

Le régime de durabilité des biocarburants de la Directive 2009/28/CE

Un mariage de cohérence économique et de cohérence environnementale?

Mémoire réalisé par
Guillian Baclin

Promoteur(s)
Charles-Hubert Born

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements :

Je tiens d'abord à remercier Monsieur le Professeur Charles-Hubert Born, pour son aide et ses conseils.

Je tiens aussi à remercier Monsieur Michel Degallier, DG Environnement, SPF Santé publique, Sécurité alimentaire et Environnement ;

Monsieur Denis Pohl, Service produits au SPF Santé publique, Sécurité alimentaire et Environnement ;

Monsieur Ivo Cluyts, Expert politique climatique au SPF Santé publique, Sécurité alimentaire et Environnement ;

Et Monsieur Laurent Anzalone, Chargé de projets à Valbiom :

Pour leur disponibilité et leur gentillesse, pour leurs conseils éclairés et pour l'apport de leur expérience.

Je remercie mes grands-parents, mon regretté Parrain, et ma regrettée grand-mère, pour tout ce qu'ils ont pu faire pour moi.

Je remercie mes Parents, pour leur amour, leur présence et leur aide indéfectibles tout au long de ces années : c'est à eux que je dédie ce mémoire.

Table des matières

Introduction	7
Partie I : L'action de l'Union en matière énergétique : les stratégies et compétences de l'UE en matière de promotion d'énergies renouvelables.	10
Chapitre 1 : La place des biocarburants dans la politique énergétique de l'Union ;	10
Section 1 : Les défis et objectifs généraux de l'Union européenne en matière énergétique.	10
Section 2 : Les « stratégies pour l'énergie » de l'Union Européenne et leurs différentes composantes.....	11
Section 3 : Le paquet Climat et Energie et le rôle central des biocarburants dans le cadre de la politique énergétique de l'Union.	13
Chapitre 2 : La compétence légale de l'Union Européenne en matière énergétique.....	15
Section 1 : Les bases légales et historiques de la politique énergétique de l'Union Européenne. ...	15
Section 2 : Politiques de l'Environnement et de l'Energie : la relation entre les articles 192 et 194 TFUE et « <i>les droits de l'énergie</i> » des Etats membres.	17
§1 ^{er} : Le degré d'atteinte visé dans l'article 194 TFUE et dans l'article 192 (2), C) TFUE.....	17
§2 : L'analyse de l'article 194 (2) TFUE et son champ d'application.	19
Section 3 : La directive sur les énergies renouvelables et les bases légales utilisées.	21
§1 ^{er} : les éléments favorisant voire exigeant l'usage de l'article 194 TFUE.....	21
§2 : L'apparente prédominance de la politique environnementale dans la Directive 2009/28/CE. 23	
§3 : L'article 114 TFUE, 192 TFUE et 194 TFUE : le marché intérieur et la promotion des énergies renouvelables.	24
Section 4 : Le choix de la Commission : en route vers la cohérence sur la base légale.	26
Partie II : Les prescriptions des directives 2009/28/CE et 2015/1513/UE et leur mise en œuvre.	28
Introduction au vu des conclusions tirées de la Partie I :	28
Chapitre 3 : La durabilité des biocarburants dans le corpus législatif européen.....	28
Section 1 : Les critères de durabilité de la directive 2009/28/EC.	28
Section 2 : Le changement indirect d'affectation des sols et la directive 2015/1513/UE.	33
§1 ^{er} Le changement indirect d'affectation des sols : la source de la directive 2015/1513/UE.....	33
§ 2 : Définition et effets du « changement indirect d'affectation des sols ».	35
§3 : Les nouvelles mesures de la directive 2015/1513/UE concernant la durabilité des biocarburants.....	36
Section 3 : Les obligations de suivi, de rapports et de transparence contenues dans les directives.	39

Section 4 : Le principe de précaution et l'approche de la Commission.	41
Chapitre 4 : La mise en œuvre des critères de durabilité au sein de l'Union européenne.	46
Section 1 : Les lignes directrices européennes des directives RED et ILUC pour la vérification des critères de durabilité.	46
§1 ^{er} : La méthode de vérification de réduction nette d'émissions de gaz à effet de serre de l'article 19 de la directive 2009/28/CE.	46
§2 : L'article 18 et les méthodes de vérification des critères de durabilité de l'article 17 (2) à (5) de la directive 2009/28/CE.	48
Section 2 : Quelques précisions jurisprudentielles quant à la portée de l'article 18 de la directive 2009/28/CE.	50
§1 ^{er} : L'arrêt Biofor et l'absence de reconnaissance mutuelle entre systèmes nationaux.	50
§2 ^e : Les enseignements à tirer de l'arrêt LEGO et la mise en lumière de l'importance des systèmes volontaires de certification.	51
Section 3 : Le régime des systèmes volontaires de certification et l'action de la Commission dans ce cadre.	52
Section 4 : Les manquements liés à la procédure de reconnaissance de la Commission.	55
§1 ^{er} : Le manque de rigueur et de spécifications des critères dans la méthode « Meta-Standard ».	55
§2 : Le manque de transparence et d'action holistique de l'Union en la matière.	58
Chapitre 5 : Les critères de durabilité liés au changement d'affectation des sols et leurs <i>caveats</i>	61
Section 1 : Les spécifications et précisions apportées aux critères de l'article 17 (3) à (5) de la directive 2009/28/CE.	61
Section 2 : Le caveat de l'article 17 (3) b) et les modalités de l'article 6 de la directive Habitats.	63
Section 3 : Les prairies naturelles et non naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité.	67
Section 4 : Les éclaircissements sur le contrôle et la preuve des éléments des <i>caveats</i> des articles 17(3) b) et C) II) et 17 (5).	69
Conclusion	71
Bibliographie	77
Législation	77
Droit International	77
Droit Européen	77
1. Droit primaire	77
2. Droit dérivé	77

3. Travaux préparatoires, communications et lignes directrices et documents du Conseil européen	78
4. Autres documents des institutions européennes.....	79
Droit National.....	79
Autres Législations consultées	80
Droit Européen	80
Droit national	80
Jurisprudence.....	80
1. Arrêt de la Cour de Justice	80
2. Arrêt/ Ordonnances du Tribunal de première instance	80
3. Conclusions d'avocat général.....	80
Doctrines.....	81
1. Monographies	81
2. Contributions dans un ouvrage collectif	81
3. Articles de revues	82
4. Sites Web et Rapports.....	83
Autres Ouvrages/ travaux doctrinaux consultés	84

Introduction

A l'échelle mondiale, l'industrie des biocarburants s'est présentée depuis la fin des années 70 comme une sorte de solution miracle : à l'heure où l'on a commencé à se préoccuper des incidences environnementales engendrées par les activités humaines, cette source d'énergie semblait à l'époque toute indiquée pour apporter une solution alternative au pétrole dans les transports, porteuse d'emplois et considérée comme émettant moins de CO², dans un contexte où l'Occident sortait de deux crises pétrolières majeures qui avaient mis à jour sa fragilité liée à sa dépendance énergétique sur les énergies fossiles.¹

Très vite, en parallèle au développement de la production mondiale de biocarburants, des critiques furent émises à l'égard de leurs conséquences intrinsèques néfastes : de nature environnementale (atteintes à la biodiversité, à la qualité des sols, de l'eau, de l'air, cause de déforestation,...), sociale, voire économique. Les défauts dénoncés sont nombreux et l'opposition au développement de cette industrie croît continuellement, gagnant en hargne et virulence depuis ces dernières années².

Ces critiques ont engendré une prise de conscience des pouvoirs publics à l'échelle mondiale, avec des conséquences pour le moins mitigées : certes, des pays comme les Etats-Unis ou le Brésil, par exemple, ont développé un modèle de « durabilité » pour leurs biocarburants, mais ces modèles présentent toujours des défauts criants (avec pour exemple, les Etats-Unis qui pérennisent la production de bioéthanol à partir de Maïs, souvent considérée comme plus néfaste pour l'environnement et surtout émettant probablement autant voire plus de gaz à effet de serre que les carburants fossiles³). Le constat sur la scène internationale n'est pas plus reluisant : là où certaines conventions tendent à reconnaître le problème et à encourager des actions dans le domaine, la réaction est timide et ne repose que sur du *soft law*⁴ dont l'impact est relativement limité.

L'Union Européenne a commencé à s'intéresser au recours aux biocarburants dans ce contexte au début des années 2000, l'Union étant à la recherche de solutions pour relancer l'activité agricole européenne et devant miser sur des solutions lui permettant de remplir ses engagements en termes de lutte contre le réchauffement climatique alors même que le protocole de Kyoto avait été signé⁵. C'est ainsi que la première directive européenne vu le jour en 2003 (Directive 2003/30/CE), intégrant un objectif indicatif de 5,75 % de part d'énergies renouvelables dans le secteur des transports à l'Horizon 2010⁶.

¹ P. PEREIRA DE ANDRADE, « La contribution limitée des conférences des parties aux conventions environnementales pour assurer un développement durable des biocarburants », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, n°4, p. 730.

² Les dernières péripéties entourant l'huile de palme et notamment les biocarburants étant issus de cette matière première en étant la parfaite illustration : J. JORMOT, « Biocarburants et huile de palme : les liaisons dangereuses », 2018, *Lessmartgrids-toutes les actualités des smart grids*, En Ligne : <http://les-smartgrids.fr/biocarburants-huile-palme-liaisons-dangereuses/>, consulté le 05 août 2018.

³ K. S. DAHMANN, L.B. FOWLER, P. M. SMITH, "United States law and policy and the biofuel industry", », in *The law and policy of biofuels* (sous la dir. De Y. LEBOUTHILLIER, A.COWE, P.MARTIN, EA.), Cheltenham, Elgar, 2016, pp.102-140.

⁴ P. PEREIRA DE ANDRADE, o.c., pp.735 et s.

⁵ Cfr. Annexe I

⁶ G. WILLIAMSON, "New EU legislation on biofuel crops", The environmental forum, novembre-décembre 2015.

Il s'agissait d'un premier pas qui allait mener à l'avènement de la Directive 2009/28/CE, sur la promotion des énergies renouvelables. Cette directive survint avec trois principaux leitmotivs : assurer la sécurité énergétique, réduire les émissions de gaz à effet de serre et soutenir le développement rural⁷.

Alors qu'avant son avènement, des modèles d'établissement et de contrôle de durabilité avaient fleuri dans plusieurs Etats membres sans que le mécanisme de reconnaissance mutuelle ne soit d'application⁸, la directive 2009/28/CE instaurait un nouveau modèle de durabilité tendant à harmoniser le marché européen, la Commission auto proclamant son œuvre de « *système contraignant de durabilité le plus complet et le plus avancé du monde* »⁹.

Ce système de durabilité sera le point d'attention de ce mémoire qui tendra, au fil de son cours, à apporter une réponse à cette question : « Le modèle de durabilité des biocarburants établi par la directive 2009/28/CE, sa raison d'être et sa mise en œuvre peuvent-ils être considérées comme cohérents sur le plan juridique ? »

Cette quête de cohérence sera abordée en 2 parties, constituées de 5 chapitres.

Dans la Partie I, nous nous attarderons au contexte politique et juridique général dans lequel les biocarburants sont régulés par l'Union Européenne dans le chapitre 1^{er}, avant d'analyser, dans le chapitre 2, les bases légales établissant la directive 2009/28/CE. Nous tenterons ainsi de développer la cohérence qui doit être de mise lorsque les politiques environnementales et énergétiques se télescopent, en l'occurrence dans le cas de la promotion des énergies renouvelables. Nous évoquerons la rationalité des choix de l'Union dans ce domaine, la nature et le contenu des articles 192, 194 et 114 TFUE et la relation entre eux. Nous établirons également la logique qui fonde l'action de l'Union dans le domaine des biocarburants, au présent et au futur, en s'attardant surtout à la « raison d'être » insidieuse des critères de durabilité.

Dans un deuxième temps, nous étudierons dans la Partie II certains des aspects portant sur les critères de durabilité.

Dans le Chapitre 3, il sera d'abord fait état des différentes mesures que l'Union a prises au sein de la directive 2009/28/CE ainsi que par les amendements apportés par la directive 2015/1513/UE. La cohérence de ces mesures sera donc appréciée au vu des commentaires doctrinaux et jurisprudentiels s'y attachant, avec une attention plus particulière qui sera portée sur les biocarburants avancés et le changement indirect d'affectation des sols, avant qu'une analyse de ces mesures au vu de l'application du Principe de précaution ne soit réalisée.

Dans le Chapitre 4, il sera fait état du système de mise en œuvre prévu par l'Union Européenne, sans s'attarder cependant sur l'action concrète des Etats membres. Il sera ainsi question des différents moyens prévus pour la vérification des critères de durabilité, et surtout des systèmes volontaires de certification, dont la cohérence du régime mis en place pour leur reconnaissance ainsi que de leur fonctionnement. Il sera aussi procédé à une analyse critique des mécanismes qui sous-tendent

⁷ A. J. K. POLS, « The rationality of biofuel certification: a critical examination of EU biofuel policy », *J. Agric. Environ. Ethics*, 2015, n° 28, p. 675.

⁸ Cfr. Annexe I.

⁹ 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 1, section 1.

l'établissement et le fonctionnement de ces systèmes volontaires de certification et les contrôles s'y attachant

Enfin, dans le chapitre 5, il sera question de la spécification des critères de durabilité portant sur les considérations liées à l'usage des sols. Nous analyserons ainsi les *caveats* prévus par la directive, et nous nous pencherons sur la cohérence portant sur l'interaction existant entre eux et sur les prescrits de la directive Habitats à titre exemplatif. Il sera aussi question du règlement n°1307/2014 portant sur les prairies naturelles et non naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité.

Ce mémoire ne se penchera donc que sur certains aspects propres à la promotion des biocarburants durables au sein de l'Union européenne, et s'efforcera de mettre en lumière les éléments cohérents et incohérents caractérisant ce domaine.

Partie I : L'action de l'Union en matière énergétique : les stratégies et compétences de l'UE en matière de promotion d'énergies renouvelables.

Chapitre 1 : La place des biocarburants dans la politique énergétique de l'Union ;

Section 1 : Les défis et objectifs généraux de l'Union européenne en matière énergétique.

L'Union Européenne tend à développer une approche complète, globale et cohérente en matière énergétique au regard des différents engagements qu'elle a pris ou des différents rôles qu'elle entend endosser depuis la fin des années 80 - début des années 90. La lutte contre le changement climatique, avec entre autres les engagements qu'elle a pris en matière de réduction d'émissions de CO₂ lors de la signature du protocole de Kyoto en 2002, et la prise de conscience européenne de sa dépendance prononcée par rapport aux ressources fossiles telles que le pétrole ou le gaz¹⁰ a donné un nouvel élan à l'Union. Cela a mené à la reconnaissance par les chefs d'état en sommet européen du besoin criant d'action coordonnée entre la politique énergétique et celle en matière de lutte contre le changement climatique en mars 2007. Le besoin d'une sécurité d'approvisionnement énergétique, d'un marché intérieur européen protecteur à l'égard des consommateurs et propice à soutenir un développement socio-économique et la promotion de technologies « bas-carbone », renouvelables et efficaces, tels sont les objectifs globaux qui ont été prononcés par le Conseil Européen depuis 2007 et réédités encore en 2014. Etant émis en considération du principe d'attribution consacré par l'article 5 TUE, ces objectifs sont la base de l'action de la Commission européenne, qui pour répondre à l'accomplissement de ces objectifs procède par un système de planning stratégique axé sur trois points principaux : la sécurité d'approvisionnement, la compétitivité et la durabilité, notamment dans sa communication « 2020 energy strategy »¹¹. Ainsi, les communications de la Commission émettent des objectifs à moyens et longs termes, dans l'optique de l'établissement d'un agenda à respecter afin de tenir les engagements que l'Union s'est fixée au vu de trois horizons, c'est-à-dire 2020, 2030 et 2050 : aussi parmi ces buts peut-on retrouver la mise en place d'un marché de l'énergie élargi, interconnecté et efficient, la promotion des énergies renouvelables et la réduction de la dépendance de l'Union sur les énergies et carburants fossiles importés. La Commission a procédé depuis 2009 par stratégies, roadmaps et paquets législatifs¹² : la Commission ayant produit auparavant son « Green

¹⁰ F. PELSY, "The European Commission 2008 Directive proposal on biofuels: a critique", *Law, Environment and Development Journal*, 2008, n° 4/2, p. 123.

¹¹ H. KRÜGER, *European energy law and policy*, an introduction, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 98-99.

¹² *Ibid.*, pp. 98-99.

Paper on Energy »¹³ approuvé par le Conseil européen, ce même Conseil a émis les cibles 20-20-20, correspondant aux objectifs de réduire de 20 % par rapport à 1990 l'émission de gaz à effet de serre, arriver à un taux de 20 % d'énergies renouvelables dans la consommation finale de l'Union d'ici 2020 et d'améliorer de 20 % l'efficacité énergétique.¹⁴ Ces cibles ont été très vite accompagnées d'un ambitieux engagement du Conseil européen de réduire l'émission de gaz à effet de serre au sein de l'UE d'un taux de 80-95 % en comparaison à 1990, donnant ainsi un horizon à très long terme devant rester la préoccupation première des autorités européennes et de celles des Etats membres.¹⁵

Section 2 : Les « stratégies pour l'énergie » de l'Union Européenne et leurs différentes composantes.

La première stratégie pour l'énergie est celle pour l'horizon 2020 : cette dernière poursuit 5 priorités qui ont donné les impulsions à l'action de l'Union Européenne au cours de ces dernières années :

- le renforcement de l'efficacité énergétique, avec une série d'instruments destinés à soutenir cette entreprise ;
- l'établissement d'un marché intérieur de l'énergie fondamentalement intégré, par le biais du jeu du droit européen de la compétition et de la législation pour le marché intérieur ;
- l'assurance d'une énergie disponible, sûre et abordable pour les citoyens et les entreprises au sein de l'UE, avec de nouveau un point d'orgue sur l'importance de la législation en matière de marché intérieur et de compétition ;
- l'engagement dans un renouveau technologique, comprenant des stratégies de soutien pour les nouvelles technologies « bas-carbone » et leur utilisation par les industries, comprenant une série d'outils, de financements et autres régulations telles que le « Emission Trading Scheme » ;
- et le renforcement de la politique externe en matière d'énergie, avec notamment des tentatives de rapprochements législatifs ou d'intégration des marchés énergétiques étrangers avec le marché européen.

Les ambitions de l'Union ont été revues par la Commission en 2015, évoquant « *l'Union de l'énergie* »¹⁶, un terme pour le moins présomptueux dans le contexte actuel même si les premiers pas réalisés par l'UE sont encourageants quant à l'établissement d'un système de coopération et de coordination entre Etats membres visant à soutenir une politique énergétique européenne propice à remplir la plupart des objectifs fixés.¹⁷

La « feuille de route pour le Climat et l'Energie pour l'horizon 2030 », l'appellation soulignant encore plus l'interaction désirée entre les deux domaines régulateurs, a été adoptée en 2014 après une

¹³ Livre Vert de la Commission européenne- Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, C.O.M. (2006) 105 final.

¹⁴ Conclusion de la Présidence du Conseil européen du 8 et 9 mars 2007, (DOC 7224/1/07 REVI).

¹⁵ European council 29/30 October 2009, presidency conclusions (doc 15265/09).

¹⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, C.O.M. (2015) 80 final.

¹⁷ H. KRÜGER, o.c., pp. 100-104.

révision des mesures en place jusqu'alors. 2 mots d'ordre ressortent particulièrement de ce programme : des certitudes pour les investisseurs et la sauvegarde des actions concertées entre Etats membres. Le climat politique et économique ayant résulté des difficultés liées à la crise bancaire et la crise financière de la fin des années 2000, la difficulté d'atteindre globalement les objectifs fixés pour 2020 (notamment les 20 % de part d'énergies renouvelables dans la consommation européenne d'énergie) ainsi que les désaccords des Etats membres quant aux rôles de certaines sources d'énergie ont quelque peu terni et atténué l'ambition auparavant affichée par les états membres, malgré le succès des accords de Paris de 2015 qui pourrait redonner un élan positif dans les années à venir à l'action européenne, notamment en matière de promotion des énergies renouvelables¹⁸.

Les objectifs les plus marquants du plan pour 2030 sont :

- la réduction de gaz à effet de serre de 40 % par rapport à 1990, un cap qui a été fixé aussi en considération de la propension des états étrangers à se livrer à d'ambitieux engagements similaires à ceux de l'Union¹⁹ ;
- l'objectif global de 27 % de part d'énergies renouvelables dans la consommation énergétique de l'Union, et ce sans fixer de caps obligatoires pour chaque état membre, avec donc un modèle relativement vague dans ce domaine, y compris en ce qui concerne les moyens mis en place pour que la Commission soutienne de potentielles ambitions plus élevées pour les Etats membres.²⁰ La Commission a cependant réalisé quelques prouesses, notamment par l'émission des lignes directrices sur les aides d'état pour la protection de l'environnement et l'énergie 2014-2020²¹.
- La dernière des mesures marquantes est l'engagement pour une efficacité énergétique de 27 % plus performante qu'au vu des projections actuelles, même si les chefs d'états ont expressément exclu que ce cap indicatif ne soit traduit en objectifs obligatoires pour les Etats membres.²²

La planification à long-terme s'orchestre actuellement autour des « *Roadmap for moving to a Competitive low carbon economy* », « *Energy Roadmap 2050* » et « *Roadmap to a single European transport area* » visant à une réduction de 60 % d'émission dans le domaine des transports d'ici là. Avec l'ambitieux objectif de réduire de 80 à 95 % l'émission globale de gaz à effet de serre, la Commission axe actuellement ses communications sur la nécessité de promouvoir de nouvelles technologies et mesures visant à atteindre un rapport coût-efficacité permettant dans le futur de définitivement entrer dans une ère de prospérité « bas carbone ». ²³

¹⁸ *Ibid.*, p.105.

¹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, UN cadre d'action en matière de climat et d'énergie pour la période comprise entre 2020 et 2030, C.O.M. (2014) 15 final, section 2.1.

²⁰ *Ibid.*, section 2.5

²¹ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, J.O.U.E., du 28 juin 2014, C200, pp. 1-55.

²² H. KRÜGER, o.c., p. 106.

²³ H. KRÜGER, o.c., pp.106-107.

Section 3 : Le paquet Climat et Energie et le rôle central des biocarburants dans le cadre de la politique énergétique de l'Union.

Ces stratégies, couplées à la stratégie de l'Union pour le développement durable, mènent à la production de «paquets législatifs» destinés à rassembler une série d'outils législatifs, financiers et de marché qui poursuivent les objectifs qu'a émis le Conseil européen et que la Commission a relayés au travers de ces différentes stratégies.

Ainsi se distinguent trois « paquets » législatifs principaux, chacun poursuivant plusieurs objectifs : le paquet pour l'efficacité énergétique²⁴, le 3^e paquet législatif de l'UE sur les marchés du gaz et de l'électricité, et enfin le « Climate and energy package ».

Ce dernier, poursuivant principalement l'objectif de réduire les émissions de gaz à effet de serre et à promouvoir les énergies renouvelables, toujours au regard des *targets* 20-20-20, contient la révision et le renforcement du système du ETS qui avait été développé en 2005 pour remplir les engagements découlant de Kyoto, l'accord quant aux réductions nationales d'émissions de gaz à effet de serre dans les secteurs n'entrant pas dans le champ d'application du système d'échange de Quotas CO₂²⁵, la directive 2009/31/CE pour le stockage géologique de dioxyde de carbone, et enfin la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables qui a été spécialement désignée pour la poursuite de l'objectif de 20 % de part d'énergie renouvelables dans la consommation de l'Union pour 2020. Cette directive est précisément celle qui va retenir notre attention, tandis que la directive 2009/30/CE sur la spécification des carburants, intimement liée à la Directive sur la promotion des énergies renouvelables, ne sera pas abordée dans ce mémoire malgré les interactions qui existent entre les deux outils normatifs.

