



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



Accueil > Feuille fédérale > Éditions de la FF > 2023 > Décembre > 246 > FF 2023 2864

23.083

Message

concernant la loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie

du 29 novembre 2023

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

29 novembre 2023	Au nom du Conseil fédéral suisse: Le président de la Confédération, Alain Berset Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr
------------------	--

Condensé

Eu égard à la situation 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 (électricité et gaz) sur lesquels sont négociés des produits énergétiques de gros suisses. Cela permettra de conforter la confiance en leur intégrité. De plus, il sera garanti 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, condition nécessaire pour observer et surveiller l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable en Suisse. Le présent projet entend justement accroître cette transparence et confier la surveillance de ces marchés à la Commission fédérale de l'électricité (ElCom). Les participants au marché seront soumis à un certain nombre d'obligations: enregistrement auprès de l'autorité de surveillance, communication des informations nécessaires à la surveillance du marché, ou encore publication des informations privilégiées – toutes obligations destinées à garantir l'efficacité de cette surveillance. La loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie (LSTE) vise par ailleurs à prévenir et au besoin à sanctionner les comportements de marché illicites tels que l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées ou les manipulations de marché. Les dispositions proposées sont largement inspirées de celles de l'Union européenne (UE).

Contexte

Depuis la fin de l'année 2021, et en particulier depuis le début de la guerre en Ukraine, les marchés de gros de l'énergie de l'UE ont connu de fortes fluctuations de prix. Cette évolution concerne également la Suisse, puisqu'elle est étroitement interconnectée avec le réseau énergétique européen.

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 de régulation nationales des États membres de l'UE.

Contenu du projet

Le projet régit les obligations qui incombent aux participants au marché suisse, aux participants au marché européen (jusqu'alors soumis aux art. 26a^{bis} à 26c de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl) ainsi qu'aux intermédiaires au marché suisse. Dans ce contexte, le projet prévoit également une procédure d'agrément pour les plateformes d'informations privilégiées et les mécanismes de déclaration.

Les participants au marché suisse sont les principaux concernés par la loi, puisqu'ils sont liés directement au négoce des produits énergétiques de gros suisses. Aussi sont-ils soumis à toute une série d'obligations: ils doivent ainsi s'enregistrer auprès de l'autorité de surveillance (ElCom) avant de conclure toute transaction ou d'émettre tout ordre sur un marché de gros de l'énergie, communiquer à l'ElCom les informations nécessaires à la surveillance du marché (soit d'une part celles qui touchent leurs transactions et leurs ordres concernant des produits énergétiques de gros suisses, d'autre part les données fondamentales de leurs installations) et publier leurs informations privilégiées, de façon à permettre une surveillance efficace. Les participants au marché européen ont, eux, un

statut spécial. En effet, bien qu'ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, ils n'en sont pas moins et d'être soumis au REMIT en raison de leurs activités concernant des produits énergétique de gros qui entrent dans le champ d'application de ce même REMIT. De plus, ces participants étaient jusqu'alors soumis à diverses obligations prévues par les art. 26a^{bi} à 26c OApEl. Ces obligations sont reprises dans le présent projet, de sorte que les participants au marché européen restent pratiquement soumis aux mêmes obligations. Ils sont tenus de s'enregistrer auprès de l'ElCom et doivent lui communiquer simultanément et sous la même forme les informations qu'ils sont tenus de fournir en vertu du REMIT aux autorités de l'UE ou d'un État membre de l'UE. Enfin, du fait de leur connaissance approfondie du marché sur lequel ils opèrent et de leurs clients, les intermédiaires au marché suisse sont eux aussi soumis à différentes obligations, visant principalement à prévenir les comportements de marché illicites.

Les comportements qui entraînent une distorsion du marché sont indésirables, qu'ils se traduisent par une hausse ou par une baisse des prix. Le projet interdit donc également l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées et les manipulations de marché sur les marchés de gros de l'énergie.

Des instruments de surveillance, des sanctions administratives et des sanctions pénales sont prévus pour identifier et sanctionner les comportements de marché illicites et les violations graves des obligations prévues par la loi.

Le projet permettra notamment à l'ElCom d'obtenir des informations sur les activités de négoce des participants au marché sur les marchés de gros de l'énergie, et donc sur la manière dont les grandes entreprises actives dans le domaine de l'électricité et de gaz sont interconnectées. Il sera ainsi possible de détecter précocement les comportements illicites et de surveiller l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable en Suisse.

Le présent projet établit en Suisse un système largement équivalent à celui de l'UE, qui serait indispensable en cas de conclusion d'un accord avec l'UE. Les dispositions sont harmonisées avec les règles correspondantes de l'UE, mais n'impliquent pas d'intégrer son système REMIT.

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

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 et la France vers l'Italie et vice versa. 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'Union européenne (UE). Les produits énergétiques de gros suisses et, partant, les tarifs de gros de l'électricité et du gaz naturel s'appuient sur les prix pratiqués dans les pays limitrophes. Les marchés de gros de l'énergie sont néanmoins très tendus depuis fin 2021, et en particulier depuis le début de la guerre en Ukraine. Les évolutions actuelles concernent donc également la Suisse, dès lors qu'elle est étroitement imbriquée dans le réseau européen.

À sa séance du 18 mai 2022, le Conseil fédéral a décidé de mettre en place pour le secteur de l'électricité un mécanisme de sauvetage dans le cadre du message concernant une loi fédérale urgente sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique¹. Examinée en urgence pendant la session d'automne 2022, cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre de la même année². Le mécanisme de sauvetage précité doit empêcher, en période de fortes hausses de prix sur le marché européen de l'électricité, que les entreprises électriques d'importance systémique en Suisse ne connaissent des problèmes de liquidités, ce qui entraînerait une réaction en chaîne qui pourrait conduire, dans le pire des cas, à un effondrement du système. Cette loi s'applique toutefois uniquement jusqu'à fin 2026. Elle sera ensuite remplacée par d'autres dispositions, parmi lesquelles le présent projet de loi, qui contribuera avant tout à la transparence des transactions portant sur les produits énergétiques de gros. La Commission fédérale de l'électricité (ElCom) pourra ainsi surveiller et apprécier l'interconnexion des entreprises énergétiques suisses entre elles ainsi qu'avec le secteur énergétique européen. Des mesures supplémentaires, qui feront l'objet d'une prochaine consultation et d'un message séparé, 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*), des tâches organisationnelles au niveau de la gestion des risques et des prescriptions concernant les liquidités et la dotation en capital des entreprises. Par ailleurs, la motion Herzog 22.4132 «Limiter les risques que représentent pour l'économie nationale les entreprises d'importance systémique du secteur de l'électricité» a été adoptée par le Conseil des États le 12 décembre 2022 puis par le Conseil national, avec une modification du texte, le 6 juin 2023. Cette motion charge le Conseil fédéral de limiter par des mesures légales les risques économiques émanant des entreprises énergétiques d'importance systémique. Le Conseil fédéral salue la motion et a proposé qu'elle soit acceptée.

¹ Message du 18 mai 2022 concernant la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique et l'arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement à cet effet (FF 2022 1183).

² RO 2022 544

1.2 Solution retenue

Eu égard aux turbulences actuelles sur les marchés de l'énergie, il a été décidé d'élaborer un projet spécifique. Les dispositions proposées ici s'inspirent fortement de celles qui sont en vigueur dans l'UE. Elles visent à renforcer la confiance dans les marchés de gros de l'énergie sur lesquels sont négociés des produits énergétiques de gros suisses et à permettre 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 REMIT³).

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 indispensable 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 consommateurs à s'informer sur les conditions en vigueur et, à partir d'une certaine taille, à s'approvisionner sur les marchés de gros, et 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 consommateurs finaux sont tributaires du bon fonctionnement des marchés. Avoir confiance dans la transparence et l'intégrité 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'ElCom de surveiller les marchés de gros de l'énergie afin d'identifier des comportements de marchés illicites. En tant qu'autorité de surveillance, l'ElCom sera l'interlocuteur 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 du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie⁴ (règlement REMIT) est entrée en vigueur en décembre 2011. Ont ainsi été mises en place des dispositions visant à garantir une concurrence ouverte et équilibrée sur les marchés de gros de l'énergie. Le règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 du 17 décembre 2014⁵ définit le détail des données à déclarer concernant les produits énergétiques de gros et les données fondamentales. Le REMIT interdit les opérations d'initiés et les manipulations de marché et introduit des obligations d'enregistrement, de publication des informations privilégiées ainsi qu'une surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'énergie. L'Agence de coopération

des régulateurs de l'énergie (ACER) de l'UE centralise de manière informatisée la collecte des données destinées à la surveillance. Les dispositions du règlement REMIT lui-même, les tâches et les compétences dévolues à l'ACER et aux autorités de régulation nationales ainsi que les obligations de transparence et de déclaration imposées aux participants au marché dans le cadre de la surveillance centralisée assumée par l'ACER, forment le noyau du système REMIT.

L'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI)⁶ a été modifiée le 30 janvier 2013 (art. 26a^{bis} à 26c) en tenant compte du REMIT. Actuellement, les entreprises ou les personnes qui ont leur siège ou leur domicile en Suisse et qui, en vertu du règlement REMIT, sont tenues de fournir des données aux autorités de l'UE ou de ses États membres (participants au marché européen) doivent communiquer simultanément les mêmes données à l'ElCom. Les dispositions concernées s'adressent spécifiquement aux participants au marché européen et sont désormais intégrées dans le présent projet. Fin 2022, 162 entreprises suisses du secteur de l'énergie étaient enregistrées auprès de l'ElCom. Elles lui ont indiqué avoir effectué durant l'année 2021 43,5 millions d'opérations sous la forme de transactions et d'ordres⁷. Enfin, la LSTE remplace également les décisions de l'ElCom du 22 juillet 2022, qui régissent le transfert à l'ElCom de données portant sur les opérations de négoce de l'électricité⁸.

³ «REMIT» est l'abréviation du nom anglais du règlement (UE) n° 1227/2011: *Regulation on wholesale energy market integrity and transparency*.

⁴ Règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, JO L 326 du 8.12.2011, p. 1.

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, L 363 du 18.12.2014, p. 121.

⁶ RS 734.71

⁷ Cf. le rapport de l'ElCom «Transparence du marché en 2021» de mai 2022, sous: www.elcom.ch > Documentation > Rapports et études > Surveillance du marché.

⁸ www.elcom.ch > Documentation > Décisions > Décisions 2022

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

1.3.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé, ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁹, ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹⁰. 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.

⁹ FF 2020 1709

¹⁰ FF 2020 8087

1.3.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

La LSTE contribue à garantir la stabilité du système dans les secteurs du gaz et de l'électricité et renforce l'intégrité et la transparence des marchés de gros de l'énergie sur lesquels des produits énergétiques de gros suisses sont négociées. Elle renforce ainsi parallèlement la sécurité d'approvisionnement en énergie de la Suisse. Le projet constitue donc un volet de la mise en œuvre de la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral¹¹, par laquelle celui-ci entend notamment conserver une sécurité d'approvisionnement élevée.

¹¹ www.detec.admin.ch > Energie > Stratégie énergétique 2050

2 Procédure préliminaire, consultation comprise

Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication a mené une procédure de consultation sur l'avant-projet du 16 décembre 2022 au 31 mars 2023. Au total, 79 avis ont été reçus dans le cadre de la consultation.

Ledit projet a été bien accueilli par la grande majorité des participants à la consultation. Les participants à la consultation sont d'accord pour dire que les dispositions du projet doivent s'en tenir aux dispositions du règlement REMIT de l'UE. Seul le secteur du gaz a émis des réserves quant à l'applicabilité de la LSTE avant l'entrée en vigueur d'une loi fédérale sur l'approvisionnement en gaz.

3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le REMIT vise à créer un cadre harmonisé garantissant la transparence et l'intégrité des marchés 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, il ne devrait pas être possible de commettre des abus de marché donnant lieu à des profits illicites. Dans le cadre du 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.

Le REMIT établit en outre des règles qui interdisent les pratiques abusives affectant les marchés de gros de l'énergie. Ces règles sont cohérentes avec celles applicables sur les marchés financiers ainsi qu'avec le bon fonctionnement des marchés de gros de l'énergie. Le règlement renvoie ainsi à la directive 2003/6/CE, entre-temps remplacée par le règlement (UE) n° 596/2014 sur les abus de marché¹², qui vise à protéger l'intégrité des marchés financiers.

Le règlement REMIT interdit enfin les opérations d'initiés et la manipulation de marché sur les marchés de gros de l'énergie. Il prévoit, pour remédier à ces comportements de marché illicites, que les participants au marché doivent publier toutes les informations privilégiées et transmettre à l'ACER les relevés des transactions exécutées sur les marchés de gros de l'énergie. Les sanctions en cas de non-respect de ces obligations 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 définit les comportements de marché illicites. Il prévoit en outre une série d'obligations applicables aux participants au marché. Ils doivent tout d'abord s'enregistrer auprès de l'autorité de surveillance, communiquer les informations nécessaires à la surveillance du marché (soit celles relatives à leurs transactions et à leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie et à leurs données fondamentales de leurs installations) ou encore publier les informations privilégiées pour garantir une transparence suffisante. En cas de comportement de marché illicite ou de violation des obligations mentionnées, l'ElCom 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. Elle est de plus également habilitée à prononcer des sanctions administratives. Une sanction relevant du droit pénal administratif peut également être infligée si une décision de l'ElCom n'est pas respectée. Enfin, les comportements de marché illicites sont sanctionnés pénalement par les autorités fédérales de poursuite pénale.

La mise en œuvre des sanctions prévues par le règlement REMIT varie dans les États membres de l'UE: certains ne prévoient que des sanctions relevant du droit de la surveillance, et d'autres, des sanctions relevant et du droit de la surveillance et du droit pénal. La solution retenue est donc tout à fait comparable à celles qui prévalent dans certains États membres de l'UE.

Largement inspiré du règlement REMIT, le projet est ainsi compatible avec le droit actuel de l'UE en ce qui concerne les sanctions possibles.

L'obligation de communication prévue par le présent projet diffère toutefois légèrement de celle du règlement REMIT. En effet, les informations concernées sont communiquées non pas directement à l'ACER, mais à l'ElCom, une loi suisse ne pouvant réglementer les droits et les obligations d'une autorité de l'UE. Mais si un accord sur l'électricité devait voir le jour, les participants au marché seraient alors vraisemblablement tenus, en vertu du REMIT, de fournir des données directement à l'ACER. En outre, un tel accord réglementerait certainement la collaboration entre l'ACER et l'ElCom. Cette dernière aurait alors probablement accès aux données importantes pour elle en vertu de l'art. 10 REMIT. L'obligation de communiquer des informations à l'ElCom n'est donc aucunement en contradiction avec le règlement REMIT mais résulte simplement de ce que la Suisse n'y participe pas aujourd'hui.

Les participants au marché suisse et les participants au marché européen déjà enregistrés auprès d'une autorité étrangère de surveillance du marché de l'énergie restent soumis à une obligation d'enregistrement en Suisse auprès de l'ElCom. L'art. 9, par. 1, al. 2, du REMIT précise qu'un acteur du marché ne s'enregistre qu'auprès d'une seule autorité de régulation nationale. La Suisse n'étant pas membre de l'UE, il n'est pas possible d'éviter un double enregistrement. Si un accord entre la Suisse et l'UE établissant l'applicabilité du REMIT en Suisse devait voir le jour, il y aurait lieu d'assurer une reconnaissance mutuelle de l'enregistrement et un droit d'accès des deux parties aux registres des participants au marché. Pour réduire autant que possible la charge administrative des participants au marché déjà enregistrés auprès d'une autorité de régulation nationale d'un l'État membre de l'UE, ceux-ci seront autorisés à fournir à l'ElCom les mêmes informations qu'ils fournissent en vertu des réglementations de l'UE. Ainsi, là encore, ce projet n'est aucunement en contradiction avec le système REMIT.

Le 14 mars 2023, la Commission européenne a présenté, entre autres, une révision du règlement REMIT dans le cadre d'un paquet législatif plus important¹³. Les nouvelles réglementations suivantes sont envisagées:

- sévérité accrue des obligations de déclaration en cas d'opérations d'initiés et de manipulations de marché;
- désignation d'un représentant au sein de l'UE pour les participants au marché qui résident où qui sont établis dans un pays tiers;
- adaptation de la définition des produits énergétiques de gros (et donc une extension du champ d'application du système REMIT);
- délégations obligatoires à des tiers (plateformes d'informations privilégiées et mécanismes de déclaration);

- exigence de systèmes et de contrôle des risques pour le trading algorithmique;
- définition de sanctions minimales et maximales pouvant être infligées en cas de non-respect du règlement REMIT, l'objectif étant d'harmoniser les sanctions dans les États membres et de garantir une application uniforme du système REMIT (p. ex. les sanctions administratives).

Le 19 juin 2023, le Conseil de l'UE a arrêté sa position concernant la révision proposée. L'orientation générale servira de mandat de négociation avec le Parlement européen en vue de l'élaboration du texte définitif de l'acte législatif. Pour garantir la compatibilité du présent projet avec la révision en cours de la législation européenne, les Chambres fédérales pourront procéder aux adaptations nécessaires. Le cas échéant, les divergences pourraient également être éliminées parallèlement à la ratification d'un éventuel accord avec l'UE tenant compte de ladite révision.

¹² 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 12.04.2003, a été abrogée et remplacée par le Règlement (UE) 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie (refonte), JO L 158, du 14.6.2019, p. 22, modifié en dernier lieu par le Règlement (UE) 2019/2115, JO L 320 du 11.12.2019, p. 1.

¹³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n° 1227/2011 et (UE) 2019/942 afin d'améliorer la protection de l'Union contre la manipulation du marché de gros de l'énergie, COM (2023) 147 final.

4 Présentation du projet

4.1 Nouvelle réglementation proposée

Le présent projet vise à renforcer la surveillance et la transparence du négoce de gros de l'énergie et régit principalement les points suivants:

- la gestion des comportements de marché illicites;
- l'obligation préalable, pour les participants au marché suisse et les participants au marché européen, de s'enregistrer auprès de l'ElCom;
- l'obligation, pour les participants au marché suisse, de publier les informations privilégiées au moyen d'une plateforme d'informations privilégiées enregistrée auprès de l'ElCom et agréée par elle (notamment les données fondamentales de leurs installations de production et de transport d'énergie telles que la capacité, la disponibilité et l'indisponibilité prévues ou encore l'utilisation de ces installations);
- l'obligation, pour les participants au marché suisse, de communiquer à l'ElCom au moyen d'un mécanisme de déclaration enregistré auprès de l'ElCom et agréé par elle, des informations relatives à leurs transactions et à leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros suisses, ainsi que

- les données fondamentales de leurs installations;
- l’obligation, pour les participants au marché européen, de transmettre également à l’ElCom les informations qu’ils doivent communiquer aux autorités européennes conformément aux réglementations de l’UE (reprise dans la loi de l’art. 26a^{bis} OApEl);
- la procédure d’enregistrement et d’agrément pour les plateformes d’informations privilégiées et les mécanismes de déclaration;
- les tâches de l’ElCom et les moyens mis à sa disposition pour collecter et évaluer les données, les modalités de la collaboration avec d’autres autorités compétentes en Suisse ou à l’étranger et, en particulier, les modalités de l’échange d’informations et de données avec ces autorités;
- la possibilité pour l’ElCom de sanctionner les participants au marché et les intermédiaires au marché suisse au moyen d’instruments de surveillance ou de sanctions administratives;
- la poursuite pénale des comportements de marché illicites par les autorités fédérales compétentes.

