



CENTRE PERELMAN
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

LES IMPLICATIONS DE LA DOCTRINE *LAW & ECONOMICS* DANS LE
DROIT EUROPÉEN :
ÉTUDE DU CAS DU MARCHÉ INTÉRIEUR DE L'ÉLECTRICITÉ

Travail de Fin d'études
Master en droit à finalité économique et sociale

Mathilde LEPAGE



LES IMPLICATIONS DE LA DOCTRINE *LAW & ECONOMICS* DANS LE DROIT EUROPÉEN :
ÉTUDE DU CAS DU MARCHÉ INTÉRIEUR DE L'ÉLECTRICITÉ

Travail de Fin d'études
Master en droit à finalité économique et sociale

Directeur : Benoît FRYDMAN

Mathilde LEPAGE

Année académique 2022-2023

Table des Matières

Introduction	3
Partie 1 : La doctrine <i>Law & Economics</i>	6
1. L'économie néoclassique	6
2. Théories et principes de la doctrine <i>Law & Economics</i>	9
2.1. La théorie des jeux	9
2.2. La théorie de l'agence	11
2.3. Le théorème de Coase	12
2.4. La doctrine des property rights.....	13
2.5. L'« efficacité » de la règle de droit	14
3. Le cas du monopole naturel	15
3.1. Un système de franchise bidding	17
3.2. L'approche de Williamson.....	18
4. Conclusion	19
Partie 2 : Le marché intérieur de l'électricité	21
1. Introduction.....	21
2. Aperçu historique.....	21
2.1. Une marchandise	21
2.2. L'ouverture à la concurrence	23
3. Quelques aspects du marché intérieur de l'électricité.....	25
3.1. Compétence de l'UE	25
3.2. Dissociation des structures de propriété et accès des tiers au réseau	26
3.3. Autorité nationale de régulation	28
3.4. Autonomisation des consommateurs.....	29
4. Conclusion	31
5. La proposition de réforme du marché de l'électricité	32
Conclusion.....	35
Bibliographie	37

Introduction

A partir des années 50, un groupe d'économistes s'est attelé à analyser le droit à travers le prisme de la science économique afin de découvrir les pratiques juridiques les plus favorables à la réalisation de l'optimum économique. C'est sous l'égide de Henry Simons et Friedrich Hayek que la Law School de Chicago, en lien étroit avec les économistes de cette même université, a développé la doctrine *Law & Economics*, dans le but de concevoir une société régie par l'économie. A partir de méthodes et concepts mathématiques, cette doctrine prétend dégager des lois universelles permettant l'établissement d'un Marché total et absolu.

Cette ambition est caractéristique du scientisme, qui prétend « fonder le gouvernement des hommes sur des lois immanentes censées régir la nature ou la société »¹. Au contraire des véritables scientifiques qui savent que les lois découvertes par les sciences de la nature sont inhérentes aux phénomènes observés², les scientifiques croient trouver dans la science « les vraies lois » gouvernant l'humanité. Les individus peuvent, dès lors, être traités comme des choses et au même titre, assujettis aux « lois scientifiques ». Deux variantes de cette idéologie ont prospéré au XX^e siècle : l'une revendiquant les lois de la biologie, le fondement de l'eugénisme et des lois raciales, et l'autre invoquant les lois de l'économie et de l'histoire, prenant la forme de la dictature du prolétariat et de la « légalité socialiste »³. Toutes deux ont en commun de prétendre substituer l'ordre humain, le gouvernement des hommes, par un ordre naturel reposant sur le « jeu des forces aveugles » présumé régir l'humanité.

C'est précisément dans cette ligne de pensée que se situe l'Ecole de Chicago. Son but idéologique était d'emblée explicite : combattre le keynésianisme et l'interventionnisme étatique, étudier les cadres institutionnels et juridiques les mieux adaptés à un univers concurrentiel et développer ainsi, les bases du programme politique de l'ordre du Marché à l'échelle du monde⁴.

En proposant une relecture du droit par le prisme de l'économie, la doctrine *Law & Economics* a vocation non seulement de s'appliquer à l'ensemble des branches du droit (en

¹ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 24

² A. SUPLOT, *ibidem*.

³ A. SUPLOT, *ibidem*, p.13.

⁴ Ce programme a notamment été élaboré au sein de la société du Mont-Pèlerin, fondée par F. Hayek en 1947 et financée par de grandes entreprises. Elle réunit encore aujourd'hui des économistes, dirigeants d'entreprise et hommes politiques. F. DENORD, « La déferlante néolibérale des années 1980 », disponible sur <https://www.monde-diplomatique.fr/>, s.d., consulté le 10 août 2023. ; E. BUTLER, « About the Mont Pelerin Society. A short History of the Mont Pelerin Society », disponible sur <https://www.montpelerin.org>, s.d., consulté le 10 août 2023.

particulier le droit des contrats, le droits des biens, le droit de la responsabilité extracontractuelle et le droit des société) mais aussi de s'arroger la fonction de juge, en substituant les principes de justice par des calculs d'efficacité économique⁵. Par ailleurs, la doctrine *Law & Economics* s'applique également à l'étude des décisions politiques et de l'activité législative, comparant cette dernière à une transaction économique dans laquelle les parlementaires fournissent l'offre et les groupes d'intérêts la demande⁶. Au travers de toutes ces applications, le but ultime est d'évaluer les performances des systèmes juridiques nationaux au regard de l'optimum économique normatif, théorisé notamment par Friedrich Hayek⁷.

D'abord testée au Chili⁸, cette doctrine a inspiré les réformes américaines et anglaises des années 80 à l'origine d'un grand mouvement de privatisation des secteurs publics. Ces réformes ont, à leur tour, directement inspiré la création du marché intérieur européen consacré par l'adoption de l'Acte Unique européen⁹. Selon l'idéologie dominante de l'époque, l'accroissement de la production et du commerce par une mise en concurrence la plus absolue possible entre les acteurs concernés mènerait nécessairement à une amélioration de la situation économique et sociale¹⁰ en permettant une prospérité pérenne au sein des Etats. A cette fin, il était nécessaire de lever les barrières nationales du commerce pour créer « un espace sans frontière garantissant la liberté de circulation des personnes, des marchandises, des prestations de services et des capitaux »¹¹, autrement dit, un ordre du Marché.

Dans ce contexte, l'objet de notre réflexion est d'examiner les implications de la doctrine *Law & Economics* dans la construction du marché intérieur par le droit européen. Cette thématique étant particulièrement vaste, nous avons fait le choix d'examiner plus particulièrement le cas du marché intérieur de l'électricité.

Le choix du marché de l'électricité nous semble justifié en raison de ses caractéristiques particulières. Premièrement, ce type de produit pose un problème à l'ordre de Marché qui entend qualifier toute chose de marchandise et régir les transactions sur base de la seule volonté de parties cherchant à maximiser leurs gains. En effet, l'électricité exige le maintien d'un

⁵ Le livre *Economics Analysis of Law* de Richard Posner, qui fut juge à la cour d'appel du septième circuit, est un des ouvrages de référence en la matière.

⁶ B. FRYDAMN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 511.

⁷ F. A. HAYEK, *L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, 1983, p.184.

⁸ Voir J. G. VALDÉS, *Pinochet's Economists The Chicago School of Economics in Chile*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; N. KLEIN, *The shock doctrine : the rise of disaster capitalism*, London, Penguin, 2008.

⁹ D. LABARTHE, *Quelle nouvelle politique de l'énergie pour l'Union Européenne ?*, Paris, l'Harmattan, 2016, p. 283.

¹⁰ Acte unique européen, *J.O.C.E.*, L 169, 29 juin 1987, p. 2.

¹¹ Art..8 a) de l'Acte unique européen.

équilibre entre la quantité produite et celle consommée, équilibre d'autant plus difficile à maintenir que la demande présente de fortes variations journalières, hebdomadaires et saisonnières et que les technologies actuelles ne permettent pas de stocker le courant électrique à grande échelle. Par ailleurs, en tant que moteur de l'économie au sens littéral du terme, l'électricité a toujours été une politique clé des Etats. Pour cette raison, la libéralisation du marché de l'électricité fut, dès les premières directives de 1996, très controversée¹². En outre, le secteur fait encore l'objet de modifications substantielles en raison, d'une part, de l'objectif de la « transition verte » au cœur de la politique énergétique européenne et d'autre part, de la très grande volatilité des prix, à la suite de la relance économique après la crise sanitaire qui a provoqué une forte demande d'énergie. L'invasion de l'Ukraine par la Russie en février 2022 a davantage aggravé l'instabilité de ce marché¹³. En réponse à la crise énergétique, la Commission a proposé, le 14 mars 2023, une réforme de l'organisation du marché de l'électricité de l'UE afin « d'accélérer l'essor des énergies renouvelables et l'abandon progressif du gaz [et] de réduire la dépendance des factures des consommateurs par rapport à la volatilité des prix des combustibles fossiles »¹⁴.

Dans cette contribution, nous sélectionnerons les théories et principes de l'Ecole Chicago qui éclairent le rôle du droit dans la régulation des activités de monopoles dits « de réseau » en raison de la nature de leur activité. Notre hypothèse de travail est que le marché intérieur de l'électricité constitue une application de la doctrine *Law and Economics* qui réduit le droit à une technique de réalisation de l'optimum économique.

¹² R. EISING et N. JABKO, « National Interests and Electricity. Libéralization in the European Union », *Comparative Political Studies*, 2001, n°7, p. 743.

¹³ Qui a mis en péril les importations de gaz russes qui représentaient environ 45 % des importations de gaz naturel en Europe. X, « L'Europe peut-elle se passer du gaz russe ? », disponible sur <https://france.representation.ec.europa.eu/>, 20 octobre 2022. ; A. ROBERFROID, « Guerre en Ukraine : la Russie coupe les gazoducs Nord Stream pour 10 jours, l'Europe bascule dans l'inconnu », disponible sur <https://www.rtbf.be/>, 11 juillet 2022.

¹⁴ Communiqué de Presse, « La Commission propose une réforme de l'organisation du marché de l'électricité de l'UE afin de développer les énergies renouvelables, de mieux protéger les consommateurs et de renforcer la compétitivité industrielle », 14 mars 2023.

Partie 1 : La doctrine *Law & Economics*

La doctrine de l'analyse économique du droit procède de l'émancipation des techniques mathématiques et scientifiques du domaine de l'économie afin de leur conférer une portée normative. Son origine remonte à la théorie de l'équilibre général, véritable démonstration mathématique de la Main Invisible de Smith, qui consacre la réalisation de l'optimum économique comme objectif de Société et fonde, par là même, les théories de l'Ecole de Chicago.

1. L'économie néoclassique

La pensée néoclassique de l'économie s'est constituée à partir des années 1870. Le terme « néoclassique » fait référence à la diffusion d'un modèle économique qui peut se résumer de la façon suivante : l'économie est un système maintenu en équilibre grâce à la coordination des échanges effectués par le biais d'un marché, au sein duquel les agents se comportent de manière rationnelle en fonction de l'*utilité* qu'ils en retirent¹⁵.

L'économie néoclassique se structure autour de la théorie de l'équilibre général émise par l'économiste Léon Walras en 1874. Cette théorie postule que dans une situation de concurrence absolue, sorte de vente aux enchères générale où l'opportunité est donnée aux vendeurs et aux acheteurs d'influencer les prix¹⁶, « les choses tendent d'elles-mêmes vers un équilibre correspondant au maximum d'utilité effective et coïncidant avec la proportionnalité des valeurs des services et produits à leur rareté »¹⁷. Autrement dit, dans une situation hypothétique de concurrence pure et parfaite, c'est-à-dire: (1) où il y a un très grand nombre de producteurs et consommateurs sur le marché, de sorte qu'ils ne peuvent influencer les prix et que ces derniers résultent de la confrontation entre l'offre et la demande, (2) où le produit échangé est substituable aux autres (par exemple, pas d'identification du produit en fonction de la marque du fabricant), (3) où les acteurs peuvent entrer et sortir librement du marché, (4) lorsque l'information nécessaire relative au prix et au produit est connue de tous et (5) supposant qu'il y ait un marché pour chaque produit et que le fonctionnement de tous ces marchés n'engendre

¹⁵J.-P. HANSEN, *La vraie nature du marché*, Bruxelles, Bruxelles, De Boeck, 2012, p. 15 à 16.

¹⁶ G.-M., HENRY, « Chapitre 10 : Léon Walras et l'équilibre général », *Histoire de la pensée économique*, G.-M. Henry, Paris, Armand Colin, 2009, p. 148 à 159.

¹⁷ L. WALRAS, « Études d'économie politique appliquée (Théorie de la production de la richesse sociale », Lausanne, F. Rouge éditeur, 1898, p. 476, cité par G.-M. HENRY, *Histoire de la pensée économique*, Paris, Armand Colin, 2009.

aucun coût¹⁸, alors il existera naturellement un système de prix qui coordonnera chaque marché, en égalisant chaque offre avec chaque demande, et qui permettra à la fois de maximiser le profit des producteurs et l'utilité des consommateurs. Le comportement des acteurs est, quant à lui, implicitement envisagé comme rationnel et individuel ; l'agent agit en ne tenant compte que de ses objectifs propres, sans aucune interaction et sans égard aux comportements des autres acteurs¹⁹.

