de l'électricité ne parvient pas à mettre sur le marché une part de sa production.

De plus, le *ch. 3* garantit que les entreprises produisant en Suisse et dont une panne pourrait mettre en danger l'économie suisse ou régionale puissent aussi être considérées comme d'importance systémique.

#### *Art. 9a<sup>bis</sup>* Organisation et gestion des risques

*Al. 1 et 2* : La règle proposée ici reprend les principes organisationnels du secteur financier. La séparation entre haute direction et organe de gestion a fait ses preuves pour d'importantes entreprises du secteur financier : l'organe de gestion, souvent soumis à des exigences importantes en termes de délais et de résultats, est accompagné d'une instance indépendante qui surveille la stratégie d'ensemble et la politique de risque de l'entreprise d'importance systémique et peut intervenir pour orienter celles-

ci. Les entreprises d'importance systémique sont en général déjà organisées de cette façon. On peut toutefois supposer que les prescriptions inciteront les entreprises à prendre encore plus consciencieusement en considération le thème du contrôle des risques (al. 3) que par le passé dans les affaires courantes et que la haute direction se penchera activement et régulièrement sur cette question.

*Al. 3 :* La gestion des risques englobe les structures organisationnelles ainsi que les méthodes et les processus qui servent à la définition des stratégies de risque et des mesures de pilotage en matière de risques, mais aussi à l'identification, l'analyse, l'évaluation, la gestion, la surveillance des risques et à l'établissement de rapports sur les risques<sup>7</sup>. Les entreprises doivent prendre en compte tous les grands risques susceptibles d'entraîner leur faillite (illiquidité ou surendettement), notamment les risques liés au prix du marché, au crédit et aux liquidités. Suite aux mouvements exceptionnels des prix sur les marchés de l'électricité, l'obligation de payer des garanties (« *margin calls* ») très élevées pour les contrats à terme constitue un exemple de risque de ce type.

*Al. 4 :* La disposition permet au Conseil fédéral de fixer des exigences plus précises concernant l'organisation et la gestion des risques des entreprises d'importance systémique. Il peut ici s'agir, par exemple, de prescriptions contraignant le conseil d'administration à instaurer un comité des risques indépendant, qui devra contrôler la gestion des risques de l'entreprise et pourra imposer des mesures organisationnelles ou séparer les uns des autres certains rôles ou fonctions au sein de l'entreprise.

*Art. 9a<sup>ter</sup>* Garantie d'une activité irréprochable

*Al. 1 :* L'exigence de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, connue dans le droit des marchés financiers, concerne à la fois les entreprises d'importance systémique elles-mêmes et les personnes chargées de l'administration et de la direction de ces entreprises. L'organe chargé de la haute direction, de la surveillance et du contrôle doit ainsi être composé de personnes veillant, dans leur travail commun en tant qu'organe, à ce que les tâches soient optimalement effectuées. Cet organe doit être assez petit pour pouvoir prendre des décisions de manière efficace mais suffisamment grand pour bénéficier des compétences, de l'expérience et des connaissances de membres issus de différents domaines. Sa taille doit être déterminée en fonction des exigences auxquelles l'entreprise fait face.

À la différence du secteur financier, les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité ne sont pas tenues d'obtenir une autorisation. L'EiCom ne vérifiera pas si les entreprises offrent la garantie d'une activité irréprochable dans le cadre d'une procédure d'autorisation mais en procédant elle-même à des clarifications lorsqu'elle considérera que cela est nécessaire (art. 22, al. 2, let. d). Il faut cependant partir du principe que les entreprises d'importance systémique engagent des cadres offrant la garantie d'une activité irréprochable. L'exigence de garantie d'une activité irréprochable constituant une notion juridique indéterminée, son examen requiert une certaine marge d'appréciation. Il ne s'agit pas ici de sanctionner un comportement

<sup>7</sup> Finma, circulaire 2017/1, Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques, p. 3.

fautif ; cet examen est de nature purement préventive. L'ElCom a donc la tâche d'évaluer les risques futurs. La garantie requise ferait notamment défaut s'il était à craindre que les personnes impliquées représentent un danger pour les intérêts de l'entreprise à l'avenir.