Avec pour date limite de transposition le 5 décembre 2010, cette directive 2009/28/CE a été amendée en 2015, suite à l'avènement de la directive 2015/1513 (devant être transposée pour le 10 septembre 2017), qui avait été considérée comme nécessaire déjà au moment de l'adoption de la directive 2009/28 afin de pouvoir apporter une réponse à la problématique du changement d'affectation des sols.²⁶

Pour ce qui concerne l'horizon 2030, la proposition de refonte de la directive pour la promotion des énergies renouvelables a été émise en 2016 et devrait entrer en application le 1^{er} janvier 2021.²⁷

C'est dans ce contexte légal que les biocarburants (que l'on peut définir comme « *un combustible liquide ou gazeux utilisé pour le transport et produit à partir de la biomasse* »²⁸) se manifestent dans

²⁴ Comprenant un règlement sur le label des pneus pour promouvoir l'efficacité des carburants ; une refonte de la directive sur l'efficacité énergétique des bâtiments ; et une refonte de la directive sur les labels énergétiques

²⁵ Décision 2009/406/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, pp 136-148.

²⁶ Directive 2009/28/CE du Parlement 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, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, pp. 16-62, considérant 85.

²⁷ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), C.O.M. (2016) 767 final.

²⁸ Directive 2009/28/CE, art. 2, (2), i).

l'Union européenne. Considérés comme une source d'énergie facile à produire (du moins, à ses prémisses, lorsque presque uniquement les biocarburants de première génération étaient produits²⁹) au sein de l'Union et renouvelable, destinés à contribuer à 4 des grands objectifs poursuivis de manière générale par la politique énergétique de l'Union (visant un progrès social, économique, environnemental³⁰ et surtout poursuivant une indépendance énergétique), les biocarburants ont été très vite identifiés comme un moyen tout indiqué pour accomplir les engagements que l'Union a pris en matière de réduction d'émissions de gaz à effet de serre.

La stratégie 2020 instaure, outre les 20 % de part d'énergies renouvelables dans la consommation totale européenne, un pourcentage de 10% d'énergie renouvelable au seul secteur des transports, considéré comme trop dépendant des énergies fossiles importées (en l'occurrence le pétrole et le diesel), étant le deuxième secteur émettant le plus de gaz à effet de serre au sein de l'Union et constamment dans une dynamique grandissante, nécessitant ainsi une réaction coordonnée et incisive.³¹

Bien que ce cap n'ait pas été revu (ni d'ailleurs réévalué)³² pour ce qui concerne la proposition de refonte de la directive 2009/28/CE dans le cadre de la stratégie pour 2030, les biocarburants n'en demeurent pas moins primordiaux dans l'approche de l'Union européenne contre le changement climatique. Certains auteurs émettent néanmoins des doutes et inquiétudes quant à l'avenir des biocarburants. Étant de base considérés comme un « remède miracle » aux problèmes de l'Union en terme de lutte contre le réchauffement climatique et d'indépendance énergétique, l'opinion public et politique a lentement basculé dans des considérations plus réservées voire négatives quant aux effets des biocarburants, néfastes pour l'environnement et dont les bénéfices sont considérés comme limités (voire nuls ou négatifs) quant à l'émission de gaz à effet de serre. Bien que la durabilité des biocarburants ait été régulée et révisée dans les directives 2009/28/CE et 2015/1513/UE, les doutes persistent quant à l'avenir des biocarburants, notamment au vu des ambitions mesurées affichées par le Conseil Européen et la Commission pour 2030.³³ Les différentes questions que nous aborderons dans ce mémoire seront également basées sur les questionnements qui persistent autour des biocarburants, à commencer par la mise en évidence de la cohérence juridique dans l'approche de l'Union européenne quant à la base légale à choisir pour l'adoption de droit dérivé spécialement destiné à promouvoir les énergies renouvelables.

²⁹ Confer chapitre 3.

³⁰ Confer Annexe I

³¹ S. ROMPPANEN, "Regulating better biofuels for the European Union", *European Energy and Environmental Law Review*, 2012, vol.21, pp. 124-125.

³² S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", *Publication of the University of Eastern Finland*, 2015, n°104, p.58.

³³ *Ibid.*, pp. 39-41; T. HOWES, "The EU's New Renewable Energy Directive (2009/28/EC)", in *The New Climate Policies of the European Union, Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Bruxelles, VUBpress, 2010, p. 140.

Chapitre 2 : La compétence légale de l'Union Européenne en matière énergétique.

Section 1 : Les bases légales et historiques de la politique énergétique de l'Union Européenne.

L'action de l'Union en matière d'énergie n'a pas attendu le traité de Lisbonne et l'établissement de l'article 194 TFUE pour pouvoir se développer. En respect du principe d'attribution, la compétence en matière d'énergie est partagée, en vertu de l'article 4, (2), (i) TFUE, ce qui signifie que l'action de l'Union Européenne en matière d'énergie est toujours soumise d'une part au principe de subsidiarité, établi à l'article 5, (1) et (3) TUE, en vertu duquel l'Union ne peut intervenir que si l'action des Etats membres en la matière ne peut être aussi efficace et concluante au vu des effets et de l'échelle de l'action de l'Union en la matière.

D'une autre part, le principe de proportionnalité s'applique également, prescrivant que l'action de l'Union ne peut aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de l'objectif qui est poursuivi dans le cadre de son action.³⁴ Les mécanismes et dynamismes qui se sont mis en place au sein de l'Union et au niveau de la relation avec les états membres en matière énergétique se sont historiquement basés sur des logiques de solidarité et de souveraineté des états membres : la CEEA et le traité EURATOM, promouvant de prime abord une politique énergétique européenne tendant à mettre en commun les ressources des états, ont été les premiers pas de l'UE dans le domaine. Mais très rapidement les membres de l'Union se sont « ré »-accaparés les rennes de la direction des politiques de l'énergie, avec toutefois une constante influence de l'Union au travers d'autres politiques et compétences, telles que la celles de l'environnement ou du droit de la concurrence. La tendance s'est cependant inversée vers le milieu des années 90, à un moment clé où l'Union a décidé de tenter la réintégration d'une dimension européenne pour le secteur de l'énergie³⁵, dans un contexte de libéralisation et de promotion d'un marché intérieur de l'énergie. L'équilibre de l'exercice de cette compétence affiche cependant encore un penchant pour les états membres, qui ont toujours rechigné à abandonner leur souveraineté dans cette matière au détriment d'un cadre européen bien établi, cohérent et complet. D'abord, l'action de l'Union dans le domaine est basée sur des compétences partagées (la politique de l'énergie mais aussi celle de l'environnement, indissociable de la première), ce qui laisse moins de marge de manœuvre à l'Union lorsque celle-ci cherche à harmoniser le marché. Ensuite, le contenu actuel de l'article 194 (2), al. 2 TFUE est assez restrictif quant aux prérogatives européennes, avec des limitations laissant aux états membres le libre choix de déterminer les conditions d'exploitation de leurs ressources naturelles, de sélectionner parmi les différentes sources d'énergies celles qu'ils décident d'adopter et d'organiser l'agencement général de leur approvisionnement énergétique au sein des marchés nationaux, sans préjudice de l'article 192

³⁴ H. KRÜGER, *o.c.*, pp. 29-30.

³⁵ F. MAHY, « L'Europe de l'énergie : de la concurrence à la solidarité ? », in *European dialogue between economists and lawyers*, Colloque organisé le 12 janvier 2016 par la Chaire European Electricity Markets (CEEM) à l'Université Paris Dauphine, pp. 5-6.

(2), c) TFUE qui réserve au Conseil, par procédure législative spéciale ou ordinaire³⁶, et à l'unanimité, d'arrêter des mesures affectant sensiblement le choix d'un état membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique. Troisièmement, en matière fiscale, les mesures prises par le Conseil doivent l'être à l'unanimité selon l'article 194 (3) TFUE. Enfin, en vertu de l'article 347 TFUE et de la déclaration 35 du TFUE, une prérogative spéciale existe pour les états membres, à savoir le droit de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer leur approvisionnement énergétique en cas de sérieux troubles internes, de sérieuse tension internationale ou de guerre, même si toute potentielle atteinte à la bien portance du marché intérieur se doit d'être prévenue autant que possible de manière collective par les Etats membres.³⁷

L'article 194 est destiné à être la base légale spéciale destinée à mener l'action de l'Union Européenne en matière d'énergie : le 1^{er} paragraphe insiste sur le rôle de cette politique sur le marché intérieur tout en soulignant également l'importance de prendre en compte l'environnement, avec 4 objectifs transversaux : assurer le fonctionnement du marché de l'énergie; assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union; promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables; et promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques.

Avant l'adoption de cet article, l'Union exerçait déjà sa compétence en matière d'énergie, se basant principalement sur trois articles : l'article 114 TFUE sur le rapprochement des législations lorsque l'objet de celles-ci est l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, l'article 170 TFUE concernant l'action de l'Union dans le cas des réseaux transeuropéens et les articles 191 et suivant TFUE, ceux qui déterminent la portée de l'action de l'Union en matière environnementale. Cette coexistence de bases légales pose certaines questions, voire quelques difficultés dans la mesure où le choix de base légale est de prime importance surtout dans ce domaine, alors même que l'équilibre des compétences des Etats et de l'Union n'est que naissant et parfois hésitant.

Ainsi, il peut être défendu que ces articles sont encore aujourd'hui susceptibles de fonder l'action de l'Union dans le domaine énergétique, malgré le statut de *lex specialis* de l'article 194 TFUE.

Par exemple, les articles 191 et suivants, introduits par l'acte unique en 1987, bénéficiaient jusqu'alors d'un champ d'application assez large, dû aux motifs initiaux de leur entrée en vigueur, avec une portée plus économique qu'environnementale dans un premier temps³⁸ mais fondant une base solide de l'action de l'Union en la matière.

³⁶ « Si le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social et du Comité des régions, peut rendre la procédure législative ordinaire applicable » : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, *J.O.U.E.*, 7 juin 2006, C 202, art. 192, 2, c), al.2.

³⁷ F. MAHY, o.c., pp. 30-31.

³⁸ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o.c., p.35.

Section 2 : Politiques de l'Environnement et de l'Energie : la relation entre les articles 192 et 194 TFUE et « les droits de l'énergie » des Etats membres.

§1^{er} : Le degré d'atteinte visé dans l'article 194 TFUE et dans l'article 192 (2). C) TFUE.

L'article 194 (2) TFUE constitue aujourd'hui, dans de nombreux cas, la *lex specialis* en terme de politique énergétique, mais contient deux éléments importants qui nécessitent un certain éclaircissement : « *Sans préjudice de l'application d'autres dispositions des traités, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs visés au paragraphe 1. Ces mesures sont adoptées après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions.*

Elles n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique, sans préjudice de l'article 192, paragraphe 2, point c).».

Premièrement, la première partie de la phrase démontre qu'aujourd'hui encore, il est techniquement possible de s'appuyer sur d'autres articles pour prendre des dispositions « *en lien* » avec la politique de l'énergie, alors même que concernant la promotion des énergies renouvelables, c'est l'article 192(1) TFUE qui a été traditionnellement la base légale utilisée par l'Union Européenne en matière de législation visant à promouvoir les énergies renouvelables : par exemple, d'aucun peut considérer que là où l'article 194 TFUE semble destiné par son verbe à promouvoir le penchant technologique des énergies renouvelables (tels que les standards de sécurité, mesures visant à rendre la technologie plus efficace,...), l'article 192 (1) TFUE semble encore indiqué pour le penchant concret, le déploiement de ces énergies.³⁹ . Le terme « *sans préjudice* » réaffirme d'une part qu'en vertu du principe d'attribution, les compétences non attribuées à l'UE restent dans le giron des états membres et que d'une autre part, les autres articles du traités poursuivant d'autres politiques et objectifs (dont ceux de l'environnement) continuent à s'appliquer indépendamment de cette disposition⁴⁰.

Le deuxième élément important à souligner du verbe de 194 (2) TFUE est l'exception prévue par le deuxième alinéa et déjà abordée dans la section précédente : l'article prévoit de laisser une sorte d'issue de secours pour les états membres puisque ceux-ci se voient attribuer des « *droits de l'énergie* », qui ne pourraient être cédés à l'UE que dans le cas prévu par l'article 192, (2), c) TFUE qui prévoit une procédure législative spéciale et surtout l'unanimité au sein du Conseil afin de pouvoir *de facto* agir en affectant les droits des états membres.⁴¹

Le choix entre ces différentes bases légales a de l'importance sur plusieurs points en ce qui concerne l'environnement mais aussi en ce qui concerne les conséquences globales du choix de base légale :

³⁹ DR. D. FOUQUET ET J.V. NYSTEN, "Potential areas of conflict of a harmonised RES support scheme with European Union Law", D3.1 Report, 2012, p. 12. En Ligne: www.res-policy-beyond2020.eu, consulté le 27 Juin 2018.

⁴⁰ T. SVEEN, "The interaction between Article 192 and 194 TFEU", in *EU Renewable Energy Law: Legal Challenges and New Perspectives*, Berlin, Veröffentlichungen des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht Berlin, 2015, p.164.

⁴¹ M. PEETERS, "Governing towards renewable energy in the EU: competences, instruments and procedures", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2014, n°1, pp. 39-43.

sur un premier point, il est nécessaire de s'attarder aux objectifs que promeuvent les articles 191 TFUE (disposition qui fonde l'action environnementale sur base de 192(1) TFUE, alors que la compétence en matière d'environnement est elle aussi partagée en vertu de l'article 4, (2), e) TFUE), et 194 TFUE : le premier stipule poursuivre un niveau de protection élevé sur le plan environnemental, là où l'article 194 (1) TFUE va de ces mots « *Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement....* ». Cette différence de formulation sera abordée dans la section suivante⁴².

Le deuxième point démontre que le paragraphe 2 de l'article 194 TFUE ne dit pas explicitement si l'Union serait en droit, une action législative étant mise en place le cas échéant, d'affecter les « *droits de l'énergie* » des Etats membres sans pour autant leur porter atteinte de manière significative, et d'utiliser à ces fins l'article 192 (1) TFUE, réservant à l'article 192 (2), C) TFUE le soin de légiférer dans le cas où « *les droits de l'énergie* » des Etats membres seraient sérieusement affectés.⁴³

Le tribunal de l'Union européenne a eu l'opportunité de se prononcer quant à la relation entre l'article 194 (2) et 192(2) TFUE dans l'affaire T-370/11 *Pologne c. Commission* du 7 mars 2013 : dans cette affaire, la Pologne contestait une décision de la Commission concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit dans le cadre de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, une décision qui aurait porté atteinte au droit d'un pays membre d'exploiter ses ressources énergétiques, de la structure de son approvisionnement énergétique et de son choix entre différentes sources d'énergie, comme il l'est énoncé dans l'article 194 (2) TFUE. En effet, la Pologne prétend que la Commission n'aurait pas tenu compte dans le cas d'espèce de la spécificité de chaque Etat membre en donnant un privilège au gaz naturel au détriment d'autres sources, telles que le charbon, grandement consommé en tant que combustible en Pologne.

Tout d'abord, le Tribunal remet très vite en contexte le corpus législatif qui fonde la décision de la Commission, qui vient en réalité mettre en œuvre la directive 2003/87/CE qui a été basée sur l'article 192 (1) TFUE et fait partie donc de la politique environnementale, et non énergétique.⁴⁴ Alors que la Pologne a rappelé à juste titre que l'appréciation de la légalité d'une décision doit être établie au regard de toutes les dispositions du traité, le Tribunal, bien que reconnaissant la portée de l'article 194(2) TFUE et celle de 192(2), c) TFUE, souligne que rien ne laisse penser dans la rédaction de l'article 194 (2) TFUE qu'il existerait une interdiction générale d'affecter les « *droits de l'énergie* » des Etats membres qui s'imposerait dans le domaine de l'environnement : en effet, le tribunal estime que d'une part, l'article 194 TFUE est une disposition générale valant dans le seul domaine de l'énergie et que d'autre part, le renvoi explicite à l'article 192 (2), C) TFUE démontre que la politique dans le domaine de l'environnement a la faculté d'affecter ces droits. Il s'ensuit que le droit visé ici par 194 (2) TFUE n'est pas applicable dans la mesure où la décision attaquée se base sur l'article 192 TFUE et promeut une mesure traduisant la politique environnementale de l'UE.⁴⁵ Le Tribunal conclut en disant que si la Pologne souhaitait contester la décision de la Commission quant à une potentielle violation

⁴³ M. PEETERS, o.c., pp. 42-44.

⁴⁴ Arrêt Pologne/ Commission, T-370/11, ECLI:EU:T:2013:113, point 13.

⁴⁵ *Ibid.*, point 17.

de 192 (2), C) TFUE, l'Etat membre aurait dû contester la directive 2009/29 qui se base sur l'article 192 (1) TFUE et qui a inséré l'article 10 bis dans la directive 2003/87.⁴⁶ Cette conclusion a également été avancée dans l'affaire *Alands Vindkraft AB* notamment dans l'opinion de l'avocat général Bot, ce dernier affirmant que les « droits de l'énergie » peuvent bel et bien être affectés par l'Union lorsqu'elle exerce sa compétence en matière d'environnement, avec comme exemple la directive 2009/28/CE, qui en fixant des objectifs de consommation d'énergie verte aux états membres, exerce sur ces derniers une influence sur leur choix de sources d'énergies.⁴⁷

L'arrêt *Pologne c. Commission* apporte certains éléments clarifiants, mais ne dit pas clairement si et dans quelle mesure l'article 192(1) TFUE peut interférer de manière non-significative avec les « *droits de l'énergie* » des Etats membres, et l'arrêt n'en dit pas plus quant au degré de sévérité de l'atteinte qui qualifierait alors l'article 192(2), C) TFUE comme la base légale de circonstance.⁴⁸ Cependant, certains éléments peuvent être avancés quant à l'approche à adopter vis-à-vis de l'article : la faible intervention jurisprudentielle laisse une marge d'appréciation assez grande pour les institutions de l'Union et donc aux états membres, ce qui précipite le sujet dans un environnement très politisé. Il a été affirmé que l'effet « significatif » peut ne toucher qu'un état membre, pas nécessairement plusieurs ou tous les états membres. L'effet doit également être cumulatif, selon certains auteurs, sur le choix entre les différentes sources d'énergie et la structure générale de l'approvisionnement énergétique, et seules les mesures affectant directement le champ de l'approvisionnement énergétique rentrent dans le champ *ratione materiae* de l'article. La compétence de 192(2), C) TFUE ne s'appliquera en réalité qu'aux mesures avec un effet « *déterminant* » sur le choix d'un état membre, et des critères tels que la durabilité de la mesure proposée et ses effets, l'objectif poursuivi et l'effet direct de ses effets doivent être évalués afin de déterminer si oui ou non l'usage de cet article est nécessaire.⁴⁹

§2 : L'analyse de l'article 194 (2) TFUE et son champ d'application.

Tout d'abord, il est nécessaire de souligner que contrairement à ce qui prévaut pour les articles 191 et 192 TFUE, l'utilisation de l'article 193 TFUE n'est pas de mise lorsque l'article 194 TFUE est utilisé : cet article 193 TFUE permet la mise en place par les états membres de mesures plus exigeantes et sévères que celles promues par l'Union dans un esprit « harmonisateur », et ce dans la poursuite d'une protection environnementale plus soutenue (sous certaines conditions⁵⁰). Même si l'article n'a par exemple pas été utilisé dans le cadre de la directive sur la promotion des énergies renouvelables (qui se base donc sur l'article 192 (1) TFUE), l'utilisation de l'article 194 TFUE proscriit complètement la possibilité d'apporter des modifications au corpus européen de manière à être plus ambitieux dans la poursuite de la protection de l'environnement.⁵¹

Ensuite, il faut comparer directement l'article 194 (2), alinéa 2 avec l'article 192 (2) C) TFUE : une première observation est qu'il n'y a pas explicitement de procédure prévue sur base de l'article 194

⁴⁶ *Ibid.*, points 18-20.

⁴⁷ Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous l'arrêt *Alands Vindkraft*, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:37, point 104.

⁴⁸ M. PEETERS, O.C., p. 45.

⁴⁹ DR. D. FOUQUET ET J.V. NYSTEN, o. c., pp. 14-15.

⁵⁰ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, J.O.U.E., 7 juin 2006, C 202, art. 193.

⁵¹ DR. D. FOUQUET ET J.V. NYSTEN, o. c., p.16.

(2) (2) TFUE si l'Union venait à affecter les « *droits de l'énergie* » des états membres, ce qui donne à penser à certains auteurs que l'article impose en réalité une limite absolue dans la compétence de l'UE, confiant ainsi aux états membres une exclusivité en la matière lorsque l'article 194 TFUE est utilisée comme base légale, laissant ainsi à l'UE l'article 192 (2), c) TFUE comme une solution d'échappatoire.⁵² Il est ainsi important de souligner que l'on se trouve dans un autre cas que celui qui a été analysé *supra* dans l'arrêt Pologne C. Commission : en effet, il y est fait usage de l'article 192 TFUE, pas de l'article 194 TFUE.

D'autres auteurs ont développé l'idée qu'en réalité, l'article 194 (2) TFUE établit une possibilité d'opt-out pour les états membres : en effet, selon cette logique, il n'est pas dans l'esprit de l'article d'accorder un droit de veto à un pays et ainsi bloquer la politique énergétique de l'Union alors qu'il semble que la seule manière de légiférer avec un effet significatif sur « les droits de l'énergie » d'un état membre serait la procédure spéciale et l'unanimité au sein du Conseil selon l'article 192 (2), c) TFUE.⁵³

Il est cependant de notre avis que ces acceptions ne sont pas en symbiose avec d'une part, la logique de l'article 194 TFUE ainsi que sa raison, et d'autre part avec la jurisprudence Pologne c. Commission.

En effet, le champ d'application de l'article 194 (2), al.2 TFUE doit être évalué au vu du champ d'application de 192 (2), C) TFUE même si les mots utilisés dans le premier semblent couvrir plus de cas que dans le second, pour éviter le risque de paralysie législative, un phénomène que ne veulent certainement pas ni la Commission ni les états membres qui, après tout, ont inséré précisément l'article 194 TFUE pour promouvoir une politique efficace, cohérente et englobante au sein de l'Union européenne sur le plan énergétique. L'interprétation de ce champ d'application se doit d'être restrictive et donc doit attribuer un certain seuil d'appréciation s'appliquant à la notion de « *ne pas affecter le droit* » des états membres. Cet argumentaire semble tout à fait logique au vu notamment de l'article 7 TFUE qui consacre le principe de cohérence mais aussi au vu de la jurisprudence Pologne C. Commission. Cette jurisprudence se verrait retirer tout effet utile dans le cas où les hypothèses émises par les auteurs cités *supra* s'avéraient fondées : en effet, comment justifier que l'article 194 (2), al.2 permet à l'article 192 (1) TFUE de « porter atteinte » de manière non significative aux « droits de l'énergie » des Etats membres, mais que cette possibilité n'existerait pas pour l'article 194 (2), al.1 TFUE? De notre avis, l'absence de procédure spécifique dans l'article portant sur des atteintes non significatives ne confirme en réalité que la portée politique de l'article, laissant les Etats membres déterminer entre eux ce qu'ils conçoivent comme étant une atteinte significative ou non.

Il faut donc conclure que l'article 194 (2), al.2 TFUE est d'application lorsque le droit des états membres est significativement affecté, indiquant de nouveau que les effets de cette atteinte doivent être ressentis et non pas sur le simple usage des sources d'énergie mais sur le droit de choisir entre différentes sources (lorsque le choix est totalement exclu ou lorsque le mix énergétique est imposé)⁵⁴ : mais cela est sans préjudice de la possibilité d'utiliser l'article 194 (2) TFUE, al. 1 même

⁵² *Ibid.*, pp. 16-17.

⁵³ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 17-18.

lorsque les « droits de l'énergie » des Etats membres sont en jeu, sans l'être pour autant significativement au sens entendu par les états membres.

Section 3 : La directive sur les énergies renouvelables et les bases légales utilisées.

§1^{er} : les éléments favorisant voire exigeant l'usage de l'article 194 TFUE.