4.2 Répartition des compétences

Sauf mention contraire, l’exécution des dispositions de la LSTE incombe à l’ElCom. Si l’ElCom a été choisie comme autorité de surveillance, c’est qu’en sa qualité d’autorité de régulation nationale dans le domaine de l’électricité, elle surveille déjà les marchés concernés 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]¹⁴). La LSTE renvoie d’ailleurs expressément à plusieurs endroits aux dispositions de la LApEl qui s’appliquent par analogie à l’exécution de la LSTE. Étant donné qu’il n’existe pas, ou du moins pas encore, d’autorité équivalente pour le secteur gazier et qu’il serait disproportionné d’en créer une en vue de surveiller exclusivement le marché de gros du gaz, il incombera à l’ElCom de surveiller l’ensemble des marchés de gros de l’énergie, en raison des liens étroits qui unissent les deux secteurs. Il sera ainsi possible de créer des synergies, et le savoir-faire acquis dans l’un des deux secteurs pourra également servir pour l’autre. Par ailleurs, l’ElCom a déjà augmenté ses ressources pour pouvoir exécuter les tâches prévues dans l’OApEl (art. 26a^{bis} à 26c). Il convient enfin de préciser qu’au niveau européen (ACER) comme dans les pays voisins (p. ex. ARERA, BNetzA, CRE, E-Control), les autorités de régulation de l’énergie sont également chargées de l’application du règlement REMIT.

Les dispositions concernant les comportements de marché illicites (cf. art. 16 et 17) s’inspirent largement dans leur formulation des réglementations de l’UE. Seule différence, les manipulations de marché ne sont punissables que lorsqu’il existe au moins un élément d’intention (c.-à-d. que «les personnes concernées savaient ou devaient savoir»). Sur ce

point, la LSTE s'inspire fortement du droit actuel des marchés financiers (art. 143 de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF¹⁵)). Partant et contrairement aux réglementations de l'UE, les simples erreurs de négoce ne constituent pas en Suisse des comportements de marché illicites. Néanmoins, une erreur de négoce commise dans une intention manipulatrice reste punissable, qu'elle influe effectivement ou non sur les prix des produits énergétiques de gros suisses ou qu'elle soit simplement susceptible de le faire. La distinction faite dans l'UE entre manipulation et tentative de manipulation de marché n'a donc pas été retenue dans la LSTE.

S'agissant des normes pénales relatives aux comportements de marché illicites, leur formulation est analogue à celles des dispositions correspondantes de la LIMF (art. 154 et 155). Ces dernières s'appliquent néanmoins uniquement aux valeurs mobilières admises à la négociation sur une plateforme 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 dispositions de la LSTE valent pour tous les produits énergétiques de gros, indépendamment du lieu où ils sont négociés. Ce chevauchement entre le droit des marchés financiers et celui du marché de gros de l'énergie est intentionnel, car certains comportements peuvent affecter tant les marchés financiers que les marchés de gros de l'énergie.

La LSTE prévoit en cas de chevauchement de compétences l'application exclusive de la LIMF (art. 2, al. 2), comme dans l'UE, où dans un tel cas le droit des marchés financiers prévaut sur celui des marchés de gros de l'énergie. Cette exception est valable tant pour les infractions administratives (l'applicabilité des 142 ou 143 LIMF exclut l'applicabilité simultanée des art. 16 ou 17 de la LSTE) que pour les infractions pénales (l'applicabilité des art. 154 ou 155 LIMF exclut l'applicabilité simultanée des art. 39 ou 40 de la LSTE).

L'obligation de communiquer des informations concernant les produits dérivés inscrit dans la LIMF pourrait elle aussi donner lieu à un chevauchement de compétences. Aussi le projet prévoit-il que les informations relatives aux transactions ou aux ordres qui ont déjà été fournies en vertu de la LIMF n'ont plus à être transmises à l'EiCom (art. 11, al. 2). L'EiCom pourra obtenir ces informations directement auprès du référentiel central sur la base de l'art. 77, al. 1, let. d, LIMF. Au besoin, l'EiCom pourrait également obtenir ces informations dans le cadre de l'entraide administrative avec l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) (cf. art. 32, al. 1).

Rien n'a été prévu pour délimiter ces compétences par rapport à celles de la Commission de la concurrence (COMCO). Il n'est donc pas impossible que l'EiCom et la COMCO travaillent en parallèle sur un même cas, chacune dans son domaine de surveillance et avec ses instruments. L'entraide administrative est réservée (art. 32, al. 2).

¹⁴ RS 734.7

4.3 Mise en œuvre

L'obligation d'enregistrement s'applique à tous les participants au marché suisse ainsi qu'à tous les participants au marché européen, et ce avant même qu'ils ne concluent la moindre transaction ou n'émettent le moindre ordre sur les marchés de gros de l'énergie. L'ElCom établit un registre public de tous les participants au marché suisse et des participants au marché européen enregistrés auprès d'elle. Ce registre est public et contient un certain nombre d'informations, dont le nom et l'adresse du participant au marché ou encore le nom de la plateforme d'informations privilégiées utilisée (cf. art. 5).

L'obligation de publier les informations privilégiées incombe uniquement aux participants au marché suisse. En effet, les participants au marché européen publiant déjà leurs informations privilégiées selon le droit européen, une double obligation de publication ne saurait se justifier, puisque le public (et donc aussi l'ElCom) a pleinement accès aux plateformes sur lesquelles ces informations sont publiées. Pour parvenir à une diffusion effective, les informations doivent être divulguées par l'intermédiaire d'une plateforme d'informations privilégiées enregistrée auprès de l'ElCom et agréée par elle (cf. art. 8). A cet égard, le projet prévoit une reconnaissance unilatérale des plateformes d'informations privilégiées déjà enregistrées auprès de l'ACER et agréées par celle-ci conformément aux réglementations de l'UE. Afin de donner une vue d'ensemble des plateformes d'informations privilégiées qui sont enregistrées et agréées en Suisse, l'ElCom tient un registre accessible au public qu'elle met régulièrement à jour. Ce registre doit permettre aux participants au marché suisse d'avoir rapidement accès aux diverses plateformes sur lesquelles une publication sera considérée comme étant effective au sens de la LSTE.

L'obligation de communication n'est pas la même pour les participants au marché suisse que pour les participants au marché européen. S'agissant des premiers, ils communiquent à l'ElCom d'une part les informations relatives à leurs transactions et leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros suisses, et d'autre part les données fondamentales de leurs installations, soit les informations relatives à la capacité et à l'utilisation des installations de production, de stockage, de consommation ou de transport d'électricité ou de gaz, y compris les indisponibilités prévues ou imprévues desdites installations (cf. art. 3, al. 1, let. d). S'agissant des seconds, le projet reprend les dispositions de l'art. 26a^{bis}, al. 1 et 2, let. a, OApEI pour les intégrer à l'art. 4 et à l'art. 11, al. 3 de la LSTE, et les étend au secteur du gaz. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, les participants au marché européen doivent communiquer à l'ElCom, simultanément et sous la même forme, les informations qu'ils sont tenus de fournir aux autorités de l'UE ou d'un État membre de l'UE en vertu des réglementations de l'UE.

Pour rationaliser la communication des données à l'ElCom et la rendre plus efficace, les

informations doivent impérativement être transmises par l'intermédiaire de mécanismes de déclaration qui sont enregistrés auprès de l'ElCom et agréés par elle (cf. art. 12). A cet égard, le projet prévoit une reconnaissance unilatérale des mécanismes déjà enregistrés auprès de l'ACER et agréés par celle-ci au sens des réglementations de l'UE. Afin de donner une vue d'ensemble des mécanismes de déclaration qui sont enregistrées et agréées en Suisse, l'ElCom tient un registre accessible au public qu'elle met régulièrement à jour.

Les violations graves des obligations de la LSTE ainsi que les comportements de marchés illicites graves peuvent être sanctionnés par l'ElCom au moyen de mesures relevant du droit de la surveillance ou de sanctions administratives. S'agissant des infractions pénales, les autorités fédérales de poursuite pénale sont compétentes pour poursuivre les d'opérations d'initiés et les manipulations du marché (comme c'est le cas dans le cadre de la législation sur les marchés financiers).

5 Commentaire des dispositions

Section 1 Dispositions générales

Art. 1 But et objet

Al. 1

La LSTE a principalement pour objet les marchés de gros de l'énergie sur lesquels des produits énergétiques de gros suisses et des produits énergétiques de gros au sens des réglementations de l'UE sont négociés.

Il est important que les consommateurs et les participants au marché puissent avoir confiance dans l'intégrité des marchés de l'électricité et du gaz, que les prix fixés sur ces marchés reflètent une interaction équilibrée et concurrentielle entre l'offre et la demande et que nul abus de marché ne puisse donner lieu à des profits. Les marchés de gros de l'énergie sont de plus en plus interconnectés, de sorte qu'une activité de marché dans un État membre de l'UE influencera, à la fois les prix de gros de l'électricité et du gaz au-delà des frontières de cet État et les prix de détail supportés par les consommateurs et les microentreprises. Un contrôle strict du marché transfrontalier est essentiel pour parachever un marché intérieur de l'énergie qui fonctionne pleinement, et qui soit interconnecté et intégré. Une plus grande transparence sur les marchés de gros de l'énergie permet également de pouvoir détecter précocement les comportements illicites ainsi que de renforcer et la stabilité du système et la sécurité de l'approvisionnement en Suisse. En effet, les informations obtenues par l'ElCom en vertu de la LSTE lui permettront d'observer et de surveiller l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable en Suisse.

Al. 2

Les participants au marché suisse (cf. art. 2, al. 1, let. a), les participants au marché européen (cf. art. 2, al. 1, let. b) ainsi que les intermédiaires au marché suisse (cf. art. 2, al. 1, let. c) sont soumis à un certain nombre d'obligations en vertu de la loi.

Let. a: les participants au marché suisse doivent s'enregistrer auprès de l'ElCom avant de conclure toute transaction ou d'émettre tout ordre sur un marché de gros de l'énergie. Ils doivent en outre communiquer à l'ElCom les informations nécessaires à la surveillance du marché (soit celles relatives à leurs transactions et à leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros suisses et à leurs données fondamentales concernant leurs installations) et publier leurs informations privilégiées pour garantir une transparence suffisante. Parallèlement à leurs obligations découlant des réglementations de l'UE, les participants au marché européen restent à peu de choses près soumis aux mêmes obligations qui étaient les leurs à l'aune de l'OApEl. Ils sont tenus de s'enregistrer auprès de l'ElCom et doivent lui communiquer, simultanément et sous la même forme, les informations qu'ils sont tenus de fournir aux autorités de l'UE ou d'un État membre de l'UE en vertu du règlement REMIT. Enfin, du fait de leur connaissance exclusive du marché sur lequel ils opèrent et de leurs clients, les intermédiaires au marché suisse sont soumis à des obligations visant principalement à prévenir des comportements de marché illicites.

Let. b: 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 à prévenir de tels comportements, afin d'éviter toute influence néfaste sur les marchés de gros de l'énergie.

Let c: 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.

Art. 2 Champ d'application personnel et matériel

Al. 1

S'agissant tout d'abord du champ d'application géographique, il est impératif que le marché de gros de l'énergie dont il est question se trouve en Suisse ou dans l'UE. De ce fait, la Suisse se calque sur les réglementations de l'UE («tout marché au sein de l'Union») et évite d'inclure par exemple les marchés de gros de l'énergie asiatique ou outre-Atlantique.

Let. a: la loi s'applique en premier lieu à 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 suisses (les «participants au marché suisse»).

La conclusion de transactions et l'émission d'ordres sur les marchés de gros de l'énergie (au sens de l'art. 3, al. 1, let. a) concernant des produits énergétiques de gros suisses (au sens de l'art. 3, al. 1, let. b) est le critère décisif pour déterminer si une personne physique ou morale est considérée comme un participant au marché suisse. Les termes «transaction» et «ordre» s'appuient quant à eux sur la définition correspondante dans le droit des marchés financiers. Être qualifié de participant au marché suisse revêt une importance capitale dès lors qu'une série d'obligations spécifiques s'imposent à ces personnes. Il s'agit d'une obligation d'enregistrement (cf. art. 4), de publication (cf. art. 6 et 7) et enfin de communication (cf. art. 11).

Dans certaines situations, il n'est toutefois pas exclu qu'un seul et même produit énergétique de gros suisse soit également soumis aux réglementations de l'UE. On pense notamment aux contrats relatifs au transport d'électricité ou de gaz de l'UE à destination de la Suisse, ou de la Suisse vers l'UE, ou encore aux produits dérivés se rapportant à l'électricité ou au gaz générés en Suisse et ayant un point de livraison dans l'UE. Pour autant qu'ils aient leur domicile ou leur siège en Suisse, cette situation peu commune peut conduire à ce qu'un seul participant au marché soit qualifié simultanément de participant au marché suisse et de participant au marché européen (participant au marché suisse-européen).

Malgré ce double statut, le participant au marché suisse-européen devra veiller à respecter l'intégralité des obligations prévues par la loi:

- Il doit s'enregistrer auprès de l'ElCom tout en mentionnant, le cas échéant, qu'il est déjà enregistré auprès de l'ACER (cf. art. 4, al. 2, let. d). Comme il s'agit d'un participant au marché soumis au règlement REMIT et dès lors déjà enregistrés auprès d'une autorité de régulation nationale d'un État membre de l'UE, celui-ci sera autorisé, au même titre que les participants au marché européen, à fournir à l'ElCom les mêmes informations qu'ils fournissent en vertu des réglementations de l'UE (cf. art. 4, al. 3).
- S'agissant de l'obligation de publication, les plateformes d'informations privilégiées déjà enregistrées auprès de l'ACER et agréées par celle-ci au sens des réglementations de l'UE sont reconnues en Suisse, de sorte qu'une publication, à l'aune du règlement REMIT, sur l'une de ces plateformes équivaut à une publication effective au sens de la LSTE (art. 6, al. 1 et 3). Partant, une seule et même publication sur l'une de ces plateformes remplira à la fois l'obligation découlant du règlement REMIT et celle prévue par la LSTE.
- Enfin, s'agissant de l'obligation de communication, une seule et même transaction pourrait conduire à une double obligation (sous l'angle de l'art. 11, al. 1 et 3). Dans ce cas de figure, une seule communication à l'ElCom est suffisante au vu de

l'exception inscrite à l'art. 11, al. 5, let. c.

Une situation semblable peut également se présenter lorsqu'un participant au marché conclut plusieurs transactions ou émet plusieurs ordres qui portent chacun sur des produits énergétiques de gros suisses ou sur des produits énergétiques de gros au sens des réglementations de l'UE. À la différence des participants au marché suisse-européen, ce n'est pas une seule et même transaction, où un seul et même ordre, qui porte sur un produit énergétique de gros suisses qui est également soumis aux réglementations de l'UE, mais bien plusieurs transactions, ou plusieurs ordres, qui portent chacun sur un produit énergétique de gros bien défini. Dans cette situation, le participant au marché devra alors respecter les obligations spécifiques applicables au type de produit énergétique de gros visé par la transaction ou par l'ordre (p. ex. art. 11, al. 1 et 3).

Parmi les participants au marché suisse, il est notamment possible de citer la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LApEI, les gestionnaires de réseau de transport, de distribution ou de stockage de gaz ou d'électricité, les entreprises de négoce d'énergie, les producteurs de gaz ou d'électricité, les fournisseurs, les responsables de groupes-bilans ou encore les consommateurs finaux lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une influence significative sur les prix des produits énergétiques de gros suisses.

Let. b: la loi s'applique également aux personnes physiques ou morales ayant leur siège ou leur domicile en Suisse, qui concluent des transactions ou émettent des ordres sur un marché de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros au sens des réglementations de l'UE (les «participants au marché européen»). Ces participants sont actuellement soumis aux art. 26a^{bis} à 26c OApEI dans le domaine de l'électricité.

Contrairement aux participants au marché suisse, il est ici impératif que la personne physique ou morale ait son domicile ou son siège en Suisse pour que la LSTE leur soit applicable. La simple présence d'une succursale en Suisse ne suffit pas. Pour le reste, la conclusion de transactions et l'émission d'ordres sur les marchés de gros de l'énergie (au sens de l'art. 3, al. 1, let. a) concernant des produits énergétiques soumis aux réglementations de l'UE sont les autres critères décisifs pour déterminer si une personne physique ou morale est un participant au marché européen. En d'autres termes, il s'agit des personnes qui sont soumises au REMIT.

Comme c'est le cas sous l'empire des art. 26a^{bis} à 26c OApEI, ces personnes sont soumises à une série d'obligations spécifiques. Il s'agit d'une obligation d'enregistrement (cf. art. 4) et de communication (cf. art. 11). Toutefois, les participants au marché européen ne sont pas soumis à une obligation de publication (cf. art. 6 et 7). En effet, les informations privilégiées qu'ils possèdent étant d'ores et déjà publiées à l'aune du droit européen, une double obligation de publication ne saurait se justifier, ceci dans la mesure où le public (et dès lors l'ElCom) a accès aux plateformes sur lesquelles ces informations sont publiées.

Let. c: la loi s'applique aussi aux personnes physiques ou morales qui organisent professionnellement en tant qu'intermédiaires des transactions portant sur des produits énergétiques de gros suisses (les «intermédiaires au marché suisse»).

Pour être considéré comme tels, 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 suisses. Cette activité vise:
 - à permettre à des tiers (acheteurs ou vendeurs) d'effectuer une transaction sur des produits énergétiques de gros suisses ou à les assister d'une manière qui entraîne directement une telle transaction (c'est-à-dire qui a pour effet direct la conclusion de la transaction est conclue), ou
 - à fournir un outil qui permet à des tiers (acheteurs ou vendeurs) d'exécuter plus facilement des transactions portant sur des produits énergétiques de gros suisses. 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 de ces personnes 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 seule et même transaction.

Sont notamment considérés comme intermédiaires au marché suisse, 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, avant de lancer le marché suisse *intraday* en juin 2013.

Al. 2

Même si cela n'est pas précisé, la loi s'applique intégralement aux états de fait qui constituent des comportements de marché illicite sur les marchés de gros de l'énergie (cf. art. 16 et 17 ou 39 et 40). D'autres personnes que celles visées à l'al. 1 sont dès lors

susceptibles d'être touchées par ces réglementations spécifiques. Ces personnes ont néanmoins un rapport direct avec des produits énergétiques de gros suisses, que ce soit par l'exploitation d'informations privilégiées ou par une manipulation de marché.

Cependant, la LSTE n'est pas applicable lorsque ces comportements de marché illicites contreviennent également et simultanément à la LIMF. En effet, comme c'est le cas pour les réglementations européennes, le droit des marchés financiers a le pas en cas de chevauchement avec celui des marchés de gros de l'énergie. Cette exception est valable tant pour les infractions administratives (l'application des art. 142 ou 143 LIMF exclut une application simultanée des art. 16 ou 17 LSTE) que pour les infractions pénales (l'application des art. 154 ou 155 LIMF exclut une application simultanée des art. 39 ou 40 LSTE).

Art. 3 Définitions

Al. 1

Let. a: au sens de la LSTE, on entend par «marché de gros de l'énergie» tout marché en Suisse ou dans l'UE, sur lequel sont négociés des produits énergétiques de gros, directement ou au moyen d'un intermédiaire.