*Al. 2 :* Une partie des exigences en matière de garantie consiste, pour les personnes en charge de l'administration et de la gestion, à jouir d'une bonne réputation. La différence par rapport à la garantie prévue à l'al. 1 réside dans le fait que la bonne réputation ne repose pas seulement sur l'ordre juridique en vigueur, mais plutôt sur des considérations morales. De plus, cette évaluation ne s'appuie pas que sur des événements survenant dans le cadre de l'activité de l'entreprise, mais aussi sur ceux survenant dans d'autres domaines. Les personnes chargées de l'administration et de la gestion de l'entreprise doivent aussi, selon l'al. 2, disposer des qualifications nécessaires pour assumer leurs tâches. Les formations effectuées, l'expérience professionnelle et les attestations correspondantes peuvent constituer des critères sur ce point. Le Conseil fédéral édictera des dispositions d'exécution concernant les profils d'exigence.

*Art. 9a<sup>quater</sup>* Fonds propres et liquidités

*L'al. 1* fixe le principe selon lequel les entreprises doivent disposer de fonds propres et de liquidités adéquats. Cette prescription doit renforcer la solvabilité des entreprises d'importance systémique pour les rendre plus résilientes face à toutes futures perturbations du marché. Les entreprises doivent, de plus, disposer de réserves calculées de manière suffisante, en fonction de leur activité, pour pouvoir honorer leurs engagements financiers même en cas de situation extraordinaire.

D'après l'al. 2, les entreprises d'importance systémique recourent à des modèles pour déterminer le montant des moyens nécessaires (fonds propres et liquidités). Ces modèles reflètent tous les risques pertinents du point de vue des fonds propres et des liquidités (par exemple évolutions extrêmes des prix sur les marchés de l'énergie) dans des scénarios correspondants. Les scénarios de risque doivent être justifiés de manière compréhensible, documentés et vérifiés régulièrement pour s'assurer qu'ils sont adéquats et pertinents. Les entreprises doivent faire vérifier ces modèles par une société d'audit agréée pour la fourniture de prestations en matière de révision conformément à l'art. 9 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision<sup>8</sup>.

*Al. 3 :* Les entreprises d'importance systémique doivent présenter à l'ElCom les modèles et l'attestation d'audit correspondante. L'Elcom vérifie, dans le cadre de son rôle de surveillance, les modèles et les valeurs définies sur la base de ceux-ci pour les fonds propres et les liquidités. La vérification par l'ElCom a en principe lieu une fois par an. L'autorité de surveillance peut cependant en décider autrement, en fonction de son évaluation de la situation en matière de risques. Les entreprises sont tenues de fournir à l'ElCom toutes les informations nécessaires pour cet examen et de mettre à sa disposition les documents requis (art. 25, al. 1). En font notamment partie les données sur l'évolution des fonds propres et des liquidités (par ex. *liquidity-at-risk*, *value-at-risk* par rapport aux fonds propres) en progression annuelle, sur l'état des dettes et

sur les opérations de négoce et les garanties qui y sont liées. Le Conseil fédéral prévoira des obligations de renseigner plus détaillées au niveau de l'ordonnance si cela s'avère nécessaire.

*Al. 4 :* L'EiCom peut fixer des scénarios de risque que les entreprises d'importance systémique devront prendre en compte de manière standard pour déterminer les fonds propres et les liquidités nécessaires.

*Al. 5 :* Le Conseil fédéral peut fixer des exigences minimales, par exemple en prescrivant une certaine réserve de liquidités ou de fonds propres ou en fixant un ratio de fonds propres minimal ou une limite d'endettement (rapport entre les fonds propres et les dettes de tiers). Il peut également prévoir que les entreprises soient soumises à des tests de résistance concernant leurs fonds propres et leurs liquidités.

