

Affaire C-683/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

16 septembre 2019

Jurisdiction de renvoi :

Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne)

Date de la décision de renvoi :

9 juillet 2019

Partie requérante :

Viesgo Infraestructuras Energéticas SA

Parties défenderesses :

Administración del Estado

Iberdrola SA

Gas Natural SDG SA

CIDE, Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica

Hidroeléctrica del Cantábrico SA

[omissis]

[omissis]

TRIBUNAL SUPREMO

[omissis]

Ordonnance [omissis]

[omissis]

Madrid, le 9 juillet 2019

[omissis] LES FAITS

PREMIÈREMENT.– [omissis] Le 18 décembre 2014, la société commerciale VIESGO INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SA (anciennement dénommée E.ON ESPAÑA SLU) a introduit un recours [Or. 2] contentieux administratif contre le Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social (décret royal 968/2014, du 21 novembre 2014, relatif à la méthode de calcul des pourcentages dans le cadre de la répartition des montants à financer en ce qui concerne le chèque social, ci-après le « décret royal 968/2014 »).

L'ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (administration de l'État) s'est présentée en qualité de partie défenderesse [omissis].

Se sont également constituées parties à la procédure, en tant que parties co-défenderesses, les sociétés IBERDROLA SA, GAS NATURAL SDG SA, HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO SA et CIDE ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

DEUXIÈMEMENT.– Au cours de la procédure, la requérante a soulevé la question de l'incompatibilité du régime de financement du chèque social, prévu à l'article 45, paragraphe 4, de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (loi 24/2013, du 26 décembre 2013, relative au secteur de l'électricité, ci-après la « loi 24/2013 »), mis en œuvre par les articles 2 et 3 du décret royal 968/2014, avec la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE [omissis] [mention des textes de loi joints en annexe].

TROISIÈMEMENT.– [omissis] La chambre de céans a rendu une ordonnance par laquelle elle [omissis] accordait aux parties à la procédure un délai commun de dix jours pour formuler des observations sur l'incidence que l'arrêt du 7 septembre 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), pourrait avoir sur la résolution du présent litige. [Or. 3]

QUATRIÈMEMENT.– [omissis]

CINQUIÈMEMENT.– [omissis]

« [omissis].

1. [omissis].

2. [omissis].

3. [omissis].

4. *[omissis]*
5. *[omissis]*.
6. *[omissis]* ».

[Référence au dispositif, exposé ultérieurement, de l'arrêt rendu dans la présente affaire par la juridiction de céans le 24 octobre 2016]

SIXIÈMEMENT.– *[omissis]*

[omissis]

« *[omissis]* **[Or. 4]** *[omissis]*

1. *[omissis]*.
 2. *[omissis]*.
 3. *[omissis]*.
- [omissis]* ».

[Référence au dispositif, exposé ultérieurement, de l'arrêt rendu par le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne) sur le « recurso de amparo » (recours en protection des droits et libertés fondamentaux) formé par l'Administración del Estado (administration de l'État) contre l'arrêt rendu dans la présente affaire par la juridiction de céans le 24 octobre 2016]

SEPTIÈMEMENT.– *[omissis]*.

1. *[omissis]* **[Or. 5]** *[omissis]* **[Or. 6]** *[omissis]*.

[La requérante considère qu'il est inutile de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne. Les défenderesses demandent un tel renvoi, quoique seulement à titre subsidiaire. L'Administración del Estado (administration de l'État) demande le renvoi en tout état de cause]

HUITIÈMEMENT.– *[omissis]* [considérations procédurales de droit interne]

EN DROIT

PREMIÈREMENT.– **Le débat entre les parties**

[omissis]

[omissis]

[omissis] **[Or. 7]** [omissis] [reformulation des deux premiers paragraphes de l'exposé des faits]

DEUXIÈMEMENT.– Arrêt de la juridiction de céans jugeant inapplicable le régime de financement du chèque social, prévu à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, au motif de son incompatibilité avec la directive 2009/72

[omissis] Le 24 octobre 2016, la chambre de céans a rendu un arrêt [omissis] faisant droit au recours contentieux administratif [omissis] formé au nom de E.ON ESPAÑA SLU et jugeant inapplicable le régime de financement du chèque social, prévu à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, au motif de son incompatibilité avec la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE. En conséquence, l'arrêt a également déclaré inapplicables et nuls les articles 2 et 3 du décret royal 968/2014, qui mettent en œuvre les dispositions de l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013.

Il convient d'attirer l'attention sur les points suivants des motifs de l'arrêt **[omissis]** :

1. Le chèque social est conçu depuis son origine comme une prestation revêtant un caractère social marqué (obligation de service public), destinée à protéger certains consommateurs d'électricité qui bénéficient du tarif dit « de dernier recours » et qui répondent à certaines caractéristiques sociales, de consommation et de pouvoir d'achat, en rapport avec le coût de l'électricité de leur logement habituel.

