



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. YVES BOT  
présentées le 28 janvier 2014<sup>1</sup>

**Affaire C-573/12**

**Ålands Vindkraft AB  
contre  
Energimyndigheten**

[demande de décision préjudicielle formée par le förvaltningsrätten i Linköping (Suède)]

«Libre circulation des marchandises — Mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative — Directive 2009/28/CE — Régimes nationaux d'aide aux énergies renouvelables — Certificats verts attribués à la production d'électricité à partir de sources renouvelables — Attribution réservée aux producteurs situés en Suède ou dans un État membre avec lequel le Royaume de Suède a conclu un accord de coopération»

1. La présente affaire est une nouvelle occasion pour la Cour de se prononcer sur la conformité avec le droit de l'Union des dispositions des régimes d'aide nationaux aux énergies produites à partir de sources renouvelables<sup>2</sup> qui limitent le bénéfice des aides aux seuls producteurs d'électricité situés sur le territoire national.
2. La question, marquée par la tension entre le principe de la libre circulation des marchandises et les exigences de la protection de l'environnement, s'est déjà posée dans l'affaire Essent Belgium (C-204/12 à C-208/12), actuellement pendante devant la Cour et dans laquelle nous avons conclu le 8 mai 2013, en nous prononçant au regard tant du principe de la libre circulation des marchandises que des dispositions de la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité<sup>3</sup>.
3. Si le contexte factuel est proche, la présente affaire se situe toutefois dans un contexte juridique différent, puisque, eu égard aux explications fournies par le förvaltningsrätten i Linköping (Suède), le régime suédois contesté doit être apprécié en tenant compte des dispositions de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE<sup>4</sup>.

1 — Langue originale: le français.

2 — Par commodité de langage, nous qualifierons cette énergie d'«énergie verte».

3 — JO L 283, p. 33.

4 — JO L 140, p. 16.

4. Cela amène à s'interroger sur le point de savoir si les dispositions de la directive 2009/28 permettent l'instauration d'un régime d'aide national à l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables<sup>5</sup> dans lequel sont octroyés aux producteurs d'électricité verte des certificats d'électricité dont les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs doivent ensuite obligatoirement acheter un certain quota en fonction de la quantité totale d'électricité qu'ils livrent ou consomment, lorsque ledit régime réserve l'octroi de tels certificats aux seuls producteurs d'électricité verte situés dans l'État membre concerné.

5. S'il est répondu par l'affirmative, se posera également la question de déterminer si les restrictions territoriales à l'accès aux régimes d'aide à l'énergie verte sont conformes aux exigences du principe de la libre circulation des marchandises, ce qui reviendra à s'interroger sur la validité de la directive 2009/28 au regard des dispositions de l'article 34 TFUE.

6. Dans les présentes conclusions, nous soutiendrons, d'abord, que, si la directive 2009/28 autorise de telles restrictions territoriales, en revanche, l'article 34 TFUE s'y oppose.

7. Nous en déduisons, ensuite, l'invalidité de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28 dans la mesure où il confère aux États membres le pouvoir d'interdire ou de restreindre l'accès à leurs régimes d'aide aux producteurs dont les installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont situées dans un autre État membre.

8. Pour des raisons de sécurité juridique, nous proposerons, enfin, de limiter dans le temps les effets de cette déclaration d'invalidité.

## **I – Le cadre juridique**

### *A – Le droit de l'Union*

9. La directive 2009/28, qui est entrée en vigueur le 25 juin 2009 et devait être transposée au plus tard le 5 décembre 2010, abroge la directive 2001/77 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

10. Les considérants 1, 13 à 15, 25, 36, 52 et 56 de la directive 2009/28 énoncent:

«(1) La maîtrise de la consommation énergétique européenne et l'augmentation de l'utilisation de l'énergie [verte] constituent, avec les économies d'énergie et une efficacité énergétique accrue, des éléments importants du paquet de mesures requises afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre et de se conformer au protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique, ainsi qu'aux autres engagements pris au niveau communautaire et international en vue d'une diminution des émissions des gaz à effet de serre au-delà de 2012. Ces facteurs ont également un rôle non négligeable à jouer dans la promotion de la sécurité des approvisionnements en énergie, du développement technologique et de l'innovation, ainsi que dans la création de perspectives d'emplois et le développement régional, en particulier dans les zones rurales et les zones isolées.

[...]

(13) [...] [I]l convient de définir des objectifs contraignants nationaux qui correspondent à une part de 20 % de l'énergie [verte] dans la consommation totale d'énergie pour la Communauté [...], et ce, d'ici à 2020.

5 — Ci-après l'«électricité verte».

(14) Les objectifs contraignants nationaux servent principalement à offrir une certaine sécurité aux investisseurs et à encourager le développement continu de technologies qui génèrent de l'énergie à partir de tous types de sources renouvelables. [...]

(15) Les situations de départ, les possibilités de développer l'énergie [verte] et les bouquets énergétiques diffèrent d'un État membre à l'autre. Il importe donc de traduire l'objectif d'une part de 20 % dans la consommation d'énergie dans la Communauté en objectifs spécifiques à chaque État membre, en respectant une répartition juste et appropriée qui tienne compte des disparités concernant les situations de départ et le potentiel de chaque État membre, y compris le niveau actuel de l'énergie [verte] et le bouquet énergétique existant. [...]

[...]

(25) Les États membres disposent de potentiels différents en matière d'énergies renouvelables et appliquent différents régimes d'aide pour l'énergie [verte] au niveau national. La majorité des États membres appliquent des régimes d'aide qui octroient des avantages uniquement pour l'énergie [verte] produite [...] sur leur territoire. Afin de garantir le bon fonctionnement des régimes d'aide nationaux, il est essentiel que les États membres puissent contrôler les effets et les coûts de leurs régimes d'aide en fonction de leur potentiel. [...] La présente directive vise à faciliter le soutien transfrontalier à l'énergie [verte] sans affecter les régimes d'aide nationaux. Elle introduit des mécanismes de coopération facultatifs entre États membres qui leur permettent de convenir de la mesure dans laquelle un État membre soutient la production énergétique dans un autre État membre et de la mesure dans laquelle la production d'énergie [verte] devrait entrer en ligne de compte pour les objectifs globaux de l'un ou l'autre État membre. Afin de garantir l'efficacité des deux types de mesures relatives au respect des objectifs, à savoir les régimes d'aide nationaux et les mécanismes de coopération, il est essentiel que les États membres soient en mesure de déterminer si et dans quelle mesure leurs régimes d'aide nationaux s'appliquent à l'énergie [verte] produite [...] dans d'autres États membres, et d'en convenir en appliquant les mécanismes de coopération prévus dans la présente directive.

[...]

(36) Pour créer les moyens de réduire le coût de la réalisation des objectifs fixés dans la présente directive, il convient de favoriser la consommation, dans les États membres, d'énergie [verte] produite [...] dans d'autres États membres et de permettre aux États membres de comptabiliser, dans leurs propres objectifs nationaux, l'énergie [verte] consommée dans d'autres États membres. Pour ce faire, des mesures de flexibilité sont nécessaires, mais elles restent sous le contrôle des États membres pour ne pas limiter leur capacité à atteindre leurs objectifs nationaux. Ces mesures de flexibilité prennent la forme de transferts statistiques, de projets communs entre États membres ou de régimes d'aide communs.

[...]

(52) Les garanties d'origine, délivrées aux fins de la présente directive, serviraient uniquement à prouver au client final qu'une part ou une quantité déterminée d'énergie a été produite à partir de sources renouvelables. [...] Il est important de faire la distinction entre les certificats verts utilisés pour les régimes d'aide et les garanties d'origine.

[...]

(56) Les garanties d'origine ne confèreraient pas, par elles-mêmes, le droit de bénéficier de régimes d'aide nationaux.»

11. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2009/28, intitulé «Objet et champ d'application»:

«La présente directive définit un cadre commun pour la promotion de la production d'énergie [verte]. Elle fixe des objectifs nationaux contraignants concernant la part de l'énergie [verte] dans la consommation finale brute d'énergie [...]

12. L'article 2, second alinéa, sous j) à l), de la directive 2009/28 comporte les définitions suivantes:

- «j) 'garantie d'origine': un document électronique servant uniquement à prouver au client final qu'une part ou une quantité déterminée d'énergie a été produite à partir de sources renouvelables [...];
- k) 'régime d'aide': tout instrument, régime ou mécanisme appliqué par un État membre ou un groupe d'États membres, destiné à promouvoir l'utilisation de l'énergie [verte] grâce à une réduction du coût de cette énergie par une augmentation du prix de vente ou du volume d'achat de cette énergie, au moyen d'une obligation d'utiliser ce type d'énergie ou d'une autre mesure incitative; cela inclut, mais sans s'y limiter, les aides à l'investissement, les exonérations ou réductions fiscales, les remboursements d'impôt, les régimes d'aide liés à l'obligation d'utiliser de l'énergie [verte], y compris ceux utilisant les certificats verts, et les régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes;
- l) 'obligation d'utiliser de l'énergie [verte]': un régime national d'aide exigeant des producteurs d'énergie de produire une proportion déterminée d'énergie [verte], exigeant des fournisseurs d'énergie de proposer une proportion déterminée d'énergie [verte] dans leur offre d'énergie ou exigeant des consommateurs d'énergie d'utiliser de l'énergie [verte] dans une proportion déterminée. Ceci inclut les régimes en vertu desquels ces exigences peuvent être satisfaites en utilisant des certificats verts».

13. L'article 3, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/28 dispose:

«1. Chaque État membre veille à ce que la part d'énergie [verte], calculée conformément aux articles 5 à 11, dans sa consommation finale d'énergie en 2020 corresponde au minimum à son objectif national global en ce qui concerne la part d'énergie [verte] pour l'année 2020, comme le prévoit le tableau figurant dans la partie A de l'annexe I, troisième colonne. [...]

2. Les États membres mettent en place des mesures conçues de manière efficace pour garantir que leur part d'énergie [verte] est au moins égale à celle prévue dans la trajectoire indicative établie dans l'annexe I, partie B.

3. Afin d'atteindre les objectifs fixés aux paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent notamment appliquer les mesures suivantes:

- a) régimes d'aide;
- b) mesures de coopération entre différents États membres et avec des pays tiers pour atteindre leurs objectifs nationaux globaux, conformément aux articles 5 à 11.

Sans préjudice des articles 87 et 88 du traité, les États membres ont le droit de décider, conformément aux articles 5 à 11 de la présente directive, dans quelle mesure ils soutiennent l'énergie [verte] qui est produite dans un autre État membre.»

14. Aux termes de l'article 5 de la directive 2009/28:

«1. La consommation finale brute d'énergie [verte] dans chaque État membre est calculée comme étant la somme:

a) de la consommation finale brute d'électricité [verte];

[...]

3. Aux fins du paragraphe 1, [sous] a), la consommation finale brute d'électricité [verte] est la quantité d'électricité produite dans un État membre à partir de sources renouvelables, à l'exclusion de l'électricité produite dans des systèmes d'accumulation par pompage à partir de l'eau pompée auparavant en amont.

[...]»

15. L'article 11 de la directive 2009/28, intitulé «Régimes d'aide communs», prévoit à son paragraphe 1:

«Sans préjudice des obligations incombant aux États membres au titre de l'article 3, deux États membres ou plus peuvent décider, de leur propre initiative, d'unir ou de coordonner partiellement leurs régimes d'aide nationaux. Dans ce cas, une certaine quantité d'énergie [verte] produite sur le territoire d'un État membre participant peut entrer en ligne de compte pour l'objectif national global d'un autre État membre participant [...]»

16. L'article 15 de la directive 2009/28, intitulé «Garantie d'origine de l'électricité et de l'énergie de chauffage et de refroidissement produites à partir de sources d'énergie renouvelables», prévoit:

«1. Aux fins de démontrer aux clients finals la part ou la quantité d'énergie [verte] que contient le bouquet énergétique d'un fournisseur d'énergie, conformément à l'article 3, paragraphe 6, de la directive 2003/54/CE <sup>[6]</sup>, les États membres font en sorte que l'origine de l'électricité [verte] puisse être garantie comme telle au sens de la présente directive, selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires.

2. [...] La garantie d'origine n'a pas de fonction en termes de respect des dispositions de l'article 3 par un État membre. Les transferts de garanties d'origine [...] n'ont aucun effet [...] sur le calcul de la consommation finale brute d'énergie [verte], conformément à l'article 5.

[...]

9. Les États membres reconnaissent les garanties d'origine émises par d'autres États membres conformément à la présente directive, exclusivement à titre de preuve des éléments visés au paragraphe 1 et au paragraphe 6, [sous] a) à f). [...]

[...]»

6 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176, p. 37, et rectificatif JO 2004, L 16, p. 74).

## B – *Le droit suédois*

17. Le régime d'aide à la production d'électricité verte a été institué par la loi n° 113 de 2003 relative aux certificats d'électricité [lagen (2003:113) om elcertifikat]<sup>7</sup>, qui a été remplacée, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2012, par la loi n° 1200 de 2011 relative aux certificats d'électricité [lagen (2011:1200) om elcertifikat]<sup>8</sup>, laquelle avait, notamment, pour objet d'assurer la transposition de la directive 2009/28.

18. La juridiction de renvoi souligne que, bien que la décision de l'Energimyndigheten du 9 juin 2010, en cause dans l'affaire au principal, ait été adoptée en application de la loi de 2003, en droit suédois, un litige doit, en principe, être résolu suivant la loi applicable lors de son examen par le juge, à savoir, en l'occurrence, la loi de 2011.

19. Le régime d'aide instauré par la législation suédoise repose sur l'attribution de certificats verts aux producteurs d'électricité verte et sur l'obligation corrélative pour les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs d'acheter un certain nombre de certificats correspondant à une quote-part de la quantité totale d'électricité fournie ou consommée.

20. Le certificat vert, qui apporte la preuve de la production d'un mégawatt-heure d'électricité verte, peut être librement négocié sur un marché concurrentiel où les prix sont déterminés par la règle de l'offre et de la demande. Son prix est in fine répercuté sur le consommateur d'électricité. Le nombre de certificats que les fournisseurs ou les utilisateurs ont l'obligation d'acquérir varie en fonction de l'objectif de production d'électricité verte à atteindre. Il s'élevait, pour les années 2010 à 2012, à 0,179 certificat vert par mégawatt-heure vendu ou utilisé.

21. La juridiction de renvoi observe que, bien que cette limitation ne figure pas dans le texte de la loi de 2011, il ressort des travaux préparatoires des lois de 2003 et de 2011 que l'attribution de certificats verts est réservée aux installations de production d'électricité verte situées en Suède.

22. Elle précise, en outre, que le chapitre 1, article 5, de la loi de 2011 comporte une disposition nouvelle ainsi rédigée:

«Les certificats d'électricité attribués pour la production d'électricité renouvelable dans un autre État peuvent être utilisés pour satisfaire à l'obligation de quotas de la présente loi, sous réserve que le régime suédois des certificats d'électricité ait fait l'objet d'une coordination avec celui de cet autre État par un accord international.»

23. Le 29 juin 2011, le Royaume de Suède a conclu avec le Royaume de Norvège<sup>9</sup> un tel accord. En revanche, il n'existe pas d'accord de ce type avec la République de Finlande.

## II – **Le litige au principal**

24. Le 30 novembre 2009, Ålands Vindkraft AB<sup>10</sup>, qui exploite un parc éolien situé en Finlande dans l'archipel des îles Åland, mais relié, selon les moyens d'Ålands Vindkraft repris dans la décision de renvoi, au réseau de distribution d'électricité suédois, a sollicité un agrément afin de pouvoir obtenir la délivrance de certificats verts en vertu de la réglementation suédoise.