Wilfred Pareto, ingénieur italien, a consacré cette rationalité des acteurs au travers de son concept d'*homo economicus*, individu égoïste dirigé par son seul intérêt²⁰. Il a donné son nom à sa célèbre démonstration connue sous le nom « d'optimum de Pareto » : une situation A sera préférée à une situation B lorsque tous les individus en A sont au moins aussi satisfaits qu'en B et qu'un ou plusieurs individus sont plus satisfaits en A qu'en B²¹. Au-delà des explications descriptives de l'économie, il a posé les prémisses d'une vision normative de cette dernière en élaborant un critère de comparaison en fonction duquel évaluer les différents états de l'économie. L'objectif étant de sélectionner celui qui correspondra le plus à une répartition *optimale* des ressources, plaçant les agents économiques dans une situation telle qu'aucun autre système de répartition ne permettra d'enrichir un acteur sans en appauvrir au moins un autre.

A la sortie de la seconde guerre mondiale, les économistes approfondirent l'étude de ces théories néoclassiques. En particulier, Kenneth Arrow et Gérard Debreu regroupèrent les théories de Pareto et Walras et démontrèrent mathématiquement la théorie walrassienne de l'équilibre général dans un article intitulé « *Existence of an equilibrium for a competitive economy* ». Leur modèle comporte un volet descriptif et un volet normatif. Ils démontrèrent d'abord mathématiquement l'existence d'un équilibre, démonstration indispensable pour qui veut défendre « le point de vue selon lequel le modèle concurrentiel donne une description de la réalité avec une précision raisonnable »²². Dans un deuxième temps, ils mirent en avant le caractère normatif de l'équilibre concurrentiel qui, en tant qu'optimum de Pareto, devient un objectif souhaitable et, au terme de leur démonstration, réalisable. Ils conjuguèrent ainsi la

¹⁸ J.-P. HANSEN, *op. cit.*, p. 43 à 46.

¹⁹ J.-P. HANSEN, *ibidem*, p. 46 à 47.

²⁰ Dans son Manuel d'économie politique de 1909, Pareto le définit comme un sujet abstrait guidé dans ses actions par son égoïsme (les goûts), retenu toutefois par les ressources économiques limitées, par les nécessaires échanges de biens, par les difficultés affectant la production et par les règles imposées par le système juridique (les obstacles).

²¹ J.-P. HANSEN, *ibidem*, p. 47 à 48.

²² K. J. ARROW et G. DEBREU, « Existence of an equilibrium for a competitive economy », *Econometrica*, 1954, n°3, p. 265.

théorie de l'équilibre général de Walras à l'optimum de Pareto pour aboutir aux deux théorèmes de *l'économie du bien-être*, à savoir 1) que tout équilibre walrassien, c'est-à-dire un équilibre concurrentiel d'une économie où il y a un système complet de marché, est un optimum de Pareto et 2) à chaque optimum de Pareto, c'est-à-dire une répartition optimale des ressources, correspond un état d'équilibre concurrentiel réalisé par un système de prix²³. Autrement dit, « un état réalisable de l'économie est un optimum de Pareto si et seulement s'il est un équilibre concurrentiel »²⁴.

Leur théorie repose sur l'existence d'un *système complet de marchés*, c'est-à-dire sur un mécanisme de prix qui concerne des biens datés et localisés. Le lieu est le marché, la date correspond à toute la durée de vie de l'économie²⁵. Par conséquent, les agents économiques sont en mesure de faire des choix à un instant T qui portent à la fois sur le présent et le futur. En d'autres termes, l'hypothèse d'un système complet de marchés²⁶ prétend à une application intemporelle et exhaustive : la mécanique des prix rend compte de tous les biens et pour tous les états de la nature possibles, présents et futurs.

Il ressort donc de la théorie de l'équilibre général Arrow-Debreu que la coordination des choix individuels d'agents rationnels opérant au sein de marchés complets sera effectuée efficacement par un système de prix concurrentiel. Ce serait le meilleur moyen de parvenir à l'équilibre général de l'économie, c'est-à-dire la compatibilité des intérêts des agents économiques qui opèrent sur ce marché²⁷. Par le mécanisme des prix, le marché régule de manière optimale les opérations d'échanges qui s'y déroulent.

Cependant, l'idéal abstrait d'un équilibre capable de prédire le futur et de répondre à tous les besoins des agents s'est confronté à la réalité physique du monde. Certaines interactions entre agents économiques sont dépourvues de contrepartie monétaire (ce que l'on nomme une *externalité*), qui rendent la concurrence imparfaite et faussent les prémisses de l'équilibre général. Pour déjouer ces « défaillances naturelles » du marché, les économistes s'attachèrent

²³ G. DELEPLACE, « Chapitre 9 : La théorie de l'équilibre général en dynamique : le 'monde à la Arrow-Debreu' », *Histoire de la pensée économique*, G. Deleplace, Paris, Dunod, 2018, p. 325 à 386.

²⁴ B. GUERRIEN et C. PIGNOL, « La théorie de l'équilibre général depuis 1939 », *Nouvelle histoire de la pensée économique*, A. Béraud et G. Faccarello, vol. 3, Paris, La Découverte, 2000, p. 9.

²⁵ B. GUERRIEN et C. PIGNOL, *ibidem*, p. 6.

²⁶ L'hypothèse d'un système complet de marché est développée par Debreu dans son ouvrage de référence sur la théorie de l'équilibre général « La théorie de la Valeur » de 1959.

²⁷ C. PIGNOL, « La théorie de l'équilibre général », *Idées économiques et sociales*, 2017, n°190, p. 78 à 79.

alors à analyser les règles les plus susceptibles de créer les conditions propices à la restauration du marché.

2. Théories et principes de la doctrine *Law & Economics*

La doctrine *Law & Economics* repose sur le postulat que, dans un monde régi par la concurrence parfaite entre des individus omniscients et rationnels, cherchant toujours à maximiser leur satisfaction individuelle, les échanges entre ces individus s'opèrent naturellement et de façon optimale par réseaux de contrats. Il n'y a nul besoin d'une autorité supérieure, nul besoin d'une référence commune à partir de laquelle adapter sa conduite ; les comportements des individus se réguleraient automatiquement en fonction de leurs calculs d'utilité au sein de l'espace d'échange qu'est le marché. Comme cet univers n'existe pas dans la réalité, la doctrine *Law & Economics* aspire à identifier les pratiques juridiques qui permettent de réaliser cet idéal auquel elle entend soumettre l'entièreté des systèmes juridiques.

Au vu de l'abondante littérature issue de cette doctrine²⁸, nous ne prétendons pas balayer les théories de manière exhaustive. Nous avons fait le choix de nous concentrer sur les auteurs et principes fondamentaux qui nous semblent pertinents pour dresser le portrait de cette doctrine. Nous illustrons cinq principes fondamentaux ci-après.

2.1. La théorie des jeux

La théorie des jeux, branche des mathématiques, étudie les interactions des individus de manière à identifier un paradigme applicable à toute espèce d'incertitude²⁹. Sa plus célèbre application est sans doute le dilemme du prisonnier, inventé par Tucker lors d'une conférence de 1950³⁰, dans le but de démontrer la nécessité de coopération entre deux parties pour atteindre un résultat optimal. Ce dilemme met en scène deux prévenus d'un même fait délictueux. Ils sont interrogés et invités séparément par la police à dénoncer l'autre, en échange d'un acquittement du dénonciateur et d'une peine de 20 ans de réclusion pour le dénoncé. Si les deux se dénoncent mutuellement, ils seront tous deux condamnés à une peine moyenne de 10 ans.

²⁸ La série *Law and Economics* éditée par Nicholas Mercurio reprend les contributions phares de cette doctrine. Voir N. MERCURIO (dir.), *Law and Economics*, New York, Routledge, 2007.

²⁹ L'ouvrage fondateur *The Theory of Games and Economic Behavior* and founded the theory of games de la théorie des jeux a été publié en 1944 par J. Von Neumaan et O. Morgenstern.

³⁰ Au cours de laquelle il présenta le travail de son étudiant doctorant John Nash sur la théorie des jeux, en l'illustrant par le dilemme du prisonnier. A.W. TUCKER, « The Mathematics of Tucker : A Sampler », *The Two-Year College Mathematics Journal*, 1983, n°3, p. 228 à 232.

S'ils refusent tous deux de se dénoncer, ils seront tous deux condamnés à une peine légère de 1 an. Cet énoncé est repris dans le tableau ci-après³¹.

		Rob	
		Confess	Remain silent
Roy	Confess	10 years 10 years	20 years goes free
	Remain silent	goes free 20 years	1 year 1 year

Il s'agit d'un jeu simultané et symétrique : les deux prisonniers doivent choisir leur stratégie simultanément sans connaître le choix de l'autre et le raisonnement de l'un vaut pour l'autre³². L'objectif des prisonniers étant de diminuer leur peine, dans ces conditions, la stratégie dominante de chaque prisonnier le mènera nécessairement à dénoncer l'autre puisqu'il obtiendra toujours un meilleur résultat (10 ans ou un acquittement). Attendu que cette stratégie vaut pour les deux, la solution du jeu se manifestera sous la forme d'un équilibre *non coopératif*, qui est la dénonciation réciproque de son complice aboutissant à une peine de 10 ans de prison chacun. La situation optimale aurait été de refuser de se dénoncer l'un l'autre, au terme d'un comportement *coopératif* obtenu grâce à un accord de non-dénonciation.

Selon Tucker, il serait ainsi démontré que des stratégies coopératives fondées sur un *contrat* se révèlent plus efficaces que des stratégies non coopératives d'agents opérant, selon leurs rationalités individuelles analogues, sous l'égide d'une loi commune³³. Le droit se limiterait alors à « articuler les règles que les parties à un rapport de coopération de longue durée développeraient elles-mêmes et [à] faciliter la sanction du respect de ces règles »³⁴, sorte de « droit naturel du contrat »³⁵. En généralisant le recours au contrat, le seul mécanisme capable d'optimiser les utilités individuelles en les transformant en utilité collective, la théorie des jeux justifie la contractualisation de la société.

³¹ X, « The Prisoner's Dilemma », disponible sur <https://quickonomics.com/>, 30 décembre 2022.

³² N. EBER, *Le dilemme du prisonnier*, Paris, La Découverte, 2006, p. 3 à 8.

³³ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes, Pluriel, 2020, p. 266.

³⁴ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 63.

³⁵ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *ibidem*.

2.2. La théorie de l'agence

Dans le prolongement de la théorie des jeux, M. Jensen et W. Meckling ont développé la théorie de l'agence dans leur article de 1976 « *Theory of the firm : Managerial, behavior, agency cost and ownership structure* »³⁶. Cette théorie place l'*information* comme élément clé de l'échange entre des agents économiques. Elle postule que, lorsqu'un contrat crée une *relation d'agence*, c'est-à-dire un « contrat par lequel une ou plusieurs personnes (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique la délégation d'un pouvoir de décision à l'agent »³⁷, l'asymétrie d'information entre les contractants (le principal et l'agent) compromet l'optimum censé résulter spontanément du lien contractuel. En effet, dans une relation d'agence, l'agent dispose d'une marge de liberté dans l'exécution de ses tâches dont il risque de se servir à son avantage exclusif et au détriment du principal. Cela entraîne des *coûts d'agence*, catégorisés par M. Jensen et W. Meckling en trois sortes : 1) les dépenses de surveillance et d'incitations engagées par le principal pour orienter le comportement de l'agent 2) les coûts de fidélisation³⁸ supportés par l'agent, c'est-à-dire les dépenses liées à la garantie qu'aucune action pouvant léser le principal ne sera entreprise et 3) la perte résiduelle, qui correspond à la réduction du bien-être du principal du fait de la divergence inévitable entre les motivations de l'agent et du principal. La résolution de ce problème d'agence se trouverait également dans la contractualisation, par l'intéressement financier de l'agent aux résultats les plus profitables pour le principal³⁹. Il s'ensuit que l'entreprise est considérée, à l'image du marché, comme un « ensemble de relations contractuelles entre individus », qui permettent aux objectifs contradictoires des individus de s'aligner et d'atteindre un équilibre⁴⁰.

³⁶ Leur théorie est fondée sur les travaux antérieurs de Berle et Means. Dans l'ouvrage *The Modern Corporation and Private Property* de 1932, les auteurs évoquent l'idée de la séparation entre la propriété et le contrôle de l'entreprise qui résulte de la dispersion de la propriété entre de nombreux actionnaires au sein de grandes sociétés par actions. Le pouvoir de décision appartient alors aux managers tandis que la propriété est entre les mains des actionnaires.

³⁷ M. JENSEN et W. MECKLING, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, n°4, 1976, p. 308.

³⁸E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 502.

³⁹ Par exemple, par le mécanisme de stock-options, qui permet aux dirigeants d'entreprises d'acquérir une fraction de la propriété de l'entreprise afin d'aligner leurs intérêts sur ceux des actionnaires. M. JENSEN et W. MECKLING, *ibidem*, p. 353.

⁴⁰ « [The firm] is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals are brought into an equilibrium within a framework of contractual relations. In this sense the « behavior » of the firm is like the behavior of a market ; i.e. the outcome of a complex equilibrium process ».M. JENSEN et W. MECKLING, *ibidem*, p. 311.

Les auteurs ne cantonnèrent pas leur théorie à l'entreprise mais affirmèrent que la relation d'agence se retrouve dans n'importe quelle situation impliquant un *effort coopératif*, même si elle n'y est pas spécifiquement et contractuellement définie. Ils étendirent ainsi cette problématique à tout type d'organisation, que ce soit un gouvernement, un hôpital, une université, une entreprise⁴¹.

