



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 18 janvier 2017¹

Affaire C-549/15

**E.ON Biofor Sverige AB
contre
Statens energimyndighet**

[demande de décision préjudicielle formée par le Förvaltningsrätten i Linköping (tribunal administratif siégeant à Linköping, Suède)]

«Interprétation de l'article 34 TFUE ainsi que de l'article 18, paragraphe 1, 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 — Système de bilan massique permettant d'identifier le gaz durable afin d'assurer que l'utilisation du biogaz respecte les critères de durabilité prévus dans la directive — Société ayant son siège social dans un État membre important du biogaz d'un autre État membre par l'intermédiaire d'un réseau de gazoducs nationaux interconnectés — Réglementation nationale soumettant le traitement privilégié du biogaz en matière fiscale à la condition que le bilan massique soit réalisé à un endroit bien délimité du réseau, excluant ainsi le transport transfrontalier de biogaz par gazoduc»

1. Le biogaz² est produit en milieu naturel ou dans des installations industrielles par les réactions de dégradation des matières organiques causées par certains micro-organismes dans un environnement anaérobie. Son utilisation (par exemple, comme biocarburant pour le transport) est très positive pour l'environnement lorsqu'il est issu de déchets organiques³, mais peut porter atteinte à d'autres intérêts (parmi lesquels l'approvisionnement alimentaire de la population ou la biodiversité des zones de grande valeur écologique) s'il est obtenu à partir de matières premières non résiduelles⁴.

1 — Langue originale : l'espagnol.

2 — Le biogaz contient du méthane (en une proportion volumique variant entre 50 et 70 %), du dioxyde de carbone et de petites proportions d'autres gaz. Une fois capté et purifié dans les usines de production, il est utilisé pour la production d'énergie électrique dans des fours, réchauds, séchoirs, chaudières et autres systèmes de combustion dûment adaptés. Lorsqu'il est traité pour obtenir du biogaz naturel concentré et comprimé (après élimination du dioxyde de carbone, le taux de méthane s'élève à 96 %), sa qualité est équivalente à celle du gaz naturel issu de combustibles fossiles, de sorte qu'il peut être injecté sur le réseau de gazoducs (comme c'est le cas dans cette affaire) et être utilisé pour le fonctionnement des véhicules.

3 — Les usines de production ont recours à un fermenteur ou à un biodigester qui profite de la digestion anaérobie de certaines bactéries pour transformer les hydrates de carbone et les graisses en biogaz. Les matières premières utilisées à cette fin sont, pour l'essentiel, de la biomasse, c'est-à-dire des déchets animaux, végétaux, issus de la sylviculture, de l'aquaculture et de l'industrie agroalimentaire, ainsi que des déchets urbains biodégradables. L'activité de ces installations industrielles permet l'élimination de ces déchets et la production simultanée de biogaz et d'engrais biologiques.

4 — Voir, sur les détails techniques de l'élaboration du biogaz, Varnero Moreno, M. T., *Manual del biogás*, FAO, Santiago de Chili, 2011.

2. C'est ce risque qu'entend combattre la directive 2009/28/CE⁵ lorsqu'elle dispose qu'afin de bénéficier du régime des énergies produites à partir de sources renouvelables, le biogaz utilisé comme biocarburant doit respecter certains « critères de durabilité ». La vérification du respect de ces critères est en outre soumise à une méthode dénommée « bilan massique » (ci-après le « BM »), sur laquelle portent les questions déferées à la Cour par la juridiction de renvoi.

3. Concrètement, la Cour est saisie pour la première fois de la question de savoir si l'article 18 de la directive 2009/28, qui régleme la méthode du BM, oblige un État membre à accepter le biogaz durable importé depuis un autre État membre au travers du réseau de gazoducs nationaux interconnectés⁶. Dans la négative, la juridiction de renvoi souhaite savoir si cette disposition viole l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation (article 34 TFUE).

4. Afin de répondre utilement aux questions préjudicielles⁷, il me semble que la Cour devrait, en outre, déterminer si une réglementation nationale, telle que la réglementation suédoise, qui admet l'application de la méthode du BM sur son réseau national de gazoducs mais pas sur le réseau transfrontalier de gazoducs interconnectés, est conforme à l'article 34 TFUE.

I – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union : la directive 2009/28

5. Aux termes de l'article 1^{er} :

« [Cette] directive définit un cadre commun pour la promotion de la production d'énergie à partir de sources renouvelables. Elle fixe des objectifs nationaux contraignants concernant la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie et la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation d'énergie pour les transports. [...] Elle définit des critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides. »

6. L'article 2, paragraphe 2, sous a), e), i) et k), précise ce qui suit :

« a) "énergie produite à partir de sources renouvelables" : une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir : énergie éolienne, solaire, aérothermique, géothermique, hydrothermique, marine et hydroélectrique, biomasse, gaz de décharge, gaz des stations d'épuration d'eaux usées et biogaz ;

[...]

e) "biomasse" : la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture (y compris les substances végétales et animales), de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et municipaux ;

[...]

5 — Directive 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 (JO 2009, L 140, p. 16).

6 — D'après les données de la European Biogas Association, « EBA's Biomethane Fact Sheet », 2015), quinze États membres de l'Union européenne produisent du biogaz.

7 — Voir, en ce qui concerne la possibilité, pour la Cour, de reformuler les questions préjudicielles afin de donner au juge national une réponse utile, arrêt du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771, point 16 ainsi que jurisprudence citée).

- i) “biocarburant” : un combustible liquide ou gazeux utilisé pour le transport et produit à partir de la biomasse ;
- 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 comme l’exige l’article 3, paragraphe 6, de la directive 2003/54/CE [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 – Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets (JO 2003, L 176, p. 37)] ;
- 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 produite à partir de sources renouvelables 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 produite à partir de sources renouvelables, y compris ceux utilisant les certificats verts, et les régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes [...]. »

7. Conformément à l’article 3 :

« 1. Chaque État membre veille à ce que la part d’énergie produite à partir de sources renouvelables, 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 produite à partir de sources renouvelables pour l’année 2020, comme le prévoit le tableau figurant dans la partie A de l’annexe I, troisième colonne. Ces objectifs contraignants nationaux globaux sont cohérents avec l’objectif d’une part d’au moins 20 % d’énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d’énergie de la Communauté d’ici à 2020. Pour faciliter la réalisation des objectifs visés dans le présent article, chaque État membre promeut et encourage l’efficacité énergétique et les économies d’énergie.

[...]

4. Chaque État membre veille à ce que la part de l’énergie produite à partir de sources renouvelables dans toutes les formes de transport en 2020 soit au moins égale à 10 % de sa consommation finale d’énergie dans le secteur des transports.

[...] »

8. Pour ce qui a trait au calcul de la part de l’énergie produite à partir de sources renouvelables, l’article 5, paragraphe 1, dispose ce qui suit :

« La consommation finale brute d’énergie produite à partir de sources renouvelables dans chaque État membre est calculée comme étant la somme :

- a) de la consommation finale brute d’électricité produite à partir de sources d’énergie renouvelables ;
- b) de la consommation finale brute d’énergie produite à partir de sources renouvelables pour le chauffage et le refroidissement ; et
- c) de la consommation finale d’énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur des transports.

Pour le calcul de la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute, le gaz, l'électricité et l'hydrogène produits à partir de sources d'énergie renouvelables ne doivent entrer en ligne de compte qu'une seule fois, aux fins de l'application du point a), du point b), ou du point c) du premier alinéa.

[...]

[L]es biocarburants et bioliquides qui ne satisfont pas aux critères de durabilité énoncés dans l'article 17, paragraphes 2 à 6, ne sont pas pris en compte. »

9. Aux termes du considérant 65 :

« La production de biocarburants devrait être durable. Les biocarburants utilisés pour atteindre les objectifs fixés par la présente directive et ceux faisant l'objet de régimes d'aide nationaux devraient, par conséquent, obligatoirement satisfaire aux critères de durabilité. »

10. L'article 17 précise ces critères de durabilité comme suit :

« 1. Indépendamment du fait que les matières premières ont été cultivées sur le territoire de la Communauté ou en dehors de celui-ci, l'énergie produite à partir des biocarburants et des bioliquides est prise en considération aux fins visées aux points a), b) et c), uniquement si ceux-ci répondent aux critères de durabilité définis aux paragraphes 2 à 5 :

- a) pour mesurer la conformité aux exigences de la présente directive en ce qui concerne les objectifs nationaux ;
- b) pour mesurer la conformité aux obligations en matière d'énergie renouvelable ;
- c) pour déterminer l'admissibilité à une aide financière pour la consommation de biocarburants et de bioliquides.

