



HAL
open science

L'interdisciplinarité en pratique. La construction de l'économie par le droit et du droit par l'économie lors de l'invention de “ centrales électriques virtuelles ”

Vincent Réveillère

► To cite this version:

Vincent Réveillère. L'interdisciplinarité en pratique. La construction de l'économie par le droit et du droit par l'économie lors de l'invention de “ centrales électriques virtuelles ”. Usages de l'interdisciplinarité en droit, Presses universitaires de Paris Ouest, Nanterre. (Bottini E., P. Brunet et L. Zevounou (dir.),), 2014. hal-02310669

HAL Id: hal-02310669

<https://hal.science/hal-02310669v1>

Submitted on 11 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'interdisciplinarité en pratique. La construction de l'économie par le droit et du droit par l'économie lors de l'invention de « centrales électriques virtuelles »¹

Vincent Réveillère

« Dans un monde idéal, un économiste qui ne connaît pas le droit, un anthropologue qui ne connaît pas l'économie, un psychologue qui ne connaît pas la philosophie, ou un historien qui ne connaît pas presque tout devraient être inconcevables. Mais le fait est que nos capacités limitées érigent ces manquements en règles. » **Friedrich Hayek**²

La spécialisation des scientifiques n'est pas nouvelle, comme le montre l'image déjà ancienne du savant qui en sait toujours de plus en plus sur de moins en moins de choses. La spécialisation disciplinaire en est une forme particulière. Si, comme le remarquent Jean Boutier, Jean-Claude Passeron et Jacques Revel, le terme « discipline » est ancien, « il n'apparaît que tardivement pour désigner un principe de spécialisation de la recherche qui se veut à la fois *logique*, par sa référence à une théorie unifiée de l'intelligibilité, et *fonctionnel*, par ses principes d'organisation de la diversité des connaissances³ ». Nous retiendrons cette acception classique du terme, qui correspond au « sens restreint de forme organisée de savoir » mis en évidence par Jean-Louis Fabiani⁴.

¹ Ce texte est issu d'une communication faite le mercredi 5 octobre 2011, à l'occasion de la journée d'étude des jeunes chercheurs « Pratiques et usages de l'interdisciplinarité en droit », organisée par le Centre de Théorie et Analyse du Droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Il reprend des éléments développés dans deux mémoires réalisés en master 2. Le premier travail, disciplinairement inscrit en droit, *La construction de la concurrence sur les marchés de l'électricité : l'exemple de l'obligation pour EDF de céder à ses concurrents une partie de sa production*, a été soutenu en septembre 2010 devant Messieurs Christophe Barthélémy (directeur de recherche) et Laurent Vidal à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Le second, réalisé en gestion, *La performativité de l'économie en situation : le rôle de l'innovation dans une affaire de concurrence*, a été soutenu en novembre 2010 devant Messieurs Hervé Dumez (directeur de recherche) et Alain Jeunemaître, à l'École Polytechnique. Je tiens à remercier ces professeurs qui ont guidé mes recherches ; les organisateurs et participants de la journée d'étude qui m'ont permis d'échanger sur ce travail ; ainsi que Gwenola Bargain, Matthias Davy, Afroditi Marketou et Antonin Sopena qui ont bien voulu me faire part de leurs remarques.

² HAYEK Friedrich, « Le dilemme de la spécialisation », in *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, Paris, Les belles lettres, « Bibliothèque classique de la liberté », 2007, p. 198.

³ BOUTIER Jean, PASSERON Jean-Claude et REVEL Jacques, « Qu'est-ce qu'une discipline ? », in *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, BOUTIER Jean, PASSERON Jean-Claude et REVEL Jacques (dir.), Paris, éditions de l'EHESS, « Enquêtes », 2006

⁴ FABIANI Jean-Louis, « À quoi sert la notion de discipline ? », in *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, BOUTIER Jean, PASSERON Jean-Claude et REVEL Jacques (dir.), *op. cit.*, p. 12. À la différence de l'auteur, notre propos n'est pas ici de réfléchir sur l'intérêt de la notion pour comprendre et étudier le développement des connaissances, c'est pourquoi nous nous arrêtons à l'acception classique du terme sans la discuter.

Prenant l'exemple de l'économie, Friedrich Hayek affirme que « personne ne peut être un bon économiste s'il n'est qu'un économiste⁵. » La question de la spécialisation disciplinaire et du recours à plusieurs disciplines se pose également pour les juristes. Si elle est souvent discutée pour les chercheurs, elle concerne également les praticiens, même si la mobilisation de savoirs venant de disciplines diverses semble mieux acceptée dans le dernier cas. En effet, comme le remarquaient François Ost et Michel Van de Kerchove, la question du décloisonnement des disciplines s'est plus posée au niveau des savoirs théoriques que des pratiques « dont l' "impureté" – et par voie de conséquence, la nécessité d'une collaboration entre représentants de disciplines différentes –, semble admise par tous, y compris par Kelsen lui-même⁶. » Mais, pour ceux-ci, à la différence de Kelsen, « l' "impureté", de l'objet doit nécessairement remettre en question la "pureté" de la méthode⁷ » du scientifique en retour.

L'objet de cet article, une affaire de concurrence, est particulièrement « impur », puisque s'y confrontent des discours économiques et juridiques. Nous tenterons de proposer une réflexion sur l'importance que peut revêtir le recours à plusieurs disciplines à partir de l'étude d'un cas : l'affaire *EDF/EnBW* qui a conduit à la mise en place d'une obligation pour EDF de céder à ses concurrents une partie de sa production. Celle-ci résulte d'engagements négociés dans le cadre d'une procédure de contrôle des concentrations et aboutit à la conception de « centrales électriques virtuelles » ou « Virtual Power Plant » – les VPP⁸. Ces dernières peuvent être vues comme un mécanisme nouveau et atypique, qui semblait à l'origine tenter de mimer le fonctionnement d'une véritable centrale électrique. Ce travail a été écrit à partir de sources publiques, primaires et secondaires, mais aussi de seize entretiens réalisés auprès des protagonistes de l'affaire. La diversité des sources permet de s'intéresser à la « fabrique du droit », selon l'expression de Bruno Latour⁹, et répond à la volonté de tenter d'expliquer et de comprendre les actions et les discours des acteurs en relation avec les règles de droit.

