

Légalité du soutien apporté par l'État français à EDF concernant Hinkley Point C

Jon Turner QC, Ben Rayment et Julian Gregory – 19 avril 2016

Introduction et résumé

1. Nous avons été sollicités par Harrison Grant au nom de Greenpeace et d'Ecotricity afin de donner notre avis sur la légalité du soutien apporté par le gouvernement français à EDF concernant le projet de construction de deux nouveaux réacteurs nucléaires à Hinkley Point dans le Somerset (ci-après « le projet ») au regard de la réglementation de l'Union européenne relative aux aides accordées par les États¹. Tout soutien de cette nature viendrait en supplément de l'aide déjà considérable apportée au projet par le gouvernement du Royaume-Uni et approuvée par la Commission européenne (ci-après « la Commission »).

2. Nous considérons que :

- a. Toute mesure prise par le gouvernement français pour recapitaliser EDF afin de permettre à l'entreprise de participer au projet d'Hinkley Point, notamment en renonçant à encaisser son dividende en numéraire, s'apparenterait probablement à une aide d'État telle que définie par la réglementation européenne. Nous ne voyons aucune raison évidente qui pousserait un actionnaire privé à agir ainsi dans les circonstances actuelles et, à notre connaissance, la proposition du gouvernement français n'a d'ailleurs pas été présentée en ces termes. Des considérations similaires s'appliquent à d'autres méthodes de recapitalisation à l'étude.
- b. Si le gouvernement français notifiait formellement son soutien en tant qu'aide d'État, la Commission pourrait déclarer cette démarche compatible avec les règles du marché intérieur à condition de remplir certains critères, notamment ceux de répondre à un « objectif autorisé » et d'être « proportionnée ». Toutefois, la Commission a approuvé le soutien accordé par le gouvernement britannique seulement après que le niveau d'aide ait été revu à la baisse, ce qui indique que toute aide supplémentaire de la part du gouvernement français ne serait probablement pas considérée comme « proportionnée ».
- c. L'entreprise EDF prendrait des risques commerciaux considérables si elle décidait d'investir dans le projet en comptant sur une aide de l'État français qui n'aurait pas été notifiée à la Commission, une aide d'État ne pouvant être légalement accordée sans l'autorisation préalable de la Commission et après investigation. Si l'État français prenait une telle mesure sans la notifier à la Commission, des parties tierces pourraient demander à la Commission d'ouvrir une enquête, voire contester la légalité de cette mesure devant un tribunal national.

Si l'aide en question s'avère constituer une aide d'État (non autorisée), la Commission pourrait exiger sa restitution. EDF pourrait alors se voir contrainte de

¹ Définies à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

rembourser des milliards d'euros à l'État français et, en raison d'une perte de capital, de se retirer du projet.

Contexte factuel et juridique

Contexte factuel

3. En 2008, les gouvernements français et britannique annoncent la conclusion d'un accord portant sur la construction de centrales nucléaires nouvelle génération. Dans la liste publiée deux ans plus tard, Hinkley Point figure parmi les huit sites pressentis. En 2011, EDF présente son plan de construction d'un nouveau réacteur sur ce site. En octobre 2013, le gouvernement britannique et EDF conviennent que l'entreprise responsable du projet, à l'époque une filiale à 100 % d'EDF, s'est vu garantir le prix de 92,50 GBP (environ 116 euros) par mégawattheure produit par la centrale d'Hinkley Point pendant 35 ans. Le Trésor public britannique accorde également à cette entreprise une garantie de crédit d'État sur la dette qu'elle cherchera à contracter aux fins de la construction de la centrale (jusqu'à 17 milliards GBP, soit environ 21,3 milliards d'euros).
4. Le gouvernement britannique notifie ensuite ces mesures à la Commission qui, en décembre 2013, ouvre une enquête afin de déterminer si elles sont compatibles avec les règles européenne en matière d'aides d'État. Dans une décision² du 8 octobre 2014, (ci-après « la décision »), la Commission conclut que ces mesures s'apparentent à une aide accordée par l'État. Celles-ci sont jugées compatibles avec les règles du marché unique mais uniquement après avoir été revues à la baisse par le gouvernement britannique. Cette décision est contestée devant la Cour européenne de justice par plusieurs parties intéressées, notamment le gouvernement autrichien et plusieurs entreprises des énergies renouvelables, au motif que l'aide serait « disproportionnée » au vu de ses possibles effets anti-concurrentiels sur les marchés de l'énergie³.
5. Le gouvernement français, qui détient 85 % des parts d'EDF, espérait au départ que des investisseurs privés soutiendraient le projet. Mais ses espoirs ont été déçus : le seul autre investisseur est la China General Nuclear Power Corporation (CGN), entreprise publique contrôlée par le gouvernement chinois.
6. EDF doit encore prendre sa décision finale d'investissement concernant sa participation au projet d'Hinkley Point. Comme nous le montrons ci-dessous, EDF fait actuellement face à diverses pressions financières et a besoin de capitaux supplémentaires pour mener à bien ses projets. L'entreprise doit pouvoir lever des fonds en cédant tout ou partie de sa branche spécialisée dans le transport de l'énergie (RTE) et d'autres actifs (aux conditions du marché pour qu'une telle cession ne s'apparente pas à une aide d'État). Cependant, il semblerait que de telles

