

Département fédéral de l'environnement,
des transports, de l'énergie et de la communication DETEC

Par e-mail à: gesetzesrevisionen@bfe.admin.ch

Berne, le 2 mai 2024

Prise de position sur la modification de la loi sur l'approvisionnement en électricité: exigences envers les entreprises d'approvisionnement en électricité d'importance systémique

Monsieur le Conseiller fédéral,
Madame, Monsieur,

Par courrier du 8 mars 2024, nous avons été invités à participer à la procédure de consultation relative au projet de loi ci-dessus, ce dont nous vous remercions. Ci-après, la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) prend position en tenant compte du co-rapport de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF).

I. Remarques générales

La présente ébauche est l'un des trois projets de loi qui suivent celui appelé «parapluie de protection» pour les entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique, qui expire à fin 2026. L'EnDK comprend tout à fait que le Conseil fédéral souhaite remplacer la loi créée par le droit d'urgence par de nouveaux instruments dans la procédure législative ordinaire. Selon nos informations, cela doit se faire avec trois projets de loi:

1. Le premier des trois projets est la **loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie** (LSTE), actuellement en débat au Parlement. Elle interdit les opérations d'initiés et la manipulation sur les marchés de l'énergie et introduit des obligations de publication et de déclaration pour les entreprises et les participants aux marchés de l'énergie.
2. Le deuxième projet est la présente ébauche de **modification de la loi sur l'approvisionnement en électricité**. Selon le communiqué de presse du Conseil fédéral, «elle vise à limiter les risques économiques liés aux grandes entreprises d'approvisionnement en électricité. Le but est de réduire les risques en matière de liquidités et de surendettement de ces entreprises».
3. Troisièmement, des prescriptions inhérentes au **plan de poursuite des affaires** devraient être élaborées ultérieurement. Il s'agit notamment de pouvoir poursuivre l'exploitation des centrales hydroélectriques même en cas de faillite d'un exploitant, de négocier l'électricité produite et d'éviter ainsi de compromettre la sécurité de l'approvisionnement.

Nous nous exprimons au sujet des trois projets de loi – qui constituent une unité du point de vue de l’EnDK – comme suit:

1. **LSTE:** l’EnDK salue ce projet de loi, qui est déjà en discussion au Parlement, et fait simplement remarquer qu’il faut renoncer à une «finition suisse».
2. **Révision de la LAPeI:** la présente réglementation serait sans précédent sur le plan international. Bien que la demande soit compréhensible, nous craignons que les objectifs souhaités ne puissent pas être atteints de cette manière. Au contraire: les obligations supplémentaires et les charges financières ainsi que le nouveau régime de surveillance devraient avoir des incidences négatives sur la compétitivité du secteur suisse de l’électricité. De plus, les prescriptions en matière de fonds propres et de liquidités compliqueraient, voire empêcheraient les investissements nécessaires dans les capacités renouvelables en Suisse. Nous demandons donc un remaniement du projet de loi (voir les explications au point II) ainsi que, si possible, une intégration des aspects abordés dans le troisième paquet (voir la section suivante).
3. **Plan de poursuite des affaires:** de l’avis de l’EnDK, l’objectif premier de la Confédération devrait toutefois être de maintenir la sécurité de l’approvisionnement dans des situations critiques. Les prescriptions inhérentes au **plan de poursuite des affaires**, qui ne sont prévues que dans un troisième paquet, devraient donc être la priorité. Si possible, ces prescriptions doivent toutefois déjà être intégrées dans le présent projet de loi.

II. Prise de position sur la proposition de modification de la loi sur l’approvisionnement en électricité

Le projet de loi est né sous l’impression provoquée par les turbulences sur le marché de l’énergie en 2022 et les manques de liquidités consécutifs de certaines grandes EAE. Les entreprises ont toutefois appris la leçon de cette situation inédite et adapté en conséquence leurs stratégies de couverture des risques. D’ailleurs, comme l’ont montré la crise financière et le cas CS, les réglementations mises en œuvre sous le coup d’une crise permettent rarement d’en empêcher de nouvelles.