L'approche retenue tentera de dépasser la juxtaposition de points de vue relevant de disciplines distinctes – ce que François Ost et Michel Van de Kerchove appellent la pluridisciplinarité ou multidisciplinarité¹⁰ – pour proposer une perspective interdisciplinaire – qui s'efforce de développer une articulation des savoirs, à partir du

⁵ HAYEK Friedrich, « Le dilemme de la spécialisation », *op. cit.*, p. 196.

⁶ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 466.

⁷ *Ibid.*, p. 466.

⁸ Décision 2002/164/CE de la Commission du 7 février 2001, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE, JOCE n° L 59 du 28 février 2002, p. 1-17. La locution originale, utilisée dans les engagements puis dans la décision, est « Virtual Power Plants », auquel on préfère souvent les initiales VPP. Elle est traduite par « centrales électriques virtuelles », l'abréviation CEV n'ayant guère eu de succès, nous utiliserons, comme c'est l'usage, l'acronyme anglais et la locution française.

⁹ LATOUR Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La découverte, 2002.

¹⁰ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.* cf. « Pluridisciplinarité, transdisciplinarité ou interdisciplinarité ? », p. 466-471.

champ d'une discipline, en travaillant des problématiques qui se retrouvent dans d'autres disciplines. Le point de vue adopté est un point de vue modérément externe, tel que proposé par Herbert Hart dans son poscript, dans le sens où nous acceptons que « [...] le théoricien du droit faisant œuvre de description doit *comprendre* en quoi consiste l'adoption du point de vue interne et, en ce sens limité, il doit être capable de se mettre lui-même à la place d'un membre ; mais ceci ne consiste ni à accepter le droit ni à partager ou à approuver le point de vue interne du membre [...] »¹¹. Tel qu'il est présenté par François Ost et Michel Van de Kerchove, le point de vue est externe, « car il implique distanciation et objectivation », mais il est modéré, « car loin de dissoudre les dogmes juridiques (récuser les “fantômes”), il prend ceux-ci pour objet d'étude dès lors que ce sont eux précisément qui structurent les pratiques et les discours juridiques¹² ».

Pour dépasser le cloisonnement des disciplines, nous suivons Thierry Kirat et Évelyne Serverin qui proposent de « centrer l'observation sur les rapports actifs au droit, dans une perspective wébérienne, qui mette l'accent sur l'économie des actions dans l'espace des relations juridiques¹³ ». Pour ce faire, il convient, comme le soulignent Lauren Edelman et Mark Suchman¹⁴, de considérer les deux sens de la relation entre les organisations et le droit : les organisations construisent et agissent sur leur environnement légal autant qu'elles y répondent. C'est dans cette perspective que nous chercherons, à travers l'étude de la mise en place de « centrales électriques virtuelles » sur les marchés de l'électricité, à voir en quoi le droit construit l'économie, mais également, dans quelle mesure il est lui-même parfois construit par l'économie.

En outre, la situation que nous avons choisie est singulière car elle donne lieu à une innovation, un nouveau mécanisme est mis en place : les centrales virtuelles. Ce mécanisme, juridique au moins dans le sens où il est formalisé dans des engagements rendus obligatoires par une décision de la Commission, s'inscrit à la croisée de différents discours. La décision de l'autorité de concurrence peut être vue comme une forme singulière d'inscription de rationalités externes dans le droit, aux côtés des « deux grandes sources sociales de production juridique – la législation et le contrat – par lesquelles les universalités économiques et politiques affluent immédiatement dans le droit » et peut, à ce titre, être vue comme un élément de « polycontextualité » au sens de Gunther Teubner¹⁵. Il serait toutefois réducteur de se limiter à voir l'invention des VPP comme une internalisation par le droit de logiques économiques. Si elles peuvent se rapprocher d'objets hybrides comme les « transplants

¹¹ HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2005, p. 260.

¹² OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la “bipolarité des erreurs” ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de Philosophie du droit*, T. 33, 1988, p. 206.

¹³ KIRAT Thierry et SERVERIN Évelyne, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in *Le droit dans l'action économique*, KIRAT Thierry et SERVERIN Évelyne (dir.), Paris, Éditions du CNRS, p. 18.

¹⁴ EDELMAN Lauren et SUCHMAN Mark, « The Legal Environments of Organizations », in *American Journal of Sociology*, Vol. 23, 1997, p. 479-515.

¹⁵ TEUBNER Gunther, « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », in *Droit et Société*, 35, 1997, p. 120.

économiques » au sens de Ioannis Lianos¹⁶, il convient de souligner que leur singularité réside dans le fait que leur création même semble dès l'origine devoir faire face à une pluralité de discours, avant d'être rendue obligatoire par la force de la loi. Il ne s'agit donc pas tant d'une traduction ou d'une greffe, ce qui supposerait que le mécanisme soit défini dans un premier temps en dehors du droit, que de la définition d'un nouveau mécanisme sous l'emprise de discours divers. Ainsi, même si le cas pourrait donner lieu à une réflexion sur les conflits entre les différents discours et sur l'inscription d'une logique économique dans le droit, nous tenterons principalement, dans le cadre de cet article, de voir en quoi la logique de l'innovation semble imposer à ses acteurs la prise en compte des différentes disciplines et souligne les interactions entre le droit et l'économie¹⁷ sur les marchés de l'électricité. Si le droit construit ceux-ci (I), il est lui-même conditionné par l'action des acteurs du marché et des économistes (II).