² Décision du 8 octobre 2014 SA.34974 (2013/C), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?qid=1461146147683&uri=CELEX:32015D0658&from=en>

³ Voir les affaires n° T-365/15 et T-382/15

cessions d'actifs ne seraient probablement pas suffisantes, et en mars 2016, la presse affirmait qu'EDF ne serait pas en mesure de confirmer sa participation au projet à moins d'être recapitalisée au moyen d'une aide supplémentaire de la part du gouvernement français

7. Nous ne commentons pas ici les mesures, quelles qu'elles soient, qui pourraient être prises par le gouvernement français pour répondre aux autres préoccupations financières d'EDF ; notre avis concerne la légalité des mesures, quelles qu'elles soient, que pourrait prendre le gouvernement français pour recapitaliser EDF, dans la mesure où elles seraient liées au projet d'Hinkley Point. Il semble clair que la nécessité de recapitaliser EDF soit en grande partie imputable au projet d'Hinkley Point, et que le niveau de recapitalisation requis soit plus important en raison de l'ambition d'EDF de participer à ce projet.
8. Le projet d'Hinkley Point pèse très lourd dans le bilan d'EDF, et dans le cadre de son enquête sur l'aide d'État accordée par le Royaume-Uni, la Commission a demandé à EDF et à d'autres investisseurs de prévoir jusqu'à 24,5 milliards de GBP (environ 30,7 milliards d'euros) sous forme de « capital conditionnel » (*contingent equity*), dont environ 16 milliards de GBP (environ 20 milliards d'euros) pour EDF, soit plus des trois quarts de la valeur boursière de l'électricien⁴.
9. Ce sont les conséquences financière de sa participation au projet qui ont conduit EDF à demander un soutien supplémentaire au gouvernement français. Le 11 mars 2016, le PDG d'EDF a déclaré dans une lettre adressée au personnel de l'entreprise : « En ce qui concerne Hinkley Point C [...] nous négocions actuellement avec l'État pour obtenir des engagements de sa part nous permettant de sécuriser notre situation financière. Il est clair que je n'engagerai pas EDF dans ce projet tant que ces conditions ne seront pas réunies. Nous avons déjà obtenu que la totalité du dividende de l'année 2015 soit versée à l'État en actions et non pas en numéraire, ce qui représente 1,8 milliard de capitaux propres supplémentaires pour EDF. Ces discussions se poursuivent... ».
10. De plus, il semble que le gouvernement français soit disposé à recapitaliser EDF spécifiquement dans le but de lui permettre de prendre part au projet d'Hinkley Point. Le 17 mars 2016, Emmanuel Macron, ministre de l'Économie, aurait déclaré : « S'il y a besoin de recapitaliser [EDF], nous le ferons [...] S'il y a besoin de renoncer encore aux dividendes, nous le ferons [...] Si l'on croit au nucléaire, vous ne pouvez pas dire que vous ne participerez pas au plus grand projet du monde en matière nucléaire. Ne pas faire Hinkley Point serait une erreur ⁵»
11. Étant donné que les négociations sont toujours en cours au moment de la rédaction du présent avis, les détails des propositions de soutien envisagées ne sont pas

⁴ « [Hinkley Point is a costly mistake, but only France can pull the plug](#) », *The Guardian*, 14 mars 2016.

⁵ « [France agrees bailout for EDF to proceed with Hinkley Point C](#) », *The Guardian*, 17 mars 2016 ;

« [France pledges to help EDF make Hinkley Point happen](#) », Reuters, 17 mars 2016.

disponibles. Il est cependant possible d'identifier les éléments clés de ces propositions à la lecture des déclarations et informations publiées dans la presse⁶.