7 — Ci-après la «loi de 2003».

8 — Ci-après la «loi de 2011».

9 — La directive 2009/28 a été intégrée dans l'accord sur l'Espace économique européen du 2 mai 1992 (JO 1994, L 1, p. 3), tel qu'adapté par le protocole portant adaptation de cet accord (JO 1994, L 1, p. 572), par la décision n° 162/2011 du Comité mixte de l'EEE du 19 décembre 2011 modifiant l'annexe IV (Énergie) de l'accord EEE (JO 2012, L 76, p. 49, et rectificatif JO 2012, L 247, p. 16).

10 — Ci-après «Ålands Vindkraft».

25. Cette demande a été rejetée par l'Energimyndigheten par décision du 9 juin 2010, au motif que le régime des certificats verts ne peut bénéficier qu'aux installations de production d'électricité verte situées en Suède.

26. Ålands Vindkraft a saisi le förvaltningsrätten i Linköping d'un recours en annulation contre cette décision en invoquant, notamment, une violation de l'article 34 TFUE du fait que le régime litigieux a pour effet de réserver la satisfaction des besoins en électricité d'environ 18 % des consommateurs suédois aux producteurs d'électricité verte situés en Suède, au détriment des importations en provenance d'autres États membres.

### III – Les questions préjudicielles

27. Éprouvant des doutes quant à l'interprétation de la directive 2009/28 et quant à la portée de l'article 34 TFUE, le förvaltningsrätten i Linköping a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- 1) Le régime suédois de certificats d'électricité est un régime d'aide national faisant obligation aux fournisseurs d'électricité et à certains utilisateurs de cet État membre d'acquérir des certificats d'électricité correspondant à une quote-part de leurs livraisons, respectivement utilisations, sans qu'il soit expressément exigé d'acheter l'électricité auprès de la même source. Les certificats d'électricité sont attribués par le Royaume de Suède et constituent la preuve qu'une certaine quantité d'électricité [verte] a été produite [...]. La vente de ces certificats permet aux producteurs d'électricité [verte] de bénéficier de recettes supplémentaires venant compléter celles tirées de la vente d'électricité. Les dispositions des articles 2, [second alinéa,] sous k), et 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28[...] doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles permettent à un État membre de mettre en œuvre un régime national d'aide, tel que celui ainsi décrit, où seuls les producteurs situés sur son territoire peuvent en bénéficier et qui a pour effet que lesdits producteurs sont avantagés économiquement par rapport à ceux qui ne peuvent se faire attribuer des certificats d'électricité?
- 2) À la lumière des dispositions de l'article 34 TFUE, un régime tel que celui décrit dans la première question est-il susceptible de constituer une mesure restrictive quantitative à l'importation ou d'effet équivalent?
- 3) S'il est répondu par l'affirmative à la deuxième question, un tel régime peut-il néanmoins être considéré comme compatible avec l'article 34 TFUE compte tenu de son objectif de promotion de la production d'électricité [verte]?
- 4) Le fait que la restriction du champ d'application de ce régime aux seuls producteurs nationaux ne soit pas expressément inscrite dans la loi nationale a-t-il une incidence sur les réponses aux questions précédentes?

### IV – Notre analyse

#### A – *Sur la première question*

28. Par sa première question, qui se subdivise en deux parties, la juridiction de renvoi demande, en premier lieu, si un régime tel que celui en cause au principal constitue un régime d'aide au sens de l'article 2, second alinéa, sous k), de la directive 2009/28 et, en second lieu, en cas de réponse affirmative, si les dispositions de cette directive doivent être interprétées en ce sens qu'elles interdisent de limiter le bénéfice d'un tel régime aux seuls producteurs dont les installations sont situées sur le territoire de l'État membre concerné.

## 1. Sur la première partie de la question

29. Un régime de certificats verts tel que celui en cause au principal constitue-t-il un régime d'aide au sens de l'article 2, second alinéa, sous k), de la directive 2009/28?

30. Pour Ålands Vindkraft, la directive 2009/28 s'applique aux régimes d'aide à l'utilisation d'électricité verte et non à la production de celle-ci, tandis que pour l'Energimyndigheten, pour l'ensemble des gouvernements ayant présenté des observations ainsi que pour la Commission européenne, un régime d'aide à la production d'électricité verte doit être qualifié de «régime d'aide» au sens de cette directive.

31. Nous partageons sans hésitation cette dernière analyse qui s'impose à la lecture des définitions qui figurent à l'article 2, second alinéa, sous k) et l), de ladite directive, et ce pour les raisons suivantes.

32. Premièrement, il résulte clairement du libellé même de ces définitions que les régimes d'aide destinés à promouvoir l'utilisation de l'énergie verte englobent ceux imposant aux producteurs ou aux fournisseurs d'énergie un quota de production ou d'offre d'énergie verte. Ainsi faut-il entendre la notion d'utilisation d'électricité verte dans une acception qui englobe la production de cette électricité, de sorte qu'il n'est pas conforme à la lettre de la directive 2009/28 d'opposer ces deux termes en les tenant pour exclusifs l'un de l'autre.

33. Deuxièmement, l'emploi de l'adjectif «tout» et des termes, considérés comme équivalents, «instrument», «régime» ou «mécanisme» ainsi que le caractère non limitatif des exemples énumérés à l'article 2, second alinéa, sous k), de cette directive marquent la volonté du législateur de l'Union de retenir une acception large de la notion de régime d'aide.

34. Troisièmement, force est de constater que l'article 2, second alinéa, sous k) et l), de ladite directive mentionne expressément parmi les régimes d'aide, outre les tarifs de rachat et les primes, les régimes de certificats verts<sup>11</sup>.

35. Selon nous, il ne fait, dès lors, aucun doute qu'un régime de certificats verts tel que celui en cause au principal constitue un régime d'aide au sens de la directive 2009/28.

36. Il reste à déterminer si les dispositions de cette directive interdisent de réserver le bénéfice d'un tel régime aux seuls producteurs dont les installations sont situées sur le territoire de l'État membre concerné.

## 2. Sur la seconde partie de la question

37. Les dispositions de la directive 2009/28 donnent lieu à des interprétations divergentes de la part des parties principales et des parties intervenantes.

38. Selon une première lecture, soutenue par Ålands Vindkraft, la directive 2009/28, si elle vise à promouvoir l'utilisation d'énergie verte afin que les États membres puissent se conformer à leurs objectifs contraignants, *ne permet pas* l'instauration de régimes d'aide discriminatoires, qui feraient naître des entraves illicites aux échanges.

39. Une lecture radicalement opposée est proposée par l'Energimyndigheten et les gouvernements suédois, allemand et norvégien qui considèrent que la directive 2009/28 *autorise* expressément, voire *suppose* une limitation du bénéfice des régimes d'aide nationaux à l'énergie verte produite sur le territoire national.

11 — Ces régimes sont également mentionnés à la dernière phrase du considérant 52 de la directive 2009/28.

40. Cette lecture serait conforme au texte même de cette directive dès lors que le considérant 25 et l'article 3, paragraphe 3, de celle-ci mentionnent que les États membres sont libres de déterminer si et dans quelle mesure ils entendent soutenir l'énergie verte produite dans d'autres États membres et énumèrent les mécanismes de coopération, à caractère facultatif, auxquels ils peuvent avoir recours dans cette hypothèse.

41. Ladite lecture serait, en outre, confirmée par l'économie générale de la directive 2009/28. Celle-ci suivrait, en effet, une approche orientée sur les États membres pris individuellement, en imposant à chacun des objectifs spécifiques. Elle ferait, en outre, des régimes d'aide nationaux l'instrument essentiel pour la réalisation de ces objectifs et consacrerait la possibilité pour les États membres de contrôler les effets et les coûts de ces régimes en fonction de leurs potentiels respectifs, ce qui supposerait d'avoir des régimes qui se limitent au territoire de chacun des États membres.