La directive 2009/28/CE se base principalement sur deux bases juridiques : d'une part l'article 192 (1) TFUE et d'une autre part l'article 114 TFUE, constituant la base légale pour l'adoption des critères de durabilité concernant les biocarburants énumérés aux articles 17 à 19.

La directive ayant été adoptée avant le traité de Lisbonne et donc avant l'insertion de 194 TFUE, et dans un contexte où il était commun alors de légiférer en matière de promotion des énergies renouvelables sur base de l'article 192(1) TFUE, il est dans un premier temps intéressant de voir que cette directive apporte de sérieuses limitations dans les droits de l'énergie des états membres (ex. : la cible de 10 % d'énergies renouvelables dans le domaine des transports, les plans d'action nationaux devant déterminer les mesures que les états s'engagent à prendre pour atteindre leurs objectifs⁵⁵, la méthode de calcul pour déterminer la part d'énergies renouvelables dans chaque état membre⁵⁶, ou encore le modèle donné par la Commission pour les rapports, les procédures administratives, les mesures de soutien et de promotion et les campagnes d'informations, ainsi que les plans nationaux⁵⁷)⁵⁸.

Aussi est-il légitime de se demander si le législateur peut encore se baser sur l'article 192(1) TFUE et donc sur la compétence environnementale de l'UE et non sur la compétence de l'énergie en matière d'énergies renouvelables. En effet, comme les sections précédentes l'ont démontré, le flou existe par exemple quant à la question de la signification du terme « *sensiblement* » contenu dans 192(2), C) et sur lequel 194(2) TFUE doit en principe s'aligner. S'il se base sur cette disposition légale plutôt que sur l'article 192 (1) TFUE, cela pourrait engendrer une situation nébuleuse qui pourrait potentiellement poser des barrières dans l'action de l'UE en ce qui concerne la lutte contre le changement climatique. Or, on s'aperçoit qu'en 2012, lors de la proposition de directive visant à amender la directive sur les énergies renouvelables (RED), également appelée directive ILUC, le législateur se base sur les mêmes dispositions que celles de la RED (192 (1) et 114 TFUE) en fondant son action sur la protection de l'environnement, au vu de l'objectif primordial de lutter contre le réchauffement climatique.⁵⁹

⁵⁵ Directive 2009/28/CE, art.4.

⁵⁶ Directive 2009/28/CE, art.5.

⁵⁷ Décision 2009/548/CE de la Commission du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil [notifiée sous le numéro C(2009) 5174], *J.O.U.E.*, 15 juillet 2009, L182, pp. 33-62. .

⁵⁸ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., p. 37.

⁵⁹ Proposition de directive du parlement et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *C.O.M.*(2012) 595 final, point 3.2.

Dans un deuxième, dans les deux propositions de directive, il apparaît que l'objectif de lutter contre le changement climatique n'est pas le seul pour lequel l'UE légifère en matière d'énergies renouvelables : en effet, la problématique de la sécurité de l'approvisionnement et d'accès à l'énergie, et la possibilité de constituer une source d'emplois et de croissance économique font aussi partie des objectifs visés.⁶⁰

Cela nous amène à nous pencher sur les objectifs que poursuit l'article 194 TFUE, dans la mesure où certains des objectifs poursuivis par la RED rentrent clairement dans la politique énergétique au regard des objectifs transversaux apparaissant à l'article 194 (1) TFUE : le point a) « *assurer le fonctionnement du marché de l'énergie* » et le point b) « *assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union* ». Certains auteurs avancent même que les mesures visant à la réduction de gaz à effet de serre peuvent être considérées comme partie intégrante de la poursuite de l'UE d'une efficacité énergétique et d'économies d'énergie (objectifs affichés à l'article 194(1), c) TFUE)⁶¹.

Dans l'arrêt de la Cour de justice C-490/10 *Parlement c. Conseil* du 6 septembre 2012, la portée de l'article 194 (1) et (2) TFUE a été examinée, donnant certaines indications quant à l'approche à adopter au regard de cet article. Il s'agit d'une demande d'annulation du règlement (CE) n° 736/96 du Conseil du 22 avril 1996, concernant la communication à la Commission des projets d'investissement d'intérêt communautaire dans les secteurs du pétrole, du gaz naturel et de l'électricité faite par le parlement, estimant que les bases juridiques utilisées (337 TFUE et 187 EA) devaient changer suite à l'avènement du traité de Lisbonne, et ce au profit de l'article 194 (1) et (2) TFUE.

Le parlement estime en effet que le règlement vise principalement à contribuer à la réalisation des objectifs de la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie, particulièrement en matière de sécurité de l'approvisionnement énergétique :⁶² aussi le parlement estime que le choix de 194 TFUE serait plus indiqué dans la mesure où la collecte d'informations répond de manière spécifique aux finalités de la politique européenne énergétique.⁶³ Dans un premier temps, la Cour rappelle sa jurisprudence constante quant au choix de la base juridique : Le choix de la base juridique d'un acte de l'Union se fonde « *sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent la finalité et le contenu de cet acte, et non sur la base juridique retenue pour l'adoption d'autres actes de l'Union présentant, le cas échéant, des caractéristiques similaires. Par ailleurs, lorsqu'il existe, dans le traité, une disposition plus spécifique pouvant constituer la base juridique de l'acte en cause, celui-ci doit être fondé sur cette disposition.* »⁶⁴. La Cour précise que dès lors que deux fins sont poursuivies, la principale prend le pas sur l'accessoire puisque l'acte ne doit se fonder que sur une seule base juridique : cependant, si les plusieurs objectifs ou composantes sont liés indissociablement, sans rapport de hiérarchie entre les deux, les deux bases juridiques correspondantes sont à titre exceptionnelles celles à être utilisées.⁶⁵ La Cour précise que dès lors

⁶⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, C.O.M. (2008) 19 final, p.2, point 1.

⁶¹ M. PEETERS, o. c., pp.45-46.

⁶² Arrêt Parlement/Conseil de l'Union Européenne, C-490/10, ECLI:EU:C:2012:525, point 24.

⁶³ *Ibid.*, points 25 et 26.

⁶⁴ *Ibid.*, point 44.

⁶⁵ *Ibid.*, points 45 et 46.

que 2 fins sont poursuivies, la principale prend le pas sur l'accessoire puisque l'acte ne doit se fonder que sur une seule base juridique

Dans son analyse quant aux choix de base légale, la Cour insiste sur le fait que dès lors qu'est établi le caractère « nécessaire » d'une mesure au regard des objectifs poursuivis par la politique énergétique et affichés au paragraphe 1^{er} de l'article 194 TFUE, alors la mesure doit être basée sur l'article 194 (2) TFUE sous réserve d'autres dispositions en matière de politique de l'énergie telles que l'article 122 ou 170 TFUE. La cour nous dit alors qu'il est de mise d'analyser la finalité et le contenu d'un acte pour considérer si ce dernier est nécessaire pour atteindre les objectifs assignés spécifiquement à la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie par l'article 194 (1) TFUE⁶⁶.

Cela était établi dans le cas d'espèce, où le règlement attaqué portait non pas sur des informations à caractère général mais sur des données et informations précises relatives aux infrastructures énergétiques de l'Union, qui sont une exigence préalable à l'adoption par l'Union de toute mesure utile à remplir les objectifs du paragraphe 1^{er} de 194 TFUE, et qui contribue ainsi directement à la réalisation de ces objectifs. De plus, mention est faite dans le considérant 8 du règlement attaqué de ce caractère « nécessaire » dans ce cadre⁶⁷ : la mesure aurait donc dû être basée sur l'article 194(2) TFUE.

§2 : L'apparente prédominance de la politique environnementale dans la Directive 2009/28/CE.

Dans l'état actuel, les prescrits de la RED semblent démontrer une prédominance à l'égard de l'objectif environnemental par rapport aux objectifs propres à la politique énergétique, en insistant notamment sur l'importance d'assurer de la cohérence entre les objectifs de la directive avec ceux d'autres législations européennes à caractère environnemental⁶⁸. Il pourrait être soutenu que la jurisprudence de la Cour⁶⁹ va dans le sens de cette dite prédominance environnementale en matière de promotion d'énergies renouvelables et souligne, comme on a pu le voir dans *Pologne c. Commission*, la possibilité d'apporter des dérogations aux dispositions du traité en matière de politique énergétique.

Dans la section précédente, il a été relevé que dans le verbe des articles 192(1) et 194 (1) TFUE, la protection de l'environnement semble plus « insistante » dans la première disposition : malgré les principes d'intégration⁷⁰ et l'article 37 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui prescrivent l'obligation d'intégrer dans les politiques de l'Union un degré élevé de protection de l'environnement, et malgré l'argument avancé par Johnston et Van der Marel « *que la protection de l'environnement constituant un des deux objectifs de l'article 194 TFUE avec le fonctionnement du marché intérieur, une mesure dérogeant à l'article 194 TFUE ne poursuivant pas un degré élevé de protection environnemental est contraire aux deux objectifs de l'article 194 TFUE* »⁷¹, la réalité politique pousse certains auteurs à avancer que l'article 192 (1) TFUE reste la base légale idéale pour

⁶⁶ *Ibid.*, points 64 -68.

⁶⁷ *Ibid.*, points 69-74.

⁶⁸ Directive 2009/28/CE, considérant 44.

⁶⁹ Arrêt *Alands Vindkraft*, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.; Arrêts *Essent Belgium*, C-204 & 208/12, ECLI:EU:C:2014:2192.

⁷⁰ TFUE, art. 11.

⁷¹ A. JOHNSTON ET E. VAN DER MAREL, "Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in particular the Meaning of Article 194 (2) TFEU", *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 189.

poursuivre de réelles ambitions au regard de la promotion des énergies renouvelables dans une contribution ambitieuse de l'Union Européenne dans l'action contre le réchauffement climatique.

En soulignant le dynamisme européen insufflé à la politique environnementale depuis le début de son insertion au sein du traité en particulier en relation avec la lutte contre le changement climatique, avec notamment un rapport particulier quant à certains principes tels que le principe du « pollueur-payeur » ou du principe de rectification à la source, la protection environnementale qui serait alors poursuivie par le législateur serait plus efficace et englobante si ce dernier n'avait pas à appliquer directement les dispositions en matière d'énergie tant que celles-ci n'interagissent que de manière incidente.⁷²

Or, comme nous allons le voir dans le paragraphe suivant, l'état des lieux en la matière, pour le moins en ce qui concerne le régime de durabilité de la directive 2009/28/CE, nous démontre que les développements de ce paragraphe ne sont pas suivis par l'Union.

§3 : L'article 114 TFUE, 192 TFUE et 194 TFUE : le marché intérieur et la promotion des énergies renouvelables.

Il est d'abord essentiel de rappeler que, là où l'essentiel des dispositions de la directive sur la promotion des énergies renouvelables ont pour appui l'article 192 (1) TFUE, c'est l'article 114 TFUE qui a été utilisé en tant que base légale fondant l'établissement des critères de durabilités pour les biocarburants établis aux articles 17 à 19 de la directive 2009/28.

Cet article 114 TFUE est destiné à être la base légale pour « *des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* »⁷³. Même si ces 2 dispositions n'ont pas été mises en œuvre dans le cadre des critères de durabilité pour les biocarburants, le paragraphe 5 et le paragraphe 10 de l'article permettent aux états membres d'apporter des modifications aux mesures d'harmonisation promues par l'UE, sous des conditions strictes : les états membres pourraient s'exécuter à « rompre » l'harmonisation européenne, d'une part sur base de nouvelles preuves scientifiques relatives à la protection de l'environnement établies après la mesure d'harmonisation⁷⁴, et d'une autre par le biais d'une clause de sauvegarde qui autoriserait pour une ou plusieurs raisons non économiques visées à l'article 36 TFUE (les mesures devant alors être provisoires et soumises à une procédure de contrôle de l'Union) parmi lesquelles figurent notamment la notion de sécurité publique⁷⁵, dans laquelle rentre la sécurité d'approvisionnement énergétique⁷⁶. L'article 193 TFUE n'est cependant pas applicable dans les cas où 114 TFUE est la base légale choisie.⁷⁷ Les propositions de la Commission qui se basent sur cet article doivent prendre pour base un haut niveau de protection notamment de l'environnement, en tenant compte de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques.⁷⁸

⁷² T. SVEEN, o. c., pp.165-168.

⁷³ TFUE, art. 114 (1).

⁷⁴ J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2015, pp.178-179 ; TFUE, art.114 (5).

⁷⁵ TFUE, art. 114 (10).

⁷⁶ Arrêt *Campus Oil Ltd*, C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256, points 33 à 36.

⁷⁷ M. PEETERS, o. c., p. 46.

⁷⁸ TFUE, art. 114, (3).

Certains auteurs ont avancé que l'usage de l'article 192 (1) TFUE n'aurait pas été à exclure en ce qui concerne les critères de durabilité, au vu notamment du fait qu'il poursuit l'objectif premier des critères de durabilité (à savoir la lutte contre le réchauffement climatique qui fait partie des objectifs poursuivis par la politique de l'environnement et qui apparaît dans l'article 191 TFUE) que l'article 192 (1).⁷⁹

Cependant, en se penchant sur les travaux préparatoires, et en se basant sur l'expertise de certains acteurs qui ont pu intervenir dans le cadre de ce mémoire⁸⁰, il apparaît que la logique poursuivie par ces critères de durabilité est bien plus complexe que ce qu'elle n'y paraît, et illustre parfaitement une des raisons majeures, voire la raison majeure pour laquelle ces critères ont en réalité été rédigés. Au sein de la proposition de la directive 2009/28/CE, plusieurs éléments nous éclairent sur les réelles intentions prises en compte par la Commission.

Dans un passage justifiant le choix de l'article 114 TFUE pour l'établissement des critères de durabilité, on peut ainsi constater que « *Si l'un des objectifs des critères de viabilité proprement dits est manifestement la protection de l'environnement, la directive empêche par ailleurs les États membres d'adopter des mesures qui entraveraient les échanges de biocarburants ou de matières premières*⁸¹ ». Le choix de la terminologie est assez surprenante au vu de la suite de l'affirmation donnée par la Commission : « *La directive vise par conséquent une harmonisation totale des critères de viabilité des biocarburants, afin qu'aucun critère adopté individuellement par les États membres ne puisse constituer un obstacle aux échanges entre ces derniers. Pour cet élément de la directive, le marché intérieur est donc considéré comme l'objectif principal*⁸² ». Cette tendance étant confirmée dans plusieurs autres extraits de la proposition⁸³, il nous semble que le « par ailleurs » du premier extrait aurait probablement dû être remplacé par un « cependant » qui s'illustre dans la suite de la phrase de la Commission : ainsi, comme la logique de l'article 114 TFUE le prescrit, le marché intérieur passerait « avant » la protection de l'environnement, ou du moins devant la nécessité que certains États membres pourraient établir d'agir de manière plus ambitieuse en la matière. Il nous apparaît donc que cette logique adoptée par la Commission exclut la possibilité que l'article 192 (1) TFUE puisse fonder la base légale de sa rédaction de critères de durabilité dans le futur.

Aussi, en ce qui concerne les activités futures de l'UE en matière non seulement de promotion d'énergies renouvelables mais aussi de manière plus générale de régime de durabilité établi dans ce cadre précis, il semble que l'article 194 (2) TFUE est tout indiqué en la matière comme future base légale.

Tout d'abord parce que l'action de l'Union sur base de l'article s'inscrit « *dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur*⁸⁴ », ce qui fait de cet article la *lex specialis* pour ce qui concerne l'harmonisation du marché intérieur, qui s'inscrit qui plus est dans une logique

⁷⁹ *Ibid.*, pp.47-48.

⁸⁰ *Confer* Annexe I

⁸¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, C.O.M. (2008) 19 final, p.10.

⁸² *Ibid.*, p.10.

⁸³ *Ibid.*, considérant 36 et 55.

⁸⁴ TFUE, art.194 (1).

similaire à celle sous-tendant l'adoption des critères de durabilité et évoquée *supra*, logique renforcée aussi par l'impossibilité de se prévaloir de l'article 193 TFUE.

Ensuite, même si l'article 194 TFUE n'exprime pas une relation de hiérarchie par rapport à d'autres dispositions du traité (« *Sans préjudice de l'application d'autres dispositions des traités* »), l'article 114 TFUE présente lui bel et bien une nature subsidiaire (« *Sauf si les traités en disposent autrement* »), allant ainsi également dans le sens de la logique du principe de *lex specialis*, rendant l'article 114 TFUE « inutilisable » en matière d'énergie.⁸⁵ Enfin, l'introduction de l'article 194 TFUE, comme il l'a été souligné précédemment, a été voulue précisément afin de pouvoir assurer une certaine cohérence en matière de politique d'énergie, et l'article 114 TFUE, notamment au vu des incertitudes et de la « sécurité » pour les états membres que promet 194 (2) TFUE, ne peut en aucun cas servir à contourner ce qui a été mis en place.⁸⁶

Section 4 : Le choix de la Commission : en route vers la cohérence sur la base légale.

Il semble que le flou s'est quelque peu résorbé quant à la question du choix de base légale, avec l'avènement de la proposition actuelle de directive « RED 2 » qui structurera l'action de l'UE en la matière pour les objectifs de 2030 et qui repose sur l'article 194 (2) TFUE, un changement radical d'approche orchestré par la Commission mais qui démontre une certaine cohérence, dans la mesure où l'article 194 TFUE a été précisément adopté pour poursuivre une politique de l'énergie cohérente : la question de savoir si ce choix est judicieux quant au degré d'ambition est une considération politique qui doit rester à l'appréciation du législateur. Mais ce changement d'approche est sans doute déterminant quant à la détermination de la base légale pour l'avenir.

Aussi est-il intéressant de s'attarder aux premiers mots qu'utilise le législateur dans la proposition : « *Les sources d'énergie renouvelables (SER) contribuent à l'atténuation du changement climatique en réduisant les émissions de gaz à effet de serre, permettent la durabilité, protègent l'environnement et améliorent la santé de la population. En outre, elles deviennent également un moteur de croissance économique inclusive en créant des emplois et en renforçant la sécurité énergétique dans toute l'Europe.*

Ces aspects sont consacrés à l'article 194 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui confère à l'Union les compétences relatives à la promotion des énergies renouvelables. »⁸⁷. La Commission semble affirmer que tous les aspects qu'elle énumère sont consacrés à l'article 194 TFUE, mais de facto, la première phrase énumère des éléments qui s'identifient aux objectifs qui sont en réalité promus par l'article 191 (1) TFUE, soit l'article fondant l'action de l'Union en matière d'environnement sur base de 192(1) TFUE.

Cela signifie-t-il que la Commission considère les objectifs de la deuxième phrase, à savoir ceux énumérés explicitement dans l'article 194 (1) TFUE, comme prédominants par rapport aux objectifs

⁸⁵ DR. D. FOUQUET ET J.V. NYSTEN, o. c., pp. 7-8.

⁸⁶ *Ibid.*, p.10.

⁸⁷ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), C.O.M. (2016) 767 final.p.1.

environnementaux, ou cela signifie-t-il que le Commission considère implicitement que l'obligation de « *tenir compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement* » contenue dans l'article 194 (1) TFUE intègre par là même les objectifs en terme environnemental dans l'article ? Après une explication de l'action de l'Union, la Commission énumère les objectifs en réalité poursuivis : « *Les mesures incluses dans la proposition visent donc à remédier, de manière proportionnée, aux entraves existantes qui empêchent le déploiement des énergies renouvelables, à savoir les incertitudes des investisseurs, les obstacles administratifs, la nécessité d'améliorer le rapport coût-efficacité de ce déploiement, le besoin d'actualisation du cadre de politique publique et le risque de perte de l'adhésion du citoyen dans la transition vers 2030.*⁸⁸ ». Ces objectifs peuvent se rapporter à l'article 194(1), a) TFUE, à savoir l'objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché de l'énergie de l'Union.

L'article 194 TFUE semble donc être une orientation toute indiquée au vu des développements précédents quant au choix de base légale de la Commission dans la poursuite de son action sur le plan des énergies renouvelables. Elle est à envisager d'une manière complète et cohérente et donc nécessite entre autre une simplification au niveau procédural, des éléments qui se rattachent à la *ratio legis* de l'article 194 TFUE. Il est intéressant aussi de voir que l'article 114 TFUE n'est plus utilisé, un signe qui va dans le sens de l'analyse émise dans la section précédente : ainsi, la logique sous-tendant l'adoption des critères de durabilité reste la même, avec pour point d'appui la poursuite du bon fonctionnement du marché intérieur

Dans tous les cas, il est difficile de faire une comparaison en ce qui concerne l'éventuel parallélisme à faire entre les objectifs poursuivis avec ceux des 2 précédentes directives, dans la mesure où d'une part, la directive 2009/28/CE est préexistante à l'article 194 TFUE et d'autre part dans la mesure où les objectifs de la directive ILUC 2015/1513 sont principalement environnementaux, avec comme leitmotiv la tâche primordiale de réguler les conséquences entraînées par les changements d'affectation des sols.⁸⁹

Il est donc probable au vu de ces observations que l'article 194 (2) TFUE sera dans le futur la base légale de l'action de l'Union en matière énergétique, mais également en ce qui concerne la promotion des énergies renouvelables, avec le lot d'incertitudes que cela risque peut-être d'amener, et que la Cour de Justice sera éventuellement appelée à régler dans sa jurisprudence.

⁸⁸ *Ibid.*, p.5.

⁸⁹ Proposition de directive du parlement et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, C.O.M.(2012) 595 final, p. 1.

Partie II : Les prescriptions des directives 2009/28/CE et 2015/1513/UE et leur mise en œuvre.

Introduction au vu des conclusions tirées de la Partie I :

Comme nous l'avons vu, la relation entre Environnement et Energie, au sein de l'UE, est particulièrement complexe lorsqu'une mise en évidence des interconnexions entre les différentes bases légales survient.

L'article 114 TFUE et la justification de son usage exposée *supra*, couplée aux explications portant sur les enjeux et intérêts qui portent sur le choix entre l'article 192 et l'article 194 (2) TFUE démontre ainsi que les préoccupations environnementales sont réelles, et même imposées par le droit européen.

Cependant, l'harmonisation du marché intérieur, le rêve sacré des pères de l'Europe et de leurs successeurs, s'est immiscée dans ce schéma complexe, nous démontrant même que cette considération doit être impérativement prise en compte dans l'établissement mais aussi la mise en œuvre des critères de durabilité.

Dans cette partie II, nous nous pencherons donc sur ces critères et leur mode d'implémentation.

Chapitre 3 : La durabilité des biocarburants dans le corpus législatif européen.

Section 1 : Les critères de durabilité de la directive 2009/28/EC.

La directive 2009/28/CE entérine dans le droit secondaire européen les engagements de l'Union concernant la cible des 20 % de part d'énergies renouvelables dans la consommation finale énergétique de l'Union, et surtout la part de 10 % d'énergies renouvelables que chaque état membre doit inclure dans sa consommation finale d'énergie dans le secteur des transports, en son article 3 (4) : il s'agit bien d'une obligation qui s'impose aux états, et non pas une simple prescription indicative. Cette cible, bien que destinée à la base à être remplie grâce aux seuls biocarburants dans les travaux préparatoires de la Commission⁹⁰ englobe au final tous les types d'énergies renouvelables⁹¹, telle que l'électricité, même s'il est pressenti que cet objectif pour 2020 sera avant tout rempli par l'usage des biocarburants.⁹²

Le champ d'application matériel référentiel, c'est-à-dire les moyens de transports comptés dans le dénominateur de référence pour calculer le taux, se limite aux transports ferroviaires et aux transports routiers⁹³, alors que tous les types de transports peuvent être pris en compte dans le calcul du numérateur, ce qui constitue un incitant pour le développement de moyen de locomotion marchant à

⁹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, C.O.M. (2008) 19 final, p.8.

⁹¹ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., p. 40.

⁹² *Ibid.*, p.44.

⁹³ Directive 2009/28/EC, art.3 (4), a).

l'énergie renouvelable dans d'autres secteurs des transports, tel que celui de l'aviation.⁹⁴ Cette cible de 10 % (qui est donc contraignante pour les Etats membres) est le point central qui a dirigé la promotion des biocarburants par l'UE au cours de ces dernières années, et ce sera le cas au moins jusqu'au 31 décembre 2020.