12. Sur la base de ces déclarations publiques, les modalités de soutien actuellement étudiées par le gouvernement français (outre l'approbation d'une cession d'actifs) semblent s'articuler autour de trois options :
- a) **Option 1** : verser à l'État des dividendes en actions et non en numéraire, éventuellement pendant plusieurs années ; cette option semble être considérée comme une aide d'État moins « sensible » par rapport à une injection directe de capital.
 - b) **Option 2** : augmenter la capitalisation d'EDF.
 - c) **Option 3** : accorder aux activités nucléaires d'EDF en France le même type de mécanisme de garantie de prix par le gouvernement britannique pour le projet d'Hinkley Point.

Dispositions juridiques pertinentes

13. La principale disposition juridique européenne relative à l'aide d'État est l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se rapporte aux aides accordées par les États sous quelque forme que ce soit qui faussent la concurrence (le concept d'« aide » étant plus large que celui de « subvention »⁷).
14. En résumé, une mesure est qualifiée d'aide d'État lorsqu'elle :
- a) confère un avantage économique au bénéficiaire ;
 - b) est accordée directement ou indirectement via les ressources de l'État (sous quelque forme que ce soit) et est imputable à l'État ;
 - c) favorise certaines entreprises ou certaines productions (critère dit de « sélectivité ») ;
 - d) est susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre les États membres (sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un effet réel).
15. Quelle que soit la forme de soutien accordée par le gouvernement français, le critère décrit au point b) serait certainement rempli, toutes les options envisagées engageant des fonds publics.
16. La question de savoir si les mesures de soutien envisagées par le gouvernement français constituent une aide d'État dépend donc des trois autres critères décrits au point 14). Nous tenterons d'apporter une réponse à cette question dans les deux prochaines sections. Dans la section suivante, nous nous efforçons de déterminer si l'État français pourrait légalement renflouer

⁶ « [EDF Chief's gambit suggests will get backing for Hinkley Point](#) », Reuters, 16 mars 2016) ; « [France agrees bailout for EDF to proceed with Hinkley Point C](#) », *The Guardian*, 17 mars 2016

⁷ Affaire n° 30/59. Arrêt de la Cour du 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

EDF en touchant ses dividendes sous forme d'actions et non en numéraire. D'autres formes potentielles de soutien sont ensuite analysées. Dans les deux dernières sections, nous évaluons la possibilité que l'aide d'État accordée à EDF par le gouvernement français soit déclarée compatible avec les règles du marché commun, et analysons ce qui pourrait arriver si un tel soutien était accordé à EDF sans que la Commission en soit notifiée.

Versement des dividendes en actions plutôt qu'en numéraire

Introduction

17. Comme décrit plus haut, le PDG d'EDF et le ministre français de l'économie ont suggéré que l'entreprise EDF pourrait obtenir les capitaux supplémentaires dont elle a besoin pour participer au projet d'Hinkley Point si l'État français percevait ses dividendes sous forme d'actions et non "en cash". Le gouvernement a déjà renoncé à ses dividendes en numéraire pour 2015, et si cette mesure était reproduite plusieurs années de suite, EDF aurait à sa disposition plusieurs milliards d'euros de capital supplémentaire.
18. Certains commentaires dans la presse suggèrent que cette forme d'aide d'État serait « moins sensible » qu'une injection directe de capital. Cependant, rien n'indique qu'une telle mesure n'enfreindrait pas les règles relatives aux aides d'État. D'après les informations dont nous disposons, nous considérons que cette mesure constituerait une aide accordée par l'État français à EDF.
19. L'existence d'un avantage économique pour le bénéficiaire constitue le premier critère à prendre en compte pour déterminer si une mesure constitue ou non une aide d'État. Dans le cas qui nous occupe, l'existence ou non de ce critère peut être déterminée en comparant le comportement de l'État avec celui d'un investisseur privé. Une injection de capital par l'État sera considérée comme une aide d'État si, au même moment, un investisseur privé recherchant un rendement normal, ne ferait pas un tel investissement⁸. Lors d'une précédente affaire, par exemple, le Tribunal de l'Union européenne a confirmé une décision de la Commission selon laquelle un investisseur privé n'aurait pas accepté de financer la dette d'une entreprise dans le but d'acquérir une partie de son capital social car l'endettement de l'entreprise était tel qu'un rendement normal des capitaux investis ne pouvait être escompté dans un délai raisonnable (il n'existait aucun plan de restructuration fiable qui aurait permis à l'entreprise de retrouver une certaine viabilité)^{9 10}.

⁸ Voir par exemple : Affaire n° C-142/87, Royaume de Belgique contre Commission des Communautés européennes, 1990, ECR I-959, § 22-29.

