

14.xxx

Projet pour la procédure de consultation, octobre 2014

Arrêté fédéral sur la deuxième étape de l'ouverture du marché de l'électricité

Rapport explicatif relatif au projet mis en
consultation

Condensé

Le présent arrêté fédéral vise une ouverture complète du marché de l'électricité. Tout un chacun pourra donc acheter de l'électricité au fournisseur de son choix, cette possibilité n'étant plus l'apanage des grands consommateurs. Cependant, les ménages et autres petits consommateurs conserveront la possibilité d'acheter de l'électricité, à des tarifs appropriés, transparents et uniformes, auprès de leur entreprise d'approvisionnement actuelle.

Situation initiale

La loi sur l'approvisionnement en électricité a été adoptée par le Parlement en 2007. Le principal but de cette loi, outre garantir l'approvisionnement en électricité, est de créer un marché de l'électricité concurrentiel. Conformément aux dispositions légales, l'ouverture du marché de l'électricité doit se dérouler en deux étapes. Durant la première étape, actuellement en cours, seuls les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation ont accès au marché et, partant, peuvent choisir leur fournisseur d'électricité. Par contre, tous les autres consommateurs finaux n'ont pas le choix: ils doivent acheter l'électricité du gestionnaire de réseau de distribution local.

Ainsi, pendant cette phase d'ouverture partielle du marché, une large part des consommateurs finaux est exclue du jeu de la concurrence. Les ménages, de même que les petites et moyennes entreprises sont donc désavantagés, parce qu'ils ne peuvent pas se tourner vers des offres éventuellement plus avantageuses et qu'ils ne peuvent pas conclure des contrats à des conditions-cadre plus favorables. Pour les entreprises, en particulier, cette situation peut entraîner un désavantage concurrentiel par rapport aux concurrents en mesure de choisir librement leur fournisseur d'électricité.

Teneur du projet

La loi sur l'approvisionnement en électricité prévoit, en son art. 34, al. 3, que ses propres dispositions contenant les principes de la deuxième étape d'ouverture du marché (ouverture complète) doivent être mises en vigueur par un arrêté fédéral, lequel est sujet au référendum facultatif.

Une fois le marché de l'électricité complètement ouvert, tous les consommateurs finaux de la Suisse pourront en principe choisir librement de quel fournisseur ils soutireront de l'électricité. Les gestionnaires de réseau sont tenus d'accorder l'accès au réseau de manière non discriminatoire à tous les participants au marché. Un approvisionnement de base en électricité est garanti pour les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation. Ce groupe de consommateurs peut décider soit de continuer à être fourni en électricité par la même entreprise d'approvisionnement que par le passé, soit de conclure un contrat de livraison d'électricité avec un autre fournisseur. L'approvisionnement de base prévu par la loi sur l'approvisionnement

en électricité – appelé «modèle de l’approvisionnement en électricité garanti» – confère le droit de recevoir en tout temps la quantité d’électricité désirée aux normes de qualité reconnues et à des prix équitables. La surveillance des prix dans le domaine de l’approvisionnement de base garanti incombe à la Commission fédérale de l’électricité.

Table des matières

Condensé	2
1 Grandes lignes du projet	5
1.1 Situation initiale	5
1.2 La nouvelle réglementation proposée	6
1.2.1 Modifications de la loi selon l'art. 34, al. 3, LApEI	6
1.2.2 Perspectives: modification de l'ordonnance	9
1.2.3 Accès au réseau sans discrimination	9
1.2.4 Modèle de l'approvisionnement en électricité garanti (MAG)	10
1.3 Justification et évaluation de la solution proposée	11
1.3.1 Deuxième étape de l'ouverture du marché	11
1.3.2 Régulation de l'approvisionnement de base et contrôle de l'équité par l'EiCom	12
1.4 Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen	13
1.5 Mise en œuvre	16
1.5.1 Réglementation au niveau de l'ordonnance	16
1.5.2 Coopération avec les organisations concernées	18
1.6 Classement d'interventions parlementaires	19
2 Explications article par article	19
3 Conséquences	21
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	21
3.2 Conséquences pour l'économie	22
3.2.1 Aperçu des principaux résultats	22
3.2.2 Effets sur la croissance, l'emploi, le bien-être et le commerce extérieur	23
3.2.3 Effets sur les ménages	24
3.2.4 Effets sur certaines branches	24
3.3 Conséquences pour l'environnement	25
4 Rapport au programme de législature et aux stratégies nationales du Conseil fédéral	25
4.1 Rapport au programme de législature	25
4.2 Rapport aux stratégies nationales du Conseil fédéral	25
4.2.1 Rapport à la Stratégie énergétique 2050	25
4.2.2 Rapport à la Stratégie en matière d'infrastructures	25
5 Aspects juridiques	26
5.1. Constitutionnalité et légalité	26
5.2. Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	27
5.3. Forme de l'acte	27
5.4. Frein aux dépenses	27
5.5. Délégation de compétences législatives	27
5.6. Protection des données	28

1 Grandes lignes du projet

1.1 Situation initiale

L'adoption par le Parlement de la loi sur l'approvisionnement en électricité, en date du 23 mars 2007¹ (LApEI), a arrêté que le marché de l'électricité serait ouvert progressivement. La réforme du régime de marché était réalisée dans l'attente que les prix de l'électricité baisseraient, que l'économie croîtrait, que la compétitivité internationale augmenterait, que la branche de l'électricité deviendrait plus innovante grâce à l'apparition de la concurrence et qu'elle s'orienterait davantage en fonction des besoins des clients.

L'ouverture du marché par étapes a été notamment justifiée par le fait qu'elle répondait aux exigences et aux besoins des divers acteurs du marché de l'électricité. On a aussi invoqué le fait que la première étape de l'ouverture du marché de l'électricité (ouverture partielle du marché) permettrait de réunir des expériences qui constitueraient la base de la décision d'ouverture complète de ce marché.²

Dans la phase actuelle d'ouverture partielle du marché, les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation ont un accès illimité au marché. Les ménages et les autres consommateurs finaux dont la consommation annuelle est moindre continuent de soutirer de l'électricité de leur gestionnaire de réseau de distribution local, sans possibilité pour eux de choisir un autre fournisseur. De ce fait, le choix du produit électrique est également limité à l'offre de ce fournisseur.

En vertu de l'art. 34, al. 3, LApEI, le marché doit être complètement ouvert par un arrêté fédéral sujet au référendum facultatif. Nous présentons cet arrêté fédéral ici même. Sous le régime de l'ouverture complète du marché de l'électricité, tous les participants au marché auront accès au réseau. Autrement dit, tout client pourra choisir librement son fournisseur d'électricité. Les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation («petits consommateurs finaux») peuvent choisir entre le recours à un approvisionnement de base assuré auprès de leur gestionnaire de réseau local (modèle dit d'approvisionnement en électricité garanti, MAG) et le soutirage d'électricité auprès du fournisseur de leur choix.

Les expériences à ce stade montrent que les consommateurs finaux au bénéfice de l'accès au réseau et les gestionnaires de réseau de distribution profitent de l'ouverture partielle du marché et du développement de la concurrence sur le marché de l'électricité. La baisse des prix de gros dans l'Union européenne (UE) a pour conséquence que les prix du marché ouvert sont pour certains plus avantageux que les tarifs auxquels les entreprises d'approvisionnement livrent les consommateurs finaux sans possibilité de choix. C'est pourquoi les consommateurs finaux qui ont accès au libre marché en utilisent de plus en plus les offres. De plus, la concurrence a poussé les entreprises d'approvisionnement en électricité établies à développer

¹ RS 734.7

² Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, 1494, 1503 s., 1511

des offres plus adaptées au marché. L'ouverture partielle du marché a en outre induit une meilleure intégration de la Suisse dans le marché intérieur de l'UE: les grands consommateurs finaux d'électricité peuvent en principe choisir leurs fournisseurs également hors de Suisse et, inversement, des clients de l'UE ont attiré l'attention des fournisseurs suisses.

La concurrence s'est donc développée positivement pendant la phase d'ouverture partielle du marché et les conséquences avantageuses de la libéralisation, attendues au moment où la LApEI a été édictée, sont bien survenues. Par ailleurs, les expériences faites sur les marchés étrangers montrent que la concurrence fonctionne aussi lorsque le marché de l'électricité est complètement ouvert, sous réserve de conditions-cadre réglementaires appropriées, notamment: une régulation efficace du réseau de transport et des réseaux de distribution, un accès au réseau exempt de discrimination, l'existence de marchés de gros ainsi que de fournisseurs de services-système indépendants et la présence d'un régulateur indépendant.³

Les petits consommateurs finaux doivent désormais bénéficier eux aussi des avantages dont se prévalent les grands consommateurs en raison de leur libre accès au marché. L'ouverture complète du marché permet aux premiers de choisir des offres moins coûteuses, ce qui s'avérera surtout avantageux pour les consommateurs actuellement soumis à des tarifs énergétiques relativement élevés. En outre, les fournisseurs qui proposent des offres attractives reçoivent des opportunités d'écoulement rentables supplémentaires. Les distorsions de la concurrence sont éliminées, puisque tant les petites entreprises, en particulier, que les grands consommateurs peuvent choisir leurs fournisseurs d'électricité et qu'ils peuvent se faire livrer à des conditions éventuellement plus avantageuses après avoir comparé les offres du marché.