I) Le rôle du droit dans la construction de l'économie – l'obligation de mettre en place des « centrales électriques virtuelles »

Le droit joue un rôle fondamental dans la constitution de l'économie, au sens d'*economy*, dans le secteur de l'électricité (A). La nécessité de mettre en place des « centrales électriques virtuelles » constitue un exemple significatif du caractère artificiel – au sens de « qui se fait par art, opposé à naturel »¹⁸ – de cette concurrence (B).

A) La construction juridique de la concurrence sur les marchés de l'électricité

Les règles de droit ont joué un rôle important lors de la libéralisation d'un secteur marqué par de fortes spécificités.

La force de la loi et la libéralisation progressive du secteur de l'électricité

La question du rôle du droit dans la création d'un marché est assez classique. Étudiant la construction de marchés libres dans l'Angleterre du XIX^e siècle, Karl Polanyi a montré que celle-ci ne se fit qu'au prix d'un accroissement de l'interventionnisme étatique. Aussi longtemps que le « système de marché » n'est pas en place, « les tenants de l'économie libérale doivent réclamer – et ils n'hésiteront pas

¹⁶ « The term 'economic transplants' refers to any concept of economic discourse that has been incorporated into legal discourse by an act of translation performed by an organ vested with the authority to adjudicate [...] », « economic transplants are a hybrid style of talk at the intersection of these two disciplines [law and economics], evolving separately but also in congruence with each of them. », LIANOS Ioannis, « Lost in Translation? Toward a Theory of Economic Transplants », in *Current Legal Problems*, 2009, resp. p. 373 et p. 404.

¹⁷ Les termes « droit » et « économie » renvoient aussi bien à des disciplines qu'à l'objet de celles-ci. Notre réflexion porte sur les deux acceptions de ces termes. Nous préciserons, lorsque cela est nécessaire, si nous parlons de la discipline ou de son objet.

¹⁸ *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, entrée « artificiel », p. 91.

à le faire – que l'État intervienne pour l'établir et, une fois qu'il est établi, pour le maintenir. Le tenant de l'économie libérale peut donc, sans aucune inconséquence, demander à l'État d'utiliser la force de la loi. »¹⁹ Si l'époque et le lieu sont différents, on retrouve la « force de la loi » évoquée par l'auteur dans la libéralisation qu'a connue le secteur de l'électricité ces dernières décennies. Menée sous l'égide des institutions européennes, elle se concrétise par trois vagues que l'on dénomme usuellement les trois « paquets énergies », en 1996, 2003 et 2009.

Le secteur de l'électricité met en jeu différentes activités : la production, la fourniture, le transport et la distribution. La production et la fourniture d'électricité ont été progressivement ouvertes à la concurrence. Au-delà de la distinction entre marchés de gros et de détail, ces marchés sont divers et c'est pourquoi il convient de parler de « marchés de l'électricité » au pluriel. Pour le transport et la distribution de l'électricité, qui restent des activités exercées sous forme de monopole, la libéralisation vient garantir un accès non discriminatoire aux réseaux, dans le but de permettre le développement de la concurrence sur les autres marchés.

La singularité du secteur de l'électricité

Les marchés de l'électricité fonctionnent de manière très spécifique au point qu'on a pu les présenter comme « un cas extrême, pour ne pas dire un cas d'école, des exceptions à la théorie libérale²⁰ ». Sans entrer dans les détails, ceci résulte notamment du caractère inélastique et très variable de la demande à court terme ; du coût marginal croissant à court terme combiné avec de très fortes économies d'échelles à long terme ; de la quasi-impossibilité de stockage ; et d'un transport très coûteux. On peut dire que le coût marginal est croissant à court terme car, au fur et à mesure que la demande augmente, on appelle des moyens de production dont le coût de fonctionnement est de plus en plus élevé. Toutefois, il y a également des économies d'échelle car les investissements nécessaires pour les moyens de production, et particulièrement dans le cas du nucléaire, sont extrêmement importants. En réalité, la structure des coûts est très différente selon que les moyens de production sont amenés à fonctionner toute l'année (base) ou exceptionnellement (pointe). En simplifiant, en base on utilise des centrales nucléaires ou des barrages (au fil de l'eau) qui ont des coûts fixes importants mais des coûts marginaux faibles. À l'inverse, en pointe, on convoque des moyens de production comme les centrales à gaz qui nécessitent un investissement plus faible mais entraînent des coûts de fonctionnement très importants. Il en résulte qu'un opérateur souhaitant être compétitif doit pouvoir disposer de moyens de production différents et notamment qu'il doit avoir accès à de la production en base, principalement constituée par le nucléaire.

En outre, la production de l'électricité soulève de nombreuses questions politiques, eu égard à l'importance stratégique de celle-ci et à son mode de

¹⁹ POLANYI Karl, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, « collection tel », Gallimard, 1983, p. 216.

²⁰ BOITEUX Marcel, « Les ambiguïtés de la concurrence », in *Futuribles*, n° 331, juin 2007, p. 14.

production. Ainsi, concernant le second point, pour prendre une question qui a joué un rôle important dans le cas que nous allons étudier, il n'était pas politiquement concevable, au moins en 2001, de contraindre EDF à céder ses capacités de production nucléaire à un autre acteur du marché – eu égard aux dangers inhérents à ce type de production.

Ainsi, les marchés de l'électricité donnent un exemple où le rôle du droit positif est peut-être plus évident qu'ailleurs. Les particularités résultant de la nature singulière de l'électricité ne sont pas sans poser un certain nombre de défis à la libéralisation entamée dans les années 1990. Il est parfois tentant de souligner le paradoxe que montre le passage d'une entreprise gérant un monopole en se rapprochant le plus possible d'une situation de marché à des marchés qui impliquent une intervention très forte et constante des pouvoirs publics pour y maintenir une certaine concurrence. À certains égards, l'attachement au modèle de concurrence pure et parfaite de la Commission et sa volonté d'utiliser le droit pour s'en rapprocher sur les marchés de l'électricité ne sont pas sans faire penser à Oskar Lange et à sa proposition d'instaurer la concurrence par la planification dans sa « théorie économique du socialisme²¹ ».