⁹ Voir par exemple : Affaire n° 152/99, Hijos de Andres Molina contre Commission des communautés européennes, 2002, ECR II3049, § 130-132.

¹⁰ Lorsque la position d'un État s'apparente à celle d'un créancier, la question est de savoir si l'entreprise bénéficie d'un avantage plus important que celui qu'elle aurait obtenu dans des conditions similaires de la part d'un créancier privé. Voir par exemple : Affaire C-256/97, DMT, 1999, ECR I2913, § 25 ; Affaire T-1/08, Buczek Automotive contre Commission européenne, 2011, ECR II-2107, § 70.

- 20.** La question n'est donc pas tant de savoir si le versement des dividendes en actions et non en numéraire est, dans l'absolu, une mesure que pourrait prendre un investisseur privé, mais plutôt de déterminer si un ou plusieurs actionnaires privés d'EDF détenant individuellement ou collectivement la grande majorité des actions d'EDF (soit une participation équivalente à celle de l'État français) seraient prêts à agir de même pour permettre à l'entreprise de participer au projet d'Hinkley Point, à la lumière des circonstances actuelles et notamment de la situation financière dans laquelle se trouve aujourd'hui EDF.
- 21.** Aux fins de notre analyse, nous partons de l'hypothèse que le projet pourrait être rentable pour EDF si tout se déroulait comme initialement prévu, et notamment si le réacteur était livré dans les temps et sans dépassement de budget. Cependant, pour les raisons décrites ci-après, il existe un risque réel pour que ces prévisions ne se réalisent pas, et l'échec du projet pourrait déstabiliser l'ensemble de l'entreprise. Comme l'a affirmé un spécialiste du financement des projets nucléaires, « poursuivre le projet d'Hinkley Point reviendrait à mettre en jeu l'ensemble de l'entreprise¹¹ », et « aucune entreprise normale ne prendrait un tel risque, même en escomptant réaliser un bénéfice élevé et prévisible dans le futur¹² ».

Facteurs pertinents pour un investisseur privé

- 22.** Certains risques sont communs à tous les projets de construction de réacteurs nucléaires. Dans sa décision du 8 octobre 2014¹³, la Commission a souligné que de tels investissements impliquaient d'importants risques liés à un coût du capital initial élevé, aux délais de construction et à la perspective éloignée d'un retour sur investissement. Peu d'instruments de couverture sont disponibles sur le marché pour gérer ce type de risques. De plus, il est toujours possible que le gouvernement du pays concerné décide de changer sa politique énergétique. L'analyse effectuée par la Commission indique « de façon raisonnablement fiable [...] que les investissements purement commerciaux dans de nouvelles capacités nucléaires n'auraient pas lieu à temps pour faire face aux besoins en politique énergétique actuels du Royaume-Uni en l'absence d'aide d'État¹⁴. » Le fait que la Commission ait estimé que des investisseurs privés ne seraient pas prêts à financer la construction d'un réacteur nucléaire dans les délais escomptés par le Royaume-Uni montre que les actionnaires privés ne seraient pas disposés à renoncer à leurs dividendes en numéraire au profit d'actions dans le but de garantir à EDF le capital nécessaire à sa participation au projet d'Hinkley Point.

¹¹ « [Why Hinkley Point C is in trouble](#) », blog de Simon Taylor, directeur du master Finances de l'université de Cambridge, 21 février 2016.

¹² « [Hinkley Point is a costly mistake, but only France can pull the plug](#) », *The Guardian*, 14 mars 2016.

¹³ Décision du 8 octobre 2014 SA.34974 (2013/C)/

¹⁴ Décision du 8 octobre 2014 SA.34974 (2013/C)/, § 382-384 et 390.