Durant la deuxième étape d'ouverture du marché, les petits consommateurs finaux conservent la possibilité de se faire livrer de l'électricité, à des tarifs régulés, par les entreprises d'approvisionnement qui les ont fournies jusque-là. Les entreprises d'approvisionnement en électricité (EAE) sont tenues d'approvisionner comme par le passé, à des prix équitables, les petits consommateurs raccordés à leur réseau qui n'optent pas pour un changement de fournisseur. De plus, le passage de l'approvisionnement de base régulé au libre marché doit être facilité par des conditions-cadre appropriées. Un retour à l'approvisionnement de base est permis et, ce faisant, la disposition des petits clients finaux à changer de système est encouragée.

1.2 La nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Modifications de la loi selon l'art. 34, al. 3, LApEI

Conformément à l'art. 34, al. 3, LApEI, les art. 7 et 13, al. 3, let. b, entrent en vigueur cinq ans après l'entrée en force de la présente loi par un arrêté fédéral sujet au référendum facultatif. Le même arrêté fédéral abrogera les art. 6, 13, al. 3, let. a, et 29, al. 1, let. a.

³ Cf. Joskow, P. (2008), *Lessons learned from Electricity Market Liberalization*, in: *Energy Journal*, Special Issue: *Papers in Honor of David Newberry*, pages 9 - 41

Le libellé des dispositions à mettre en vigueur a été fixé dès l'adoption de la LApEI. Ces dispositions ne peuvent pas subir de modifications matérielles dans le cadre de l'arrêté fédéral.

Les travaux concernant la deuxième étape de l'ouverture du marché ont été ajournés en mars 2011, suite à la catastrophe nucléaire de Fukushima, en raison de l'urgence de la réorientation de la politique énergétique (Stratégie énergétique 2050). De ce fait, l'édition de l'arrêté fédéral a été différée par rapport à l'agenda initial. Simultanément, grâce à cet ajournement, il sera possible de mieux tenir compte à l'avenir des objectifs de la Stratégie 2050 lors de la conception de la régulation du marché de l'électricité.

Il est actuellement prévu de mettre en vigueur les modifications mentionnées au début de 2017. Dans ce cas de figure, les petits consommateurs finaux auraient une première possibilité de passer à des fournisseurs différents le 1^{er} janvier 2018.

Eu égard à la haute importance politique et à la grande portée économique de l'ouverture complète du marché, une procédure de consultation est prévue (cf. art. 3, al. 2, de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation⁴).

Les dispositions de la loi qui entreront en vigueur ou seront abrogées sont exposées ci-après.

L'art. 7 nouvellement mis en vigueur est libellé comme suit:

Art. 7 Modèle de l'approvisionnement en électricité garanti

1 Les gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures nécessaires pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs finaux de leur zone de desserte qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation et qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau au sens de l'art. 13, al. 1, la quantité d'électricité qu'ils désirent, à des normes de qualité reconnues et à des tarifs équitables.

2 Les gestionnaires d'un réseau de distribution fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme pour les consommateurs finaux visés à l'al. 1 raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation. Les tarifs sont valables pour un an au moins et font l'objet d'une publication présentant séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques.

3 La composante du tarif correspondant à l'utilisation du réseau est calculée conformément aux art. 14 et 15. Pour la composante concernant la fourniture d'énergie, le gestionnaire du réseau doit tenir une comptabilité par unité d'imputation.

4 Le Conseil fédéral règle les modalités, notamment les modalités contractuelles.

L'art. 13, al. 3, let. b, est en outre nouvellement mis en vigueur. La let. a du même alinéa est supprimée:

Art. 13 Accès au réseau

1 Les gestionnaires de réseau sont tenus de garantir l'accès au réseau de manière non discriminatoire. *(Cette disposition est déjà en vigueur, mais elle ne s'applique pas jusqu'ici aux petits consommateurs finaux; cf. art. 6, al. 6, LApEI)*

2 L'accès au réseau peut être refusé, motivation écrite à l'appui, dans les dix jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande si le gestionnaire du réseau démontre *(déjà en vigueur)*:

- a. que l'exploitation sûre du réseau de transport serait compromise;
- b. qu'il n'existe pas de capacités disponibles;
- c. que l'Etat étranger ne respecte pas la clause de réciprocité en cas d'utilisation transfrontalière du réseau, ou
- d. qu'il existe une exception au sens de l'art. 17, al. 6.

3 Lors de l'attribution de capacités de réseau, sont prioritaires par rapport aux autres types de fourniture d'électricité, selon l'ordre suivant:

- a. la fourniture aux consommateurs finaux visée à l'art. 6, al. 1 *(abrogé)*;
- b. la fourniture aux consommateurs finaux visée à l'art. 7, al. 1 *(nouveau)*;
- c. la fourniture d'électricité provenant d'énergies renouvelables, notamment de la force hydraulique *(déjà en vigueur)*.

Les art. 6 et 29, al. 1, let. a, libellés comme suit, sont abrogés:

Art. 6 Obligation de fourniture et tarification pour consommateurs captifs

1 Les gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables.

2 Sont considérés comme consommateurs captifs au sens du présent article les ménages et les autres consommateurs finaux qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation.

3 Les gestionnaires d'un réseau de distribution fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation. Les tarifs sont valables pour un an au moins et font l'objet d'une publication présentant séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques.

4 La composante du tarif correspondant à l'utilisation du réseau est calculée conformément aux art. 14 et 15. Pour la composante concernant la fourniture d'énergie, le gestionnaire du réseau doit tenir une comptabilité par unité d'imputation.

⁵ Les gestionnaires d'un réseau de distribution sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau.

⁶ Les consommateurs captifs ne bénéficient pas de l'accès au réseau visé à l'art. 13, al. 1.

Art. 29

¹ Est puni d'une amende de 100 000 francs au plus celui qui, délibérément:

- a. ne répercute pas ou pas suffisamment les réductions de prix (art. 6);

La deuxième étape d'ouverture du marché ne prévoit pas d'autre adaptation sur le plan de la loi.

1.2.2 Perspectives: modification de l'ordonnance

L'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI)⁵ règle seulement, en vertu de son art. 1, al. 1, la première étape de l'ouverture du marché de l'électricité, durant laquelle les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation ne peuvent pas revendiquer l'accès au réseau visé à l'art. 13, al. 1, LApEI. L'OApEI devra donc être révisée.

D'une part, il s'agit de compléter l'OApEI par les dispositions d'exécution relatives aux art. 7 et 13, al. 3, let. b, LApEI, dont l'entrée en vigueur est prévue. D'autre part, il faut modifier ou abroger des dispositions d'exécution existantes qui ne correspondent plus à la nouvelle situation juridique et de marché. Il convient en particulier de réviser les modalités (contractuelles) concernant le modèle de l'approvisionnement en électricité garanti (délais, coûts de changement), le contrôle tarifaire de l'approvisionnement de base et éventuellement d'autres détails nécessaires à garantir un accès au marché exempt de discrimination.

1.2.3 Accès au réseau sans discrimination

L'art. 13 LApEI fonde le droit à l'utilisation du réseau. L'accès au réseau garantit la liberté des personnes physiques et morales de soutirer de l'électricité d'un fournisseur de leur libre choix ou celle d'injecter de l'électricité dans un réseau.⁶ Le gestionnaire de réseau est tenu d'accorder l'accès au réseau de manière non discriminatoire. Il lui est donc interdit de privilégier sa propre entreprise ou des entreprises alliées. Ce point est particulièrement important pour les EAE intégrées verticalement, c'est-à-dire pour des entreprises qui assument aussi bien une fonction de distribution ou de répartition qu'une fonction de production d'électricité.

En cas de pénurie de capacités, l'approvisionnement des consommateurs finaux dans le modèle de l'approvisionnement en électricité garanti (MAG) est prioritaire

⁵ RS 734.71

⁶ Cf. Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, ici 1535

(art. 13, al. 3). Cette réglementation permet de garantir l'obligation légale de livraison faite aux gestionnaires de réseau de distribution à l'art. 7, al. 1.

L'art. 13 ne contient pas de réglementations supplémentaires détaillées, par exemple quant à savoir quelles mesures prendre pour que les petits consommateurs finaux en particulier puissent exercer leur droit d'accès au réseau sans obstacles factuels majeurs (p. ex. d'ordre administratif ou technique) et pour que l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs ne soit pas entravée par des coûts supplémentaires. Cependant, de telles réglementations seront probablement nécessaires pour la deuxième étape de l'ouverture du marché, afin que la concurrence puisse effectivement fonctionner. Dans ce contexte, la branche de l'électricité se doit de développer des concepts ajustés à la situation des petits consommateurs finaux, afin de faciliter tant la perception du droit à choisir un fournisseur que le changement de ce dernier. Les conventions et réglementations élaborées par la branche peuvent être reprises dans les dispositions d'exécution, sous réserve qu'elles soient conformes à la loi (cf. art. 3, al. 2, LApEI et explications au chiffre 1.5).