2. L'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013 dispose que le chèque social « [...] est pris en charge par les sociétés mères de groupes de sociétés ou, le cas échéant, par les sociétés qui exercent simultanément les activités de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité ». L'article 45 précise ensuite la manière dont est calculée la répartition en pourcentage des montants à financer par chaque groupe de sociétés.

3. Le cœur du litige porte sur la question de savoir si le régime de financement du chèque social prévu à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, **[Or. 8]** mis en œuvre par les articles 2 et 3 du décret royal 968/2014, est conforme aux dispositions de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72, en vertu duquel les obligations de service public – au rang desquelles, comme nous l'avons vu, figure le chèque social – « [...] sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux ».

4. Dans son arrêt [omissis] du 24 octobre 2016, la chambre de céans a jugé que « [...] ni les règles que nous examinons – ni les explications fournies par l'Administración del Estado [administration de l'État] au cours de la procédure – ne justifient à suffisance de droit le fait que le financement du chèque social soit

mis à la charge de certains acteurs du réseau électrique, dont certains ont un poids spécifique très faible dans l'ensemble du secteur, alors que sont exemptés de cette charge d'autres sociétés ou groupes de sociétés pouvant être mieux placés pour assumer ce coût, soit en raison de leur chiffre d'affaires, soit du fait de leur importance relative dans l'un des secteurs d'activité, soit parce qu'ils exercent simultanément et de manière intégrée deux des activités en cause ». De plus, en ce qui concerne l'argument tiré par la requérante de la violation du principe de proportionnalité, l'arrêt déclare que « [...] l'obligation de financer le chèque social n'est pas instaurée à titre exceptionnel ou avec une portée temporelle limitée, mais indéfiniment et sans contrepartie ni aucune mesure compensatoire » (huitième motif).

L'arrêt a donc conclu que le régime de financement du chèque social [omissis] n'était pas compatible avec l'exigence prévue à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72.

5. [omissis] [Observations relatives à la théorie de l'« acte clair »]

La juridiction de céans a jugé applicable en l'espèce la théorie dite « de l'acte éclairé », au vu de la jurisprudence établie par la Cour dans son arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), et, tout particulièrement, dans son arrêt du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637) [omissis], au motif que l'arrêt précité procède à une interprétation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, qui est entièrement transposable au présent cas d'espèce, puisque le contenu dudit article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/73, que l'arrêt interprète, coïncide entièrement avec les dispositions de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72.

Étant donné que les dispositions de l'article 3, paragraphe 2, des deux directives se recoupent, les considérations énoncées par l'arrêt du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637), en ce qui concerne l'intervention de l'État dans les prix du gaz sont pleinement transposables au secteur de l'électricité en cause en l'espèce (tant celles relatives au nécessaire respect du principe de proportionnalité que celles relatives à [omissis] **[Or. 9]** l'exigence en vertu de laquelle les obligations de service public doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables).

6. Au vu de l'ensemble de ces considérations, la juridiction de céans concluait dans son arrêt que [omissis], bien qu'il s'agisse d'une règle de rang légal, il convenait d'écarter l'application du droit interne en vertu du principe de primauté du droit de l'Union [omissis] [explication relative au principe de primauté].

TROISIÈMEMENT.— [omissis] Les représentants de l'Administración del Estado (administration de l'État) ont introduit un « recurso de amparo » contre ledit arrêt auprès du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) [omissis]. Ce

recours a été accueilli par l'**arrêt de l'assemblée plénière du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) 37/2019, du 26 mars 2019**, dont le dispositif est ainsi conçu :

« 1.– Le droit à un procès public assorti de toutes les garanties (article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole) a été violé. 2 [omissis] l'arrêt de la troisième chambre de la section du contentieux administratif du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 24 octobre 2016 est annulé. [omissis] 3.– [omissis] La procédure reprend au stade antérieur au prononcé de l'arrêt, afin que ladite juridiction rende une nouvelle décision, conforme au droit fondamental violé [omissis]

Il convient d'attirer l'attention sur les points suivants des motifs de l'arrêt du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) précité : [omissis]