B) La mise en place de « centrales électriques virtuelles » – les VPP

Les VPP sont des engagements qui ont été rendus obligatoires lors d'une opération de contrôle des concentrations en 2001.

Le contrôle d'une concentration sur un marché balbutiant

Le 31 Août 2000, la Commission a reçu la notification d'un projet en vertu duquel EDF et Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW) acquièrent le contrôle commun d'Energie Baden-Württemberg (EnBW). Cette dernière était alors le troisième fournisseur d'électricité en Allemagne. Le contrôle était à l'époque régi par le règlement de 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises²². Le 2 octobre, la Commission, estimant que l'opération de concentration notifiée relevait du règlement et soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, a décidé d'engager la procédure. Au cours de celle-ci, elle a organisé des auditions pour entendre les entreprises parties et les tiers concernés, les 20 et 21 décembre 2000. Le critère en vigueur pour autoriser la concentration, dit « critère d'appréciation substantielle », était le suivant : « les opérations de concentrations qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun²³. » Le contrôle des concentrations impliquait

²¹ LANGE Oskar, « On the Economic Theory of Socialism: Part One » et « On the Economic Theory of Socialism: Part Two », in *The Review of Economic Studies*, Vol. 4, No. 1, Octobre 1936, p. 53-71 et Vol. 4, No. 2, Février. 1937, p. 123-142.

²² Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989.

²³ § 3 de l'article 2 du règlement de 1989. Symétriquement, le deuxième paragraphe énonçait que dans le cas contraire l'opération doit être déclarée compatible avec le marché commun. Le critère d'appréciation substantielle a été modifié par suite.

donc le recours à une analyse économique prospective de la part de la Commission, exercice particulièrement difficile.

À l'époque, les marchés de l'électricité étaient naissants voire inexistants. Leur libéralisation par l'action de la Communauté européenne avait commencé, avec notamment le vote de la première directive qui venait d'être transposée en France. Toutefois, celle-ci était un texte de compromis qui n'entraînait qu'une ouverture limitée et qui, de plus, avait été transposé *a minima* en France. Après une décennie 1990 où EDF avait cherché à se développer en dehors de l'Europe, l'entreprise était revenue à une croissance externe principalement limitée au continent. L'opération s'inscrivait dans la stratégie de croissance de l'entreprise, qui pouvait alors se positionner sur les marchés allemands. L'attitude de la Commission à l'égard d'EDF a évolué au cours du temps. Au début, le développement de l'entreprise sur les marchés européens, passant par l'acquisition de producteurs étrangers, était vu d'un bon œil. EDF donnait là un peu de chair à cette Europe de l'électricité qui était voulue par Bruxelles et qui connaissait un démarrage difficile. Toutefois, ce développement a commencé à susciter certaines craintes face à la croissance de l'entreprise. À cela s'ajoutait la fermeture du marché français sur le plan du capital, EDF étant détenue par l'État. C'est dans ce contexte que la Commission a dû se prononcer sur le projet de fusion envisagé par EDF.

Les VPP comme solution au problème de concurrence soulevé par la Commission

La commission, lorsqu'elle apprécie le « critère substantiel d'appréciation » n'est pas dans une posture de scientifique, mais plus dans celle d'un juge. C'est-à-dire qu'elle a une contrainte de réponse et qu'elle doit justifier sa décision en droit. Nous parlons ici de la justification légale de la décision, c'est-à-dire de l'analyse professée, celle qui est donnée de manière explicite dans la décision, mais qui ne correspond pas nécessairement aux véritables motifs ayant déterminés la Commission²⁴.

L'appréciation de l'effet concurrentiel de l'opération doit se faire par rapport à un cadre de référence. Il s'agit de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel la concurrence s'exerce entre les entreprises, tant au niveau géographique qu'au niveau du produit. La question ne pose pas véritablement problème en apparence, la Commission ayant défini le marché en cause comme le marché français de la fourniture aux clients éligibles (ceux qui pouvaient choisir un autre opérateur qu'EDF). Il faut préciser que celui-ci, et cela joue un rôle important dans la décision, comprend également les concurrents potentiels sur le marché²⁵. Ensuite, en l'état du

²⁴ Nous reprenons une distinction classique faite à propos de la motivation des décisions de justice, V. not. TROPER Michel, « La motivation des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justice*, PERELMAN Chaïm et FORTIERS Paul (éd.), Bruxelles, Bruylant, « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 287-302.

²⁵ La prise en compte de la concurrence potentielle s'inscrit dans la théorie des marchés contestables. Cette théorie développée à la fin des années 1970 se détache d'une vision structurelle de la concurrence. Un marché est contestable lorsqu'il existe une menace d'entrée potentielle sur le marché constituant une contrainte suffisante pour empêcher les entreprises établies d'augmenter les prix. Le marché est donc contestable s'il n'y a ni barrière à l'entrée ni barrière à la sortie. V. PANZAR John et WILLIG Robert, « Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly », in *Bell Journal of*

droit positif lors de l'affaire *EDF/EnBW*, la Commission devait caractériser un renforcement de la position dominante sur le marché et démontrer que l'opération de concentration avait pour conséquence d'entraver significativement la concurrence. La position dominante d'EDF sur le marché français des clients éligibles était avérée. Elle résultait aussi bien de la part d'EDF dans la production et la fourniture, que de la difficulté que représentait la pénétration du marché français pour les nouveaux entrants, c'est-à-dire les barrières à l'entrée. EnBW n'étant pas véritablement présent sur le marché français, seule la concurrence potentielle pouvait être affectée par sa prise de contrôle.