Comme il a été précisé à l'art. 2, al. 1, il est impératif que le marché de gros de l'énergie en question se trouve en Suisse ou dans l'UE. Les marchés de gros de l'énergie englobent à la fois les marchés des produits de base et des produits dérivés qui sont d'une importance significative pour le marché de l'énergie et les marchés financiers. Ils comprennent, entre autres, des marchés réglementés comme les bourses de l'électricité et du gaz, des plateformes multilatérales de négociation, ou encore des transactions de gré à gré et des contrats bilatéraux, conclus directement ou par l'entremise d'intermédiaires.

Let. b: les ch. 1 à 4 énumère les contrats et produits dérivés entrant dans la définition de «produit énergétique de gros suisse».

Est réputé «produit énergétique de gros suisse» tout contrat de fourniture (vente et revente) d'électricité ou de gaz avec livraison en Suisse (*ch. 1*).

S'agissant tout d'abord de la définition de «gaz», celle-ci englobe 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.

Concernant le contrat de fourniture, s'agissant du champ d'application géographique, la livraison de cette électricité ou de ce gaz doit impérativement avoir lieu en Suisse. Par conséquent, les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz produits ou générés en Suisse

mais livrés en dehors de ses frontières n'entrent pas dans la définition de produit énergétique de gros suisse. *A contrario*, les contrats d'équilibrage, *intraday*, *within-day*, *day-ahead*, *two-day-ahead*, *week-end*, semaine, mensuel, trimestriel, annuel et long terme ou toute autre période sont généralement considérés sur le marché comme des contrats de fourniture d'électricité ou de gaz.

Les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz aux consommateurs finaux en Suisse ne sont toutefois considérés comme des produits énergétiques de gros suisses que si ces consommateurs sont susceptibles d'avoir une influence significative sur les prix de ces produits. Il est toutefois nécessaire que l'électricité ou le gaz soit consommé en Suisse. Il s'agit là d'une restriction pour les contrats de fourniture qui sont destinés aux consommateurs finaux.

Les contrats de distribution d'électricité ou de gaz aux consommateurs finaux en Suisse (*ch. 2*) sont, eux, uniquement considérés comme des produits énergétiques de gros suisses, si ces consommateurs sont susceptibles d'avoir une influence significative sur les prix de ces produits. Le champ d'application géographique de ce type de contrats découle directement du *ch. 1*, qui étend aux contrats de distribution la condition d'une livraison en Suisse.

S'agissant du contrat relatif au transport d'électricité ou de gaz (*ch. 3*), le champ d'application géographique prévoit qu'au moins une zone de dépôt des offres (*bidding zone*) ou un point de livraison (*delivery point*) se trouve en Suisse. Font dès lors partie de la définition de produit énergétique de gros suisse:

- tout contrat relatif au transport d'électricité ou de gaz (y compris le GNL) entre des zones de dépôt des offres ou des points de livraison spécifiques qui sont (totalement ou partiellement) situés géographiquement sur le territoire suisse;
- tout contrat relatif au transport d'électricité ou de gaz (y compris le GNL) à travers la Suisse;
- tout contrat relatif au transport d'électricité ou de gaz (y compris le GNL) d'une zone de dépôt des offres ou d'un point de livraison géographiquement situé en dehors de la Suisse vers une zone de dépôt des offres ou un point de livraison situé (totalement ou partiellement) à l'intérieur de la Suisse; et
- tout contrat relatif au transport d'électricité ou de gaz (y compris le GNL) depuis une zone de dépôt des offres ou un point de livraison géographiquement situé à l'intérieur de la Suisse (totalement ou partiellement) vers une zone de dépôt des offres ou un point de livraison situé à l'extérieur de la Suisse.

À titre d'exemple, on peut notamment penser aux 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.

Pour les contrats relatifs au transport d'électricité ou de gaz, un chevauchement est possible avec les réglementations de l'UE. En effet, ce type de contrat peut à la fois être défini comme produit énergétique de gros suisse et comme produit énergétique de gros au sens des réglementations de l'UE (cf. commentaire de l'art. 2, al. 1, let. a).

Est également réputé «produit énergétique de gros suisse» tout produit dérivé se rapportant à l'électricité ou au gaz générés, négociés ou livrés en Suisse ou au transport d'électricité ou de gaz à travers la Suisse, à destination de la Suisse, ou de la Suisse vers l'étranger (*ch. 4*).

S'agissant des produits dérivés se rapportant à l'électricité ou au gaz générés, négociés ou livrés en Suisse, le champ d'application géographique s'étend au-delà de celui prévu au *ch. 1* (c'est-à-dire livraison uniquement en Suisse). En effet, il inclut également les contrats dérivés relatifs à l'électricité ou au gaz générés ou négociés en Suisse. Ces contrats représentent donc des produits énergétiques de gros suisses, et cela peu importe que l'électricité ou le gaz en question soient ou non livrés en Suisse. Néanmoins, il est clair que si l'électricité ou le gaz sous-jacents ne sont pas produits, négociés ou livrés en Suisse, un tel contrat dérivé ne sera jamais considéré comme un produit énergétique de gros suisse.

Pour ce type de produits, un chevauchement avec les réglementations de l'UE est également envisageable. On pense notamment aux produits dérivés se rapportant à l'électricité ou au gaz générés en Suisse et livré dans l'UE (cf. commentaire de l'art. 2, al. 1, let. a).

La définition des produits énergétiques de gros suisses est un élément central de la LSTE dans la mesure où elle correspond au point d'attache entre les personnes qui concluent des transactions ou émettent des ordres sur les marchés de gros de l'énergie et les participants au marché suisse. Ce n'est en effet que si de tels produits sont négociés sur les marchés de gros de l'énergie que les personnes concernées seront qualifiées de participants au marché suisse. Cette qualification a pour conséquence une soumission directe à la LSTE (cf. art. 2, let. a) ainsi qu'à une série d'obligations spécifiques (cf. art. 4, 6 et 11). Elle impose également une certaine retenue dans l'adoption de certains comportements de marché qui pourraient se voir qualifier d'illicites (cf. art. 16 et 17 ou 39 et 40).

Let. c: une «information privilégiée» est définie comme une information confidentielle de nature précise qui concerne directement ou indirectement un ou plusieurs produits énergétiques de gros suisses et dont la divulgation est susceptible d'influencer notablement le prix de ces produits.

Pour présenter cette qualité, une information doit d'abord être confidentielle. En effet, tant qu'elle n'est rendue pas publique, une information ne peut entraîner une asymétrie d'informations entre les différents 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 de l'ensemble des parties concernées, c'est-à-dire d'un nombre indéterminé de participants au marché. Un lieu centralisé (p. ex. plateforme d'information privilégiée ou de transparence) permet 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 le participant au marché lui-même ou par un tiers.

La nature précise de l'information doit quant à elle être évaluée par le détenteur de l'information au cas par cas et dépend de la nature de l'information ainsi que du contexte environnant. Dans cette évaluation, le détenteur de l'information doit, entre autres, tenir compte des considérations suivantes:

- une information est considérée précise dès lors qu'il existe une perspective réaliste que les circonstances ou événements auxquels elle se réfère se réalisent ou se produisent, compte tenu de tous les facteurs existant au moment de l'évaluation;
- le calcul de l'effet potentiel de l'information sur les prix des produits énergétiques de gros suisses n'est pas un élément à prendre en considération dans l'évaluation de la nature précise de l'information. Cependant, la probabilité d'un effet notable sur les prix doit être évaluée pour déterminer si l'information est belle est bien une information dite privilégiée. Toutefois, pour que l'information ait un caractère précis, il n'est pas nécessaire de pouvoir déduire de cette information, avec un degré de probabilité suffisant, que, une fois rendue publique, son effet potentiel sur les prix des produits énergétiques de gros suisses concernés ira dans un sens particulier;
- les étapes intermédiaires liées à la réalisation de circonstances ou d'événements futurs sont suffisamment précises pour permettre de tirer des conclusions quant à l'effet probable de cet ensemble de circonstances ou d'événements sur les prix des produits énergétiques de gros suisses. À titre d'exemple, on peut citer le processus long et complexe menant à la mise en service de nouvelles centrales ou à la remise en service de centrales. Ses principales étapes constituent des étapes intermédiaires.

Ensuite, l'information doit concerner directement ou indirectement un ou plusieurs produits énergétiques de gros suisses. Toute information susceptible d'influer sur la demande, l'offre ou le prix d'un produit énergétique de gros suisse ou sur les anticipations relatives à la demande, l'offre 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 suisses. 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.

Let. d: est réputée «donnée fondamentale d'une installation» toute information relative à la capacité et l'utilisation des installations de production, de stockage, de consommation ou de transport d'électricité ou de gaz, y compris l'indisponibilité prévue ou imprévue desdites installations.

Les données sur les installations jouent un rôle crucial dans la transparence des marchés de gros de l'énergie dans la mesure où elles fournissent des informations essentielles aux participants au marché et à l'autorité de surveillance. Que ce soit par l'entremise de la publication (cf. art. 6 ou 7) si elles possèdent un caractère privilégié, ou de la communication (cf. art. 11) si tel n'est pas le cas, il est impératif que ces informations soient mises à la disposition de l'ElCom ou des participants au marché.

Let. e: une «plateforme d'informations privilégiées» est définie comme tout système électronique de diffusion d'informations privilégiées, qui permet aux participants au marché de partager ces informations avec le public.

Les plateformes d'informations privilégiées jouent un rôle majeur concernant l'obligation de publication visée à l'art. 6. En effet, les participants au marché suisse sont tenus de publier leurs informations privilégiées au moyen de l'une de ces plateformes, sans quoi la publication ne pourra être considérée comme effective. Ces informations sont essentielles pour surveiller et analyser le fonctionnement du marché, détecter les abus de marché et favoriser une plus grande transparence.

Afin de garantir la confiance en ces plateformes, il est toutefois nécessaire que celles-ci obtiennent un agrément de l'ElCom avant de pouvoir être actives en Suisse (cf. art. 8).

Let. f: est réputé «gestionnaire de réseau suisse de transport du gaz», tout gestionnaire de conduites de gaz servant à l'interconnexion de la Suisse avec les réseaux de gaz étrangers, au transit et au transport de gaz sur de longues distances en Suisse. Sont particulièrement visées les installations du réseau exploitées à des niveaux de pression supérieurs (> 5 bars). Le gazoduc de transit en fait notamment partie. Actuellement, le réseau de transport du gaz comprend les installations de Transitgas AG, de Swissgas AG, de Gaznat SA, de Gasverbund Mittelland AG, de Erdgas Ostschweiz AG, de Erdgas Zentralschweiz AG, de Unigaz SA ainsi que celles de *Aziende industriali di Lugano SA*.

Al. 2

En tenant compte des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral fixera les critères permettant de juger de l'influence des consommateurs finaux sur les prix des produits énergétiques de gros suisses conformément à l'al. 1, let. b, ch. 1 et 2. Au sein de l'UE, le critère utilisé est celui de la capacité de consommation annuelle (seuil de 600 GWh par an). Cette capacité de consommation correspond à la consommation d'électricité ou de gaz d'un consommateur final qui exploite entièrement sa capacité de production. Elle comprend la consommation totale dudit consommateur en tant qu'entité économique unique, dans la mesure où la consommation a lieu sur des marchés où les prix de gros sont interdépendants. Ce critère pose toutefois de plus en plus de problèmes d'application au sein de l'UE, dès lors qu'il n'est très souvent pas connu des consommateurs eux-mêmes.

Section 2

Obligations des participants au marché et des intermédiaires et agrément des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclaration

Art. 4 Enregistrement des participants au marché

Al. 1

L'obligation d'enregistrement s'applique à tous les participants au marché suisse ainsi qu'à tous les participants au marché européen, avant même qu'ils ne concluent la moindre transaction ou n'émettent le moindre ordre sur les marchés de gros de l'énergie.

Les participants au marché suisse et les participants au marché européen qui seraient déjà enregistrés auprès d'une autorité étrangère de surveillance du marché de l'énergie restent malgré tout soumis à une obligation d'enregistrement en Suisse auprès de l'ElCom. L'art. 9, par. 1, al. 2, du REMIT précise qu'un acteur du marché ne s'enregistre qu'auprès d'une seule autorité de régulation nationale. Toutefois, la Suisse n'étant pas membre de l'UE, il n'est pas possible d'éviter un double enregistrement. Si un accord entre la Suisse et l'UE établissant l'applicabilité du 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.

Dans le cas de figure du participant au marché suisse-européen, un seul enregistrement est nécessaire auprès de l'ElCom. Ils devront néanmoins communiquer à l'ElCom, au moyen de leur identifiant (al. 2, let. d), le fait qu'ils sont déjà enregistrés auprès de l'ACER (cf. commentaire de l'art. 2, al. 1, let. a).

L'obligation d'enregistrement existe même si une entreprise mère, une filiale ou une autre entreprise liée au participant au marché est déjà enregistrée ou a commencé le processus d'enregistrement. Dans la mesure où elles ne sont pas des personnes morales distinctes, les succursales d'un participant au marché ne sont pas obligées de s'enregistrer en tant que participants au marché distincts.

Al. 2 et 3

Lors de l'enregistrement, les participants doivent communiquer à l'ElCom un certain nombre d'informations qui sont nécessaires à l'ElCom en vue de ses tâches de surveillance. Sous réserve de l'art. 5, ces informations seront contenues dans le système d'information de l'ElCom et ne seront pas accessibles au public (cf. art. 21, al. 3).

Pour réduire autant que possible la charge administrative des participants au marché déjà enregistrés auprès d'une autorité de régulation nationale d'un l'État membre de l'UE, ceux-ci fournissent à l'ElCom exactement les mêmes informations qu'ils ont déjà fournies au sens des réglementations de l'UE.

Al. 4

Les participants au marché sont en outre tenus d'indiquer à l'ElCom tout changement survenu dans ces informations. L'obligation d'enregistrement n'est dès lors pas une contrainte unique, mais une exigence constante. Si les changements survenus ne sont pas communiqués rapidement à l'ElCom, l'enregistrement sera considéré comme incomplet. Les participants au marché dont le formulaire d'enregistrement n'est plus actuel violent donc l'obligation d'enregistrement. Aussi, bien que la responsabilité incombe aux participants au marché, la pratique actuellement en vigueur au sein de l'UE veut que les autorités de régulation nationale des Etats membres établissent des rappels réguliers (p. ex. une fois par an) aux acteurs du marché.

Al. 5

Une fois enregistré, l'ElCom attribue à chaque participant au marché un identifiant unique. Néanmoins, dans le but d'éviter toute ambiguïté avec l'UE, les identifiants déjà attribués par l'ACER aux participants au marché conformément aux réglementations de l'UE sont utilisés par l'ElCom. Comme les participants au marché doivent indiquer à l'ElCom, lors de leur enregistrement, s'ils sont déjà détenteur d'un tel identifiant (al. 2, let. d), l'ElCom n'aura pas de difficultés à les identifier.

Al. 6

En tenant compte des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral règle la procédure d'enregistrement des participants au marchés et précise les informations qu'ils devront communiquer aux fins de l'enregistrement visées à l'alinéa 2. Il peut notamment prévoir que l'ElCom mette en place un formulaire en ligne permettant aux participants au marché de lui fournir les informations nécessaires à un enregistrement.

Al. 7

En outre, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation d'enregistrement, en particulier pour les participants au marché suisse et les participants au marché européen qui ne concluent que des transactions ou n'émettent que des ordres relatifs à des contrats visés à l'art. 11, al. 9, let. b et c. Il s'agit des contrats portant sur la livraison physique d'électricité produite par une ou plusieurs unités de production ayant une capacité limitée et de ceux portant sur la livraison physique de gaz produit par une seule installation de production ayant une capacité limitée.

Art. 5 Registre des participants au marché

Al. 1

L'ElCom établit un registre public de tous les participants au marché suisse et des participants au marché européen qui se sont enregistrés auprès d'elle et veille à ce que celui-ci soit toujours tenu à jour. Ce registre est le pendant suisse du registre centralisé européen des participants au marché (CEREMP).

Al. 2

Le registre contient uniquement les données nécessaires à la transparence des marchés de gros de l'énergie qui sont visées à l'al. 2 (les autres informations sont contenues dans le système d'information de l'ElCom et ne sont pas accessibles au public). Il permet aux différents participants au marché de trouver des informations générales sur les différents participants au marché actifs sur les marchés de gros de l'énergie.

Al. 3

Les participants au marché suisse et les participants au marché européen qui ne sont plus actifs sur les marchés de gros de l'énergie ont la possibilité de demander leur radiation du registre. Les informations restent néanmoins visibles pendant cinq ans après la radiation.

Art. 6 Publication d'informations privilégiées

Al. 1

L'obligation de publier les informations privilégiées incombe uniquement aux participants au marché suisse. En effet, les participants au marché européen publiant déjà leurs informations privilégiées selon le droit européen, une double obligation de publication ne saurait se justifier dans la mesure où le public (et dès lors l'ElCom) a pleinement accès aux plateformes sur lesquelles ces informations sont effectivement publiées. Pour les participants au marché suisse-européen, une seule publication est suffisante (cf. commentaire de l'art. 2, al. 1, let. a).

Les informations privilégiées sont définies à l'art. 3, al. 1, let. c (cf. commentaire ci-dessus).

S'agissant de la publication en tant que telle, celle-ci devrait être aussi concise et spécifique que raisonnablement possible, ainsi que suffisamment précise et complète pour permettre une compréhension correcte de l'événement ou des événements sous-jacents qui pourraient potentiellement affecter les prix des produits énergétiques de gros suisses. Si la publication exige un pronostic, par exemple concernant la durée d'une interruption, les participants au marché suisse remplissent leurs obligations de publication si leur pronostic est basé sur toutes les données disponibles et a été préparé avec un effort raisonnable. Si un pronostic change au fil du temps, la publication doit être mise à jour en conséquence dès que de nouvelles informations sont disponibles.

Toute publication d'informations privilégiées effectuée de manière incomplète ou incorrecte doit être considérée comme une publication non effective et constitue dès lors une violation de l'art. 6.

En outre, l'énumération figurant aux *let. a* et *b* garantit 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 suisse, 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 entreprises et aux installations dont la responsabilité opérationnelle incombe intégralement ou partiellement au participant au marché suisse 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 a connaissance de l'information privilégiée. Cette formulation est conforme à l'art. 53, al. 2, du règlement de cotation du 23 août 2023 de SIX¹⁶, de sorte qu'il n'existe aucune contradiction avec les dispositions relatives à la publicité ad-hoc des entreprises cotées en bourse. Selon la pratique de l'UE, les informations privilégiées doivent être publiées au plus tard dans un délai d'une heure.

Al. 2

La transparence des marchés de gros de l'énergie exige la publication d'informations privilégiées d'une manière qui permette la diffusion de l'information à un public aussi large que possible, en accordant un accès facile et égal à tous les utilisateurs de cette information. Pour parvenir à une diffusion dite «effective», les informations doivent être divulguées au moyen d'une plateforme d'informations privilégiées (cf. art. 3, al. 1, *let. e*) qui est enregistrée auprès de l'ElCom et agréée par elle (cf. art. 8). Une publication simultanée sur le site web du participant au marché suisse ou via les médias sociaux peut être utilisée comme source supplémentaire de publication. Toutefois, elle ne peut pas remplacer la publication sur les plateformes d'informations privilégiées.