1. Le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) est d'avis qu'il y a lieu d'examiner sous l'angle du droit à un procès assorti de toutes les garanties (article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole) le grief tiré du fait que le Tribunal Supremo (Cour suprême) a considéré à tort qu'il convenait d'écarter l'application du droit national sans qu'il soit besoin de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ; la réponse à ce grief déterminera si le Tribunal Supremo (Cour suprême) doit ou non opérer un renvoi préjudiciel. Toutefois, nous nous bornerons à examiner cet aspect, puisqu'il ne nous appartient pas de déterminer s'il existe ou non une contradiction entre les dispositions laissées inappliquées par le Tribunal Supremo (Cour suprême) et celles de la directive susmentionnée ; il ne nous appartient pas non plus d'élaborer une quelconque jurisprudence ou interprétation en rapport avec la question préjudicielle régie à l'article 267 TFUE, puisque cette tâche relève de la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne. **[Or. 10]**
2. Le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) examine ensuite la question de savoir si [omissis] les arrêts [de la Cour de justice de l'Union européenne] invoqués n'impliquent pas l'existence d'un « acte éclairé » qui, en l'espèce, permettrait de renoncer au renvoi préjudiciel (article 267 TFUE). À cet égard, il indique qu'il existe effectivement des différences entre, d'une part, les affaires résolues par la Cour de justice de l'Union européenne dans les arrêts du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), et du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637), et, d'autre part, l'affaire examinée par le Tribunal Supremo (Cour suprême) dans son arrêt, car, premièrement, les dispositions du droit de l'Union prises en considération figurent dans des directives différentes : l'arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), interprète la directive 2003/55/CE, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, et l'arrêt du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637), interprète la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du

13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE. Au contraire, la disposition sur laquelle porte l'affaire examinée par le Tribunal Supremo (Cour suprême) se trouve dans la directive 2009/72/CE.

Deuxièmement, non seulement les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne dans ces affaires concernent des directives différentes, mais, en outre, ils portent sur des cas dont l'analogie avec l'affaire examinée par le Tribunal Supremo (Cour suprême) est très douteuse, car l'objet des arrêts invoqués à l'appui de l'existence d'un « acte éclairé » est distinct de celui de l'affaire portée devant cette juridiction.

3. Le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) déclare que, « [...] *bien que la disposition interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne soit rédigée, [mutatis mutandis], de la même manière dans la directive concernant le secteur de l'électricité que dans la directive concernant le secteur du gaz, il s'agissait ni des mêmes directives ni du même secteur, pas plus que ne sont strictement identiques les problèmes abordés, d'une part, dans les arrêts du 20 avril 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205), et du 7 septembre 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), et, d'autre part, dans l'arrêt entrepris* ». [omissis]
4. On ne saurait donc conclure que, par ces arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié une question identique soulevée dans une affaire analogue à celle examinée par le Tribunal Supremo (Cour suprême), critères fixés par le juge de l'Union pour apprécier l'existence d'un « acte éclairé » et écarter l'obligation qui incombe aux juridictions nationales de poser une question préjudicielle. [omissis]
5. Le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) considère que, dans la procédure a quo, les conditions permettant de déclarer que la jurisprudence découlant des arrêts susmentionnés de la Cour de justice de l'Union européenne constituait un « acte éclairé » en rapport avec le problème d'interprétation soulevé n'étaient pas réunies et que, partant, le juge national n'était pas dispensé de l'obligation de poser une question préjudicielle. Il fait donc valoir que le droit à un procès assorti de toutes les garanties (article 24, paragraphe 2, de la Constitution) a été violé, dans la mesure où la juridiction nationale a écarté l'application de la réglementation interne au motif qu'elle était incompatible avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72 sans avoir saisi au préalable la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle. De ce fait, conclut le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle), le système des sources du droit dans l'ordre juridique espagnol a été méconnu et les garanties d'un procès équitable n'ont pas été respectées. [Or. 11]

QUATRIÈMEMENT.– Sur l'opportunité de poser une question préjudicielle suite à l'arrêt du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle)

Nous constatons ainsi que, dans notre arrêt [omissis] du 24 octobre 2016, la chambre de céans, jugeant inutile, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'« acte éclairé », de procéder à un renvoi préjudiciel, a déclaré inapplicable le régime de financement du chèque social, prévu à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, au motif de son incompatibilité avec la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE. En conséquence, l'arrêt a également déclaré inapplicables et nuls les articles 2 et 3 du décret royal 968/2014, qui mettent en œuvre les dispositions de l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013.

[omissis] Tout d'abord, il est évident, et nul ne le conteste, que la chambre de céans est la juridiction nationale qui statue en dernier ressort en matière d'interprétation tant du droit interne régissant le réseau électrique que des dispositions du droit de l'Union sur le même sujet, puisqu'il s'agit d'un domaine de la légalité ordinaire se situant en tant que tel en dehors du champ d'application des garanties constitutionnelles, réservé au Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) [omissis]. [omissis] [L]a chambre de céans a considéré qu'en vertu de ses attributions juridictionnelles, il lui appartenait d'apprécier si la réglementation espagnole était contraire à la directive concernée – ce qu'elle a effectivement constaté – et si la jurisprudence déjà développée par la Cour de justice de l'Union européenne la dispensait de poser une question préjudicielle à ce sujet, ce qui la conduisait, en vertu de la primauté du droit de l'Union, à écarter l'application des dispositions internes contraires à la directive, quel que soit leur rang dans la hiérarchie des normes. À cet égard, il convient de rappeler également que l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne que la chambre de céans a considérée comme claire faisait référence aux conditions d'imposition d'obligations de service public dans un secteur réglementé, et non à la réglementation [Or. 12] matérielle de l'électricité ou du gaz, si bien qu'elle n'a pas considéré comme pertinent le fait qu'il s'agisse de directives différentes, étant entendu qu'au paragraphe en question, leur libellé est identique.