#### Art. 9a<sup>quinquies</sup> Obligation d'annonce

Afin que l'EiCom puisse assumer sa tâche consistant à surveiller le respect des exigences auxquelles les entreprises d'importance systémique doivent satisfaire (art. 22, al. 2, let. d), il faut que les entreprises l'informent si elles remplissent les conditions de l'art. 9a, al. 1. Les entreprises doivent vérifier chaque année si c'est le cas. L'EiCom peut bien sûr aussi effectuer un contrôle auprès d'une entreprise en dehors de cet examen annuel.

#### Art. 9a<sup>sexies</sup> Exemption en présence de mesures équivalentes

Comme pour la LFiEl, la présente réglementation prévoit une clause dite d'« opt-out ». Si un ou plusieurs cantons protègent les entreprises d'importance systémique de manière équivalente à la présente loi, il n'est pas nécessaire du point de vue fédéral de soumettre ces entreprises à cette loi. On peut notamment penser ici à des mesures permettant aux cantons de mettre des moyens à disposition des entreprises concernées en cas de problèmes financiers. Pour les entreprises organisées selon un droit spécial, il est aussi envisageable que le droit cantonal ou communal contienne déjà des prescriptions concernant la gouvernance, les fonds propres et les liquidités. Il est également prévu dans un tel cas, en respectant la subsidiarité, que les prescriptions du droit fédéral concernant les entreprises d'importance systémique ne s'appliquent pas à ces entreprises-là. L'EiCom décide des exemptions sur demande des entreprises. Si un canton (ou une commune) souhaite fixer des règles équivalentes, il (elle) doit entrer en contact suffisamment tôt avec l'EiCom pour aborder l'équivalence des mesures prévues.

#### Art. 9a<sup>septies</sup> Interdiction d'exercer

La définition de l'interdiction d'exercer s'appuie fortement sur celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 33 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers<sup>9</sup> [LFINMA]). L'interdiction de pratiquer est une sanction à caractère administratif. En cas d'infractions graves aux exigences prévues à la section 2a,

<sup>9</sup> RS 956.1

l'ElCom peut interdire aux personnes responsables d'exercer une fonction dirigeante dans une entreprise d'importance systémique. L'interdiction d'exercer a un caractère préventif. Elle a toujours comme objectif d'éviter que les personnes concernées ne réitérent les mêmes violations du droit ou des violations semblables.

L'interdiction d'exercer visée à la section 2a est à distinguer de l'interdiction d'exercer une activité prévue à l'art. 67 du code pénal<sup>10</sup> (CP). Le tribunal ne peut prononcer cette dernière que si l'auteur de l'infraction 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 du droit de la surveillance. Ce traitement plus sévère se justifie dans la mesure où, en l'occurrence, il est primordial de protéger le bien que constitue le bon fonctionnement de l'approvisionnement en électricité. Lorsque les destinataires de la sanction ont leur domicile à l'étranger, la mise en œuvre de cette sanction nécessite pour l'ElCom de devoir coopérer avec des autorités étrangères. L'assistance administrative et l'entraide judiciaire revêtent dès lors une importance cruciale. L'interdiction d'exercer peut être prononcée pour une durée de cinq ans au plus (*al. 2*).

Art. 9a<sup>octies</sup> Sanctions en cas de violations graves des prescriptions de la présente section

*Al. 1 :* Cette disposition prévoit une sanction administrative en cas de violations graves des prescriptions des art. 9a<sup>bis</sup> à 9a<sup>quater</sup>. Elle accorde volontairement une certaine marge de manœuvre à l'autorité de surveillance quant au montant de la sanction. Bien entendu, l'ElCom doit tenir compte du principe de proportionnalité. Les circonstances du cas considéré sont déterminantes pour fixer le montant de la sanction. Le montant maximal n'est atteint que dans les cas les plus graves.