Or, des prescriptions globales en matière de fonds propres et de liquidités engendreraient de fortes **interventions dans la liberté économique** des entreprises de droit privé et dans les **droits de propriété de leurs actionnaires**.

De plus, on peut douter du fait que cette réglementation permette d’atteindre l’objectif souhaité. Au contraire: il faut craindre que la proposition de réglementation n’implique plus de dommages que d’avantages, **car elle compliquerait les investissements nécessaires dans la production d’électricité renouvelable**.

1. Distorsions de concurrence et désavantage par rapport aux EAE étrangères (art. 9a)

Les **critères de sélection** et la **valeur seuil** selon lesquels les entreprises sont considérées comme étant d’importance systémique (art. 9a, al. 1) ne sont pas suffisamment clairs et semblent avoir été fixés de manière assez arbitraire. Certaines des entreprises concernées sont d’avis qu’elles ne sont pas d’importance systémique (car la production propre est surtout vendue dans l’approvisionnement de base), d’autres pensent qu’il faudrait aussi inclure des critères comme les volumes de livraison et de négoce. Quoi qu’il en soit, la valeur seuil donne lieu à des **distorsions de concurrence** parmi les entreprises d’approvisionnement énergétique en Suisse.

En outre, l’adoption de la présente ébauche de loi engendrerait un **désavantage** pour les entreprises concernées par rapport aux **entreprises européennes** – étant donné qu’une réglementation comparable n’existe ni dans les pays environnants ni dans l’UE.

2. Intervention dans les décisions personnelles des sociétés (art. 9a^{ter})

L'art. 9a^{ter} contient des exigences envers des **personnes** chargées de la gestion ou de la haute direction ou de la surveillance des entreprises concernées. Conformément à l'al. 2, ces personnes doivent «jouir d'une bonne réputation et disposer des qualifications professionnelles requises par la fonction». Les explications indiquent que le Conseil fédéral «édicterait des dispositions d'exécution concernant les profils d'exigence». Or, il semble douteux que le Conseil fédéral doive assumer ce rôle et poser des prescriptions si détaillées à des décisions entrepreneuriales d'entreprises de droit privé.

3. Prescriptions en matière de fonds propres et de liquidités (art. 9a^{quater})

L'art. 9a^{quater} s'inspire très fortement des prescriptions de la réglementation bancaire en matière de fonds propres et de liquidités. Or, le marché de l'énergie ne peut **pas être comparé sans autre au marché financier**, à savoir que, par exemple, les fonds propres des entreprises d'approvisionnement énergétique (EAE) présentent une volatilité élevée du fait que leur évaluation dépend notamment de fluctuations à court terme sur le marché de l'électricité. Le **ratio de fonds propres n'est toutefois pas la bonne approche pour renforcer la sécurité de l'approvisionnement**, étant donné que les besoins en liquidités dus aux opérations de couverture sont eux aussi soumis à de fortes fluctuations – qui étaient aussi le déclencheur des récents manques de liquidités. Les EAE ont toutefois appris la leçon de la crise, d'ores et déjà adapté leurs stratégies de couverture et amélioré leur gestion des liquidités.

Définir des prescriptions en matière de fonds propres, comme indiqué à l'art. 9a^{quater}, al. 1, **restreint la marge de manœuvre des entreprises** et nuit de ce fait à l'objectif principal visant à accroître la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse par la **construction d'installations de production indigènes**. La Confédération créerait ainsi un nouveau conflit d'objectifs dont l'utilité serait incertaine. À notre avis, il est très discutable si des **interventions supplémentaires dans la gestion opérationnelle des liquidités et la structure du capital des entreprises d'approvisionnement en énergie sont appropriées et judicieuses**. En effet, les manques de liquidités des entreprises de l'année dernière sont survenus en raison des turbulences sur les marchés de l'énergie causées par la guerre en Ukraine, et non parce que ces entreprises ne disposaient pas de suffisamment de fonds propres.