- 23.** De plus, l'actionnaire privé qui envisagerait une telle mesure tiendrait compte d'un certain nombre de caractéristiques spécifiques à EDF et au projet d'Hinkley Point, notamment certains faits survenus depuis la décision de la Commission de 2014 qui ont aggravé la situation financière d'EDF. Ces facteurs rendent encore moins probable la possibilité qu'un investisseur privé détenant une participation majoritaire dans EDF prenne les mesures envisagées à l'heure actuelle par le gouvernement français.
- 24.** Les finances d'EDF sont mal en point. L'électricien présente un endettement plus de deux fois supérieur à sa valeur boursière¹⁵, et il a dû emprunter pour payer les dividendes de ses actionnaires ces quatre dernières années¹⁶. Après déduction des dividendes, EDF affichait un cashflow (*cashflow*) négatif de plus de trois milliards d'euros en 2015¹⁷. Ses perspectives financières se sont détériorées l'an dernier, la chute des prix de l'énergie ayant diminué ses revenus¹⁸. Au cours des prochaines années, EDF va devoir réaliser des investissements substantiels (ne concernant pas le projet d'Hinkley Point) : 55 milliards d'euros environ pour la mise ne conformité de son parc nucléaire vieillissant ; cinq milliards d'euros pour le déploiement des compteurs intelligents ; plusieurs milliards d'euros pour la reprise et la restructuration de la branche réacteur d'Areva. La participation d'EDF au projet d'Hinkley Point ne ferait que dégrader encore un peu plus son bilan.
- 25.** EDF semble partir du principe que son investissement dans Hinkley Point sera rentable et que le projet se déroulera comme initialement prévu. Cependant, ce projet porte sur la construction de deux nouveaux réacteurs pressurisés européens (EPR). Or la construction d'aucun EPR n'a été menée à terme à ce jour, et les projets en cours souffrent de retards et de dépassements budgétaires.
- 26.** Le premier chantier d'EPR est celui d'Olkiluoto, en Finlande. La centrale, qui devait initialement entrer en service en 2009, devrait finalement être prête en 2018 et ses coûts ont été multipliés par trois. Le deuxième chantier, mené par l'entreprise EDF elle-même à Flamanville en Normandie, devait être achevé en 2012, mais il est désormais peu probable que le réacteur entre en service avant 2018. Tout comme à Olkiluoto, les coûts ont été multipliés par près de trois. L'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) effectue actuellement des tests sur la structure qui pourrait présenter des défauts rédhibitoires et entraîner l'abandon du projet, ou une reconstruction à des coûts encore plus élevés. La construction de deux EPR en Chine prend elle aussi du retard, malgré l'expertise de la Chine en matière de construction nucléaire¹⁹. Comme l'a fait remarquer un

¹⁵ « [France pledges to help EDF make Hinkley Point happen](#) », Reuters, 17 mars 2016.

¹⁶ « [Hinkley Point is a costly mistake, but only France can pull the plug](#) », *The Guardian*, 14 mars 2016.

¹⁷ « [Why Hinkley Point C is in trouble](#) », blog de Simon Taylor, directeur du master Finances de l'université de Cambridge, 21 février 2016.

¹⁸ « [EDF Finance Officer resigns over Hinkley Point Project](#) », *Daily Telegraph*, 7 mars 2016.

¹⁹ « [Hinkley Point is a costly mistake, but only France can pull the plug](#) », *The Guardian*, 14 mars 2016.

spécialiste, « Au vu du bilan catastrophique des précédents chantiers d'EPR, il faudrait être follement optimiste pour croire que le chantier d'Hinkley Point va se dérouler comme prévu²⁰ ».

- 27.** À la lumière de ces éléments, la Cour des comptes a mis en garde EDF quant au caractère risqué des investissements que l'entreprise envisage de réaliser dans le projet d'Hinkley Point, lui demandant de réexaminer ses plans avec soin²¹. De nombreuses personnes au sein de l'entreprise partageraient les mêmes préoccupations. L'ancien directeur financier d'EDF aurait démissionné parce qu'il craignait que la poursuite du projet d'Hinkley Point puisse mettre en danger les finances de l'entreprise, et les syndicats ainsi qu'un certain nombre de cadres seraient opposés au projet pour les mêmes raisons²².
- 28.** L'ensemble de ces éléments permet de conclure que des actionnaires privés, détenant une participation similaire à celle de l'État français, ne seraient pas disposés à renoncer à des milliards d'euros de dividendes au profit d'actions dans le but de permettre à EDF de disposer de capital nécessaire à sa participation au projet d'Hinkley Point.

Jurisprudence européenne

- 29.** Dans le cadre de la jurisprudence européenne, la Commission et les juridictions européennes ont identifié un certain nombre d'éléments pertinents pour déterminer si un investisseur privé serait disposé à apporter un soutien identique ou équivalent à celui fourni par un gouvernement national. Ces éléments montrent que toute décision prise par le gouvernement français en vue de renoncer à ses dividendes au profit d'actions serait probablement considérée comme une aide d'État.
- 30. Premièrement**, il est moins probable qu'un soutien public s'apparente à une aide d'État lorsqu'il intervient concomitamment avec un apport significatif de capital de la part d'un investisseur privé effectué dans des conditions comparables (voir Affaire T-296/97, Alitalia, 2000, ECR II-3871). À ce jour, aucun actionnaire privé n'a laissé entendre qu'il emboîterait le pas au gouvernement français et renoncerait à ses dividendes en numéraire.
- 31.** Plus généralement, le gouvernement français s'est avéré incapable d'attirer des investissements privés dans le projet d'Hinkley Point, et il semblerait que les marchés soient peu enthousiastes à l'idée d'acquérir des parts d'EDF. Depuis l'annonce du projet en 2008, l'action d'EDF a perdu les trois quarts de sa valeur²³, ce qui a entraîné la sortie de l'électricien du CAC40. Malgré cette