2.3. *Le théorème de Coase*

Dans son article « *The nature of the firm* » de 1937, l'économiste Ronald Coase introduisit la notion de *coût de transaction* (*transaction cost*) pour justifier la création d'une entreprise (*firm*). Selon Coase, l'allocation optimale des ressources par la mécanique des prix⁴², instrument de coordination de l'activité économique, ne prendrait pas en compte les coûts inhérents au recours du système de prix, tels que la négociation et la conclusion de contrat, tandis que la création d'une *firm* permettrait de les prendre en charge de façon plus efficace⁴³. Il en déduit que le choix de réaliser une opération économique via le marché ou dans le cadre intégré d'une entreprise, ainsi que la taille de celle-ci, dépend des coûts de transaction.

En 1960, il poursuivit sa réflexion sur les interactions économiques en dehors des mécanismes de prix (*externalities*), en analysant le rôle du droit dans la réglementation des nuisances causées par une entreprise à son environnement. S'opposant directement à la thèse pigouvienne selon laquelle l'Etat serait le plus apte à neutraliser les externalités négatives au moyen d'une taxe correspondante⁴⁴, Coase développe l'idée que, lorsque les coûts de transaction sont nuls, il sera plus efficace de résoudre un problème d'externalité à l'aide d'arrangements privés plutôt que par le recours à la loi et à l'intervention de l'Etat. Il pose ainsi le problème en termes de droits concurrents : « : « [...] de même que nous avons le droit d'user d'une parcelle de terre en sorte d'empêcher quelqu'un d'autre de la traverser, d'y garer sa voiture ou d'y construire sa maison, de même nous avons le droit d'en user en le privant d'une vue, du calme ou d'un air pur. Le coût de l'exercice de ce droit est toujours la perte causée ailleurs par l'exercice de ce droit – l'empêchement de traverser la parcelle, de garer une voiture, de construire une maison, de jouir d'une vue, d'avoir la paix et la tranquillité ou de respirer un

⁴¹ Les auteurs utilisent l'exemple de co-écrire cet article comme une problématique de coûts d'agence. M. JENSEN et W. MECKLING, *op. cit.*, p. 309.

⁴² R. H. COASE, « The Nature of the Firm », *Economica*, n°16, 1937, p. 387.

⁴³ « The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism ». R. H. COASE, *ibidem*, p. 390.

⁴⁴ R. H. COASE, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law & Economics*, 2013, n°4, p. 874-875.

air pur. Ceci est clairement désirable si les seules activités accomplies sont celles dont les gains sont supérieurs aux pertes »⁴⁵. Il illustre sa théorie par l'exemple de la jurisprudence *Sturges v. Bridgman* de 1879, qui ordonna à un confiseur de cesser son activité pour que le médecin de l'autre côté du mur mitoyen, entre l'atelier de confiserie et le cabinet médical, puisse exercer son activité sans souffrir de nuisances sonores. D'après Coase, la solution optimale doit provenir d'un arrangement privé entre le médecin et le confiseur : le confiseur pourrait continuer à exercer son activité à côté du cabinet médical moyennant le paiement d'une somme supérieure au coût du déménagement ou à la construction d'un mur d'isolant acoustique⁴⁶. Si les parties ne s'accordent pas, c'est le juge qui devra réaliser ce calcul « coût-avantage » et, en fonction du résultat, opérer une redistribution des droits de chacun⁴⁷. Reniant toutes considérations en matière de responsabilité délictuelle⁴⁸, le théorème de Coase postule que la maximisation de l'utilité collective provient de l'agencement des calculs d'utilité privée, indépendamment de la répartition des droits entre les parties.

2.4. La doctrine des *property rights*

Les *property rights* désignent l'ensemble des prérogatives (*bundle of rights*⁴⁹) attachées à la détention d'un bien. Elaborant les idées de Coase sur la fonction des *property rights*, l'économiste Harold Demsetz souligne davantage leur rôle dans l'internalisation des externalités. Il définit l'externalité comme toute répercussion, positive ou négative, d'une activité humaine, industrielle ou non, sur toute personne qui n'est pas directement impliquée

⁴⁵ « A final reason for the failure to develop a theory adequate to handle the problem of harmful effects stems from a faulty concept of a factor of production. This is usually thought of as a physical entity which the businessman acquires and uses (an acre of land, a ton of fertiliser) instead of as a right to perform certain (physical) actions [...] If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production. Just as we may use a piece of land in such a way as to prevent someone else from crossing it, or parking his car, or building his house upon it, so we may use it in such a way as to deny him a view or quiet or unpolluted air. The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right—the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view, to have peace and quiet or to breathe clean air ». R. H. COASE, « The problem of social cost » ..., *op. cit.*, p. 876 à 877.

⁴⁶ R. H. COASE, *ibidem*, p. 844 à 845. ; E. BERTRAND et C. DESTAIS, « Le 'théorème de Coase', une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publiques », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2022, n°2, p 116.

⁴⁷ Développer davantage par Posner.

⁴⁸ Selon Coase, la détermination de la responsabilité d'une entreprise est seulement utile pour déterminer sa participation dans le processus de répartition des droits : « It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them ». R. H. COASE, *ibidem*, p. 843.

⁴⁹ H. DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 1967, n°2, p. 347.

dans l'activité⁵⁰. Autrement dit, il s'agit des interactions entre agents économiques non prises en compte par le marché, qui faussent l'équilibre entre les prix et la quantité optimale, l'intérêt individuel et l'utilité collective. Il prend comme exemple l'utilisation d'un lopin de terre dont la gestion collective de propriété entraîne d'importants coûts de négociation entre les personnes qui souhaitent l'exploiter. Au contraire, un système de propriété privée sera plus efficace car ces coûts de négociation seront réduits à la bonne entente avec le voisin⁵¹.

Il devient donc nécessaire d'internaliser ces externalités, c'est-à-dire de les valoriser monétairement, grâce à la répartition des ressources au moyen des *property rights*. En d'autres termes, monétariser l'écart entre l'utilité individuelle et l'utilité collective au moyen de la répartition des droits permet de conserver l'efficacité du marché. Ce qui, précisément, conditionne le comportement des individus par le jeu des pertes et des gains résultant de l'usage qu'ils font de leurs droits. Tout est pensé en termes de droits individuels exclusifs et transférables selon le modèle du droit de propriété.

2.5. L'« efficacité » de la règle de droit

Pour résumer ce qui précède, la doctrine de l'Ecole de Chicago repose tout d'abord sur le paradigme d'un marché régulant de façon optimale les opérations d'échanges par le seul mécanisme des prix sans aucune entrave (théorie de l'équilibre général). Or, la rationalité limitée⁵² de l'individu ne lui permet pas d'atteindre cette situation optimale sans le moyen de coopération qu'est le contrat (théorie des jeux). Ce postulat est renforcé par l'asymétrie d'informations entre les agents économiques, notamment lorsque l'un effectue une tâche pour le compte de l'autre (théorie de l'agence). Par ailleurs, les échanges au sein d'un marché présentent des « frictions » correspondant aux coûts de transaction (par exemple la négociation et la conclusion de contrats). Lorsque ces coûts de transaction sont nuls, la répartition la plus efficace de l'ensemble des droits relatifs à la détention d'un bien s'effectue par le biais d'arrangements privés plutôt que par le recours à la loi (théorème de Coase). Ce qui, en d'autres termes, revient à étendre l'équilibre du marché aux droits individuels, afin d'internaliser au

⁵⁰ H. DEMSETZ, « Toward a property... », *op. cit.*, p. 347.

⁵¹ H. DEMSETZ, *ibidem*, p. 352 à 354.

⁵² La « rationalité limitée » est un concept développé par Herbert Simon, selon lequel la prise de décision des individus est limitée par leurs limites cognitives intrinsèques, au contraire de l'hypothèse de la rationalité parfaite attribuée aux agents dans des conditions d'informations parfaites sur le marché. L. TRAN, « Herbert Simon et la rationalité limitée », *Regards croisés sur l'économie*, 2018, n°22, p. 54 à 55.

mieux les externalités résultant des activités économiques pour conserver l'efficacité du marché (la théorie des *property rights*)⁵³.

Le monde est ainsi dessiné comme un nexus de contrats où tout est échangeable, tant des biens que des droits, avec pour seule règle la maximisation de l'utilité des contractants. Dans certaines situations particulières, les partisans de cette école de pensée ne s'opposent toutefois pas à toute réglementation issue d'une autorité publique ; ses effets sont simplement assimilables à ceux des contrats et il convient donc d'opérer un calcul « coût-bénéfice » pour déterminer s'il est plus efficace d'avoir recours au marché ou à la loi. Typiquement, cette dernière est nécessaire lorsque le processus d'internalisation des externalités par le marché est trop élevé⁵⁴ par rapport à une réglementation étatique qui pourrait pallier cette défaillance du marché. La loi devra ainsi se limiter à l'institution d'un « 'marché artificiel' auquel sera confié la régulation du problème justifiant l'intervention étatique »⁵⁵. Ce phénomène s'observe dans la réglementation des activités issues de monopoles naturels.

3. Le cas du monopole naturel

Le cas du monopole naturel est considéré comme la défaillance du marché par excellence⁵⁶, qui nécessite une intervention du législateur pour recréer la situation concurrentielle de marché. Un monopole naturel désigne la position d'exclusivité d'une entreprise pour la production d'un produit, non pas en raison d'une concession légale⁵⁷ ni de sa puissance sur le marché⁵⁸, mais en conséquence de la nature technique du produit ou de l'installation. Pour cette raison, certains acteurs économiques deviennent « plus gros que les autres », créent des conditions de concurrence imparfaites, et perturbent le système de prix d'équilibre. Cela contredit le postulat selon lequel l'*efficacité*, la meilleure répartition des ressources, nécessite une concurrence

⁵³ « One of the purposes of the legal system is to establish that clear delimitation of rights on the basis of which the transfer and recombination of rights can take place through the market ». R. H. COASE, « The Federal Communications Commission », *The Journal of Law & Economics*, 1959, vol. 2, p. 25.

⁵⁴ C. J. DAHLMAN, « The Problem of Externality », *The Journal of Law & Economics*, 1979, n°1, p. 141. ; R. H. Coase, « The Federal Communications... », *op. cit.*, p. 29. ; R. H. COASE, « The Problem... », *op. cit.*, p. 877.

⁵⁵ B. FRYDAMN, *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2005 p. 512.

⁵⁶ C. J. DAHLMAN, *ibidem*, p. 141. ; F. M. BATOR, « The anatomy of market failure », *The Quarterly Journal of Economics*, 1958, n°3, p. 351 à 379.

⁵⁷ Un monopole de droit est le « privilège d'exploitation exclusive concédé à une entreprise publique ou privée par une loi formelle ». R. GUILLEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 9e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 354.

⁵⁸ Un monopole de fait caractérise une « situation économique dans laquelle tout concurrence est éliminée, soit naturellement par la puissance irrésistible d'une entreprise sur le marché, soit conditionnellement par l'intervention de la police qui, pour des raisons d'ordre public, refuse toutes les facilités qu'elle peut donner sur le domaine public à toute entreprise autre que celle de son choix ». R. GUILLIEN et J. VINCENT, *ibidem*, p. 354.

parfaite provoquant mais également résultant de la multiplicité des acteurs. C'est le cas des industries de réseaux, telles que les télécommunications, le transport ferroviaire et aérien, et l'industrie électrique. Ce phénomène est dû *aux rendements croissants* des entreprises de réseaux. Ces infrastructures se distinguaient historiquement par leur mission d'intérêt général, avant que les économistes de Chicago ne constatent qu'il n'était nullement prouvé que la réglementation publique de ces monopoles soit préférable à un système régulé par le prix du marché. En définitive, l'économiste Oliver Williamson aboutit à une combinaison des deux systèmes, toujours dans une optique d'*efficacité*.

Pour quelles raisons l'activité économique dans certains secteurs aboutit-elle à évincer les concurrents de façon à ce qu'il ne reste qu'une seule entreprise ? L'établissement d'une activité économique engendre certaines dépenses, indépendantes de la production. Ces *coûts fixes* sont particulièrement élevés dans les secteurs économiques de réseaux. Le *coût moyen*, défini par le coût total de l'activité divisé par la quantité produite, diminue à mesure que la quantité produite augmente. Par ailleurs, le *coût marginal*, c'est-à-dire le coût supplémentaire engendré par la production d'une unité supplémentaire, sera très faible et toujours inférieur au coût moyen. Ceci signifie que les rendements de l'activité seront toujours croissants et qu'il y a donc économie d'échelle⁵⁹.

Dans l'activité de distribution électrique, la pose des câbles de transport et de distribution, les cabines et la régulation du courant électrique entraînent des coûts fixes faramineux. Le coût moyen (les coûts fixes divisés par la quantité d'électricité transportée) diminue à mesure que le nombre d'utilisateurs connectés au réseau augmente. Le coût marginal, tel que le raccordement d'une nouvelle habitation, reste particulièrement faible par rapport à l'ensemble. Ces conditions requièrent une seule entreprise pour gérer ces infrastructures ; en effet, l'entrée d'une deuxième entreprise multipliant les installations physiques diviserait par deux la quantité produite par chacun des compétiteurs alors que leurs coûts fixes resteraient identiques. Par conséquent, les deux compétiteurs risqueraient la faillite.