D'après l'*al. 2*, c'est le secrétariat technique de l'ElCom (cf. art. 5 du règlement interne de la Commission de l'électricité du 12 septembre 2007<sup>11</sup>) qui, avec le président ou le vice-président, enquête sur les violations. L'ElCom prend une décision suite à cette enquête.

*Al. 3 :* Pour garantir la sécurité juridique et éviter la prescription des faits, il faut que la procédure soit initiée dans un certain délai. Étant donné l'importance des amendes potentielles et les difficultés pouvant découler d'affaires impliquant des éléments à l'étranger, un délai de cinq ans est fixé pour le début de l'enquête.

*Al. 4 :* Considérant la possibilité de devoir examiner des éléments à l'étranger, il est indispensable que la disposition s'applique indépendamment du lieu (Suisse ou étranger) où la violation a eu lieu.

Art. 9a<sup>novies</sup> Publication de décisions en matière de surveillance

<sup>10</sup> RS 311.0  
<sup>11</sup> RS 734.74

*Al. 1* : La publication d'une décision en matière de surveillance constitue une sanction à caractère administratif. Cet instrument sert à informer les destinataires d'un comportement contraire aux lois qui a été corrigé ou doit être corrigé. L'important n'est pas ici la punition d'un comportement illicite, mais le rétablissement de l'ordre légal en signalant ce qui est conforme au droit et ce qui ne l'est pas (ATF 147 I 57).

En cas de violation grave des dispositions du droit de la surveillance pour les entreprises d'importance systémique, l'EiCom peut publier sa décision finale sous forme électronique ou imprimée, dès son entrée en force, en nommant le destinataire de cette décision. Les informations concernant l'identité du destinataire comprennent, pour les personnes physiques, le nom, le prénom, l'adresse, le lieu d'origine et la date de naissance. Pour les personnes morales, elles comprennent le nom de l'entreprise, le siège et l'adresse.

*Al. 2* : La décision finale clarifie définitivement une situation juridique. Elle peut porter sur des instruments de surveillance comme sur des sanctions administratives. La publication doit être ordonnée dans la décision elle-même et peut donc être contestée.

*Al. 3* : L'EiCom doit s'assurer qu'aucune information économiquement sensible n'est publiée. Cette disposition n'implique cependant pas qu'un accès plus étendu en vertu de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)<sup>12</sup> peut être refusé. L'accès aux informations devrait dans ce cas être notamment évalué à l'aune de l'art. 7 LTrans, qui énumère de manière exhaustive les exceptions visant à protéger les informations économiquement sensibles des personnes concernées (cf. al. 1, let. g. [secrets d'affaires ou de fabrication] et al. 2 [protection de la sphère privée]).

#### *Art. 21, al. 5, 1<sup>re</sup> phrase*

La *1<sup>re</sup> phrase de l'al. 1* a été reformulée car l'EiCom se finance non seulement par des émoluments administratifs, mais aussi notamment par des taxes de surveillance (art. 28 et 28a). Par ailleurs, la nouvelle formulation de la *1<sup>re</sup> phrase* tient aussi compte des cas dans lesquels la procédure est classée ou n'aboutit pas à une décision formelle.

#### *Art. 25, al. 1<sup>bis</sup>*

La nouvelle disposition accorde à l'EiCom le droit de fixer les exigences concernant la transmission de données, notamment en ce qui concerne le format et la qualité des données. Cela doit permettre à l'EiCom d'obtenir plus facilement les données dont elle a besoin pour exécuter ses tâches (art. 25, al. 1).