Il y a lieu de noter que les formulations faites à l'al. 1 «**évolutions imprévisibles**» et à l'al. 2 «tous les scénarios de risque pertinents» sont **problématiques** et qu'elles ne doivent donc **pas être préparées qua definitionem**. En effet, il n'est pas possible d'intégrer des évolutions imprévisibles, et encore moins d'éviter complètement tous les risques. Indépendamment des mesures préventives prises, des scénarios encore plus extrêmes (avec une probabilité extrêmement restreinte mais positive) qui pourraient déclencher une illiquidité ou un surendettement sont encore et toujours imaginables. La quantification «suffisants» ne peut donc se référer qu'au fait que les fonds sont suffisamment élevés pour répondre aux scénarios de risque définis. De plus, les risques énergétiques ne peuvent pas être évités, mais uniquement repoussés: si une entreprise obtient une garantie auprès des bourses conformément à son devoir de diligence, des risques de liquidités surviennent; si, en revanche, elle obtient une garantie par le biais de contrats bilatéraux, il existe un risque d'insolvabilité de la contrepartie. Lorsque l'entreprise renonce entièrement à une garantie, elle est en effet soumise au risque de fluctuation des prix du marché.

Nous voyons en outre d'un œil extrêmement **critique l'article 9a^{quater}, al. 5**, qui accorde de fait au Conseil fédéral la possibilité de définir **par ordonnance les exigences en matière de fonds propres et de liquidités**. Le Conseil fédéral aurait ainsi la compétence d'obliger les propriétaires à fournir des fonds propres ou à mettre à disposition des liquidités dans un bref délai. De l'avis des cantons – eux-mêmes en partie propriétaires – ce serait une intervention considérable dans les droits de propriété de la part de la Confédération. De plus, bon nombre de cantons ne seraient pas en mesure, du moins pas dans un délai bref, de s'acquitter d'une obligation de mise à disposition de fonds financiers importants, étant donné qu'ils ne disposent pas des bases légales y relatives.

Requêtes:**1. Remaniement complet de l'ébauche de loi, à savoir:**

- focalisation sur la garantie de la sécurité de l'approvisionnement par des prescriptions inhérentes au plan de poursuite des affaires;
- renonciation à des prescriptions globales en matière de fonds propres et de liquidités.

2. Subsidiairement, si le Conseil fédéral et le Parlement souhaitent maintenir la loi sous la forme actuelle:

- **Suppression de l'art. 9a^{ter} LApEI**
- **Suppression de l'art. 9a^{quater} LApEI**

3. Subsidiairement, si le Conseil fédéral et le Parlement souhaitent maintenir l'art. 9a^{quater}:

- **Le titre marginal de l'art. 9a^{quater} et l'al. 1 LApEI doivent être modifiés comme suit:**

«Art. 9a^{quater} ~~Eigenkapital und~~ Liquidités

¹ Les entreprises d'importance systémique disposent de fonds propres et de liquidités suffisantes pour éviter les risques d'illiquidité selon les scénarios de risque indiqués à l'al. 2 et, le cas échéant, à l'al. 4 ou de surendettement liés à des évolutions imprévisibles.»

- **L'art. 9a^{quater}, al. 5 LApEI doit être modifié comme suit:**

«Le Conseil fédéral fixe des exigences plus précises pour les modèles et les critères d'évaluation des fonds propres et des liquidités. Il peut notamment édicter des exigences minimales en matière de fonds propres, de liquidités et de taux d'endettement et prévoir que les entreprises d'importance systémique doivent être soumises à des tests de résistance.»

Nous vous remercions de tenir compte de notre prise de position et restons volontiers à disposition pour toute demande de précisions.

Veuillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.



Roberto Schmidt, conseiller d'Etat
Président EnDK



Jan Flückiger
Secrétaire général EnDK