Si les participants au marché suisse sont en principe responsables de la publication d'informations privilégiées, ils n'ont toutefois pas d'influence sur le fonctionnement des plateformes d'informations privilégiées. Par conséquent, ils ne sont pas responsables des problèmes techniques de ces plateformes. Si l'information a été transmise à la plateforme à temps et qu'il y a eu des problèmes techniques, le participant marché suisse ne devrait donc pas être considéré comme ayant enfreint l'obligation de publication d'informations privilégiées. Toutefois, si les problèmes techniques persistent, les participants au marché doivent envisager d'utiliser d'autres plateformes agréées pour se conformer à l'obligation de publication. De plus, si la publication est retardée pour des raisons techniques, le participant au marché devra être particulièrement attentif à l'interdiction d'exploitation et de divulgation d'informations privilégiées visée à l'art. 16.

Al. 3

Afin de restreindre la charge administrative des participants au marché suisse et d'éviter de multiplier les publications de même nature, l'obligation de publication prévue au présent article est réputée remplie dans deux situations distinctes.

Il s'agit tout d'abord des informations privilégiées visées à l'al. 1 qui ont déjà été publiées sur une plateforme d'informations privilégiées par un autre participant au marché (*let. a*). C'est notamment le cas des publications effectuées par des installations ou des entreprises dites partenaires. Dans ce cas de figure, le participant au marché suisse reste toutefois tenu de s'assurer que son information privilégiée a bel et bien été publiée conformément à l'al. 1, sans quoi il pourra être tenu responsable d'un éventuel manquement.

Il s'agit ensuite de certaines informations privilégiées visées à l'al. 1 qui ont déjà été publiées sur les plateformes de transparence de l'UE (ENTSO-E, ENTSOG...) en vertu des réglementations de l'UE¹⁷ (*let. b*). En effet, il peut arriver que certaines données fondamentales qui doivent être publiées par les participants au marché suisse sur ces plateformes de transparence se chevauchent avec des informations privilégiées visées à l'al. 1. Dans ce cas, il se justifie de considérer la publication sur la plateforme de transparence de l'UE comme une publication au sens de la LSTE afin d'éviter tout doublonnage inutile des publications. Pour que la publication soit considérée comme effective, il est néanmoins nécessaire que ces plateformes respectent les exigences de publication d'informations privilégiées imposées aux plateformes d'informations privilégiées et qu'elles soient enregistrées auprès de l'ACER et agréées par elle. La liste des plateformes de transparence agréées est tenue régulièrement à jour par l'ACER. Sont notamment concernés par ce type de publication, la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LApEI et les gestionnaires de réseau suisse de transport du gaz.

Al. 4

Le Conseil fédéral règle les modalités de la procédure de publication et précise les informations privilégiées à publier. Selon le droit de l'UE, les informations privilégiées rendues publiques doivent notamment contenir les éléments suivants: l'identifiant du message et le statut de l'événement, la date de publication, l'heure, et le début et la fin de l'événement, le nom du participant au marché et son identification, la zone de dépôt des offres ou la zone d'équilibrage concernée ou encore, le cas échéant: le type d'indisponibilité et le type d'événement, l'unité de mesure, les capacités indisponibles, disponibles, installées ou techniques, la raison de l'indisponibilité, le type de combustible, l'actif ou l'unité concerné et son code d'identification.

Al. 5

Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation de publication en tenant compte des dispositions de l'UE pour les informations privilégiées relatives aux installations de faible importance ou aux infrastructures critiques. S'agissant des installations de faible importance, une obligation de publication pourrait induire des coûts disproportionnés. Quant aux infrastructures critiques essentielles au maintien des fonctions sociétales vitales, de la santé, de la sécurité, de la sûreté et du bien-être économique ou social des personnes, et dont l'arrêt ou la destruction aurait un impact significatif sur la Suisse, une divulgation de certaines informations sensibles pourraient être utilisée en vue de provoquer la perturbation ou la destruction desdites infrastructures.

Art. 7 Publication différée d'informations privilégiées

Al. 1

La décision de retarder la publication d'une information privilégiée appartient aux participants au marché suisse. En effet, il n'appartient pas à l'ElCom d'approuver au préalable ce report (l'ElCom examine toutefois s'il est justifié de différer cette publication et ordonne le cas échéant d'y procéder immédiatement [cf. al. 3]). Néanmoins, ce report doit être exceptionnel et conforme aux conditions énoncées à l'al. 1.

Premièrement, le report ne doit pas risquer d'induire le public en erreur (*let. a*). Ensuite, le participant au marché suisse doit être en mesure d'assurer la confidentialité de l'information privilégiée pendant toute la durée du report (*let. b*). Si cette confidentialité n'est plus garantie, l'information doit alors être publiée sans délai. Enfin, le participant au marché ne doit pas prendre de décision relative au négoce de produits énergétiques de gros suisses sur la base de cette information (*let. c*). Cela englobe aussi bien les décisions d'acheter ou de vendre des produits énergétiques de gros suisses que celles de ne pas acheter ou de vendre certains de ces produits. Par conséquent, les décisions «de ne pas agir» prises sur la base d'une information privilégiée sont également couvertes. Les conditions du report de la publication des informations privilégiées sont compatibles avec celles du retard de l'annonce événementielle au sens de l'art. 54 du règlement de cotation de SIX.

Le participant au marché suisse doit cependant, dans tous les cas, publier l'information privilégiée dès que les intérêts légitimes cessent d'exister.

Al. 2

L'exigence fixée à l'al. 1, let. c, n'est pas compatible avec les agissements de la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LApEI et des gestionnaires de réseau suisse de transport du gaz dans le seul but de couvrir des pertes physiques immédiates résultant d'indisponibilités imprévues. En effet, dans ces situations, les gestionnaires de réseau de transport devraient être autorisés à prendre des décisions relatives au négoce de produits énergétiques de gros suisses, et ce malgré le report de publication d'une information privilégiée. On pense particulièrement aux mesures de *redispatching* ou à l'appel d'énergie de réglage ou d'équilibrage.

Al. 3

En cas de report de la publication d'une information privilégiée par un participant au marché suisse, il est impératif que celui-ci fournisse immédiatement ladite information à l'ElCom avec les pièces justifiant le report. Selon la pratique de l'UE, la communication doit intervenir dans un délai d'environ une heure. Cette communication permet à l'ElCom d'examiner s'il est justifié de différer cette publication et, le cas échéant, d'ordonner la publication immédiate si elle estime que les conditions d'un report ne sont pas remplies.

Al. 4

En tenant compte des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral précisera les informations à communiquer à l'ElCom ainsi que les modalités. Selon la pratique européenne, les participants au marché souhaitant différer la publication d'une information privilégiée utilisent un formulaire en ligne mis en place par l'ACER. Ce formulaire contient le nom du participant au marché, l'identifiant unique de celui-ci, des informations sur la personne de contact, des détails sur l'information privilégiée concernée, une justification du report, la durée du report et le lieu où l'information privilégiée sera publiée.

Comme pour la pratique de l'UE, le Conseil fédéral prévoira que l'ElCom mette en place un formulaire en ligne permettant aux participants au marché de lui notifier tout report de publication.

Art. 8 Enregistrement et agrément des plateformes d'information privilégiées

Al. 1

Les plateformes d'informations privilégiées jouent un rôle majeur concernant l'obligation de publication visée à l'art. 6. En effet, les participants au marché sont tenus de publier leurs informations privilégiées au moyen de l'une de ces plateformes, sans quoi la publication ne pourra être considérée comme effective. Toute personne physique ou morale qui souhaite

exploiter une plateforme d'informations privilégiées doit dès lors faire enregistrer au préalable cette plateforme auprès de l'ElCom et la faire agréer par elle, ceci afin de garantir la confiance en ces plateformes et en leur fonctionnement.

Ce type de plateformes sont pour la plupart déjà actives dans l'UE en vertu de la réglementation REMIT. Il n'est toutefois pas exclu que des plateformes à vocation uniquement suisse voient le jour. Néanmoins, leur nombre devraient être très limité, dans la mesure où seules des plateformes souhaitant être actives dans la publication et la communication de données portant exclusivement sur des produits énergétiques de gros suisses seraient concernées. En effet, dès que la plateforme procède à la publication d'une information privilégiée se rapportant à un produit énergétique de gros soumis aux réglementations de l'UE, elle devra obtenir un agrément de l'ACER et sera par conséquent reconnue unilatéralement en Suisse moyennant son enregistrement (cf. al. 2).

Al. 2

Comme la grande majorité des plateformes d'informations privilégiées sont actives dans l'UE, la loi prévoit une procédure de reconnaissance unilatérale pour ce type de plateforme, lorsqu'elles sont déjà enregistrées auprès de l'ACER et agréées par elle. Toute publication effectuée par les participants au marché suisse sur ce type de plateforme sera de ce fait considéré comme étant effective au sens de l'art. 6, al. 1. Si ces plateformes venaient toutefois à se voir retirer leur enregistrement par l'ACER, elles ne seraient alors plus reconnues en Suisse. Un registre de ces plateformes est tenu par l'ACER qui le met régulièrement à jour.

Pour être reconnues par l'ACER, ces plateformes doivent disposer entre autres:

- de politiques et de mécanismes adéquats pour rendre publiques les informations privilégiées dans des délais aussi proches du temps réel que le permettent les moyens techniques et dans des conditions commerciales raisonnables. Ces plateformes assurent en outre une diffusion efficiente et cohérente de ces informations, afin de garantir un accès rapide aux informations privilégiées sur une base non discriminatoire et dans un format qui facilite leur consolidation avec des données similaires provenant d'autres sources;
- de mécanismes de sécurité solides pour garantir la sécurité des moyens de transfert des informations privilégiées, réduire au minimum le risque de corruption des données et d'accès non autorisé et empêcher les fuites d'informations privilégiées avant la publication. Ces plateformes prévoient des ressources suffisantes et des mécanismes de sauvegarde pour pouvoir assurer leurs services à tout moment;
- de systèmes capables de vérifier rapidement et efficacement l'exhaustivité des déclarations d'informations privilégiées, de repérer les omissions et les erreurs

manifestes et de demander une nouvelle transmission des déclarations erronées.

Dans les faits, tous les participants au marché suisse qui sont parallèlement soumis au REMIT utilisent déjà ce type de plateforme pour effectuer leurs publications. En reconnaissant ces plateformes, la charge de travail de ces participants sera réduite d'autant.

Néanmoins, la reconnaissance unilatérale de ces plateformes en Suisse ne libère pas l'exploitant de ces plateformes de l'obligation de se faire enregistrer auprès de l'ElCom. L'exploitant qui requiert son enregistrement devra ainsi annoncer à l'ElCom le nom de sa plateforme. Un émolument initial pourra d'ailleurs être perçu par l'ElCom pour ladite procédure d'enregistrement en vertu de l'art. 20, al. 1.

Al. 3

Lors de l'enregistrement, les exploitants des plateformes à vocation uniquement suisse (les autres plateformes étant reconnues unilatéralement) doivent transmettre un certain nombre d'informations à l'ElCom. Ces informations doivent permettre à l'ElCom de pouvoir constater si les conditions d'octroi de l'agrément fixées à l'al. 4 sont remplies. Une fois les informations transmises par l'exploitant, et dans l'attente d'être agréées, ces plateformes se verront attribuer le statut de «plateforme enregistrée». Ce statut est publié par l'ElCom dans le registre public (cf. art. 9, al. 2, let. c).

Al. 4

Une fois que la plateforme à vocation uniquement suisse s'est fait enregistrer, l'ElCom peut lancer la procédure d'agrément. Dans le cadre de celle-ci, elle veille à ce que les plateformes garantissent une publication sûre, rapide et efficace des informations privilégiées (*let. a*) ainsi que l'exhaustivité et l'exactitude des informations publiées (*let. b*). Une fois que l'ElCom considère les conditions requises à l'octroi d'un agrément comme remplies, elle procède à un changement de statut de ces plateformes qui deviennent alors des «plateformes agréées». Ce changement de statut est publié par l'ElCom dans le registre public (cf. art. 9, al. 2, let. c).

Tant qu'elles n'ont pas obtenu d'agrément, les plateformes ne sont pas habilitées à publier des informations privilégiées au sens de la LSTE. Cela signifie que le participant au marché souhaitant procéder à une publication devra veiller à utiliser une plateforme ayant été agréée selon la LSTE. Dans le cas contraire, sa publication ne sera pas considérée comme étant effective au sens l'art. 6. Il incombe dès lors au participant au marché de consulter le registre des plateformes d'informations privilégiées visé à l'art. 9, pour s'assurer du statut exact de la plateforme qu'il souhaite utiliser.

Un émolument initial pourra être perçu par l'ElCom pour la procédure d'enregistrement et d'agrément au sens de l'art. 20, al. 1.

Al. 5

En vue de garantir durablement la confiance dans les plateformes d'informations privilégiées et de s'assurer de leur bon fonctionnement, les exploitants communiquent à l'ElCom toute modification des faits déterminants pour l'octroi de l'agrément, y compris un éventuel retrait de l'agrément auprès de l'ACER.

Al. 6

En s'inspirant des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral règlera les modalités de la procédure d'enregistrement et d'agrément. Il prévoira notamment une procédure d'agrément spécifique pour les plateformes à vocation uniquement suisse.

Il précisera en outre la nature et l'étendue des informations nécessaire à l'agrément ainsi que les conditions requises à celui-ci. Selon la pratique européenne, les exploitants souhaitant faire enregistrer et agréer leur plateforme utilisent un formulaire en ligne mis en place par l'ACER. Ce formulaire contient les renseignements permettant l'identification de l'exploitant de la plateforme, les informations techniques et organisationnelles de la plateforme, comme la langue et format de la publication, la durée de conservation de l'information sur la plateforme, la documentation spécifique lié à la sécurité et à la publication des informations privilégiées ou encore le domaine d'activité.

Art. 9 Registre des plateformes d'informations privilégiées

Al. 1

L'ElCom établit un registre public de toutes les plateformes d'informations privilégiées qui se sont enregistrées auprès d'elle. Elle veille à ce que celui-ci soit toujours tenu à jour. Ce registre est le pendant suisse du registre européen des plateformes d'informations privilégiées (*Register of Inside Information and Transparency Platforms*)¹⁸.

Al. 2 et 3

Le registre contient uniquement les informations visées à l'al. 2, à savoir le nom, le domaine d'activité et le statut de la procédure d'agrément auprès de l'ElCom ou de l'ACER (les autres informations sont contenues dans le système d'information de l'ElCom et ne sont pas accessibles au public). Le registre doit dès lors indiquer les plateformes qui sont enregistrées auprès de l'ElCom ou de l'ACER, celles qui sont agréées par l'une ou par l'autre et celles qui se sont vu retirer leur agrément. Cette mention doit permettre aux participants au marché de connaître les différentes plateformes qui sont agréées par l'ElCom et sur lesquelles une publication sera considérée comme effective au sens de l'art. 6.

Comme pour les réglementations de l'UE, la plateforme d'informations privilégiées n'est radiée du registre qu'après un délai de cinq ans à compter de la date de la décision de retrait de l'agrément (cf. art. 10).

Art. 10 Retrait de l'agrément à une plateforme d'informations privilégiées

Al. 1

Dans certaines situations, il est nécessaire que l'ElCom puisse ordonner le retrait de l'agrément de certaines plateformes d'informations privilégiées, afin de préserver l'intégrité et la sécurité des informations privilégiées. Elle ne peut toutefois le faire que pour de justes motifs.

Les plateformes d'informations privilégiées reconnues unilatéralement au sens de l'art. 8, al. 2, dont l'agrément a été retiré par l'ACER en vertu des réglementations de l'UE, ne sont plus reconnues non plus par la Suisse.

Al. 2

Lorsque l'exploitant de la plateforme est en mesure de veiller au respect des conditions d'agrément, l'ElCom le somme de s'exécuter et lui impartit un délai à cet effet. Cette possibilité n'est toutefois envisageable que pour les cas visés à l'al. 1, let. a et c. En effet, une violation répétée ou grave de la loi ne justifiera jamais une simple sommation. En cas de fausses déclarations au sens de l'al. 1, let. b, il s'agira pour l'ElCom de définir si celles-ci ont été faites intentionnellement ou non. En cas de simple erreur, l'ElCom devrait pouvoir prononcer une simple sommation.

Al. 3

Le retrait de l'agrément est publié dans le registre visé à l'art. 9. La publication de ce retrait permet avant tout aux participants au marché de prendre connaissance du changement de statut de la plateforme d'informations privilégiées et, le cas échéant, de procéder eux-mêmes à un changement de plateforme.

Al. 4

En tenant compte des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral précisera la procédure de substitution d'une plateforme d'informations privilégiées déchue de son agrément. Celle-ci comprendra notamment le transfert vers une nouvelle plateforme des informations privilégiées déjà publiées.

Art. 11 Communication d'informations à l'ElCom

Al. 1

L'obligation de communication selon l'al. 1 concerne uniquement les participants au marché suisse (et les participants au marché suisse-européen). Ceux-ci doivent communiquer à l'ElCom d'une part les informations sur leurs transactions et leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant les produits énergétiques de gros suisses (*let. a*) et d'autre part les données fondamentales concernant leurs installations, soit les

informations relatives à la capacité et à l'utilisation des installations de production, de stockage, de consommation ou de transport d'électricité ou de gaz, y compris l'indisponibilité prévue ou imprévue desdites installations (*let. b*).

Comme c'est le cas dans l'UE, la plupart des communications ne devraient néanmoins pas provenir directement des participants au marché, mais bien de tiers dûment mandatés. En effet, lorsque le participant au marché conclut des transactions sur des places de marché organisées, ce sera le plus souvent cette place de marché qui officiera pour le participant. Cette possibilité de délégation à des tiers ne figure certes pas expressément dans la loi, mais 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 soumis à une obligation de communication, qui restent tenus juridiquement de fournir ces informations.

Pour les participants au marché suisse-européen, une seule et même transaction au sens de l'art. 11, al. 1 et 3, peut conduire à une double obligation. Dans cette hypothèse, une seule communication est cependant suffisante au vu de l'exception inscrite à l'art. 11, al. 5, let. c. (cf. commentaire de l'art. 2, al. 1, let. a).

Al. 2

Les informations visées à l'al. 1, let. a qui ont déjà été déclarées en vertu d'une obligation relevant de la LIMF n'ont pas à être transmises en plus à l'ElCom. Dans ce cas de figure, l'ElCom peut obtenir ces informations auprès des référentiels centraux sur la base de l'art. 77 LIMF. Par ailleurs, l'art. 32, al. 1, du projet de LSTE garantit à l'ElCom un accès aux informations et données de la FINMA dont elle a besoin pour accomplir ses tâches de surveillance.

Al. 3

L'al. 3 reprend dans la LSTE les dispositions de l'art. 26a^{bis}, al. 1 et 2, let. a, OApEl et les étend au secteur du gaz. Les art. 26a^{bis} à 26c OApEl sont par conséquent abrogés dans les dispositions d'exécution.

Les participants au marché européen doivent communiquer à l'ElCom, simultanément et sous la même forme, les informations qu'ils sont tenus de fournir aux autorités de l'UE ou d'un État membre de l'UE en vertu des réglementations de l'UE, concernant notamment leurs transactions ou leurs ordres sur les marchés de gros de l'énergie concernant des produits énergétiques de gros au sens des réglementations de l'UE (*let. a*), et leurs données fondamentales, soit la capacité et l'utilisation des installations de production, de stockage, de consommation ou de transport d'électricité ou de gaz, y compris l'indisponibilité prévue ou imprévue desdites installations (*let. b*).