[...]

2. La réduction des émissions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation de biocarburants et de bioliquides pris en considération aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), est d'au moins 35 %.

[...]

3. Les biocarburants et bioliquides pris en considération aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), ne sont pas produits à partir de matières premières provenant de terres de grande valeur en termes de diversité biologique [...].

[...]

4. Les biocarburants et bioliquides pris en considération aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), ne sont pas produits à partir de matières premières provenant de terres présentant un important stock de carbone [...].

[...]

5. Les biocarburants et les bioliquides pris en compte aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), ne sont pas fabriqués à partir de matières premières obtenues à partir de terres qui étaient des tourbières au mois de janvier 2008 [...].

6. Les matières premières agricoles cultivées dans la Communauté et utilisées pour la production de biocarburants et de bioliquides pris en considération aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), sont obtenues conformément aux exigences et aux normes prévues par les dispositions visées sous le titre “Environnement” de l’annexe II, partie A, et point 9, du règlement (CE) n° 73/2009 du Conseil du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs [JO 2009, L 30, p. 16] [...].

[...]

8. Aux fins visées au paragraphe 1, points a), b) et c), les États membres ne refusent pas de prendre en considération, pour d’autres motifs de durabilité, les biocarburants et bioliquides obtenus conformément au présent article.

[...]. »

11. Conformément à l’article 18 :

« 1. Lorsque les biocarburants et les bioliquides doivent être pris en considération aux fins visées à l’article 17, paragraphe 1, points a), b) et c), les États membres font obligation aux opérateurs économiques de montrer que les critères de durabilité de l’article 17, paragraphes 2 à 5, ont été respectés. À cet effet, ils exigent des opérateurs économiques qu’ils utilisent un système de bilan massique qui :

- a) permet à des lots de matières premières ou de biocarburant présentant des caractéristiques de durabilité différentes d’être mélangés ;
- b) requiert que des informations relatives aux caractéristiques de durabilité et au volume des lots visés au point a) restent associées au mélange ; et
- c) prévoit que la somme de tous les lots prélevés sur le mélange soit décrite comme ayant les mêmes caractéristiques de durabilité, dans les mêmes quantités, que la somme de tous les lots ajoutés au mélange.

2. La Commission fait rapport au Parlement européen et au Conseil, en 2010 et en 2012, sur le fonctionnement de la méthode de vérification par bilan massique décrite au paragraphe 1 et sur les possibilités de prendre en compte d’autres méthodes de vérification pour une partie ou la totalité des types de matières premières, de biocarburants ou de bioliquides. [...]

3. Les États membres prennent des mesures afin de veiller à ce que les opérateurs économiques soumettent des informations fiables et mettent à la disposition de l’État membre, à sa demande, les données utilisées pour établir les informations. Les États membres exigent des opérateurs économiques qu’ils veillent à assurer un niveau suffisant de contrôle indépendant des informations qu’ils soumettent et qu’ils apportent la preuve que ce contrôle a été effectué. Le contrôle consiste à vérifier si les systèmes utilisés par les opérateurs économiques sont précis, fiables et à l’épreuve de la fraude. Il évalue la fréquence et la méthode d’échantillonnage ainsi que la validité des données.

Les informations visées au premier alinéa comportent notamment des informations sur le respect des critères de durabilité énoncés à l’article 17, paragraphes 2 à 5, des informations appropriées et pertinentes sur les mesures prises pour la protection des sols, de l’eau et de l’air, la restauration des terres dégradées, sur les mesures visant à éviter une consommation d’eau excessive dans les zones où l’eau est rare, ainsi que sur les mesures prises pour tenir compte des éléments visés à l’article 17, paragraphe 7, deuxième alinéa.

[...]

4. La Communauté s'efforce de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux avec des pays tiers contenant des dispositions relatives aux critères de durabilité qui correspondent à celles de la présente directive. Lorsque la Communauté a conclu des accords contenant des dispositions qui portent sur les sujets couverts par les critères de durabilité énoncés à l'article 17, paragraphes 2 à 5, la Commission peut décider que ces accords servent à établir que les biocarburants et bioliquides produits à partir de matières premières cultivées dans ces pays sont conformes aux critères de durabilité en question. [...]

La Commission peut décider que les systèmes nationaux ou internationaux volontaires établissant des normes pour la production de produits de la biomasse contiennent des données précises aux fins de l'article 17, paragraphe 2, ou servent à prouver que les lots de biocarburants sont conformes aux critères de durabilité définis à l'article 17, paragraphes 3, 4 et 5. [...]

[...]

5. La Commission ne prend les décisions visées au paragraphe 4 que si l'accord ou le système en question répond à des critères satisfaisants de fiabilité, de transparence et de contrôle indépendant. [...]

6. Les décisions visées au paragraphe 4 sont arrêtées en conformité avec la procédure visée à l'article 25, paragraphe 3. La durée de validité de ces décisions n'excède pas cinq ans.

7. Lorsqu'un opérateur économique apporte une preuve ou des données obtenues dans le cadre d'un accord ou d'un système qui a fait l'objet d'une décision conformément au paragraphe 4, dans la mesure prévue par ladite décision, les États membres n'exigent pas du fournisseur qu'il apporte d'autres preuves de conformité aux critères de durabilité fixés à l'article 17, paragraphes 2 à 5, ni d'informations sur les mesures visées au paragraphe 3, deuxième alinéa, du présent article.

[...] »

12. Aux termes du considérant 94 :

« Étant donné que les mesures prévues aux articles 17 à 19 ont également des effets sur le fonctionnement du marché intérieur en harmonisant les critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides à des fins de comptabilisation des objectifs et qu'elles facilitent donc, conformément à l'article 17, paragraphe 8, les échanges, entre les États membres, de biocarburants et de bioliquides qui répondent à ces conditions, elles sont fondées sur l'article 95 du traité. »

B – Le droit suédois

13. La directive 2009/28 a été transposée en droit suédois par la Lagen (2010 :598) om hållbarhetskriterier för biodrivmedel och flytande biobränslen (loi 2010 :598 sur les critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides), du 10 juin 2010⁸, mise en œuvre par le Förordning (2011 :1088) om hållbarhetskriterier för biodrivmedel och flytande biobränslen (règlement 2011 :1088 sur les critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides), du 20 octobre 2011⁹. L'une et

8 — SFS 2010, n° 598.

9 — SFS 2011, n° 1088.

l'autre ont été complétés par les dispositions du Statens energimyndighets föreskrifter om hållbarhetskriterier för biodrivmedel och flytande biobränslen [arrêté de la Statens energimyndighet (Agence nationale de l'énergie, Suède) sur les critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides], du 31 octobre 2011¹⁰.

14. L'article 1^{er}, sous a), du chapitre 3 de la loi 2010 :598 contient certaines nuances additionnelles sur la procédure de vérification de la durabilité des biocarburants. Il dispose notamment que la personne tenue de faire une déclaration garantit, à l'aide d'un système de vérification, que les biocarburants sont à considérer comme durables et, à cette fin, conclut des accords avec les opérateurs de toute la chaîne de production et prélève des échantillons dans leurs installations. Le système de vérification doit être supervisé par un contrôleur indépendant, qui vérifie s'il est précis, fiable et à l'épreuve de la fraude. Cette supervision comprend également une évaluation de la méthode et de la fréquence d'échantillonnage et inclut une évaluation des informations fournies par la personne tenue de faire une déclaration en ce qui concerne son système de vérification, le contrôleur indépendant devant rendre une attestation contenant son avis sur ledit système. Le gouvernement, ou l'autorité qu'il a désignée, peut prendre des mesures supplémentaires concernant le système de vérification et le contrôle dont ce système fait l'objet.

15. Aux termes de l'article 14 du règlement 2011 :1088, le système de vérification de la durabilité des biocarburants est le BM, dans des conditions identiques à celles figurant à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28. L'Agence nationale de l'énergie peut prendre des mesures supplémentaires en ce qui concerne le système de vérification et le contrôle dont celui-ci fait l'objet.

16. L'Agence nationale de l'énergie a fait usage de cette faculté pour adopter le STEMFS 2011/2. L'article 2 du chapitre 3 du STEMFS 2011/2 dispose que la personne tenue de faire une déclaration doit garantir, au moyen de son système de vérification, que les biocarburants soient traçables depuis le lieu où les matières premières ont été cultivées, créées ou rassemblées jusqu'à la consommation du carburant ou le moment où l'impôt devient exigible.