La loi interdit déjà de facturer aux consommateurs finaux les coûts liés au changement de fournisseur (art. 12, al. 3, LApEI).

1.2.4 Modèle de l'approvisionnement en électricité garanti (MAG)

Les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation demeurent au bénéfice d'un approvisionnement de base garanti. Les conditions de cet approvisionnement de base sont prévues à l'art. 7 LApEI. En revanche, l'approvisionnement de base garanti disparaît définitivement pour les consommateurs finaux dont la consommation excède 100 MWh par site de consommation.

Les petits consommateurs finaux peuvent choisir entre soutirer l'électricité comme par le passé de leur entreprise d'approvisionnement locale, dans le cadre de l'approvisionnement de base, et changer de fournisseur (MAG). Le gestionnaire du réseau de distribution local est ainsi le fournisseur de base. Dès qu'un petit consommateur final conclut un contrat de fourniture d'électricité avec un autre fournisseur (ou qu'il fait usage d'une offre concurrentielle par le gestionnaire du réseau de distribution), il quitte l'approvisionnement de base garanti. Mais il est en droit de revenir à cet approvisionnement de base garanti, après avoir résilié ledit contrat, en reprenant un approvisionnement assuré par le gestionnaire de réseau de distribution aux conditions visées à l'art. 7 LApEI.

L'approvisionnement de base confère le droit d'obtenir en tout temps la quantité d'électricité désirée, aux normes de qualité reconnues et à de tarifs équitables. Conformément à l'art. 21, al. 2, let. a, OApEI, la surveillance des prix dans le MAG incombe à la Commission fédérale de l'électricité (ECom). Cette surveillance doit s'effectuer ex post et être conçue comme un contrôle de l'équité. Autrement dit, l'ECom doit contrôler, en se fondant sur les prix d'offres comparables du marché (prix de référence) et sur d'autres critères, si les tarifs appliqués dans le MAG sont équitables. Si les tarifs sont trop élevés, l'ECom a la compétence de les réduire.

1.3 Justification et évaluation de la solution proposée

1.3.1 Deuxième étape de l'ouverture du marché

Grâce à l'ouverture partielle du marché qui a entraîné une intensification de la concurrence sur le marché suisse de l'électricité, les baisses des prix de gros ont été transmises du moins en partie aux grands consommateurs finaux d'électricité (consommation annuelle égale ou supérieure à 100 MWh). Les consommateurs finaux ont réduit leurs coûts énergétiques en se tournant vers les offres du marché ouvert, profitant ainsi des avantages d'un régime de marché soumis à la concurrence. Soumis à la pression de la concurrence, les EAE ont développé des offres mieux adaptées au marché. Les fournisseurs (c'est-à-dire les entreprises d'approvisionnement établies et leurs concurrents) proposent aux grandes entreprises des contrats individuels à des prix proches de ceux du marché de gros. Les entreprises de moyenne taille se voient proposer des contrats d'approvisionnement complet standardisés, à des prix attractifs (par rapport à l'option de rester dans l'approvisionnement de base).⁷ De ce fait, le taux de changement de fournisseur a doublé entre 2011 et 2013: 13% des consommateurs finaux autorisés à s'approvisionner sur le libre marché, représentant 26% des quantités d'énergie de ces consommateurs, ont fait usage de cette possibilité de choisir leur fournisseur en 2013. Ces chiffres englobent aussi bien les changements de fournisseur que le passage à une offre différente du même fournisseur.⁸ Le taux de changement a encore progressé en 2014. Actuellement, 27% des consommateurs finaux autorisés à s'approvisionner sur le libre marché font usage de ce droit, soit 47% des quantités d'énergie de ces consommateurs.

Grâce à l'ouverture complète du marché, les petits consommateurs finaux obtiennent désormais également le droit d'accéder au réseau. Les clients qui avaient déjà accès au marché pendant la première étape de son ouverture sont par contre exclus de l'approvisionnement de base garanti. De ce fait, une surveillance des tarifs de l'énergie ne sera maintenue que pour les petits consommateurs finaux qui préfèrent continuer d'être livrés en électricité par leur ancienne entreprise d'approvisionnement dans le cadre des dispositions de l'art. 7 LApEl (approvisionnement de base). Ainsi, l'intervention de l'Etat dans le marché se réduit et le développement de la concurrence est encouragé.

Dans un marché de l'électricité ouvert, les prix se forment plus complètement selon des principes économiques: le prix découle du jeu de l'offre et de la demande. Selon la théorie économique, la formation des prix par les mécanismes de marché garantit un meilleur approvisionnement, pour autant que la concurrence se développe et qu'elle fonctionne. La valeur économique des biens détermine alors leur prix. Du point de vue économique, il s'agit là d'un effet de régulation important de l'économie de marché.

⁷ Cf. BET Dynamo Suisse, Markt und Wettbewerbsanalyse für den Bericht des BFE zu den Massnahmen des StromVG und der StromVV nach Art. 27. Abs. 3 StromVV, Zofingue 2013, en particulier le chapitre 3.2.2 (en allemand)

⁸ Concernant le développement de la concurrence dans le cadre de l'ouverture partielle du marché, voir aussi le rapport de l'OFEN: Sécurité d'approvisionnement et développement de la concurrence sous la LApEl et l'OApEl, rapport en vertu de l'art. 27, al. 3, OApEl, Berne 2013, en particulier le chapitre 4 (accessible en ligne sur le site: www.ofen.admin.ch)

Les consommateurs finaux bénéficient de l'ouverture du marché, puisqu'ils peuvent choisir librement leur fournisseur et qu'ils obtiennent ainsi des offres à des prix plus avantageux. Les petites et moyennes entreprises, en particulier celles qui sont en concurrence avec de grands consommateurs déjà autorisés à accéder au libre marché, voient leur compétitivité améliorée. Les distorsions de la concurrence peuvent être éliminées. Les offres et les tarifs se diversifient: l'ouverture du marché engendre une multiplication d'offres adaptées aux besoins des divers groupes de clients.

Si le marché ne s'ouvre que partiellement en Suisse, il sera plus difficile d'intégrer le marché suisse dans le marché européen. En l'absence d'une ouverture complète du marché de l'électricité, l'accord sur l'électricité souhaité avec l'UE ne pourra pas être conclu, car les réglementations applicables dans le cadre de la première étape de l'ouverture du marché contredisent les dispositions européennes visant l'accès au réseau et l'approvisionnement de base. Un accord bilatéral sur l'électricité accroîtrait la sécurité des investissements, il faciliterait l'intégration de la force hydraulique suisse en Europe et améliorerait ainsi la sécurité de l'approvisionnement. La Suisse ne pourra rentablement exploiter sa fonction au cœur du réseau (env. 10% de l'électricité européenne transite par notre pays) qu'en disposant d'un accès garanti au marché intérieur européen de l'électricité. L'absence d'un accord sur l'électricité pourrait entraver et renchérir l'accès au marché tout en compliquant sa réalisation technique. Il en résulterait des coûts supplémentaires pour l'économie suisse.

1.3.2 Régulation de l'approvisionnement de base et contrôle de l'équité par l'EiCom

Le MAG assure aux petits consommateurs finaux un approvisionnement en électricité sûr, suffisant, de bonne qualité et régulé selon les dispositions légales. Cet approvisionnement de base protège les ménages et les petites et moyennes entreprises contre les développements indésirables du marché, les fluctuations de prix et les difficultés de livraison. La sécurité des petits clients consiste en ce que les tarifs de l'électricité sont fixés pour au moins une année et que leur montant est contrôlé par l'EiCom.

Dans le MAG, les tarifs doivent être équitables. Autrement dit, ils doivent être avant tout fixés en fonction des prix d'offres comparables sur le marché, ce que l'EiCom doit vérifier. Ce contrôle est effectué ex post sous la forme d'un contrôle de l'équité. Un tel contrôle est nécessaire pour protéger les consommateurs finaux face au pouvoir de marché que le fournisseur de base conserve dans un marché ouvert. On veut ainsi empêcher que le fournisseur de base ne répercute sur les seuls clients du MAG des coûts d'acquisition de l'énergie élevés (justifiés par le caractère défavorable des contrats ou par d'autres conditions désavantageuses), alors qu'il soumettrait des offres avantageuses aux grands clients. Si les coûts effectifs de production ou d'acquisition d'énergie sont pris en compte lors du contrôle d'équité (à certaines conditions, cf. chiffre 1.5.1), ils ne constitueront plus désormais la base principale, voire l'unique base de l'établissement des tarifs, ce qui aura été le cas durant la première étape de l'ouverture du marché.