²⁰ *Id.*

²¹ « [EDF warned over risky Hinkley Point nuclear project by French watchdog](#) », *International Business Times*, 11 mars 2016.

²² « [EDF Finance Officer resigns over Hinkley Point Project](#) », *Daily Telegraph*, 7 mars 2016

²³ « [Why Hinkley Point C is in trouble](#) », blog de Simon Taylor, directeur du master Finances de l'université de Cambridge, 21 février 2016

baisse vertigineuse, d'après les informations publiées par Reuters le 28 mars 2016, six analystes financiers conseillaient toujours aux investisseurs de vendre leurs actions EDF, tandis qu'aucun analyste ne conseillait leur achat²⁴.

- 32.** S'il est probable que cette baisse du cours de l'action d'EDF soit au moins en partie liée à d'autres contraintes pesant sur les finances d'EDF, les risques supplémentaires induits par la participation d'EDF au projet d'Hinkley Point n'y semblent pas pour autant étrangers. Lorsque, en octobre 2015, le gouvernement chinois a confirmé son intention d'investir six milliards de livres dans le projet via la CGN, la banque d'investissement Investec a réagi en conseillant à ses clients de vendre leurs actions EDF, affirmant « ne pas être convaincue par la logique commerciale de l'investissement d'EDF dans Hinkley Point C²⁵ ».
- 33. Deuxièmement**, comme on peut le lire dans un ouvrage de référence en la matière, « en général, la Commission tend à considérer qu'a priori, toute mesure bénéficiant à une entreprise en difficulté financière constitue une aide, quelles que soient les conditions dans lesquelles l'État en question décide d'agir²⁶ ». Comme précisé plus haut, EDF se trouve actuellement en difficulté financière, notamment parce que l'entreprise est déjà particulièrement endettée, qu'elle va devoir réaliser d'importants investissements au cours des années à venir et que ses revenus ont diminué en raison de la baisse des prix de l'énergie.
- 34. Troisièmement**, il est probable qu'une mesure prise par un État constitue une aide d'État lorsqu'elle est motivée par des considérations politiques plus larges, notamment celle d'éviter des suppressions d'emplois, plutôt que par des facteurs qui auraient attiré un investisseur privé (voir Affaire C-278/92, Espagne contre la Commission, 1994, ECR I4103, § 22 ; Affaire C-278/00, Grèce contre Commission, 2004, ECR I-3997, § 44-48.) Il existe des raisons de penser que nous sommes ici dans ce cas de figure.
- 35.** Une semaine après que le PDG d'EDF a annoncé que l'entreprise ne participerait pas au projet d'Hinkley Point sans un soutien supplémentaire de la part de l'État, le ministre français de l'Économie a déclaré que le gouvernement procéderait si nécessaire à une recapitalisation afin de permettre la participation d'EDF au projet (voir points 9 et 10 ci-dessus). Nous pouvons tirer deux déductions de ces déclarations. Premièrement, que le gouvernement français est impliqué à haut niveau dans le projet d'Hinkley Point, et qu'il est réticent à réévaluer les avantages économiques de ce dernier au regard des recommandations de la Cour des comptes. Deuxièmement, qu'il aurait déjà

²⁴ « [After last week what do analysts think of EDF](#) », Share Trading News, 28 mars 2016.

²⁵ « [Investment bank Investec tells clients to sell shares in EDF](#) », thisismoney.co.uk, 24 octobre 2015.

²⁶ Hancher, *EU State Aids*, 4e édition, § 3-085.

accordé à EDF une garantie tacite, ce qui s'apparenterait à une aide d'État telle que définie par la réglementation européenne.