La place accordée à la concurrence potentielle dans la décision est assez intéressante et ne va pas sans étonner. Cette théorie, qui repose sur des hypothèses très fortes, notamment l'absence de barrière à l'entrée et à la sortie, a fait l'objet d'un certain nombre de critiques. Or, en l'espèce, c'est la Commission qui recourt à cette théorie dans une position qu'elle occupe assez rarement²⁶. En effet, avant d'envisager les conséquences d'une réduction de la concurrence potentielle du fait de la prise de contrôle d'EnBW, elle se trouve dans la nécessité de prouver qu'EnBW est un concurrent pour EDF. Sans entrer dans les détails, et pour utiliser un euphémisme, la démonstration selon laquelle EnBW exerçait une véritable concurrence sur les marchés français était loin d'être convaincante.

Toutefois, malgré l'argumentation assez contestable de la Commission, les parties s'engageront sur trois points, dont les VPP²⁷. Celles-ci prennent la forme de contrats, conclus entre EDF et des tiers, qui donnent à ces derniers un droit d'accès à une capacité de production, droit qu'ils peuvent exercer ou non²⁸. Autrement dit, il s'agit d'un droit de tirage optionnel pour le tiers sur un montant de capacité réservé à l'avance. Le cocontractant paie à EDF une prime pour réserver la puissance disponible – prix de la capacité²⁹ – et s'il exerce son option, il paie un prix fonction de l'énergie consommée – prix d'exercice³⁰. La décision de la Commission prévoit des durées s'étalant de trois mois à trois ans. La capacité concernée était de 5 000 MW. Les engagements définissent également le mode de passation de ces contrats et celui de détermination des prix. Les contrats doivent être attribués par une vente aux enchères publique, ouverte et non discriminatoire. Le prix de la capacité est

Economics, printemps 1977, n° 8, p. 1-22 et BAUMOL William, « Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure », in *The American Economic Review*, Vol. 72, n° 1, 1982, p. 1-15.

²⁶ Le recours à cette théorie donne un exemple intéressant du type de raisonnement économique auquel doit recourir la Commission lorsqu'elle doit évaluer l'effet d'une concentration sur un marché. En effet, en schématisant de manière peut-être un peu excessive, la théorie des marchés contestables est généralement utilisée par les entreprises en situation dominante pour expliquer que, malgré leurs parts de marché, elles doivent se comporter comme si elles étaient en situation de concurrence pure et parfaite, en raison de l'effet disciplinant de la concurrence potentielle. Sans entrer dans une discussion de cette théorie, remarquons seulement qu'elle a été popularisée par des chercheurs appartenant à un laboratoire de recherche d'ATT à l'époque où cette entreprise était menacée de démantèlement.

²⁷ Au surplus de la mise en place de centrales virtuelles, EDF s'engage relativement à l'indépendance de la Compagnie nationale du Rhône et EDF, EOW et EnBW s'engagent à ce qu'EnBW se retire de sa participation dans une autre société.

²⁸ Cet exercice devant être notifié la veille à 12h, point 97 de la décision.

²⁹ Il s'agit donc d'une prime fixe, qui s'exprime en €/MW.

³⁰ Il s'agit donc d'un prix de l'énergie, en €/MWh.

déterminé par un mécanisme d'enchère. Le prix d'exercice est pour sa part défini par EDF, sous le contrôle d'un mandataire. Il doit refléter les coûts variables d'une centrale nucléaire exploitée par EDF, dans le cas des produits de base, et celui d'une centrale fonctionnant en pointe exploitée par EDF, dans le cas des produits de pointe.

Ainsi, le droit, au sens du droit positif, joue un rôle important dans la construction des marchés de l'électricité comme le souligne l'exemple des VPP, définies en réponse aux règles de concurrence et rendues obligatoires par une décision de la Commission. Ce rôle constitutif du droit sur l'économie – au sens d'*economy* – implique toutefois le recours par ses acteurs à différentes disciplines, et, à côté du droit, principalement à l'économie – *economics*. On le perçoit bien avec l'exemple du contrôle exercé par la Commission. Les praticiens, c'est-à-dire ici les membres de la Commission, mais aussi les différentes personnes entendues par celles-ci, doivent nécessairement recourir à des analyses économiques complexes, eu égard au critère substantiel d'appréciation. En effet, celui-ci implique l'examen du pouvoir de marché de la nouvelle entité résultant de la fusion, et, au-delà, il nécessite de mener une analyse globale de la concurrence sur les marchés pertinents. Il faut alors s'interroger sur le rôle de l'économie dans la construction du droit.

II) La construction du droit par l'économie – l'invention des « centrales électriques virtuelles »

Aller au-delà du discours professé – la décision de la Commission –, conduit à se demander comment les VPP ont été inventées et en quoi on peut y voir une constitution du droit par l'économie – ici, aussi bien au sens d'*economics* que d'*economy*. Il s'agit de considérer que les règles sont tributaires de l'action et des discours des protagonistes de l'affaire, sans toutefois oublier que, de manière réflexive, leur participation est organisée par le droit et que la prise en compte de celui-ci est centrale pour le succès de leurs actions. Nous présenterons plus précisément la façon dont les VPP ont été inventées (A) avant de montrer en quoi s'appuyer sur d'autres disciplines pourrait permettre au juriste de mieux saisir le recours à l'interdisciplinarité par les praticiens (B).

A) Le rôle des acteurs du marché dans la construction du droit – l'invention collective d'un produit ambigu

Si, formellement, les VPP sont bien une proposition d'EDF, acceptée par la Commission, il s'agit ici de se demander comment est née l'idée de construire ces contrats. Deux points attirent particulièrement l'attention : la pluralité d'acteurs intervenant dans leur définition et l'ambiguïté du résultat.