Les lignes ferroviaires, téléphoniques ou électriques étant indispensables à la collectivité, les entreprises qui géraient ces infrastructures gigantesques furent initialement pourvue d'une mission d'intérêt général. La Cour Suprême des Etats-Unis reconnut ainsi dans l'affaire *Munn v. Illinois* de 1877 la conformité de la loi de l'Etat de l'Illinois fixant des plafonds pour l'exploitation de silos de stockage de grains à la constitution. La Cour affirma que les silos

⁵⁹ J.-P. HANSEN, *op. cit.*, p. 62-63.

étaient porteurs d'un intérêt général⁶⁰. Etant donné qu'il n'y avait que neuf entreprises qui contrôlaient l'ensemble des silos de Chicago, la Cour estima que ces infrastructures constituaient un monopole devenu « une chose d'intérêt et d'usage public »⁶¹ et devaient par conséquent faire l'objet d'une réglementation publique. Le mouvement de nationalisation du secteur électrique dans l'Europe d'après-guerre a résulté de motivations similaires⁶².

3.1. *Un système de franchise bidding*

Ce consensus a changé avec les nouvelles théories économiques de l'Ecole de Chicago. En 1959, Coase publia l'article « *The Federal Communications Commission* », dans lequel il étudia le mécanisme de la réglementation d'une entreprise de réseau, en l'occurrence le spectre des ondes radio, par une autorité administrative (la FCC) à travers le prisme du marché.

Il conclut qu'il n'y a pas de raison valable justifiant l'intervention d'une autorité publique étant donné qu'il ne peut être prouvé que la réglementation de l'attribution des fréquences hertziennes par une autorité administrative n'est pas moins coûteuse que la régulation par un système de prix du marché⁶³. Il proposa donc une vente aux enchères des licences (*franchise bidding*) comme moyen le plus efficace d'attribuer les fréquences radio.

Demsetz défendit le même système de vente aux enchères dans le cas des monopoles de réseaux⁶⁴. De son point de vue, la réglementation par une autorité ne se révèle pas toujours la plus adaptée, tandis que mettre en compétition des offrants dans un système de vente aux enchères permet d'atteindre l'optimum du produit-prix justement déterminé par les

⁶⁰ Dans les termes de la Cour ; « When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he in effect grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good to the extent of the interest he has thus created ». Supreme Court of the United States, « US Reports : *Munn v. Illinois* », *U.S Reports*, Vol. 94, 1877, p. 126.

⁶¹ « Their business most certainly 'tends to a common charge, and is become a thing of public interest and use' » ; « but if, for a particular purpose, the public have a right to resort to his premises and make use of them, and he have a monopoly in them for that purpose, if he will take the benefit of that monopoly, he must, as an equivalent, perform the duty attached to it on reasonable ». Supreme Court of the United States, *ibidem*, p. 151.

⁶² J.-P. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Transition(s) électrique(s). Ce que l'Europe et les marchés n'ont pas su vous dire*, Paris, Odile Jacob, 2017, p. 21 à 25 et p. 42 à 43. ; P. LANTIER, « Les autorités publiques et l'électrification, de 1870 à 1940. Une comparaison européenne », *Annales historiques de l'électricité*, n°4, 2006, p. 142 à 143.

⁶³ « The operation of a market is not itself costless, and, if the costs of operating the market exceed the costs of running the agency by a sufficiently large amount, we might be willing to acquiesce in the misallocation of resources resulting from the agency's lack of knowledge, inflexibility, and exposure to political pressure. But in the United States few people think this would be so in most industries, and there is nothing about the broadcasting industry which would lead us to believe that the allocation of frequencies constituted an exceptional case » R. H. COASE, « The Federal Communications... », *op. cit.*, Commission », p. 18 à 19.

⁶⁴ « A franchise system that awarded the franchise to that company which seemed to offer the best price-quality package would be the one that allowed market competition between the bidding rivals to determine that package ». H. DEMSETZ, « Why Regulate Utilities », *Journal of Law and economics*, 1968, n°1, p. 63.

enchérisseurs. Il démontra ainsi que l'existence de monopoles de réseaux ne requiert pas nécessairement la tutelle d'une autorité⁶⁵.

3.2. *L'approche de Williamson*

L'économiste O. Williamson affina cette réflexion en constatant que le seul mécanisme du *franchise bidding* n'était pas non plus le plus approprié pour réglementer efficacement une activité de monopole de réseau. Selon lui, l'analyse de Demsetz est incomplète car elle ne distingue pas les coûts de transaction préalables (*ex ante*)⁶⁶ des coûts de transaction postérieurs (*ex post*)⁶⁷ de l'activité. Le choix entre la réglementation et un système de mise aux enchères dépend des bénéfices que l'un ou l'autre est susceptible d'apporter au stade préalable et ultérieur de l'activité, en fonction du degré d'incertitude et du progrès de la technologie du marché⁶⁸. Si un système de compétition est efficace, en ce qu'il permet de réduire suffisamment les coûts de transaction *ex ante* et *ex post*, alors le mécanisme de *franchise bidding* est souhaitable. Mais si ce n'est pas le cas, la loi se révèle plus efficace que le marché.

Ces coûts de transaction sont mesurés à l'aune de la spécificité des actifs requis pour l'exercice de l'activité. Williamson distingue quatre types de spécificités d'actifs⁶⁹ : (1) la spécificité de site, lorsque la relocalisation de la production exigerait des coûts élevés, (2) la spécificité physique des caractéristiques du produit (par exemple, un produit conçu sur mesure), (3) la spécificité « humaine », lorsque la production se réalise grâce à un processus de *learning-by-doing*⁷⁰ et (4) la spécificité temporelle, lorsque l'ajustement de la production à la consommation dépend de leur synchronisation. Si les actifs sont peu spécifiques, la régulation des échanges par le marché suffit⁷¹. Si les actifs sont spécifiques, alors les mécanismes concurrentiels *ex ante* doivent s'accompagner d'une réglementation *ex post* pour conserver la

⁶⁵ H. DEMSETZ, « Why Regulate Utilities » *op. cit.*, p. 65. Posner défendait la même idée, voir R. POSNER, « The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry », *The Bell Journal of Economics*, 1972, n°1, p. 98 à 129.

⁶⁶ Par exemple, la négociation, l'écriture et la conclusion d'un contrat. O. WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, New York, The Free Press, 1985, p. 20.

⁶⁷ Par exemple, les coûts relatifs à l'exécution des engagements, les coûts engendrés par la divergence des intérêts des parties lors de l'exécution du contrat et les corrections qui s'ensuivent. O. WILLIAMSON, *ibidem*.

⁶⁸ O. WILLIAMSON, « Franchise Bidding for Natural Monopolies-in General and with Respect to CATV », *The Bell Journal of Economics*, 1976, n°1, p. 91.

⁶⁹ O. WILLIAMSON, *The economic institutions...* *op. cit.*, p. 95. ; J.-M. GLACHANT, « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002, n°3, p. 429.

⁷⁰ Concept économique qui se réfère à l'apprentissage par la pratique, en répétant régulièrement le même type d'action.

⁷¹ O. WILLIAMSON, *The economic institutions...* *op. cit.*, p. 73

crédibilité de la concurrence⁷². En d'autres termes, la spécificité de l'actif utilisé lors d'une transaction empêche la conclusion d'un contrat *complet*⁷³ à cause de son degré d'incertitude et de sa complexité. Les parties sont liées l'une à l'autre par l'impossibilité de substituer cet actif spécifique par un autre, ce qui fait disparaître toute concurrence. Par conséquent, l'« incomplétude » du contrat couplée à la disparition de mécanismes concurrentiels supprime la garantie de l'exécution du contrat. Il est donc nécessaire de prévoir une *structure de gouvernance*⁷⁴ en aval du contrat, qu'elle soit de droit public ou non. Déviant ainsi de la théorie de Coase selon laquelle les arrangements privés parviennent à internaliser plus efficacement les coûts de transaction d'une activité, Williamson démontre que lorsque la spécificité des actifs empêche cette réalisation, il est plus efficace de faire appel à une autorité pour réglementer l'exercice de l'activité. Partant, cette réglementation prendrait le rôle d'un contrat s'il avait été plus efficace d'en conclure un⁷⁵. Ce qui réduit le droit à une pure technique d'optimisation des utilités des parties et lui confère comme seule mission celle d'édifier les conditions de concurrence que la spécificité des actifs sur un marché particulier met en péril.

4. Conclusion

Dans l'imaginaire de la doctrine *Law & Economics*, les transactions entre les individus mènent nécessairement à l'équilibre général de l'économie, et donc du monde. Le droit est inutile, les échanges s'autorégulent par la recherche de la maximisation des individus. La confrontation de cet idéal avec le monde physique en expose l'incompatibilité avec certaines activités humaines. Tel est notamment le cas d'activités dites de « réseau ». Le droit retrouve alors son utilité pour rétablir les conditions optimales de l'équilibre général. D'après la vision des économistes de Chicago, le droit peut s'acquitter de cette mission de deux manières : 1) en diminuant les coûts de transaction pour permettre aux acteurs du marché de réguler eux-mêmes leurs activités et 2) lorsque les coûts d'internalisation des externalités demeurent trop

⁷² J.-M. GLACHANT, « L'approche néo-institutionnelle... », *op. cit.*, p. 429.

⁷³ Cette notion de « contrat » se réfère à la théorie économique des contrats. Le contrat complet, qui prendrait en compte toutes les variables pouvant affecter la relation contractuelle s'oppose au contrat incomplet, qui ne mentionne pas toutes les contingences susceptibles de se produire durant une transaction, invérifiables par un tiers. L'étude des causes et conséquences des contrats incomplets fait l'objet de la théorie économique des contrats incomplets, voir. C. CHASERANT, « Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *L'Actualité économique*, 2007, n°2, p.227-253.

⁷⁴ J.-M., GLACHANT « L'approche néo-institutionnelle... », *op. cit.*, p. 428.

⁷⁵ De son point de vue, la réglementation peut être décrite comme une sorte de contrat incomplet à long-terme dans lequel le régulé est assuré d'un taux de rendement équitable en échange de modifications contractuelles en fonction de la variation des circonstances, sans les coûts de négociation qu'engendrerait la véritable modification des éléments du contrat. O. WILLIAMSON, « Franchise Bidding for Natural Monopolies... », *op. cit.*, p. 79.

importants, « en imposant d'autorité, à l'issue de la mise en balance objective des intérêts en présence, la solution conforme à l'équilibre optimal, qui aurait prévalu spontanément dans l'hypothèse idéale d'un fonctionnement efficace du marché »⁷⁶. C'est ce dernier mécanisme qui est précisément à la base de la réglementation européenne du marché intérieur de l'électricité.

⁷⁶ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 505.

Partie 2 : Le marché intérieur de l'électricité

1. Introduction

L'électricité se distingue des énergies primaires, telles que le charbon, le gaz, le vent, l'eau et le soleil, par le fait qu'elle est produite par un processus industriel sans lequel elle n'existerait pas⁷⁷. Pour transporter le courant électrique, il est essentiel de stabiliser la même fréquence, 50 Hertz en Europe, en ajustant constamment la production à la demande. La puissance et la complexité de ce processus ont donné lieu à des entreprises monopolistiques sur tout le continent européen jusque dans les années 90. Lors de la construction du marché intérieur, le droit européen s'est employé à créer les conditions d'un marché applicables à un secteur qui, de par sa nature, ne peut y être soumis. Pour ce faire, nous verrons qu'il a fallu d'abord qualifier l'électricité de marchandise. Par la suite le marché de l'électricité a fait l'objet de réformes successives dans le but de recréer les conditions de concurrence de marché devant mener à l'équilibre, fidèle au prescrit de la doctrine *Law & Economics*. La récente crise de l'énergie induite par la volatilité des prix a suscité de vives critiques aboutissant à une proposition de réforme de la Commission. Cette dernière ne remet pas en cause les règles du marché. Il est ainsi démontré que le marché intérieur de l'électricité constitue bel et bien une application de la doctrine *Law & Economics* qui prescrit l'utilisation du droit à des fins de réalisation de l'optimum économique.

2. Aperçu historique

2.1. Une marchandise

Le problème de la nature de l'électricité s'est posé aux juristes à partir de la fin du XIX^e siècle, période durant laquelle les applications industrielles et domestiques de l'électricité explosèrent. Cette question est apparue en matière pénale, pour déterminer si l'électricité était une chose susceptible de vol ou non. Ceux qui répondaient par la négative s'appuyèrent sur les fondements des théories émises par les scientifiques, évoluant au fil des découvertes⁷⁸. La Cour

⁷⁷J.-P. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Energie. Economie et politiques*, Bruxelles, De Boeck, 2014, p. 130.

⁷⁸ Selon la *théorie des deux fluides de Symmer* (1870), le fluide électrique préexisterait à l'état latent dans la nature et serait donc un « res nullius » qui n'appartiendrait qu'à celui qui s'en sert. Cette théorie fut retenue par la Cour d'appel italienne dans un arrêt du 25 mai 1898 qui, considérant l'électricité comme un « fluide intangible », refusa de qualifier de vol la déviation du courant. Quelques années plus tard, le tribunal de Munich opta pour la *théorie des forces électromagnétiques* selon laquelle le courant électrique se crée par des vibrations transversales

de Cassation française trancha positivement la question en expliquant qu'« attendu, en effet, que l'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser : qu'elle passe par l'effet d'une transmission, qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second : qu'elle doit, dès lors, être considérée comme une chose au sens de l'article 379 du Code pénal, pouvant faire l'objet d'une appréhension »⁷⁹. En Belgique, dans un arrêt du 20 juin 1934, la Cour de Cassation trancha également affirmativement cette question et établit que le courant électrique était une chose « *genera* », indéterminément offerte en vente mais déterminable dans sa quantité. La détermination pouvait se réaliser suivant un compteur approprié avant son utilisation, prévu par la convention des parties. Par conséquent, l'électricité pouvait faire l'objet d'une convention⁸⁰.