36. D'après le *Times*, le président français aurait demandé à EDF de poursuivre le projet d'Hinkley Point, et des hauts responsables craindraient qu'un retrait du projet n'entraîne une perte de confiance vis-à-vis de l'industrie nucléaire française de laquelle dépendent 220 000 emplois²⁷. Selon le *Financial Times*, des hauts responsables d'EDF auraient déclaré que « les risques opérationnels et financiers sont trop importants » et qu'on fait passer « les enjeux politiques avant l'intérêt des actionnaires²⁸. »

Avantage sélectif et risques de distorsion de la concurrence et des échanges commerciaux

37. Dans les paragraphes précédents, nous avons examiné si un renoncement aux dividendes en numéraire de la part du gouvernement français conférerait un avantage à EDF. Pour être considérée comme une aide d'État, toute mesure prise par un gouvernement doit également favoriser certaines entreprises (critère de « sélectivité ») et être susceptible de fausser la concurrence et les échanges communautaires.
38. Or une aide accordée par l'État à une seule entreprise serait évidemment qualifiée de « sélective ».
39. Concernant le dernier critère, il n'est pas nécessaire de démontrer que la mesure a des effets concrets sur la concurrence et les échanges commerciaux, mais seulement qu'elle est « susceptible » d'entraîner de tels effets²⁹. Il n'est pas non plus exigé de démontrer que ces effets seront importants ou substantiels³⁰. L'analyse des effets de la mesure porte uniquement sur les caractéristiques ex ante ou a priori de la mesure en question.
40. Dans sa décision d'octobre 2014, la Commission a conclu que le soutien accordé par le gouvernement britannique à la filiale d'EDF pourrait fausser la compétition et les échanges intercommunautaires. La Commission a souligné que la production d'électricité et son approvisionnement étaient des activités libéralisées, et que les mesures en question permettraient le développement d'un niveau de capacité important (jusqu'à 7 % du marché britannique) qui aurait, autrement, fait l'objet d'investissements privés par d'autres opérateurs du marché utilisant des technologies alternatives, établis au Royaume-Uni ou dans d'autres États. La Commission a également fait remarquer que les mesures

²⁷ « [Don't give up on Hinkley, Hollande tells EDF](#) », *The Times*, 14 mars 2016.

²⁸ « [EDF finance chief quits over decision to push on with Hinkley Point](#) », *Financial Times*, 7 mars 2016

²⁹ Voir par exemple Affaire C-372/97, Italie contre Commission, 2004, ECR I-3679, § 44.

³⁰ *Id.*

britanniques pourraient potentiellement fausser les décisions d'investissement et évincer les investissements alternatifs³¹.

41. Les mêmes constats d'appliquent dans le cas qui nous occupe. Si EDF se retire du projet, d'autres opérateurs du marché pourraient combler la production énergétique manquante, voire proposer des technologies alternatives. Il est évident que le soutien français altérerait les décisions d'investissement, dans la mesure où les représentants d'EDF ont déclaré qu'ils ne prendraient pas de décision définitive tant que le gouvernement ne procéderait pas à la recapitalisation de l'entreprise.

Autres formes de soutien possibles

42. Nombre des considérations décrites ci-dessus concernant le renoncement au paiement en numéraire des dividendes sont également valables pour les autres mesures de soutien actuellement étudiées par le gouvernement français. Il faudrait analyser dans le détail chacune des options envisagées ainsi que l'ensemble des circonstances actuelles pour déterminer si un investisseur privé serait susceptible d'envisager les mêmes mesures.
43. Concernant l'**option n°2**, il est difficile à ce stade de savoir quelle forme prendrait une recapitalisation, mais en principe une injection directe de capital au moyen de fonds publics constituerait très probablement une aide d'État dans la mesure où de sérieux doutes ont été émis quant à la rentabilité du projet, et où le gouvernement français n'a à ce jour pas été capable d'attirer des investisseurs privés.
44. Concernant l'**option n°3**, il semble faire peu de doute que la mise en place d'un mécanisme de garantie de prix pour les activités nucléaires d'EDF en France constituerait une aide d'État, ce que concèdent d'ailleurs les partisans d'une telle mesure. La Commission a considéré que ce type d'aide s'apparentait à une aide d'État dans sa décision sur les mesures britanniques concernant Hinkley Point. En revanche, le gouvernement britannique cherchait dans ce cas à favoriser la construction d'un nouveau réacteur, ce qui n'est pas le cas pour le gouvernement français, étant donné que la majorité des réacteurs de la flotte d'EDF ont été construits il y a des décennies. Toute mesure de ce type pourrait donc correspondre à une « aide au fonctionnement » pour les activités existantes d'EDF (en vue de réduire ses dépenses actuelles), soutien qui en principe n'est pas compatible avec les règles relatives aux aides d'État car il a tendance à engendrer des effets néfastes sur le marché.