17. Aux termes de l'article 3 du chapitre 3 du STEMFS 2011/2 :

« En application de l'article 14, premier alinéa, point 3, du règlement sur la durabilité, le bilan massique doit être réalisé à l'intérieur d'un lieu clairement délimité et dans un délai adapté à la chaîne de production.

L'ensemble des entrepôts fiscaux, au sens de la loi 1776 de 1994 relative à la taxe sur l'énergie, d'une personne tenue de faire une déclaration peut constituer un lieu au sens du premier alinéa. »

II – Le litige au principal et les questions préjudicielles

18. La société E.ON Biofor Sverige AB (ci-après « E.ON Biofor ») achète du biogaz durable en Allemagne auprès d'une société sœur et l'achemine en Suède, via le Danemark, en restant à chaque étape propriétaire du biogaz. D'après sa description des faits, la société allemande injecte le biogaz à un point clairement défini du réseau gazier allemand, où les droits de propriété sont transférés à la société suédoise E.ON Biofor, qui prélève par la suite une certaine quantité sur le réseau de gaz à un point qui est défini de manière tout aussi évidente et claire (le point frontière entre les réseaux allemand et danois). Le gaz quitte par la suite le réseau danois à Dragør et entre dans le réseau suédois.

¹⁰ — Ci-après le « STEMFS 2011/2 ».

19. Chaque entrée et chaque sortie d'un réseau national relèvent de la responsabilité d'un seul opérateur, qui doit être titulaire d'un contrat de livraison ou d'achat à un point frontière, de sorte que les mêmes volumes ne peuvent pas être vendus ou achetés deux fois, puisque cela provoquerait un déséquilibre dans le système. Chaque lot entièrement livré au point frontière des réseaux nationaux de gazoducs est accompagné d'un certificat de durabilité REDcert-DE, émis conformément au système allemand d'application de la méthode du BM. Le certificat garantit que le biogaz qui a été transporté et injecté respecte les critères de durabilité et n'a pas été vendu à un tiers. Ce certificat ne peut être retiré qu'une seule fois et est directement remis à la société E.ON Biofor par son homonyme allemande.

20. Le 3 septembre 2013, l'Agence nationale de l'énergie a enjoint à E.ON Biofor, conformément à l'article 3 du STEMFS 2011/2, de modifier son système de vérification de la durabilité du biogaz afin d'assurer que le BM soit réalisé à l'intérieur d'un « lieu clairement délimité ».

21. Selon l'Agence nationale de l'énergie, il est possible, en conservant les caractéristiques de durabilité, d'introduire du biogaz produit de manière durable dans le réseau suédois et de vendre la quantité de gaz correspondante en tant que gaz durable où que ce soit en Suède, même s'il ne s'agit pas du même gaz physique. L'Agence nationale de l'énergie a toutefois considéré, dans son injonction à E.ON Biofor, que le même régime ne peut pas s'appliquer au-delà des frontières nationales.

22. D'après l'Agence nationale de l'énergie, la raison pour laquelle l'importation de biogaz par un réseau de gaz naturel ne remplit pas les exigences d'un système du BM est que, dans un tel cas, le BM n'est pas réalisé à l'intérieur « d'un lieu clairement délimité » comme l'exige l'article 3 du chapitre 3 du STEMFS 2011/2. Le biogaz qu'E.ON Biofor importait en Suède ne saurait par conséquent être inclus dans son système de vérification des critères de durabilité¹¹.

23. E.ON Biofor a formé un recours contre cette décision de l'Agence nationale de l'énergie devant la juridiction de renvoi en demandant l'annulation du point 4 de l'injonction, ce que cette dernière a refusé.

24. Vu les thèses en présence, le Förvaltningsrätten i Linköping (tribunal administratif siégeant à Linköping, Suède) a suspendu la procédure et a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Les notions de “bilan massique” et de “mélange” figurant à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 doivent-elles être interprétées en ce sens que les États membres sont tenus d'autoriser les échanges de biogaz qui ont lieu entre les États membres à travers un réseau de gaz interconnecté ?
- 2) S'il est répondu par la négative à la première question, ladite disposition de la directive est-elle, dans ce cas, compatible avec l'article 34 TFUE, bien que son application puisse avoir pour effet de restreindre les échanges ? »

25. Les deux parties à la procédure au principal, le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne, la Commission européenne ainsi que les gouvernements estonien et néerlandais ont déposé des observations écrites. E.ON Biofor, l'Agence nationale de l'énergie et les trois institutions de l'Union sont intervenues lors de l'audience tenue le 26 octobre 2016.

11 — Le biogaz importé cessait d'être qualifié de durable au sens de la législation suédoise et ne pouvait plus faire l'objet des avantages fiscaux prévus par la lagen (1994 :1776) om skatt på energi (loi 1994 :1776 relative à la taxe sur l'énergie), de 1994, qui permettent de vendre le biogaz à un prix compétitif par rapport au gaz issu de combustibles fossiles.

III – Sur les positions des parties

A – Sur la première question

26. D'après le Parlement, le Conseil et la Commission, l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 se limite à imposer l'utilisation du BM en tant que procédé technique de vérification du respect des critères de durabilité par le biogaz. Cette disposition fixe seulement certaines conditions minimales que les États membres doivent faire respecter lors de l'application de la méthode du BM. Ces conditions ne contiennent aucune sorte de restriction géographique, de sorte que les États membres sont libres de prévoir ou non l'application du BM aux échanges intracommunautaires de biogaz réalisés au travers du réseau de gazoducs nationaux interconnectés.

27. Pour ces institutions de l'Union, l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 est neutre pour ce qui a trait au commerce intracommunautaire de biogaz, qui ne relève pas de son champ d'application matériel. D'après la Commission, la directive 2009/28 ne contient aucune clause de libre circulation qui obligerait les États à commercialiser en tant que biogaz durable le biogaz légalement vendu sous ce label dans d'autres États membres.

28. Par conséquent, ces institutions estiment que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 ne saurait être interprété en ce sens qu'il contraint les États membres à accepter la commercialisation, en tant que biogaz durable, du biogaz importé d'autres États membres au travers du réseau de gazoducs nationaux interconnectés.

29. Le gouvernement néerlandais s'aligne sur cette thèse, mais ajoute que si le Royaume de Suède admet la possibilité d'utiliser le procédé du BM sur son réseau national de gazoducs, il devrait également l'admettre pour les importations de biogaz provenant d'autres États membres. Cette conclusion est par ailleurs justifiée par l'existence de systèmes nationaux ou internationaux volontaires approuvés par la Commission en vertu de l'article 18, paragraphe 4, de la directive 2009/28, qui favorisent le commerce transfrontalier de biogaz.

30. E.ON Biofor considère que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 s'oppose à ce qu'une réglementation nationale interdise la commercialisation en tant que biogaz durable du biogaz importé d'un autre État membre par l'intermédiaire de gazoducs lorsque cette importation remplit les conditions établies pour l'utilisation du système du BM.

31. D'après E.ON Biofor, les importations de l'Allemagne vers la Suède remplissent en l'espèce ces conditions. Des gaz présentant des caractéristiques de durabilité différentes sont mélangés dans le réseau de gazoducs et le rapport physique entre la production et la consommation est garanti, dès lors que les injections et les prélèvements de biogaz sont réalisés sur le réseau de gazoducs nationaux interconnectés en tant qu'espace physique clairement délimité.

32. E.ON Biofor soutient en outre que les certificats qu'elle produit permettent à l'Agence nationale de l'énergie de vérifier que la somme de tous les lots qu'elle prélève sur le mélange en Suède présente les mêmes caractéristiques de durabilité que les lots injectés dans ce même mélange en Allemagne.

33. E.ON Biofor considère que son exégèse est conforme aux objectifs poursuivis par le législateur de l'Union, dès lors que le transport de biogaz par gazoduc est moins polluant et moins cher que le transport par route, bateau ou train. Le commerce transfrontalier encouragerait la consommation de biogaz, avec des retombées positives pour la réduction des gaz à effet de serre voulue par la directive 2009/28. À l'inverse, écarter la méthode du BM dans le cadre des échanges intracommunautaires par gazoduc augmenterait les coûts de transport du biogaz.