D'une « chose » pouvant faire l'objet d'un contrat, l'électricité a ensuite été qualifiée de « marchandise »⁸¹ dans l'arrêt *Costa c. ENEL*, c'est-à-dire un « produit appréciable en argent et susceptible, comme tel, de former l'objet de transactions commerciales »⁸². Cette fiction juridique ne faisait pas l'unanimité. Dans l'arrêt *EDF c. Coramine*, le gouvernement français soutint qu'« une des spécificités de l'électricité est d'ailleurs que sa qualité ne dépend que du réseau de transport et de distribution et pratiquement pas des conditions de production. Cette caractéristique conduit [...] à considérer l'électricité davantage comme un service que comme une marchandise, le réseau n'assurant pas seulement une fonction de transport mais aussi une fonction d'optimisation et d'élaboration d'éléments déterminants de l'électricité livrée aux consommateurs finaux »⁸³. De la même manière, le gouvernement italien affirmait dans l'affaire *Commission c. Italie* que l'électricité n'étant utile qu'en raison de ses applications possibles, elle n'aurait pas d'existence économique propre⁸⁴.

constituées dans le câble lui-même. Le tribunal conclut que l'électricité n'étant pas une chose corporelle, elle ne peut être objet de vol selon le Code pénal allemand qui ne condamnait que le vol des choses mobilières. A la suite d'expériences électriques au cours desquelles on découvrit que le courant électrique résultait du déplacement d'électrons, dont la charge et la masse étaient calculables, *la théorie corpusculaire* expliqua l'électricité par un mouvement de corpuscules, *i.e.* un déplacement d'électrons dans un fil conducteur. D'un état vibratoire, l'électricité devint une matière spéciale, qui pouvait donner lieu à une « chose » juridique. J. KUBLER, « Elaboration en France du droit de l'électricité 1890-1912 : la nature juridique de l'électricité au regard des théories scientifiques », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n°21, 1993, p. 115 à 142.

⁷⁹ J. KUBLER, *ibidem*, p. 141.

⁸⁰ Cass. (2^e ch.), 20 juin 1934, *Pas.*, I, 1934, p. 332 à 334.

⁸¹ C.J.C.E., arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, C-6/63, EU:C:1964:66, p. 1157.

⁸² C.J.C.E., arrêt *Commission des communautés européennes c. Italie*, 10 décembre 1968, C-7/68, EU:C:1968:51, p. 626.

⁸³ Av. gén. M. DAMON, concl. préc. C.J., arrêt *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avril 1994, C-393-92, EU:C:1994:171, point 59.

⁸⁴ C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 23 octobre 1997, C-158/94, EU:C:1997:500, point 14.

En définitive, la CJUE confirma dans l'arrêt *Commune d'Almelo* qu'il « n'est pas contesté en droit communautaire, ni d'ailleurs dans les droits nationaux, que l'électricité constitue une marchandise au sens de l'article 30 du traité »⁸⁵, selon lequel « les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres, sans préjudice des dispositions ci-après »⁸⁶. Dès lors, les règles de la libre circulation des marchandises sont applicables au secteur de l'électricité.

2.2. *L'ouverture à la concurrence*

Avant la libéralisation des marchés, le paysage de l'industrie électrique en Europe était peuplé de sociétés monopolistiques de droit ou de fait, au sein desquelles les activités de production, de transport et de distribution étaient verticalement intégrées. A titre d'exemple, en Belgique, les communes possédaient depuis 1925 le monopole de la distribution d'électricité, soit par une régie, soit par une intercommunale pure ou mixte, soit par un concessionnaire⁸⁷. La production d'électricité restait par principe libre⁸⁸, donnant lieu à une multitude de producteurs publics et privés. La puissance grandissante des centrales électriques, exigeant des investissements majeurs pour créer et entretenir des unités techniques très puissantes, provoqua progressivement la fusion de la multitude de sociétés privées⁸⁹. A la veille de la libéralisation du secteur, Electrabel endossait une position de monopole de fait, produisant 94% de l'électricité en Belgique grâce à son parc de centrales d'une puissance de 13,5 GW et couvrait 87 % de la consommation d'électricité du pays en la vendant aux industries et aux intercommunales⁹⁰.

Ces monopoles ont fait l'objet de vives critiques, tels que le gaspillage des moyens, la faible motivation du personnel et l'attitude indifférente à l'égard du client⁹¹, qualifiées de *coûts d'agence*. L'opérateur (l'agent) posséderait une meilleure information sur le système, ce qui crée une asymétrie d'information et de compétence et peut causer un abus de sa situation de

⁸⁵ C.J.C.E., *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avril 1994, C-393-92, EU:C:1994:171, point 28.

⁸⁶ Il s'agit aujourd'hui de l'art. 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après abrégé T.F.U.E.).

⁸⁷ Loi du 10 mars 1925 sur les distributions électriques, *M.B.*, 25 avril 1925, art. 5 à 7.

⁸⁸ C. DECLERCQ et Q. VINCENT, « L'ouverture du marché de l'électricité. 1. Le cadre institutionnel », *CRISP*, n° 1684, 2000, p. 11.

⁸⁹ R. BRION et J.-L. MOREAU, « La production et la distribution électriques en Belgique », *Des Usines et des hommes*, vol.4, 2013, p. 27.

⁹⁰ M. VANDEN DRIESSCHE, « Naissance Electrabel : le bébé pèse plus de 200 milliards », disponible sur <https://www.lesoir.be>, 8 juin 1990.

⁹¹ M. BOITEUX, « L'électricité entre concurrence et monopole », *Economie publique/Public economics*, 2004, n°1, p. 2.

monopole envers l'Etat, ou plus généralement, les consommateurs (le principal). A titre d'exemple, en France, EDF fut sous le feu des critiques, accusée de posséder un trop grand degré d'influence qui l'aurait menée à définir elle-même le contenu de ses propres missions de services publics au détriment de l'Etat français⁹². Dès son premier projet de réforme du marché de l'électricité de 1988, la Commission européenne a fait de la désintégration des monopoles sa priorité⁹³, afin de neutraliser ces coûts d'agence et de renforcer la compétitivité des entreprises européennes⁹⁴. Pour ce faire, elle invoqua la théorie des facilités essentielles (*essential facilities*) originaire des Etats-Unis⁹⁵. Une facilité essentielle est « une installation ou une infrastructure essentielle pour atteindre les clients et/ou permettre aux concurrents d'exercer leurs activités »⁹⁶, dont le refus d'accès est considéré comme une position dominante prohibée par l'article 102 TFUE⁹⁷. L'objectif était de permettre la concurrence dans un secteur qui l'entravait, aux fins d'améliorer la compétitivité des entreprises et de baisser les prix⁹⁸.

⁹² P. BAUBY, « La gouvernance des entreprises publiques en situation de monopole », *CIRIEC Working papers*, 2020, n°7, p. 9 à 10.

⁹³ La Commission rappela que l'activité de monopole est soumise à l'article 37 du traité de Rome (art. 37 T.F.U.E.) : « The application to the energy area of community law [...] is without any doubt, one of the essential ways to arrive at the better integrated energy market ». La Commission confirma par conséquent l'application de quatre instruments tirés du TCE pour encourager la réalisation du marché intérieur de l'énergie, à savoir les articles 30 à 36 sur la libre circulation des marchandises, l'article 37 imposant aux Etats l'aménagement de leurs monopoles commerciaux afin d'éviter toute discrimination entre les acteurs du marchés, les articles 85 à 86 portant sur les règles de concurrence et les article 92 à 93 relatifs aux aides d'Etats. Communication de la commission des Communautés Européennes – The internal energy market, COM (88) 238 final, 2 mai 1988, p. 21 et 90.

⁹⁴ Au début des années 90, l'industrie européenne payait son électricité environ 40% plus cher que ses concurrents américains : Communication de la Commission européenne - Livre vert : Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement énergétique, COM(2000) 769 final, 29 novembre 2000, p. 62.

⁹⁵ Supreme Court, *United States v. Terminal Association of St. Louis*, 1912, 224 US 383. Dans l'arrêt *MCI v. AT&T*, la Cour d'Appel du 7^{ème} circuit énonça les éléments caractéristiques des *essential facilities* : (1) l'infrastructure est contrôlée par une entreprise en situation de monopole (2) cette dernière refuse l'accès à l'infrastructure (3) cet accès est techniquement faisable et (4) ses concurrents ont dans l'incapacité de dupliquer cette infrastructure dans des conditions raisonnables. United States Court of Appeal for the Seventh Circuit, *MCI v. AT&T*, 1983, 708 F.2d 1081, point 192.

⁹⁶ UNION EUROPÉENNE, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne : antitrust et contrôle des opérations de concentration*, Luxembourg, Commission européenne, 2002, p. 26.

⁹⁷ La position dominante est définie par la jurisprudence européenne comme « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché ». C.J.C.E., arrêt *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes*, 14 février 1978, 27/26, EU:C:1978:22, p. 207.

⁹⁸ Dans les travaux parlementaires du projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité suite aux premières directives européennes, la Chambre remarquait précisément que « l'introduction de la concurrence devrait permettre d'accroître la compétitivité des opérateurs belges du secteur électrique à l'échelle européenne, ce qui devra se répercuter favorablement sur la compétitivité de l'ensemble des entreprises et sur le prix et la qualité de l'électricité fournie aux consommateurs domestiques ». Projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1998-1999, n°1933/1, p. 9.

Dans une proposition de loi du 24 mai 2005 portant scission et démantèlement de l'intégration verticale de la société Electrabel SA, le Sénat constatait que « le niveau trop élevé des prix par rapport à ceux pratiqués à l'étranger

3. Quelques aspects du marché intérieur de l'électricité

3.1. Compétence de l'UE

Les réglementations en matière d'énergie furent d'abord adoptées par l'Union européenne sur base de la compétence du marché intérieur consacrée par l'Acte Unique Européen de 1986⁹⁹. Quelques années plus tard, le traité de Maastricht introduisit la prise de mesures dans le secteur de l'énergie comme objectif communautaire¹⁰⁰. Enfin, le traité de Lisbonne de 2009 conféra explicitement une compétence partagée¹⁰¹ en matière d'énergie à l'article 194 TFUE, qui octroie à l'Union le pouvoir d'assurer le fonctionnement du marché de l'énergie, d'assurer la sécurité d'approvisionnement, de promouvoir les énergies renouvelables et l'interconnexion des réseaux énergétiques¹⁰².

L'ouverture du marché de l'électricité a été progressivement réalisée à partir de 1996 par le biais de quatre « *Energy package* »¹⁰³, complétés par une abondante législation couvrant les spécificités techniques du secteur. Au vu de cette myriade de textes législatifs, nous avons fait le choix de nous intéresser aux deux instruments essentiels du quatrième paquet énergie que

met à mal la position concurrentielle des entreprises belges et que « la libéralisation du marché de l'énergie a toujours porté en elle la promesse d'une réduction considérable du coût de l'électricité pour les consommateurs d'énergie. Ces derniers en seraient donc les grands bénéficiaires ». Proposition de loi portant scission et démantèlement de l'intégration verticale de la société Electrabel SA, portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, et abrogeant la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales, développement, *Doc.*, Sén., 2004-2005, séance du 24 mai 2005, n°3-1201/1, p. 2.

⁹⁹ K. TALU, *Introduction to EU energy law*. Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 11.

¹⁰⁰ Art. 3 du Traité de la Communauté européenne, fait à Rome, le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957.

¹⁰¹ Les « compétences partagées » autorisent les Etats membres à exercer leurs compétences dans la mesure où l'union n'a pas exercé la sienne. Art. 2, § 2, du T.F.U.E.

¹⁰² Art. 194 du T.F.U.E. : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement, la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise, dans un esprit de solidarité entre les États membres: a) à assurer le fonctionnement du marché de l'énergie ; b) à assurer la sécurité d'approvisionnement énergétique dans l'Union ; c) à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables ; et d) à promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques ». Une exception demeure : les Etats membres conservent le droit de déterminer les conditions d'exploitation de leurs ressources énergétiques, leurs choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de leur approvisionnement énergétique.

¹⁰³ Les premières directives de 1996 n'organisaient qu'une ouverture partielle à la concurrence, à l'aide de pourcentages d'ouverture croissants avec le temps. La liberté d'approvisionnement instituée se limitait au seuls clients « éligibles », c'est-à-dire les clients grossistes ou finals et les compagnies de distributions. La seconde directive électricité 2003/54 CE se caractérisait par l'imposition de l'accès réglementé des tiers au réseau, l'obligation des Etats de mettre en place un service universel et l'obligation d'instituer une autorité de régulation digne de ce nom. Le troisième « paquet énergie » adopté en 2009 instaura la séparation effective entre la gestion des réseaux de transport et les activités de commercialisation et créa de nouvelles institutions communautaires de coordination européenne. Enfin, le dernier paquet « Energie propre » de 2019 a pour but d'assurer la transition de l'économie de l'Union européenne vers les énergies renouvelables.

sont la directive 2019/944 (directive Electricité) et le règlement 2019/943 (règlement Electricité). Nous ne rentrerons pas dans la technicité et les détails mais décrirons à grands traits les éléments de la réglementation qui nous semblent caractéristiques de la transposition de la doctrine *Law & Economics* en droit européen.