La définition des conditions de l'approvisionnement de base, soit la régulation ex post et les autres modalités telles que délais et coûts de changement de fournisseur

(cf. explications au chiffre 1.5) doit contribuer à créer davantage d'incitations à la concurrence, sous réserve du principe de sécurité de l'approvisionnement. L'objectif est que les ménages et les petites entreprises profitent de l'évolution de la concurrence et qu'ils prennent en considération les offres d'électricité non incluses dans l'approvisionnement de base comme autant d'alternatives à un approvisionnement garanti. En effet, le but fixé à l'art. 1 de la loi sur l'approvisionnement en électricité – la création d'un marché de l'électricité axé sur la concurrence – ne saurait être suffisamment réalisé qu'à cette condition.

Le développement d'une concurrence qui fonctionne dépend de la régulation des tarifs appliqués dans le MAG. Comme un bien largement semblable, couvrant les mêmes besoins, est proposé tant sur le marché soumis à la concurrence qu'au niveau de l'approvisionnement de base, les deux domaines sont très étroitement liés du point de vue économique. Avant de procéder à un changement éventuel, le consommateur final compare les offres du libre marché et celle de l'approvisionnement de base. Une concurrence complète ne saurait se développer que si et seulement si la régulation des tarifs de l'approvisionnement de base garanti est axée en fonction des prix du marché pour des biens comparables.

Selon le droit actuellement en vigueur, les tarifs de l'énergie pour l'approvisionnement de base sont définis en fonction des coûts de revient d'une exploitation efficace et des contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution (art. 6 LApEI en rel. avec art. 4, al. 1, OApEI), une référence dont la désignation sera simplifiée ci-après par «régulation des coûts de revient ». Dans un marché complètement ouvert, une telle réglementation exerce un effet négatif sur la concurrence. Si les coûts de revient sont supérieurs aux prix du marché, il vaut la peine de recourir aux offres du libre marché. Mais dès que les prix du libre marché sont plus élevés que les coûts de revient, l'incitation pousse à retourner à l'approvisionnement de base. De ce fait, le comportement en situation de concurrence est influencé de manière déterminante par la régulation en vigueur. Dans une telle situation, les entreprises d'approvisionnement ne sont pas incitées économiquement à investir. En raison de l'actuelle régulation axée sur les coûts, elles ne peuvent pas transformer en produits supplémentaires les avantages en termes de coûts de leur production ou de leur acquisition d'énergie. Inversement, en raison de la régulation des coûts de revient, des installations inadaptées au marché sont financées durablement par les consommateurs finaux du domaine de l'approvisionnement de base, puisque les coûts de ces installations déterminent les tarifs appliqués dans ce domaine et qu'ils sont donc répercutés sur les consommateurs finaux.

1.4 Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen

La politique énergétique de l'UE poursuit, notamment, les objectifs de garantir le fonctionnement du marché énergétique et l'approvisionnement énergétique de l'UE. Les Etats membres sont en principe libres de déterminer la structure générale de leur approvisionnement en énergie (art. 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE9). Cependant, la valeur directrice de l'UE est la création

⁹ Version basée sur le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1.12.2009, JO C 115 du 9.5.2008, p. 47.

d'un marché de l'énergie harmonisé et libéralisé à l'échelle de l'Europe, lequel marché doit reposer sur des réglementations communes, notamment en ce qui concerne la construction du marché. En édictant les directives 2003/54/CE¹⁰ et 2009/72/CE¹¹, l'UE a prévu des dispositions communes pour le marché intérieur de l'électricité. En vertu de ces dispositions, tous les clients sont considérés comme «clients éligibles» à partir du 1^{er} juillet 2007, c'est-à-dire que tous les clients (grosistes, petits et grands clients finaux) sont libres d'acheter de l'électricité au fournisseur de leur choix. Les Etats membres doivent garantir l'introduction d'un système permettant l'accès de ces clients aux réseaux de transport et de distribution sur la base de tarifs publiés, un système qui sera appliqué selon des critères objectifs et sans discrimination entre les utilisateurs du réseau (directive 2009/72/CE, art. 32, par. 1, et art. 33, par. 1, point c).

La directive 2009/72/CE prévoit de plus que les Etats membres peuvent, dans l'intérêt économique général, imposer aux entreprises du secteur électrique des obligations en lien avec la sécurité (y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de l'approvisionnement) et la protection de l'environnement. Ces obligations, doivent être clairement établies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables, tout en garantissant aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux (art. 3, par. 2). Les Etats membres doivent imposer aux entreprises de distribution l'obligation de raccorder les clients à leur réseau aux conditions et tarifs déterminés (art. 3, par. 3). Ils doivent en outre garantir l'approvisionnement de base à tous les clients résidentiels, c'est-à-dire qu'ils doivent leur donner le droit d'être approvisionnés en électricité d'une qualité définie à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires. Les Etats membres jugent s'il est approprié que les petites entreprises bénéficient aussi du droit à l'approvisionnement de base (art. 3, par. 3). Enfin, la directive prévoit que les Etats membres prennent des mesures appropriées pour protéger les clients finaux et qu'à cet effet ils veillent à ce que les clients vulnérables disposent d'une protection adéquate (art. 3, par. 7).

L'arrêté fédéral en annexe met en vigueur les dispositions de la LAPeI qui confèrent l'accès au réseau à tous les consommateurs finaux tout en ménageant aux petits consommateurs finaux le droit de disposer d'un approvisionnement de base garanti. Ainsi, la Suisse réalise l'ouverture complète de son marché et elle harmonise son droit avec les dispositions de l'UE dans la mesure où, selon ces dernières, l'accès réglementé au réseau est obligatoire pour tous les clients finaux à partir du 1^{er} juillet 2007 déjà.

Les modalités de l'approvisionnement de base visées à l'art. 7 LAPeI ne contredisent pas le droit de l'UE. Par ses jugements C-265/08¹² et C-242/10¹³, la Cour de

¹⁰ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (Directive sur l'électricité), JO L 176 du 15.7.2003, p. 37. Cette directive prévoyait l'ouverture complète des marchés de l'électricité pour le 1^{er} juillet 2007 au plus tard (art. 20, par. 1, et art. 21, par. 1). Elle a été abrogée par l'édiction de la directive 2009/72/CE.

¹¹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211 du 14.8.2009, p. 55.

¹² Federutility et autres contre Autorità per l'energia elettrica e il gas, affaire C-265/08 du 20 avril 2010., cf. en particulier chiffre 33 s.

justice de l'Union européenne (CJUE) a clarifié les critères selon lesquels les obligations faites aux EAE sont compatibles avec les dispositions de droit relatives au marché intérieur de l'énergie. Il en appert que l'intérêt économique général des réglementations créatrices d'obligations se situe au point d'équilibre entre les objectifs de la libéralisation et de la nécessaire protection des clients finaux. Outre les critères expressément cités à l'art. 3, par. 2, de la directive 2009/72/CE, l'obligation doit en particulier respecter le principe de proportionnalité. Ainsi, il est par exemple possible d'imposer à des entreprises chargées de fournir une prestation d'intérêt public des obligations relatives à la fixation des prix d'approvisionnement en électricité. Mais une telle réglementation nationale ne répond alors au critère de proportionnalité que si elle permet de garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt économique général qu'elle vise sans toutefois aller au-delà de ce que la réalisation de cet objectif commande. En particulier, toute mesure constituant de par sa nature un obstacle à la réalisation d'un marché intérieur fonctionnel ne saurait être maintenue en permanence, mais aussi longtemps seulement que ne l'exige la réalisation du but recherché.

Il est donc compatible avec le droit de l'UE, pour autant que ce soit nécessaire à la protection des petits consommateurs, d'intervenir par des réglementations dans la libre constitution des prix. Au demeurant, la plupart des pays membres de l'UE prévoient certaines réglementations des prix¹⁴. Mais ces réglementations ne devraient pas excéder la limite ou le niveau absolument nécessaire. A ce sujet, la Commission européenne a arrêté, dans une prise de position raisonnée¹⁵, qu'en vertu de la législation de l'UE les prix doivent être formés en premier lieu par le jeu de l'offre et de la demande. En définissant les conditions d'une obligation qui réduit la liberté de fixation du prix, c'est-à-dire en concrétisant, dans les dispositions d'exécution, la régulation des tarifs appliqués dans le MAG, il faut donc prêter une attention spéciale au principe de proportionnalité. L'ampleur de l'intervention doit se limiter au nécessaire et cette nécessité doit faire l'objet d'un réexamen périodique. En ce sens, la régulation du prix sous forme d'un contrôle de l'équité ex post (cf. chiffre 1.5) tend à constituer une moindre intervention comparativement aux autres formes de régulation tarifaire, par exemple une régulation basée sur les coûts de revient (cf. chiffre 1.3.2).