Une innovation collective lors des négociations : le rôle des participants

Contrairement à ce que laisse penser la seule lecture de la décision, l'idée du mécanisme ne vient pas d'EDF. Plus étonnant encore, elle ne vient pas non plus de la

Commission. L'idée de contraindre EDF à mettre en place des centrales virtuelles est apparue lors de l'audience plénière. Son instigateur, Peter Styles, représentait alors Enron³¹. Il est parti de la question suivante : comment accroître la concurrence sur les marchés français ? Ce point intéressait particulièrement l'entreprise, présente sur le négoce de l'électricité, pour laquelle une certaine liquidité sur les marchés était primordiale. La solution d'une cession de centrales nucléaires semblait impossible et se heurtait à une vive contestation de la part du gouvernement français et d'EDF. Partant de ce constat, il s'agissait d'imaginer une autre solution, « the next best alternative », pour Enron s'entend. L'idée est donc née de la combinaison de la volonté d'accroître la liquidité sur les marchés et de la contrainte de laisser l'exploitation des centrales nucléaires à EDF. Avec l'aide d'un cabinet de consultants en économie, Brattle, Enron a alors défini plus précisément le mécanisme et l'a proposé à la Commission et aux autres parties. Il s'agissait à la fois de convaincre EDF, pour qu'elle propose cette solution, mais aussi la Commission, pour qu'elle l'accepte, et les autres parties prenantes, pour qu'elles la soutiennent.

Lorsque le mécanisme a été proposé, il n'était que l'un de ceux qui étaient envisageables par rapport à de nombreuses autres solutions. Selon certains participants à la négociation, il n'a d'ailleurs pas suscité d'intérêt particulier de la part de la Commission ou des autres acteurs lorsqu'il a été proposé la première fois. EDF s'est dans un premier temps opposée au mécanisme, la discussion était assez vive entre les différents acteurs, et c'est François Roussely en personne, alors président d'EDF, qui a défendu la position de son entreprise devant la Commission. Toutefois, à la réflexion, l'idée des VPP est apparue aux responsables d'EDF comme n'étant pas la plus défavorable. Il s'agissait également pour l'entreprise de montrer une certaine volonté de coopérer à la Commission. Il fallait avant tout, dans les termes d'un responsable d'EDF, ne pas « être perçu comme un opérateur trop gros sur un marché trop petit ». EDF a donc accepté de proposer des engagements contenant les VPP. Le mécanisme a alors été défini dans le cadre d'une négociation étroite entre la Commission et l'entreprise. Nous verrons que cette définition des modalités du produit revêt une importance cruciale ; d'elle dépend l'effet véritable de celui-ci sur les marchés.

L'ambiguïté du résultat : les VPP, des centrales virtuelles ?

Au-delà des mots, il faut se demander, de manière un peu provocante, si les « VPP » sont véritablement des centrales électriques virtuelles. L'ambiguïté majeure se trouve dans la définition même des produits. Le nom utilisé pour désigner les contrats laisse entendre que celles-ci mimeraient le fonctionnement de véritables centrales. Autrement dit, elles constitueraient une alternative à une cession réelle, perçue comme impossible. Les droits cédés devraient alors répliquer l'*output* d'une centrale, l'entreprise cédante gardant le contrôle de celle-ci. L'examen de la façon dont les VPP sont décrites dans la décision révèle bien certaines caractéristiques qui montrent la volonté de mimer la production d'une centrale. Ainsi, la détermination

³¹ Enron était une entreprise américaine, principalement présente dans le courtage d'électricité, qui allait connaître une faillite retentissante en 2001, suite à des pertes occasionnées par des opérations spéculatives sur les marchés de l'électricité, un temps maquillées à l'aide d'Andersen.

du prix, avec une prime fixe et un prix d'exercice, vise à reproduire un coût fixe et un coût de fonctionnement. Néanmoins, d'autres caractéristiques importantes distinguent clairement les VPP du fonctionnement d'une centrale virtuelle. En effet, dès l'origine, il était évident qu'il ne s'agissait pas de mettre l'acheteur de VPP dans une situation économique d'exploitant, car il n'était pas question de lui faire supporter le risque de production ni de lui donner le contrôle de la centrale. Mais au-delà du risque et du contrôle, il semble clair que le mécanisme mis en place en 2001 devait répondre à d'autres considérations qui l'éloignent de l'idée de centrale virtuelle. Selon de nombreuses personnes impliquées dans les négociations, l'objectif n'était alors pas tant de reproduire la production d'une centrale, que d'introduire de la liquidité sur le marché de gros.

La volonté de la Commission était de construire des marchés français concurrentiels de l'électricité. Il s'agissait pour cela de les rendre liquides et d'attirer de nouveaux acteurs divers qui ne sont pas présents dans la production comme Enron ou les banques. Cet objectif était partagé par les opérateurs financiers, certains concurrents d'EDF, mais aussi, dans une certaine mesure, par EDF elle-même qui est le premier acteur sur ces marchés. Dans ces conditions, il n'était pas possible de reproduire des contrats mimant précisément une véritable centrale, comme cela a pu être fait dans des contrats bilatéraux entre grands opérateurs ou, exceptionnellement, dans des affaires de concurrence. En effet, ces contrats sont très spécifiques, techniques et sont *in fine* accessibles uniquement aux acteurs ayant une réelle expérience des marchés électriques en tant que producteurs, c'est à dire, à peu de choses près, les anciens monopoles nationaux. Ils ne répondent donc absolument pas à la volonté de créer des objets facilement échangeables et accessibles à tous. Au contraire, certaines modalités des VPP en font clairement des objets de marché : les droits de tirage sont journaliers pour correspondre à ce qui se faisait sur les bourses de l'électricité naissantes à l'époque ; il faut exercer l'option pour le lendemain, l'heure de clôture se situant immédiatement après celle de la publication des prix *day-ahead*³² sur les bourses. En outre, si, comme nous l'avons dit, la détermination des prix semble mimer le coût d'une centrale, on peut remarquer que le fait de déterminer une partie du prix (le prix de la capacité, censé représenter le coût fixe) par enchère faisait d'emblée courir le risque d'un arbitrage avec le marché. La plupart des acteurs reconnaissent d'ailleurs, il est vrai *a posteriori*, que l'évolution du produit vers un produit de marché ne faisait guère de doute.