3.2. Dissociation des structures de propriété et accès des tiers au réseau

L'introduction des conditions de marché dans un secteur qui s'y soustrait du fait de sa nature nécessite de segmenter ce secteur en fonction des métiers qui le compose, pour distinguer les segments qui peuvent faire l'objet de la concurrence. Par la nature physique des installations, le réseau, constitué des lignes de transport haute tension et de distribution basse tension est resté l'apanage de l'Etat qui en a confié le monopole d'exploitation au gestionnaire de réseau de transport (GRT) et au gestionnaire de réseau de distribution (GRD)¹⁰⁴. L'Etat peut librement désigner le GRT, sous réserve d'une certification par l'autorité nationale de régulation (voir *infra*) suivant l'avis rendu par la Commission¹⁰⁵. La désignation du GRD ne fait pas l'objet d'un tel contrôle¹⁰⁶. En sus de leurs obligations de service public de maintenance et développement du réseau¹⁰⁷, les gestionnaires de réseaux doivent impérativement garantir l'accès des tiers au réseau (ATR). Véritable pilier de l'architecture du marché européen de l'électricité, l'ATR est prévu à l'article 6 de la directive Electricité, moyennant le paiement d'un tarif réglementé¹⁰⁸, c'est-à-dire déterminé par l'autorité de régulation selon des critères transparents et non-discriminatoires. De plus, le droit européen a imposé la dissociation des structures de propriété (*unbundling*) des gestionnaires de réseau, des activités de production et de fourniture¹⁰⁹. S'ensuivent des règles de garanties de l'indépendance du gestionnaire de réseau et de prévention des conflits d'intérêts, qui visent à ce qu'une personne ne puisse pas

¹⁰⁴ Face à la réticence de certains Etats de se voir imposer une telle obligation, la Commission a introduit une alternative à la dissociation patrimoniale consistant en un gestionnaire de réseau indépendant (GRI), à l'article 44 de la directive. Ce système permet aux entreprises verticalement intégrées de conserver la propriété du réseau de transport, à condition de confier la gestion de ce réseau à une entité distincte, le GRI. Ce dernier doit être agréé à l'issue d'une procédure de certification, dont le but est de vérifier la séparation effective et l'autonomie totale du GRI vis-à-vis de l'entreprise verticalement intégrée.

¹⁰⁵ Art. 51, § 1 du Règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.*, L 158, 14 juin 2019. *Juncto* art. 52, § 2, 6 de la Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, *J.O.U.E.*, L 158, 14 juin 2019.

¹⁰⁶ Art. 34 de la Directive (UE) 2019/944.

¹⁰⁷ Liste des tâches à l'art. 40 de la Directive (UE) 2019/944.

¹⁰⁸ Art. 6, §1 *juncto* art. 59, §1, a) de la Directive (UE) 2019/944.

¹⁰⁹ Considérant 68 de la Directive (UE) 2019/944 : « La dissociation des structures de propriété, qui implique que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire de réseau et qu'il soit indépendant des structures de fourniture et de production, est clairement un moyen efficace et stable de résoudre le conflit d'intérêts intrinsèque et d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ».

exercer « un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir » à la fois sur les activités de production ou de fourniture et sur l'activité du gestionnaire de réseau de transport ¹¹⁰.

A titre d'illustration, le marché belge est divisé en trois parties, correspondant aux trois étapes de la « fabrication » d'électricité : la production, le transport et la distribution, la fourniture. Les producteurs d'électricité sont les entreprises qui exploitent des centrales nucléaires, des centrales de gaz et des parcs d'énergie renouvelable¹¹¹. Ces infrastructures sont raccordées à un réseau de transport, géré par la holding Elia (GRT) ¹¹², qui s'occupe de l'entretien des lignes à haute et très haute tension (supérieure à 70.000 volts¹¹³) et de l'interconnexion avec les autres réseaux européens. A l'entrée des agglomérations, la tension des lignes diminue et forme le réseau de distribution. Les gestionnaires des réseaux de distribution (GRD) se répartissent le territoire des Régions en zones au sein desquelles ils sont seuls à exercer leur mission¹¹⁴. Ils s'occupent de la connexion des habitants au réseau de distribution, de l'entretien de l'éclairage public et interviennent lors des pannes de courant. Le consommateur résidentiel paie sa facture à un fournisseur d'énergie, l'entreprise privée qui a acheté le produit énergétique au producteur. Les deux activités de producteur et de fournisseur peuvent être combinées, ce qui est le cas par exemple des deux géants du marché belge de l'électricité, ENGIE ELECTRABEL et EDF LUMINUS.

¹¹⁰ Art. 43, §1, b) de la Directive (UE) 2019/944. Le paragraphe 2 de l'article 43 précise que les « pouvoirs » ainsi visés comprennent a) le pouvoir d'exercer des droits de vote b) le pouvoir de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise et c) la détention d'une part majoritaire.

La notion de « contrôle » est définie à l'article 2 point 56 de la directive comme « droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise, et notamment: a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise; b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

¹¹¹ En Belgique, l'énergie nucléaire constitue 46,1 % de la production électrique, les énergies renouvelables 24,9 %, le gaz naturel 23,4%. STATBEL, « Production brute d'électricité 2022 », disponible sur <https://statbel.fgov.be>, s.d., consulté le 3 août 2023.

¹¹² Elia a été désigné gestionnaire du réseau de transport d'électricité en 2002. La désignation a été reconduite jusqu'en 2042. Arrêté ministériel du 13 septembre 2002 portant désignation du gestionnaire du réseau de transport d'électricité, *M.B.*, 17 septembre 2002. Arrêté ministériel du 6 mai 2019 portant le renouvellement de la désignation du gestionnaire du réseau conformément à l'article 10 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 16 mai 2019.

¹¹³ Art. 4, § 9 de la Loi du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 13 août 1988.

¹¹⁴ Les GRD sont désignés par les Régions selon la procédure et aux conditions qu'elles déterminent. Le marché en compte huit actuellement : cinq en Wallonie (AIEG, AIESH, ORES, RESA et REW), deux en Flandres (EANDIS et INFLUX) et un en Région de Bruxelles-Capitale (SIBELGA)

3.3. *Autorité nationale de régulation*

Comme expliqué précédemment, selon la théorie des coûts de transaction de Williamson la spécificité d'un actif, tel que le réseau électrique, ne peut être soumise à des mécanismes concurrentiels sans la garantie de l'effectivité de cette concurrence par une autorité.

C'est le rôle de l'autorité nationale de régulation, instituée au sein de chaque Etat membre. Sa mission est de promouvoir un marché intérieur de l'électricité concurrentiel, flexible, sûr et durable en chapeautant la mise en place « de réseaux non discriminatoires et axés sur le consommateur »¹¹⁵. Elle est en outre pourvue d'une mission d'intérêt général, celle de « contribuer à assurer un service public et un service universel [...] dans le secteur de la fourniture d'électricité »¹¹⁶. A ce titre, elle est dotée d'un pouvoir décisionnel contraignant, d'enquête, de sanction et de résolution des litiges à l'égard des entreprises d'électricité, en vue de leur conformité aux directives et règlements organisant le marché de l'électricité¹¹⁷.

La particularité de cette autorité de régulation est l'exigence de son indépendance tant juridique que fonctionnelle de tout autre entité publique ou privée¹¹⁸. Cet impératif provient de l'observation suivante : « l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes »¹¹⁹. En conséquence, l'autorité nationale de régulation ne peut ni « solliciter ni accepter d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation »¹²⁰. Le budget de cette autorité est toutefois pourvu par l'Etat membre dont elle ressort¹²¹. Ce dernier doit également mettre à sa disposition « toutes les ressources humaines et financières nécessaires pour s'acquitter de ses tâches »¹²². Cela semble paradoxal : d'un côté l'Etat n'a pas le droit de regard sur les activités de cette autorité administrative devenue indépendante, de l'autre il est tout de même chargé de lui octroyer les moyens nécessaires à ses opérations.

¹¹⁵ Art. 58 de la Directive (UE) 2019/944.

¹¹⁶ Art. 58, h) de la Directive (UE) 2019/944.

¹¹⁷ Considérant 84 et art. 59, §3 de la Directive (UE) 2019/944.

¹¹⁸ Art. 57, §4, a) de la Directive (UE) 2019/944.

¹¹⁹ Considérant 33 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.*, L 211, 14 août 2009, p. 55.

¹²⁰ Art. 57, §4, a) de la Directive (UE) 2019/944.

¹²¹ Considérant 80 de la Directive (UE) 2019/944. : « Il convient que les dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué soient appliquées dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales »

¹²² Art. 57, §5, b) de la Directive (UE) 2019/944.

En Belgique, cette question a été résolue par la Cour Constitutionnelle, qui a jugé le degré d'autonomie de la Commission de régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) conforme à la Constitution. Elle estime qu'il n'est pas contraire à la Constitution que « dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome »¹²³ étant donné que celle-ci reste soumise au contrôle parlementaire. En effet, « les Chambres législatives peuvent, en usant des moyens de contrôle dont elles disposent, appeler le ministre compétent ou le gouvernement fédéral à se justifier »¹²⁴. Cependant, dans la mesure où le gouvernement fédéral n'a pas de droit de regard sur l'action de la CREG, il n'endosse pas de ce fait de responsabilité à son égard. Il paraît alors difficilement envisageable d'imaginer une quelconque justification de sa part au nom de la CREG¹²⁵.

Par ailleurs, l'indépendance de l'autorité de régulation face aux autorités politiques nationales s'accompagne d'un renforcement du contrôle des institutions européennes, qui résulte de son intégration dans un réseau européen des régulateurs supervisé par l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER)¹²⁶. L'ACER peut émettre des avis concernant la conformité d'une décision prise par l'autorité nationale de régulation avec la directive et le règlement Electricité¹²⁷. Si l'autorité nationale ne se conforme pas à cet avis, l'ACER en informe la Commission et l'Etat membre concerné¹²⁸. En définitive, il revient à la Commission d'imposer les mesures requises pour l'intégration et l'harmonisation du marché intérieur de l'électricité¹²⁹.

3.4. *Autonomisation des consommateurs*

L'instauration d'un marché total et absolu implique la participation, la plus large possible, de tous les individus. A cette fin, il est essentiel que l'individu possède 1) toute l'information nécessaire et 2) la liberté de choix, dans le but de 3) le faire participer pleinement à la réalisation du marché. C'est précisément l'objectif de la directive Electricité.

¹²³ C.C, 18 novembre 2010, n°130/2010, B.5.

¹²⁴ C.C, 18 novembre 2010, n°130/2010, B.7.

¹²⁵ A.-S. RENNSON, « L'indépendance des autorités de régulation : la fin d'une controverse, observation sous C.C, arrêt n°130/2010, du 18 novembre 2010 », *J.T.*, Vol. 6435, n° 17, p. 350.

¹²⁶ Cette agence a été instituée par le Règlement (CE), 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, *J.O.U.E.*, L 211/1, 14 août 2009. En 2019, ce règlement a subi une refonte. Aujourd'hui, c'est le Règlement (UE) 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie, *J.O.U.E.*, L 158/22, 14 juin 2019 qui régit l'ACER.

¹²⁷ Art. 6, §5 du Règlement (UE) 2019/942.

¹²⁸ Art. 6, §5, *ibidem*.

¹²⁹ Considérant 72 et 73 du Règlement (UE) 2019/943.

Le « consommateur » ne fait pas l'objet d'une définition unifiée par un instrument de droit européen en matière d'électricité. La directive Electricité fait référence au « client » qui est soit un « client grossiste », une personne physique ou morale qui achète de l'électricité pour la revendre, soit un « client final », qui achète de l'électricité pour son propre usage, ou encore un « client résidentiel » qui achète de l'électricité pour sa propre consommation domestique¹³⁰. C'est ce dernier que nous sous-entendons dans la notion de « consommateur », en ce qu'il bénéficie de l'intégralité des mécanismes de protection institués par la directive.

La directive Electricité fait tout d'abord peser sur les Etats une obligation d'information générale du consommateur. Cette obligation est d'application dans le cadre du contrat conclu avec le fournisseur, dans les factures ou autres documents promotionnels du fournisseur. Les fournisseurs doivent également adresser aux consommateurs des informations transparentes relatives aux prix et aux tarifs pratiqués¹³¹ et doivent les aviser en temps utile et de manière transparente de tout ajustement de prix¹³².

Deuxièmement, les Etats ont l'obligation d'assurer aux clients, grossistes et finals, la liberté de choix du fournisseur¹³³. Il s'ensuit que les Etats doivent veiller à accorder le droit de changer de fournisseur sans discrimination en matière de coûts, d'efforts et de temps¹³⁴. Les factures doivent également contenir des informations permettant aux consommateurs de comparer leurs arrangements en cours avec d'autres offres¹³⁵ et les Etats doivent mettre en place gratuitement un outil de comparaison des offres des fournisseurs, qui couvre l'ensemble du marché¹³⁶.