34. Le gouvernement estonien et l'Agence nationale de l'énergie défendent la thèse opposée. Ils soutiennent que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 ne vise pas à harmoniser le commerce du biogaz dans l'Union et ne peut, par conséquent, pas être interprété en ce sens qu'il contraint les États membres à accepter l'application de la méthode du BM pour le biogaz importé au travers du réseau de gazoducs interconnectés.

35. Selon l'Agence nationale de l'énergie, la méthode du BM requiert un contrôle de la traçabilité du biogaz depuis sa production jusqu'à sa consommation, qui doit être réalisé dans un « lieu clairement délimité » permettant à une autorité de contrôle de vérifier la durabilité des lots de biogaz ajoutés ou prélevés dans le mélange. Ce contrôle n'est pas réalisable sur le réseau de gazoducs nationaux interconnectés vu l'absence d'autorité européenne pour le superviser. Dans une telle situation, accepter l'application de la méthode du BM revient en réalité à admettre l'emploi d'un système de certificats négociables (*book and claim*).

B – Sur la seconde question

36. Pour ce qui a trait à la validité de l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28, le Parlement et le Conseil considèrent qu'il n'entraîne pas de restriction des échanges intracommunautaires de biogaz et qu'il n'est par conséquent pas contraire à l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation (article 34 TFUE). Ils ajoutent que si cette disposition devait provoquer de telles restrictions, celles-ci seraient justifiées par l'exigence impérative de protection de l'environnement et conformes au principe de proportionnalité.

37. La Commission et le gouvernement estonien soutiennent que l'utilisation de la méthode du BM crée un obstacle au commerce intracommunautaire du biogaz, en principe contraire à l'article 34 TFUE, mais justifié par la protection de l'environnement. Le législateur de l'Union n'aurait pas utilisé son pouvoir d'appréciation de manière disproportionnée en choisissant le BM comme méthode de contrôle des caractéristiques de durabilité du biogaz. L'Agence nationale de l'énergie, qui appuie également cette thèse, invoque, en tant que justification supplémentaire, la nécessité de garantir l'approvisionnement en énergie.

38. Cependant, pour E.ON Biofor, l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 serait contraire à l'article 34 TFUE s'il fallait considérer qu'il opère une harmonisation exhaustive et qu'il ne garantit pas la libre circulation intracommunautaire de biogaz durable au travers de gazoducs. E.ON Biofor ajoute en outre que la mesure suédoise consistant à autoriser le BM pour le biogaz d'origine suédoise sur le réseau national de gazoducs et à l'interdire pour le gaz importé à travers le réseau national de gazoducs interconnectés viole l'article 34 TFUE. Selon elle, cette restriction serait discriminatoire et ne serait pas justifiée par la protection de l'environnement ni par la sécurité de l'approvisionnement énergétique, dès lors qu'elle ne respecte pas le principe de proportionnalité.

IV – Sur l'analyse des questions préjudicielles

39. Dès lors que la demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des concepts de « BM » et de « mélange » visés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 ainsi que sur la compatibilité de cette disposition avec l'article 34 TFUE, il me semble indispensable de formuler certaines observations préliminaires sur ces notions.

40. L'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 impose la méthode du BM pour vérifier le respect des critères de durabilité établis à l'article 17, paragraphes 2 à 6, que le biogaz doit remplir pour être qualifié de biocarburant durable.

41. Cette qualification ou « label vert » est une condition sine qua non pour que la consommation de biocarburant soit prise en considération aux fins de a) l'appréciation de l'exécution par les États de leur obligation de réduction des émissions de gaz à effet de serre ; b) l'évaluation du respect des obligations d'utilisation d'énergies renouvelables et c) l'obtention des aides de divers types créées par les États pour promouvoir la consommation d'énergies renouvelables.

42. La logique des critères de durabilité prévus à l'article 17, paragraphes 2 à 6, de la directive 2009/28 est d'éviter que des zones de grande valeur écologique¹² puissent être consacrées à la production de biomasse pour la production de biocarburants. Les matières premières employées dans la production de biogaz doivent en outre respecter les exigences environnementales de la législation de l'Union en matière agricole¹³. Les critères de durabilité du biogaz répondent concrètement à ces deux objectifs.

43. La directive 2009/28 opère une harmonisation exhaustive des critères de durabilité du biogaz, de sorte que les États membres ne peuvent introduire d'autres critères additionnels en vertu de son article 17, paragraphe 8, ni cesser d'utiliser un des critères fixés à l'article 17¹⁴.

44. En toute logique, il convient de vérifier si le biogaz commercialisé remplit les critères de durabilité, ce qui peut se faire par plusieurs techniques et procédés, parmi lesquels la directive 2009/28 a choisi la méthode du BM. Ce choix a imposé d'écarter :

- la méthode de préservation d'identité, qui empêche de mélanger les biocarburants entre eux ou avec un autre type de combustible, dès lors qu'elle exige que le biocarburant demeure strictement isolé et soit identifiable de la phase de production jusqu'à celle de consommation. Le législateur de l'Union n'a pas approuvé cette méthode en raison de ses coûts administratifs et de transport élevés¹⁵ ;
- la méthode des certificats négociables (*book and claim*)¹⁶, qui permettrait aux fournisseurs de démontrer que le lot de carburant qu'ils commercialisent a été obtenu au départ de sources renouvelables. Avec cette méthode, il n'y aurait pas de lien direct entre le biocarburant commercialisé et sa production à partir de biomasse remplissant les critères de durabilité, de sorte que les agents économiques ne devraient démontrer aucune traçabilité et ses coûts administratifs seraient minimes.

45. Comme je l'ai indiqué, le législateur de l'Union a décidé d'imposer la méthode du BM en tant qu'option intermédiaire aux deux précédentes, dans la mesure où elle permet le mélange de biocarburants différents en vue de leur commercialisation tout en garantissant la traçabilité de l'origine jusqu'à la consommation. La méthode du BM oblige le distributeur à disposer des documents démontrant qu'une quantité de biocarburant identique à celle qui a été prélevée sur le réseau de

12 — Par exemple, les terres de grande valeur en termes de diversité écologique (forêts primaires et surfaces boisées primaires ; zones affectées à la protection de la nature ou à la protection d'écosystèmes ou d'espèces rares, menacés ou en voie de disparition ; prairies naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité) ou renfermant des quantités importantes de carbone (zones humides, zones boisées ou peuplées d'arbres de grande taille) et les tourbières.

13 — Voir règlement n° 73/2009.

14 — Telle est la position exprimée par la Commission dans sa communication sur la mise en œuvre concrète du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides et sur les règles de comptage applicables aux biocarburants (JO 2010, C 160, p. 8).

15 — Une analyse comparative des avantages et inconvénients de ces trois méthodes figure dans le Final report for Task 1 in the context of the project ENER/C1/2010-431 : Van de Staaij, J., Van den Bos, A., Toop, G., Alberici, S., et Yildiz, I., *Analysis of the operation of the mass balance system and alternatives*, 2012.

16 — Voir « Document de travail des services de la Commission – Analyse d'impact – Document accompagnant le Train de mesures pour la réalisation des objectifs fixés par l'Union européenne pour 2020 en matière de changement climatique et d'énergies renouvelables », SEC/2008/0085 final, du 23 janvier 2008, Vol.II, p. 148.

distribution a été injectée sur ledit réseau après avoir été obtenue conformément aux critères de durabilité prévus à l'article 17, paragraphes 2 à 6, de la directive 2009/28. Les coûts administratifs de son application sont supérieurs à ceux des certificats négociables, mais son efficacité est supérieure en termes d'encouragement de la production de biocarburant¹⁷.

46. Aux termes du considérant 76 de la directive 2009/28, la Commission devait examiner d'autres procédés de vérification des biocarburants et, en vertu de l'article 18, paragraphe 2, faire rapport au Parlement et au Conseil, en 2010 et en 2012, sur le fonctionnement de la méthode du BM ainsi que sur la possibilité d'approuver d'autres méthodes. La Commission a conclu dans son rapport que la méthode du BM demeurerait la plus appropriée¹⁸.

47. L'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 opère à mon sens une harmonisation partielle des modalités d'application de la méthode du BM¹⁹, en imposant, à tout le moins, trois conditions, en vertu desquelles ladite méthode doit :

- permettre le mélange de lots de matières premières ou de biocarburants présentant des caractéristiques de durabilité différentes ;
- exiger que les informations relatives aux caractéristiques de durabilité et au volume des lots restent associées au mélange ; et
- prévoir que la somme de tous les lots prélevés sur le mélange soit décrite comme ayant les mêmes caractéristiques de durabilité, dans les mêmes quantités, que la somme de tous les lots ajoutés au mélange.