Ainsi la référence à l'économie d'une centrale électrique réelle était indéniablement présente lors de la mise en place des VPP comme le souligne leur nom. Néanmoins, l'examen de celles-ci montre que les VPP sont très loin de constituer des « centrales virtuelles », au sens où les contrats reproduiraient le fonctionnement d'une centrale. Au-delà du caractère artificiel du mécanisme, on peut se demander s'il n'y pas un certain artifice, au sens de déguisement cette fois-ci, dans la dénomination de celui-ci.

³² Contrat passé la veille pour livraison le lendemain.

B) Interdisciplinarité et succès d'une innovation dans le cadre d'une affaire de concurrence

Si les acteurs du marché et les économistes semblent jouer un rôle important dans la construction du droit, nous nous demanderons, en recourant, en tant que chercheur, à d'autres disciplines que le droit, à quoi tient le succès d'une innovation dans une affaire de concurrence. Nous tenterons, en quelque sorte, de mettre l'interdisciplinarité du chercheur au service de la compréhension de celle des praticiens.

Penser l'innovation dans le cadre d'une affaire de concurrence à l'aide d'autres disciplines

Si la question de l'innovation est classique en économie, celle de l'innovation par les économistes a été relativement peu traitée. Gerald Faulhaber et William Baumol sont sans doute parmi les premiers à avoir véritablement posé la question de l'innovation en sciences économiques. Ils soulignent que si les économistes ont depuis longtemps étudié le rôle des innovations techniques issues des sciences physiques, ils ont complètement oublié le fait que la science économique elle-même a été la source d'innovations³³. S'ils étudient l'innovation des économistes, ils restent dans une vision très classique de celle-ci, selon laquelle le succès de l'innovation est principalement dû à ses qualités intrinsèques et retiennent l'intérêt individuel comme principal critère d'explication. Ils distinguent toutefois le cas de l'innovation sur les marchés de celui de l'innovation devant les autorités de régulation. Dans le second, l'innovation est imposée par le droit. C'est, pourrait-on dire, la force obligatoire du droit qui fait passer les propositions des différents acteurs du statut de l'invention à celui de l'innovation (plutôt que la rencontre avec le marché, dans le cas de l'innovation « technique »). Les auteurs n'apportent toutefois que peu d'indications sur les conditions de succès de telles innovations.

Pour tenter de mieux comprendre l'innovation dans le cadre d'une affaire de concurrence, l'approche proposée par Madeleine Akrich, Michel Callon et Bruno Latour³⁴ se révèle intéressante, bien qu'elle n'ait pas été pensée originellement pour s'appliquer au droit ou à l'économie, mais plutôt à l'innovation résultant des sciences dites « dures ». Celle-ci a été travaillée au centre de sociologie de l'innovation de l'École des Mines et s'inscrit, plus largement, dans l'anthropologie des sciences et la sociologie de la traduction développées par ces mêmes auteurs. Ils distinguent deux visions de l'innovation. Au modèle classique de la diffusion (ou linéaire), ils proposent de substituer le modèle de l'intéressement (ou tourbillonnaire). La question de l'innovation fait écho à celle de l'interdisciplinarité, car l'innovateur est, dans le sens des auteurs, « un traducteur ». Il y a, dans l'innovation, un phénomène de couplage. Dans le cadre de l'analyse classique, le succès de l'innovation résulte principalement de ses qualités techniques, qui expliquent sa plus ou moins grande

³³ FAULHABER Gerald et BAUMOL William, « Economists as Innovators: Practical Products of Theoretical Research », in *Journal of Economic Literature*, Juin 1988, 26(2), p. 577.

³⁴ Que l'on peut notamment voir dans AKRICH Madeleine, CALLON Michel et LATOUR Bruno, « À quoi tient le succès des innovations ? 1 : l'art de l'intéressement. 2 : L'art de choisir les bons porte-parole », in *Gérer et Comprendre, Annales des Mines*, n° 11 p. 4-17 et n° 12 p. 14-29, 1988.

vitesse de diffusion. Il y a une séparation entre l'innovation et son environnement socio-économique. Au contraire, les auteurs de l'École des Mines vont proposer un modèle de l'innovation qui replace celle-ci à l'intérieur de la société. L'innovation « laisse apparaître une multiplicité de décisions hétérogènes, souvent confuses, dont on ne peut a priori décider si elles seront cruciales ou non, et qui sont prises par un grand nombre de groupes différents et souvent antagonistes³⁵. » Il s'agit de renoncer à l'image d'un inventeur solitaire en dehors du monde. En outre, ces décisions sont prises dans un contexte d'incertitude et l'innovation elle-même est créatrice d'instabilité. Dans le modèle de l'intéressement, l'adoption de l'innovation par les différents acteurs est nécessaire. Or, « adopter une innovation c'est l'adapter : telle est la formule qui rend le mieux compte de la diffusion. Et cette adaptation résulte en général d'une élaboration collective, fruit d'un intéressement de plus en plus large. »³⁶ Si l'innovation ne s'impose pas uniquement par ses qualités intrinsèques, le « choix des porte-parole » va alors jouer un rôle crucial.