42. Une telle lecture serait également corroborée, selon les gouvernements suédois et norvégien, par les travaux préparatoires de la directive 2009/28 qui laisseraient entendre que les États membres bénéficient d'une importante marge de manœuvre pour mener à bien leurs propres politiques afin de s'acquitter de leurs obligations conformément à cette directive, qui se limite à définir un cadre commun<sup>12</sup>.

43. La Commission propose une voie intermédiaire. Faisant valoir que, à la différence de la directive 2001/77, la directive 2009/28 ne comporte aucune mention relative aux effets restrictifs sur les échanges et que les dispositions de son article 3, paragraphe 3, donnent aux États membres le droit d'instituer des régimes d'aide, de mettre en place des mesures de coopération ou de décider dans quelle mesure ils soutiennent l'énergie verte qui est produite dans un autre État membre, elle considère que la directive 2009/28 doit être interprétée en ce sens qu'elle *ne s'oppose pas* à ce qu'un État membre mette en œuvre un régime d'aide national qui ne bénéficie qu'aux producteurs situés sur son territoire.

44. Nous estimons, pour notre part, que la directive 2009/28 autorise les limitations territoriales des régimes d'aide à l'énergie verte, ainsi que le démontrent tant l'interprétation littérale que l'économie générale et les objectifs de cette directive.

a) Le libellé de l'article 3, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2009/28

45. Le considérant 25 de la directive 2009/28 énonce expressément que des restrictions existent dans la plupart des régimes d'aide nationaux et que les États membres, qui disposent de potentiels différents, jouissent d'une marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure ces régimes d'aide s'appliquent à l'énergie verte produite dans d'autres États membres. Cette marge d'appréciation se traduit, à l'article 3, paragraphe 3, second alinéa, de cette directive, par l'affirmation du principe selon lequel les États membres disposent du «droit de décider» de l'étendue du soutien à l'énergie verte importée «conformément aux articles 5 à 11» de ladite directive, sous la seule réserve du respect des articles 107 TFUE et 108 TFUE. Il en ressort que la directive 2009/28 confère aux États membres un titre de compétence pour déterminer le principe et l'étendue de leur soutien à l'énergie verte importée et pour conclure, le cas échéant, des accords avec d'autres États membres.

12 — Le gouvernement suédois se réfère au point 3.1, p. 8, du document de travail des services de la Commission accompagnant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Énergies renouvelables: un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie [SWD(2012) 164 final]. Ce document est disponible uniquement en langue anglaise.

b) L'économie générale de la directive 2009/28

46. Deux arguments fondés sur l'économie générale de la directive 2009/28 fournissent des indications claires sur la question de savoir si un État membre qui met en œuvre un régime d'aide est tenu de faire bénéficier de ce régime les installations de production d'électricité verte situées dans d'autres États membres.

47. Le premier argument est tiré du caractère facultatif des mécanismes de flexibilité réglementés aux articles 6 à 11 de cette directive. Si le législateur de l'Union a entendu soutenir les échanges transfrontaliers d'énergie verte en favorisant la consommation, dans les États membres, d'énergie verte produite dans d'autres États membres et en permettant la comptabilisation, dans l'objectif national d'un État membre, de l'énergie verte consommée dans un autre État membre<sup>13</sup>, les «mesures de flexibilité»<sup>14</sup>, également dénommées «mécanismes de coopération»<sup>15</sup>, instituées à cette fin et qui peuvent prendre la forme soit de «transferts statistiques»<sup>16</sup>, soit de «projets communs entre États membres»<sup>17</sup>, soit encore de «régimes d'aide communs»<sup>18</sup> sont expressément conçues comme des mécanismes facultatifs<sup>19</sup>, subordonnés à la conclusion préalable d'un accord entre États membres. Par conséquent, quand bien même un État membre serait disposé à appliquer unilatéralement son régime d'aide à l'énergie verte produite dans un autre État membre, cette énergie ne pourrait être prise en compte en vue de la réalisation de ses objectifs nationaux que pour autant que ce second État accepte cette prise en compte et conclue avec le premier un accord de coopération.

48. Le second argument est pris de la portée limitée reconnue aux garanties d'origine. Bien qu'elle instaure une obligation de reconnaissance mutuelle de ces garanties, la directive 2009/28 limite expressément la portée des garanties émises par d'autres États membres en précisant qu'elles valent exclusivement comme instrument de preuve<sup>20</sup>, sans conférer le droit de bénéficier des régimes d'aide nationaux<sup>21</sup>. Il en ressort qu'un État membre peut refuser le bénéfice de son régime d'aide à un producteur d'électricité verte installé à l'étranger, quand bien même l'origine verte de sa production serait établie par une garantie d'origine conforme aux exigences de la directive 2009/28.

49. Les objectifs de cette directive confirment cette marge d'appréciation laissée aux États membres.

c) Les objectifs de la directive 2009/28

50. À la différence de la directive 2001/77 qui imposait aux États membres des objectifs simplement indicatifs, la directive 2009/28 fixe des objectifs contraignants nationaux globaux<sup>22</sup> de consommation d'électricité verte devant permettre d'atteindre l'objectif global d'au moins 20 % de production d'énergie verte dans l'Union européenne, en laissant aux États membres le choix des moyens appropriés pour atteindre ces objectifs. En outre, si, dans le cadre de la directive 2001/77, les objectifs indicatifs nationaux de «consommation» pouvaient être remplis en prenant en compte l'électricité

13 — Voir considérant 36 de ladite directive.

14 — *Idem*.

15 — Considérant 25 de la directive 2009/28.

16 — Article 6 de cette directive.

17 — Article 7 de ladite directive. Cette dernière autorise également les projets communs entre États membres et pays tiers (article 9 de celle-ci).

18 — Article 11 de la directive 2009/28.

19 — Considérant 25, sixième phrase, de cette directive.

20 — Article 15, paragraphe 9, de ladite directive.

21 — Voir, en ce sens, considérant 56 de la directive 2009/28, qui énonce que «[l]es garanties d'origine ne confèreraient pas, par elles-mêmes, le droit de bénéficier de régimes d'aide nationaux». Si l'emploi du conditionnel, dans la version en langue française, laisse perplexe, dans la mesure où il paraît exclure toute certitude, il convient, toutefois, de constater que d'autres versions linguistiques utilisent l'indicatif présent [voir, notamment, les versions en langues allemande («Herkunfts nachweise begründen nicht an sich ein Recht auf Inanspruchnahme nationaler Förderregelungen»); anglaise («Guarantees of origin do not by themselves confer a right to benefit from national support schemes»), et espagnole («Las garantías de origen no confieren de por sí el derecho a acogerse a sistemas de apoyo nacionales»)].

22 — Voir intitulé de l'article 3 de cette directive.

verte importée<sup>23</sup>, la directive 2009/28 définit la consommation d'électricité verte comme étant la quantité d'électricité verte «produite dans un État membre [...], à l'exclusion de l'électricité produite dans des systèmes d'accumulation par pompage à partir de l'eau pompée auparavant en amont»<sup>24</sup>. La déclinaison au niveau national de l'objectif de promotion de l'utilisation d'énergie verte et l'accent mis sur la production paraissent légitimer qu'un État membre décide de réserver son soutien à sa seule production nationale, qui est celle qui lui permettra de remplir ses objectifs.

51. Telles sont les raisons pour lesquelles nous proposons de répondre à la première question posée par le förvaltningsrätten i Linköping que les articles 2, second alinéa, sous k), et 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28 doivent être interprétés en ce sens que:

- constitue un régime d'aide au sens de cette directive une réglementation nationale qui octroie aux producteurs d'électricité verte des certificats verts dont les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs doivent obligatoirement acheter un certain quota en fonction de la quantité totale d'électricité qu'ils livrent ou consomment;
- ladite directive autorise les États membres, lorsqu'ils instituent de tels régimes, à réserver l'octroi des certificats verts aux seules installations de production d'électricité verte situées sur leur territoire.