#### *Art. 28a Taxe de surveillance relative aux entreprises d'importance systémique*

En principe, les coûts de l'EiCom liés aux nouvelles prescriptions imposées aux entreprises d'importance systémique doivent être couverts par des émoluments (art. 21, al. 5, LApEI). Pour la part des coûts attribués aux entreprises d'importance systémique non pas de manière individuelle, mais uniquement en tant que groupe, une taxe de surveillance est toutefois introduite. Ce prélèvement se justifie par la

<sup>12</sup> RS 152.3

congruence entre le cercle des entreprises soumises 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 donc être qualifiée de taxe causale fondée sur l'équivalence collective : conformément au principe de causalité, les taxes perçues auprès d'un groupe précis d'entreprises d'importance systémique couvrent les frais de surveillance que ce dernier occasionne.

Les entreprises exemptées par l'ElCom du respect des prescriptions sur la base de l'art. 9a<sup>sexies</sup> ne doivent pas payer la taxe visée à l'art. 28a.

### **3 Répercussions**

#### **3.1 Conséquences économiques**

La gestion des risques fait partie des tâches fondamentales des entreprises. Les entreprises d'électricité, et parmi celles-ci les entreprises d'importance systémique, ont donc un intérêt propre à couvrir leurs risques. On peut supposer qu'elles ont amélioré d'elles-mêmes leur gestion des risques suite à la crise énergétique de 2022. Cependant, la couverture individuelle des risques ne prend notamment pas en compte les risques de contagion et les réactions en chaîne pouvant impacter les autres acteurs du marché de l'électricité lorsqu'une entreprise d'importance systémique subit une défaillance. Le projet garantit que les entreprises d'importance systémique gèrent au mieux et réduisent en tout temps leurs risques afin que l'exploitation de leur centrale se poursuive même lors de situations imprévisibles. Le renforcement de leur résilience face aux situations extrêmes pouvant affecter le marché à l'avenir et l'élargissement à d'autres entreprises d'importance systémique ont un effet positif sur la sécurité de l'approvisionnement. La révision a ainsi un impact positif sur l'économie suisse et régionale. Le texte proposé améliore les conditions permettant aux entreprises d'importance systémique d'être prêtes à faire face à des perturbations imprévisibles du marché de manière autonome et sans aide de la Confédération.

#### **3.2 Conséquences pour les différents acteurs**

Pour les entreprises concernées (cf. chap. 1.3), la révision signifie des charges supplémentaires et donc des coûts. La première mise à disposition de données et de documents pour l'examen des modèles de liquidités et de fonds propres, surtout, peut impliquer des charges importantes. D'une part, la validation des sociétés d'audit entraîne des coûts. D'autre part, la mise à disposition et la vérification de la plausibilité des documents représentent une charge. Il n'est cependant pas possible, à l'heure actuelle, de quantifier ces coûts. S'y ajoute la taxe de surveillance à payer par les entreprises d'importance systémique. La taxe représente un montant annuel total d'environ quatre millions de francs.

Aucune distorsion de la concurrence n'est attendue, vu que le projet ne prévoit pas de prescriptions strictes en matière de fonds propres et de liquidités pour les entreprises d'importance systémique. Le but du Conseil fédéral est de renforcer la résilience des entreprises d'importance systémique et d'augmenter ainsi la sécurité d'approvisionnement. Pour autant que les risques soient adéquats au regard des liquidités et des

fonds propres, aucune limite n'est imposée à l'activité commerciale. L'entreprise agit dans tous les cas sous sa propre responsabilité.

### **3.3 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération**

Le projet vise à réunir les conditions nécessaires pour que les entreprises d'approvisionnement en électricité d'importance systémique soient prêtes à faire face à des perturbations imprévisibles du marché sans aide de la Confédération. Ces entreprises doivent prévoir des mesures substantielles en matière de liquidités et de financement.