Notons pour terminer que l'actuelle ouverture partielle du marché et les dispositions applicables dans ce cadre (notamment l'absence d'accès au réseau pour les petits consommateurs finaux) ne sont pas compatibles avec les dispositions de l'UE relatives au marché unique européen de l'électricité. L'ouverture complète du marché suisse représente donc une condition à la conclusion d'un accord sur l'électricité avec l'UE.

13 Enel Produzione SpA contre Autorità per l'energia elettrica e il gas, affaire C-242/10 du 21 décembre 2011, cf. en particulier chiffres 42, 55 et 75.

14 Cf. CEER (Council of European Energy Regulators) Status Review of Customer and Retail Market Provisions from the 3rd Package as of 1 January 2012, p. 26 ss.

15 Communiqué de presse du 6 avril 2011 relatif à l'avis motivé adressé à l'Italie, IP/11/414. La procédure d'infraction contre l'Italie a été classée le 27 février 2012.

1.5 Mise en œuvre

1.5.1 Réglementation au niveau de l'ordonnance

Les dispositions de la LApEI (art. 7 et 13), dont le libellé est déjà fixé et qu'il faut mettre en vigueur par l'arrêté fédéral en annexe, constituent le cadre de la deuxième étape de l'ouverture du marché. Comme la densité réglementaire de ces dispositions légales est faible, nous aborderons ci-après ponctuellement les adaptations prévues dans l'OApEI à réviser.

Organisation du contrôle de l'équité tarifaire dans l'approvisionnement de base

Il faut remplacer par un contrôle de l'équité ex post l'actuelle réglementation de l'art. 4 OApEI, selon laquelle les tarifs de l'approvisionnement de base doivent être fondés sur les coûts de revient d'une exploitation efficace et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire de réseau de distribution. A cet effet, les tarifs sont contrôlés à l'aide de valeurs comparatives des prix, adéquatement choisies dans les offres du marché. Cette observation comparative du marché débouche sur la fixation d'un prix de référence pour les fournitures d'énergie dans l'approvisionnement de base, une référence à laquelle seront mesurées par la suite les offres de l'approvisionnement de base.

Le prix de référence peut s'écarter des prix dans l'approvisionnement de base. En effet, il faut tenir compte d'une part des particularités de l'approvisionnement garanti telles que la sécurité conférée par les tarifs fixes et, d'autre part, des éventuelles incertitudes inhérentes à la comparaison des prix. Conformément à la réglementation actuelle, qui sera probablement maintenue lors de l'ouverture complète du marché, les fournisseurs de base doivent ainsi annoncer leurs tarifs d'ici au 31 août (art. 4, al. 3, OApEI), alors que les consommateurs finaux qui ont accès au libre marché doivent leur indiquer jusqu'au 31 octobre qu'ils entendent quitter l'approvisionnement de base (art. 11, al. 2, OApEI). Cette réglementation représente un risque pour les fournisseurs d'énergie car les prix de l'électricité peuvent évoluer entre ces deux dates. En revanche, les consommateurs finaux ont la possibilité d'observer l'évolution du marché pendant le délai accordé pour le choix du fournisseur.

C'est pourquoi les tarifs appliqués au MAG ne doivent pas nécessairement correspondre aux prix du marché, ils peuvent être légèrement supérieurs ou inférieurs. Des tarifs supérieurs aux prix du marché permettent de garantir un service public dont les prix sont adaptés et d'éviter que les fournisseurs d'électricité des clients MAG ne subissent des désavantages concurrentiels par rapport aux fournisseurs sur le marché, en raison des prescriptions tarifaires qui restreignent considérablement leur liberté économique. La régulation est censée protéger les consommateurs finaux uniquement contre les prix excessifs.

Le contrôle de l'équité peut tenir compte des coûts de revient ou d'achat d'énergie présentés dans la comptabilité par unité d'imputation (cf. art. 7, al. 3). Grâce à cette comptabilité, l'EICom peut consulter la structure de l'acquisition d'énergie ainsi que le calcul interne du tarif par l'entreprise, et s'opposer à ce dernier en cas de tarif trop élevé. Par ailleurs, ceci doit empêcher ou éliminer un éventuel subventionnement croisé entre différentes activités de l'entreprise afin de protéger les consommateurs finaux du domaine de l'approvisionnement de base de tarifs de l'énergie excessifs.

Les coûts de revient et d'acquisition de l'énergie peuvent induire un prix plus élevé que le prix de référence fixé, par exemple lorsque le gestionnaire du réseau de distribution a conclu des contrats d'achat d'énergie encore sous le régime de la régulation selon les coûts de revient actuellement en vigueur et que le prix défini contractuellement est nettement au dessus du prix de référence. L'entreprise d'approvisionnement doit intégralement justifier l'imputabilité des coûts plus élevés et prouver par ailleurs que ces coûts sont répartis sur différents groupes de clients et non pas sur les seuls clients MAG. Il est en outre prévu que les contrats conclus après l'échéance du délai référendaire inutilisé de la LApEI, soit après le 12 juillet 2007, ne peuvent plus induire des prix plus élevés dans le MAG. A partir de cette date, les entreprises d'approvisionnement savent que l'objectif est l'ouverture complète du marché de l'électricité.

Si les tarifs de l'approvisionnement de base sont trop élevés, l'EiCom a le pouvoir de les abaisser. L'EiCom dispose d'une marge d'appréciation lors de la mise en œuvre concrète du contrôle de l'équité. Mais au moment de trancher, elle doit toujours réfléchir à l'impact probable de ses décisions sur la détermination future des prix de l'approvisionnement de base et sur l'évolution de la concurrence qui lui est liée. La libre formation des prix ne saurait être restreinte que si cette mesure permet de réduire des prix inadéquats (trop élevés) dans l'approvisionnement de base. Cette régulation, qui répond à l'idée de protection associée au MAG, est compatible avec l'objectif de concurrence mentionné à l'art. 1 LApEI.

Autres adaptations prévues de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité

Outre les détails concernant la livraison des consommateurs finaux dans le MAG, l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité devra notamment prévoir les règles nécessaires à ouvrir l'accès au réseau pour les petits consommateurs finaux.

En outre, l'ordonnance précisera les modalités du passage de l'approvisionnement de base au marché (à un fournisseur choisi par le consommateur final) et celles du retour du marché dans l'approvisionnement de base (dates, délais, exemption de frais et modalités techniques éventuellement nécessaires telles que directives concernant le transfert des données et les formats de données). Il est également prévu que le passage d'un gestionnaire de réseau local à un nouveau fournisseur d'électricité puisse toujours intervenir à la fin de l'année sous un délai de résiliation de deux mois. Si les art. 7 et 13, al. 3, let. b, entrent en vigueur au début de 2017, les petits consommateurs finaux pourraient changer de fournisseur pour la première fois au 1^{er} janvier 2018. Le retour du marché libre dans l'approvisionnement de base est également prévu à la fin de l'année avec un délai de résiliation de deux mois, sauf en cas de déménagement dans une zone de desserte où l'ancien fournisseur d'énergie n'est pas actif ou en cas de faillite d'un fournisseur. Le fournisseur de base peut ainsi mieux planifier les coûts d'acquisition, car la quantité d'énergie à acquérir en cours d'année n'est influencée que par les départs et les arrivées en raison de déménagements.

Relevons en particulier qu'il faudra adapter les dispositions de l'ordonnance visant spécifiquement l'exercice du droit d'accès au réseau par les grands consommateurs durant la présente ouverture partielle du marché. Cette remarque concerne par exemple la réglementation en vigueur de l'ordonnance, selon laquelle tous les consommateurs finaux qui entendent changer de fournisseur doivent être équipés

d'une mesure de la courbe de charge dotée d'une transmission automatique des données. Pour les clients dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh, la mesure de la courbe de charge n'est pas nécessaire techniquement. En outre, la disposition des consommateurs finaux à changer de fournisseur serait contrariée par les coûts de cet équipement, ce qui entraverait le développement de la concurrence. Les comportements de consommation des ménages et des petites entreprises présentent des schémas définis que l'on peut reproduire objectivement par des standards de profil de charge. Il est possible de déterminer la différence entre la consommation effective et la consommation standard en comparant les quantités effectivement consommées au moyen d'un décompte des excédents ou des écarts négatifs sur l'année. Dans ce décompte, il faut veiller à ce que les pratiques limitant la concurrence soient évitées (p. ex. l'application de prix excessifs sur les écarts de quantités).

1.5.2 Coopération avec les organisations concernées

En vertu de l'art. 3, al. 1, LApEI, la Confédération coopère notamment avec les organisations économiques pour assurer la mise en œuvre de la loi. Les mesures librement consenties par la branche pour réaliser les objectifs de la LApEI sont prises en compte tant lors de l'édiction de nouvelles règles (p. ex. au niveau de l'ordonnance) que dans l'application de la loi.

Il appartient donc à la branche de l'électricité d'élaborer des conceptions et des propositions conformes à la loi et généralement acceptées pour mettre en œuvre la deuxième étape d'ouverture du marché, en particulier pour octroyer et garantir un accès au réseau exempt de discrimination. A cet égard, il faut veiller à ce que l'accès au réseau ne soit pas excessivement entravé, pour les petits consommateurs finaux, par des obstacles administratifs et techniques ou pour des raisons de coûts et que les fournisseurs qui entrent sur le marché ne soient pas désavantagés.