#### B – *Sur les deuxième et troisième questions*

52. Par ses deuxième et troisième questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 34 TFUE s'oppose à la restriction territoriale caractérisant le régime en cause au principal.

53. Pour répondre à cette question, nous appliquerons le même raisonnement en trois temps que celui que nous avons suivi dans nos conclusions dans l'affaire Essent Belgium, précitée, en déterminant successivement si l'article 34 TFUE est applicable, si la réglementation en cause constitue une entrave et si elle peut être justifiée.

##### 1. L'applicabilité de l'article 34 TFUE

54. L'adoption de la directive 2009/28 interdit-elle d'examiner la compatibilité des régimes d'aide nationaux avec l'article 34 TFUE?

55. Les positions adoptées sur cette question par les parties ayant déposé des observations devant la Cour sont diverses.

56. Ålands Vindkraft fait valoir que la directive 2009/28 n'a pas harmonisé les régimes d'aide nationaux et que, en conséquence, les mesures nationales adoptées dans le cadre de la transposition de cette directive doivent être compatibles avec le droit primaire, indépendamment de leur conformité éventuelle avec ladite directive.

57. À l'inverse, l'Energimyndigheten nie la possibilité d'un conflit entre la restriction territoriale litigieuse et l'article 34 TFUE, car le droit primaire ne serait applicable que dans la mesure où il n'existerait pas de droit dérivé applicable<sup>25</sup>.

23 — Voir points 107 à 109 de nos conclusions dans l'affaire Essent Belgium, précitée.

24 — Article 5, paragraphe 3, premier alinéa, de cette directive.

25 — L'Energimyndigheten se réfère au point 53 de l'arrêt du 14 décembre 2004, Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz (C-309/02, Rec. p. I-11763).

58. Tout en reconnaissant que la directive 2009/28 n'a pas procédé à une harmonisation exhaustive des régimes d'aide nationaux, le gouvernement allemand estime que l'étendue du contrôle juridictionnel à exercer au regard de l'article 34 TFUE doit tenir compte de ce que, en connaissance de cause, le législateur de l'Union a accepté d'éventuelles restrictions à la libre circulation des marchandises, nécessaires pour le bon fonctionnement des systèmes d'aide nationaux.

59. Enfin, la Commission déduit de ce que la directive 2009/28 a donné aux États membres le droit de conserver leurs régimes d'aide en vue d'atteindre leurs objectifs nationaux que le régime suédois de certificats verts doit être présumé conforme à l'article 34 TFUE.

60. Selon nous, l'intervention de la directive 2009/28 ne saurait dispenser d'un examen de la question au regard de l'article 34 TFUE.

61. S'il ressort d'une jurisprudence constante que toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'Union doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire<sup>26</sup>, cette jurisprudence n'est nullement applicable, puisqu'il est constant que la directive 2009/28 n'a pas harmonisé le contenu matériel des régimes d'aide destinés à promouvoir l'utilisation de l'énergie verte.

62. En réalité, la difficulté réside non pas dans l'existence d'une réglementation commune prévoyant l'harmonisation exhaustive des mesures nécessaires pour garantir la protection de l'environnement dans le commerce d'énergie verte entre États membres, mais dans l'affirmation, dans la directive 2009/28, de la compétence des États membres pour déterminer si leurs régimes d'aide s'appliquent ou non à l'énergie verte importée depuis un autre État membre.

63. Dans ces circonstances, l'appréciation du régime d'aide suédois au regard de l'article 34 TFUE doit être effectuée en tenant compte du principe de primauté du droit primaire sur les autres sources du droit de l'Union, dont découlent deux conséquences.

64. La première a trait à l'interprétation du droit dérivé, qui doit être effectuée dans le sens de sa conformité avec le droit primaire et les principes généraux du droit de l'Union. À cet égard, il y a lieu de rappeler la jurisprudence constante en vertu de laquelle, lorsqu'un texte de droit dérivé est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme aux dispositions des traités, plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celles-ci<sup>27</sup>.

65. La seconde conséquence concerne la validité du droit dérivé, qui doit être appréciée au regard des règles de droit primaire relatives aux libertés de circulation. Il découle, en effet, de la jurisprudence de la Cour que l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent, prévue à l'article 34 TFUE, «vaut non seulement pour les mesures nationales, mais également pour les mesures émanant des institutions de l'Union»<sup>28</sup>, lesquelles «sont, elles aussi, tenues de respecter la liberté des échanges [entre les États membres], principe fondamental du marché commun»<sup>29</sup>.

66. Or, dans le cadre particulier de l'instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales institué par l'article 267 TFUE, il importe de relever que la Cour, même exclusivement saisie à titre préjudiciel d'une question d'interprétation du droit de l'Union, peut, dans certaines circonstances particulières, être amenée à examiner la validité de dispositions de droit dérivé.

26 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 14 mars 2013, *Commission/France* (C-216/11, point 27 et jurisprudence citée).

27 — Voir, notamment, arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* (C-305/05, Rec. p. I-5305, point 28). Voir, également, arrêt du 7 mars 2013, *Efir* (C-19/12, point 34).

28 — Arrêt du 12 juillet 2012, *Association Kokopelli* (C-59/11, point 80 et jurisprudence citée). Voir, par analogie, en ce qui concerne la libre prestation des services, arrêt du 26 octobre 2010, *Schmelz* (C-97/09, Rec. p. I-10465, point 50).

29 — Arrêt du 29 février 1984, *Rewe-Zentrale* (37/83, Rec. p. 1229, point 18).

67. À cet égard, il convient de rappeler que la Cour a jugé que, «lorsqu'il apparaît que le véritable objet des questions posées par une juridiction nationale relève de l'examen de la validité plus que de l'interprétation des actes [de l'Union], il appartient à la Cour d'éclairer immédiatement ladite juridiction sans l'obliger à un formalisme purement dilatoire incompatible avec la nature propre des mécanismes institués par l'article [267 TFUE]»<sup>30</sup>.

68. Partant, la Cour a, à plusieurs reprises, déclaré d'office invalide un acte dont seule l'interprétation lui était demandée<sup>31</sup>.

69. Cette souplesse qui caractérise l'instrument de coopération que constitue le renvoi préjudiciel nous semble permettre à la Cour de statuer sur la validité d'une disposition de droit dérivé dans l'hypothèse, telle que celle en cause au principal, où la juridiction de renvoi poserait des questions préjudicielles relatives à la fois à l'interprétation du droit dérivé et à l'interprétation du droit primaire. Si, dans ce cas de figure, l'interprétation du droit dérivé révèle une incompatibilité avec le droit primaire, l'efficacité de la coopération avec les juridictions nationales suppose que la Cour explicite les conséquences qu'il convient de tirer d'un tel constat au regard de la validité de la disposition de droit dérivé concernée.

70. Certes, il ne faut pas perdre de vue que les informations fournies dans les décisions de renvoi servent non seulement à permettre à la Cour de donner des réponses utiles, mais également à procurer aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Il incombe, en conséquence, à cette dernière de veiller à ce que cette possibilité soit sauvegardée, compte tenu du fait que, en vertu de ladite disposition, seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées, accompagnées d'une traduction dans la langue officielle de chaque État membre, à l'exclusion du dossier national éventuellement transmis à la Cour par la juridiction de renvoi<sup>32</sup>.