C'est dans ce contexte qu'interviennent les critères de durabilité : alors que la directive établit de manière un peu floue que la production des biocarburants « *devrait être durable* »⁹⁵, l'avènement des articles 17 à 19 conditionne la poursuite de cet objectif puisque que seuls les biocarburants respectant les critères de durabilité établis par la directive seront éligibles dans la comptabilisation des différentes sources renouvelables pour le numérateur commun⁹⁶. D'aucun regrette que la directive ne rende pas obligatoire que tous les biocarburants sur le marché de l'Union remplissent ces critères de durabilité, créant ainsi un potentiel risque de marché parallèle de biocarburants non durables, mais le fait, que seuls les biocarburants considérés comme « *durables* » par la Commission soient en plus pris en compte pour la conformité aux autres obligations de la directive (telle que l'objectif de 20% d'énergie renouvelable) et surtout soient admissibles pour l'allocation d'une aide financière provenant de subsides ou autres aides d'état⁹⁷, réduit drastiquement le risque d'apparition d'un tel marché parallèle⁹⁸.

De plus, les critères s'appliquent non seulement aux biocarburants produits dans l'UE mais aussi à ceux importés dans le marché intérieur, ce qui est théoriquement une mesure tendant à s'assurer d'un traitement égal des producteurs ainsi que d'une assurance que des mesures visant au développement durable de la planète sont prises dans le cadre des relations extérieures de l'Union, comme l'imposent en principe les article 3 et 21, d) et f) du TUE . La cible des 10 %, destinée à promouvoir une durabilité dans le secteur de l'énergie, vise aussi à donner des incitants pour les investisseurs qui ont besoin d'un marché stable et de créer un environnement propice aux progrès technologiques⁹⁹, s'inscrivant ainsi logiquement dans les préceptes guidant la stratégie énergétique pour l'horizon 2020.

L'article 17 reflète dans sa structure l'approche classique adoptée dans l'appréciation de la durabilité des biocarburants, qui ne peut être identifiée au concept « *générique* »¹⁰⁰ ou large de durabilité dans le sens où la directive 2009/28/CE ne porte de manière directe que sur un aspect de ce que l'on entend par « *durabilité* » au sens large¹⁰¹ : en effet, il y a deux types de critères établis par la directive, ceux qui sont directement « *liés à l'émission de carbone* » et ceux qui sont basés sur les effets liés à

⁹⁴ Directive 2009/28/EC, art.3 (4), b).

⁹⁵ Directive 2009/28/CE, cons. 65.

⁹⁶ Directive 2009/28/CE, art. 17 (1).

⁹⁷ Directive 2009/28/CE, art. 17 (1), a), b) et c).

⁹⁸ M. JANSSON, H. KALIMO, "On a Common Road towards Sustainable Biofuels - EU and U.S. Approaches to Regulating Biofuels", *Pitt. J. Envtl. Pub. Healt Law*, 2014, vol. 8, pp. 113-115; S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., p.40.

⁹⁹ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., pp.41-42.

¹⁰⁰ Ce concept reposant sur un développement économique, social et environnemental, même si le concept de durabilité des biocarburants en droit international est relatif, confer M.-E. Rancourt, « Promoting Sustainable Biofuels under the WTO Legal Regime », *McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y*, 2009, n°5, pp. 79-85.

¹⁰¹ A. J. K. POLS, « The rationality of biofuel certification: a critical examination of EU biofuel policy », *J. Agric. Environ. Ethics*, 2015, n°28, pp. 672-673.

l'utilisation des sols¹⁰², des critères qui sont environnementaux. Ainsi l'un des premiers impératifs à suivre concerne le gain net en réduction d'émissions de gaz à effet de serre, qui s'élevait à 35 % en 2009 (sauf pour les installations établies avant le 23 janvier 2008, pour lesquelles la date du 1^{er} avril 2013 s'appliquait), devait être de 50 % pour le 1^{er} janvier 2017 et de 60 % pour le 1^{er} janvier 2018 en ce qui concernait les installations dans lesquelles la production a démarré le 1^{er} janvier 2017 ou postérieurement.¹⁰³ La suite de l'article liste une série de terres qui ne peuvent pas, ou sous certaines conditions seulement, être les havres de culture des matières premières destinées à la fabrication des biocarburants, sans quoi ces derniers ne seraient pas durables au sens de la directive 2009/28/CE.

L'article 17, (3) de la directive 2009/28/CE proscriit la production de biocarburants à partir de terres de grande valeur en termes de biodiversité biologique, c'est-à-dire les forêts primaires et autres surfaces boisées primaires¹⁰⁴, les zones affectées à la protection de la nature ou la protection des espèces rares, menacées ou en voie de disparition, sauf s'il est prouvé que la production des biocarburants ne compromet pas ces objectifs de protection de la nature¹⁰⁵ ainsi que les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité¹⁰⁶. L'article 17 (4) établit que les biocarburants durables ne peuvent être produits à partir de matières premières provenant de terrains présentant un important stock de carbone, tels que les zones humides¹⁰⁷, les zones forestières continues¹⁰⁸ et des zones de plus d'un hectare de peuplement d'arbres.¹⁰⁹ Enfin, l'article 17 (5) protège les tourbières, qui ne peuvent être la source de matières premières pour les biocarburants durables excepté dans le cas où il aurait été prouvé que la culture et la récolte de ces matières premières n'impliquent pas le drainage des sols auparavant non drainés. Les valeurs de bases pour établir le statut des terres est celui qui prévalait pour janvier 2008 : ainsi, toute terre qui avait un des statuts précités au mois de janvier 2008 rentre dans le champ d'application des articles, même si elle a été ultérieurement sujette à une modification ou si elle a entre-temps perdu ce statut.¹¹⁰

L'article 17 (6) de la directive prescrit également que les matières premières agricoles cultivées dans l'UE le sont dans le respect de l'application des normes prévues par l'annexe II, partie A et point 9 du règlement 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, et conformément aux exigences minimales pour le maintien de bonnes conditions agricoles et environnementales au sens de l'article 6 du règlement en question. L'article 17 (8) quant à lui réaffirme ce qui a été dit précédemment concernant la base légale, l'article 114 TFUE, sur laquelle s'appuient les articles 17 à 19 de la directive: il n'est pas loisible aux états membres de refuser de prendre en considération des biocarburants ou bioliquides pour leur manque de conformité à des

¹⁰² E. PAVLOVSKAIA, " Legal Analysis of the European Union Sustainability Criteria for Biofuels", *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2014, n° 4, p.7.

¹⁰³ Directive 2009/28/CE, art. 17 (2), al. 1er, 2 et 4.

¹⁰⁴ Directive 2009/28/CE, art. 17 (3), a).

¹⁰⁵ Directive 2009/28/CE, art. 17 (3), b).

¹⁰⁶ Directive 2009/28/CE, art. 17 (3), c).

¹⁰⁷ Directive 2009/28/CE, art. 17 (4), a).

¹⁰⁸ Directive 2009/28/CE, art. 17 (4), b).

¹⁰⁹ Directive 2009/28/CE, art. 17 (4), c).

¹¹⁰ M. JANSSON, H. KALIMO, *o. c.*, p.115.

critères de durabilité supplémentaires, ou de considérer des biocarburants comme durables lorsque seulement une part des critères de durabilité est remplie.

Enfin, un élément est à souligner dans cet article 17 : la présence des biocarburants « avancés » ou de seconde/troisième génération : en contradiction avec les biocarburants de première génération dont la production repose sur des matières premières destinées à la culture « alimentaire » (canne à sucre, huile de palme, colza, soja, fibreux), les biocarburants avancés comptent des matières premières considérées comme plus efficaces sur le plan des réductions d'émissions de gaz à effet de serre et de manière plus générale plus respectueuses de l'environnement notamment en ce qui concerne les problématiques de changement d'affectation des sols. Aussi ces biocarburants avancés réalisés à partir de déchets et de résidus, lorsque ces derniers ne sont pas issus de l'agriculture, de l'aquaculture, de la sylviculture et de la pêche doivent seulement remplir les obligations en termes de réduction d'émission de gaz à effet de serre,¹¹¹ et bénéficient d'un traitement spécial en ce qui concerne la contribution à l'objectif des 10% fixées dans l'article 3, et dont les particularités sont un peu plus développées dans la communication (2010) C160/02¹¹².

Ce traitement s'explique par le fait que l'Union européenne souhaite tabler sur les biocarburants avancés dans les années à venir, pour progressivement stabiliser la hausse de production des biocarburants de première génération : cette promotion de biocarburants avancés occupe une place encore plus importante dans la directive 2015/1513 comme nous le verrons *infra* et probablement sera une des préoccupations prépondérantes pour la refonte de la directive sur la promotion des énergies renouvelables à l'horizon 2030. Bien que nous ne nous pencherons pas d'avantage sur la question dans le chapitre consacré à la mise en œuvre des critères de durabilité, il est souhaitable de noter que la structure législative destinée à réguler les biocarburants avancés est assez restreinte, ainsi que la mise en œuvre et le contrôle de l'application des critères de durabilité sur ces derniers¹¹³.

Avant la Directive ILUC, le secteur déplorait un vide complet quant aux définitions s'appliquant aux mots « résidus » et « déchets »¹¹⁴ : ce vide juridique, bien qu'ayant pu recevoir une réponse via les interprétations données par la Commission dans ses communications postérieures, a été finalement réglé par l'avènement des définitions de « *déchets* » (qui se rattache à celle donnée par la directive 2008/98/CE du parlement européen et du conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets, dans une logique de respect du principe de cohérence de l'article 7 TFUE), « *résidu de transformation* » ou encore « *résidu de l'agriculture, de l'aquaculture, de la pêche et de la sylviculture* »¹¹⁵, dont sont exclus « ... les résidus issus d'industries connexes ou de la transformation. »¹¹⁶.

¹¹¹ Directive 2009/28/CE, art. 17 (1), al. 2.

¹¹² Communication de la Commission 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, J.O.U.E, du 19 juin 2010, C160, pp. 13-15.

¹¹³ P. MARTIN ET E. LE GAL, « Unpacking the complexities of Biofuel policy », in *The law and policy of biofuels*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 325-326; Rapport spécial de la cour des comptes Européennes sur le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne, office des publications de l'Union européenne, 2016, p.24-25.

¹¹⁴ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., p. 52 et s. .

¹¹⁵ Directive 2015/1513/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de

Le deuxième problème est celui lié au champ d'application des critères de durabilité : les biocarburants et bioliquides¹¹⁷ seuls sont comptés dans le champ d'application de l'article 17 de la directive, au contraire de la biomasse, définie à l'article 2, e). Là où certains auteurs estiment que cet « oubli » est dû au fait qu'il n'y a aucun risque lié à l'usage de terres dans le cadre de la production de ces biocarburants¹¹⁸, d'autres soulignent qu'il apparaît que les déchets et résidus issus de la biomasse solide pourraient être transformés en biocarburants avancés, alors même que le mode de production de la matière première ayant été leur source n'est pas nécessairement durable et que malgré tout, cette source étant potentiellement comptabilisée dans la cible des 20 % d'énergies renouvelables par son utilisation dans le secteur du chauffage, du refroidissement ou de la production d'électricité.¹¹⁹

Il aurait pu être avancé qu'au nom de l'esprit de la directive, et au vu du *caveat* précisant que les critères sont applicables aux déchets et résidus issus de l'agriculture, aquaculture, sylviculture et pêche, les déchets issus de la biomasse solide destinés à produire de l'énergie soient également inclus, sans quoi ils n'auraient pu être comptabilisés dans la cible de 10% poursuivie par l'article 3 de la directive 2009/28/CE.

Il est à la fois explicable et regrettable de constater ces manquements légaux : c'est d'une part, un choix politique qui s'explique par le fait que, comme il l'a été souligné *supra*, la Commission et l'Union en général misent beaucoup sur la promotion des biocarburants avancés dans sa poursuite pour un secteur des transports vert et durable pour les années à venir, affranchi des critiques qui ont pu émaner de différents milieux concernant les impacts néfastes qu'avait la promotion des biocarburants sur l'environnement et l'effet mitigé de ces derniers en terme de réductions d'émissions de gaz à effet de serre. Imposer le moins « d'obstacles » possibles dans cette promotion est donc la stratégie choisie par la Commission.

D'une autre part, il se fait ressentir le besoin d'une intervention en la matière, car ce manquement n'est pas en symbiose avec les objectifs poursuivis par la directive et avec son considérant 65, par exemple. Aussi ce domaine risque d'être régulé dans le futur, alors que la Commission a émis le souhait de s'attaquer à la durabilité de la biomasse solide pour l'horizon 2030¹²⁰, alors qu'elle avait auparavant émis une proposition de directive destinée spécifiquement à cette tâche. Ce sera probablement dans la refonte de la directive pour la promotion des énergies renouvelables que le changement surviendra, alors que la proposition de 2016 semble comprendre des dispositions visant à régler la question.¹²¹

l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *J.O.U.E.*, 15 septembre 2015, L239, pp. 1-29, art.2, 1), « p) », « t) » et « v) ».

¹¹⁶ Directive 2015/1513/UE, art.2, 1), « v) ».

¹¹⁷ Directive 2009/28/CE, art. 2, i).

¹¹⁸ E. PAVLOVSKAIA, "Legal Analysis of the European Union Sustainability Criteria for Biofuels", o. c., p.8.

¹¹⁹ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o. c., p.53.

¹²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, UN cadre d'action en matière de climat et d'énergie pour la période comprise entre 2020 et 2030, *C.O.M.* (2014) 15 final.

¹²¹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), *C.O.M.* (2016) 767 final, p.105.

Il est également important de souligner que dans le cadre des calculs à réaliser par les états membres destinés à démontrer le respect de leur engagement concernant la « *target* » pour l'horizon 2020 figurant à l'article 3, 4) de la directive concernant la part d'énergies renouvelables dans le secteur des transports, la contribution des biocarburants réalisés à partir de déchets, résidus, de matières cellulosiques d'origine non alimentaire et de matières ligno-cellulosiques est considérée comme étant 2 fois supérieure à celle des autres biocarburants.¹²²

La méthode de calcul concernant la contribution des biocarburants à la cible des 10 % contenue dans l'article 3 (4) de la directive est fondée sur l'article 19 de la directive, ce dernier s'appuyant également sur l'annexe V. Quant à ce qui concerne les critères de durabilité, une procédure de vérification est prévue à l'article 18 de la directive. La mise en œuvre de la vérification des critères de durabilité sera examinée dans le prochain chapitre.

Section 2 : Le changement indirect d'affectation des sols et la directive 2015/1513/UE.

§1^{er} Le changement indirect d'affectation des sols : la source de la directive 2015/1513/UE.

Presque « laissé pour compte » par les mesures prises par l'Union Européenne dans la directive 2009/28/EC, le changement indirect d'affectation des sols (CIAS, ou ILUC pour l'anglais « *Indirect land-use change* ») constitue la grande problématique de tous les modèles législatifs visant à réguler les biocarburants, et il a été directement identifié par la Commission et les Etats membres comme étant un sérieux risque pour la durabilité des biocarburants¹²³. Ainsi la Commission était contrainte de créer une méthodologie concrète pour réguler et atténuer le problème causé par ce phénomène et faire un rapport contenant les informations nécessaires afin de s'assurer que la production des biocarburants respecte bien les obligations en terme de réduction d'émissions de gaz à effet de serre¹²⁴, une obligation imposée par l'article 19 (6) de la directive sur la promotion des énergies renouvelables ainsi que par l'article 7, d) de la directive sur la qualité des carburants.

De ce rapport a émané une proposition de directive en 2012, accompagnée d'une analyse d'impact. Il peut être intéressant de se pencher sur une évaluation de cette analyse d'impact¹²⁵ sur les CIAS, prémisses de la proposition de la Commission ayant donné naissance à la directive 2015/1513. La Commission souligne que l'intérêt de réaliser cette analyse d'impact repose d'une part sur le fait que 2 facteurs sont susceptibles de rendre les CIAS problématique, d'une part par le fait d'une demande élevée de cultures suite à une utilisation plus poussée de biocarburants, associée à une mauvaise gestion de l'utilisation des sols riches en carbone et d'une autre part par le néant sur le plan des règles de comptabilisation et des cibles de réduction des émissions dues aux CIAS au niveau

¹²² Directive 2009/28/CE, art. 21, (2).

¹²³ Directive 2009/28/CE, considérant 85.

¹²⁴ S. ROMPPANEN, "Regulating better biofuels for the European Union", o. c., p.129.

¹²⁵ Résumé de l'Analyse d'Impact sur les changements indirects d'affectation des sols liés aux biocarburants et aux bioliquides accompagnant la Proposition de Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, S.W.D. (2012) 344 final.

mondial¹²⁶. Dans l'analyse d'impact, la Commission souligne que *"pour pouvoir estimer l'impact des changements indirects d'affectation des sols sur les émissions de gaz à effet de serre, il faut réaliser des projections des impacts, dont le caractère est intrinsèquement incertain puisque les développements futurs ne suivront pas nécessairement les tendances du passé. En outre, les estimations relatives aux changements d'affectation des sols ne peuvent jamais être validées car les changements indirects d'affectation des sols constituent un phénomène impossible à observer ou à mesurer de manière directe. Il est donc nécessaire de faire une modélisation pour estimer ces changements indirects"*¹²⁷.

Avec pour objectif de *"réduire au minimum l'impact des changements indirects dans l'affectation des sols sur les émissions de gaz à effet de serre des biocarburants, dans le cadre des objectifs plus larges que sont, pour 2020, l'utilisation dans les transports d'une part d'au moins 10 % de carburants renouvelables et une réduction d'au moins 6 %"*¹²⁸, par rapport à 2010, de l'intensité en gaz à effet de serre des carburants routiers¹²⁹, plusieurs options ont été explorées :

- un maintien du suivi du changement indirect d'affectation des sols, sans aucune autre mesure, conformément à l'article 23 de la directive RED et impliquant aussi une évaluation des progrès techniques et scientifiques quant à l'estimation des émissions de gaz à effet de serre ;
- un relèvement du niveau minimal de réduction d'émission de Gaz à effet de serre ;
- l'instauration d'exigences de durabilité se rajoutant à celles existantes quant à certaines catégories de biocarburants. D'abord, la C1, concernant des actions sur le plan national pour améliorer la gestion des sols et la protection des sols riches en carbone avec un système de notification et protection de ces sols. Ensuite, la C2, non suivie par ailleurs, faisant référence à des pratiques agricoles pouvant éviter les CIAS par la production de matières premières sans avoir besoin de terres additionnelles ;
- l'allocation aux biocarburants d'une quantité d'émissions de gaz à effet de serre reflétant l'impact estimatif en termes de CIAS ;
- et la limitation des 7 % de biocarburants de première génération (bien qu'originellement proposée à 5 %).¹³⁰

¹²⁶ *Ibid.*, p.16.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁸ Cette obligation est posée par la directive 2009/30/CE, qui ne sera pas abordée dans ce mémoire : Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, p. 95, art. 7 *bis* (2), a).

¹²⁹ *Ibid.*, p.31.

¹³⁰ Résumé de l'Analyse d'Impact sur les changements indirects d'affectation des sols liés aux biocarburants et aux bioliquides accompagnant la Proposition de Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *S.W.D.* (2012) 344 final, pp. 4-5.

On relèvera qu'au terme de cette analyse d'impact, l'auteur a souligné l'importance de l'adoption de mesures qui s'imposeraient dans une logique de respect du principe de précaution.¹³¹

§.2 : Définition et effets du « changement indirect d'affectation des sols ».

Le changement indirect d'affectation des sols a été, depuis le début de la mise en œuvre de la politique européenne en matière de biocarburants, une problématique qui a suscité des questions, des réactions, des recherches et des critiques mais qui n'a toujours pas été réglée. Problématique intimement liée aux biocarburants, ses conséquences néfastes et irréversibles ont été depuis longtemps reconnues par la communauté scientifique¹³². La Commission et le Parlement européen ont pris conscience de ces effets néfastes, sans jamais pour autant être capables de les réguler de manière efficace dans la directive 2009/28/CE, et ce en pleine connaissance de cause.

Cette fébrilité régulatrice est liée à plusieurs facteurs tels que le manque de consensus scientifique quant aux conséquences concrètes (leur évaluation et la méthodologie de calcul d'émission de gaz à effet de serre), le manque d'informations quant à la survenance du phénomène (dans la mesure où il ne peut être observé directement par définition)¹³³ et les influences des acteurs du secteur¹³⁴.

La Commission explique le phénomène de CIAS dans son analyse d'impact sans la définir cependant clairement : « *Lorsque des pâturages ou des terres agricoles destinées auparavant aux marchés de l'alimentation humaine ou animale ou à la production de fibres sont convertis à la production de biocarburant, la demande de produits autres que le carburant doit néanmoins être satisfaite. Cette demande supplémentaire peut être satisfaite par l'intensification de la production initiale, ou bien par la mise en culture de terres non agricoles. Dans ce dernier cas, le changement d'affectation des sols a lieu indirectement, d'où l'expression «changement indirect dans l'affectation des sols». En pareil cas, la conversion de terres supplémentaires pour assurer la production pourrait entraîner des émissions importantes de gaz à effet de serre si elle touche des zones présentant un important stock de carbone, telles que des forêts.* »¹³⁵.

Dans la directive 2015/1513, une définition incluant la notion de changement indirect d'affectation des sols a été élaborée, montrant à la fois l'importance de celle-ci ainsi que les objectifs de l'UE, à savoir la transition vers les biocarburants avancés et la prise en charge de la problématique des CIAS : « *w) biocarburants et bioliquides présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols: les biocarburants et les bioliquides dont les matières premières ont été produites dans le cadre de systèmes qui réduisent le déplacement de la production destinée à des fins autres*

¹³¹ S. ROMPPANEN, "Regulating better biofuels for the European Union", o. c., p. 130.

¹³² F. PELSY, « The European commission 2008 directive proposal on biofuels: a critique », o.c., p.121.

¹³³ E. BARRET LYDGATE, « The EU, the WTO and indirect land-use change », *Journal of World Trade*, 2013, n°1, 2013, p.160.

¹³⁴ P. MARTIN ET E. LE GAL., "Unpacking the complexity of biofuels policy" o.c., pp. 320-321.

¹³⁵ Résumé de l'Analyse d'Impact sur les changements indirects d'affectation des sols liés aux biocarburants et aux bioliquides accompagnant la Proposition de Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, S.W.D. (2012) 344 final, pp. 2-3.

*que la production de biocarburants et de bioliquides et qui ont été produits conformément aux critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides énoncés à l'article 17. »*¹³⁶

Dans ces développements apparaît la principale raison pour laquelle les CIAS sont préoccupants pour l'UE, à savoir « le gain net de baisse d'émissions de gaz à effet de serre » : en effet, comme il l'a été démontré dans les chapitres précédents, la poursuite de la lutte contre le changement climatique par l'Union fait des biocarburants durables un des chevaux de bataille de cette dernière en la matière. Or, cette industrie pourrait pourtant, selon certains auteurs, être plus dévastatrice que réparatrice pour le réchauffement climatique. Ainsi, toute la problématique des changements d'affectation des sols a été évaluée par l'Union qui a directement intégré des mesures visant à contrer les effets néfastes du changement direct d'affectation des sols dans l'article 17 de la directive 2009/28 définissant les critères de durabilité pour les biocarburants¹³⁷.

Ces effets néfastes, qui sont logiquement identiques à ceux produits par les CIAS¹³⁸ consistent en l'annihilation d'un potentiel de captation de carbone des sols utilisés à des fins de production de biocarburants de première génération : même si ces derniers produisent directement moins de CO₂ que leurs substituts fossiles, leur utilisation est au final plus néfaste que celle du pétrole puisqu'ils réduisent la quantité de carbone captée, ce qui donne une émission pondérée supérieure à celle propre aux carburants fossiles.¹³⁹ Les autres problèmes qu'entraînent les changements d'affectation des sols sont liés à la perte de biodiversité, à la précarisation de la sécurité alimentaire ainsi qu'à des incidences néfastes sur le plan socio-économique¹⁴⁰.