À cela s'ajoute le fait que [omissis] la chambre de céans, par son arrêt du 7 février 2012 [omissis], avait déjà écarté l'application – au motif là aussi qu'elles étaient contraires au droit de l'Union – des dispositions légales précédentes qui régissaient la même matière, et que le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) avait déclaré irrecevable le « recurso de amparo » qui avait été introduit contre ce même arrêt. Comme il a été indiqué précédemment, la chambre de céans s'était appuyée à cette occasion sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), auquel s'ajoute maintenant l'arrêt du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637).

Toutefois, en l'occurrence [omissis], l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) a été annulé par un arrêt de l'assemblée plénière du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) [omissis] du 26 mars 2019 faisant droit au « recurso de amparo » introduit par l'Administración del Estado (administration de l'État).

Dans cet arrêt, le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) constate la violation du droit à un procès public assorti de toutes les garanties (article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole) au motif que le Tribunal Supremo (Cour suprême) n'a pas respecté le système des sources du droit dans l'ordre juridique espagnol en ayant écarté l'application d'une règle de rang légal sans avoir procédé au renvoi préjudiciel que le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) a considéré comme obligatoire au motif que l'on ne pouvait admettre l'existence d'un acte éclairé au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335).

L'arrêt du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) déplore l'absence de toute justification, dans l'arrêt de la chambre de céans, des motifs pour lesquels nous avons considéré que les critères de l'acte éclairé étaient remplis (comme il est indiqué au dernier paragraphe du cinquième motif). Toutefois, en définitive, telle n'est pas la ratio decidendi de l'arrêt. En effet, au sixième motif, après avoir déclaré qu'il n'appartenait pas au Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) de « [...] décider s'il y a ou non contradiction entre la réglementation laissée inappliquée par le juge a quo et la disposition de la directive déjà indiquée », le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) développe longuement les raisons pour lesquelles il considère qu'il n'y avait pas d'acte éclairé, ce qui l'amène inévitablement à **[Or. 13]** se prononcer sur le sens et la ratio legis des directives en cause au regard de la réglementation nationale laissée inappliquée (cinquième à septième paragraphes de ce même motif). Cette approche découle fondamentalement de la préoccupation du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) portant sur le fait que, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, est instauré un système de contrôle décentralisé qui permet aux juges d'écartier l'application d'une loi nationale sans solliciter la juridiction constitutionnelle ou adresser une question préjudicielle au juge de l'Union, ce qui l'amène à adopter un critère de contrôle différent et plus strict de la mission qui incombe aux tribunaux nationaux en matière d'interprétation et d'application du droit de l'Union lorsque la juridiction écarte l'application d'une loi nationale au motif qu'elle la juge contraire au droit de l'Union que lorsqu'elle décide que la réglementation nationale est conforme à ce droit. C'est ce qui ressort expressément de plusieurs arrêts du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) [omissis] où celui-ci réexamine à cette fin l'interprétation des dispositions du droit de l'Union et l'appréciation portée par le Tribunal Supremo (Cour suprême) quant à la similitude des situations en cause dans le litige national et dans celui tranché par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsque la juridiction de céans écarte l'application d'une disposition du droit national en vertu du principe de primauté sans qu'il soit nécessaire à ses yeux de poser une question préjudicielle en interprétation au motif qu'un tel renvoi serait inutile.

[omissis] [résumé du dispositif de l'arrêt du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle)]

À ce stade, et liée par l'arrêt du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) [omissis], la juridiction de céans [omissis] décide [**Or. 14**] de soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne les présentes questions préjudicielles, en exposant sous forme d'interrogations les considérations qui, à l'époque, nous ont amené à juger que la réglementation espagnole était incompatible avec la directive 2009/72.

La juridiction de céans pourrait envisager la possibilité de rendre un nouvel arrêt exposant plus en détail les raisons qui nous ont amené à considérer que, sans qu'il soit nécessaire d'opérer un renvoi préjudiciel, l'application de la disposition du droit espagnol en cause doit être écartée en vertu du principe de primauté du droit de l'Union au motif de son incompatibilité avec la directive 2009/72. Toutefois, il ne nous semble pas approprié d'agir de la sorte, car nous avons déjà exposé à suffisance de droit selon nous, dans l'arrêt de 2012 et dans celui qui vient d'être annulé par le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle), les raisons qui nous ont conduit à laisser inappliquée la règle de droit interne litigieuse, sans que nous envisagions maintenant la possibilité d'apporter de nouveaux arguments sur le fond. En outre, les termes dans lesquels le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) s'est prononcé permettent de se demander si le nouvel arrêt que nous rendrions répondrait à ses objections. Ainsi, dans l'hypothèse où nous choisirions maintenant de rendre un nouvel arrêt et où l'administration défenderesse introduirait à son encontre un nouveau « recurso de amparo », le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) pourrait bien rendre une décision similaire, ce qui entraînerait une violation grave du droit des justiciables à la protection juridictionnelle effective et à une procédure sans retard indu.