En pratique, il importe peu que les participants au marché européen 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 découlant des réglementations de l'UE qui est déterminante. Par ailleurs, les informations devant être communiquées à l'ElCom sont identiques à celles qui sont fournies aux autorités de l'UE. Cette reconnaissance unilatérale d'informations identiques est voulue, car elle évite d'accroître inutilement la charge administrative des participants au marché européen.

Enfin, il est impératif que les informations soient transmises à l'ElCom simultanément et sous la même forme qu'elles le sont ou devraient l'être aux autorités de l'UE ou à l'un de ses États membres.

Al. 4

Pour rationaliser la communication des données à l'ElCom et la rendre plus efficace, les informations doivent impérativement être transmises par l'intermédiaire de mécanismes de déclaration qui sont enregistrés auprès de l'ElCom et agréés par elle (cf. art. 12). En effet, l'utilisation de mécanismes de déclaration permet de garantir l'uniformité des communications ainsi que la sécurité, la confidentialité et l'exhaustivité des informations, de faciliter l'identification et la correction d'erreurs dans les communications ainsi que l'authentification de la source de l'information, et enfin d'assurer la continuité des activités (*business continuity*).

Ainsi, pour autant que leur mécanisme de déclaration ait été enregistré et agréé, il importe peu de savoir qui du participant au marché suisse, du participant au marché européen ou du tiers communique ces informations à l'ElCom. Parmi les tiers, on songe notamment aux bourses d'électricité et de gaz, aux courtiers et autres personnes organisant les transactions à titre professionnel ou encore aux plateformes de négociation.

Al. 5

L'exception prévue à l'al. 5 permet de restreindre la charge administrative des participants au marché en leur évitant de devoir transmettre à l'ElCom une information qu'elle a déjà en sa possession.

Le premier cas de figure fait référence aux informations qui sont à la fois des informations privilégiées soumises à l'obligation de publication et des informations visées par l'obligation de communication au sens des al. 1 ou 3. Dans l'hypothèse où ces informations ont déjà été publiées par les participants au marché suisse en vertu de l'art. 6 ou par les participants au marché européen en vertu des réglementations de l'UE, l'ElCom y a pleinement accès au moyen de plateformes d'information privilégiées (*let. a*).

Le second cas de figure couvre les informations qui sont à la fois des informations soumises à une obligation de publication sur une plateforme de transparence en vertu des réglementations de l'UE, et à la fois des informations visées par l'obligation de communication au sens des al. 1 ou 3. Dans l'hypothèse où ces informations ont déjà été publiées sur une plateforme de transparence enregistrée auprès de l'ACER et agréée par elle, l'ElCom y a également pleinement accès au moyen de ces plateformes. La liste des plateformes de transparence agréées par l'ACER est publiée (cf. commentaire de l'art. 9, al. 1) (*let. b*).

Le troisième cas de figure couvre les informations qui ont déjà été communiquées à l'ElCom. Sont par exemple visées les informations privilégiées dont la publication a été retardée, mais qui ont été communiquées à l'ElCom en vertu de l'art. 7 (*let. c*).

En tout état de cause, le participant au marché suisse et le participant au marché européen restent néanmoins tenu de s'assurer de la réalisation de l'un des trois cas de figure les libérant de leur obligation de communication, sans quoi ils pourront le cas échéant être tenus responsables d'un manquement.

Al. 6 et 7

Cette centralisation de la communication portant sur l'énergie servant à maintenir la stabilité du système ou de compenser les écarts sur les réseaux suisses d'électricité, en particulier l'énergie de réglage, chez la société nationale de réseau de transport et les gestionnaires de réseau suisse de transport du gaz se justifie, dès lors qu'elle permet d'éviter une granularité des données trop fine.

Al. 8

En tenant compte des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral règlera les modalités de la procédure de communication, précisera les informations à communiquer et fixera les délais applicables à la communication. Pour ce faire, il se basera notamment sur le règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 de la Commission du 17 décembre 2014, et sur d'éventuelles réglementations subséquentes.

S'agissant de la nature des informations, l'art. 5 et l'annexe du règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 règlent les informations relatives aux contrats, y compris les ordres, qui doivent être déclarées. On retrouve par exemple l'identification précise des produits énergétiques de gros achetés et vendus, le prix et la quantité convenus, les dates et heures d'exécution, les parties à la transaction, les bénéficiaires de la transaction, les informations sur les transactions, sur les ordres et sur le marché de gros utilisé ainsi que toute autre information pertinente.

S'agissant de l'étendue des informations, l'art. 3 du règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 liste les contrats qui doivent être déclarés. Sont par exemple mentionnées les contrats intra journaliers de fourniture d'électricité ou de gaz naturel lorsque le lieu de livraison est dans l'UE, quels que soient le lieu et la manière dont ils sont négociés, en particulier qu'ils soient négociés aux enchères ou en continu. ou encore les contrats concernant le transport d'électricité ou de gaz naturel dans l'UE entre deux ou plusieurs lieux ou marchés conclus entre des participants au marché sur des marchés secondaires, spécifiant les droits ou les obligations physiques ou financiers, dont la revente et le transfert de ces contrats.

Quant à la procédure de communication, l'art. 6 du règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014 règle la question des canaux de transmission en différenciant selon que les contrats portant sur des produits énergétiques de gros aient été conclus sur des places de marché organisées (p. ex.: bourses d'électricité et de gaz, courtiers et autres personnes organisant les transactions à titre professionnel, et plates-formes de négociation) ou en dehors de ces places (p. ex.: contrats bilatéraux).

Enfin, le délai applicable à la communication des transactions est prévu à l'art. 7 du règlement d'exécution (UE) n° 1348/2014. Il y est notamment prévu que les données concernant les contrats standards et les ordres, y compris pour les enchères, sont déclarées dès que possible et au plus tard le jour ouvrable suivant la conclusion du contrat ou le placement de l'ordre. S'agissant des contrats non standard, les informations doivent être déclarées au plus tard un mois après la conclusion, la modification ou la fin du contrat.

Al. 9

Le Conseil fédéral prévoira en outre pour les participants au marché suisse des exceptions à l'obligation de communication. Hormis celle visant les consommateurs finaux, toutes les exceptions découlent directement de l'art. 4 du règlement d'exécution n° 1348/2014.

Pour les consommateurs finaux qui concluent des transactions ou émettent des ordres portant sur les contrats de l'art. 3, al. 1, let. b, ch. 1 et 2, l'expérience au sein de l'UE a démontré qu'il n'existait pas de rapport coût-avantage satisfaisant à ce qu'ils soient soumis à une obligation de communication pour ces informations. En effet, la charge administrative supplémentaire pour les gros consommateurs finaux ou les fournisseurs concernés n'est compensée que par un faible gain de transparence ou de valeur ajoutée pour l'intégrité du marché. D'ailleurs, ce type de contrats ne représentent qu'une partie négligeable des activités de négoce sur les marchés de gros de l'énergie portant sur des produits énergétiques de gros suisses.

S'agissant des exceptions pour certaines transactions ou ordres dues à la capacité réduite de certaines unités ou installations de production prévues aux let. b et c, le droit de l'UE retient une valeur de 10 MW pour les contrats portant sur la livraison physique d'électricité et de

20 MW pour les contrats portant sur la livraison physique de gaz. Ces indications peuvent servir de valeurs indicatives pour fixer un seuil conforme aux transactions et ordres portant sur des produits énergétiques de gros suisses.

Art. 12 Enregistrement et agrément des mécanismes de déclaration

Al. 1

Les mécanismes de déclaration jouent un rôle majeur concernant l'obligation de communication visée à l'art. 11. En effet, pour rationaliser la communication des données à l'ElCom et la rendre plus efficace, les participants au marché sont tenus de fournir leurs informations à l'ElCom au moyen d'un de ces mécanismes (cf. art. 11, al. 4). Partant, toute personne physique ou morale ayant son domicile ou son siège en Suisse ou dans l'UE qui souhaite communiquer, en son nom ou pour le compte d'un participant au marché suisse ou d'un participant au marché européen, des informations à l'ElCom, doit au préalable faire enregistrer son mécanisme de déclaration auprès de celle-ci et le faire agréer par elle.

Ce type de mécanismes sont pour la plupart déjà actifs dans l'UE en vertu de la réglementation REMIT. Il n'est toutefois pas exclu que des mécanismes à vocation uniquement suisse voient le jour. Néanmoins, leur nombre devraient être très limité, dans la mesure où seuls des mécanismes souhaitant être actifs dans la communication d'informations et de données portant exclusivement sur des produits énergétiques de gros suisses seraient concernés. En effet, dès que le mécanisme procède à la communication d'une information se rapportant à un produit énergétique de gros soumis aux réglementations de l'UE, il devra obtenir un agrément de l'ACER et sera par conséquent reconnu unilatéralement en Suisse moyennant son enregistrement (cf. al. 2).

Al. 2

Comme la grande majorité des mécanismes de déclaration sont actifs dans l'UE, la loi prévoit une procédure de reconnaissance automatique pour ce type de mécanismes, lorsqu'ils sont déjà enregistrés auprès de l'ACER et agréés par celle-ci. Si ces mécanismes venaient toutefois à se voir retirer leur enregistrement par l'ACER, ils ne seraient alors plus reconnus en Suisse. Un registre de ces plateformes est tenu par l'ACER qui le met régulièrement à jour.

Pour être reconnus par l'ACER, ces mécanismes doivent disposer entre autres:

- de mécanismes de sécurité solides pour garantir la sécurité et l'authentification des moyens de transfert de l'information, réduire au minimum le risque de corruption des données et d'accès non autorisé et empêcher les fuites d'informations en préservant à tout moment la confidentialité des données;
- de systèmes capables de vérifier efficacement l'exhaustivité des déclarations de

transactions, de repérer les omissions et les erreurs manifestes dues au participant au marché et, lorsqu'une telle erreur ou omission se produit, de communiquer les détails de cette erreur ou omission au participant au marché et demander une nouvelle transmission de la déclaration erronée;

- de systèmes permettant de détecter les erreurs ou omissions dues au mécanisme de déclaration lui-même, de corriger les déclarations de transactions et de transmettre, ou transmettre à nouveau, selon le cas, à l'ACER, des déclarations de transactions correctes et complètes.

Dans les faits, les participants au marché suisse soumis aux réglementations de l'UE et les participants au marché européen utilisent déjà ce type de mécanismes pour effectuer leur communication. En reconnaissant ces mécanismes, la charge de travail de ces participants se verra dès lors d'autant diminuée.

Néanmoins, la reconnaissance unilatérale de ces mécanismes en Suisse ne libère pas les titulaires d'un agrément de leur obligation de faire enregistrer leurs mécanismes de déclaration auprès de l'ElCom. Le titulaire de l'agrément devra en effet requérir l'enregistrement de son mécanisme de déclaration auprès de l'ElCom. Un émolument initial pourra d'ailleurs être perçu par l'ElCom pour ladite procédure d'enregistrement au sens de l'art. 20, al. 1.

Al. 3

Lors de l'enregistrement, les exploitants de mécanismes de déclaration à vocation uniquement suisse (les autres mécanismes étant reconnus unilatéralement) doivent transmettre un certain nombre d'informations à l'ElCom. Ces informations doivent permettre à l'ElCom de pouvoir constater si les conditions d'octroi de l'agrément fixées à l'al. 4 sont remplies. Une fois les informations transmises par l'exploitant, et dans l'attente d'être agréés, ces mécanismes se verront attribuer le statut de «mécanisme enregistré». Ce statut est publié par l'ElCom dans le registre public (cf. art. 13, al. 2, let. e).

Al. 4

Une fois que l'exploitant du mécanisme de déclaration à vocation uniquement suisse a fait enregistrer ce dernier, l'ElCom peut lancer la procédure d'agrément. Dans le cadre de celle-ci, elle veille à ce que les mécanismes de déclaration garantissent une transmission sûre, rapide et efficace des informations (*let. a*) ainsi que l'exhaustivité et l'exactitude des informations transmises (*let. b*). Une fois que l'ElCom considère les conditions requises à l'octroi d'un agrément comme remplies, elle procède à un changement de statut de ces mécanismes qui deviennent alors des «mécanismes agréés». Ce changement de statut est publié par l'ElCom dans le registre public (cf. art. 13, al. 2, let. e).

Tant qu'ils n'ont pas obtenu d'agrément, les mécanismes de déclaration ne sont pas habilités pour communiquer des informations ou des données en vertu de la LSTE.

Un émolument initial pourra être perçu par l'ElCom pour la procédure d'enregistrement et d'agrément au sens de l'art. 20, al. 1.

Al. 5

En vue de garantir durablement la confiance dans les mécanismes de déclaration et de s'assurer de leur bon fonctionnement, les titulaires de l'agrément communiquent à l'ElCom toute modification des faits déterminants pour l'octroi de l'agrément, y compris un éventuel retrait de l'agrément auprès de l'ACER.

Al. 6

En s'inspirant des réglementations de l'UE, le Conseil fédéral précisera les modalités de la procédure d'enregistrement et d'agrément. Il prévoira notamment une procédure d'agrément spécifique pour les mécanismes à vocation uniquement suisse.

Il précisera en outre la nature et l'étendue des informations nécessaire à l'agrément ainsi que les conditions requises. Selon la pratique européenne, les exploitants souhaitant faire enregistrer et agréer leur mécanisme utilisent un formulaire en ligne mis en place par l'ACER. Ce formulaire contient les détails permettant l'identification ou encore les informations techniques et organisationnelles du mécanisme permettant une transmission sûre, rapide et efficace des informations concernant les transactions et les ordres et des données fondamentales des installations.

Art. 13 Registre des mécanismes de déclaration

Al. 1

L'ElCom établit un registre public de tous les mécanismes de déclaration qui ont été enregistrés auprès d'elle. Elle veille à ce que ce registre soit toujours à jour. Ce registre est le pendant suisse du registre européen des mécanismes de déclaration enregistrés (*Registration of Registered Reporting Mechanisms*)¹⁹.

Al. 2 et 3

Le registre contient uniquement les informations visées à l'al. 2, à savoir le nom, l'adresse, le site internet et l'identifiant du titulaire de l'agrément, le type de communications effectuées et le statut de la procédure d'agrément auprès de l'ElCom ou de l'ACER (les autres informations sont contenues dans le système d'information de l'ElCom et ne sont pas accessibles au public). Le registre doit dès lors indiquer les mécanismes qui sont enregistrés auprès de l'ElCom ou de l'ACER, ceux qui sont agréés par l'une ou par l'autre et ceux qui se

sont vu retirer leur agrément. Cette mention doit permettre aux participants au marché de connaître les différents mécanismes qui sont agréés par l'ElCom et par lesquels il est possible d'effectuer une communication conformément à l'art. 11.

Comme pour les réglementations de l'UE, le mécanisme de déclaration n'est radié du registre qu'après un délai de cinq ans à compter de la date de la décision de retrait de l'agrément (cf. art. 14).

Art. 14 Retrait de l'agrément à un mécanisme de déclaration

Al. 1

Dans certaines situations, il est nécessaire que l'ElCom puisse ordonner le retrait de l'agrément de certains mécanismes de déclaration, afin de préserver l'intégrité et la sécurité des communications effectuées par ces mécanismes. Elle ne peut toutefois le faire que pour de justes motifs.

Les mécanismes de déclaration reconnus unilatéralement au sens de l'art. 12, al. 2, dont l'agrément a été retiré par l'ACER en vertu des réglementations de l'UE, ne sont plus reconnus par la Suisse.

Al. 2

Lorsque le titulaire de l'agrément est en mesure de veiller au respect des conditions d'agrément, l'ElCom le somme de s'exécuter et lui impartit un délai à cet effet. Cette possibilité n'est toutefois envisageable que pour les cas visés à l'al. 1, let. a et c. En effet, une violation répétée ou grave de la LSTE ne justifiera jamais une simple sommation. En cas de fausses déclarations au sens de l'al. 1, let. b, il s'agira pour l'ElCom de définir s'il celles-ci ont été faites intentionnellement ou non. En cas de simple erreur, l'ElCom devrait pouvoir prononcer une simple sommation.

Al. 3

Le retrait de l'agrément est publié dans le registre visé à l'art. 13. La publication de ce retrait permet avant tout aux participants au marché de prendre connaissance du changement de statut du mécanisme et, le cas échéant, de procéder eux-mêmes à un changement de mécanisme.

Art. 15 Obligations des intermédiaires

Les obligations imposées aux intermédiaires au marché suisse 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 excellente connaissance 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.

Selon la let. a, les personnes concernées doivent mettre en place des dispositions préventives dans leur domaine d'influence et établir des procédures visant à déceler tout comportement de marché illicite. En tant que professionnels des marchés de gros de l'énergie, ils doivent de surveiller de manière proactive les marchés sur lesquels ils sont actifs.

Selon la let. b, les intermédiaires doivent signaler immédiatement à l'ElCom tout soupçon fondé qu'une transaction pourrait constituer un comportement de marché illicite. Lorsqu'ils signalent un tel comportement, ils doivent fournir à l'ElCom des informations sur le type de comportement illicite, 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'ElCom le plus rapidement possible dès la naissance d'un tel soupçon fondé. En effet, la rapidité du signalement est d'une importance cruciale lorsqu'il s'agit de recueillir des preuves. Plus tôt l'ElCom est informée de la violation potentielle, plus tôt elle peut recueillir des preuves en évitant leur destruction ou leur détérioration. Conformément à la pratique européenne, l'annonce doit dans tous les cas intervenir au plus tard dans les quatre semaines qui ont suivi l'apparition du comportement illicite.

Section 3 Comportements de marché illicites

Art. 16 Exploitation et 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 plateforme de négociation ayant son siège en Suisse, mais à tous les produits énergétiques de gros suisses (cf. art. 3, al. 1, let. b).

Let. a: le premier aspect de l'interdiction concerne l'exploitation d'une information privilégiée pour acquérir ou aliéner ou pour tenter d'acquérir ou d'aliéner, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, des produits énergétiques de gros suisses.

La notion «d'acquisition ou d'aliénation» (dans les réglementations de l'UE, il est question d'acquisition et de cession) 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 portant sur des produits énergétiques de gros suisses (cela inclut p. ex. l'émission de nouveaux ordres, la modification d'ordres existants, l'annulation d'ordres ou encore l'établissement de liens ou de dépendances entre les ordres).

Différence notable avec le droit des marchés financiers, la tentative d'exploiter des informations privilégiées est prohibée par la LSTE, comme c'est le cas dans les réglementations de l'UE. Partant, l'interdiction d'exploiter des informations privilégiées s'applique dès le moment où la personne concernée se trouve en leur possession et réalise l'une des actions assimilables à une acquisition ou une aliénation de produits énergétiques de gros suisses.

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. En effet, l'interdiction englobe tant les actions purement matérielles que l'absence d'actions attendues résultant de l'utilisation d'une information privilégiée. Par ailleurs, l'acquisition ou l'aliénation de produits énergétiques de gros suisses est prohibée, tant si elle est réalisée pour son compte que pour celui d'un tiers.

Enfin, comme c'est le cas pour le droit des marchés financier, il importe peu 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 soit censée violer la présente disposition.

Let. b: le deuxième aspect de l'interdiction concerne 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.

Il est indifférent de savoir si quelqu'un a effectivement reçu une information privilégiée ou l'a utilisée à des fins de négociation, puisque c'est la divulgation elle-même qui est interdite. En outre, que l'information privilégiée ait été diffusée à une seule ou à plusieurs personnes ne joue ici pas de rôle.

Par analogie à l'art. 128 de l'ordonnance du 25 novembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers²⁰, la let. b est formulée de manière à ce qu'il n'y ait pas de comportement illicite lorsqu'une personne communique une information privilégiée à un tiers dans le cadre normal de son activité professionnelle.