Les conditions à remplir pour que les ménages et les petites entreprises fassent effectivement usage de leur droit d'accès au réseau sont foncièrement différentes de celles qui ont été fixées, pour la première étape d'ouverture du marché, en partie dans l'ordonnance et en partie dans des conventions de branche. Dans un marché complètement ouvert, il faudrait en particulier simplifier les modalités des changements de fournisseur. A cet égard, il importe que des conditions contractuelles applicables au grand nombre et exemptes de discrimination soient développées pour les fournisseurs et les consommateurs finaux et que des formats de données uniformes et standardisés soient fixés. En développant les contrats-modèles existants, en particulier les contrats-cadre des fournisseurs, ou en développant de nouveaux contrats, il s'agira d'adopter des règles dont la mise en œuvre limite globalement les coûts du processus de changement, qui prévoient une répartition adéquate des risques entre le fournisseur et le gestionnaire de réseau et qui limitent le coût du changement pour les consommateurs finaux. C'est ainsi que les petits consommateurs finaux doivent, si possible, être en mesure de franchir avec un seul interlocuteur toutes les étapes nécessaires à un changement de fournisseur.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

La motion Gasche (12.3253) exige que les tarifs de l'électricité pour l'approvisionnement de base soient fixés en fonction des prix de marché et non plus des coûts de revient ou des contrats d'achat à long terme. Le Conseil fédéral répond à cette demande dans le cadre de la deuxième étape d'ouverture du marché. L'EICom contrôle, en se fondant sur des prix comparatifs d'offres du libre marché et sur d'autres critères, si les tarifs appliqués dans le MAG sont adéquats. L'entrée en vigueur des art. 7 et 13, al. 3, let. b, LApEI satisfait donc à la demande de la motion, de sorte que l'intervention peut être classée.

2 Explications article par article

Art. 7 Modèle de l'approvisionnement en électricité garanti

Les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation, donc en particulier les ménages et les petites entreprises, ont le droit d'accéder au réseau en vertu de l'art. 13, al. 1. Selon l'art. 7, ils peuvent choisir s'ils veulent continuer de recevoir de l'électricité de leur fournisseur à ce stade, dans le cadre de l'approvisionnement en électricité garanti, ou s'ils veulent passer à un autre fournisseur. Si un ménage n'entreprend rien, il continue d'être livré comme jusque-là par l'entreprise d'approvisionnement locale.¹⁶ Le consommateur final, dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation et qui a conclu un contrat avec un autre fournisseur, peut retourner à l'approvisionnement de base s'il résilie ce contrat. Le cercle des clients pouvant opter pour le MAG est déterminé par la consommation annuelle au cours des douze derniers mois précédant le dernier relevé (cf. art. 11 OApEI).

L'al. 1 contient l'obligation faite aux gestionnaires de réseau de distribution de fournir, à des tarifs équitables, les consommateurs finaux qui, dans leur zone de desserte, renoncent à l'accès au réseau. Cette obligation disparaît dès qu'un consommateur final conclut un contrat de livraison d'énergie avec un autre fournisseur, mais elle renaît si le consommateur final concerné revient dans l'approvisionnement de base.

En cas d'ouverture complète du marché, les tarifs de la fourniture d'énergie ne seront plus fondés comme jusqu'à présent principalement sur les coûts de revient, mais sur les prix d'offres comparables du marché. Contrairement aux prix de l'énergie sur le libre marché, les tarifs appliqués dans le MAG sont soumis à un contrôle ex post de l'EICom, qui les réduit au besoin.

La raison qui motive en premier lieu cette modification de la réglementation en vigueur (régulation en fonction des coûts de revient conformément à l'art. 4 OApEI) réside dans le fait qu'il existe une certaine tension entre la régulation tarifaire et l'objectif arrêté à l'art. 1, al. 1, LApEI, à savoir assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence. Ce marché visé ne doit pas être entravé par le mode de régulation, ce qui est notamment le cas d'une régulation en fonction des coûts de revient

¹⁶ Cf. Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, ici 1530

(cf. chiffre 1.3.2). Le type de contrôle tarifaire proposé pour l'ouverture complète du marché et dont les points principaux doivent être définis dans l'ordonnance (cf. les explications du chiffre 1.5.1) correspond mieux au principe de concurrence de la LApEI, en continuant néanmoins de garantir la protection des petits clients.

Une régulation des tarifs axée en priorité sur les prix comparatifs du marché mais qui permet aussi, sous certaines conditions, de tenir compte de coûts d'acquisition et de production plus élevés est compatible avec l'art. 7, al. 3, LApEI. Le libellé de l'art. 7 ne comporte pas de définition du «tarif équitable», et une indication claire à ce propos ne peut être tirée des travaux préparatoires. L'obligation faite aux gestionnaires de réseau de tenir une comptabilité par unité d'imputation définie à l'art. 7, al. 3, LApEI, ne permet pas d'en déduire que les coûts de revient et/ou d'acquisition de l'énergie doivent être les seuls éléments déterminants du montant du tarif dans l'approvisionnement de base. Selon les explications du Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, ces coûts représentent certes un élément (pas forcément l'unique) d'appréciation du caractère équitable, mais la comptabilité par unité d'imputation sert également à empêcher un subventionnement croisé des consommateurs finaux libres de choisir leur fournisseur.¹⁷

Selon le principe de solidarité fixé à l'al. 2, les mêmes tarifs d'électricité doivent s'appliquer, dans le MAG, aux consommateurs finaux présentant les mêmes caractéristiques de consommation. La règle qui prévoit que les tarifs doivent être fixés pour une année représente une garantie face aux fluctuations saisonnières imprévisibles (cf. Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité¹⁸, qui prévoit que des tarifs différenciés restent possibles, p. ex. un tarif d'été et un tarif d'hiver ou un bas tarif et un haut tarif).

A l'al. 4, le Conseil fédéral reçoit la compétence de fixer les détails concernant la fourniture des consommateurs finaux dans le MAG. Dans l'ordonnance, par exemple, il faut préciser quelles sont les modalités de la procédure visant à vérifier que les tarifs sont équitables dans le MAG et selon quels critères cette équité doit être déterminée.

En fixant les modalités contractuelles, le Conseil fédéral peut édicter des dispositions supplémentaires, outre les délais en cas de changement de fournisseur¹⁹; il est par exemple prévu d'interdire que l'on impose des coûts au consommateur final qui change de fournisseur.

Art. 13, al. 3, let. b Accès au réseau

Tous les participants au marché reçoivent le droit d'accéder au réseau et peuvent ainsi choisir librement auprès de quel fournisseur ils acquerront de l'électricité. Les ménages et autres consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation ont le choix entre rester dans l'approvisionnement de base (cf. modèle de l'approvisionnement en électricité garanti, art. 7) et revendiquer leur droit à accéder au réseau et choisir librement leur

¹⁷ FF 2005 1493, ici 1530

¹⁸ FF 2005 1493, ici 1530

¹⁹ FF 2005 1493, ici 1531

fournisseur. Les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh seront par contre traités comme des clients du marché, même s'ils n'ont pas choisi activement le fournisseur.

En cas de pénurie de capacités, la fourniture aux consommateurs dans le MAG (art. 7, al. 1) est jugée prioritaire. Cette priorité est nécessaire, car l'entreprise d'approvisionnement a une obligation correspondante de livrer.²⁰ La priorité pour les consommateurs finaux sans possibilité de choisir disparaît, puisque cette catégorie de consommateur sans possibilité de choix n'existe plus en raison de la suppression de l'art. 6. Par conséquent, l'art. 13, al. 3, let. a, est abrogé.

Les gestionnaires de réseau prennent toute mesure requise pour que le droit à accéder au réseau puisse être effectivement exercé par tous les participants au marché. Dans le cadre des dispositions d'exécution (cf. art. 30, al. 2), le Conseil fédéral peut arrêter des mesures nécessaires à l'exercice du droit d'accéder au réseau et grâce auxquelles il est en particulier possible de garantir que les entreprises d'approvisionnement en électricité intégrées verticalement ne favorisent pas leurs propres entreprises ou des entreprises alliées. Songeons par exemple à la définition de l'obligation d'informer (les fournisseurs et les clients finaux), aux délais dans lesquels les informations et les données doivent être retransmises ou échangées, ainsi qu'à d'autres modalités du transfert de données.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

La deuxième étape de l'ouverture du marché n'entraîne pas de conséquence financière ou organisationnelle directe pour la Confédération.

Le domaine d'activité de l'EiCom n'est pas élargi. Le contrôle prévu des tarifs de l'approvisionnement de base (contrôle de l'équité) n'exigera probablement pas que soient créés de nouveaux postes, puisque l'EiCom examine également les tarifs de l'approvisionnement de base selon le droit en vigueur. A l'Office fédéral de l'énergie également, aucune ressource de personnel supplémentaire n'est requise.