[omissis] **CINQUIÈMEMENT.– Caractéristiques du régime de financement du chèque social**

En ce qui concerne les caractéristiques du régime de financement du chèque social en cause en l'espèce, il convient d'indiquer ici, en bref, les éléments suivants : [**Or. 15**]

1/ Le « chèque social » a été créé en vertu de l'article 2 du Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril (décret-loi royal 6/2009 du 30 avril 2009, ci-après le « décret-loi royal 6/2009 »), dont l'exposé des motifs présentait le chèque social comme un mécanisme de protection supplémentaire pour les groupes vulnérables, « par l'imposition d'une obligation de service public, au sens de l'article 3 de la directive 2003/54/CE, aux fournisseurs de dernier recours afin que le passage aux tarifs de dernier recours puisse s'effectuer d'une manière raisonnable pour tous ». Cette réglementation antérieure du régime de financement du chèque social, qui figurait dans le décret-loi royal 6/2009 et dans l'Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio (arrêté ITC/1723/2009, du 20 juin 2009, ci-après l'arrêté ITC/1723/2009) a été examinée dans l'arrêt de la chambre de céans du 7 février 2012 (recours contentieux administratif 419/2010), qui l'a déclarée inapplicable au motif de son incompatibilité avec la législation de l'Union alors en vigueur (directive 2003/54/CE).

En tout état de cause, le chèque social a été conçu dès l'origine comme une prestation revêtant un caractère social marqué, destinée à protéger certains consommateurs d'électricité qui bénéficient du tarif de dernier recours et qui répondent à certaines caractéristiques sociales, de consommation et de pouvoir d'achat, en rapport avec le coût de l'électricité de leur logement habituel.

2/ La réglementation du chèque social énoncée à l'article 45 de la loi 24/2013 [dont le contenu figurait déjà à l'article 8 du Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio (décret-loi royal 9/2013 du 12 juillet 2013, ci-après le « décret-loi royal 9/2013 »)] poursuit également cet objectif. L'article 45 de la loi 24/2013 dispose ce qui suit :

« Article 45. Consommateurs vulnérables.

1. Sont considérés comme consommateurs vulnérables les consommateurs d'électricité qui répondent aux caractéristiques sociales, de consommation et de pouvoir d'achat à déterminer. En tout état de cause, la mesure est limitée aux personnes physiques dans leur logement habituel.

La définition des consommateurs vulnérables et les exigences auxquelles ils doivent satisfaire, ainsi que les mesures à adopter pour ce groupe, sont déterminées par voie réglementaire par le gouvernement.

2. Le chèque social s'applique aux consommateurs vulnérables qui répondent aux caractéristiques sociales, de consommation et de pouvoir d'achat déterminées par décret royal du Conseil des ministres. À cette fin, un seuil se référant à un indicateur de revenu par tête de la famille est fixé. En tout état de cause, la mesure est limitée aux personnes physiques dans leur résidence habituelle.

3. Le chèque social couvre la différence entre la valeur du prix volontaire destiné aux petits consommateurs et une valeur de base, dénommée "tarif de dernier recours", et est appliqué par le fournisseur de référence concerné [Or. 16] dans les factures des consommateurs qui peuvent en bénéficier.

Le ministre de l'Industrie, de l'Énergie et du Tourisme, après accord de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos [commission déléguée du gouvernement aux affaires économiques], fixe le tarif de dernier recours.

4. Le chèque social est considéré comme une obligation de service public au sens de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, et est pris en charge par les sociétés mères de groupes de sociétés ou, le cas échéant, par les sociétés qui exercent simultanément les activités de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité.

La répartition en pourcentage des montants à financer est calculée, pour chaque groupe de sociétés, sur la base du rapport entre un terme qui résulte de la somme des moyennes annuelles du nombre d'approvisionnements connectés aux réseaux de distribution des sociétés de distribution et du nombre de clients des sociétés de commercialisation auquel le groupe participe, et un autre terme qui correspond à la somme de tous les montants moyens annuels d'approvisionnements et de clients de tous les groupes de sociétés qui doivent être pris en considération aux fins de cette répartition.

Cette répartition en pourcentage est calculée annuellement par la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [commission nationale des marchés et de la concurrence], conformément à la procédure et aux conditions fixées par voie réglementaire. À cette fin, cette même commission publie sur sa page web, au mois de novembre de chaque année, les informations relatives à l'année glissante antérieure et portant sur les moyennes annuelles du nombre d'approvisionnements connectés aux réseaux de distribution des sociétés de distribution et du nombre de clients des sociétés de commercialisation, ainsi que la liste des groupes de sociétés ou, le cas échéant, des sociétés qui satisfont au critère énoncé au premier alinéa du présent paragraphe.