Let. c: le troisième aspect de l'interdiction concerne l'exploitation d'une information privilégiée pour recommander à une autre personne d'acquérir ou d'aliéner des produits énergétiques de gros suisses.

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 de gros suisses. 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 suisses. De même, il est indifférent que la personne qui a reçu la recommandation ait effectivement utilisé ou non cette information pour négocier.

Al. 2

L'énumération figurant à l'al. 2 se fonde sur les réglementations de l'UE.

L'interdiction ne se limite pas à l'exploitation ou à la divulgation d'informations privilégiées par les personnes expressément mentionnées. Elle touche toutes les personnes physiques ou morales qui savent ou doivent savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée et s'applique donc également aux personnes 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, celle-ci sait ou doit savoir que l'information est privilégiée.

Al. 3

Conformément aux réglementations de l'UE, l'exploitation d'informations privilégiées au sens de l'al. 1, let. a ou c, n'est pas prohibée lorsque la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LApEI ou les gestionnaires de réseau suisse de transport du gaz acquièrent de l'électricité ou du gaz afin de garantir le fonctionnement sûr, performant et efficace du réseau. 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.

Il est en effet primordial que la société nationale du réseau de transport ainsi que les gestionnaires de réseau suisse de transport du gaz veillent à un développement adéquat, à une exploitation sûre et à un entretien constant du réseau. Pour ce faire, ils doivent notamment être autorisés à effectuer des achats réalisés lors de la fourniture de prestations de service, notamment pour l'énergie et la puissance de réglage et d'équilibrage ou pour des transferts de production et de charge (*redispatching*).

Al. 4

Il n'y a pas de comportement illicite lorsque les informations utilisées par les participants au marché suisse sont utilisées dans le cadre de mesures d'urgence ordonnées par le Conseil fédéral pour éviter une mise en danger de l'approvisionnement en électricité en vertu de

l'art. 9 LApEI ou une mise en danger de l'approvisionnement en gaz (*let. a*). Les mesures d'urgences doivent être comprises comme des mesures de dernier recours que le Conseil fédéral ne peut ordonner qu'en vue d'assurer un approvisionnement national en électricité sûr et à des prix abordables et uniquement si les participants au marché suisse (p. ex. les entreprises de la branche) ne peuvent plus assurer cet approvisionnement par leurs propres moyens.

Il en va de même lorsque les informations utilisées par les participants au marché suisse sont utilisées dans le cadre de mesures visant à garantir l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux lors d'une pénurie grave en vertu de la loi fédérale du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement économique du pays (LAP)²¹ (*let. b*). Sont notamment visés les préparatifs et les mesures d'intervention économique visés aux art. 5 s. et 31 s LAP.

Al. 5

Conformément à l'al. 5, le Conseil fédéral peut, en tenant compte des réglementations de l'UE, prévoir d'autres cas dans lesquels l'exploitation d'informations privilégiées est exceptionnellement admise.

Let. a: la première exception vise 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.

Selon la pratique de l'UE, l'ACER considère que les obligations contractuelles doivent exister avant que l'acteur du marché n'ait connaissance de l'information privilégiée et que ces obligations doivent se rapporter effectivement à cette information. L'ACER considère en outre que pour qu'un acteur du marché soit considéré comme ne pas être en mesure de respecter ses obligations contractuelles, il doit se trouver dans une situation qui conduirait à une rupture effective de contrat et ne pas disposer d'autres actifs propres pour remplir l'obligation. Enfin, comme l'exception s'applique également aux ordres de négociation passés avant que la personne concernée ne soit en possession d'une information privilégiée, l'ACER considère que l'acteur du marché est tenu de s'abstenir de toute modification ou retrait sélectif de l'ordre passé en rapport avec cette information privilégiée (*hands-off approach*) afin de respecter l'interdiction.

L'application de cette exception ne peut coïncider avec l'application de l'art. 7, al. 1, let. c. En effet, dans certaines situations, les gestionnaires de réseau de transport doivent être autorisés à prendre des décisions relatives au négoce de produits énergétiques de gros suisses, et ce malgré le report de publication d'une information privilégiée (cf. commentaire de l'art. 7, al. 2).

Let. b: la deuxième exception vise les opérations permettant de couvrir des pertes physiques immédiates résultant d'indisponibilités imprévues.

Selon les réglementations de l'UE, cette exception ne vise que les producteurs d'électricité et de gaz naturel, les opérateurs d'installations de stockage de gaz naturel ou les opérateurs d'installations d'importation de gaz naturel liquéfié. L'ACER considère que, puisque l'exception est limitée à ces acteurs du marché, toute indisponibilité imprévue ne peut concerner que les installations de production, de stockage ou d'importation de gaz naturel liquéfié.

Elle considère en outre que cette exception ne peut être appliquée que pour des pannes imprévues, c'est-à-dire des pannes qui ne sont pas connues d'avance par le propriétaire primaire des informations, et que toute perte physique doit être causée immédiatement et uniquement par cette panne imprévue. Partant, les acteurs du marché susmentionnés ne doivent pouvoir se fonder sur cette exception que pour conclure des transactions visant à couvrir la perte physique immédiate. Toute autre transaction allant au-delà de la couverture de la perte physique immédiate (p. ex. *within the day*) n'entre pas dans le cadre de cette exception.

Par ailleurs, cette exception n'est, selon les réglementations de l'UE, applicable que dans la mesure où le fait de ne pas agir de la sorte aurait pour résultat d'empêcher l'acteur du marché de respecter les obligations contractuelles existantes ou lorsque la transaction est effectuée avec l'accord du gestionnaire de réseau de transport concerné afin de garantir le fonctionnement sûr et fiable du réseau.

Enfin, les réglementations de l'UE prévoient spécifiquement que le participant au marché qui se prévaut de cette exception doit immédiatement notifier les informations pertinentes à l'ACER.

Art. 17 Manipulation de marché

Al. 1

La définition de l'interdiction des manipulations de marché s'appuie tant sur les réglementations de l'UE que sur celle du droit des marchés financiers (art. 143, al. 1, LIMF). Seule différence notable avec le droit de l'UE, les manipulations de marché ne sont punissables que lorsqu'il existe au moins un élément d'intention («sait ou doit savoir»). Partant et contrairement aux réglementations de l'UE, les simples erreurs de négoce ne constituent pas des comportements de marché illicites en Suisse. Néanmoins une erreur de négoce comprenant une intention manipulatrice reste punissable, et ce peu importe qu'elle influe effectivement sur les prix des produits énergétiques de gros suisses ou qu'elle soit uniquement susceptible de le faire. Une délimitation claire entre une manipulation et une tentative de manipulation de marché, comme on la retrouve dans les réglementations de l'UE, n'a dès lors pas de raison d'exister dans la présente loi.

Comme pour l'interdiction d'exploitation et de divulgation d'informations privilégiées, l'interdiction des manipulations de marché s'applique à tous les produits énergétiques de gros suisses (cf. art. 3, al. 1, let. b) et n'implique aucune volonté d'enrichissement.

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

Le premier type de comportement, qui consiste à diffuser des informations fausses ou trompeuses, peut se produire hors marché (par opposition aux comportements basés sur les ordres ou les transactions), en utilisant n'importe quel canal de communication ou tout autre moyen pour diffuser des rumeurs ou des fausses nouvelles. Aucune activité de négoce sur le marché n'est nécessaire pour que ce type de manipulation se réalise. La manipulation du marché ou une tentative de manipulation peut donc découler d'un ensemble plus large de circonstances et de comportements que ceux strictement liés à l'activité commerciale sur les marchés de gros de l'énergie.

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 suisses contrevient à l'interdiction de la manipulation de marché. La notion d'information englobe 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 y a donc au moins intention ou dol éventuel. 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 suisses. Un lien indirect peut cependant suffire lorsqu'il est plus vraisemblable qu'improbable que la diffusion de l'information en question ait pu avoir un impact sur ces composantes.

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

Pour le surplus, les dispositions de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)²² sont applicables en cas de diffusion de données personnelles non autorisée.

Tant pour les manipulations que pour les tentatives de manipulation du marché, les comportements visés à la let. b impliquent l'émission d'un ordre ou la conclusion d'une transaction. En ce sens, elles représentent des comportements sur le marché. Cela inclut, par exemple, l'émission de nouveaux ordres, la modification d'ordres existants, l'annulation d'ordres ou encore l'établissement de liens ou de dépendances entre les ordres.

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 suisses.

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 suisses, et ainsi 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 aux revendeurs d'énergie lorsqu'il existe des contrats de détail indexés sur les 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, de ce fait, 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 bel et bien 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 interdit non seulement toute diffusion ou activité commerciale qui donne effectivement des indications fausses ou trompeuses, mais aussi toute diffusion ou activité commerciale qui est simplement 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 au moyen 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 ou des transactions, ou les deux) d'un participant au marché.

La notion de «niveau artificiel» implique que le niveau du prix d'un produit énergétique de gros suisse ne correspond pas à celui qui aurait résulté d'une interaction loyale 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 justifiés 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

Dans les dispositions d'exécution, le Conseil fédéral précisera les pratiques de marché admises sur les marchés de gros de l'énergie. Selon les réglementations de l'UE, les pratiques de marché admises par les autorités des marchés financiers peuvent s'appliquer aux marchés de gros de l'énergie. Le Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) liste en outre certains critères permettant d'évaluer la conformité de la pratique de marché:

- la pratique de marché prévoit un niveau élevé de transparence au regard du marché;
- la pratique de marché offre des garanties élevées au regard du fonctionnement des forces du marché et de l'interaction adéquate entre l'offre et la demande;
- la pratique de marché a un impact positif sur la liquidité et l'efficacité du marché;
- la pratique de marché prend en compte les mécanismes de négociation du marché en question et permet aux participants à ce marché de réagir de manière adéquate et rapide à la nouvelle situation de marché qu'elle a créée.

Le Conseil fédéral pourra en outre édicter des dispositions relatives aux comportements admissibles notamment lors de la diffusion d'informations dans un cadre journalistique ou artistique, c'est-à-dire dans l'exercice de la profession de journaliste ou d'artiste. Dans ce cadre, le Conseil fédéral tiendra compte de la liberté d'opinion et d'information, de la liberté des médias ou encore des dispositions spécifiques applicables à la profession concernée ainsi qu'à la liberté de la presse. Dans la mesure où il s'agit d'informations détenues et rendues accessibles par les autorités fédérales, le Conseil fédéral tiendra en outre compte des principes et des réglementations découlant de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans)²³.

Section 4 Autorité de surveillance et traitement des données

Art. 18 Tâches de l'ElCom

Al. 1

L'ElCom exerce la surveillance sur les marchés de gros de l'énergie conformément à la LSTE (cf. aussi art. 21). Parmi ces tâches de surveillance figurent notamment la surveillance du respect des obligations qui incombent aux participants au marché suisse, aux participants au marché européen ainsi qu'aux intermédiaires au marché suisse, la procédure d'agrément des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclarations ou encore la gestion des comportements de marché illicites.

Al. 2

En tant qu'autorité de surveillance, l'ElCom prend les mesures nécessaires à l'exécution de la 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]²⁴).

Al. 3

Grâce aux informations qu'elle obtient en vertu de la LSTE (notamment les informations privilégiées, les informations sur les transactions et les ordres effectués sur les marchés de gros de l'énergie ou encore les informations résultant de procédures relatives à des comportements de marchés illicites), l'ElCom est à même d'observer et surveiller l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable

en Suisse. Les marchés de gros de l'énergie étant de plus en plus interconnectés, les activités de marché dans un État membre de l'UE influencera, à la fois les prix de gros de l'électricité et du gaz au-delà des frontières de cet État et les prix de détail supportés par les consommateurs et les microentreprises. Une surveillance et une observation stricte du marché transfrontalier est essentielle pour parachever un marché intérieur de l'énergie qui fonctionne pleinement, et qui soit interconnecté et intégré. L'ElCom présentera d'ailleurs annuellement un rapport au Conseil fédéral pour l'informer de l'évolution des marchés de gros de l'énergie (cf. al. 4 et le renvoi à l'art. 22, al. 6, LApEl).

Al. 4

L'al. 4 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. Ces renvois concernent plus précisément l'organisation de l'ElCom, l'application à la LSTE du Règlement interne du 12 septembre 2007 de la Commission de l'électricité²⁵, certaines tâches de l'ElCom ou encore les voies de recours.

Art. 19 Qualité pour recourir

L'art. 19 prévoit la qualité de ElCom pour recourir devant le Tribunal fédéral. Cela est nécessaire dès lors que l'ElCom ne tombe pas sous le coup de l'art. 89, al. 2, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)²⁶.

Art. 20 Financement

Cet article traite du financement de l'ElCom. La disposition reprend dans les grandes lignes les règles en vigueur sur le financement de la FINMA (art. 15 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA]²⁷).

Ces règles de financement se caractérisent par le fait que les coûts de la surveillance des marchés de gros de l'énergies sont majoritairement pris en charge par les participants au marché suisse. 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 et l'observation du marché.

La taxe de surveillance couvre les coûts de l'ElCom 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 soumis 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.

Al. 1

L'ElCom 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. Contrairement à la taxe de surveillance qui ne peut être prélevée qu'auprès des participants au marché suisse, des émoluments peuvent notamment être perçus auprès des participants au marché, des intermédiaires au marché suisse, des exploitants des plateformes d'informations privilégiées ou encore des titulaires d'un agrément en tant que mécanisme de déclaration.

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 (p. ex. le marché de gros de l'électricité) ne cofinancent des dépenses générales qui relèvent d'un autre secteur (p. ex. le marché de gros du gaz naturel).

Al. 3

Le critère du calcul de la taxe de surveillance pour les divers secteurs est celui du volume des transactions et des ordres sur les produits énergétiques de gros suisses. Par «volume» il est fait expressément référence au nombre de transactions ou d'ordres portant sur les produits énergétiques de gros suisses. Sont également visées toutes les modifications, les extinctions anticipées ou encore les corrections d'une transaction ou d'un ordre. Le fait de lier le montant de la taxe de surveillance due au nombre de transactions découle du principe de causalité. Il est en effet indéniable que l'annonce d'une seule transaction portant sur une grande quantité d'énergie génère moins de travail qu'un grand nombre d'annonces portant chacune sur de petites quantités d'énergie.

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 on peut supposer que la surveillance d'un nombre important de transactions exige plus de personnel de la part de l'autorité de surveillance.

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. 21 Traitement des données

Al. 1

La présente disposition reprend dans les grandes lignes la systématique existante pour 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'ElCom, en tant que responsable de traitement, traitera un certain nombre de données personnelles et des données concernant des personnes morales dans le cadre de ses tâches légales (cf. al. 2).

Celles-ci découlent notamment des informations relatives à l'enregistrement des participants au marché (cf. art. 4), à celui des plateformes d'informations privilégiées (cf. art. 8) ou encore des mécanismes de déclaration (cf. art. 12), des informations relatives aux diverses obligations de publication (cf. art. 6 et 7) et de communication (cf. art. 11) imposées aux participants au marché suisse et aux participants au marché européen, de la conduite de procédures relevant de la LSTE, des décisions, des dossiers d'autorités pénales et d'autres autorités ou encore des jugements. Un catalogue complet des données traitées par l'ElCom sera prévu dans les dispositions d'exécution (al. 4, let. a).

Pour l'accomplissement de ses tâches légales (cf. al. 2 et art. 18), l'ElCom devra en outre traiter données personnelles sensibles et des données sensibles concernant des personnes morales portant sur des poursuites et des sanctions administratives ou pénales ou sur des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. S'agissant des données sensibles portant sur des poursuites et des sanctions administratives ou pénales, il s'agit par exemple d'informations sur l'ouverture, l'exécution et la clôture de poursuites, sur les condamnations prononcées par des organes de justice pénale, sur les procédures portant sur les mesures de surveillance, les sanctions administratives, les interdictions d'exercer ou de pratiquer mais aussi sur les mesures d'exécution correspondantes. Quant aux données sensibles portant sur des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, il s'agit par exemple d'informations sur certaines transactions effectuées par les entreprises qui doivent être communiquées à l'ElCom (cf. art. 11). L'al. 1 constitue la base légale autorisant l'ElCom à traiter ces données (cf. art. 34, al. 2, LPD).

Al. 2

L'al 2 dresse une liste exhaustive des situations pour lesquelles l'ElCom est en droit de traiter les données visées à l'al. 1. L'ElCom doit être à même de traiter des données lorsqu'elle exerce la surveillance conformément à la LSTE. Parmi ces tâches de surveillance figurent notamment la surveillance du respect des obligations qui incombent aux participants au marché suisse, aux participants au marché européen ainsi qu'aux intermédiaires au marché suisse, la procédure d'agrément des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclaration ainsi que la gestion des comportements de marché illicites. Dans le cadre de la gestion des comportements de marché illicites, l'ElCom peut être amenée à devoir traiter des données ne se rapportant pas directement aux participants au marchés ou aux intermédiaires. On parle alors d'une tâche de surveillance portant sur l'intégrité des marchés de gros de l'énergie. Enfin, l'observation et la surveillance de l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable en Suisse constitue également l'une de ces tâches de surveillance.

L'ElCom doit en outre être à même de traiter des données lorsqu'elle conduit des procédures relevant de la LSTE (procédures relatives aux instruments de surveillance et aux sanctions administratives) ou pour l'assistance administrative et l'entraide judiciaire (cf. section 8).

Al. 3

Dans la mesure où l'ElCom est amenée à traiter un important volume de données, elle doit disposer d'un système d'information en vue de les traiter de manière automatisée. Ce système ne peut toutefois contenir que les données expressément visées à l'al. 1 et l'ElCom est la seule à y avoir accès.

La présente disposition transpose l'art. 26c OApEl au niveau de la loi. Cette disposition sera par conséquent abrogée dans les dispositions d'exécution.

Al. 4

Le Conseil fédéral fixera dans les dispositions d'exécution les modalités du traitement de données. Il s'agira notamment de définir les catégories de personnes dont les données sont collectées et, pour chaque catégorie de personnes, les catégories de données personnelles pouvant être traitées. Seront principalement concernées les données concernant les participants au marché, les intermédiaires au marché suisse, les plateformes d'informations privilégiées, les mécanismes de déclaration ou encore les personnes tombant sous le coup d'un comportement de marché illicite au sens des art. 16 et 17 de la LSTE.

Le Conseil fédéral précisera en outre l'organisation et l'exploitation du système d'information, ainsi que l'accès à celui-ci. En effet, seule une petite partie des données collectées par l'ElCom seront effectivement rendues publiques par l'intermédiaire des

différents registres publics prévus par la loi. Pour le reste, elles seront conservées dans un système d'exploitation non accessible au public.

On ne peut pas déduire de cette disposition qu'un accès plus étendu peut être refusé en vertu de la LTrans. Par conséquent, l'accès aux informations au sens de la LTrans n'est pas affecté par la présente disposition.

Section 5 Instruments de surveillance

Art. 22 Obligation de renseigner

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

Pour accomplir ses tâches de surveillance, l'ElCom doit pouvoir réaliser certaines mesures d'investigation. Elle peut donc demander aux participants au marché suisse, aux participants au marché européen, aux intermédiaires au marché suisse et, le cas échéant, aux exploitants de plateformes d'informations privilégiées et aux titulaires d'agrément de mécanismes de déclaration de lui fournir 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'enquête découle du fait qu'une infraction pertinente sur le plan pénal est plus grave qu'un comportement illicite sur le plan du droit de la surveillance.