Au vu de ces évaluations, l'Union a exigé, dès l'avènement de la directive 2009/28/CE, que la Commission développe un modèle visant à mieux réguler et appréhender la durabilité des biocarburants: en effet, s'il s'avérait que cette forme d'énergie était similairement ou plus sujette à contribuer au réchauffement climatique notamment par la faute du CIAS, une des principales justifications de l'action de l'Union en matière de biocarburants serait infondée, remettant en cause non seulement la pérennité d'une activité industrielle établie depuis des années, mais aussi les critères de durabilité qui ont été développés pour prévenir des problématiques identiques à celles qu'engendrent les changements indirects d'affectation des sols.

§3 : Les nouvelles mesures de la directive 2015/1513/UE concernant la durabilité des biocarburants.

De l'analyse d'impact, certaines propositions ont été reprises et entérinées dans la très attendue directive ILUC, qui était destinée à insuffler un nouvel élan à la politique européenne des biocarburants même si certains auteurs ont critiqué ces amendements qui ont été souvent estimés

¹³⁶ Directive 2015/1513/UE, article 2, 1°, w).

¹³⁷ Directive 2009/28/CE, article 17, 3°, 4°, 5°.

¹³⁸ A. COWIE E.A., "Environmental risks and opportunities of biofuels", in Y. LE BOUTHILLIER, A. COWIE, P. MARTIN, E.A., The law and policy of biofuels, Cheltenham, Elgar, 2016, p. 12.

¹³⁹ T. SEARCHINGER E.A., « Use of US croplands for biofuels increases greenhouse gases through emissions from land-use change », *Science*, du 29 février 2008, p. 1238.

¹⁴⁰ D. PIMENTEL E.A., « Food versus biofuels: environmental and economic costs », *Human Ecology*, 2009, n°1, p. 1.

trop peu ambitieux, notamment en ce qui concerne la protection de la biodiversité¹⁴¹. Il est peut-être intéressant de s'attarder aux considérants de la directive avant de citer quelques modifications apportées aux critères de durabilité : en effet, là où l'analyse d'impact reconnaissait non seulement les risques que comportent le CIAS en ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre mais aussi ses autres penchants destructeurs à l'égard de la biodiversité ou encore de la sécurité alimentaire, il apparaît que la directive poursuit avant tout l'objectif de réduire les effets liés au réchauffement climatique à la lecture de la préface de cette dernière¹⁴², dans le prolongement de la logique adoptée par l'Union depuis 2009 comme il l'a été souligné *supra*.

Une des mesures phares de la directive 2015/1513 est l'instauration d'une nuance portant sur l'objectif des 10 % d'énergies renouvelables dans les transports : en effet, dans la logique de lutter contre le réchauffement climatique et surtout contre les changements indirects d'affectation des sols, il est considéré par la Commission qu'il est nécessaire de limiter la quantité de biocarburants de première génération sur le marché, et de ne pas donner d'incitants que ce soit aux états membres ou aux opérateurs économiques d'investir dans ce secteur, destiné à terme (au regard de la stratégie pour 2020 et pour 2030) à être remplacé par les biocarburants avancés, considérés comme moins susceptibles d'être porteurs de *facteurs CIAS* ».

Ainsi, la directive 2015/1513/UE contient un seuil de 7 % de biocarburants de première génération¹⁴³, c'est-à-dire « *des biocarburants produits à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses et à partir de cultures cultivées en tant que cultures principales essentiellement à des fins de production d'énergie sur des terres agricoles* ». Il peut être intéressant de souligner ici l'importance que l'article 192 TFUE ait été utilisé comme base légale pour développer cette législation (comme pour l'article 3 (4) de la directive 2009/28/CE, que la modification susmentionnée vient amender) : en effet, comme il l'est rappelé dans le considérant 17 de la directive, cela permet aux Etats membres de se prévaloir de l'article 193 TFUE dans la mesure où il a été convenu qu'il est possible de s'auto-imposer un pourcentage plus exigeant dans la mise en œuvre de la directive à l'échelle nationale.

Les 3 % restants devront être remplis par d'autres sources d'énergies renouvelables, parmi lesquelles on compte l'électricité sur les rails et sur route¹⁴⁴, ou encore des biocarburants avancés qui figurent dans la nouvelle annexe IX revue par la directive 2015/1513/UE.¹⁴⁵

Il peut être intéressant de remettre en perspective cette décision de laisser cette possibilité aux états membres : d'une part avec l'article 17 de la directive 2009/28/CE et avec sa base légale de fondement, l'article 114 TFUE, et d'autre part avec l'article 34 TFUE et la libre circulation des biens au sein de l'Union. Comme il l'a été souligné *supra*, l'article 17 (8) prévoit que « *les États membres ne refusent pas de prendre en considération, pour d'autres motifs de durabilité [que ceux des*

¹⁴¹ E.PAVLOVSKAIA, « Analysis of the main innovations in directive 2015/1513 on renewable energy », *Renewable energy law & policy review*, 2015, N° 4, pp. 297 et 299; C.-H. BORN, « Chronique de droit européen de la biodiversité – 2014-2015 », *Revue juridique de l'environnement*, 2016, n° 4, p. 702.

¹⁴² Directive 2015/1513/UE, considérant 12, 17 à 21, 34.

¹⁴³ Directive 2015/1513/UE, art. 2, 2), b), iv)

¹⁴⁴ Directive 2009/28/CE nouvelle, art. 3, (4), c).

¹⁴⁵ E.PAVLOVSKAIA, « Analysis of the main innovations in directive 2015/1513 on renewable energy », *o.c.*, p. 296.

paragraphes 2 à 5 de l'article 17], les biocarburants et bioliquides obtenus conformément au présent article » : or, il pourrait être avancé que dans la mesure où un pays imposerait un seuil plus strict, il ajouterait indirectement un « critère de durabilité » puisque certains biocarburants de première génération ne seraient plus éligibles pour mesurer la conformité aux exigences relatives aux objectifs nationaux de la directive, à savoir la part des 10 % d'énergies renouvelables dans les transports.

La question se poserait alors de savoir si dans ce cas ces biocarburants ont encore droit à une aide financière, et dans quelles mesures un Etat membre pourrait modeler les aides d'état prévues à cet effet. La même logique s'applique lorsque l'on confronte cette possibilité avec l'article 34 du TFUE : il pourrait être avancé qu'un seuil plus strict s'identifierait à une mesure équivalente à une restriction quantitative sur l'importation, et potentiellement indirectement discriminatoire à cet égard. La question de la cohabitation cohérente de ces dispositions peut se poser, notamment à l'égard des considérations mentionnées dans la Partie I de cet ouvrage en ce qui concerne l'harmonisation du système pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

Il est toutefois de notre avis que ce potentiel conflit a peu de chance de survenir dans la réalité : comme ont pu le démontrer les péripéties parlementaires jalonnant le processus de décision précédant l'avènement de la directive ILUC¹⁴⁶, des observations concrètes de certains marchés européens¹⁴⁷ et du retard de beaucoup de Pays dans leurs engagements à respecter les 10 % prescrits, il apparaît que le seuil des 7 % n'a été voulu par hasard par les Etats membres, et il semble peu probable que la possibilité laissée à ces derniers de durcir les conditions qui s'imposent à eux soit mise en œuvre d'ici 2020.

Ce seuil de 7 % est accompagné par un sous-objectif qui vise à promouvoir la production de biocarburants avancés listés dans l'annexe IX au point A: le nouvel article 3, (4), e) alinéa 1^{er} prescrit aux états membres l'obligation d'atteindre l'objectif à ce qu'un pourcentage minimal de ces biocarburants avancés soit atteint d'ici l'horizon 2020, avec un seuil de 0.5 % fixé en référence à l'objectif des 10 %. Les états membres ont cependant la possibilité de fixer un seuil inférieur à la condition de remplir certaines conditions énumérées dans la directive.¹⁴⁸

L'article 17 de la directive 2009/28/CE reste presque inchangé, si ce n'est pour ce qui concerne le taux visé dans le cadre de la réduction nette d'émission de gaz à effet de serre : en effet, la directive ILUC impose, pour les installations dont la production a été entamée après le 5 octobre 2015, que cette réduction soit de l'ordre de 60 %, avec pour les autres installations l'obligation de passer de 35 % à 50 % au jour du 1^{er} janvier 2018, un changement assez significatif par rapport à la disposition initiale de 2009.¹⁴⁹ La directive comporte d'autres mesures notamment en terme d'obligations de rapport pour la commission ou les états membres, ainsi que concernant certaines règles de calcul « plural »¹⁵⁰.

¹⁴⁶ T. YUE, "A legislative Odyssey for Better Regulation of Biofuels in the EU", *Jean Monnet Working Paper Series- Environment and Internal Market*, 2016, Vol. 2, pp. 1-15.

¹⁴⁷ Avec par exemple la Suède qui avant même 2012, avait près de 8 % de biocarburants de première génération dans ses sources globales d'énergie au niveau des transports : M. JANSSON, H. KALIMO, o.c. , p.136.

¹⁴⁸ Directive 2009/28/CE consolidée, art. 3, (4), e), al.2.

¹⁴⁹ Directive 2015/1513/UE, art. 2, 5).

¹⁵⁰ Directive 2015/1513, art. 2, 2), iii).

Globalement, bien que rendant le cadre légal plus complet et cohérent de l'avis de certains auteurs, la directive échoue en ce qui concerne la promotion de biocarburants réellement plus durables au sens large, que ce soit à l'égard de la sécurité alimentaire ou à l'égard d'autres considérations notamment environnementales telles que la conservation de la biodiversité, la qualité de l'eau, de l'air ou du sol, des domaines qui souffrent d'un manquement légal au sein depuis l'avènement de la version originelle de la directive 2009/28/CE¹⁵¹. La problématique du changement indirect d'affectation des sols a été abordée de manière indirecte par la Commission, qui en réalité mise sur un abandon progressif des biocarburants de première génération pour lutter contre le phénomène. La nouveauté de la directive ILUC qui illustre ce phénomène est l'inclusion de la nouvelle annexe VIII de la directive 2009/28/CE, qui instaure des valeurs indicatives d'émissions de gaz à effet de serre liées au changement indirect d'affectation des sols en lien avec certaines variétés de matières premières : ces valeurs, pourtant considérées comme une avancée et une reconnaissance des problématiques liées au phénomène, ne sont pourtant pas incluses dans la méthode de calcul prescrite par la directive, et n'occupent que le rôle de base référentielle pour les fins de rapports revenant à la Commission et aux Etats membres¹⁵².

Section 3 : Les obligations de suivi, de rapports et de transparence contenues dans les directives.

Les dispositions environnementales préexistantes dans l'ordre juridique communautaire doivent être prises en compte, comme nous l'avons vu dans le chapitre consacré à la compétence de l'Union, dans toutes les actions de l'Union (au nom du principe d'intégration), et « *l'acquis communautaire environnemental* » se doit également d'être respecté par la politique environnementale ou de la promotion des énergies renouvelables (or, les deux directives abordées jusqu'à présent sont basées sur l'article 192 TFUE et donc la compétence environnementale de l'UE, comme il l'a été vu *supra*), à l'instar d'ailleurs de l'entière du droit de l'Union européenne. Quant à ce qui concerne les biocarburants produits à l'étranger (ou dont la matière première provient de l'étranger), il est difficile de mettre en place des systèmes « directs » s'assurant réellement de la durabilité au sens large de ces biocarburants ainsi qu'au sens de la directive 2009/28/EC.¹⁵³

Les manquements précédemment cités, concernant la protection de la biodiversité ou la protection des sols, de l'air ou de l'eau par exemple, ont été pris en compte par la Commission qui a développé un modèle destiné à contrôler indirectement la durabilité des biocarburants, et leur impact globaux notamment sur ces points qui ne sont pas directement abordés dans les directives 2009/28/CE et 2015/1513/UE.

¹⁵¹ J. LANE, "EU Reshapes its biofuels policy", Biofuel Digest, 2015. En ligne, <http://www.biofuelsdigest.com/bdigest/2015/04/16/eu-reshapes-its-biofuels-policy/>, consulté le 16 juillet 2018 ; N. HUMALISTO, "Climate policy integration and governing indirect land-use changes- actors in the EU's biofuel policy-formulation", *Land use policy*, 2015, n° 45, p. 156; T. ZGAJEWSKI, "The EU regime on biofuels in transport: still in search of sustainability", *Egmont Paper*, 2014, n°68, p. 12.

¹⁵² T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 102-103.

¹⁵³ S. ROMPPANEN, "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", o.c., p. 53.

Par exemple, il est encouragé que les états membres, dans la poursuite de cette durabilité, s'engagent dans des accords internationaux bi ou multilatéraux avec des pays tiers sur le plan environnemental ou même social (un pan qui a été presque délaissé totalement par les directives 2009/28 et 2015/1513) : cependant, aucun de ces accords n'a encore été pris. Or, en l'absence de tel accord, il est convenu que les états membres « *devraient* » exiger des opérateurs économiques qu'ils fassent un rapport sur ces questions aux états membres¹⁵⁴, une disposition qui n'a cependant pas de force obligatoire et donc une répercussion très faible dans la pratique. Ce considérant est intéressant car il est révélateur de la manière de mettre en œuvre les critères de durabilité des biocarburants dont la Commission entend se prévaloir et proposer aux Etats membres et producteurs : c'est souvent dans une logique volontariste et sciemment inclusive du monde privé que l'UE vise à promouvoir et implémenter la durabilité à la fois au « sens de la directive 2009/28/CE » et au « sens large » des biocarburants. La directive 2009/28/CE soutient cette mise en œuvre par une série d'obligations d'établissement de rapports qui s'impose à la Commission, dans les articles 17, 18 et 23 de la directive.

Ainsi, l'article 17 (7) impose que la Commission réalise et présente tous les deux ans au Parlement et au Conseil un rapport portant sur les mesures que les états membres et les importateurs tiers importants pour le marché européen des biocarburants ont prises sur le plan national dans le but de satisfaire les réquisitions imposées par l'article 17, (2) à (5), ainsi que pour la protection des sols, de l'eau et de l'air. Elle devra également présenter un rapport quant à la viabilité sociale des biocarburants et l'influence de la hausse de la production de biocarburants dans le monde sur la sécurité alimentaire mondiale et la biodiversité, indiquant notamment la ratification et la mise en œuvre de certaines conventions énumérées dans l'article par les états tiers.¹⁵⁵

L'article 18 (9) impose à la Commission de rapporter, de nouveau sur une base biannuelle au Parlement et au Conseil¹⁵⁶, d'une part sur l'efficacité du système d'informations sur les critères de durabilité et d'autre part sur l'éventuelle opportunité et faisabilité d'inclure des dispositions obligatoires portant sur la protection de l'air, de l'eau et des sols au vu des données scientifiques les plus récentes.

L'article 23, (1) de la directive remet quant à lui la tâche de faire le suivi de l'origine des biocarburants consommés dans la communauté et des incidences de leur production à la Commission. Ce suivi est réalisé sur base des rapports dont les Etats membres doivent s'acquitter en vertu de l'article 22 de la directive, ainsi que sur base des rapports des pays tiers concernés, des organisations intergouvernementales, des études scientifiques et de toutes informations utiles. Cet article 22, qui précise les éléments qui doivent impérativement apparaître dans le rapport dont il est question, comprend entre autre l'obligation de présenter les réductions nettes prévues de gaz à effet de serre suite à l'utilisation d'énergies renouvelables : la Commission a également la tâche de rendre rapport sur les informations fournies par les Etats membres sur une base biannuelle au Parlement et au

¹⁵⁴ Directive 2009/28/CE, consid.74.

¹⁵⁵ Directive 2009/28/CE, art. 17, (7), al.2 et 3.

¹⁵⁶ S. ROMPPANEN, o.c., p.54.

Conseil¹⁵⁷, le paragraphe 5 de l'article 23 précisant les différents éléments qui doivent impérativement ressortir des rapports de la Commission.

Pour chaque obligation de rapport, une possibilité de prérogative correspondante est accordée à la Commission, qui peut « *proposer, s'il y a lieu, des mesures correctives* »¹⁵⁸ dans le cadre des différentes matières y abordées.

La directive 2015/1513 apporte une nouveauté concernant la gestion du changement d'affectation des sols et le suivi que la Commission doit y afférer : l'obligation pour les états membres et la commission de faire des rapports et de publier les données sur les études réalisées par ces derniers quant aux émissions de gaz à effet de serre liés au phénomène du CIAS dans une mesure plus significative et précise¹⁵⁹, une mesure qui s'assure des mécanismes de contrôle accru et d'une certaine transparence¹⁶⁰.

La directive et ses articles 14, 21 et 24 tendent également à instaurer une plus grande transparence pour le corpus législatif et l'action européenne en matière de biocarburants à l'égard de la société civile, dans l'esprit des principes hérités de la convention d'Aarhus et des principes de bonne gouvernance progressivement adoptés par l'Union depuis les années 2000.¹⁶¹ Ainsi, il y a des obligations de donner des informations (dans des logiques d'information, de sensibilisation, d'orientation ou de formation par exemple¹⁶²) et de rendre certaines informations publiques. Ainsi, l'article 24 est le plus influent en la matière, créant une plate-forme publique de transparence en ligne sur laquelle toute une série d'informations doivent apparaître, et notamment les rapports nationaux visés à l'article 22 ou les plans d'action nationaux¹⁶³ des états membres.¹⁶⁴

Section 4 : Le principe de précaution et l'approche de la Commission.

Le principe de précaution est inséré dans l'article 191 TFUE et son application est de mise dès lors qu'est prise une action de l'Union européenne ayant potentiellement des risques incertains pour l'environnement. Le principe de précaution est avec le principe de durabilité une des bases de l'action de l'Union en ce qui concerne les critères de durabilité insérés par les institutions européennes dans ce modèle de régulation.¹⁶⁵

Le principe de précaution peut être analysé et questionné au vu de l'action de l'Union : en effet, l'approche de l'Union a souvent été critiquée par des auteurs scientifiques, politiques ou des juristes,

¹⁵⁷ Directive 2009/28/CE, art. 23 (3).

¹⁵⁸ Directive 2009/28/CE, art. 17 (7), 18 (9) et 23 (5).

¹⁵⁹ Directive 2015/1513/UE, article 2, 10).

¹⁶⁰ Il peut être troublant de constater d'ailleurs que dans l'arrêté-royal belge transposant la directive ILUC, il n'est nullement question, ni même de renvoi réalisé quant à cet appel de la Commission : cfr A-R du 8 Juin 2018 établissant des normes de produits pour les carburants destinés au secteur du transport d'origine renouvelable, *M.B.*, 27 juillet 2018, p. 59595 et s. ; E. PAVLOVSKAIA, « Analysis of the main innovations in directive 2015/1513 on renewable energy », o.c. p.298.

¹⁶¹ A. ALEMANNO, "Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy", *European law review*, 2014, n° 39/1, pp. 72-90.

¹⁶² Directive 2009/28/CE, art. 14 (1) et (6).

¹⁶³ Directive 2009/28/CE, art. 4.

¹⁶⁴ E. PAVLOVSKAIA, "Legal analysis of the EU policy for sustainable transport Biofuels ", *Environment and Ecology research*, 2014, n° 2, p. 72.

¹⁶⁵ F. PELS, o.c. , p.126.

qui estimaient que les ambitions affichées par l'Union que ce soit dans la directive 2009/28/EC¹⁶⁶ ou la directive 2015/1513/UE¹⁶⁷ n'étaient pas assez élevées au vu des risques environnementaux que comportent les biocarburants, notamment en ce qui concerne le changement indirect d'affectation des sols. Cette dernière problématique est celle qui pose le plus de questions dans la mesure où l'approche de la Commission et des autres institutions européennes (surtout le Conseil) concernant cette dernière a toujours été très prudente, voire frileuse. Certains auteurs soulignent par exemple qu'il n'existe presque aucune mesure ou critère destinés à s'assurer de la durabilité des biocarburants avancés, dont toutes les conséquences et impacts sont encore assez flous dans l'état actuel de la science¹⁶⁸. D'autres regrettent le fait qu'il n'y ait pas de valeur estimative d'émission de gaz à effet de serre liée au changement indirect d'affectation des sols directement incluse dans la méthode de calcul de visé à l'article 19 de la directive 2009/28/EC. C'était une option qui a été envisagée dans l'analyse d'impact réalisée en 2012¹⁶⁹ et dans la première version de la proposition de directive¹⁷⁰, mais la Commission a privilégié l'établissement d'émissions estimatives sur lesquelles les états membres doivent faire des rapports et qui serviront à la Commission pour sa propre obligation de rapporter au Parlement et au Conseil¹⁷¹. Là où aux Etats-Unis, il y a eu telle inclusion, l'Union est restée réticente quant à cette option, même si elle avait été déjà évoquée par le passé par le comité parlementaire européen de l'industrie : la logique de rapport que la Commission met en œuvre s'explique en autre par le fait que le manque de consensus scientifique régnant (quant aux émissions à attribuer aux CIAS, à leur effet global lié directement à la production des biocarburants et à l'évaluation des conséquences territoriales en dehors des frontières), il est compliqué de réguler directement le sujet sans porter atteinte aux opérateurs économiques, et créer un phénomène de « *chilling effect* » pour les investissements privés qui serait dévastateur pour toute la politique européenne en matière de promotion d'énergies renouvelables au sein de l'Union.¹⁷² Ces critères IILUC n'ont également pas été pris en compte à cause du manque de régulation en la matière dans d'autres secteurs de protection

¹⁶⁶ A. RONNE AND B. EGELUND OLSEN, "The EU Legal Regime for Biofuels", in *The law and policy of biofuels*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 175-182; E. PAVLOVSKAIA, *The Use of Sustainability criteria in the case of the EU legislation on Biofuels in the Transport sector*, Thèse, Université de Lund, réalisée sous la supervision de A. Nilsson, K. Ericsson et B. Lundell, 2016, pp. 42-49.

¹⁶⁷ E. PAVLOVSKAIA, « Analysis of the main innovations in directive 2015/1513 on renewable energy », *Renewable energy law & policy review*, 2015, N° 4, pp. 298-299.

¹⁶⁸ E. PAVLOVSKAIA, , "The Use of Sustainability criteria in the case of the EU legislation on Biofuels in the Transport sector", o.c., p.46.

¹⁶⁹ Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 98/70/CE relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 2009/28/CE on the promotion of the use of energy from renewable sources, S.W.D. (2012) 343 final, pp. 35 et s. .

¹⁷⁰ L. ANZALONE, "Etats des lieux de la filière des biocarburants en Belgique », *FARR-Wal* , Juin 2014, p. 9.

¹⁷¹ Directive 2015/1513/UE, Art. 3; Annexe 2, 2).

¹⁷² M. JANSSON, H. KALIMO, o.c., pp. 132 et s. .

de l'environnement¹⁷³, ce à quoi d'autres auteurs répondent qu'il s'agit d'un faux débat puisque réguler les CIAS pour les biocarburants aurait alors eu une influence sur ces secteurs¹⁷⁴.