48. Sur la base de cette harmonisation partielle, la directive 2009/28 permet que la méthode du BM soit alternativement mise en œuvre par :

- un système national d'application fixé par l'autorité compétente de chaque État membre conformément à l'article 18, paragraphe 3, de la directive 2009/28 ;
- des systèmes nationaux ou internationaux volontaires, reconnus par la Commission conformément aux exigences énoncées à l'article 18, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/28 ; ou
- un système international prévu dans un accord bilatéral ou multilatéral conclu par l'Union avec des pays tiers et reconnu à cette fin par la Commission.

17 — À cet égard, le considérant 76 de la directive 2009/28 expose que les « changements dans le comportement des acteurs du marché [...] ne se produiront que si les biocarburants et bioliquides qui satisfont à ces critères font l'objet d'une majoration de prix par rapport à ceux qui n'y satisfont pas. Selon la méthode de bilan massique appliquée pour le contrôle de la conformité, il existe un rapport physique entre la production de biocarburants et de bioliquides satisfaisant aux critères de durabilité et la consommation de biocarburants et de bioliquides dans la Communauté, qui crée un équilibre entre l'offre et la demande et garantit une majoration des prix supérieure à celle constatée dans les systèmes où ce rapport physique n'existe pas. Pour que les biocarburants et bioliquides satisfaisant aux critères de durabilité puissent être vendus à un prix plus élevé, la méthode de bilan massique devrait donc être appliquée pour le contrôle de la conformité. Ceci devrait maintenir l'intégrité du système tout en évitant de faire peser des contraintes inutiles sur l'industrie. »

18 — Voir « Commission staff working document : Report on the operation of the mass balance verification method for the biofuels and bioliquids sustainability scheme in accordance with Article 18(2) of Directive 2009/28/EC », SEC/2010/0129 final, du 31 janvier 2011.

19 — La communication de la Commission sur les systèmes volontaires et les valeurs par défaut du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides (JO 2010, C 160, p. 1) ajoute des précisions sur la manière d'utiliser la méthode du BM comme procédure de sécurisation de la chaîne de surveillance des biocarburants, apte à garantir la traçabilité du respect des critères de durabilité depuis la phase de production jusqu'à la consommation finale. La Commission a précisé que le bilan massique est un système dans lequel des « caractéristiques de durabilité » demeurent assignées à des « lots » et que lorsque des lots présentant des caractéristiques de durabilité différentes sont mélangés, les volumes distincts et les caractéristiques de durabilité de chaque lot demeurent assignés au mélange. Si un mélange est divisé, tout lot qui en est extrait peut se voir assigner n'importe quelle série de caractéristiques de durabilité (accompagnées des tailles) pour autant que la combinaison de tous les lots issus du mélange présente les mêmes tailles pour chacune des séries de caractéristiques de durabilité présentes dans le mélange.

49. À ce jour, l'Union n'a conclu aucun accord avec des pays tiers et la méthode du BM est appliquée soit par l'intermédiaire des systèmes nationaux (comme le système suédois dans l'affaire qui nous occupe), soit par l'intermédiaire des 19 systèmes volontaires que la Commission a approuvés jusqu'à présent²⁰.

A – Sur la première question préjudicielle : interprétation de l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28

50. La juridiction de renvoi demande par sa première question préjudicielle si l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28, en ce qu'il prévoit l'utilisation de la méthode du BM, doit être interprété en ce sens qu'il oblige les États membres à autoriser les échanges de biogaz entre États membres à travers d'un réseau de gaz interconnecté.

51. Comme exposé, le fait générateur du litige est l'obligation de réaliser le BM dans un « lieu clairement délimité » en Suède, raison pour laquelle l'Agence nationale de l'énergie a indiqué à E.ON Biofor que le réseau de gazoducs nationaux interconnectés ne satisfaisait pas à cette exigence.

52. En réalité, l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 n'inclut pas parmi les conditions du BM la nécessité de le réaliser dans un lieu clairement délimité. La référence au « lieu » apparaît dans la communication de la Commission de 2010 qui, lorsqu'elle aborde les différentes formes que peut prendre le mélange de biocarburants, expose que « les lots [sont] en contact, par exemple dans un récipient, dans une installation ou un site de traitement ou de logistique (défini en tant que lieu géographique précisément délimité à l'intérieur duquel les produits peuvent être mélangés)»²¹.

53. Cette précision de la Commission ne permet pas de déduire une quelconque exigence additionnelle à celles que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 prévoit pour l'application de la méthode du BM. Il est par conséquent possible de mélanger des biogaz présentant des caractéristiques de durabilité différentes ou des biogaz et du gaz provenant de combustibles fossiles, le mélange devant être réalisé à l'intérieur d'un lieu géographique qui le permette (récipient, installation ou site de traitement ou de logistique, gazoducs, etc.).

54. Comme l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 reprend uniquement les exigences techniques de base, que j'ai déjà mentionnées²², pour l'application de la méthode du BM, son effet sur le commerce intracommunautaire de biogaz par l'intermédiaire de gazoducs est neutre. À l'instar de la Commission, du Conseil et du Parlement, j'estime que cette disposition n'impose pas et n'interdit pas l'application de cette méthode dans les échanges transfrontaliers de biogaz.

55. Il appartient aux États membres de fixer les normes qui régissent la méthode du BM afin de permettre son application, en garantissant le respect des conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28. Les États membres peuvent par conséquent décider que le BM est réalisé soit sur les sites de production, soit sur le réseau national de gazoducs (comme l'ont décidé la République fédérale d'Allemagne, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume de Suède) ou sur un réseau de gazoducs nationaux interconnectés, pour autant qu'il soit possible de garantir la chaîne de surveillance et la traçabilité du biogaz.

20 — Ces systèmes peuvent être consultés à l'adresse Internet suivante : <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy/biofuels/voluntary-schemes>

21 — Communication de la Commission sur les systèmes volontaires et les valeurs par défaut du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides, citée à la note n° 19, point 2.2.3.

22 — Voir point 47 des présentes conclusions.

56. L'harmonisation complète des critères de durabilité, l'obligation de recourir au BM pour vérifier que le biogaz respecte ces critères et l'harmonisation partielle des conditions techniques d'utilisation du BM favorisent sans aucun doute les échanges intracommunautaires de ce biocarburant. Le considérant 94 de la directive 2009/28 évoque précisément la vocation harmonisatrice de ses articles 17 et 18, en spécifiant que le fondement juridique de leur adoption est l'article 95 TCE (article 114 TFUE) et que leur objectif est de faciliter « les échanges, entre les États membres, de biocarburants et de bioliquides ».

57. Or, comme l'a signalé la Commission dans ses observations, la directive 2009/28 ne contient aucune clause de libre circulation inconditionnelle du biogaz entre les États membres et ceux-ci peuvent mettre en place divers régimes d'application du BM générateurs d'entraves au commerce intracommunautaire du biogaz durable. Une harmonisation complète des conditions d'utilisation de la méthode du BM aurait été nécessaire pour que tous les systèmes nationaux soient similaires et que la libre circulation du biogaz légalement commercialisé au titre de n'importe lequel d'entre eux soit ainsi garantie.

58. À défaut d'une telle harmonisation complète, les opérateurs ne peuvent obtenir la libre circulation transfrontalière du biogaz qu'en ayant recours aux systèmes volontaires de vérification autorisés par la Commission conformément à l'article 18, paragraphe 4, de la directive 2009/28. L'Agence nationale de l'énergie reconnaît dans ce contexte ne pas voir d'inconvénient à accepter le biogaz durable importé avec un de ces certificats²³, pour autant qu'ils couvrent le commerce transfrontalier, comme c'est le cas des systèmes « International Sustainability and Carbon Certification (ISCC) », « REDcert-EU » et « NTA 8080 »²⁴.

59. Par conséquent, je suggère à la Cour de répondre à la première question préjudicielle que l'interprétation des notions de « BM » et de « mélange » visées à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 n'oblige pas les États membres à autoriser inconditionnellement le commerce de biogaz durable à travers un réseau de gazoducs nationaux interconnectés et ne les empêche pas de le faire.

B – Sur la seconde question préjudicielle : compatibilité de l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 avec l'article 34 TFUE

60. Pour l'hypothèse où la première question appellerait une réponse négative, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur l'éventuelle incompatibilité de l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 avec l'article 34 TFUE, qui interdit les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation.

61. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'interdiction prévue à l'article 34 TFUE « vaut non seulement pour les mesures nationales, mais également pour les mesures émanant des institutions communautaires », de sorte que les normes de droit dérivé doivent également la respecter²⁵.

23 — Points 30 à 32 des observations de l'Agence nationale de l'énergie.

24 — Décision d'exécution (UE) 2016/1361 de la Commission, du 9 août 2016, portant reconnaissance du système « International Sustainability & Carbon Certification » pour l'établissement de la conformité aux critères de durabilité des directives 98/70/CE et 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil (JO 2016, L 215, p. 33) ; décision d'exécution 2012/432/UE de la Commission, du 24 juillet 2012, portant reconnaissance du système « REDcert » pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 98/70/CE et 2009/28/CE (JO 2012, L 199, p. 24) ; décision d'exécution 2012/452/UE de la Commission, du 31 juillet 2012, portant reconnaissance du système « NTA 8080 » pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 98/70/CE et 2009/28/CE (JO 2012, L 205, p. 17).

25 — Arrêts du 17 mai 1984, Denkvit Nederland (15/83, EU:C:1984:183, point 15) ; du 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 et C-155/04, EU:C:2005:449, point 47), ainsi que du 12 juillet 2012, Association Kokopelli (C-59/11, EU:C:2012:447, point 80). Voir également conclusions que l'avocat général Bot a présentées dans l'affaire Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:37) dans lesquelles il proposait à la Cour de déclarer que l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28, qui confère aux États membres le pouvoir d'interdire ou de restreindre l'accès à leurs régimes d'aide aux producteurs d'électricité verte dont les installations sont situées dans un autre État membre, est invalide, car contraire aux articles 34 et 36 TFUE.

62. Or, cette interdiction s'impose moins strictement aux institutions de l'Union qu'aux États membres²⁶, dès lors que la Cour accorde à celles-ci une large marge d'appréciation pour l'exercice de leur compétence d'harmonisation dans le secteur de la production et de la commercialisation de biens. Elles peuvent par conséquent adopter des normes maintenant temporairement des entraves au commerce intracommunautaire comme étape préalable à leur élimination définitive²⁷.

63. Le fait d'imposer la méthode du BM pour vérifier le respect des critères de durabilité du biogaz, conformément aux dispositions de l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28, génère un certain obstacle aux échanges intracommunautaires de ce bien, dans la mesure où il oblige les opérateurs économiques à supporter des charges administratives et financières supplémentaires qui n'auraient pas existé si le choix s'était porté sur la méthode des certificats négociables (ou même sur une déréglementation complète qui aurait rendu les opérateurs économiques totalement libres de démontrer la durabilité de leur biogaz par d'autres moyens).

64. En outre, comme je l'ai déjà indiqué, l'harmonisation partielle opérée conformément à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 quant à la méthode du BM ouvre aux États membres la possibilité d'établir des régimes différents pour son application, de sorte que le biogaz réputé durable conformément à un régime national pourrait ne pas l'être dans un autre État membre. Une harmonisation complète aurait évité l'apparition de ces obstacles techniques et aurait garanti que le biogaz durable, une fois légalement produit et commercialisé dans un État membre, puisse accéder, avec le même « label », aux autres pays de l'Union pour y être distribué.

65. Cependant, les restrictions au commerce intracommunautaire dérivées de l'usage de la méthode du BM (éventuellement contraires à l'interdiction prévue à l'article 34 TFUE) peuvent être justifiées par une exigence impérative de protection de l'environnement et doivent respecter le principe de proportionnalité. Les considérations que j'exposerai plus loin au sujet de la législation nationale qui prévoit une obligation de réalisation du BM en un lieu clairement délimité en Suède s'appliquent également à ce stade du raisonnement, à cette différence près que les règles énoncées à l'article 18 de la directive 2009/28 sont de portée générale, pour tous les États membres, sans aucun élément de discrimination ou de protectionnisme qui enfreindrait le critère de la proportionnalité.

66. Pour le reste, bien que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 implique une restriction temporaire au commerce intracommunautaire de biogaz, il favorise simultanément le développement à long terme de ce commerce, ce qui, d'après la jurisprudence de la Cour déjà citée, exclut qu'il puisse être qualifié de mesure d'effet équivalent contraire à l'article 34 TFUE. Plusieurs raisons plaident en faveur de cette conclusion.

67. En premier lieu, comme je l'ai déjà exposé, la méthode du BM entrave moins le commerce intracommunautaire que la méthode de la préservation d'identité²⁸, tout en permettant un contrôle de la traçabilité du biogaz durable.

26 — À titre d'exemple, la Cour a considéré au point 59 de son arrêt du 14 décembre 2004, *Arnold André* (C-434/02, EU:C:2004:800), que « [l']interdiction de commercialisation des produits du tabac à usage oral prévue à l'article 8 de la directive 2001/37 constituant l'une des restrictions visées à l'article 28 CE [devenu l'article 34 TFUE], elle est toutefois justifiée, comme il est indiqué au point 56 du présent arrêt, par des raisons de protection de la santé des personnes. Elle ne saurait, dès lors, en tout état de cause, être regardée comme étant intervenue en violation des dispositions de l'article 28 CE [devenu l'article 34 TFUE] ».

27 — D'après une jurisprudence constante, « il convient de reconnaître au législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui en cause dans l'affaire au principal, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure. » Voir notamment arrêts du 4 mai 2016, *Philip Morris Brands e.a.* (C-547/14, EU:C:2016:325, point 166), ainsi que du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741, point 123).

28 — Voir points 43 et 44 des présentes conclusions.

68. En deuxième lieu, la directive 2009/28 admet en son article 18, paragraphe 4, que les opérateurs aient recours à des systèmes nationaux ou internationaux volontaires pour appliquer le système du BM une fois que ceux-ci sont reconnus par la Commission. Ces systèmes volontaires peuvent être utilisés tant pour le commerce intérieur d'un pays que dans le cadre du commerce intracommunautaire. Par leur utilisation, l'opérateur a la garantie qu'en vertu de l'article 18, paragraphe 7, de la directive 2009/28²⁹, le biogaz dont la durabilité a été établie par un BM couvert par n'importe lequel de ces systèmes volontaires pourra être commercialisé dans un autre État membre, aux mêmes conditions que le biogaz d'origine nationale vérifié par un BM conforme au système national.

69. En troisième lieu, l'article 18, paragraphe 9, de la directive 2009/28 prévoit la possibilité de remplacer, dans le futur, la méthode du BM par une autre méthode imposant moins de restrictions au commerce intracommunautaire, comme pourrait l'être celle des certificats négociables. Cette disposition démontre que la méthode du BM est un premier pas dans la promotion du commerce intracommunautaire du biogaz, même si elle maintient temporairement certains obstacles qui pourront être corrigés ultérieurement.

70. Par conséquent, dans la mesure où le choix de la méthode du BM, dans les termes dans lesquels il a été effectué, est le fruit de l'appréciation de divers facteurs (d'ordre économique et technique) d'une évidente complexité et qu'il ne m'apparaît pas que cette méthode soit une mesure manifestement inappropriée par rapport à l'objectif poursuivi, il n'y a pas de raisons de considérer que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 enfreint l'article 34 TFUE.

C – Sur la compatibilité de la réglementation suédoise avec l'article 34 TFUE

71. La Cour a jugé que « lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'Union, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire³⁰. Cependant, toute norme interne qui transpose en droit national une directive opérant une harmonisation non exhaustive doit être conforme au droit primaire³¹.

72. Comme l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 harmonise seulement partiellement, et pas exhaustivement, l'utilisation de la méthode du BM pour vérifier le caractère durable du biogaz, le régime suédois doit être analysé à la lumière de l'article 34 TFUE.

73. Plus concrètement, il s'agit de déterminer si l'obligation de réaliser le BM dans un lieu clairement délimité, tel que le réseau suédois de gazoducs, mais pas sur le réseau de gazoducs nationaux interconnectés, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation interdite en vertu de l'article 34 TFUE. Même si la juridiction de renvoi ne pose pas directement cette question, il me semble nécessaire de l'aborder afin que la réponse de la Cour soit utile à la résolution du litige au principal.