Art. 23 Rétablissement de l'ordre légal

La définition du rétablissement de l'ordre légal s'inspire fortement de celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 31 LFINMA).

L'ElCom est tenue d'intervenir de sa propre initiative et de rétablir l'ordre légal quand elle a connaissance de violations de la loi ou d'autres irrégularités. La manière dont elle décide de procéder pour ce faire est laissée à son appréciation tant que son action répond aux missions qui lui ont été confiées.

Art. 24 Décision en constatation

La définition de la décision en constatation s'inspire fortement de celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 32 LFINMA).

La décision en constatation constitue la forme la plus légère par laquelle une autorité manifeste son désaccord. Cet instrument de surveillance vise essentiellement à jouer un rôle préventif pour faire en sorte que les dispositions du droit de la surveillance soient respectées et à éviter que les violations du droit ne se répètent.

Si le destinataire d'une décision prend de lui-même les mesures correctives nécessaires au cours de la procédure, il n'est pas besoin de prendre de mesures supplémentaires pour rétablir l'ordre légal. Cependant, selon la gravité des infractions, il est possible que s'imposent des mesures supplémentaires comme la publication de la décision, une interdiction d'exercer ou une confiscation.

Art. 25 Confiscation

Al. 1

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

La confiscation est une sanction à caractère administratif. Elle a une fonction compensatoire et a pour but de décourager les participants au marché, les personnes exerçant une fonction dirigeante ou toute autre personne de violer les règles du droit de la surveillance. Seule la confiscation permet d'éviter qu'une violation grave de ces règles ne permette de réaliser un profit. En effet, la non-confiscation des bénéfices obtenus en violation du droit entraîne des distorsions de concurrence, dans la mesure où les participants au marché ou toute autre personne qui respectent la loi subissent un préjudice alors que ceux qui se comportent de manière illicite en retirent des avantages. En d'autres termes, la confiscation doit être considérée comme une simple mesure de rétablissement de l'ordre légal, qui favorise l'équité entre les participants au marché.

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

L'ElCom 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 code pénal²⁸, l'ElCom 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 LSTE, mais aucunement auprès de tiers. La confiscation a donc surtout un caractère réparateur, et non punitif (ATF 126 IV 265).

Lorsque les destinataires de la sanction ont leur domicile ou leur siège à l'étranger (p. ex. un participant au marché suisse), 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.

Al. 2

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. 3

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

Al. 4

L'al. 5 clarifie les relations avec les dispositions correspondantes du code pénal: la confiscation au sens des art. 70 à 72 CP prime. Le rapport entre la LSTE et le droit des marchés financiers est réglé par l'art. 2, al. 2: la confiscation au sens de l'art. 35 LFINMA prime.

Al. 5

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 en passant par 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 les prétentions sont inférieures aux valeurs patrimoniales confisquées, le montant résiduel est également dévolu à la Confédération.

Art. 26 Interdiction d'exercer

Al. 1

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

L'interdiction d'exercer est une sanction à caractère administratif. En cas de comportement de marché illicite grave ou d'autres violations graves des obligations de la LSTE, l'ElCom peut interdire aux personnes responsables d'exercer une fonction dirigeante auprès d'un

participant au marché suisse ou d'un intermédiaire au marché suisse. L'interdiction d'exercer a un caractère préventif. Elle a toujours comme objectif d'éviter que les personnes concernées ne réitèrent les mêmes violations du droit ou des violations semblables.

L'interdiction d'exercer au sens de la LSTE diverge de celle qui est prévue 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 de droit de la surveillance et non une quelconque infraction commise dans l'exercice d'une profession. Ce traitement plus sévère se justifie dans la mesure où, dans la surveillance des marchés de gros de l'énergie, des biens protégés tels que le bon fonctionnement des marchés et la protection des consommateurs finaux contre des tarifs abusifs sont primordiaux. 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.

Lorsque les destinataires de la sanction ont leur domicile ou leur siège à l'étranger (p. ex. un participant au marché suisse), 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.

Al. 2

L'interdiction d'exercer peut être prononcée pour une durée de cinq ans au plus.

Art. 27 Interdiction de pratiquer

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

L'interdiction de pratiquer est une sanction à caractère administratif. L'ElCom peut interdire à un collaborateur d'un participant au marché suisse ou d'un intermédiaire au marché suisse de pratiquer une activité de négoce concernant des produits énergétiques de gros suisses ou de conseil à la clientèle s'il a adopté un comportement de marché illicite grave ou violé gravement grave des obligations prévues par la LSTE.

Lorsque les destinataires de la sanction ont leur domicile ou leur siège à l'étranger (p. ex. un participant au marché suisse), 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.

Section 6 Sanctions administratives

Les sanctions administratives complètent la liste des mesures à la disposition de l'ElCom en tant qu'autorité de surveillance. Les dispositions de la présente section se fondent sur le rapport du Conseil fédéral du 23 février 2022 sur les sanctions administratives pécuniaires²⁹.

Art. 28 Sanctions en cas de comportement de marché illicite grave

Al. 1

La présente disposition prévoit que tout participant au marché suisse, tout participant au marché européen ou tout intermédiaire au marché suisse qui adopte un comportement de marché illicite grave au sens des art. 16 ou 17 est tenu au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 15 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse au cours de l'année précédente.

Comme les sanctions pécuniaires sont un instrument de surveillance, il se justifie que seules les personnes sur lesquelles l'ElCom exerce une surveillance effective et à long terme puissent se voir imposer de telles sanctions. Celles-ci peuvent donc concerner uniquement les participants au marché suisse, les participants au marché européen et les intermédiaires au marché suisse.

La présence de sanctions pécuniaires en droit des marchés de gros de l'énergie est une différence notable avec le droit des marchés financiers, duquel elles sont encore totalement absentes. Néanmoins, cela est parfaitement en adéquation avec les réglementations de l'UE, qui imposent aux Etats membres d'adopter une décision imposant des sanctions pécuniaires administratives. Le montant de 15 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'année précédente est d'ailleurs formulé en conformité avec ces réglementations³⁰.

La LSTE prévoit donc, pour les mêmes faits, la coexistence de dispositions relatives aux sanctions administratives (art. 28 et 29) et de dispositions pénales (art. 39 et 40). Ce parallélisme de dispositions n'est toutefois pas nouveau. En effet, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)³¹ permet par exemple de prononcer simultanément une sanction administrative pécuniaire (art. 50 LCart) et une amende pénale (art. 54 LCart). On trouve des exemples similaires dans la loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJA)³², la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés³³, la loi fédérale du 16 juin 2017 sur l'échange des déclarations pays par pays³⁴ et la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)³⁵.

Néanmoins, l'applicabilité simultanée de dispositions des deux ordres peut entraîner l'ouverture de procédures parallèles. Il faut dès lors examiner si une telle double procédure est compatible avec l'interdiction d'être poursuivi ou jugé deux fois pour la même infraction (*ne bis in idem*).

En ce qui concerne les procédures de sanctions administratives pécuniaires, qui sont considérées comme des accusations en matière pénale au sens de l'art. 6 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)³⁶, on peut supposer que l'interdiction inscrite dans la CEDH et dans la Constitution fédérale (Cst.) s'applique. Pour autant qu'on puisse en juger, la question de la compatibilité avec le principe *ne bis in idem* n'a pas encore été tranchée par les tribunaux en ce qui concerne les procédures de sanctions administratives et pénales menées en parallèle. En règle générale, les dispositions relatives aux sanctions administratives et les dispositions pénales concernent des personnes différentes, de sorte que la question d'un éventuel conflit avec le principe *ne bis in idem* ne se pose même pas: alors que les premières s'adressent en particulier aux personnes morales, les secondes visent en règle générale des personnes physiques.

En revanche, si le destinataire de la sanction administrative pécuniaire est une personne physique (par ex. le propriétaire d'une entreprise individuelle) et que cette personne est aussi visée par une procédure pénale, il y a identité de personnes. Dans le cas où une entreprise est punissable en application de l'art. 102 CP, il peut y avoir identité de personnes morales. Dans ce cas, il faut déterminer si la priorité doit être accordée à la procédure de sanction administrative ou à la procédure pénale. Les autorités de sanction pénales et administratives doivent s'entendre au cas par cas pour déterminer laquelle est compétente.

Al. 2

Dans l'évaluation des sanctions administratives pécuniaires, l'autorité compétente bénéficie d'une marge d'appréciation dans la fixation de la sanction, dans les limites notamment du respect des principes de légalité, d'égalité et de proportionnalité. Le principe de proportionnalité suppose qu'il soit tenu compte de manière appropriée, dans chaque cas d'espèce, des conséquences qu'une sanction est susceptible d'entraîner pour la partie concernée par la procédure, en particulier sur sa situation financière et sociale.

Lors de comportement de marché illicite grave au sens des art. 16 ou 17, l'ElCom se basera néanmoins principalement sur la durée et de la gravité du comportement de marché illicite pour établir le montant de la sanction. Le profit présumé est également dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

Art. 29 Sanctions en cas de violation grave des obligations prévues par la présente loi

Al. 1 et 2

La présente disposition prévoit également un système de sanctions administratives en cas de violations graves des obligations prévues par la LSTE. Les obligations principales prévues par la LSTE sont l'obligation d'enregistrement (cf. art. 4), de publication (cf. art. 6 et 7), de

communication (art. 11) et celles applicables aux intermédiaires (cf. art. 15).

La violation de l'obligation de publication et la violation des obligations des intermédiaires étant susceptible de nuire plus fortement à l'intégrité des marchés de gros de l'énergie, il se justifie qu'une sanction plus importante soit prévue pour ce type de violations. Les montants de respectivement 2 % et 1 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse au cours de l'année précédente se fondent sur les réglementations de l'UE³⁷.

Contrairement à l'art. 28, cette disposition confère volontairement une grande marge d'appréciation à l'autorité de surveillance quant à la fixation du montant de la sanction. Il va de soi que, lors de la fixation du montant, l'ElCom devra se conformer aux exigences du principe de proportionnalité. Le montant effectif de la sanction sera fixé en fonction de la situation concrète et les sommes maximales ne seront atteintes que dans les cas particulièrement graves.

Art. 30 Dispositions communes

Le système procédural mis en place s'inspire fortement de celui existant dans la LCart (art. 53), dans la LJAr (art. 100, al. 2) et dans la LEI (art. 122c).

L'instruction est menée par le Secrétariat technique de l'ElCom (cf. art. 5 du règlement interne de la Commission de l'électricité) conjointement avec le président ou le vice-président. Au terme de l'instruction, l'ElCom statue (*al.* 1).

Pour garantir la sécurité du droit, la procédure doit être introduite dans un certain délai sous peine d'être prescrite. Au vu de la gravité des peines encourues et des difficultés liées à l'extranéité, un délai réaliste de sept ou, selon le cas, de cinq ans est fixé pour engager une procédure (*al.* 2).

Compte tenu de cette extranéité, il est en outre impératif que les art. 28 et 29 puissent trouver application indépendamment du fait que la violation ait été commise en Suisse ou à l'étranger (*al.* 3).

Section 7 Publication d'une décision en matière de surveillance

Art. 31

Al. 1 et 2

La publication d'une décision en matière de surveillance est une sanction à caractère administratif. En informant les participants au marché de l'existence d'un comportement contraire à la législation qui a été ou doit être corrigé, cet instrument de surveillance ne vise pas prioritairement à sanctionner le contrevenant mais le rétablissement de l'ordre légal en exposant le comportement qui doit ou aurait dû être adopté ou non (ATF 147 I 57).

En cas de violation grave des règles de droit de la surveillance, l'ElCom peut publier sa décision finale sous forme électronique ou imprimée une fois qu'elle est devenue exécutoire, en indiquant l'identité du destinataire de la décision. L'identité du destinataire comprend, pour les personnes physiques, le nom et le prénom, la date de naissance, le lieu d'origine et celui de résidence et pour les personnes morales, la raison sociale, le siège et l'adresse.

La décision finale est celle qui règle une situation juridique de manière définitive. Il peut s'agir tant d'une décision portant sur des instruments de surveillance qu'une décision portant sur des sanctions administratives. La publication doit être ordonnée dans la décision elle-même et peut donc faire l'objet d'un recours.

Al. 3

Dans le cadre de cette disposition, l'ElCom s'assure que les informations commercialement sensibles ne soient pas publiées activement. On ne peut toutefois pas en conclure qu'un accès plus large peut être refusé en vertu de la LTrans. En effet, l'accès aux informations doit être évalué au regard de la LSTE et notamment de l'art. 7 LTrans, qui énumère de manière exhaustive les exceptions permettant de protéger les informations économiquement sensibles des personnes concernées (cf. art. 7, al. 1, let. g, LTrans [secrets d'affaires et de fabrication] et art. 7, al. 2, LTrans [protection de la sphère privée]).

Section 8 Assistance administrative et entraide judiciaire

La notion «d'information» utilisée dans le cadre des dispositions régissant l'assistance administrative et l'entraide judiciaire (art. 32 à 38) inclut les données personnelles et les données concernant des personnes morales. Lorsque des données sensibles sont concernées, celles-ci sont néanmoins mentionnées expressément.

Art. 32 Autorités fédérales suisses de surveillance

Al. 1

Au vu de la collaboration étroite entre la FINMA et l'ElCom, il est nécessaire que ces autorités coordonnent leurs activités de surveillance, s'informent dès qu'elles ont connaissance de faits importants et se garantissent l'accès aux informations nécessaires pour l'accomplissement de leurs tâches respectives. 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. En effet, la FINMA étant compétente pour poursuivre et juger des comportements de marché illicites qui portent à la fois sur des produits énergétiques de gros suisses et des instruments financiers, elle pourrait avoir besoin de certaines informations détenues par l'ElCom, y compris des données sensibles. Pour sa part, l'ElCom pourrait également avoir besoin de certaines informations détenues

par la FINMA pour l'exécution de ses tâches de surveillance prévues par la LSTE (cf. art. 11, al. 2). S'agissant des fins auxquelles l'ElCom et la FINMA peuvent traiter les informations, elles figurent à l'art. 21, al. 2, LSTE et à l'art. 23, al. 2, LFINMA.

Al. 2

L'ElCom peut communiquer à la COMCO, à l'Office fédéral de l'énergie (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 conduites³⁸) ou à l'Office fédéral de l'approvisionnement économique du pays, des informations dont elles ont besoin pour s'acquitter de leurs tâches qui leur incombent en vertu de la loi, y compris des données sensibles visées à l'art. 21, al. 1. L'ElCom ne peut toutefois communiquer que les informations collectées dans le cadre de ses activités de surveillance des marchés de gros de l'énergie.

Art. 33 Autorités de poursuite pénale

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 la poursuite des infractions à la LSTE, y compris des données sensibles visées à l'art. 21, al. 1. L'exploitabilité de ces informations en procédure pénale est soumise aux règles du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)³⁹.

Al. 2

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

Lorsque les employés de l'ElCom ont connaissance de crimes ou de délits poursuivis d'office, le Secrétariat doit en informer les autorités de poursuite pénale compétentes sur la base de l'art. 22a de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)⁴⁰.

Art. 34 Services de la Confédération et des cantons

Par analogie avec l'art. 25, al. 2, LApEl, les autres autorités suisses sont tenues de participer aux investigations de l'ElCom et de lui fournir, sur demande, les informations dont elle a besoin pour exécuter la LSTE, y compris des données sensibles visées à l'art. 21, al. 1. Cette obligation s'applique aux services tant de la Confédération que des cantons.

Art. 35 Motifs de refus

L'ElCom peut refuser de communiquer des informations lorsque ces informations 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*).

L'objet de la disposition porte sur la communication ou le refus de communication de données dans le cadre de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire, de sorte qu'elle n'a pas d'effet sur l'application de la LTrans.

Dans le cadre de son activité de surveillance, l'ElCom 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'ElCom 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 dès lors à l'ElCom de procéder à une pesée des différents intérêts en présence afin de trouver un juste équilibre entre ces deux exigences.

Art. 36 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'ElCom 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 administrative⁴¹, mais bien d'évaluer les différends en matière de collaboration entre les autorités impliquées, notamment concernant l'échange d'informations, de données personnelles ou de données concernant des personnes morales. Comme le Tribunal administratif fédéral traite déjà des questions liées au droit de la surveillance 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.

Art. 37 Assistance administrative entre l'ElCom et une autorité étrangère

Al. 1

Selon l'*al. 1*, l'ElCom peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés de gros de l'énergie de lui transmettre des informations dont elle a besoin pour l'accomplissement de ses tâches aux fins de l'art. 21, al. 2, y compris des données sensibles au sens de l'art. 21, al. 1. Une éventuelle réponse favorable à cette demande dépend toutefois du droit déterminant des autorités étrangères concernées.

Al. 2

L'ElCom peut, sur demande, transmettre des informations, y compris des données sensibles visées à l'art. 21, al. 1, aux autorités étrangères de surveillance des marchés énergétiques de gros si les conditions suivantes sont remplies: l'État concerné dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat ou l'organisme international concerné garantit un niveau de protection adéquat (*let. a, cf. art. 16, al. 1, LPD*); l'autorité étrangère ne peut utiliser ces informations que pour exécuter des dispositions portant sur l'intégrité et la transparence des marchés de gros de l'énergie ou les transmettre uniquement à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (*let. b, ch. 1*); l'autorité étrangère est liée par le secret de fonction ou par le secret professionnel (*let. b, ch. 2*); les informations ne sont transmises ou publiées qu'avec le consentement préalable de l'autorité suisse (*let. b, ch. 3*); l'autorité étrangère garantit la réciprocité (*let. b, ch. 4*).

Al. 3 et 4

Les al. 3 et 4 s'inspirent dans leur formulation et dans leur portée des al. 4 et 5 de l'art. 42 LFINMA.

Al. 5

Des réglementations spécifiques concernant l'échange de données portant sur l'intégrité et la transparence des marchés de gros de l'énergie peuvent être prévues dans le cadre d'accords internationaux. Ces accords primeront dès lors les réglementations de la présente disposition.

Art. 38 Procédure d'assistance administrative avec une autorité étrangère

Al. 1

Cet alinéa s'inspire de l'art. 55 al. 3 LPD. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative, l'ElCom envisage de transmettre à une autorité étrangère des informations, des données personnes ou des données concernant des personnes morales elle est tenue d'informer les personnes concernées en les invitant à prendre position. L'ElCom est néanmoins déliée de son obligation si le devoir d'informer est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés.

Al. 2 à 4

Les al. 2 à 4 s'inspirent dans leur formulation et dans leur portée des al. 4 et 6 de l'art. 42a LFINMA.

Section 9 Dispositions pénales

Art. 39 Exploitation et divulgation d'informations privilégiées

La disposition pénale sur l'exploitation et la divulgation d'informations privilégiées s'inspire fortement de celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 154 LIMF), dès lors que la nature du délit et le tort causé subséquentement sont comparables. Cette disposition correspond à l'équivalent pénal de l'interdiction visée à l'art. 16.

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 privilégiées, 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, encourrent 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 nommées 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 suisses 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 suisses.

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 nécessaire 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]).

L'infraction d'exploitation et divulgation d'informations privilégiées peut également donner lieu à une responsabilité subsidiaire d'une personne morale au sens de l'art. 102, al. 1, CP, pour autant qu'elle soit commise par un initié primaire ou secondaire (une infraction commise par un initié tertiaire ne constituant qu'une contravention).

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 suisses. Il s'agit «d'informations privilégiées», dont la définition ressort de l'art. 3, let. c.