De manière plus générale encore, la gestion de l'Union est parfois difficile à mettre en perspective également à l'égard du principe de précaution : tantôt l'UE se montre très protectrice (avec par exemple dans l'article 19 (7) de la directive 2009/28/CE l'exigence que toute nouvelle valeur par défaut en termes d'émissions de gaz à effet de serre attribuée à un biocarburant se doit d'être établie avec prudence, ou le fait que de manière générale, les valeurs par défaut choisies pour l'annexe X (a) soient supérieures à la valeur réelle) tantôt très laxiste (le fait que dans le calcul de la valeur réelle, la « prudence » n'est plus de mise, ou que les critères ILUC ne soient pas compris dans le calcul d'émissions de gaz à effet de serre)¹⁷⁵. Un autre élément qui est caractéristique du modèle européen est la clause de « *grandfathering* » incluse à l'article 17 (2), alinéas 1 et 2, qui permet en quelque sorte d'honorer les attentes forgées dans le chef des « anciens » producteurs de biocarburants qui bénéficient donc d'une exemption en ce qui concerne les prérequis en termes de gain net de réduction d'émissions de gaz à effet de serre par rapport aux carburants fossiles. Ces producteurs pourront, comme il l'a été vu *supra*, suivre des règles moins strictes variant en fonction de la date de leur établissement et surtout du début de leur production en comparaison avec les nouveaux producteurs, une mesure qui s'explique de nouveau par le souci de protéger les investisseurs et surtout d'atteindre les cibles fixées par la directive.¹⁷⁶

L'article 191 TFUE impose un haut niveau de protection de l'environnement, et en écho avec le principe d'intégration, le champ d'application du principe de précaution est très large et bénéficie même du statut de principe général du droit de l'Union Européenne.¹⁷⁷ Ce principe met tout d'abord en œuvre une doctrine, héritée de la convention de Rio, qui établit que lorsqu'il existe des incertitudes scientifiques quant à un dommage irréversible et dangereux qui pourrait être causé via une action humaine ou un fait naturel, l'incertitude scientifique ne peut justifier la postposition de l'action des pouvoirs politiques visant à limiter les dégradations environnementales.¹⁷⁸

Le principe de précaution met en œuvre une prérogative discrétionnaire qui donne la possibilité aux gouvernants, et donc dans le cas de l'Union, à la Commission lorsqu'elle rédige ses propositions de législations dérivées, d'agir ou de ne pas agir au vu des informations dont elle dispose quant aux risques qui ont été appréciés, liant ainsi une forte empreinte d'ordre politique au principe¹⁷⁹. Il émane également deux doctrines du principe de précaution : d'une part que le principe ne peut être utilisé pour des faux objectifs ou des objectifs corrompus, et d'autre part que les décisions doivent suivre les

¹⁷³ L. DI LUCIA ET A., "The Dilemma of Indirect Land Use-Changes in EU Biofuel Policy an Empirical Study of Policy-Making in the Context of Scientific Uncertainty", *Envtl. Sci. & Pol'y*, 2012, n°16, p. 9; S. ROMPPANEN, "Regulating better biofuels for the European Union", *o.c.*, pp. 130-31.

¹⁷⁴ M. JANSSON, H. KALIMO, *o.c.*, pp.140-141.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.139 et s. .

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.141-144.

¹⁷⁷ Arrêt Artedogan/Commission, T-74/00, ECLI:EU:T:2006:286, points 182 et s.; R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, Issy-Les-Moulineaux, 3^e éd., LGDJ, 2017, pp.61-63.

¹⁷⁸ P. JIANG, « A Uniform Precautionary Principle under EU Law », *Peking U. Transnat'l L. Rev.*, 2014, vol. 2.2, p.4 94.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 496.

principes généraux de la confection législative européenne.¹⁸⁰ Ainsi, la Commission a précisé dans une communication destinée à donner les grandes lignes de l'application du principe pour les institutions européennes, en interne et sur la scène internationale, que les principes de proportionnalité, de non-discrimination, et de sécurité juridique doivent être appliqués¹⁸¹. Il y est également précisé qu'une approche coût-bénéfice doit être mise en œuvre lors de l'appréciation de l'opportunité d'une intervention de l'Union sur des facteurs économiques et non-économiques, sur court et moyen termes avec un système de révision récurrent.¹⁸² Il faut aussi que le législateur s'appuie sur l'état de la science et sur toutes les informations pertinentes qui sont disponibles sur le plan scientifique¹⁸³. Enfin, la mesure préventive « *ne saurait valablement être motivée par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées* »¹⁸⁴. Ces principes donnent la possibilité à la Cour d'apposer son contrôle judiciaire quant à l'application du principe, du moins au minimum sur le plan procédural à défaut dans certains cas d'un contrôle sur le fond.¹⁸⁵

L'analyse du niveau de précaution révèle deux « courants » : on parle de précaution « faible » et de précaution « forte ». La première est celle qui s'identifie à l'esprit que le principe occupe dans la convention de Rio de 1992, c'est-à-dire qui donne simplement la possibilité d'établir une action qu'importe le fait qu'il existe une incertitude scientifique, s'inscrivant dans une logique d'« anti-inaction ». La deuxième notion s'identifie plus à une conception de la précaution très exigeante, avec une logique d'action préventive dès lors qu'un risque existe et qu'aucun moyen ne permet de prouver que cette action n'est pas nécessaire pour prévenir ou éviter le risque, et donc une logique « pro-action ».¹⁸⁶ C'est cette dernière approche que l'on retrouve le plus en droit européen, ainsi que dans beaucoup d'affaires que la Cour a dû trancher¹⁸⁷.

Là où certains auteurs se plaignent qu'une sorte de conflit de droit s'est installé du fait qu'il y a deux manières d'interpréter le principe pour la Cour de justice¹⁸⁸, Jiang n'entretient pas le même avis et souligne que le fait qu'il y ait différents niveaux de précaution ne signifie en rien que la Cour adoptera des interprétations arbitraires ou fausses, que du contraire. Ainsi, la seule information portant sur le niveau de précaution que l'on retrouve dans les traités est contenue dans l'article 191 TFUE, précisant qu'il est nécessaire de promouvoir un niveau « élevé » de protection, ce qui indique aussi que la mise en œuvre du principe, dans le droit européen, est avant tout d'ordre politique. Tantôt le niveau de protection sera laissé à l'appréciation des états membres dans la mise en œuvre de ces derniers du droit européen, et tantôt il sera fixé dans le droit secondaire européen et de manière harmonisée.¹⁸⁹

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 496-497.

¹⁸¹ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, C.O.M. (2000) 1 final, pp.18-19, points 6.3.1-6.3.3

¹⁸² *Ibid.*, points 6.3.4-6.3.5.

¹⁸³ *Ibid.*, point 5.1.2.

¹⁸⁴ Arrêt Pfizer Animal Health / Conseil de l'Union européenne, T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209, point 143.

¹⁸⁵ P. JIANG, *o.c.*, pp. 497-498.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 498.

¹⁸⁷ Arrêt Waddenzee, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:48.

¹⁸⁸ E. STOKES, "The EC Courts' Contribution to Refining the Parameters of Precaution", *J. Risk Research* 2008, n°11, p. 496.

¹⁸⁹ P. JIANG, *o.c.*, p. 498.

Aussi serait-il difficile de contester l'action de la Commission dans les directives 2009/28/CE et 2015/1513/UE sur base du principe, en tentant d'avancer qu'il n'aurait pas été respecté. En effet, l'approche de la Commission est précautionneuse, que ce soit dans les actes préparatoires (tels que les analyses d'impact et notamment celle réalisée en vue de préparer la proposition de directive ILUC) ou dans la législation, qui par ses obligations de rapport démontre que la Commission prend bel et bien en compte les risques et agit en conséquence : pour exemple, l'incertitude scientifique explique (entre autre) par exemple la non-inclusion de facteurs ILUC dans la méthode de calcul, mais l'intervention de l'UE à cet égard, se réalisant par le biais d'établissement de valeurs de référence et de rapports, est proportionnelle, non-discriminatoire, amène de la sécurité juridique tout en fondant son action sur l'état de la science.

L'action de l'Union en matière de promotion d'énergies renouvelables se manifeste en plus de cela dans un cadre assez délicat qui inclut un grand nombre de facteurs dont il faut tenir compte, surtout le besoin de remplir les objectifs affichés dans la stratégie 2020 mais aussi la sécurité juridique, en particulier pour les investisseurs. Or, comme il l'a été souligné *supra*, le principe de précaution est un principe politique avant tout. De plus, d'aucun considère que la Cour n'interviendra que dans deux cas : lorsqu'il apparaît qu'il est survenu une erreur manifeste dans l'appréciation du législateur, et lorsque il y aurait eu un abus de pouvoir dans le chef de la Commission ou d'une des institutions européennes : la Cour ne peut donc pas, en principe, vérifier la précision de l'état de la science et encore moins se prononcer sur l'opportunité de l'action ou sur l'objectivité et la rationalité des mesures prises par l'Union¹⁹⁰. De ce fait, il n'est pas possible, d'un point de vue légal, de remettre en cause l'action de l'Union au vu du principe de précaution, dans la mesure où ce principe semble avoir été respecté dans l'approche qui a été adoptée, surtout d'un point de vue procédural. Il reste à savoir cependant comment le modèle de durabilité mis en place est mis en œuvre par les Etats membres, et dans quelles mesures les prescrits européens sont suivis, respectés, et contrôlés.

¹⁹⁰ Arrêt Fedesa, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, points 8 et 9; P. JIANG, o.c. pp. 509-510.

Chapitre 4 : La mise en œuvre des critères de durabilité au sein de l'Union européenne.

Section 1 : Les lignes directrices européennes des directives RED et ILUC pour la vérification des critères de durabilité.

§1^{er} : La méthode de vérification de réduction nette d'émissions de gaz à effet de serre de l'article 19 de la directive 2009/28/CE.

Comme il l'a été souligné *supra*, la méthode de calcul pour les émissions de gaz à effet de serre est contenue dans l'article 19 de la directive 2009/28/EC, et dans l'annexe V de cette dernière. La méthode de calcul consiste à comparer les valeurs spécifiques d'émissions de gaz à effet de serre sur « le cycle de vie¹⁹¹ » du biocarburant, depuis sa culture jusqu'à son utilisation avec des valeurs d'émission de gaz à effet de serre attribuées aux carburants fossiles¹⁹², et donc en prenant compte aussi des gaz émis lors de sa production et de sa consommation finale.¹⁹³

La méthode tend à évaluer les émissions de ces biocarburants et à éviter le double-comptage. Ainsi, le système établi par la directive comprend des informations sur les émissions liées à l'extraction ou la culture des matières premières, aux changements directs d'affectation des sols, au traitement de la matière première, son transport et sa distribution ainsi que des carburants à l'usage.¹⁹⁴ Pour ce qui concerne cette dernière donnée, il est attribué une valeur nulle aux biocarburants puisque l'on suit la logique de la neutralité carbone qui établit que le carbone émis est celui qui a été capté par la matière première.¹⁹⁵

Il est également possible de prendre en compte des réductions d'émissions, notamment pour ce qui concerne les gains nets d'émissions réalisés via la mise en œuvre de meilleures pratiques agricoles, le piégeage et le stockage géologique de carbone, et la cogénération d'électricité suite à une production excédentaire¹⁹⁶. Une décision de la Commission européenne a été émise afin de donner des lignes directrices dans le cadre des calculs du stockage de carbone des terres.¹⁹⁷

En dehors des réductions d'émissions de gaz à effet de serre, il existe aussi des déductions ou des exemptions : ainsi, les émissions provenant des carburants utilisés sont ramenés à 0. Il y a aussi la capture de gaz à effet de serre qui est déduit des émissions qui sont dues à sa culture ou son extraction. Il existe aussi un régime spécifique pour les matières premières qui ont été obtenues par

¹⁹¹ La méthode du bilan massique est de mise, *confer infra*.

¹⁹² T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c. , p. 100.

¹⁹³ *Ibid.*, p.101.

¹⁹⁴ Directive 2009/28/EC, Annexe V, C.

¹⁹⁵ W. TH. DOUMA, "Legal Aspects of the European Union's Biofuels Policy: Protection or Protectionism", *German Y.B. Int'l L.*, 2010, n°53, p. 389.

¹⁹⁶ T. YUE, o.c., p.101.

¹⁹⁷ Décision 2010/335/UE de la Commission du 10 juin 2010 relative aux lignes directrices pour le calcul des stocks de carbone dans les sols aux fins de l'annexe V de la directive 2009/28/CE [notifiée sous le numéro C(2010) 3751], *J.O.U.E.*, L151, 17 juin 2010, pp. 19-41.

culture de terres dégradées dans le comptage des émissions dues au changement d'affectation des sols : cette déduction fait office de bonus lors de l'utilisation de terres dégradées ou hautement contaminées.¹⁹⁸

Après le calcul, il y a lieu de faire une comparaison avec les émissions des carburants fossiles dans le but de constater quelle est la réduction net d'émission : l'émission de carburants fossiles est celle qui correspond aux dernières informations concernant les émissions moyennes convenues pour le pétrole et le diesel dans les rapports visés dans la directive 98/70 : or, si ces informations ne sont pas disponibles, il faut se calquer sur une valeur de référence fixe, correspondant à 83.8 gCO_{2eq}/MJ.¹⁹⁹ Ces techniques donnent comme résultat ce qui est qualifié de « *valeur réelle* » d'émission de gaz à effet de serre des biocarburants.

Dans le but de réduire les charges administratives, il existe aussi des valeurs par défaut qui sont énumérées dans l'annexe V et qui sont attribuées à chaque type de biocarburants. Ces valeurs par défaut ont cependant une certaine conditionnalité de mise en œuvre : tout d'abord, seuls les biocarburants dont les émissions sont spécifiées dans la directive peuvent être utilisés. Les valeurs par défaut ne peuvent être utilisées que s'il n'y a pas d'émission nette liée aux changements d'affectation des sols²⁰⁰. Avant la directive 2015/1513/UE²⁰¹, ces valeurs par défaut ne pouvaient être utilisées que pour les biocarburants dont les matières premières sont d'origine non-européennes ou lorsqu'elles proviennent de zones désignées au sein de l'Union en vertu de l'article 19 (2) de la directive, ainsi que pour ce qui concerne les résidus et déchets qui ne sont pas d'origine agricoles, de l'aquaculture ou de la pêche.²⁰² La directive 2015/1513/UE, désirant s'affranchir de charges administratives supplémentaires, à indiquer qu'une harmonisation de l'utilisation de ces valeurs par défaut était de mise²⁰³ : aussi, cette condition a été abandonnée. Dans les cas où les valeurs par défaut ne correspondent pas ou plus au prescrit de l'article 17 (2) de la directive 2009/28 en terme de gain net d'émission de gaz à effet de serre, il est évidemment toujours loisible pour les producteurs de se référer à la méthode de calcul de l'article 19 et d'utiliser la valeur réelle pour se conformer aux obligations de gain net d'émission.²⁰⁴

La méthode de calcul fixée dans l'article 19 de la directive 2009/28 a été critiquée, notamment en ce qui concerne la décision d'adopter la logique de neutralité carbone et ce sans prendre en compte complètement les émissions dues au changement d'affectation des sols, parmi lesquelles les émissions liées au changement indirect d'affectation des sols. Comme il l'a été mentionné *supra*, bien que ces manquements aient fait l'objet d'observations de la Commission qui devait rapporter quant à

¹⁹⁸ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p.101.

¹⁹⁹ W. TH. DOUMA, o.c., p. 389.

²⁰⁰ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 104.

²⁰¹ Directive 2015/1513/UE, article 2, 7).

²⁰² T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 104.

²⁰³ Directive 2015/1513/UE, consid. 28.

²⁰⁴ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 104.

ces incidences, la directive 2015/1513 n'a établi des valeurs d'émission ILUC pour certains biocarburants (énumérés dans la nouvelle annexe VIII insérée par la directive 2015/1513) qu'à titre « indicatif », puisqu'il n'existe qu'une obligation de rapport pour les états membres et les opérateurs économiques à cet égard.

§2 : L'article 18 et les méthodes de vérification des critères de durabilité de l'article 17 (2) à (5) de la directive 2009/28/CE.

C'est dans l'article 18 de la directive 2009/28/CE que se trouve la base du modèle de mis en œuvre des critères de durabilité pour les biocarburants, un article auquel des précisions ont été apportées postérieurement à son adoption par le biais de deux communications, la communication (2010) C160/01 portant sur les systèmes volontaires et les valeurs par défaut du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides et la communication (2010) C160/02, portant 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. Alors que la méthode du bilan massique est imposée pour effectuer le contrôle des critères de durabilité²⁰⁵, les Etats membres se voient obligés en vertu de l'article 18 de la directive d'exiger des opérateurs économiques qu'ils « *soumettent des informations fiables et mettent à la disposition de l'État membre, à sa demande, les données utilisées pour établir les informations* »²⁰⁶ au fin de se conformer aux critères de durabilité de l'article 17 de la directive 2009/28/EC.

Les opérateurs économiques ont le choix entre 3 voies pour montrer qu'ils respectent le modèle de durabilité (y compris les obligations en terme de calcul d'émissions de gaz à effet de serre): le système national de certification, les systèmes volontaires de certification et les accords internationaux multi ou bilatéraux.²⁰⁷

Le système national, qui est détaillé à l'article 18 (3) de la RED, est dépendant de la transposition des Etats membres, et de ce fait les conditions à remplir par les opérateurs économiques peuvent varier également que ce soit en ce qui concerne les informations qui doivent être transmises ou en ce qui concerne le système d'audit.²⁰⁸ L'établissement de ce système national est obligatoire pour les Etats membres, qui gardent cependant une certaine marge de manœuvre dans le contrôle effectué quant à l'application des critères de durabilité²⁰⁹. Les opérateurs économiques démontrent la conformité aux critères de durabilité en soumettant les données requises aux autorités compétentes au sein des états membres, et il est loisible aux états membres d'exiger qu'il y ait également la divulgation d'informations « appropriées et pertinentes » quant à une série de préoccupations non prises en compte directement dans le modèle de durabilité prescrit par la directive 2009/28/EC. Ainsi, les mesures prises pour la conservation des sols, de l'eau et de l'air, la restauration des terres dégradées,

²⁰⁵ FR. X. JOHNSON, "Regional-Global Linkages in the Energy-Climate-Development Policy Nexus: The Case of Biofuels in the EU Renewable Energy Directive", *Renewable Energy L. & Pol'y Rev.*, 2011, N° 2, p. 99.

²⁰⁶ Directive 2009/28/CE, art. 18 (3).

²⁰⁷ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", *Journal of Renewable Energy Law and Policy*, 2012, n°4, p. 174-175.

²⁰⁸ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 116.

²⁰⁹ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable", o.c., p.178-179.

la gestion de l'eau dans des endroits secs ou où il y a pénurie d'eau, ainsi que des informations concernant les préoccupations à caractère social visées à l'article 17 (7) de la RED²¹⁰ sont aussi énumérées non exhaustivement, s'accordant ainsi dans la logique de rapport abordée *supra*.

Les Etats membres sont également obligés de contraindre les opérateurs économiques de s'assurer qu'un niveau suffisant de contrôle indépendant des informations qu'ils soumettent, en apportant la preuve de ce contrôle. Cet audit doit vérifier si les systèmes utilisés par les opérateurs sont précis, fiable, adéquat et à l'épreuve de la fraude.²¹¹ Cet audit doit donc être contracté par l'opérateur économique et dans le cadre du système national, il n'y a pas d'obligation d'audit préalable au début de la production (ou en tout cas avant que l'opérateur économique ne prenne part dans le système, contrairement à ce qui prévaut pour les systèmes volontaires de certification).²¹²

En ce qui concerne les opérateurs économiques, c'est aux états membres d'en définir le champ d'application *ratione personae*. Cependant, il est souligné que les fermiers qui approvisionnent l'industrie avec des matières premières identifiées comme des matières agricoles primaires ne peuvent être inclus dans la définition, dans la mesure où la conformité aux exigences agricoles qui reposent sur ces fermiers rentre dans la sphère du règlement 73/2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune²¹³. Il semble cependant tout indiqué selon la Commission que « l'opérateur économique » qui est désigné pour soumettre les informations visées dans l'article 18 et remplir les obligations lui afférant soit celui qui doit s'acquitter des taxes ou accises sur le produit fini.²¹⁴ Les Etats membres peuvent aussi considérer que des intermédiaires, même lorsqu'ils n'ont pas de contact physique avec la marchandise, soient désignés comme étant des opérateurs économiques.²¹⁵

Ce qui est prévu en ce qui concerne les accords internationaux est avant tout mis en œuvre pour les opérateurs de pays tiers, même si à l'heure actuelle, il n'existe pas encore d'accord pris entre l'Union et un pays étranger²¹⁶.

Le système volontaire de certification s'érige comme le moyen privilégié de vérification de conformité, que ce soit par les pouvoirs publics européens comme par les acteurs privés du marché, car ils proposent un modèle qui est plus flexible et innovant pour se conformer aux critères de durabilité.²¹⁷ Aussi ce modèle, considéré comme celui présentant le plus d'avantages pour les opérateurs

²¹⁰ Communication de la Commission 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 9, section 2.1.

²¹¹ Directive 2009/28/CE, art. 18 (3), al. 2.

²¹² T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., pp. 116-117.

²¹³ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁴ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p. 178.

²¹⁵ Conclusions de l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez Bordona sous l'arrêt LEGO, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:318, points 81 à 85.

²¹⁶ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 117.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 117.

économiques et de fait, étant le plus utilisé²¹⁸, sera analysé *infra*. Dans la directive 2015/1513, il est dit que les états membres, dans le cadre de la mise en œuvre de la directive, doivent prendre des dispositions appropriées dès lors qu'une fraude surviendrait dans le cadre de l'application et des contrôles des critères de durabilité.²¹⁹ Cette prescription, relativement large et peu claire quant à son application pratique, ne sera pas abordée dans cet ouvrage. Il est cependant intéressant d'évoquer cet ajout de la Directive ILUC avant d'aborder le système volontaire de certification, qui pose plusieurs questions dans son fonctionnement et les procédures qui y sont liées.

Section 2 : Quelques précisions jurisprudentielles quant à la portée de l'article 18 de la directive 2009/28/CE.

§1^{er} : L'arrêt Biofor et l'absence de reconnaissance mutuelle entre systèmes nationaux.

L'article 18 de la directive 2009/28/CE a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne sa relation avec l'article 34 TFUE. Deux cas peuvent retenir notre attention dans le cadre de ce mémoire, d'une part l'arrêt C-549/15 Biofor, et d'autre part l'arrêt C-242/17 LEGO, qui n'a pas toutefois pas encore été jugé.

Dans la première affaire, il est question du requérant Biofor, importateur suédois de biogaz allemand et danois, qui demande l'annulation d'une injonction de l'agence de l'énergie suédoise enjoignant à modifier le système de vérification portant sur la durabilité du biogaz de sorte à ce que la méthode du bilan massique soit réalisée dans un lieu clairement délimité, comme il l'est déterminé en droit suédois. Or, le respect de l'injonction aurait pour conséquence que le biogaz importé d'Allemagne et du Danemark ne serait plus considéré comme durable au sens de la loi suédoise qui transpose la directive 2009/28/EC. Aussi est-il, entre autre, demandé à la Cour si « *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* »²²⁰. La Cour analyse d'abord la base légale utilisée, à savoir l'article 114, (1) TFUE, et la prime idée du législateur européen de réaliser une harmonisation des critères de durabilité pour faciliter les échanges de biocarburants durables entre états membres²²¹, harmonisation qui comme nous l'avons vu *supra*, présente un caractère exhaustif au vu de l'article 17 (8) de la directive²²². Il est cependant mis en évidence par la Cour et par l'avocat général que ni l'article 17 (qui établit les critères de durabilité à respecter) ni l'article 18 (qui tend à vérifier la conformité à ces critères, notamment la mise en œuvre de la méthode du bilan massique) n'ont pour objet de réglementer les importations de biocarburants, et encore moins de rendre celles-ci inconditionnelles.²²³ Il est ensuite souligné que l'article 18 (1) de la directive n'a pas procédé à une harmonisation complète de la méthode de vérification liée au système de bilan

²¹⁸ E. PAVLOVSKAIA, "The Use of Sustainability criteria in the case of the EU legislation on Biofuels in the Transport sector", o.c., p. 46-47.

²¹⁹ *Ibid.*, p.48.

²²⁰ Arrêt Biofor, C-549/15, ECLI:EU:C:2017:490, point 25.

²²¹ *Ibid.*, points 28 et 34.

²²² *Ibid.*, point 32.

²²³ *Ibid.*, points 35-38.

massique, laissant une marge de manœuvre et d'appréciation aux états lorsqu'ils sont appelés à déterminer concrètement les conditions auxquelles devront répondre les systèmes de bilan massique à mettre en place par les opérateurs économiques²²⁴.