29 — Je rappelle que, aux termes de cette disposition, « [l]orsqu'un opérateur économique apporte une preuve ou des données obtenues dans le cadre d'un accord ou d'un système qui a fait l'objet d'une décision conformément au paragraphe 4, dans la mesure prévue par ladite décision, les États membres n'exigent pas du fournisseur qu'il apporte d'autres preuves de conformité aux critères de durabilité fixés à l'article 17, paragraphes 2 à 5, ni d'informations sur les mesures visées au paragraphe 3, deuxième alinéa, du présent article ».

30 — Arrêt du 1er juillet 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, point 57 et jurisprudence citée).

31 — Arrêts du 12 octobre 2000, Ruwet (C-3/99, EU:C:2000:560, point 47), ainsi que du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, points 25 et 26). Lorsque l'harmonisation exhaustive est opérée en vertu des directives qui permettent des mesures nationales plus protectrices, la Cour considère que celles-ci doivent également être compatibles avec l'interdiction prévue aux articles 34 et 36 TFUE (arrêt du 16 décembre 2008, Gysbrechts et Santurel Inter, C-205/07, EU:C:2008:730, points 33 à 35).

74. Selon une jurisprudence bien établie, l'article 34 TFUE, en interdisant entre les États membres les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, vise toute mesure nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire³².

75. Or, dès lors qu'elle s'applique indistinctement à tout le biogaz durable commercialisé en Suède indépendamment de son origine, la mesure de l'Agence nationale de l'énergie empêche de réaliser le BM du gaz importé au moyen du réseau de gazoducs nationaux interconnectés et, ce faisant, gêne ou entrave les importations de biogaz provenant d'autres États membres par l'intermédiaire de ce réseau.

76. Si le biogaz légalement produit et commercialisé en Allemagne, qui remplit en principe les critères de durabilité établis à l'article 17 de la directive 2009/28, ne peut pas entrer en Suède en tant que biogaz durable lorsqu'il circule dans un gazoduc, la mesure nationale restreint l'importation et est dès lors contraire à l'article 34 TFUE. Même s'il était susceptible d'être distribué en tant que biogaz non durable, comme le soutient l'Agence nationale de l'énergie, sa rentabilité pour l'opérateur économique serait diminuée puisque seul le biogaz durable bénéficie d'un régime fiscal favorable qui le rend compétitif par rapport aux combustibles fossiles.

77. Pour l'Agence nationale de l'énergie, la réglementation suédoise n'empêche pas le commerce transfrontalier de biogaz durable, que les opérateurs peuvent importer d'autres États membres par des gazoducs en utilisant un des systèmes volontaires approuvés par la Commission conformément à l'article 18, paragraphe 4, de la directive 2009/28³³. L'Agence nationale de l'énergie ajoute que les opérateurs peuvent également recourir au transport par route, par train ou par bateau et par la suite injecter ce biogaz importé dans le réseau suédois de gazoducs.

78. Aucun de ces deux arguments ne me paraît suffisant pour écarter l'effet restrictif de la mesure. Le biogaz pourrait certes être liquéfié et exporté en Suède par voie terrestre, maritime ou ferroviaire, en maintenant ses caractéristiques et en appliquant la méthode de la préservation d'identité pour contrôler sa durabilité, mais, comme l'a signalé E.ON Biofor, ces moyens de transport autres que les gazoducs augmentent considérablement son prix final, ce qui empêche de facto son importation en Suède puisqu'il ne serait pas compétitif par rapport au biogaz d'origine suédoise³⁴.

79. Le recours à un système volontaire d'application de la méthode du BM serait, pour les opérateurs économiques d'autres États membres, la seule manière d'exporter du biogaz durable vers la Suède, alors que les producteurs suédois de biogaz pourraient bénéficier d'un des systèmes volontaires ou du système suédois, qui peut leur être plus favorable. Pour démontrer la durabilité de son biogaz, E.ON Biofor a utilisé le système allemand REDcert-DE et, d'après ses déclarations lors de l'audience, recourir à un système volontaire de contrôle du BM approuvé par la Commission, comme le système REDcert-EU, lui occasionnerait des coûts supplémentaires.

32 — Voir notamment arrêts du 11 juillet 1974, *Dassonville* (8/74, EU:C:1974:82, point 5) ; du 1er juillet 2014, *Ålands Vindkraft* (C-573/12, EU:C:2014:2037, point 66) ; du 11 septembre 2014, *Essent Belgium* (C-204/12 à C-208/12, EU:C:2014:2192, point 77), et du 29 septembre 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, non publié, EU:C:2016:732, point 96).

33 — Voir point 68 des présentes conclusions.

34 — D'après les calculs de E.ON Biofor, l'importation par transport routier d'Allemagne vers la Suède coûterait entre 25 à 50 fois plus cher que le transport du même biogaz durable par gazoduc.

80. L'entrave aux importations de biogaz provenant d'autres États membres au moyen du réseau de gazoducs pourrait cependant être justifiée par une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE ou par des exigences impératives. La Cour a admis qu'une réglementation ou une pratique nationale qui constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives peut être couverte par ces raisons ou exigences. Dans l'un et l'autre cas, la mesure nationale doit, conformément au principe de proportionnalité, être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint³⁵.

81. La mesure de l'Agence nationale de l'énergie facilite l'utilisation du BM par les producteurs suédois de biogaz en ce qu'elle leur permet de mélanger ce biogaz dans le réseau national de gazoducs en appliquant la méthode du BM, ce qui est moins restrictif que s'ils avaient été obligés d'utiliser cette méthode dans chaque usine de production. Elle favorise par conséquent l'utilisation de cette énergie renouvelable et, de ce point de vue, pourrait être justifiée par la protection de l'environnement³⁶ ainsi que, plus concrètement, par la promotion du biogaz en tant qu'énergie renouvelable³⁷ contribuant à réduire les émissions de gaz à effet de serre, qui sont une des principales causes des changements climatiques que l'Union et ses États membres se sont engagés à combattre³⁸. La mesure suédoise est également positive pour garantir l'approvisionnement énergétique, dès lors qu'elle contribue à couvrir la demande de biogaz pour le transport, ce qui est l'objectif du régime suédois d'incitants fiscaux.

82. En favorisant la protection de l'environnement ainsi que la promotion des énergies renouvelables en général et du biogaz en particulier, la mesure contribue également de manière indirecte à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi qu'à la préservation des végétaux, raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE³⁹.

83. Cependant, la décision de l'Agence nationale de l'énergie doit respecter le principe de proportionnalité, ce qui implique qu'elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est indispensable pour qu'il soit atteint.

84. Je ne crois pas que la limitation de la méthode du BM au réseau suédois de gazoducs, à l'exclusion du réseau de gazoducs nationaux interconnectés des États membres de l'Union, soit strictement nécessaire pour promouvoir l'utilisation du biogaz durable en Suède. Bien au contraire, il entraîne de facto l'impossibilité d'importer en Suède le biogaz provenant d'autres États membres, alors que ces importations augmenteraient l'offre de biogaz et favoriseraient un usage plus important de ce biocarburant.

85. Je ne trouve pas de motifs suffisants pour que le Royaume de Suède empêche les opérateurs qui le souhaitent d'importer du biogaz durable, vérifié par la méthode du BM, à travers le réseau de gazoducs interconnectés avec d'autres États membres de l'Union, pour autant que ceux-ci puissent démontrer, de la même manière que les producteurs suédois, que la durabilité de leur biogaz est garantie conformément à l'article 18 de la directive 2009/28 et à leur système national d'application de la

35 — Voir notamment arrêts du 1er juillet 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, point 76), et du 11 décembre 2008, Commission/Autriche (C-524/07, non publié, EU:C:2008:717, point 54).

36 — D'après les informations produites par les parties, le biogaz pour le transport est un combustible beaucoup moins polluant que l'essence ou le diesel dès lors qu'il émet jusqu'à 93 % de dioxyde de carbone de moins par unité d'énergie.

37 — Arrêts du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, point 73) ; du 11 septembre 2014, Essent Belgium (C-204/12 à C-208/12, EU:C:2014:2192, point 91), et du 29 septembre 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, point 84).

38 — L'augmentation de son utilisation constitue, comme l'expose expressément le considérant 1 de la directive 2009/28, un élément important du paquet de mesures requises afin de réduire ces émissions, se conformer au protocole de Kyoto et accélérer la réalisation des objectifs de celui-ci. Voir arrêts du 26 septembre 2013, IBV & Cie (C-195/12, EU:C:2013:598, point 56), et du 11 septembre 2014, Essent Belgium (C-204/12 à C-208/12, EU:C:2014:2192, point 92).