³¹ Décision du 8 octobre 2014 SA.34974 (2013/C), § 340, 341, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?qid=1461146147683&uri=CELEX:32015D0658&from=en>

45. Les autres formes d'aide seraient sélectives et susceptibles de fausser la concurrence et les échanges pour les raisons décrites ci-dessus concernant le renoncement aux dividendes en numéraire.

Compatibilité d'une mesure d'aide avec le marché intérieur

46. D'après l'article 107-3 (c) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur [...] les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. » En d'autres termes, une aide peut être légitime si elle sert un objectif légitime et qu'elle est proportionnée, c'est-à-dire lorsque les distorsions de la concurrence et des échanges ne l'emportent pas sur les avantages procurés.
47. L'impact de l'aide d'État sur ce projet a déjà été décrit dans la décision d'octobre 2014, dans laquelle la Commission a établi que la promotion de l'énergie nucléaire pourrait être perçue comme servant la poursuite d'un objectif d'intérêt commun. Cependant, concernant l'exigence de proportionnalité, la Commission n'a approuvé la mesure d'aide qu'après avoir exigé des modifications des conditions et une réduction de l'aide accordée. La Commission a estimé ainsi être parvenue à un équilibre quant à la condition de proportionnalité. Or toute mesure du gouvernement français viendrait en supplément des aides substantielles déjà accordées par le gouvernement britannique, augmentant considérablement la quantité d'argent public déjà injectée dans le projet. On peut ainsi en déduire que toute aide supplémentaire substantielle risquerait d'altérer les conditions des échanges commerciaux dans une mesure contraire à l'intérêt commun.
48. Il convient également de souligner que les bénéfices pris en compte par la Commission dans sa décision se limitaient à ceux du Royaume-Uni, c'est-à-dire que le gouvernement britannique a fait valoir que la mesure proposée était nécessaire pour garantir que le Royaume-Uni dispose des capacités suffisantes pour répondre aux besoins énergétiques du pays dans un délai raisonnable. Il semble peu probable que les facteurs qui poussent le gouvernement français à agir – c'est-à-dire la volonté de préserver des emplois et la réputation de l'industrie nucléaire française – seraient acceptés par la Commission comme des arguments à même de rendre l'aide compatible avec le marché intérieur.
49. En raison des procédures en cours devant la Cour de justice concernant l'aide accordée par le Royaume-Uni, nous tenons également à souligner que de nombreuses incertitudes subsisteront longtemps quant à la légalité de l'aide d'État accordée dans le cadre du projet d'Hinkley Point.

Conclusion

50. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous estimons que l'octroi d'un soutien supplémentaire par le gouvernement français au projet d'Hinkley Point serait susceptible, dans les circonstances actuelles, de constituer une aide d'État. Toute nouvelle mesure de soutien au projet serait donc susceptible de faire l'objet d'une enquête par la Commission (avec des possibilités de recours) pendant une période qu'il est difficile à estimer mais qui pourrait s'étendre sur plusieurs années. Pour les motifs invoqués plus haut, il serait difficile de justifier qu'une telle mesure soit compatible avec le marché intérieur.
51. De plus, une aide d'État ne peut être légalement accordée sans l'autorisation préalable de la Commission, après enquête. S'il s'avérait que le soutien accordé constitue une aide d'État (par la Commission ou à la suite d'un recours devant un tribunal national par une tierce partie), son remboursement pourrait être exigé à l'entreprise qui en a bénéficié. Comme l'a établi la Cour de justice européenne, « la restitution [des fonds] est la conséquence logique d'une décision d'illégalité et ne saurait donc être disproportionnée³² ».
52. En acceptant une aide du gouvernement français qui n'aurait pas été notifiée à la Commission ni approuvée par celle-ci, l'entreprise EDF pourrait alors se voir contrainte de rembourser des milliards d'euros au gouvernement français. La perte de capitaux qui en résulterait pourrait mettre en danger le maintien de sa participation au projet d'Hinkley Point, ce qui pourrait l'exposer à d'autres pertes, et compromettre plus généralement sa stabilité financière. Toute décision définitive concernant la participation au projet d'Hinkley Point prise sur la base d'une aide d'État non approuvée exposerait EDF, y compris ses actionnaires privés et ses salariés, à d'importants risques.

**JON TURNER QC
BEN RAYMENT
JULIAN GREGORY
19 avril 2016**

**(traduit de l'anglais – titre original :
*RE: LEGALITY OF FRENCH STATE SUPPORT FOR
EDF IN RESPECT OF HINKLEY POINT C*)**

³² Affaire C-303/88, Italie contre Commission, 1991, ECR I-1433.