A ces développements, il est utile de souligner un autre élément important qui caractérise le mode de fonctionnement des systèmes nationaux de certification, à savoir le fait que le principe de reconnaissance mutuelle ne s'applique pas d'office entre Etats membres en ce cas précis²²⁵. Or, même si ces états ne peuvent mettre en place des systèmes qui ajouteraient ou supprimeraient des critères de durabilité déterminants²²⁶ pour la prise en compte des biocarburants dans le cadre des situations visées à l'article 17 (1), al. 1 de la directive 2009/28/CE, l'interprétation donnée au critère peut varier comme nous pourrions l'entrevoir dans les développements *infra* et dans le chapitre 5 dans une moindre mesure. Ces différences d'interprétations peuvent mener à de nouveaux obstacles sur le marché, poussant ainsi les opérateurs économiques à se désintéresser des systèmes nationaux.

Il faut souligner le manque de cohérence patent ici : à la lumière des développements de la partie I, notamment portant sur l'importance de l'article 114 TFUE et du bon fonctionnement du marché intérieur, force est de constater qu'il existe ici une incohérence juridique évidente. L'absence de reconnaissance mutuelle, dans ce cas précis, est en effet un frein au fonctionnement optimal du marché intérieur, et il est de notre avis qu'aux vu des développements *infra*, la logique du mécanisme est plus que bancale, même si certains états membres sont disposé à reconnaître malgré tout les systèmes de leurs comparses²²⁷.

Ainsi, les observations réalisées *supra* et l'arrêt Biofor démontrent que les systèmes nationaux peuvent présenter encore des barrières au marché intérieur malgré les objectifs transcendants d'harmonisation poursuivis par la Cour, ce qui explique aussi un net penchant des opérateurs économiques vers la solution du système volontaire de certification.

§2° : Les enseignements à tirer de l'arrêt LEGO et la mise en lumière de l'importance des systèmes volontaires de certification.

L'autre affaire, l'arrêt LEGO, porte sur la relation qui existe d'une part entre les systèmes volontaires de certification et d'autre part avec les systèmes nationaux. Dans le litige, la société LEGO qui a utilisé un bioliquide dans le cadre de son activité, se fait notifier son exclusion du dispositif d'incitation italien par la GSE, se voyant dans l'obligation de rembourser les certificats verts perçus. Le *Consiglio di Stato* pose entre autre à la Cour cette question : « le droit de l'Union européenne, en particulier l'article 18, paragraphe 7, de la directive 2009/28/CE, lu conjointement avec la décision de la Commission européenne 2011/438/UE du 19 juillet 2011, s'opposent-ils à une réglementation nationale, telle que le décret ministériel du 23 janvier 2012, et notamment ses articles 8 et 12, qui impose des obligations spécifiques différentes et plus importantes que celles imposées en cas d'adhésion à un système volontaire faisant l'objet d'une décision de la Commission européenne

²²⁴ *Ibid.*, point 40.

²²⁵ S. ROMPPANEN, "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", *Climate Law and Policy*, 2014, n°4, p. 261.

²²⁶ Directive 2009/28/CE, art. 17 (8).

²²⁷ S. ROMPPANEN, "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", o. c., p. 262.

*adoptée en vertu du paragraphe 4 de l'article 18 précité? ».*²²⁸ L'Avocat général Bordona rappelle qu'il n'est pas dans l'esprit de la directive (que du contraire même) de décourager les opérateurs économiques à adhérer aux systèmes volontaires dans la logique de réduire au maximum la charge administrative qui pèse sur ces derniers : aussi, une utilisation simultanée ou subsidiaire et inconditionnelle des deux systèmes, d'autant plus dans le cas où le système national serait plus strict, ne pourrait être tolérée²²⁹. Cependant, au vu du prescrit du décret ministériel italien contesté (les précisions pouvant être apportées aux systèmes volontaires ne portent que sur les critères non couverts) et au vu de la possibilité pour la Commission de reconnaître des systèmes volontaires « *incomplets* »²³⁰, l'avocat général en arrive à faire la distinction entre trois situations.

La première correspond à l'existence d'un système volontaire qui pourrait être qualifié de complet, c'est-à-dire couvrant tous les critères de durabilité de la directive 2009/28/CE et approuvé par la Commission. Dans ce cas, l'article 18 (7) interdit à l'Etat membre de rajouter d'autres conditions à remplir pour les opérateurs économiques certifiés par le système volontaire.

La deuxième situation correspond à la cohabitation entre d'une part, un système volontaire incomplet reconnu, et d'autre part le système national qui peut alors s'appliquer de manière complémentaire pour ce qui concerne les points qui ne sont pas couverts par le système volontaire.

La troisième situation est celle dans laquelle un système volontaire de certification non reconnu serait d'application : alors, l'état serait en mesure d'imposer à l'opérateur économique la totalité des exigences du système national de certification.²³¹

La logique adoptée par l'avocat général dans cette affaire est cohérente, et il semble tout indiqué que la Cour suive probablement le schéma proposé par ce dernier.

A la lumière des deux derniers paragraphes examinés, il apparaît que toutes les conditions sont mises en œuvre pour que les opérateurs économiques se tournent vers les régimes volontaires pour remplir leurs obligations à l'égard des états membres, et c'est le cas *de facto*. Cela requiert que ces systèmes soient complets, cohérents, et efficaces à la lumière des critères de durabilité qu'ils sont censés assurer, mais aussi que ces dispositions puissent être contrôlées efficacement. Nous allons nous pencher sur ces questions dans la section suivante.

Section 3 : Le régime des systèmes volontaires de certification et l'action de la Commission dans ce cadre.

Comme il l'a été dit *supra*, deux communications ((2010) 160/01 et 160/02) établissent une interprétation des critères de durabilité, et notamment de l'article 18 (4) de la directive 2009/28/CE: il y est affiché que pour montrer la conformité aux critères de durabilité, les opérateurs économiques peuvent utiliser des systèmes volontaires reconnus par la Commission.²³²

²²⁸ Conclusions de l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez Bordona sous l'arrêt LEGO, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:318, point 32.

²²⁹ *Ibid.*, point 62.

²³⁰ *Ibid.*, points 63-64.

²³¹ *Ibid.*, point 66.

²³² J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", *Carbon & Climate L. Rev.*, 2011, n° 34, p. 38.

L'évaluation par la Commission de ces systèmes volontaires de certification qui peuvent être issus de milieux privés (organisations de la société civile, secteurs privés) mais aussi parfois publics, et qui se fait sur requête²³³, est réalisée par le biais d'un système de *benchmarking*²³⁴ : ces systèmes volontaires sont donc certifiés et reconnus par la Commission qui les contrôle à la lumière de valeurs de référence, à savoir les critères de durabilité de la directive sur la promotion des énergies renouvelables. Dans le cas où un état reconnaît un régime volontaire de certification dans son propre modèle, il n'y aurait alors pas de reconnaissance mutuelle qui prévaudrait dès lors qu'il ne serait pas reconnu par la Commission et donc que les autres états membres ne seraient pas tenus de reconnaître ce modèle.²³⁵

La procédure pour évaluer et reconnaître les systèmes volontaires étant détaillée dans la communication (2010) C160/01 de la Commission, c'est vers cette dernière que la Commission doit se tourner pour réaliser la procédure de *Benchmarking*. Dans une logique de reconnaissance à grande échelle, la Commission ne voit pas d'inconvénient à reconnaître des modèles couvrant les mêmes zones géographiques ou les mêmes matières premières.²³⁶ Les régimes volontaires peuvent être inclusifs et complets, mais peuvent également ne porter que sur quelques aspects des critères de durabilité propres aux biocarburants et imposés par la directive tout comme ils peuvent intégrer d'autres préoccupations qui n'y sont pas incluses.

En ce qui concerne l'existence de systèmes qui ne couvrent pas complètement les critères de durabilité, la tendance peut d'une part aller vers une forme d'uniformisation dans le futur, un phénomène qui serait bénéfique même à l'échelle mondiale puisque les critères de durabilité utilisés pour les biocarburants se rapprocheraient tant par la volonté des opérateurs économiques de trouver des systèmes les plus englobants possible pour avoir accès au marché européen, que par la volonté des organismes de certification qui auraient intérêt de répondre à la demande d'harmonisation. Cependant, il faut souligner qu'il y aura probablement toujours des systèmes de certification « *incomplets* », dans la mesure où la biomasse régulée par ces systèmes n'est pas nécessairement destinée à produire des biocarburants, et il est par exemple dans l'intérêt des producteurs de biomasse déjà présents sur d'autres marchés que celui des biocarburants de n'adhérer qu'à certains critères qu'ils ne remplissent pas encore via leur adhésion à d'autres systèmes volontaires.²³⁷ C'est aussi pourquoi la Commission est disposée à reconnaître plusieurs systèmes, car cela réduirait la charge administrative pesant sur les opérateurs économiques²³⁸. Selon le paragraphe 2 (1) de la communication (2010) C160/01, la Commission peut donc évaluer un système sans aucune

²³³ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p. 180.

²³⁴ Il est possible de consulter des documents exemplatifs de la méthode d'analyse que la Commission adopte à cet égard : Commission Européenne, Assessment Protocol template, 2015, p.1-39. En ligne <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy/biofuels/voluntary-schemes>, consulté le 25 juillet 2018.

²³⁵ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 118.

²³⁶ J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", o.c., p. 38

²³⁷ J. LIN, « Governing Biofuels: A Principal-Agent Analysis of the European Union Biofuels Certification Regime and the Clean Development Mechanism », *Journal of Environmental Law*, 2012, vol. 24, pp. 55-56.

²³⁸ *Ibid.*, p.56.

considération à l'égard de son origine (publique ou privée) ni quant à sa portée géographique ou matérielle (quant aux matières premières régularisées).²³⁹

Il est également requis que le système de certification réalise une certification des informations par le biais de la méthode du bilan massique, qui est la chaîne de surveillance désignée par la directive 2009/28/EC. Cette dernière couvre normalement toutes les étapes, de la production des matières premières jusqu'à la distribution des carburants destinés à la consommation. Le contrôle d'audit dont il sera question *infra* sera également requis sur ce point et les systèmes de certification doivent s'assurer que la mise en œuvre de la méthode du bilan massique soit contrôlée en même temps que les critères de durabilité lorsque l'audit intervient.²⁴⁰ De plus, il est imposé de donner les indications quant au pays d'origine²⁴¹, et les caractéristiques de durabilité peuvent inclure une série d'éléments, qui sont énumérés non exhaustivement dans la communication.²⁴²

Il est donc requis que le système volontaire mette en place un audit indépendant: un premier contrôle préalable doit avoir lieu à « l'affiliation » d'un opérateur économique portant sur les performances de ce dernier, et par la suite des audits réguliers doivent prendre place: il est considéré que l'audit doit avoir lieu annuellement. La Commission autorise que le procédé d'audit soit appliqué à un groupe de référence composé de plusieurs opérateurs économiques²⁴³. L'audit doit être réalisé par un tiers externe (il ne peut être réalisé par l'opérateur économique ou par un organisme du système de certification), indépendant (c'est-à-dire indépendant de l'activité de certification et ne pas présenter de conflit d'intérêt), et qui doit disposer de compétences générales et spécifiques (aux fins contrôler le respect des critères applicables au système)²⁴⁴: il doit être en mesure de réaliser une analyse de risques, de proposer un plan de vérification de conformité et requérir les informations nécessaires auprès de l'opérateur économique avant de délivrer ses conclusions.²⁴⁵

Après le procédé d'évaluation, c'est par le biais d'une décision publiée dans le journal officiel et sur la plateforme de transparence de la Commission que la reconnaissance prend formellement lieu. La décision doit spécifier quelles parties des critères de durabilité sont couvertes par le système de certification, et doit également déterminer quels autres critères de durabilité et dans quelle mesure ces derniers sont déterminés. Il est précisé dans la Communication que la reconnaissance d'un régime de certification ne pourra excéder les 5 ans.²⁴⁶ Il est également prévu que dans le cas de modifications apportées au système de certification, la Commission devrait en être informée dans la mesure où ce

²³⁹ *Ibid.*, p.56.

²⁴⁰ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p.180; 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 4, section 2.2.3.

²⁴¹ S. ROMPPANEN, *ibid.*, p.180-181.

²⁴² 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p.5.

²⁴³ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 120-121.

²⁴⁴ J. LIN, « Governing Biofuels: A Principal-Agent Analysis of the European Union Biofuels Certification Regime and the Clean Development Mechanism », o.c., p.58.

²⁴⁵ Com. 2.1 et 2.2; J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", o.c., p. 39.

²⁴⁶ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p.179.

changement pourrait affecter la base utilisée pour la reconnaissance initiale de la Commission, de sorte à ce que cette dernière soit en condition pour apprécier si le système est encore valide ou non²⁴⁷. Dans les cas où le système de certification analysé ne serait pas favorablement accueilli suite à la procédure d'évaluation de la Commission, cette dernière se verrait dans l'obligation de dûment informer l'organisme de certification de ce refus.²⁴⁸

L'article 25 (2) de la directive oblige la Commission à faire appel à l'opinion du comité de durabilité des biocarburants et bioliquides dans le cadre de la procédure de reconnaissance : ce comité est constitué de représentants des Etats membres et présidé par un membre de la Commission. Le projet de n'importe quelle mesure à prendre par la Commission doit être soumis à ce comité, qui délivrera alors son opinion²⁴⁹, par vote si nécessaire²⁵⁰. Il apparaît cependant que cette opinion n'est pas contraignante: en effet, la Commission se voit dans l'obligation de prendre compte de l'opinion et d'informer le comité de la mesure dans laquelle l'opinion a été prise en compte²⁵¹. L'obligation pour la Commission de régulièrement informer le parlement des procédures de comité s'impose.²⁵²

Cette approche est qualifiée de méta-standard, à savoir un cadre dans lequel la vérification de la Commission (« principal ») est indirecte et menée par d'autres acteurs privés ou publics (agents): le but est donc de démontrer la conformité des biocarburants aux critères de durabilité par le biais de standards déjà existants, sans devoir s'en référer directement au « Meta-standard » qui est donc fixé dans la Directive²⁵³. Cette technique est considérée comme plus rentable tant économiquement que temporellement, ainsi que sur le plan administratif. Aussi cela peut contribuer à la propagation à l'échelle mondiale des critères de durabilité, alors même que la plupart des modèles sont plus englobants, avec par exemple dans de nombreux cas l'inclusion de préoccupations sociales dans certains systèmes volontaires de certification reconnus par la Commission²⁵⁴.

Section 4 : Les manquements liés à la procédure de reconnaissance de la Commission.

§1^{er} : Le manque de rigueur et de spécifications des critères dans la méthode « Meta-Standard ».

Les avantages de ce système volontaire sont nombreux : cela permet d'éviter de dépenser trop de temps et d'argent dans le cadre d'un système à repenser et rétablir, et cela permet également de faire intervenir une part du secteur privé dans le procédé. Il faut aussi noter que beaucoup de producteurs étant déjà affiliés aux standards préexistants, cela leur évite des coûts supplémentaires. Cela permet

²⁴⁷ J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", o.c., p.38

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 38.

²⁴⁹ J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", o.c., p. 39.

²⁵⁰ Décision 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.U.E.*, 28 juin 1999, L184, pp. 23-24, Art. 3(3).

²⁵¹ *Ibid.*, art 3 (4)

²⁵² *ibid.*, Art. 7 (3).

²⁵³ B. DEHUE E.A., "Inventory of data sources and methodologies to help economic operators identify land status relating to EU sustainability criteria for biofuels and bioliquids", ECOFYS, PEGENL083540, 2011, p. 1-3.

²⁵⁴ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 119.

aussi de se conformer plus facilement aux principes de l'OMC²⁵⁵, et cela peut contribuer sur l'échelle mondiale à des modes de production plus harmonisés.

Cependant, plusieurs critiques ont également été émises quant au modèle. En effet, toujours dans la logique adoptée dès l'entrée en vigueur de la directive, la logique d'harmonisation est un frein pour la poursuite de modèles plus exigeants qui pourraient être proposés par les états membres, puisque les systèmes doivent tous être reconnus par ces derniers une fois qu'ils sont reconnus par la Commission.²⁵⁶ Il y a également des risques de problèmes de forum shopping, de fraude et de prolifération. Le modèle présente également des limites en ce qui concerne l'approche à un macro-niveau quant à la sécurité alimentaire ou au changement indirect d'affectation des sols²⁵⁷.

Dans la réalité, au vu du manque de spécifications dans les directives ou même par l'action de la Commission en ce qui concerne l'application des standards de référence et des procédures qui tendent à évaluer les systèmes de certification, il est contestable de dire qu'il y a réellement une approche cohérente qui est en œuvre dans ce domaine de la vérification des critères.

Il y a deux mécanismes à discuter dans le cadre du système volontaire de certification: le premier consiste en la procédure adoptée par la Commission pour reconnaître le système, et le deuxième est celui pris par les acteurs privés dans le cadre de la vérification du régime de certification.

Dans les défauts et manquements qui s'attachent au premier mécanisme, il y a un constat concernant les informations qui sont données sur le procédé que doit adopter la Commission lorsque la reconnaissance a lieu : il y a trop peu d'informations prodiguées par la communication (2010) C160/01, notamment en ce qui concerne la manière dont le *benchmarking* s'exerce²⁵⁸. Lin rappelle que pour assurer un mode de fonctionnement efficace, il est important que le procédé de *benchmarking* soit rigoureux, de sorte à ce que la procédure mise en place puisse vraiment faire de cette étape une assurance que le modèle suivra les critères de durabilité qu'il s'engage à faire respecter. Il n'y a pas vraiment d'informations développées dans la communication qui tend à guider la Commission et le comité de durabilité dans leur mission, celle-ci n'apportant que quelques éléments éparpillés sur la manière de procéder²⁵⁹: il n'y a pas assez d'explications établies « officiellement », même pour ce qui concerne la *soft law* déployée, et portant sur les standards de référence sur lesquels s'appuyer pour établir une réelle protection et une vérification efficace des critères de durabilité, ce qui laisse une très large marge d'appréciation pour la Commission²⁶⁰.

Le même constat peut être tiré pour ce qui porte sur les réquisitions concernant l'audit, qui sont relativement vagues : ainsi, la communication dit simplement que les demandes de reconnaissance doivent démontrer à la Commission que les audits seront correctement planifiés, menés et notifiés, en ajoutant une série de caractéristiques générales portant sur le contrôle même qui peuvent mener à

²⁵⁵ E. BARRET LYDGATE, o.c., pp. 159-166.

²⁵⁶ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 120.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 121.

²⁵⁸ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p.181.

²⁵⁹ S. ROMPPANEN, "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", o. c., p. 255.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.255.

« reconnaître » l'audit²⁶¹ : l'auditeur doit être par exemple capable d' « identifier les activités de l'opérateur économique concernées par les critères du système » ou encore « établir au moins un « niveau d'assurance limitée » eu égard à la nature et à la complexité des activités de l'opérateur économique »²⁶². Enfin, la lenteur du procédé de son manque global de clarté nous mène à conclure que le système de reconnaissance souffre d'un manque criant de spécifications²⁶³. Ce manque peut porter directement atteinte à l'efficacité du système selon la Cour des comptes²⁶⁴.

Le laconisme s'attachant à la spécification des critères de durabilité au sein même de la directive donne un poids encore plus conséquent à la procédure de *benchmarking*, puisque c'est à ce stade que ces critères sont plus finement définis par la Commission.²⁶⁵ Ces critères pourtant sur les changements d'affectation des sols seront cependant quelques peu spécifiés dans le chapitre 5.

Or il est également mis en lumière que le fait qu'il y ait un développement d'une multitude de systèmes volontaires dans le monde puisse poser des problèmes au niveau de l'uniformité des contrôles, menant également au risque de créer un cadre où certains systèmes seraient plus à même que d'autre à remplir les critères de durabilité²⁶⁶, d'autant plus que les standards de contrôle de la Commission n'assurent pas que cette uniformité peut être assurée²⁶⁷. Il est démontré que dans le futur, l'Union est susceptible d'importer des biocarburants mais aussi de la matière première provenant des pays tiers, ce qui implique que le contrôle de durabilité est également hautement dépendant des pays et du système de gouvernance mis en place, notamment en ce qui concerne la protection de la biodiversité et d'autres préoccupations environnementales, ainsi que la mise en place de pratiques agricoles durables.

Alors que les réquisitions de la directive 2009/28/CE inhérentes aux bonnes pratiques agricoles au sein de l'Union Européenne²⁶⁸ ne sont obligatoires seulement lorsque la matière première utilisée est issue de l'Union européenne²⁶⁹, il n'est précisé à ce sujet dans aucune des deux communications précitées quelconques mesures de contrôle direct concernant les matières premières provenant de pays tiers. Même si la directive n'exige pas de contrôle dans ce cas, le manque de clarté et de spécification quant aux normes de référence prises par la Commission lors du procédé de *benchmarking* laisse aussi un certain flou juridique sur ce point.

Dans le cadre de la deuxième dynamique évoquée, il peut être aussi intéressant de se pencher sur le contrôle réalisé par l'auditeur : alors que les opérateurs économiques doivent remettre des

²⁶¹ E. PAVLOVSKAIA, "Controlling the Fulfillment of the EU Sustainability Criteria for Transport Biofuels (on the Basis of Directive 2009/28/EC)", *Renewable Energy L. & Pol'y Rev.*, 2015, n°4, pp. 295-296.

²⁶² 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 3, section 2.2.

²⁶³ S. ROMPPANEN, "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", *op. cit.*, p. 256.

²⁶⁴ Rapport spécial de la cour des comptes Européennes, « Le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne », office des publications de l'Union européenne, 2016, p.20 ; J. LIN, "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", *o.c.*, p. 44 et s. .

²⁶⁵ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", *o.c.*, p.183.

²⁶⁶ A. J. K. POLS, « The rationality of biofuel certification: a critical examination of EU biofuel policy », *o.c.*, p. 670.

²⁶⁷ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", *o.c.*, p.185.

²⁶⁸ Directive 2009/28/EC, article 17 (6).

²⁶⁹ Communication de la Commission 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 9, section 2.

informations aux états membres attestant la durabilité de leur produit et la conformité aux obligations qui s'imposent à eux (par le biais de certificats), aucun contrôle n'est prévu sur les auditeurs par la Commission, et rien n'est précisé quant à un potentiel régime de responsabilité en cas de fraude de ces derniers: cela laisse aussi la possibilité à certains états d'intervenir (avec par exemple en Allemagne, la possibilité pour l'administration allemande de faire appel à un droit « d'observation direct de l'audit ») et donc de potentiellement constituer des obstacles à la dynamique d'harmonisation européenne qui est pourtant maître mot dans ce régime de mise en œuvre. Le manque de supervision constante de la Commission sur les organismes de certification mène au même constat²⁷⁰, alors même que le fait qu'il n'ait pas d'établissement spécifique (du moins ni officiel, ni contraignant) de mesure de référence quant à la manière dont les auditeurs doivent exécuter leur contrôle peut aussi mener à des incohérences dans la manière dont le régime est mis en œuvre²⁷¹.

Enfin, comme le met en évidence *Pelsy*, il est relativement difficile de contrôler l'application de ce modèle lorsque la matière première provient de l'étranger par exemple,²⁷² tout comme il est compliqué de faire face de manière générale aux risques de fraude qui pourraient engendrer des phénomènes de falsification des données²⁷³. Il peut être avancé sans trop de risque que l'application du contrôle de l'auditeur dans le cadre de la méthode du bilan massique puisse poser des problèmes quant au contrôle à la source, dans les cas par exemple où un auditeur européen devrait par exemple se rendre sur des zones d'exploitation agricole se situant au Brésil ou en Indonésie²⁷⁴.

§2 : Le manque de transparence et d'action holistique de l'Union en la matière.

La deuxième critique majeure portant sur le procédé de reconnaissance est aussi le fait qu'il n'existe aucune procédure par laquelle des *stakeholders* ou entités concernées (tels que des ONG) pourraient contester une décision de sélectionner un système de certification, ou questionner le procédé ou le standard de référence et sa substance.²⁷⁵ Or, inclure l'intervention des *stakeholders* concernés dans le procédé de reconnaissance semble important pour donner de la légitimité et une acceptation générale du système: ainsi, pour ce genre de nouvelle manière de « gouverner », il est important que la société civile puisse intervenir dans le processus de sorte à ce que le consentement donné pour laisser un corps privé exercer des responsabilités publiques puisse être donné, et retiré le cas échéant²⁷⁶. Lors d'un recours en annulation d'une décision de la Commission devant le Tribunal de l'Union européenne, il a été question de ces manquements, ou du moins une certaine mise en évidence de ces derniers a été dévoilée. Dans cette affaire, les requérants, des ONGs agissant dans le cadre de la protection environnementale, avaient demandé à la Commission l'accès à une série de documents concernant les systèmes volontaires de certification, requête à laquelle la Commission n'avait

²⁷⁰ Rapport spécial de la cour des comptes Européennes sur le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne, office des publications de l'Union européenne, 2016, p.29-30.