Le recours à l'interdisciplinarité par les praticiens et le succès de l'innovation

On retrouve, dans le cas étudié, les points évoqués par les sociologues du centre de sociologie de l'innovation : l'art d'intéresser les participants et le choix des porte-parole. On a pu constater le caractère collectif de la définition des VPP. Si l'entreprise et l'autorité de concurrence disposent de pouvoirs propres – c'est bien la première qui arrête formellement le texte des engagements proposés et la seconde qui décide de les rendre obligatoires ou non –, une pluralité d'acteurs participent à l'obtention du résultat. L'innovation ne naît donc pas dans la tête d'un homme, ni même d'une institution, mais procède de « négociations en tous genres ». Ces négociations portent avant tout sur l'objet lui-même. Si le mécanisme est adopté, c'est après avoir subi d'importantes modifications. L'adaptation est collective et procède d'un intéressement de plus en plus large. Le succès des VPP plutôt que d'une autre solution ne résulte pas tant de sa qualité intrinsèque – comme meilleure réponse au problème de concurrence posé par la concentration – que de sa capacité à intéresser des acteurs différents, comme les acteurs financiers, mais aussi EDF elle-même et ses concurrents. Cet intéressement passant notamment par l'adaptation – voire la dénaturaion – de l'objet initial. Censées mimer des centrales réelles, les VPP se trouvent être très proches de produits de marché classiques. Dans une affaire de contrôle des concentrations, l'innovation peut se mouvoir très librement. Il s'agit uniquement de trouver un mécanisme qui compense l'effet anticoncurrentiel de l'opération de concentration. Dans le cas présenté, on perçoit donc que la solution ne résulte pas de la seule application du syllogisme juridique, mais d'un processus de négociation mettant en œuvre des stratégies complexes de la part des entreprises concernées, tant des parties que des tiers intéressés, comme Enron ou les électriciens allemands. Un responsable d'EDF affirme même clairement qu'« il s'agit ensuite d'une véritable négociation sans rapport avec une éventuelle analyse juridique ».

Pourtant, il semble bien que dans le processus d'innovation décrit, l'intéressement des différents participants et l'adaptation du mécanisme impliquent la maîtrise des

³⁵ AKRICH Madeleine, CALLON Michel et LATOUR Bruno, *op. cit.* (1), p. 7.

³⁶ AKRICH Madeleine, CALLON Michel et LATOUR Bruno, *op. cit.* (2), p. 15.

différentes disciplines. Parlant de l'invention des « centrales électriques virtuelles », nous avons le plus souvent utilisé la locution d'« innovation dans une affaire de concurrence ». Celle-ci, en dépit de son aspect disgracieux, présente l'avantage d'éviter la question de la qualification de l'innovation. S'agit-il d'une innovation juridique ou bien économique ? Voire d'une autre forme d'innovation ? Il nous semble que la difficulté vient simplement du fait que l'innovation devant l'autorité de concurrence est un objet hybride. Une de ses conditions de succès est d'intégrer des logiques propres aux deux disciplines. Si l'innovation est en règle générale un phénomène de couplage entre un aspect technique et le marché, dans le cas de l'innovation dans une affaire de concurrence on pourrait parler d'un phénomène de couplage entre le droit et l'économie. Le succès des acteurs semble alors impliquer la capacité à prendre en compte différentes logiques, à parler plusieurs discours, à maîtriser plusieurs disciplines. En effet, les mécanismes visant à répondre au problème concurrentiel soulevé par la Commission sont très complexes et leur conception implique des connaissances sérieuses sur le fonctionnement économique des marchés de l'électricité. Enron recourt à un cabinet de consultant en économie pour définir sa proposition. EDF dispose pour sa part de nombreux économistes en interne qui sont sollicités sur la définition de l'engagement. Toutefois, le droit joue également un rôle fondamental. Il est tout d'abord organisateur de la discussion, en fixant les règles, les limites temporelles et en définissant les participants. En outre, le problème – l'atteinte à la concurrence en cas de concentration – est juridique, bien qu'il ne soit pas déconnecté de questions économiques. Si le critère d'appréciation substantiel est très large et laisse une grande marge de manœuvre aux acteurs, la faiblesse de la démonstration de la Commission limite les engagements qui peuvent être obtenus. Autrement dit, si EDF est prête à faire des concessions et à accepter des engagements, ceux-ci ne sauraient être trop importants eu égard au caractère particulièrement faible des reproches sur lesquels la Commission pouvait juridiquement fonder son intervention.

Ainsi, l'étude de cas réalisée montre, à partir d'un exemple très spécifique, que le droit peut jouer un rôle majeur dans la constitution de l'économie, mais qu'il est également, lui-même, construit par les actions des acteurs de l'économie et des économistes. La règle juridique est alors aussi bien un cadre pour l'action des acteurs du marché qu'une ressource pour ceux-ci. L'innovation, dans le cadre d'une affaire de concurrence, peut difficilement être qualifiée de juridique ou d'économique, elle constitue un lieu de couplage pour ces différentes sphères. Il semble que les praticiens se trouvent obligés, pour que leurs propositions rencontrent le succès, de prendre en compte des éléments juridiques et économiques et de combiner des logiques venant de plusieurs disciplines. Incidemment, ce travail, recourant lui-même à différentes disciplines, illustre l'intérêt – et peut-être involontairement les dangers – que représente pour le chercheur la convocation de savoirs extérieurs à son champ académique. Si nous percevons celui-ci comme une possibilité d'enrichissement, notamment par l'ouverture à des méthodes rarement utilisées, il ne s'agit pas de dire

que toute étude devrait être interdisciplinaire. À cet égard, on ne peut que souligner le titre de la conférence de Friedrich Hayek dont est issue la phrase mise en exergue, « le dilemme de la spécialisation³⁷ ». Dans le monde réel, avec nos capacités limitées, l'enjeu se trouve alors sans doute dans la définition « d'ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes » selon les termes d'Huges Dumont et d'Antoine Bailleux³⁸.

³⁷ HAYEK Friedrich, « Le dilemme de la spécialisation », *op. cit.*

³⁸ DUMONT Huges et BAILLEUX Antoine « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010/2 n° 75, p. 284.