La commission susvisée soumet avant le 1^{er} décembre de chaque année une proposition de fixation des pourcentages de financement correspondant à chacune des sociétés mères, qu'il incombe au ministre de l'Industrie, de l'Énergie et du Tourisme d'approuver par arrêté publié au "Boletín Oficial del Estado".

En tout état de cause, les contributions que chacune desdites sociétés doit effectuer sont versées sur un compte spécifique de dépôt créé à cette fin par l'organisme liquidateur, qui est responsable de sa gestion ».

3/ La réglementation du financement du chèque social figurant à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013 diffère de celle qui était établie par le décret-loi royal 6/2009. L'obligation n'incombe plus aux sociétés *propriétaires d'installations de production* d'électricité, comme c'était le cas en vertu de l'article 2, paragraphe 5, du décret-loi royal 6/2009, mais est assumée, conformément à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, « [...] *par les sociétés mères de groupes de sociétés ou, le cas échéant, par les sociétés qui exercent simultanément les activités de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité* » (aux termes également de l'article 8, paragraphe 1, du décret-loi royal 9/2013).

Les raisons de l'adoption de ce régime de financement spécifique ne ressortent pas de la loi 24/2013, dont l'exposé des motifs ne fournit aucune explication à cet égard. C'est dans l'exposé des motifs du décret-loi royal 9/2013 [**Or. 17**] – prédécesseur normatif immédiat de la loi 24/2013 – que figurent différents motifs, qui peuvent être résumés comme suit :

– L'arrêt du 7 février 2012, sans préjudice de l'indication d'autres modalités possibles de répartition des coûts tout aussi admissibles, déclarait qu'il appartenait au gouvernement d'opter pour celle qu'il jugeait la plus appropriée, et qu'il pouvait choisir, « par opposition à d'autres solutions offertes par le droit comparé, de mettre cette prestation sociale à la charge du secteur de l'électricité lui-même, voire d'une partie de ce secteur ».

– Partant de ce constat, et afin de contribuer à la réduction nécessaire et urgente des coûts du système, il a été jugé nécessaire de modifier le régime de répartition des coûts instauré par l'Orden IET/843/2012, de 25 de abril (arrêté IET/843/2012, du 25 avril 2012, ci-après l'arrêté IET/843/2012), en imposant, à titre d'obligation de service public, la prise en charge du coût du chèque social par les sociétés mères des sociétés ou groupes de sociétés exerçant des activités de production, de distribution et de commercialisation d'électricité et constituant des groupes verticalement intégrés.

– L'imposition d'une telle obligation à ces sociétés mères permet, même indirectement, de répartir cette charge entre les principales activités commerciales du secteur de l'électricité. Certes, l'activité de transport serait ainsi exclue d'une telle répartition, mais cette exception est considérée comme justifiée s'agissant d'une activité réglementée, exercée dans le cadre d'un régime de monopole légal et d'exclusivité, sachant que le transporteur unique ne pourrait pas, contrairement aux sociétés ou groupes de sociétés susmentionnés, récupérer sur le marché le coût éventuel qu'il aurait à supporter à ce titre, ce qui, à terme, neutraliserait l'objectif poursuivi par cette modification.

– Par ailleurs, et conformément aux exigences de la directive 2009/72, selon laquelle les obligations de service public doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables, il est prévu que, pour assurer une répartition équitable, la participation réciproque de chacune de ces sociétés ou groupes de sociétés à la prise en charge du coût soit proportionnelle au pourcentage, à déterminer, d'un montant calculé compte tenu à la fois du nombre d'approvisionnements connectés aux réseaux de distribution et du nombre de clients auxquels l'activité de commercialisation est fournie.

– De même, afin d'assurer l'adaptation permanente de la répartition aux circonstances spécifiques du secteur et de permettre que celle-ci soit rendue publique et, le cas échéant, contrôlée, il est prévu que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (commission nationale des marchés et de la concurrence) calcule annuellement, sous réserve de leur approbation ultérieure par le ministre de l'Industrie, de l'Énergie et du Tourisme, les répartitions en pourcentage applicables et publie les informations utilisées à cette fin.

4/ La question se pose en l'espèce de savoir si ces justifications fournies par l'exposé des motifs du décret-loi royal 9/2013, dans le sens desquelles abonde l'Abogacía del Estado dans son mémoire en défense, répondent aux exigences de la directive 2009/72 selon lesquelles les obligations de service public doivent être

clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables, et garantir aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux (article 3, paragraphe 2, de ladite directive).