39 — Arrêts du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, point 75), et du 1er juillet 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, point 80).

méthode du BM. Cet argument est renforcé par le fait que la Commission peut adopter une décision établissant qu'un système national d'application de la méthode du BM (ayant fait l'objet d'une notification) entraîne automatiquement une reconnaissance mutuelle, à l'instar des systèmes volontaires⁴⁰.

86. L'Agence nationale de l'énergie essaie de justifier sa conduite par l'inexistence d'une autorité européenne de contrôle du réseau de gazoducs nationaux, qui puisse surveiller l'application du BM afin de garantir la traçabilité des lots de biogaz durable faisant l'objet du commerce intracommunautaire tout en évitant que les opérateurs puissent bénéficier de plus d'une aide pour sa production ou sa commercialisation. Lors de l'audience, l'Agence nationale de l'énergie a insisté sur l'impossibilité de vérifier la chaîne de surveillance du biogaz importé d'Allemagne vers la Suède dès lors qu'elle ne peut exercer elle-même de contrôle sur les producteurs de biogaz en Allemagne.

87. Cet argument ne me paraît pas acceptable dans la mesure où l'article 18, paragraphe 4, de la directive 2009/28 permet la libre circulation du biogaz durable au travers de gazoducs lorsque sa traçabilité est garantie par des systèmes volontaires approuvés par la Commission. Si un opérateur démontre, conformément au système national du pays de production, le respect du BM pour un lot de biogaz durable importé d'un État membre par gazoduc, les autorités suédoises devraient accepter cette importation et ne pas empêcher son transport sur le réseau suédois de gazoducs.

88. L'harmonisation partielle de l'utilisation du BM, réglementée par l'article 18, paragraphes 1 et 3, de la directive 2009/28, doit permettre à la reconnaissance mutuelle du biogaz durable obtenu dans les États membres d'opérer, à moins que ceux-ci ne parviennent à démontrer qu'une exigence impérative justifie de la refuser. L'Agence nationale de l'énergie n'a pas fourni d'arguments suffisants pour renverser cette présomption d'application de la reconnaissance mutuelle au biogaz légalement produit et commercialisé en Allemagne en tant que biogaz durable et exporté en Suède par gazoduc.

89. Le Royaume de Suède aurait pu permettre que les opérateurs économiques démontrent le caractère durable de leur biogaz par les informations provenant du système d'application de la méthode du BM de leur pays d'origine. Il s'agit là d'une alternative moins restrictive du commerce intracommunautaire que l'interdiction de facto des importations par gazoduc. En réalité, comme elle l'a admis lors de l'audience, l'Agence nationale de l'énergie contrôle la durabilité du biogaz en examinant les documents que lui présentent les opérateurs nationaux. Je ne comprends dès lors pas pourquoi elle ne pourrait pas appliquer cette même solution aux importateurs de biogaz produisant des certificats nationaux fiables démontrant le caractère durable du biogaz.

90. Dès lors, je considère que la mesure en cause ne respecte pas le principe de proportionnalité. En toute hypothèse, il appartient à l'Agence nationale de l'énergie (et, le cas échéant, à la juridiction appelée à connaître de ses décisions dans le cadre d'un recours) de déterminer si les preuves fournies par E.ON Biofor sont aptes à démontrer que les lots de biogaz importés remplissent les critères de durabilité établis dans la directive 2009/28, que les exigences de la méthode du BM ont été respectées et qu'il n'y a pas de risque de double comptabilisation desdits lots en Allemagne et en Suède, malgré leur transport à travers le réseau de gazoducs nationaux interconnectés.

40 — Décision d'exécution (UE) 2016/708 de la Commission, du 11 mai 2016, relative à la conformité de l'« Austrian Agricultural Certification Scheme » aux conditions fixées par les directives 98/70/CE et 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil (JO 2016, L 122, p. 60).

D – Sur la mesure de l’Agence nationale de l’énergie en tant que régime national d’aide

91. Enfin, à titre subsidiaire et seulement pour l’hypothèse où les questions posées par la juridiction de renvoi seraient abordées sous l’angle des restrictions admissibles en tant que « régimes d’aide » à la production de biogaz au sens de l’article 2, deuxième alinéa, sous k), de la directive 2009/28, je souhaiterais souligner que la limitation de la méthode du BM au biogaz circulant dans les gazoducs suédois, à l’exclusion de celui provenant du réseau de gazoducs nationaux interconnectés, ne relève d’aucun de ces régimes. Elle n’est pas non plus comparable aux régimes nationaux d’aide à la production d’électricité verte examinés par la Cour dans l’arrêt Ålands Vindkraft⁴¹.

92. Même si l’ordonnance de renvoi ne se prononce pas expressément sur cette question⁴², il semble en ressortir (comme l’a confirmé l’Agence nationale de l’énergie lors de l’audience) que le traitement fiscal favorable s’étend à tout le biogaz durable, pas seulement à celui d’origine suédoise, de sorte qu’il profite également au biogaz importé en vertu des systèmes volontaires d’application du BM⁴³.

93. La Cour a accepté que les États puissent adopter des mesures discriminatoires de soutien à l’électricité verte et les limiter à l’électricité produite sur leur territoire⁴⁴. Il me semble que cette jurisprudence, dont certains éléments ont fait l’objet de critiques⁴⁵, n’est pas transposable au cas qui nous occupe. En premier lieu, parce que, je le répète, il ne s’agit pas d’un régime national d’aide à la production de biogaz. En deuxième lieu, parce que le maintien de la traçabilité dans la production et le commerce d’électricité verte est très difficile (ce qui explique l’usage des certificats négociables) alors que la traçabilité du biogaz est faisable et est assurée par la directive 2009/28, précisément par l’intermédiaire de la méthode du BM. Enfin, la Cour a considéré que certaines mesures discriminatoires nationales (comme l’application de tarifs préférentiels de transport uniquement pour l’électricité verte d’origine régionale) étaient injustifiées et contraires à l’article 34 TFUE⁴⁶.

94. En définitive, j’estime qu’une mesure nationale qui oblige à appliquer la méthode du BM dans un lieu clairement défini, comme le réseau national de gazoducs, en excluant le biogaz vérifié par cette méthode provenant du réseau de gazoducs nationaux interconnectés, constitue une mesure d’effet équivalent à une restriction quantitative à l’importation contraire à l’article 34 TFUE.

V – Conclusion

95. Eu égard à ce qui a été exposé, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Förvaltningsrätten i Linköping (tribunal administratif siégeant à Linköping, Suède) de la manière suivante :

- 1) L’emploi des notions de « bilan massique » et de « mélange » dans l’article 18, paragraphe 1, 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

41 — Arrêt du 1er juillet 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037).

42 — La juridiction de renvoi n’a inclus dans son ordonnance de renvoi aucune question relative à l’interprétation du droit de l’Union éventuellement applicable à la réglementation suédoise réservant un traitement fiscal favorable au biogaz durable afin de rendre sa consommation concurrentielle par rapport au gaz provenant de combustibles fossiles.

43 — Aux termes du document intitulé « Sweden’s third progress report on the development of renewable energy pursuant to Article 22 of Directive 2009/28/EC, 22.12.2015 », p. 77 : « Sur la quantité de biocarburants vendus en Suède en 2014, plus de 90 % était certifiée provenir d’un des systèmes volontaires de certification approuvés par la Commission. Les biocarburants non couverts par un certificat incluaient par exemple du biogaz produit en Suède. »

44 — Arrêt du 1er juillet 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, points 94 à 104).

45 — Conclusions que l’avocat général Bot a présentées dans l’affaire Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:257, point 4), et commentaires de Michel, V., « Marché intérieur et politiques de l’Union : brèves réflexions sur une quête d’unité », *L’identité du droit de l’Union européenne : mélanges en l’honneur de Claude Blummann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 229.

46 — Arrêt du 29 septembre 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732).

abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, n'oblige pas les États membres à autoriser inconditionnellement le commerce transfrontalier de biogaz au moyen d'un réseau de gazoducs nationaux interconnectés et ne les empêche pas de le faire.

- 2) Il n'y a pas de raisons de déclarer que l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2009/28 viole l'article 34 TFUE.
- 3) Une mesure nationale qui oblige à appliquer la méthode du « bilan massique » dans un lieu clairement défini, comme le réseau national de gazoducs, en excluant le biogaz vérifié par cette méthode provenant du réseau de gazoducs nationaux interconnectés, constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation contraire à l'article 34 TFUE.