Des conséquences pour les cantons et les communes interviendront dans la mesure où la future valeur de rendement de leurs entreprises concernées par l'ouverture du marché se modifiera. La valeur de rendement future de ces entreprises dépendra de la manière dont elles s'affirmeront sur le marché.

²⁰ FF 2005 1493, ici 1536

3.2 Conséquences pour l'économie

3.2.1 Aperçu des principaux résultats

Un modèle macroéconomique simplifié a permis d'étudier²¹ quelles seraient les modifications de caractéristiques macroéconomiques induites par les changements attendus des prix de l'électricité. De tels changements sont prévisibles, puisque les prix de marché au sein de l'UE exerceront une influence accrue sur les prix dans l'économie suisse en cas d'ouverture plus large du marché. Par conséquent, les effets macroéconomiques induits dépendront de manière déterminante de la future évolution des prix, qu'il n'est pas possible de déterminer précisément à l'avance. C'est pourquoi l'on a émis des hypothèses plausibles sous forme de scénarios de prix. Il en ressort des propositions du type «si-alors», à savoir des avis sur les effets dus aux prix qu'il faut attendre en Suisse, en conséquence de l'ouverture complète du marché, lorsque les prix se modifient d'une certaine manière. De plus, on a étudié qualitativement les effets à attendre de l'ouverture complète du marché.

Les principaux résultats de la modélisation quantitative simplifiée et de l'évaluation qualitative sont les suivants.

- L'ouverture complète du marché entraînera un rapprochement des prix de l'énergie au niveau des prix européens (on suppose en l'occurrence une intégration globale dans le marché intérieur de l'UE).
- Sous l'angle du bien-être global, l'économie suisse y gagnera légèrement. Le produit intérieur brut progressera quelque peu.
- Les producteurs bénéficient des hausses de prix de l'électricité. En revanche, il faut s'attendre à des pertes pour les ménages et le reste de l'économie si les prix augmentent. Du point de l'ensemble de l'économie, cependant, les effets positifs pour les producteurs dominent.
- En cas de baisse du prix de l'électricité, les ménages, les autres petits consommateurs finaux et les grands consommateurs, restés jusque-là dans l'approvisionnement de base, profitent, tandis que les producteurs d'électricité accusent des pertes. Dans ce cas de figure également, les effets économiques globaux sont positifs.
- Les différences de prix entre les régions de la Suisse se réduiront lorsque la concurrence débutera.
- Sur le plan qualitatif, des effets dynamiques positifs sont prévisibles au sein de la branche de l'électricité, dans la mesure où la concurrence suscitera de nouvelles offres spécifiques aux clients et que la pression de l'efficacité augmentera généralement au niveau des achats. Simultanément, certains coûts uniques d'adaptation surviendront dans les entreprises d'électricité durant la mise en œuvre de l'ouverture complète du marché.
- Du point de vue des consommateurs finaux, les conditions sont actuellement bonnes pour passer à un modèle de marché (cours de change CHF-EUR, tendance à la baisse des prix du marché).

²¹ ECOPLAN, Strommarktliberalisierung – zweiter Marktöffnungsschritt, Analysen zu den Auswirkungen eines zweiten Marktöffnungsschrittes. Document de travail du 15 février 2013 destiné à l'Office fédéral de l'énergie, Berne.

3.2.2 Effets sur la croissance, l'emploi, le bien-être et le commerce extérieur

Le niveau du tarif équitable de l'approvisionnement de base détermine pour l'essentiel si les petits clients passent ou non au libre marché. Une certaine inertie des consommateurs finaux à changer de fournisseur s'y ajoute en pratique. Cette inertie n'est pas clairement modélisable. L'une des conditions importantes pour que la concurrence fonctionne est que les clients puissent changer simplement et à faible coût et que les nouveaux fournisseurs aient un accès sans discrimination au réseau.

Pour évaluer l'influence sur l'économie des hausses et des baisses de prix dues à la libéralisation, on a postulé dans le modèle que les prix de l'énergie augmenteraient d'au maximum 10% (scénario 1) ou qu'ils baisseraient d'au maximum 10% (scénario 2) en s'adaptant au niveau de prix de l'UE. Cette hypothèse implique que les prix pour le consommateur final se modifient d'environ +/-5%, en admettant que les coûts à la consommation finale se répartissent pour moitié environ entre l'acquisition de l'énergie et les réseaux.

Les effets prix induits par une ouverture complète du marché augmentent légèrement le produit intérieur brut (PIB) dans les deux cas. Il en résulte également des effets légèrement positifs sur le bien-être des ménages et de l'industrie (dans une approche globale).

La consommation et l'emploi ne changent guère sous l'effet des hausses de prix envisageables. Lorsque les prix baissent dans le cadre défini, les exportations et les importations enregistrent une augmentation, notamment due à l'amélioration des conditions concurrentielles pour les biens suisses.

Les *avantages qualitatifs essentiels de l'ouverture du marché* résident dans l'accroissement de l'efficacité dans la branche de l'électricité en Suisse, puisque l'ouverture permet, du point de vue économique, d'émettre les «bons» signaux de prix (signaux de rareté), dans la mesure où l'offre et la demande déterminent le niveau des tarifs (prix). Une ouverture complète du marché engendre le développement de nouveaux produits et de nouvelles combinaisons prix-prestations, ce qui se répercute sur la concurrence au niveau de la production.²²

Actuellement, mais aussi à court et moyen termes, les conditions sont favorables pour procéder à une ouverture complète du marché de l'électricité, puisque les prix sur les marchés de gros sont relativement bas. Cette situation est due pour une part aux cours de change. Mais elle s'explique aussi par la baisse des prix de marché en raison des surcapacités européennes, lesquelles sont notamment dues à l'injection croissante d'électricité issue des énergies renouvelables et aux bas prix du charbon et du CO₂ en Europe.

²² Cf. Defeuilley, C. (2008), Retail Competition in electricity markets, Larsen Working paper no. 5, pages 6 s.

3.2.3 Effets sur les ménages

Les effets sur les ménages d'une ouverture complète du marché sont limités. En cas de hausse comme de baisse des prix de l'électricité dues à une libéralisation en Suisse, on relève des effets économiques positifs, mais les effets de répartition sont disparates. Les ménages profitent immédiatement d'une baisse du prix de l'électricité, puisque leurs coûts d'électricité se réduisent. Si le prix de l'électricité augmente, les ménages perdent, puisque leurs coûts d'électricité s'élèvent. Par ailleurs, l'introduction de nouveaux processus informatiques dans les entreprises d'approvisionnement en électricité génère des coûts uniques susceptibles de se répercuter sur les ménages. En effet, ces coûts sont reportés à moyen terme sur les consommateurs finaux, notamment s'ils sont reconnus comme des coûts imputables.

Dans une perspective régionale, les ménages des régions où le niveau de prix est élevé devraient gagner, tandis que ceux des régions où les conditions sont actuellement avantageuses devraient perdre. L'ampleur relative de ces effets dépendra de la modification du niveau de prix.

3.2.4 Effets sur certaines branches

Si le prix de l'électricité augmente, la branche de l'électricité réalise des bénéfices plus importants. Sa production s'accroît et le commerce extérieur d'électricité s'intensifie. La demande domestique d'électricité recule en raison de la hausse du prix. En revanche, la demande des consommateurs finaux progresse lorsque les prix diminuent. La branche de l'électricité suisse perd des parts de marchés au profit de la concurrence étrangère, mais son volume de production reste à peu près le même, puisque la demande globale croît. De manière générale, pour la branche électrique, il faut noter que les risques du marché se font plus menaçants, puisque la régulation basée sur les coûts de revient a disparu; parallèlement, les opportunités économiques généralement liées à une libéralisation sont plus intéressantes. Ces observations s'avèrent importantes lorsque les propres centrales électriques ne peuvent pas produire à des prix compatibles avec le marché.

Si les prix de l'électricité augmentent, le reste de l'économie s'en trouve pénalisée. Parmi les branches susceptibles de perdre en raison de l'ouverture complète du marché, citons surtout celles-ci: production et traitement des métaux, textile, papier et carton, meubles, bijoux et jouets, dans la mesure où elles n'ont pas encore opté pour le marché libre dans le cadre de l'ouverture partielle du marché. Mais certaines branches gagnent lorsque le prix de l'électricité augmente. Il s'agit en particulier de l'approvisionnement en gaz (puisque le gaz devient avantageux par rapport à l'électricité). En revanche, si le prix de l'électricité baisse, les branches citées, à forte intensité énergétique, peuvent en profiter. Les effets sont alors inversés par rapport à ceux d'une hausse des prix de l'électricité.

Les effets dynamiques décrits ci-dessus (non modélisés) peuvent constituer une chance supplémentaire pour l'économie en raison des potentiels de réduction des coûts.