Ainsi, le législateur ayant décidé, entre autres options possibles, que le coût du chèque social devait être supporté par les acteurs du réseau **[Or. 18]** électrique, l'activité de transport est exonérée de cette charge, avec, pour explication succincte, le fait que, s'agissant d'une activité réglementée, exercée dans le cadre d'un régime de monopole légal et d'exclusivité, le transporteur unique ne pourrait pas récupérer sur le marché le coût éventuel qu'il aurait à supporter à ce titre.

Outre cette exonération accordée au transport, il est reproché en l'espèce au législateur d'avoir décidé que, parmi les acteurs intervenant dans les trois autres secteurs du réseau électrique – production, distribution et commercialisation –, seuls les sociétés ou groupes de sociétés qui exercent simultanément ces trois activités et qui constituent des groupes verticalement intégrés assument le coût du financement du chèque social, alors que sont exonérés de cette charge l'ensemble des sociétés ou groupes de sociétés dont l'activité est limitée à un seul ou même deux de ces secteurs.

L'exposé des motifs du décret-loi royal 9/2013 n'invoque pas clairement et explicitement la plus grande capacité financière des groupes verticalement intégrés comme motif justifiant de mettre à leur charge le financement du chèque social. L'Abogacía del Estado, dans son mémoire en défense, exclut expressément que tel en soit le motif. Le fait est néanmoins que l'exposé des motifs tente de justifier le modèle choisi en indiquant qu'il « [...] permet, même indirectement, de répartir cette charge entre les principales activités commerciales du secteur de l'électricité ».

5/ La loi 24/2013 ne contient pas de liste nominative des sociétés ou groupes de sociétés qui doivent assurer le financement du chèque social. C'est l'Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (arrêté IET/350/2014, du 7 mars 2014, fixant les répartitions en pourcentage des montants à financer au titre du chèque social pour l'année 2014, ci-après l'« arrêté IET/350/2014 ») – arrêté pris en application des dispositions de l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, mais avant la mise en œuvre de cette loi par voie réglementaire au moyen du décret royal 968/2014 – qui a identifié les entités concernées et fixé les répartitions en pourcentage des montants à financer au titre du chèque social pour l'année 2014. **[Or. 19]**

La liste des sociétés et la fixation des pourcentages ressortant de l'arrêté IET/350/2014 **[omissis]** permettent de constater que seuls quatre groupes de sociétés ou sociétés se voient attribuer des coefficients ou pourcentages significatifs, lesquels comportent en outre des différences notables : Endesa SA (41,612696 %), Iberdrola SA (38,474516 %), Gas Natural SDG SA (14,185142 %) et E.ON España SLU (2,368956 %), ce qui signifie qu'à elles

seules, ces quatre sociétés contribuent à hauteur de 96,64131 %, alors que les 23 sociétés restantes du tableau se voient attribuer des coefficients sensiblement réduits, tous nettement inférieurs à 1 % (le cas le plus frappant étant celui de Grupo Corinpa SL avec 0,000004 %), si bien que ces 23 sociétés contribuent ensemble à hauteur de 3,35869 %.

L'Orden IET/1451/2016, de 8 de septiembre, que fijó los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2016 (arrêté IET/1451/2016, du 8 septembre 2016, fixant les répartitions en pourcentage des montants à financer au titre du chèque social pour l'année 2016, ci-après l'« arrêté IET/1451/2016 ») a ensuite été publiée dans des termes analogues et avec une répartition similaire des pourcentages (Boletín Oficial del Estado n° 219, du 10 septembre 2016).

L'Abogacía del Estado fait valoir que la véritable raison d'être du système adopté ne réside pas dans la capacité et la solvabilité supposées des sociétés intégrées, mais que le facteur déterminant est « [...] l'intégration verticale elle-même, dans la mesure où elle permet de faire peser la charge sur les sociétés qui, parce qu'elles exercent l'activité de commercialisation, laquelle est directement liée à l'objet de la mesure, sont, en raison du fait qu'elles sont intégrées verticalement, mieux placées pour neutraliser et minimiser l'incidence de cette charge » ; ce qui serait dû au fait – explique le représentant de l'administration – que le groupe de sociétés qui exerce simultanément diverses activités dans le secteur de l'électricité a une connaissance plus approfondie du secteur, réalise certaines économies d'échelle, peut s'appuyer sur des contrats intragroupe qui modèrent l'impact des fluctuations de prix, etc.

Toutefois, l'Abogado del Estado lui-même admet dans son mémoire (page 45 du mémoire en défense, page 313 du dossier) que l'intégration de deux des activités (commercialisation et production) favorise [Or. 20] les synergies et économies d'échelle auxquelles il vient d'être fait référence ; or, le régime instauré ne met pas le financement du chèque social à la charge des sociétés ou groupes de sociétés qui exercent simultanément ces deux activités (commercialisation et production), mais impose uniquement ce financement à ceux qui exercent également l'activité de distribution.