71. En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que, si les questions ont formellement pour objet l'interprétation des articles 2, second alinéa, sous k), et 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28 ainsi que de l'article 34 TFUE, le förvaltningsrätten i Linköping, en n'excluant pas que les caractéristiques du régime en cause au principal soient conformes à la directive 2009/28 tout en s'interrogeant sur la compatibilité de ce régime au regard du principe de la libre circulation des marchandises, émet indirectement des doutes quant à la validité de cette directive, de sorte que l'objet des questions oblige à se livrer à une appréciation de validité.

72. Aussi bien est-ce ainsi qu'a été comprise la demande de décision préjudicielle par les gouvernements des États membres ainsi que par les parties principales, comme en attestent, notamment, les observations de l'Energimyndigheten selon lesquelles interdire sur le fondement de l'article 34 TFUE les restrictions territoriales serait «incompatible» avec la directive 2009/28<sup>33</sup>.

73. Partant, il convient d'apprécier si l'article 34 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une restriction territoriale, telle que celle en cause au principal, et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences quant à la validité de la directive 2009/28 au regard dudit texte.

30 — Arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1965, Schwarze (16/65, Rec. p. 1081, 1094).

31 — Voir, notamment, arrêts du 3 février 1977, Strehl (62/76, Rec. p. 211, points 10 à 17); du 15 octobre 1980, Roquette Frères (145/79, Rec. p. 2917, point 6), et du 4 octobre 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Rec. p. I-8075, points 32 à 39).

32 — Voir, notamment, arrêt du 27 novembre 2012, Pringle (C-370/12, point 85 et jurisprudence citée).

33 — Voir p. 28, avant-dernier alinéa, de ces observations dans leur version en langue française.

## 2. L'existence d'une restriction à la libre circulation des marchandises

74. Ainsi que nous l'avons rappelé dans nos conclusions dans l'affaire *Essent Belgium*, précitée<sup>34</sup>, il ressort d'une jurisprudence fermement établie que constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au sens de l'article 34 TFUE toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce au sein de l'Union.

75. La restriction peut résulter non seulement d'une pénalisation des produits importés par rapport aux produits nationaux, mais aussi, inversement, d'un avantage accordé à la production nationale par rapport aux marchandises importées<sup>35</sup>, voire d'une réglementation qui, tout en ne réservant pas l'avantage aux produits nationaux, exige des conditions supplémentaires pour son octroi aux produits importés<sup>36</sup>.

76. Le système suédois des certificats verts, s'il n'interdit pas l'importation d'électricité, procure incontestablement un avantage économique susceptible de favoriser les producteurs d'électricité verte situés en Suède par rapport aux producteurs situés dans d'autres États membres, puisque, alors que les premiers bénéficient des recettes supplémentaires que leur procure la vente de certificats verts, laquelle agit comme une prime à la production, les seconds ne sont rémunérés que par la vente d'électricité verte.

77. L'impossibilité pour les producteurs d'électricité installés dans d'autres États membres de bénéficier du régime des certificats verts lorsqu'ils exportent de l'électricité verte constitue, partant, une restriction discriminatoire à la libre circulation des marchandises, interdite par l'article 34 TFUE.

78. Toutefois, il convient de vérifier si cette restriction peut être justifiée.

## 3. La justification de l'entrave à la libre circulation des marchandises

79. Nous estimons, pour les raisons que nous avons exposées dans l'affaire *Essent Belgium*, précitée, et sur lesquelles nous pensons qu'il est inutile de revenir, qu'une réglementation nationale qui constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives peut être justifiée par l'objectif de la protection de l'environnement quand bien même elle serait discriminatoire, à condition, toutefois, dans ce cas, d'être soumise à un test de proportionnalité particulièrement rigoureux, que nous avons qualifié de «renforcé».

80. Il y a donc lieu de vérifier si la réglementation nationale en cause au principal est propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que cet objectif soit atteint.

81. L'Energimyndigheten ainsi que l'ensemble des gouvernements qui ont déposé des observations se réfèrent à l'arrêt *PreussenElektra*<sup>37</sup> en soutenant que les justifications retenues dans cet arrêt trouveraient également à s'appliquer à la réglementation en cause au principal.

34 — Point 78.

35 — Voir, notamment, arrêt du 5 juin 1986, *Commission/Italie* (103/84, Rec. p. 1759), qualifiant de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative une aide financière accordée aux entreprises de transport public à condition qu'elles achètent des véhicules de production nationale.

36 — Arrêt du 6 octobre 2011, *Bonnarde* (C-443/10, Rec. p. I-9327), relatif à la réglementation française subordonnant l'octroi d'un bonus écologique à l'apposition de la mention «véhicule de démonstration» sur le premier certificat d'immatriculation d'un véhicule automobile de démonstration importé.

37 — Arrêt du 13 mars 2001 (C-379/98, Rec. p. I-2099).

82. Nous ne partageons pas cette opinion et sommes d'avis que l'évolution du cadre réglementaire oblige à revoir les termes du débat.

83. Deux circonstances nouvelles retiennent plus particulièrement notre attention, à savoir la libéralisation du marché de l'électricité et la mise en place d'un système de reconnaissance mutuelle des garanties d'origine.

84. En premier lieu, l'Union est engagée depuis l'année 1999 dans une dynamique de libéralisation progressive du marché intérieur de l'énergie, qui se manifeste par l'adoption d'un nouveau cadre réglementaire intitulé «troisième paquet 'énergie'». Constitué, en particulier, par le règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003<sup>38</sup>, et par 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<sup>39</sup>, ledit cadre instaure une concurrence entre les producteurs d'électricité et intensifie les échanges transfrontaliers d'électricité, en favorisant les interconnexions des réseaux.

85. Il y a lieu d'observer que, à la différence de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité<sup>40</sup>, qui ne constituait qu'«une nouvelle phase de la libéralisation du marché de l'électricité [laissant] subsister des entraves aux échanges d'électricité entre États membres»<sup>41</sup>, la directive 2009/72, ainsi qu'il ressort de son considérant 62, a pour objectif la création d'un marché intérieur de l'électricité pleinement opérationnel, permettant la vente de l'électricité dans des conditions identiques grâce à un réseau interconnecté.

86. Il importe également de souligner que, comme le confirment les conclusions du Conseil européen du 4 février 2011<sup>42</sup> ainsi que celles des 18 et 19 octobre 2012<sup>43</sup>, les États membres sont convenus d'achever le marché intérieur de l'électricité d'ici l'année 2014 afin de permettre la libre circulation de celle-ci. Ainsi, contrairement à ce que soutient le gouvernement allemand, la réalisation du marché intérieur de l'électricité pour l'année 2014 constitue non seulement une ambition propre à la Commission, mais également une «nécessité»<sup>44</sup> et un objectif de l'Union.

87. Il convient de constater, en outre, que l'intégration des énergies vertes dans le marché intérieur de l'électricité constitue l'un des objectifs majeurs de la directive 2009/28, qui vise, en particulier, à développer l'interconnexion entre les réseaux électriques des États membres afin de développer les échanges transfrontaliers d'électricité verte, par nature intermittente, en assurant aux producteurs d'électricité verte un accès prioritaire ou garanti aux réseaux de transport et de distribution<sup>45</sup>.

88. En second lieu, la justification tirée de l'impossibilité de déterminer l'origine verte de l'électricité produite dans un autre État membre ne peut plus être valablement avancée depuis l'instauration, par la directive 2001/77, de «garanties d'origine» précisément destinées à établir que l'électricité vendue est produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

38 — JO L 211, p. 15.

39 — JO L 211, p. 55.

40 — JO 1997, L 27, p. 20.

41 — Arrêt *PreussenElektra*, précité (point 78).

42 — Document EUCO 2/1/11.

43 — Document EUCO 156/12.

44 — Voir point 2, sous c), des conclusions du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2012.

45 — Article 16, paragraphe 2, sous b), de cette directive.