3.3 Conséquences pour l'environnement

Du point de vue actuel, aucune conséquence pour l'environnement n'est décelable. Le développement de centrales électriques dépend surtout des conditions d'investissement sur le marché européen, conditions que l'ouverture complète du marché suisse ne modifie pas.

4 Rapport au programme de législature et aux stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Rapport au programme de législature

Le projet est annoncé dans le message du 25 janvier 2012²³ sur le programme de la législature 2011 à 2015.

4.2 Rapport aux stratégies nationales du Conseil fédéral

4.2.1 Rapport à la Stratégie énergétique 2050

La deuxième étape de l'ouverture du marché est une affaire distincte de la Stratégie énergétique 2050. Mais on relève des points de contact, notamment pour les thèmes suivants: importations et sécurité d'approvisionnement, implication des EAE dans les objectifs d'efficacité, offres de prestations énergétiques et remplacement du système d'encouragement actuel par un système incitatif (dans le cadre de la deuxième étape de la Stratégie énergétique 2050).

Il faut voir des points de contact dans le fait que la Stratégie énergétique 2050 accroîtra l'importance des échanges d'électricité avec l'UE. La deuxième étape de l'ouverture du marché a des effets positifs sur l'intégration de la Suisse dans le marché intérieur de l'UE pour l'électricité. L'ouverture du marché tendra à renforcer le commerce entre la Suisse et l'UE, les acteurs pourront mieux utiliser les différences de prix. S'agissant de la sécurité d'approvisionnement, notamment de la stabilité du réseau, une plus forte implication de la Suisse dans le marché intérieur de l'UE tend à exercer un effet généralement positif.

L'introduction d'un système d'incitation en matière énergétique est prévue dès 2021, dans le cadre de la deuxième étape de la Stratégie énergétique 2050. A cet égard, il est crucial que les «bons» signaux de prix soient émis du point de vue économique et que l'on évite ainsi que des taxes incitatives en matière énergétique ne reposent sur des prix biaisés. Une ouverture complète du marché va dans ce sens.

4.2.2 Rapport à la Stratégie en matière d'infrastructures

La Stratégie du Conseil fédéral en matière d'infrastructures contient, selon le rapport du Conseil fédéral sur les infrastructures²⁴, les objectifs du développement

²³ FF 2012 349, ici 471

durable économique, écologique et social. A cet effet, cinq axes sont définis: 1. Assurer la performance des projets d'infrastructure nationaux, 2. Protéger l'homme, l'environnement et les infrastructures, 3. Optimiser le cadre juridique et économique des secteurs d'infrastructure, 4. Améliorer la rentabilité des réseaux d'infrastructure publics, 5. Garantir le financement à long terme des réseaux d'infrastructure publics. Par la deuxième étape de l'ouverture du marché, on cherche à améliorer le fonctionnement de la branche, notamment en l'exposant davantage à la concurrence. Le domaine de la production d'énergie et celui du négoce sont surtout concernés, car ils sont impliqués dans la concurrence globale. Les réseaux de distribution et le réseau de transport sont encore des monopoles régulés, ils ne sont pas directement concernés par l'ouverture du marché.

5 Aspects juridiques

5.1. Constitutionnalité et légalité

Constitutionnalité

Conformément à l'art. 141, al. 1, let. c, de la de la Constitution fédérale du 18 avril 1999²⁵ (Cst.), les arrêtés fédéraux peuvent être soumis au référendum facultatif dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient. Le présent arrêté fédéral s'appuie sur une telle disposition légale, à savoir l'art. 34, al. 3, LApEI. Celui-ci stipule qu'un arrêté fédéral sujet au référendum met en vigueur les art. 7 et 13, al. 3, let. b, LApEI, et abroge les art. 6, 13, al. 3, let. a, et 29, al. 1, let. a, LApEI. La constitutionnalité des dispositions à mettre en vigueur a déjà été discutée dans le Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité.²⁶

Rapport au droit des cartels et droit de la surveillance des prix

L'EiCom est compétente pour assurer le contrôle des tarifs de l'électricité dans le MAG. Avant de rendre ses décisions, elle entend le Surveillant des prix conformément à l'art. 15 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPR).²⁷ L'équité des tarifs est examinée au moyen de critères à fixer au niveau de l'ordonnance sur la base de la LApEI. En revanche, la compétence de procéder à la surveillance et au contrôle des prix de l'électricité soumis à la concurrence relève de la Surveillance des prix ou de la Commission de la concurrence.²⁸

Acte législatif de droit fédéral à caractère général, la loi sur les cartels du 6 octobre 1995²⁹ (LCart) couvre les activités des entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2, al. 1 et 1bis LCart). Elle ne s'applique pas si un domaine économique est

²⁴ Rapport du Conseil fédéral, «L'avenir des réseaux d'infrastructure nationaux en Suisse», 17.09.2010, FF **2010** 7913

²⁵ RS **101**

²⁶ FF **2005** 1493, 1558 s.

²⁷ RS **942.20**

²⁸ Cf. explications du Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF **2005** 1493, ici 1545 et 1560

²⁹ RS **251**

soumis à un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3, al. 1, let. a KG). La LApEI constitue pour le domaine du réseau (mais non pas pour le domaine de l'énergie) un tel régime de prix et de marché. En vertu de l'art. 22, al. 2, LApEI, l'EiCom est compétente pour statuer en cas de litige sur l'accès au réseau et sur les conditions d'utilisation du réseau, par exemple lors d'un différend lié au refus d'accorder le transit, à la fixation de conditions d'accès inadéquates ou à une discrimination concernant l'accès au réseau.

Par contre, dans les autres domaines de l'économie électrique, la loi sur les cartels s'applique intégralement (accords illicites, pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante et concentrations d'entreprises ; art. 5, 7 et 10 LCart).³⁰

5.2. Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La deuxième étape de l'ouverture du marché est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Elle ne viole aucune obligation actuelle de la Suisse en lien avec son statut de membre d'organisations internationales ou en lien avec les accords internationaux.

5.3. Forme de l'acte

Le présent acte est établi sous forme d'arrêté fédéral (art. 163, al. 2, Cst.). La LApEI prévoit explicitement le référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. c, Cst. en rel. Avec art. 34, al. 3, LApEI).

5.4. Frein aux dépenses

L'arrêté fédéral en annexe n'introduit aucune subvention, ni crédit d'engagement, ni plafond de dépenses entraînant de nouvelles dépenses uniques supérieures à 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques supérieures à 2 millions de francs. De ce fait, l'arrêté n'est pas soumis au frein aux dépenses. Il ne doit donc pas être adopté à la majorité des membres de chaque conseil, conformément à l'art. 159, al. 3, Cst..

5.5. Délégation de compétences législatives

L'art. 30, al. 2, LApEI contient une compétence générale visant l'édiction des dispositions d'exécution, dont le Conseil fédéral a déjà fait usage en édictant l'ordonnance du 14 mars 2008³¹ sur l'approvisionnement en électricité. L'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité règle seulement la première phase de l'ouverture du marché de l'électricité, durant laquelle les petits consommateurs finaux ne peuvent pas revendiquer l'accès au réseau conformément à l'art. 13, al. 1, LApEI. Par conséquent, il est nécessaire de réviser partiellement cette ordonnance pour franchir l'étape de l'ouverture complète du marché.

³⁰ Cf. Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF **2005** 1493, ici 1559

³¹ RS 734.71

En particulier, le Conseil fédéral a la compétence d'arrêter les détails concernant la livraison des consommateurs finaux conformément à l'art. 7 LApEI, notamment les modalités contractuelles (p. ex les délais) applicables au MAG (art. 7, al. 4, LApEI).³² En outre, il devra concrétiser certaines modalités en lien avec l'octroi de l'accès au réseau visé à l'art. 13. Il s'agit en l'occurrence de contenus très détaillés qu'il faut régler sur la base des conditions de marché concrètes, en tenant compte des conceptions éventuellement élaborées par la branche de l'électricité (cf. art. 3 LApEI) et en les adaptant aux besoins des divers acteurs du marché.

L'édition de dispositions d'exécution requiert que l'on veille, conformément aux dispositions constitutionnelles, au fait que les dispositions de base importantes soient édictées sous la forme d'une loi (art. 164, al. 1, Cst.). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les dispositions d'exécution doivent être conformes au cadre légal et ne fixer aucune prescription nouvelle qui limiterait les droits des citoyens ou qui leur imposeraient de nouvelles obligations.³³

5.6. Protection des données

La disposition en vigueur relative à la protection des données (art. 27 LApEI) constitue la base juridique du traitement et de la conservation électronique de données par l'EICom. Un relevé et un traitement de données par l'EICom sont nécessaires notamment pour vérifier si les tarifs appliqués au MAG sont équitables (art. 7). A cet égard, l'EICom est tenue de tenir compte des droits de la personnalité, garantis par la Constitution et concrétisés par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD).³⁴

³² Cf. Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, ici 1530

³³ Cf. ATF 139 II 460 consid. 2, 133 II 331 consid. 7.2.2 et 126 II 283 consid. 3b

³⁴ RS 235.1