6/ La requérante invoque également la violation du principe de proportionnalité, car l'obligation de financer le chèque social n'est pas instaurée à titre exceptionnel ou avec une portée temporelle limitée, mais indéfiniment et sans contrepartie ni aucune mesure compensatoire.

SIXIÈMEMENT.– Les questions soulevées

Comme nous l'avons vu, l'exposé des motifs du décret-loi royal 9/2013 – prédécesseur immédiat des dispositions énoncées à l'article 45 de la loi 24/2013 – justifie le modèle choisi en indiquant qu'il « [...] *permet, même indirectement, de répartir cette charge entre les principales activités commerciales du secteur de*

l'électricité ». Toutefois, il semble difficile d'affirmer que cet objectif est atteint lorsque, dans le même temps, sont exonérés d'autres sociétés ou groupes de sociétés pouvant occuper une position comparativement plus importante en termes de chiffre d'affaires au niveau national, même s'ils n'exercent pas leur activité dans plus d'un ou deux segments du secteur de l'électricité.

En d'autres termes, les dispositions en cause en l'espèce ne justifient pas à suffisance de droit le fait que le financement du chèque social soit mis à la charge de certains acteurs du réseau électrique, dont certains ont un poids spécifique très faible dans l'ensemble du secteur, alors que sont exemptés de cette charge d'autres sociétés ou groupes de sociétés pouvant être mieux placés pour assumer ce coût, soit en raison de leur chiffre d'affaires, soit du fait de leur importance relative dans l'un des secteurs d'activité, soit parce qu'ils exercent simultanément et de manière intégrée deux des activités en cause. De plus, en ce qui concerne le nécessaire respect du **[Or. 21]** principe de proportionnalité, il convient de relever que l'obligation de financer le chèque social, que la réglementation espagnole met à la charge des *sociétés mères de groupes de sociétés ou, le cas échéant, des sociétés qui exercent simultanément les activités de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité*, n'est pas instaurée à titre exceptionnel ou avec une portée temporelle limitée, mais indéfiniment et sans contrepartie ni aucune mesure compensatoire.

Au vu de ce qui précède, et compte tenu de la jurisprudence issue des arrêts du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), et du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637), la question se pose de savoir si le régime de financement du chèque social établi à l'article 45, paragraphe 4, de la loi 24/2013, puis mis en œuvre aux articles 2 et 3 du décret royal 968/2014, est compatible avec l'exigence énoncée à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72, qui dispose que les obligations de service public telles que le chèque social « [...] *sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables et garantissent aux entreprises d'électricité de la Communauté un égal accès aux consommateurs nationaux* ».

[omissis] [référence à d'autres procédures pendantes devant le Tribunal Supremo (Cour suprême) ayant un objet analogue]

Eu égard aux considérations qui précèdent,

LA CHAMBRE ORDONNE :

A/ Il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles suivantes : **[Or. 22]**

- 1) Conformément à la jurisprudence de la Cour issue, notamment, des arrêts du 20 avril 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, EU:C:2010:205), et du 7 septembre 2016, *ANODE* (C-121/15, EU:C:2016:637), une réglementation nationale telle que celle énoncée à l'article 45, paragraphe 4, de la Ley 24/2013, du 26 décembre 2013, mis en œuvre ultérieurement par les

articles 2 et 3 du Real Decreto 968/2014, du 21 novembre 2014, en vertu de laquelle le financement du chèque social est mis à la charge de certains acteurs du réseau électrique (les sociétés mères des groupes de sociétés ou, le cas échéant, les sociétés qui exercent simultanément les activités de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité), est-elle compatible avec les exigences établies à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE, sachant que certaines de ces entités concernées ont un poids spécifique très faible dans l'ensemble du secteur, et alors que sont exemptés de cette charge d'autres sociétés ou groupes de sociétés pouvant être mieux placés pour assumer ce coût, soit en raison de leur chiffre d'affaires, soit du fait de leur importance relative dans l'un des secteurs d'activité, soit parce qu'ils exercent simultanément et de manière intégrée deux de ces activités ?

- 2) Une réglementation nationale en vertu de laquelle l'obligation de financement du chèque social n'est pas instaurée à titre exceptionnel ou avec une portée temporelle limitée, mais indéfiniment et sans contrepartie ni aucune mesure compensatoire, est-elle ou non compatible avec l'exigence de proportionnalité énoncée à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE ?

[omissis] [considérations procédurales de droit interne]

Document 1 : Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (loi 24/2013, du 26 décembre 2013, relative au secteur de l'électricité), dont l'article 45, paragraphe 4, est en cause en l'espèce.

Document 2 : Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre (décret royal 968/2014, du 21 novembre 2014), dont les articles 2 et 3 mettent en œuvre les dispositions de ladite loi.

Document 3 : Arrêt de la chambre de céans du Tribunal Supremo (Cour suprême) n° 2279/2016, du 24 octobre 2016.

Document 4 : Arrêt de l'assemblée plénière du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) 37/2019, du 26 mars 2019.