Troisièmement, la directive Electricité accorde une place essentielle à la participation des consommateurs dans la transition énergétique en leur demandant de gérer « leur consommation d'énergie rationnellement de manière à faire des économies et à contribuer à la réduction globale de la consommation d'énergie ». Un élément novateur en la matière est la participation active des consommateurs, en d'autres termes « le changement qu'apporte le client final à sa charge d'électricité par rapport à son profil de consommation habituel pour réagir aux signaux du marché, y compris à des variations de prix d'électricité en fonction du moment [...] »¹³⁷. A cette fin, la directive introduit la notion de « client actif », qui vise tout client ou groupe de clients

¹³⁰ Art. 2, 1), 2) et 4) de la Directive (UE) 2019/944

¹³¹ Art. 10, §5 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³² Art. 10, §4 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³³ Art. 4 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³⁴ Art. 12 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³⁵ Considérant 48 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³⁶ Art. 14 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³⁷ Art. 2, 20) de la Directive (UE) 2019/944.

finals qui produisent de l'électricité à des fins de consommation propre ou de vente en dehors de toute activité commerciale ou professionnelle. Cette autoconsommation, individuelle ou collective, ne peut être soumise à des exigences techniques disproportionnées ou discriminatoires, ni à des redevances d'accès au réseau qui n'en reflèteraient pas les coûts¹³⁸.

Par ailleurs, pour que les consommateurs puissent davantage gérer leur consommation, la directive Electricité prévoit l'accès de ces derniers à un système intelligent de mesure, un compteur digital qui fournit davantage d'informations qu'un compteur classique sur les flux de consommation et d'injection d'énergie dans le réseau¹³⁹. Ces compteurs peuvent donner lieu à un contrat d'électricité à tarification dynamique, permettant d'ajuster la consommation en fonction des signaux de prix en temps réel reflétant la valeur et le coût de l'électricité ou de son transport à des moments différents ¹⁴⁰.

4. Conclusion

Pour faire du Marché le principe général de régulation économique, il faut d'abord faire *comme si* l'électricité était une marchandise. L'économie de marché repose donc avant tout sur une fiction juridique qui permet de soumettre ce secteur à la concurrence, et d'entraîner la destruction des entreprises monopolistiques qui présidaient le secteur jusque-là, obstacle fondamental au paradigme du marché. Or, la nature du courant électrique requérant le transport par un réseau, l'activité de monopole est seulement tolérée uniquement pour le transport et la distribution, à condition de faire l'objet d'un contrôle rigoureux par le régulateur du marché, *i.e.* l'autorité nationale de régulation qui la certifie et approuve ses tarifs. Au nom de l'efficacité de la régulation économique cette autorité exerce ses missions indépendamment des Etats. Tous les individus peuvent participer au marché, en adaptant leur comportement et donc leur consommation en fonction des signaux de prix. Enfin, c'est la technologie qui rend possible la réalisation du marché puisque tant les marchés de gros que les marchés de détail n'existent pas dans la réalité physique. En effet, deux entreprises connectées à la même ligne haute tension ou à la même ligne de distribution reçoivent la même électricité du même réseau. La création de

¹³⁸ Art. 15 de la Directive (UE) 2019/944.

¹³⁹ Art. 19, art. 20, art. 21 et art. 2 de la Directive (UE) 2019/944. ; V. DEBLOCQ, « Compteurs intelligents (smart meters) », disponible sur <https://www.febeq.be>, s.d., consulté le 7 août 2023. ; Avis de la Commission européenne en application de l'article 20, paragraphe 7, du règlement (UE) 2019/943 concernant les résultats des rapports de suivi présentés par la Belgique, la Pologne, l'Irlande et la Lituanie, C(2022) 9059 final, 12 décembre 2022.

¹⁴⁰ Art. 11, art. 2 et considérant 37 de la Directive (UE) 2019/944. ; X, « Les tarifs dynamiques : de quoi s'agit-il et sont-ils avantageux pour les indépendants et les entreprises ? », disponible sur <https://lumiworld.luminus.be/fr/>, 10 mai 2022.

marché de gros nécessite donc « un appareillage central d'identification et de comptage permettant de faire correspondre, aux flux réels du réseau, des paires contractuelles d'acheteurs et de vendeurs »¹⁴¹ et « une autorité centrale qui garantit l'équilibre local entre les capacités des lignes du réseau et le volumes des flux qui y transite, qui maintient l'équilibre global entre toute la production et toute la consommation »¹⁴². Il en va de même pour le réseau local de distribution, pour lequel un appareillage d'information, de comptage et de codage permet de départager les consommateurs en entités distinctes, auxquelles s'appliqueront des tarifs et des règles différentes en fonction des contrats souscrits.

Dès lors, on observe que le droit européen, suivant la logique de la doctrine *Law & Economics*, s'est employé à créer les conditions artificielles de marché, à l'encontre de la réalité physique de choses. Ce marché est régulé par une autorité émancipée des contraintes de contrôles démocratique nuisant à son efficacité et s'étend à tous les individus, en leur fournissant les informations et les prérogatives qui leur permettent d'adapter leur comportement aux signaux de prix qu'ils reçoivent et de naviguer dans le marché en fonction de leurs intérêts.

5. La proposition de réforme du marché de l'électricité

Le Marché ne peut tout prévoir, tout englober, et ne peut empêcher la survenance d'évènements extérieurs remettant en cause son équilibre. La flambée des prix de l'énergie vécue ces deux dernières années a une grande probabilité de se reproduire et de persister pendant plusieurs années¹⁴³. C'est pourquoi la Commission européenne a proposé une réforme du marché de l'électricité, afin de répondre « aux préoccupations des consommateurs, de l'industrie et des investisseurs concernant l'exposition à la volatilité des prix à court terme »¹⁴⁴.

La Commission part du constat que la volatilité des prix de l'électricité est due à l'instabilité des prix des combustibles fossiles¹⁴⁵. Par conséquent, le but principal de cette réforme est d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables, considérées plus résistantes à la hausse

¹⁴¹ J.-M. GLACHANT, « L'eupérisation des entreprises de l'électricité : modèle de marché ou modèle intégré », *Réalités industrielles*, novembre 2007, p. 99.

¹⁴² J.-M. GLACHANT, *ibidem*.

¹⁴³ S. PRAK, « Les prix du gaz resteront élevés jusqu'en 2027, selon Engie », disponible sur <https://www.capital.fr/>, 6 juillet 2023. ; X, « Alexander De Croo : « Les cinq à dix prochains hivers seront difficiles » », disponible sur <https://www.lesoir.be/>, 22 août 2022.

¹⁴⁴ Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) 2019/943 et (UE) 2019/942 ainsi que les directives (UE) 2018/2001 et (UE) 2019/944 afin d'améliorer l'organisation du marché de l'électricité de l'Union, COM(2023) 148 final, 14 mars 2023, p.3.

¹⁴⁵ Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen, précitée, *ibidem*.

générale des prix, compte tenu de leurs faibles coûts d'exploitation, et qui de surcroît s'alignent avec l'objectif de décarbonisation des économies¹⁴⁶.

La Commission recommande l'utilisation de deux instruments d'investissement dans les énergies renouvelables : l'accord d'achat d'électricité (AAE) et le contrat d'écart compensatoire bidirectionnel. Le contrat d'achat d'électricité est un accord à long terme (souvent entre 10 et 20 ans) entre un fournisseur ou un consommateur et un producteur d'énergie renouvelable, qui garantit l'achat d'électricité au producteur malgré l'intermittence de sa production¹⁴⁷. Par exemple, en Belgique, Google a conclu ce type de contrat avec Engie pour la construction d'éoliennes offshore afin d'alimenter son centre de données¹⁴⁸. Selon la Commission, grâce à ce type de contrat, « les investisseurs privés contribuent au déploiement des énergies renouvelables et à faible émission de carbone tout en fixant des prix de l'électricité bas et stables à long terme »¹⁴⁹. D'autre part, le contrat d'écart compensatoire bidirectionnel est un contrat à long terme entre un producteur d'énergie renouvelable et une entité publique, au terme duquel les producteurs vendent leur énergie sur le marché en échange d'un prix garanti par l'Etat ; si le prix convenu est supérieur au prix du marché, le producteur reçoit une contrepartie de la part de l'Etat. Mais dans le cas contraire c'est lui qui versera cette contrepartie à l'Etat¹⁵⁰.

Par ailleurs, la réforme impose aux Etats de veiller à ce que tous les clients finals puissent demander à leur fournisseur la conclusion d'un contrat d'électricité à prix fixe pour une durée d'au moins un an¹⁵¹. La Commission souhaite ainsi instaurer une mesure de protection minimale des consommateurs.

Elle encourage également le partage d'énergie renouvelable entre les consommateurs, sur base d'accords privés et/ou par l'intermédiaire d'une personne morale, pour « faciliter l'accès direct aux énergies renouvelables pour [ceux] qui n'y auraient pas accès ». Enfin, la

¹⁴⁶ Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen, précitée, p. 3.

¹⁴⁷ W. HOGAN, *et al.*, « Remise du rapport du groupe académique international à la CRE « Au-delà de la crise ; repenser le marché électrique européen » pour la Commission de régulation de l'énergie », disponible sur <https://cadmus.eui.eu/>, s.d., consulté le 15 août 2023, p. 21.

¹⁴⁸ X, « Qu'est-ce qu'un Power Purchase Agreement (PPA) ? », disponible sur <https://www.next-kraftwerke.be/en>, s.d., consulté le 15 août 2023.

¹⁴⁹ Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen précitée, p. 30.

¹⁵⁰ D. BUREAU, J.-M. GLACHANT et K. SCHUBERT, « Le triple défi de la réforme du marché européen de l'électricité », disponible sur <https://www.cae-eco.fr/>, 21 mars 2023, p. 9.

¹⁵¹ Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen, précitée, p.49.

Commission suggère une sorte de sonnette d'alarme, par l'insertion de l'article 66 bis dans le règlement Electricité permettant de déclarer une « crise des prix de l'électricité » dans certaines conditions¹⁵². Une fois cette crise déclarée, l'Etat est autorisé à intervenir sur le marché et à fixer des prix réglementés pour la fourniture d'électricité aux ménages, ainsi que les petites et moyennes entreprises.

Cependant, la réforme ne modifie pas la règle de préséance économique, selon laquelle les centrales de production d'électricité sont enclenchées de la moins chère à la plus chère¹⁵³. La dernière appelée définit le coût marginal de production. Selon la théorie de l'équilibre du marché, tout bien ou service ne peut être vendu à un prix inférieur au coût marginal de production¹⁵⁴, c'est-à-dire, le point d'équilibre entre l'offre et la demande. Par conséquent, le cours de l'électricité est lié à la dernière centrale appelée. En l'occurrence, il s'agit des centrales à gaz, présentant les coûts de fonctionnement les plus élevés¹⁵⁵.

Dès lors, on peut se poser la question de l'impact réel pour le consommateur du développement de énergies renouvelables sur la construction du prix du marché. La Commission semble avoir pris conscience des limites du marché. Elle prend des mesures visant à le réinscrire dans un temps un plus long et accepte l'intervention des pouvoirs publics dans une situation de crise. Cependant, elle ne modifie pas la structure fondamentale de la réglementation par le marché.

¹⁵² Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen, précitée p. 54 : sur les marchés de gros, des prix atteignant deux fois et demie le prix moyen des cinq dernières années et sur le marché de détail, une hausse de 70% qui dure pendant au minimum 6 mois.

¹⁵³ Communication de la commission européenne – Commission staff working document. Reform of Electricity Market Design, SWD (2023) 58 final, 14 mars 2023, p. 7 à 8.

¹⁵⁴ J.-P. HANSEN, « La vraie nature... », *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁵ M. LAMOUREUX, « Prix de l'énergie : qu'est-ce que le « bouclier tarifaire » et comment le financer ? », disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/>, 27 septembre 2022.

Conclusion

Selon la pensée économique néoclassique, dans un monde régi par la concurrence parfaite entre des individus omniscients et rationnels, les comportements de ces derniers se régulent par le seul mécanisme des prix. Les économistes de Chicago entreprirent de fonder le droit sur cet idéal, le vidant de sa substance en le réduisant à un instrument d'échange destiné à maximiser l'utilité des contractants. C'est uniquement lorsque le marché présente des « défaillances », par exemple en raison des propriétés physiques d'une activité, que le droit retrouve un rôle d'autorité, à condition de se fonder sur l'efficacité et de mettre en œuvre le marché qui aurait présidé sans ces défaillances.

C'est notamment le rôle qu'a endossé le droit européen dans la construction d'un marché intérieur de l'électricité. La séparation des activités de production et de fourniture pouvant être soumises à la concurrence, de l'activité de transport de nature monopolistique, supervisée par une autorité de régulation qui ne répond plus devant le pouvoir exécutif, témoigne du « glissement d'une légitimité politique vers une légitimité fondée sur l'efficacité économique de la régulation ou, autrement dit, vers une légitimité de marché¹⁵⁶ ».

Or, les prémisses sur lesquels se fonde la légitimité de marché peuvent être remis en cause.

Premièrement, la démonstration de l'équilibre général d'Arrow et Debreu n'est *in fine* qu'une formule mathématique. Elle a été contestée par d'autres mathématiciens, tels que Sonnenschein et Kirman, qui ont estimé que la recherche de l'explication des phénomènes économiques à partir des comportements maximisateurs était une impasse¹⁵⁷. Cette position est toutefois demeurée largement minoritaire.

Deuxièmement, l'hypothèse d'un marché parfait et complet qui rend compte de *tous les prix* d'équilibre, pour *tous* les biens, *toutes* les périodes et *tous* les états du monde possible, prétend à une application intemporelle et exhaustive. Or, dans le monde réel et physique, il est impossible de faire disparaître le futur.