L'importance de la fonction de surveillance de l'ElCom, et donc les charges qui y sont liées, augmentent significativement. Analyser les modèles de liquidités et de fonds propres est une tâche complexe. Ces modèles fournissent des indications sur la robustesse d'une entreprise sous l'angle de différents scénarios de risque. L'ElCom doit d'abord comprendre suffisamment les modèles et saisir de manière plausible leur fonctionnement avant de pouvoir se faire un avis à leur sujet. L'ElCom doit mener une analyse approfondie de ces modèles pour pouvoir se prononcer. Les facteurs à prendre en compte sont nombreux et l'examen des modèles représente donc une tâche de grande ampleur. À partir du moment où les entreprises d'importance systémique et l'ElCom auront établi une bonne compréhension réciproque et où les processus seront bien intégrés, la charge restante restera maîtrisable. Pour assumer son rôle de surveillance, l'ElCom a besoin de personnel pour couvrir cinq postes à plein temps de durée indéterminée. Il lui faudra également des ressources matérielles supplémentaires pour développer ses systèmes informatiques, représentant un coût unique de 1,5 million de francs et des coûts annuels additionnels de 400 000 francs. Les coûts pouvant être attribués aux entreprises d'importance systémique non pas de manière individuelle mais en tant que groupe sont financés via une nouvelle taxe perçue auprès des entreprises d'importance systémique, conformément à l'art. 28a. Les coûts pouvant être attribués de manière individuelle sont facturés aux entreprises concernées sous la forme d'émoluments. L'ElCom est habilitée à faire appel à des experts pour examiner les modèles de liquidités et de fonds propres et pour d'autres tâches (art. 4 du règlement interne de la Commission de l'électricité).

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

### **4.1 Relation avec le programme de la législature**

Le projet est annoncé dans le message du 24 janvier 2024<sup>13</sup> sur le programme de la législature 2023 à 2027 et dans l'arrêté fédéral du ... 2024<sup>14</sup> sur le programme de la législature 2023 à 2027.

<sup>13</sup> FF 2024 ..., ici...

<sup>14</sup> FF 2024 ..., ici...

## 4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

La révision proposée de la loi contribue à garantir la stabilité du système dans le domaine de l'électricité. Elle favorise donc la sécurité de l'approvisionnement en électricité de la Suisse. Ce projet constitue ainsi un des éléments permettant la mise en œuvre de la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral. Celui-ci veut notamment, de cette façon, maintenir le niveau élevé de sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Suisse.

## 5 Aspects juridiques

### 5.1 Constitutionnalité

Le but du projet est de permettre à la Confédération de limiter les risques économiques émanant des entreprises d'approvisionnement en énergie d'importance systémique, ceci au vu de leur importance pour la stabilité du marché de l'énergie tout en garantissant la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse en électricité. Pour ce faire, la présente révision prévoit de nouvelles exigences en matière d'organisation et de gestion des risques, des fonds propres et des liquidités ainsi que l'exigence de garantie d'une activité irréprochable. Ces nouvelles exigences ne s'adressent cependant qu'aux entreprises d'approvisionnement en énergie définies comme étant d'importance systémique.

La question de l'admissibilité d'une telle distinction et d'une telle différence de traitement par rapport aux autres entreprises énergétiques se pose dès lors. Cette question est tout particulièrement pertinente compte tenu des principes de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de la liberté économique (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 94 Cst.). Ces droits fondamentaux commandent que des concurrents directs soient traités de manière égale. Le principe de la liberté économique interdit que des mesures puissent fausser la concurrence entre concurrents directs, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas neutres sous l'angle de la concurrence. Ce principe s'applique tant aux mesures de l'État qui le respectent qu'à celles qui, quoiqu'admissibles, lui sont contraires.