89. À cet égard, il pourrait être objecté que les garanties d'origine sont exclusivement conçues, dans la directive 2009/28, comme des instruments de preuve permettant à un fournisseur de démontrer à ses clients que son bouquet énergétique contient une part ou une quantité déterminée d'énergie verte<sup>46</sup>, qu'elles ne remplissent aucune fonction pour la réalisation des objectifs nationaux contraignants<sup>47</sup> et ne confèrent pas, par elles-mêmes, le droit de bénéficier des régimes d'aide nationaux<sup>48</sup>.

90. Toutefois, cette objection nous paraît sans pertinence au regard du motif retenu par la Cour, exclusivement fondé sur l'absence d'un instrument de preuve permettant de déterminer l'origine de l'électricité produite. Elle revient, de surcroît, à tenter de justifier la violation des règles du traité FUE relatives à la libre circulation des marchandises par l'énoncé d'une règle de rang inférieur.

91. En définitive, la double évolution qu'a connue le cadre réglementaire des échanges d'électricité, caractérisée par une dynamique de libéralisation et de reconnaissance mutuelle, nous paraît rendre difficile le maintien de la jurisprudence issue de l'arrêt *PreussenElektra*, précité, quand bien même nous souscrivons sans réserve à la proposition selon laquelle l'utilisation des énergies vertes, que vise à promouvoir les régimes d'aide nationaux, contribue à la protection de l'environnement, notamment en réduisant les émissions de gaz à effet de serre<sup>49</sup>.

92. Nous restons, néanmoins, plus dubitatif devant l'affirmation selon laquelle la possibilité pour un producteur d'électricité verte installé dans un État membre de bénéficier du régime d'aide appliqué par un autre État membre irait nécessairement à l'encontre de cet objectif. À cet égard, il nous semble qu'une certaine confusion est entretenue entre les finalités des régimes d'aide en général et celles des restrictions territoriales en particulier.

93. Cette question mérite un examen attentif, parce que, s'il est aisé d'admettre que les régimes de certificats verts contribuent à la protection de l'environnement en stimulant la production d'énergie verte, il y a, en revanche, un certain paradoxe à considérer que l'encouragement à l'importation d'électricité verte en provenance d'un autre État membre pourrait nuire à la protection de l'environnement.

94. Il nous paraît donc important d'examiner plus précisément chacune des justifications qui sont évoquées pour expliquer le refus d'admettre la prise en compte, dans les régimes d'aide nationaux, de la production d'électricité verte en provenance d'autres États membres.

95. Bien qu'elles soient regroupées sous l'invocation générale de la protection de l'environnement, ces justifications sont, en réalité, de nature très différente. Aussi, afin d'en mesurer le poids respectif, convient-il de revenir, pour les réfuter, sur chacun des principaux arguments développés par l'Energimyndigheten et par les gouvernements qui ont présenté des observations<sup>50</sup>.

96. Le premier argument repose sur la nécessité de garantir le bon fonctionnement des régimes d'aide et de ne pas compromettre la capacité des États membres à atteindre leurs objectifs nationaux d'accroissement de la production d'électricité verte, ce qui supposerait qu'ils puissent contrôler les effets et les coûts de leurs systèmes d'aide en fonction de leurs potentiels respectifs.

46 — Article 15, paragraphe 7, de cette directive.

47 — Article 15, paragraphe 2, quatrième alinéa, de ladite directive.

48 — Considérant 56 de la directive 2009/28. Voir, également, point 20 des présentes conclusions.

49 — Voir arrêt *PreussenElektra*, précité (point 73).

50 — Nous renvoyons, s'agissant des arguments tirés, d'une part, du principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et, d'autre part, de la sécurité de l'approvisionnement énergétique, aux points 105 et 106 de nos conclusions dans l'affaire *Essent Belgium*, précitée.

97. Ce premier argument n'emporte pas la conviction, car le risque de déstabilisation des régimes nationaux de certificats verts en cas d'ouverture aux producteurs installés dans d'autres États membres ne nous paraît pas démontré.

98. Outre que les obstacles techniques persistants au commerce transfrontalier de l'électricité liés, en particulier, aux difficultés d'accès aux réseaux et au manque d'interconnexions limitent, dans des proportions certes variables selon les États membres concernés, les risques d'un afflux soudain et massif de producteurs d'électricité verte étrangers, les régimes d'aide sont généralement assortis de mécanismes de régulation qui pourraient permettre, le cas échéant, de pallier le risque de baisse du prix des certificats verts en cas d'augmentation du nombre des certificats en circulation du fait de leur délivrance à des productions étrangères. Dans un système tel que celui en cause au principal, qui repose sur l'instauration de quotas évolutifs imposés aux fournisseurs et à certains utilisateurs, l'augmentation du nombre de certificats sur le marché des certificats verts pourrait, en effet, être compensée par un accroissement corrélatif des exigences de quotas, ce qui ne pourrait aller que dans le bon sens.

99. Le deuxième argument est pris de ce que les échanges transfrontaliers d'électricité verte exigeraient la conclusion préalable d'un accord de coopération entre les États membres concernés afin de régler diverses questions relatives, notamment, aux conditions d'émission des certificats verts, à la coordination des informations et à la désignation des autorités chargées d'agréer les installations.

100. Cet argument ne nous convainc pas davantage.

101. D'une part, ainsi que le reconnaît le gouvernement allemand, les mécanismes de coopération entre les États membres prévus par la directive 2009/28 ont pour objet non pas de garantir l'accès aux régimes d'aide nationaux de l'électricité verte produite à l'étranger, mais de permettre aux États membres d'atteindre leurs objectifs nationaux globaux avec l'aide d'autres États membres. Selon nous, loin d'interdire la signature d'accords de coopération, l'ouverture de l'accès des régimes d'aide nationaux aux installations situées à l'étranger peut, au contraire, la favoriser, en incitant les États membres à coordonner leurs régimes d'aide.

102. D'autre part, il nous paraît significatif que, alors que parmi les objectifs de la directive 2009/28 figure le développement des échanges d'énergie verte entre les États membres, un seul accord de coopération ait été conclu depuis son entrée en vigueur, celui signé entre le Royaume de Suède et le Royaume de Norvège le 29 juin 2011. Nous noterons d'ailleurs avec intérêt que, dans sa communication du 5 novembre 2013, intitulée «Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique»<sup>51</sup>, la Commission, qui déclare regretter que les mécanismes de coopération n'aient pas été utilisés, à l'exception de cet accord, relève que le développement des énergies vertes dans le cadre de régimes d'aide transfrontières «peut réduire les coûts de mise en conformité avec la directive 2009/28[...] [et] contribuer à l'élimination des éventuelles distorsions du marché intérieur qui résultent des différentes approches *nationales*»<sup>52</sup>.

103. Le troisième argument tient à ce que l'interdiction des restrictions territoriales ferait perdre aux États membres la maîtrise de la composition de leur bouquet énergétique.

51 — C(2013) 7243 final.

52 — P. 18 et 19.

104. Cet argument ne nous semble pas plus fondé que les précédents. S'il résulte de l'article 194, paragraphe 2, second alinéa, TFUE que la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie entend respecter la liberté de choix du bouquet énergétique national, sans préjudice de l'article 192, paragraphe 2, sous c), TFUE<sup>53</sup>, ce choix de politique énergétique peut, néanmoins, être affecté par les mesures arrêtées par l'Union dans le cadre de sa politique de l'environnement, comme en atteste la directive 2009/28 elle-même qui, en imposant à chaque État membre des objectifs contraignants de consommation d'énergie verte, influe nécessairement sur la composition de leur bouquet énergétique.

105. Le quatrième argument est pris de ce que les producteurs d'électricité verte installés dans d'autres États membres pourraient choisir le régime qui leur serait le plus favorable, ce qui ouvrirait la porte à des aides «à la carte», voire obtenir une aide de la part de deux régimes nationaux.

106. Nous pensons, toutefois, que la possibilité pour les États membres de coordonner leurs régimes d'aide grâce aux différents mécanismes de coopération prévus par la directive 2009/28 est de nature à répondre à cette objection.