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 suisses (let. a); de divulguer cette information à un tiers en dehors du cadre de son travail, de sa profession ou de sa fonction (let. b) et d'exploiter une information privilégiée pour recommander à un tiers l'acquisition ou l'aliénation de produits énergétiques de gros suisses (let. c). En outre, les transactions portant sur des produits dérivés sont elles aussi concernées, pour autant que ces produits dépendent des produits énergétiques de gros suisses (cf. art. 3, al. 1, 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 suisses. 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. Elle 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 est 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

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. 39 de la LSTE et celle visée à l'art. 154 LIMF, c'est la LIMF qui s'applique en tant que *lex specialis* (cf. art. 2, al. 2).

Art. 40 Manipulation du marché

La disposition pénale sur la manipulation du marché s'inspire fortement de celle qui figure dans le droit des marchés financiers, que ce soit dans sa formulation ou dans sa portée juridique (art. 155 LIMF).

En l'espèce, le bien juridique protégé n'est pas le patrimoine des participants au marché, des 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'interdiction visée à l'art. 17.

Cercle des auteurs

Il s'agit d'un délit ordinaire ou commun. Par conséquent, toute personne physique peut en être l'auteur, c'est-à-dire non seulement les employés des plates-formes de négociation et des établissements financiers, mais aussi d'autres participants au marché, des journalistes (financiers), des éditeurs de lettres d'information boursière ou des personnes travaillant pour des émetteurs. Les chances de succès de la manipulation dépendent dans une large mesure de la position de l'auteur et des canaux de diffusion ou des moyens financiers dont il dispose.

L'infraction étant conçue comme un délit, la manipulation de marché entre en ligne de compte comme motif de responsabilité subsidiaire d'une personne morale au sens de l'art. 102, al. 1, CP.

Objet de l'infraction

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

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 suisses (let. b) dans le but d'influencer notablement le prix des produits énergétiques de gros suisses.

L'acte consistant à la diffusion d'information fausse ou trompeuse diffère légèrement de celle de l'infraction administrative. 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 suisses, tandis pour que l'infraction administrative, 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 suisses. Autre différence, la manipulation des marchés au sens administratif 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 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 administrative, le canal de diffusion importe peu. L'information peut être transmise par tout moyen ou support de communication.

Contrairement à l'infraction administrative, seules les transactions fictives sont couvertes par le présent article. Le champ d'application de cette disposition est dès lors nettement plus restreint. 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.

Formulée de manière simplifiée, l'infraction pénale interdit la diffusion d'informations fausses ou trompeuses et la conclusion d'opérations fictives dans l'intention d'influencer notablement le prix des produits énergétiques de gros suisses.

Résultat de l'infraction

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

L'infraction est 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

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. 40 de la LSTE et celle visée à l'art. 155 LIMF, c'est la LIMF qui s'applique en tant que *lex specialis* (cf. art. 2, al. 2).

Art. 41 Fausses informations

La disposition pénale relative aux fausses informations s'inspire fortement de celle qui figure dans le droit des marchés financiers (art. 45 LFINMA). Néanmoins, contrairement à la LFINMA, seule une peine pécuniaire est prévue en tant que peine menace.

Art. 42 Poursuite pénale

Al. 1

La poursuite et le jugement des infractions visées aux art. 39 à 41 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, cela évite 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. 39 et 40 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.

Art. 43 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 administratives de l'ElCom un pouvoir d'application supplémentaire. Quiconque, intentionnellement, ne se conforme pas à une décision de l'ElCom sera puni d'une amende de 100 000 francs au plus. Pour pouvoir prononcer celle-ci, l'ElCom doit mentionner dans sa décision la menace de la peine prévue par cet article.

Art. 44 Compétence de l'OFEN

L'OFEN est chargé de la poursuite et du jugement des actes visés à l'art. 43. Lorsque les éléments constitutifs de l'état de fait sont remplis, l'OFEN prononce une amende au moyen d'un mandat de répression (art. 64 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif [DPA])⁴². 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 un prononcé pénal (art. 70 DPA).

La tentative n'est pas punissable (art. 2 DPA en rel. avec les art. 104 et 105, al. 2, CP). L'instigation et la complicité sont en revanche punissables (art. 5 DPA).

Section 10 Conventions internationales

Art. 45

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.

Section 11 Dispositions finales

Art. 46 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 REMIT et des règlements afférents. Le Conseil fédéral peut confier l'élaboration de prescriptions techniques ou administratives à l'OFEN (al. 2).

Code de procédure pénale⁴³

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. Les comportements illicites sur les marchés financiers (art. 154 et 155 LIMF) sont d'ailleurs également mentionnés à l'art. 269, al. 2, let. o, CPP. De même, le tort causé par les délits visés par la LSTE 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.

Loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité⁴⁴

Art. 21 al. 5

Par similitude avec l'art. 10, al. 1, de la LSTE 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.

Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers⁴⁵

Section 3 (art. 47)

Avec 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.

¹⁶ www.ser-ag.com > Lois, règlements, dispositions

¹⁷ Règlement (UE) n° 543/2013 de la Commission du 14 juin 2013 concernant la soumission et la publication de données sur les marchés de l'électricité et modifiant l'annexe I du règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil, JO L 163 du 15.6.2013, p. 1.

¹⁸ www.acer-remit.eu/portal > REMIT Lists > List of Inside Information Platforms

¹⁹ www.acer-remit.eu/portal > REMIT Lists > List of RRM

²⁰ RS 958.11

²¹ RS 531

²² RS 235.1

²³ RS 152.3

²⁴ RS 172.010

²⁵ RS 734.74

²⁶ RS 173.110

²⁷ RS 956.1

²⁸ RS 311.0

²⁹ FF 2022 776

³⁰ Art. 18 de la proposition de la Commission de règlement modifiant les règlements (UE) n° 1227/2011 et (UE) 2019/942 afin d'améliorer la protection de l'Union contre la manipulation du marché de gros de l'énergie (COM/2023/147 final).

³¹ RS 251

³² RS 935.51

³³ RS 823.20

³⁴ RS 654.1

³⁵ RS 142.20

³⁶ RS 0.101

³⁷ Art. 18 de la proposition de la Commission de règlement modifiant les règlements (UE) n° 1227/2011 et (UE) 2019/942 afin d'améliorer la protection de l'Union contre la manipulation du marché de gros de l'énergie, COM (2023) 147 final).

³⁸ RS 746.1

³⁹ RS 312.0

⁴⁰ RS 172.220.1

⁴¹ RS 172.021

⁴² RS 313.0

⁴³ RS 312.0

⁴⁴ RS 734.7

⁴⁵ RS 958.1

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

Par rapport à l'art. 26a^{bis} OApEI, la LSTE reprend et étend fortement les compétences légales en matière de surveillance des marchés de gros de l'énergie. Aussi les art. 26a^{bis} à 26c OApEI sont-ils abrogés dans les dispositions d'exécution.

Le projet se traduira par une augmentation significative des tâches de l'ElCom en tant qu'autorité de surveillance. Cette tâche implique entre autres de collecter et d'évaluer des données plus détaillées et plus volumineuses ainsi que de surveiller efficacement le respect des nouvelles interdictions relatives aux comportements de marché illicites. Les enquêtes sur ces derniers sont laborieuses mais doivent néanmoins 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^{bis} OApEI, ces tâches supplémentaires requièrent un poste de plus, de préférence de nature juridique en raison du domaine concerné.

Par ailleurs, le présent projet accorde à l'ElCom de nouvelles compétences spécialisées dans le secteur du gaz. Les connaissances spécifiques dans ce domaine peu surveillé jusqu'à présent doivent être acquises, 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. Un demi-poste est également nécessaire pour le *monitoring* à court terme et pour les marchés d'importance systémique.

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^{bis} à 26c OApEI. 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, de sorte qu'il faudra 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 annuels 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. Ces estimations sommaires reposent sur les informations actuellement disponibles.

L'ensemble des coûts seront couverts par les émoluments et les taxes de surveillance.

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.

6.2 Conséquences économiques

La LSTE permettra à l'ElCom, en tant qu'autorité de régulation, de garantir l'intégrité du marché en exerçant une surveillance complète sur les marchés de gros de l'énergie. Par ailleurs, l'interdiction d'exploiter et de divulguer des informations privilégiées et l'obligation de publication permettent d'assurer que l'offre et la demande soient transparentes dans la même mesure pour tous les participants au marché (cf. notamment le commentaire de l'art. 6).

Les marchés de gros de l'énergie fournissent des indications tarifaires qui peuvent revêtir une importance majeure pour les décisions des participants au marché, 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 le REMIT pour l'UE, la LSTE crée un cadre important pour détecter et réprimer les abus de marché en Suisse. Cela renforce la confiance des consommateurs, de l'industrie et des autres participants au marché en des prix de l'énergie ouverts, loyaux et concurrentiels, qui sont indispensables au bon fonctionnement du marché de l'énergie.

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

6.3 Conséquences pour les différents acteurs

Les nouvelles dispositions concernent notamment la société nationale du réseau de transport visée à l'art. 18 LApEI, les gestionnaires de réseau de transport, de distribution ou de stockage de gaz ou d'électricité, les entreprises de négoce d'énergie, les producteurs de

gaz ou d'électricité, les fournisseurs, les responsables de groupes-bilans ou encore les consommateurs finaux lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une influence significative sur les prix des produits énergétiques de gros suisses.

Pour les participants au marché européen actifs dans le domaine de l'électricité, le projet reprend l'obligation de communication (reprise de l'art. 26a^{bis} OApEI dans la LSTE) et l'obligation d'enregistrement. 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 pour ces personnes sera limitée, dès lors qu'elles sont d'ores et déjà soumises à de telles obligations en vertu des dispositions de l'OAPEI.

Pour les participants au marché européen actifs dans le domaine du gaz, la charge administrative supplémentaire sera également limitée, dès lors que ces personnes rendent déjà compte de toutes leurs transactions et informations privilégiées aux autorités de l'UE (mais pas à l'ElCom). En effet, ces participants au marché seront tenus de communiquer ces informations à l'ElCom sous la même forme que celle utilisée envers l'ACER, ce qui diminue d'autant plus la charge de travail.

Les participants au marché suisse actifs dans le domaine de l'électricité ou du gaz devront eux supporter une certaine charge administrative, dans la mesure où ils devront nouvellement se conformer aux obligations d'enregistrement, de publication et de communication. Néanmoins plusieurs exceptions ou exemptions viennent atténuer cette charge. Parmi elles on trouve notamment: la possibilité d'utiliser des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclaration exploités par des tiers, des exceptions concernant l'obligation d'enregistrement (cf. art. 4, al. 7), la prise en compte des publications (cf. art. 6, al. 3) et des communications (cf. art. 11, al. 2 et al. 5) déjà effectuées ou encore les diverses exceptions liées à l'obligation de publication (cf. art. 6, al. 5) et de communication (art. 11, al. 9). 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.

Une autre conséquence possible pour tous les participants au marché concerne les 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.

Enfin, par analogie aux dispositions de l'UE, seuls quelques consommateurs finaux devraient être considérés comme des gros consommateurs au sens du présent projet et être ainsi directement touchés par cette réglementation. Ces consommateurs sont ceux susceptibles d'avoir une influence significative sur les prix des produits énergétiques de gros suisses. Toutefois, ces gros consommateurs ne devraient être amenés à ne remplir que les obligations d'enregistrement et de publication dans la mesure où ils sont au bénéfice d'une exception concernant l'obligation de communication (cf. art. 11, al. 9). Leur charge administrative supplémentaire sera donc également limitée.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

L'intégrité et la transparence sur le marché de gros de l'énergie ont pour but de protéger la bonne foi dans les transactions commerciales. C'est pourquoi l'art. 95, al. 1, de la Constitution (Cst.) peut ici servir de base constitutionnelle, comme c'est le cas pour la loi sur l'infrastructure des marchés financiers. 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. Mais d'autres articles constitutionnels entrent eux aussi en ligne de compte comme base constitutionnelle, témoignant de la forte cohérence de la loi fondamentale, notamment dans la partie relative à l'énergie et aux communications (art. 89 à 93 Cst.).

Le projet vise également à lutter contre les abus dans la formation des prix et contre la concurrence déloyale. Les marchés de gros de l'énergie sont de plus en plus interconnectés, de sorte qu'un abus de marché influencera à la fois les prix de gros de l'électricité et du gaz au-delà des frontières et les prix de détail supportés par les consommateurs et les microentreprises. Le projet peut dès lors également s'appuyer, seul ou en relation avec l'art. 91 Cst. sur l'art. 96, al. 2, Cst.

Le projet vise en outre à obtenir des informations sur les activités des participants au marché sur les marchés de gros de l'énergie. Toutes ces informations, qu'elles découlent des diverses obligations ou de la répression des comportements de marché illicites, se rapportent aux produits énergétiques de gros, soit à des contrats de fourniture, de transport et de distribution ou encore à des produits dérivés relatifs à l'électricité ou au gaz. Grâce à ces informations, il sera possible de détecter précocement les comportements illicites ainsi que de renforcer et la stabilité du système et la sécurité de l'approvisionnement en Suisse. En effet, toutes ces informations permettront à l'ElCom d'observer et de surveiller l'évolution des marchés de gros de l'énergie en vue d'assurer justement un approvisionnement sûr et abordable en Suisse. Les marchés de gros de l'énergie étant de plus en plus interconnectés, les activités de marché dans un État membre

de l'UE influencera, à la fois les prix de gros de l'électricité et du gaz au-delà de ses frontières et les prix de détail supportés par les consommateurs et les microentreprises. Une surveillance et une observation stricte du marché transfrontalier est dès lors essentielle pour parachever un marché intérieur de l'énergie qui fonctionne pleinement et qui soit interconnecté et intégré. Le projet peut dès lors s'appuyer sur l'art. 91 Cst. qui confère à la Confédération la compétence de réglementer le transport et la fourniture d'électricité. Sur la base de cette compétence législative étendue, la Confédération peut notamment monopoliser le transport, édicter des prescriptions tarifaires, établir des règlements concernant les entreprises du secteur de l'électricité, inscrire un droit d'accès au réseau ou prévoir des mesures en matière de sécurité de l'approvisionnement, telles que des obligations de raccorder au réseau ou de fournir de l'électricité. Dans la mesure où la nouvelle loi autorise l'ElCom à utiliser les informations communiquées par les participants au marché pour vérifier que l'approvisionnement en énergie de la Suisse et l'interconnexion des réseaux soit garantie, ces tâches sont couvertes par l'art. 91 Cst.

Enfin, l'art. 101 Cst. constitue la base constitutionnelle pour les effets transfrontaliers des réglementations prévues.

Les restrictions de la liberté économique qui découlent des dispositions proposées sont appropriées et nécessaires pour renforcer la confiance en l'intégrité des marchés de gros de l'énergie et pour 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 visés, elles sont proportionnées à ceux-ci et n'affectent pas la liberté économique dans son principe. L'acte est donc conforme à la Constitution.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

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

7.3 Forme de l'acte à adopter

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

7.4 Délégation de compétences législatives

Sur la base de l'art. 182 Cst., la LSTE comprend plusieurs normes de délégation pour édicter des ordonnances. Ces délégations réglementaires se limitent dans chaque cas à un objet déterminé et elles sont suffisamment précises quant à leur contenu, à leur but et à leur étendue. Ces délégations portent en particulier sur les éléments suivants:

- les critères déterminants pour définir l'influence d'un consommateur final sur le prix des produits énergétiques de gros suisses (art. 3, al. 2);
- les modalités de la procédure d'enregistrement, les informations à communiquer aux fins de surveillance et les exceptions à l'obligation d'enregistrement (art. 4, al. 6 et 7);
- les modalités de la procédure de publication et les exceptions à l'obligation de publication (art. 6, al. 4 et 5);
- les informations à communiquer en cas de report de la publication ainsi que les modalités de celui-ci (art. 7, al. 4);
- les modalités des procédures d'enregistrement et d'octroi d'agrément, les informations à communiquer et les exigences minimales requises en vue de l'octroi de l'agrément des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclaration ainsi que les modalités du transfert des informations privilégiées vers une nouvelle plateforme (art. 8, al. 6, 10, al. 4 et 12, al. 6);
- les modalités de la procédure de communication, les informations à communiquer à l'ElCom, les délais applicables à la communication ainsi que les exceptions à l'obligation de communication (art. 11, al. 8 et 9);
- l'utilisation licite d'informations privilégiées (art. 16, al. 5 et 6);
- les pratiques de marché admises (art. 17, al. 2);
- la perception d'émoluments par l'ElCom ainsi que les modalités de la taxe de surveillance (art. 20, al. 1, 4 et 5, et 21, al. 5, LApEl);
- les modalités du traitement des données (art. 21, al. 4).

Ces délégations permettent d'éviter de devoir insérer dans la loi des dispositions par trop détaillées. En outre, la plupart des réglementations que le Conseil fédéral devra définir concernent des sujets pouvant nécessiter des adaptations rapides pour tenir compte de conditions de marché changeantes ou d'évolutions techniques. Par ailleurs, il s'agit parfois d'aspects très spécifiques pour lesquels la réglementation suisse devra s'appuyer sur celle de l'UE, la délégation permettant alors d'appréhender rapidement les innovations et autres développements. C'est pourquoi le projet de loi se borne, comme cela est licite, à simplement circonscrire l'objet de la réglementation dans les domaines mentionnés.

Enfin, l'art. 46, 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).

7.5 Protection des données

La protection des données revêt une importance majeure dans la LSTE en raison des nombreuses données collectées et traitées par l'ElCom.

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. 34, al. 2, let. a, LPD, des données sensibles ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Le même principe s'applique aux données concernant des personnes morales en vertu de l'art. 57r, al. 2, let. a, LOGA.

Le droit de l'ElCom de traiter des données personnelles et des données concernant des personnes morales, y compris des données sensibles, portant sur des poursuites pénales et des sanctions administratives ou sur des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication est inscrit à l'art. 21, al. 1, du projet.

Par ailleurs, l'art. 21 al. 2 autorise l'ElCom à traiter ces données pour les tâches suivantes:

- tâches de surveillance relevant de la LSTE;
- conduite de procédures relevant de la LSTE;
- assistance administrative et l'entraide judiciaire.

L'ElCom doit être à même de traiter des données lorsqu'elle exerce la surveillance conformément à la LSTE. Parmi ces tâches figurent notamment la surveillance du respect des obligations qui incombent aux participants au marché suisse, aux participants au marché européen ainsi qu'aux intermédiaires au marché suisse, mais aussi la procédure d'agrément des plateformes d'informations privilégiées et des mécanismes de déclaration, ainsi que la gestion des comportements de marché illicites. Dans le cadre de la gestion des comportements de ces derniers, l'ElCom peut être amenée à devoir traiter des données ne se rapportant pas directement aux participants au marchés ou aux intermédiaires. Il s'agit en ce cas d'une tâche de surveillance portant sur l'intégrité des marchés de gros de l'énergie.

En vertu de l'art. 36 LPD et de l'art. 57s LOGA, les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles et des données concernant des personnes morales que s'il existe une base légale qui prévoit expressément leur divulgation, c'est-à-dire leur publication ou leur transmission à des tiers. Ces articles s'appliquent 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 en ce sens figure désormais à l'art. 21, al. 2, let. c. Au demeurant, la possibilité de communiquer des données personnelles et des données concernant des personnes morales à des autorités suisses, y compris celle de refuser cette communication, est réglementée expressément aux art. 32 à 36. La divulgation transfrontalière de données personnelles et de données concernant des personnes morales est soumise aux conditions prévues aux art. 37 et 38.