La compétence attribuée à la Confédération par l'art. 95, al. 1, Cst., permettant à celle-ci de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées, s'avère extrêmement large. Il s'agit notamment de prescriptions motivées par des raisons de police, comme la prévention des dangers, les activités de surveillance ou encore les mesures de police économique visant à protéger la loyauté des transactions commerciales. Les exigences spécifiques contenues dans la présente révision peuvent s'inscrire comme étant des prescriptions de prévention des dangers, reflétant par ailleurs l'évolution du modèle économique et du rôle des entreprises d'approvisionnement en énergie d'importance systémique dans le commerce de l'électricité national et international. En effet, le naufrage (incontrôlé) d'une entreprise d'importance systémique a, par définition, des conséquences intolérables pour l'ensemble de l'économie et du système énergétique suisse. La défaillance d'une telle entreprise pourrait d'ailleurs entraîner des coupures de courant tant en Suisse qu'à l'étranger. La Confédération et les acteurs du marché ont dès lors tout intérêt à ce que l'approvisionnement en électricité puisse être garanti sans interruption. De ce point de vue, la distinction entre les entreprises d'importance systémique et celles qui ne le sont pas répond au mandat

donné au législateur de protéger le système afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement (art. 89 et 91 Cst.).

On peut aussi citer, comme base de la présente révision partielle, l'art. 91, al. 1, Cst. Celui-ci porte sur le marché en lien avec le transport et la livraison (transport et distribution dans la formulation d'origine de l'art. 24<sup>quater</sup>, al. 1, de l'ancienne constitution). La compétence de réglementer le marché se réfère principalement à l'infrastructure. La Confédération dispose ainsi de la compétence de mettre en place un monopole pour le transport et d'édicter des prescriptions sur les tarifs en lien avec le transport ou avec l'utilisation du réseau. Elle est aussi compétente pour la tarification ou le contrôle des tarifs ainsi que pour les formes juridiques des entreprises de transport et de distribution de l'électricité, leurs domaines d'activité, leur comptabilité, leur indépendance et la distribution de leurs bénéfices aux propriétaires et pour les prescriptions de sécurité, de construction et de responsabilité. Dans ce cadre, l'art. 91, al. 1, Cst. peut aussi servir de base à la présente révision partielle.

Les restrictions de la liberté économique qui découlent des dispositions proposées sont appropriées et nécessaires pour limiter les risques économiques émanant des entreprises d'approvisionnement en énergie d'importance systémique. Elles ne vont pas au-delà de ce qu'il est raisonnable de faire pour atteindre les objectifs visés, elles sont proportionnées à ceux-ci et n'affectent pas la liberté économique dans son principe. Sous l'angle de l'égalité de traitement, des réglementations différentes pour les entreprises suivant qu'elles sont d'importance systémique ou non sont fondamentalement licites, dans la mesure où elles sont justifiées par l'importance systémique et donc par des critères objectifs. La mise en danger de la stabilité du marché de l'énergie ainsi de la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse en électricité par la faillite d'une telle entreprise est un motif suffisant pour justifier une intervention ciblée. Du fait de leur importance économique, il est en outre justifié de qualifier de concurrents directs les seules entreprises d'importance systémique, à l'exclusion des autres. 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 contient des dispositions importantes fixant des règles de droit, qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, conformément à l'art. 164, al. 1, Cst. La révision de la LAPel suit par conséquent la procédure législative normale.

## **5.4 Délégation de compétences législatives**

La présente révision prévoit de nouvelles délégations de compétences qui se limitent à un objet réglementaire déterminé et qui sont suffisamment concrétisées quant à leur contenu, leur but et leur étendue.

Les délégations prévues dans la LApEl portent en particulier sur l'organisation et la gestion des risques (art. 9a<sup>bis</sup>, al. 4), les fonds propres et les liquidités (art. 9a<sup>quater</sup>, al. 5), la taxe de surveillance en lien avec les entreprises d'importance systémique (art. 28a, al. 3 et 4) ou encore sur les dispositions transitoires (art. 33c, al. 2).

Grâce à ces délégations, il n'est pas nécessaire d'insérer dans le texte de loi des dispositions 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.

## **5.5 Protection des données**

L'EiCom tient compte, dans son activité, des droits de la personnalité garantis par la Constitution et concrétisés dans la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)<sup>15</sup>. Conformément à l'art. 34 LPD, des données sensibles ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Le droit de l'EiCom 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. 27 LApEl.

<sup>15</sup> RS 235.1