Troisièmement, l'économie de marché réduit l'être humain à un homo economicus, individu égoïste qui cherche uniquement à maximiser ses intérêts de manière individuelle et rationnelle, indépendamment des autres et au moindre coût. La théorie des jeux de Tucker démontrerait

¹⁵⁶ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, n°143, p. 643.

¹⁵⁷ PIGNOL C., *op. cit.*, p. 11-12.

l'incapacité de coopérer des individus sous l'emprise de la poursuite exclusive leurs intérêts. Cette logique utilitariste réfute toute considération de justice, de devoir, ou d'honneur et compte la valeur de la parole donnée pour zéro. Incommensurables, ces valeurs ne peuvent faire l'objet d'un calcul et en sont donc écartées.

Par la mise en œuvre d'un tel paradigme de marché, la Commission participe à mettre en place l'ordre global du marché. On retrouve un mécanisme similaire au sein d'autres instances économiques, qui, bien qu'elles ne fassent pas l'objet d'une délégation de souveraineté explicite, ont un tel pouvoir de fait et parviennent au même résultat. Par exemple, c'est le cas du FMI et de la Banque Mondiale par l'effet de programmes d'ajustements structurels en contrepartie d'aides financières, qui imposent l'ouverture de l'économie des Etats¹⁵⁸.

Nul ne pourrait cependant contester que, face aux crises économiques, énergétiques, climatiques, alimentaires, symptômes de la globalisation, « l'extension au monde entier d'un ordre spontané de Marché que les Etats ne doivent pas contrarier, mais bien au contraire relayer et mettre en œuvre [...] »¹⁵⁹, il serait souhaitable de changer de paradigme. L'énergie en particulier semble un terrain propice pour cette expérimentation. De par sa nature, il nous semble que seule une gestion *collective*, dans l'intérêt de la *communauté* pourra faire face aux défis climatiques et sociétaux qui s'annoncent. Il est donc primordial de redonner au Droit¹⁶⁰ sa fonction de sens, de direction d'une communauté humaine. Alors, à la suite de la théorie économique du droit, à la suite de la théorie du droit global, pourrait-on imaginer construire une théorie juridique du bien commun ?

¹⁵⁸ B. FRYDMAN, « le droit comme matière première et produit fini », *A qui profite le droit ?*, A. Bailleux (dir.), Limal, Anthemis 2020, p. 32.

¹⁵⁹ A. SUPIOT, *La gouvernance... op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁰ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Lonrai, Points, 2009, p. 25 à 27.

Bibliographie

Législation

Législation européenne

Droit primaire

- Acte unique européen, *J.O.C.E.*, L 169, 29 juin 1987.
- Traité de la Communauté européenne, fait à Rome, le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *M.B.*, 25 décembre 1957.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

Règlements

- Règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.*, L 158, 14 juin 2019.
- Règlement (UE) 2019/942 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 instituant une agence de l'Union Européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie, *J.O.U.E.*, L 158/22, 14 juin 2019.

Directives

- Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, *J.O.U.E.*, L 158, 14 juin 2019.
- Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.*, L 211, 14 août 2009.

Législation belge

- Loi du 10 mars 1925 sur les distributions électriques, *M.B.*, 25 avril 1925.
- Loi du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 13 août 1988.

Documents parlementaires

- Projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1998-1999, n°1933/1.
- Proposition de loi portant scission et démantèlement de l'intégration verticale de la société Electrabel SA, portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, et abrogeant la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales, développement, *Doc.*, Sén., 2004-2005, séance du 24 mai 2005, n°3-1201/1.

Jurisprudence

Arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne

- C.J.C.E., arrêt *Costa c. E.N.E.L*, 15 juillet 1964, C-6/63, EU:C:1964:66.
- C.J.C.E., arrêt *Commission des communautés européennes c. Italie*, 10 décembre 1968, C-7/68, EU:C:1968:51.
- C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 23 octobre 1997, C-158/94, EU:C:1997:500.
- Av. gén. M. DAMON, concl. préc. C.J., arrêt *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avril 1994, C-393-92, EU:C:1994:171.
- C.J.C.E., *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 27 avril 1994, C-393-92, EU:C:1994:171.
- C.J.C.E., arrêt *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes*, 14 février 1978, 27/26, EU:C:1978:22.

Arrêt de la Cour constitutionnelle

- C.C, 18 novembre 2010, n°130/2010.

Arrêt de la Cour de Cassation

- Cass. (2e ch.), 20 juin 1934, Pas., I, 1934, p. 332 à 334.

Jurisprudence étrangère

- Supreme Court of the United States, « US Reports : Munn v. Illinois », *U.S Reports*, Vol. 94, 1877.
- Supreme Court, *United States v. Terminal Association of St. Louis*, 1912, 224 US 383.
- United States Court of Appeal for the Seventh Circuit, *MCI v. AT&T*, 1983, 708 F.2d 1081.

Doctrine

Ouvrages

- DELEPLACE G., *Histoire de la pensée économique*, Paris, Dunod, 2018.
- EBER N., *Le dilemme du prisonnier*, Paris, La Découverte, 2006.
- FRYDAMN B., *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- GUILLEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- HANSEN J.-P., *La vraie nature du marché*, Bruxelles, De Boeck, 2012.
- HANSEN J.-P. et PERCEBOIS J., *Energie. Economie et politiques*, Bruxelles, De Boeck, 2014.
- HANSEN J.-P. et PERCEBOIS J., *Transition(s) électrique(s). Ce que l'Europe et les marchés n'ont pas su vous dire*, Paris, Odile Jacob, 2017.
- HAYEK F. A., *L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, 1983.
- HENRY G.-M., *Histoire de la pensée économique*, Paris, Armand Colin, 2009.
- JAUMOTTE C., *Les mécanismes de l'économie*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck, 2015.

- KLEIN N., *The shock doctrine : the rise of disaster capitalism*, London, Penguin, 2008.
- LABARTHE D., *Quelle nouvelle politique de l'énergie pour l'Union européenne ?*, Paris, l'Harmattan, 2016.
- MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- SUPIOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Lonrai, Points, 2009.
- SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes, Pluriel, 2020.
- SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- TALU, *Introduction to EU energy law*. Oxford, Oxford University Press, 2016.
- VALDÉS J. G., *Pinochet's Economists The Chicago School of Economics in Chile*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- WILLIAMSON O., *The economic institutions of capitalism*, New York, The Free Press, 1985.

Articles de revues

- ARROW K. J. et DEBREU G., « Existence of an equilibrium for a competitive economy », *Econometrica*, 1954, n°3, p. 265 à 290.
- BATOR F. M., « The anatomy of market failure », *The Quarterly Journal of Economics*, 1958, n°3, p. 351 à 379.
- BAUBY P., « La gouvernance des entreprises publiques en situation de monopole », *CIRIEC Working papers*, 2020, n°7, p. 3 à 28.
- BERTRAND E. et DESTAIS C., « Le 'théorème de Coase', une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publiques », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2022, n°2, p. 111 à 124.
- BOITEUX M., « L'électricité entre concurrence et monopole », *Economie publique/Public economics*, 2004, n°1, p. 1 à 10.
- BRION R. et MOREAU J.-L., « La production et la distribution électriques en Belgique », *Des Usines et des hommes*, vol.4, 2013, p. 22 à 35.
- CHASERANT C., « Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *L'Actualité économique*, 2007, n°2, p. 227 à 253.
- COASE R. H., « The Federal Communications Commission », *The Journal of Law & Economics*, 1959, vol. 2, p. 1 à 40.
- COASE R. H., « The Nature of the Firm », *Economica*, n°16, 1937, p. 386 à 405.
- COASE R. H., « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law & Economics*, 2013, n°4, p. 427 à 437.
- DAHLMAN C. J., « The Problem of Externality », *The Journal of Law & Economics*, 1979, n°1, p. 141 à 162.
- DECLERCQ C. et VINCENT Q., « L'ouverture du marché de l'électricité. 1. Le cadre institutionnel », *CRISP*, n° 1684, 2000, p. 1 à 53.
- DEMSETZ H., « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 1967, n°2, p. 347 à 359.
- DEMSETZ H., « Why Regulate Utilities », *Journal of Law and economics*, 1968, n°1, p. 55 à 65.

- ECKERT G., « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, n°143, p. 629 à 643.
- EISING R. et JABKO N., « National Interests and Electricity. Libéralization in the European Union », *Comparative Political Studies*, 2001, n°7, p. 742 à 767.
- GLACHANT J.-M., « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002, n°3, p. 425 à 435.
- GLACHANT J.-M., « L'euro-périsation des entreprises de l'électricité : modèle de marché ou modèle intégré », *Réalités industrielles*, novembre 2007, p. 98 à 101.
- JENSEN M. et MECKLING W., « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, n°4, 1976, p. 305 à 360.
- KUBLER J., « Elaboration en France du droit de l'électricité 1890-1912 : la nature juridique de l'électricité au regard des théories scientifiques », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n°21, 1993, p. 115 à 142.
- LANTIER P., « Les autorités publiques et l'électrification, de 1870 à 1940. Une comparaison européenne », *Annales historiques de l'électricité*, n°4, 2006, p. 125 à 144.
- PIGNOL C., « La théorie de l'équilibre général », *Idées économiques et sociales*, 2017, n°190, p. 78 à 79.
- POSNER R., «The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry », *The Bell Journal of Economics*, 1972, n°1, p. 98 à 129.
- RENNSON A.-S., « L'indépendance des autorités de régulation : la fin d'une controverse, observation sous C.C, arrêt n°130/2010, du 18 novembre 2010 », *J.T.*, Vol. 6435, 2011, n° 17, p. 348 à 350.
- TRAN L., « Herbet Simon et la rationalité limitée », *Regards croisés sur l'économie*, 2018, n°22, p. 54 à 55
- TUCKER A. W., « The Mathematics of Tucker : A Sampler », *The Two-Year College Mathematics Journal*, 1983, n°3, p. 228 à 232.
- WILLIAMSON O., « Franchise Bidding for Natural Monopolies-in General and with Respect to CATV », *The Bell Journal of Economics*, 1976, n°1, p. 73 à 104.

Contribution à un ouvrage collectif

- FRYDMAN B., « le droit comme matière première et produit fini », *A qui profite le droit ?*, A. Bailleux (dir.), Limal, Anthemis 2020.
- GUERRIEN B. et PIGNOL C., « La théorie de l'équilibre général depuis 1939 », *Nouvelle histoire de la pensée économique*, A. Béraud et G. Faccarello, vol. 3, Paris, La Découverte, 2000.

Encyclopédies

- UNION EUROPÉENNE, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne : antitrust et contrôle des opérations de concentration*, Luxembourg, Commission européenne, 2002.

Articles de presse

- BUREAU D., J.-M. GLACHANT et K. SCHUBERT, « Le triple défi de la réforme du marché européen de l'électricité », disponible sur <https://www.cae-eco.fr/>, 21 mars 2023.

- BUTLER E., « About the Mont Pelerin Society. A short History of the Mont Pelerin Society », disponible sur <https://www.montpelerin.org>, s.d., consulté le 10 août 2023.
- DEBLOCQ V., « Compteurs intelligents (smart meters) », disponible sur <https://www.febeg.be>, s.d., consulté le 7 août 2023.
- DENORD F., « La déferlante néolibérale des années 1980 », disponible sur <https://www.monde-diplomatique.fr/>, s.d., consulté le 10 août 2023.
- HOGAN H., *et al.*, « Remise du rapport du groupe académique international à la CRE « Au-delà de la crise ; repenser le marché électrique européen » pour la Commission de régulation de l'énergie », disponible sur <https://cadmus.eui.eu/>, s.d., consulté le 15 août 2023,
- LAMOUREUX M., « Prix de l'énergie : qu'est-ce que le « bouclier tarifaire » et comment le financer ? », disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/>, 27 septembre 2022.
- ROBERFROID A., « Guerre en Ukraine : la Russie coupe les gazoducs Nord Stream pour 10 jours, l'Europe bascule dans l'inconnu », disponible sur <https://www.rtf.be/>, 11 juillet 2022.
- STATBEL, « Production brute d'électricité 2022 », disponible sur <https://statbel.fgov.be>, s.d., consulté le 3 août 2023.
- VANDEN DRIESSCHE M., « Naissance Electrabel : le bébé pèse plus de 200 milliards », disponible sur <https://www.lesoir.be>, 8 juin 1990.
- X, « L'Europe peut-elle se passer du gaz russe ? », disponible sur <https://france.representation.ec.europa.eu/>, 20 octobre 2022.
- X, « Les tarifs dynamiques : de quoi s'agit-il et sont-ils avantageux pour les indépendants et les entreprises ? », disponible sur <https://lumiworld.luminus.be/fr/>, 10 mai 2022.
- X, « Qu'est-ce qu'un Power Purchase Agreement (PPA) ? », disponible sur <https://www.next-kraftwerke.be/en>, s.d., consulté le 15 août 2023.

Autres documents :

- Communication de la Commission européenne - Livre vert: Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement énergétique, COM(2000) 769 final, 29 novembre 2000, p. 62.
- Avis de la Commission européenne en application de l'article 20, paragraphe 7, du règlement (UE) 2019/943 concernant les résultats des rapports de suivi présentés par la Belgique, la Pologne, l'Irlande et la Lituanie, C(2022) 9059 final, 12 décembre 2022.
- Communication de la commission européenne - Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) 2019/943 et (UE) 2019/942 ainsi que les directives (UE) 2018/2001 et (UE) 2019/944 afin d'améliorer l'organisation du marché de l'électricité de l'Union, COM(2023) 148 final, 14 mars 2023.