107. Le cinquième argument avancé au soutien des restrictions territoriales est que l'ouverture des régimes d'aide aux productions étrangères aurait pour conséquence que le consommateur national serait amené à financer les installations de production d'électricité verte situées dans d'autres États membres. Nous nous demandons, toutefois, comment cet argument invoqué par l'Energimyndigheten lors de l'audience pourrait se revendiquer de l'objectif de protection de l'environnement, lequel justifie au contraire que, au travers des régimes d'aide nationaux, les consommateurs d'un État membre financent l'énergie verte importée d'un État membre plutôt que l'énergie d'origine fossile nationale.

108. En définitive, nous sommes d'avis qu'aucun des arguments invoqués ne permet de démontrer que les restrictions territoriales telles que celles en cause au principal sont propres à garantir la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement.

109. À cet égard, il est important de relever que parmi l'une des quatre composantes de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement, énoncées à l'article 191, paragraphe 1, TFUE, figure «l'utilisation prudente et *rationnelle* des ressources naturelles»<sup>54</sup>. Or, le développement des échanges transfrontaliers d'électricité verte qui résulterait de l'ouverture des régimes d'aide nationaux aux productions étrangères contribuerait à la réalisation de cet objectif en permettant une répartition optimale de la production entre les États membres en fonction de leurs potentiels respectifs.

110. Partant, nous considérons que les restrictions territoriales telles que celles en cause au principal ne sont pas conformes au principe de la libre circulation des marchandises.

111. Dans la mesure où la directive 2009/38 ne nous semble pas pouvoir être interprétée autrement que comme autorisant de telles restrictions, nous estimons qu'elle doit être invalidée sur ce point.

112. Il reste à déterminer les effets dans le temps de cette invalidation.

113. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et le recours en annulation constituant deux modalités complémentaires du contrôle de légalité, la Cour détermine les effets d'une déclaration d'invalidité en raisonnant par analogie avec les arrêts d'annulation, pour lesquels les effets dans le temps sont précisés à l'article 264 TFUE.

114. Partant, conformément à l'article 264, premier alinéa, TFUE, une déclaration d'invalidité a, en principe, le même effet rétroactif qu'une annulation.

53 — Cette dernière disposition habilite l'Union à arrêter, dans le cadre de la politique de l'environnement, «les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique».

54 — Italice ajouté par nous.

115. Toutefois, se fondant sur la dérogation prévue à l'article 264, second alinéa, TFUE, la Cour admet qu'il puisse être dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif de la déclaration d'invalidité lorsque des considérations impérieuses le justifient.

116. Ainsi, par trois arrêts du 15 octobre 1980, Providence agricole de la Champagne<sup>55</sup>, Maïseries de Beauce<sup>56</sup>, et Roquette Frères, précité, la Cour a estimé, après avoir constaté l'invalidité des règlements contestés, que cette invalidité ne permettait pas de remettre en cause la perception ou le paiement des montants compensatoires monétaires effectués par les autorités nationales sur la base de ces règlements pendant la période antérieure à son arrêt.

117. Par la suite, la Cour a fait usage à plusieurs reprises de la possibilité de limiter les effets dans le temps de la constatation de l'invalidité d'un acte de l'Union lorsque des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu l'exigent<sup>57</sup>.

118. Pour décider d'une telle limitation, la Cour prend en considération, d'une part, la bonne foi des milieux intéressés et, d'autre part, les troubles graves que ses arrêts pourraient entraîner à l'égard de situations juridiques constituées.

119. Nous pensons que la mise en œuvre du pouvoir de modulation des effets dans le temps des déclarations d'invalidité se justifie dans l'affaire au principal qui se présente dans des conditions particulières.

120. Le développement des énergies vertes suppose, en effet, des investissements coûteux et à long terme. Or, des modifications rétroactives aux régimes d'aide pourraient susciter une crise de confiance des investisseurs et réduire les investissements dans ce secteur, notamment dans les technologies les moins matures.

121. Dans ces conditions, nous suggérons concrètement que la Cour diffère pendant 24 mois les effets de son arrêt à compter de son prononcé, afin que les modifications qui s'imposent puissent être apportées à la directive 2009/28.

### *C – Sur la quatrième question*

122. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le fait que la restriction du champ d'application d'un régime d'aide, tel que celui en cause au principal, aux seuls producteurs nationaux ne soit pas expressément inscrite dans la loi nationale a une incidence sur les réponses aux questions précédentes.

123. La décision de renvoi mentionne expressément que, bien que cette limitation «ne figure pas dans le texte de la loi mais dans les travaux préparatoires»<sup>58</sup>, «[e]n vertu du droit suédois, il est [...] impossible d'autoriser l'accès au régime des certificats [verts] à des installations de production d'électricité [verte] situées en dehors des frontières»<sup>59</sup>.

55 — 4/79, Rec. p. 2823.

56 — 109/79, Rec. p. 2883.

57 — Voir arrêts du 8 novembre 2001, Silos (C-228/99, Rec. p. I-8401, points 35 et 36); du 22 décembre 2008, Régie Networks (C-333/07, Rec. p. I-10807, points 121 et 122), et du 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke et Eifert (C-92/09 et C-93/09, Rec. p. I-11063, points 93 et 94).

58 — Voir point 46 de la décision de renvoi.

59 — Idem. Voir, également, point 24 de la décision de renvoi, mentionnant que «le nouveau texte de loi ne permet toujours pas de délivrer des certificats [verts] à la demanderesse au principal en l'absence d'un accord de coopération avec la République de Finlande», ainsi que point 23 de cette décision, explicitant le contenu des travaux préparatoires.

124. La juridiction de renvoi, seule compétente pour identifier le droit national et l'interpréter, considère donc, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, que la restriction territoriale reflète l'état du droit positif national. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, ses trois premières questions présenteraient un caractère hypothétique.

125. Par sa dernière question, elle cherche donc, finalement, à obtenir une validation de la méthode d'interprétation téléologique qu'elle a utilisée pour déterminer le contenu de son propre droit positif.

126. Or, la Cour, qui n'est pas compétente, dans le cadre de la mission qui lui est confiée par l'article 267 TFUE, pour statuer sur l'interprétation de la loi nationale<sup>60</sup>, ne saurait contrôler la méthode d'interprétation de cette loi retenue par le juge national.

127. Partant, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de répondre à cette question qui ne relève pas de la compétence de la Cour.

## V – Conclusion

128. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous sommes d'avis de répondre comme suit aux questions posées par le förvaltningsrätten i Linköping:

- 1) Les articles 2, second alinéa, sous k), et 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, doivent être interprétés en ce sens que:
  - constitue un régime d'aide au sens de la directive 2009/28 une réglementation nationale qui octroie aux producteurs d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables des certificats verts dont les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs doivent obligatoirement acheter un certain quota en fonction de la quantité totale d'électricité qu'ils livrent ou consomment;
  - la directive 2009/28 autorise les États membres, lorsqu'ils instituent de tels régimes, à réserver l'octroi des certificats verts aux seules installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables situées sur leur territoire.
- 2) L'article 34 TFUE s'oppose à une réglementation nationale qui octroie aux producteurs d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables des certificats verts dont les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs doivent obligatoirement acheter un certain quota en fonction de la quantité totale d'électricité qu'ils livrent ou consomment, pour autant que cette réglementation exclut du régime d'aide les producteurs dont les installations sont situées sur le territoire d'un autre État membre.
- 3) L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28 est invalide en ce qu'il confère aux États membres le pouvoir d'interdire ou de restreindre l'accès à leurs régimes d'aide aux producteurs dont les installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont situées dans un autre État membre.
- 4) Cette invalidité prendra effet deux ans après le prononcé de l'arrêt.

60 — Voir, notamment, arrêt du 16 juin 2011, Logstor ROR Polska (C-212/10, Rec. p. I-5453, point 30).