²⁷¹ S. ROMPANEN, "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", o. c., pp. 256-257.

²⁷² E. PAVLOVSKAIA, "Controlling the Fulfillment of the EU Sustainability Criteria for Transport Biofuels (on the Basis of Directive 2009/28/EC)", o.c., p.296.

²⁷³ F. PELS, "The European Commission 2008 Directive proposal on biofuels: a critique", o.c., p.131-132.

²⁷⁴ E. PAVLOVSKAIA, "Controlling the Fulfillment of the EU Sustainability Criteria for Transport Biofuels (on the Basis of Directive 2009/28/EC)", o.c., p. 296; *confer* Annexe I.

²⁷⁵ S. ROMPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p.181-182.

²⁷⁶ J. ROSENAU, *Distant Proximities: Dynamics Beyond Globalization*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 308.

accédée que partiellement en envoyant un unique document et en refusant l'accès aux autres documents. Ce refus, selon les requérants, violait diverses dispositions européennes en termes d'accès à l'information²⁷⁷. Bien que le recours ait été jugé comme irrecevable par le Tribunal en raison de sa tardiveté²⁷⁸, il n'en demeure pas moins que le cas était problématique sur le fond, notamment en ce qui concerne les obligations qui sont posées dans le règlement 1049/2001 à la Commission et notamment par l'article 4 de ce dernier, alors même que le considérant 11 rappelle « *qu'en principe, tous les documents de l'institution doivent être accessibles au public* ». Ce cas, bien que n'ayant pas abouti, met le doigt sur les manquements qui existent dans ce système en ce qui concerne la transparence et la clarté qui devraient pourtant être de mise dans l'optique d'assurer un fonctionnement optimal du système. Le fait que l'opérateur économique puisse s'appuyer sur un système de certification dont la conformité avec les critères de durabilité de la directive 2009/28/CE n'a pu être affirmée par la Commission avec des standards rigoureux et explicites, et ce dans le cadre d'une procédure clairement établie crée le risque que ces critères ne soient au final pas correctement appliqués²⁷⁹, et ce au détriment de la protection environnementale.

D'autres critiques, liées également de manière générale au système mis en place dans la directive peuvent être émises. Ainsi, les exigences concernant les bonnes pratiques agricoles fixées à l'article 17 (6) lorsque la matière première provient de l'Union ne sont pas contrôlées directement par les régimes volontaires de certification de certains organismes reconnus par la Commission²⁸⁰ : il est attendu de la Commission que les états membres s'appuient sur leurs systèmes de contrôle existants. Il est ainsi précisé dans la Communication (2010) C160/02 que si un système de contrôle détecte une infraction à ce critère, l'état membre en cause devra veiller à ce que cette infraction soit prise en compte au regard des objectifs poursuivis par la directive et des obligations que les états doivent remplir en vertu de cette dernière²⁸¹, sans toutefois amener plus de précision. La Cour des comptes a aussi relevé que le contrôle de la conformité aux conditionnalités (donc, le contrôle indirect) réalisé dans le cadre des systèmes volontaires de certification n'était pas exhaustif, et relativement peu efficace dans 3 cas sur 4²⁸².

Il est de notre avis que le fait que la Commission ne prenne pas en compte d'autres aspects de durabilité (notamment des aspects sociaux ou les critères « oubliés » portant par exemple sur une éventuelle action concernant le changement d'affectation des sols) comme normes de référence pour évaluer les systèmes de certification peut aussi pousser à exiger un « éclaircissement » de l'action et des procédures utilisées par la Commission à un stade de mise en œuvre du système qui est primordial, si pas le plus important.

²⁷⁷ Arrêt Clientearth/Commission, T-278/11, ECLI:EU:T:2012:593, point 20.

²⁷⁸ *Ibid.*, point 47.

²⁷⁹ S. ROMPPANEN, "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", o.c., p.182.

²⁸⁰ Rapport spécial de la cour des comptes Européennes sur le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne, office des publications de l'Union européenne, 2016, p.20-21.

²⁸¹ Communication de la Commission 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, J.O.U.E, du 19 juin 2010, C160, p.10.

²⁸² Rapport spécial de la cour des comptes Européennes sur le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne, office des publications de l'Union européenne, 2016, p.21.

Il est certes question de la durabilité des biocarburants au sens de la directive 2009/28/CE lorsque l'on émet cet avis, mais il est aussi question de « l'acquis communautaire » et notamment en matière de protection de l'environnement : le principe d'intégration doit être de mise aussi dans des matières environnementales, et force est de constater que dans l'état actuel du système, le manque de transparence, de précision et de liens explicites avec d'autres actions de protection environnementale peuvent effriter l'efficacité du principe même, et donc de l'action globale de l'Union non seulement dans le domaine environnemental, mais aussi dans le domaine énergétique.

Au final, ce chapitre démontre que le système implémentant les critères de durabilité présente des aspects qui peuvent porter à confusion, et qui nous donne à penser que l'efficacité « économique » du système est mise beaucoup plus avant que l'efficacité « environnementale » du régime de durabilité.

Les pierres angulaires du système sont les régimes volontaires de durabilité, qui présentent des défauts majeurs, que ce soit dans leur mode de fonctionnement ou leur mode de sélection. Ces défauts mettent grandement en danger la cohérence globale du mécanisme de vérification articulé dans l'article 18 de la directive 2009/28/CE.

Dans le dernier chapitre, nous allons explorer plus en détails certains critères, et déterminer le niveau de cohérence juridique devant s'y attacher afin que leur mise en œuvre et leur cohabitation avec le corpus légal européen puissent être effectives.

Chapitre 5 : Les critères de durabilité liés au changement d'affectation des sols et leurs caveats.

Section 1 : Les spécifications et précisions apportées aux critères de l'article 17 (3) à (5) de la directive 2009/28/CE.

Excepté pour ce qui prévaut pour les prairies naturelles et non-naturelles qui sont dorénavant définies de manière harmonisée, les autres critères établis par la directive 2009/28/CE sont relativement larges, et malgré leur clarté, beaucoup de marge d'appréciation est donc laissée aux Etats membres dans la mise en œuvre et la détermination de ces derniers, ce qui peut potentiellement mener à des différences dans l'implémentation de ces critères²⁸³. Il y a tout de même quelques indications et précisions qui peuvent être apportées à cet effet.

Tout d'abord, il doit être question des zones « affectées » visées à l'article 17 (3), b) : les critères de durabilité se basent ici sur une protection qui est déjà établie en droit national, et qui peut d'une certaine manière renforcer ce qui est déjà mis en place puisque c'est une sorte d'incitant pour les privés de suivre les obligations leur incombant en ce qui concerne ces zones protégées, notamment dans les pays tiers. Ainsi, la « désignation » peut être réalisée par un pays tiers, et le terme « loi » doit être interprété dans son sens le plus large, tandis que la zone doit être désignée par l'autorité compétente et tout cela en accord avec le droit international, notamment en ce qui concerne la souveraineté des états et la limite de leur action au sein de leur juridiction²⁸⁴. Il n'est prescrit directement dans la directive aucune obligation particulière concernant ces zones protégées, qu'il s'agisse du type de sites visés ou du niveau de protection, deux aspects non abordés par l'article 17, b), I). C'est l'état qui décide du niveau de protection et de ce qui est à protéger²⁸⁵, tout en prenant compte évidemment à l'échelle de l'Union du principe de primauté du droit européen qui dans le cas des sites Natura 2000 (qui sont principalement visés par l'article, et correspondent aux zones spéciales de conservation de la directive oiseaux et aux zones spéciales de protection de la directive Habitats²⁸⁶) par exemple, pose certaines obligations à ces égards aux états membres : ce point sera évoqué dans la section suivante.

En ce qui concerne l'objectif de conservation ou de préservation visés à l'article 17, 3), b) I et II), il faut souligner que celui s'apparentant au deuxième est beaucoup moins large que celui du premier : ainsi, la notion d'espèces rares, menacées ou en voie de disparition est en partie empruntée à celle figurant dans la liste rouge de l'Union internationale pour la conservation de la nature et de la convention sur le commerce international des espèces de faune et flores en voie d'extinction, ce qui n'est pas le cas

²⁸³ A. SCHMEICHEL, *Towards Sustainability of Biomass Importation: an Assessment of the EU Renewable Energy Directive*, Groningen, Europa Law Publishing, 2014, p. 114.

²⁸⁴ *Ibid.*, p.93.

²⁸⁵ P.HODSON, "Renewable energy in transport (including biofuels)", in *Renewable energy law and policy in the European Union*, Leuven, *Claeys&Casteels*, 2010, p. 173-208; A. SCHMEICHEL, *o.c.*, p.93-94.

²⁸⁶ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, *o.c.*, p. 106-107.

concernant la notion d'écosystème. Ainsi, ce qui doit être reconnu ou pas dans le cadre des accords internationaux est assez ambigu, surtout lorsque l'on met au prise différentes versions du traité²⁸⁷ : ainsi se pose la question de savoir si les termes « reconnus » et « listes » renvoient soit à des zones spécialement désignées, soit directement à des types d'écosystèmes et d'espèces.²⁸⁸

Dans le premier cas, le champ d'application serait beaucoup plus restreint que dans le second dans la mesure où le nombre de zones spécialement indiquées et désignées sont peu nombreuses à l'échelle des accords internationaux : beaucoup de conventions et d'accords développent des éléments de spécification et de description de zones, sans pour autant les désigner directement. Et en ce qui concerne les listes, il faudrait que ces dernières soient spécialement désignées comme relevant des sites à des fins de protection de la nature et plus spécialement des espèces et écosystèmes rares, menacés ou en voie d'extinction.

Dans le cas où la deuxième interprétation de l'article serait favorisée, alors la protection serait beaucoup plus large, et seraient par exemple éligibles les listes de la CITES et de l'UICN. Là où la version anglaise semblerait soutenir l'interprétation large, la version française semble soutenir la version restrictive, et l'exigence que la Commission « reconnaisse » ces zones indique en réalité que c'est plus probablement cette dernière interprétation qui prévaudrait²⁸⁹. La Commission n'a toutefois pas encore pris de décision visant à réaliser la reconnaissance dont il est question à cet article.²⁹⁰

En ce qui concerne les zones forestières, on a d'une part celles visées à l'article 17, (3) de la directive RED qui se basent sur un critère qualitatif : et bien qu'il ne soit pas donné de définition de « forêt » dans la directive et donc qu'il n'y ait aucun indice d'harmonisation concernant ce concept, il semble que les efforts d'harmonisation réalisés par le FAO puissent être considérés comme une sorte de référence, d'autant qu'il s'agit d'une des notions utilisées aux fins de rapports par les états membres comme indiqué dans le considérant 69 de la directive²⁹¹. Pour ce qui est des forêts visées à l'article 17 (4) de la directive, le législateur a fait le choix de prendre un critère quantitatif, se basant sur un certain pourcentage d'étendue boisée pour préciser le critère au lieu de prendre en compte la réelle valeur de potentiel de captation de carbone du puit carbone en question, ce qui pourrait poser des problèmes notamment en termes de changement d'affectation des sols²⁹².

Les zones humides²⁹³ sont visées au vu de leur potentiel de captation de carbone, et non pas au vu de leur haute valeur en biodiversité, même si cela n'a pas vraiment d'incidence sérieuse dans la mise en œuvre des critères de durabilité.²⁹⁴ Les zones humides doivent être interprétées dans l'alignement de la définition large qui existe dans la convention de Ramsar et ses articles 1.1 et 2.1, et qui comprend plusieurs types de zones humides telles que notamment les zones humides temporaires, et

²⁸⁷ A. SCHMEICHEL, *o. c.*, p. 97-98.

²⁸⁸ *Ibid.*, p.98.

²⁸⁹ *Ibid.*, p.98-99.

²⁹⁰ *Ibid.*, p.101.

²⁹¹ *Ibid.*, p.102-103.

²⁹² *Ibid.*, p.103-104 et p.115-117.

²⁹³ Directive 2009/28/CE, art. 17, (4).

²⁹⁴ A. SCHMEICHEL, *o.c.*, p.107.

pour montrer que les conditions sont bien remplies, il peut être fait usage de la base de données des sites et de la liste établie par la convention.²⁹⁵

Les tourbières quant à elles, visées dans l'article 17 (5) et faisant donc l'objet d'un traitement particulier alors même qu'elles constituent également des zones humides, ne bénéficient pas d'indication spéciale concernant la détermination même de ce genre de site.²⁹⁶

Section 2 : Le caveat de l'article 17 (3) b) et les modalités de l'article 6 de la directive Habitats.

L'article 17, (3), b), i) de la directive 2009/28/CE vise principalement, au sein de l'Union Européenne, les sites qui font partie du réseau Natura 2000 en vertu de la directive 92/43/CE dite « Habitats » et de la directive 2009/147/CE dite « Oiseaux », exigeant la création respectivement de « zones spéciales de conservation » et de « zones spéciales de protection ».²⁹⁷

Cette disposition compte une des trois exceptions prévues par la directive sur la promotion des énergies renouvelables permettant de produire des biocarburants au moyen de matières premières cultivées et récoltées dans une des zones interdites fixées par l'Union. Ainsi, l'article établit un *caveat* dont il est nécessaire d'établir la portée : « *sauf à produire des éléments attestant que la production de ces matières premières n'a pas compromis ces objectifs de protection de la nature* ».²⁹⁸

La première chose à souligner dans la formulation de ce prescrit, c'est le fait qu'il revient à l'opérateur économique d'apporter des éléments de preuves afin de pouvoir se prévaloir de cette possibilité. Cela renvoie à l'article 17 (6) de la Directive 2009/28/CE en ce qui concerne les sites Natura 2000 : en effet, cette disposition, comme il l'a été souligné *supra*, dispose que les contrôles sont réalisés par les états membres dans le cadre des systèmes de contrôle mis en place par ces derniers²⁹⁹ lorsqu'il s'agit de s'assurer du respect des conditionnalités de la PAC qui comptent entre autres les articles 6 de la directive Habitats et 4 de la directive Oiseaux³⁰⁰. Autrement dit, le contrôle du *caveat* ne doit pas être réalisé par les systèmes volontaires de certification, ni vérifié dans le cadre de l'audit y afférant : ces derniers devront uniquement s'assurer du respect de la disposition par le biais du recueil de la preuve apportée par l'opérateur économique.

Ce constat nous renvoie directement au deuxième élément de la disposition qui attire l'attention, à savoir la notion de « ne pas compromettre les objectifs de protection de la nature ». Dans le cadre de

²⁹⁵ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 108-109; ²⁹⁶ B. DEHUE E.A., "Inventory of data sources and methodologies to help economic operators identify land status relating to EU sustainability criteria for biofuels and bioliquids", o.c., p.66.

²⁹⁶ A. SCHMEICHEL, o. c., p.108.

²⁹⁷ T. YUE, *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and Chine regulation of the Sustainability of Biofuels*, o.c., p. 106.

²⁹⁸ Directive 2009/28/CE, article 17 (3), b), al. 2.

²⁹⁹ Communication de la Commission 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, J.O.U.E, du 19 juin 2010, C160, p. 10, section 2.2.

³⁰⁰ Règl. (UE) 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, modifiant les règlements (CE) n°1290/2005, (CE) n°247/2006 et (CE) n°378/2007, et abrogeant le règlement (CE) n°1782/2003, J.O.U.E., 31 janvier 2009, L30, pp. 16-99, Annexe II, point A, 1 et 5.

la directive Habitats (nous ne nous épancherons pas sur la directive Oiseaux), il peut être intéressant de se pencher sur la notion d'objectif de protection afin de clarifier le deuxième élément de l'exception dont il est question dans cette section.

Il faut d'abord s'en référer à l'objectif global qui est poursuivi par la directive 92/43/CE, dont il est question à l'article 2 de la directive : ce dernier consiste à assurer la biodiversité par le biais de la conservation de la faune et de la flore sauvage, ainsi que des habitats naturels. Il est ainsi souligné que les mesures prises au nom de la directive se doivent d'assurer (de maintenir ou de restaurer³⁰¹) « *un état de conservation favorable* » pour les habitats et les espèces protégés, de sorte à ce que la survie de ces derniers soit assurée sur leur aire de répartition naturelle dans l'Union Européenne³⁰².

Le concept de conservation est défini à l'article 1, a), renvoyant aux dispositions contenues à l'article 1 e) et i) : il s'agit d'un ensemble de mesures requises pour maintenir ou rétablir les habitats naturels et les populations d'espèces de faune et de flore sauvage dans un état favorable. Par exemple, l'état de conservation d'un habitat naturel s'entend comme « *l'effet de l'ensemble des influences agissant sur un habitat naturel ainsi que sur les espèces typiques qu'il abrite, qui peuvent affecter à long terme sa répartition naturelle, sa structure et ses fonctions ainsi que la survie à long terme de ses espèces typiques sur le territoire visé à l'article 2* » : ce dernier sera considéré comme favorable quand l'aire de répartition occupée ainsi que les superficies couvertes par ce dernier sont stables ou en extension, que « *la structure et les fonctions spécifiques nécessaires à son maintien à long terme existent et sont susceptibles de perdurer dans un avenir prévisible* », et que « *l'état de conservation des espèces qui lui sont typiques est favorable au sens du point i)* »³⁰³. C'est dans ce cadre qu'intervient la notion d'objectifs de conservation, qui s'identifie, à notre sens, aux « objectifs de protection » visés dans la directive 2009/28/EC.

Ce concept d'objectif de conservation est d'une importance capitale au sein de la directive Habitats : on le retrouve explicitement aux considérants 8 et 10 du préambule de la directive, et dans l'article 6 (3), et implicitement dans les articles 6 (4) et surtout 6 (1) et 6 (2), dans la mesure où son interprétation et sa mise en œuvre sont nécessaires à l'implémentation de ces dispositions³⁰⁴. On peut donc identifier un objectif de conservation comme étant la spécification de l'objectif général évoqué *supra* pour la protection des habitats et espèces étant présents sur un site désigné, de sorte à contribuer à atteindre ou entretenir un état de conservation favorable de ces derniers sur le plan national, biogéographique et européen³⁰⁵. C'est dans cet environnement que l'article 6 de la directive Habitats intervient, et notamment via les 2 premiers paragraphes : à cet effet, l'article 6 (1) prévoit que

³⁰¹ Directive 92/43/CE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *J.O.U.E.*, du 22 juillet 1992, L206, pp. 7-50, art. 2, al.2.

³⁰² Note de la Commission sur la fixation d'objectifs de conservation pour les sites Natura 2000 ayant pour objectif de proposer des orientations afin d'aider les États membres à fixer leurs objectifs de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab.* 12-04/06, novembre 2012, p.2.

³⁰³ Directive 92/43/CE, art. 1, e).

³⁰⁴ L. STAHL, « The concept of conservation objectives' in the Habitats Directive: a need for a better definition? », in *The Habitats Directive in its EU environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Paris, Routledge, 2015, p.57-58.

³⁰⁵ Note de la Commission sur la fixation d'objectifs de conservation pour les sites Natura 2000 ayant pour objectif de proposer des orientations afin d'aider les États membres à fixer leurs objectifs de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab.* 12-04/06, novembre 2012, p.2.

pour les zones spéciales de conservation, les états membres doivent établir les mesures de conservation nécessaires pour s'assurer de la bonne poursuite de l'objectif global poursuivi, à savoir le maintien ou la restauration d'un état de conservation favorable pour un habitat naturel ou une espèce protégée. Il apparaît que les objectifs de conservation font donc office de liaison entre d'une part l'objectif global susmentionné et d'autre part les mesures de conservation³⁰⁶, de sorte que ces objectifs doivent précéder ou pour le moins accompagner les mesures de conservation que les états membres doivent prendre en vertu de l'article 6 (1)³⁰⁷. Les objectifs de conservation, bien que primordiaux, ne jouissent cependant pas du bénéfice d'une définition établie dans la directive, ce qui a mené la Commission et la Cour de Justice à tenter de préciser ce concept.

Aussi, la Commission agit au moyen de notes et communications non contraignantes : la Cour a reconnu la valeur indicative de ces documents³⁰⁸, et la mise en œuvre des états membres est inspirée de ces développements. Cette définition est en plus encadrée par deux seuils.

D'une part le FDS qui, donnant un certain nombre d'informations détaillées sur les sites désignés, constitue un terreau minimum sur lequel les objectifs de conservation doivent s'appuyer.³⁰⁹

D'autre part, l'objectif global d'état de conservation favorable pour lequel la contribution de ces objectifs de conservation doit obligatoirement se mettre en œuvre de sorte à tendre de manière optimale à la réalisation de l'objectif global visé³¹⁰. La Cour a donné une définition du concept dans l'arrêt *Waddenzee*³¹¹, mais non-exhaustive, de sorte que les états membres bénéficient encore d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne la détermination des objectifs en questions³¹².

C'est au vu de ces objectifs que les états membres vont mettre en place les actions que leur imposent notamment les 4 paragraphes³¹³ de l'article 6 de la directive Habitats, des mesures qu'il faut donc respecter pour suivre les objectifs de conservation fixés : ainsi, les mesures de conservation nécessaires, s'appliquant aux zones spéciales de conservation et visant à maintenir ou rétablir un état

³⁰⁶ L. STAHL, o.c., p. 58-59.

³⁰⁷ C.-H. BORN, « Quelques réflexions sur le mécanisme de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Pour un droit commun de l'environnement-Mélange en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 969.

³⁰⁸ Arrêt *Waddenzee*, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:48, point 41.

³⁰⁹ Arrêt *Commission C. Italie*, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532, point 33; L. STAHL, o. c., p.61.

³¹⁰ L. STAHL, o.c., p.61-62 ; Note de la Commission sur la fixation d'objectifs de conservation pour les sites Natura 2000 ayant pour objectif de proposer des orientations afin d'aider les États membres à fixer leurs objectifs de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab . 12-04/06*, novembre 2012, p.3.

³¹¹ Arrêt *Waddenzee*, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:48, point 54 : « ces objectifs peuvent, ... être déterminés en fonction, notamment, de l'importance des sites pour le maintien ou le rétablissement, dans un état de conservation favorable, d'un type d'habitat naturel de l'annexe I de ladite directive ou d'une espèce de l'annexe II de celle-ci et pour la cohérence de Natura 2000, ainsi que des menaces de dégradation ou de destruction qui pèsent sur eux ».

³¹² L. STAHL, o.c., p.65.

³¹³ Dans le souci de se tenir aux exigences quantitatives inhérentes à la rédaction du mémoire, nous ne pouvons détailler d'avantage les liens existants entre l'article 6 de la directive Habitats et la Directive 2009/28/CE: il peut toutefois être intéressant de se pencher sur la notion de « projet » visée à l'article 6 (3) de la directive 92/43/CE et les potentiels liens avec la production de matière première destinée à la production de biocarburants durables.

favorable de conservation favorable des habitats naturels ou espèces pour lesquels le site est désigné³¹⁴, sont prises en vertu de l'article 6 (1).

Ces mesures doivent répondre aux exigences écologiques des types d'habitats et des espèces protégées sur les sites, impliquant tout facteur biologique considéré comme nécessaire pour entretenir la conservation des habitats et des espèces, y compris les relations qu'ils entretiennent avec le milieu physique : ces exigences sont fixées au cas par cas au vu des connaissances scientifiques, et peuvent varier selon les types d'espèces ou d'habitats ou selon les différents sites³¹⁵.

Les mesures qui doivent être prises en vertu de l'article 6 (2) de la directive 92/43/CE, concernant des activités déjà mises en place contrairement à ce qui est prévu à l'article 6 (3)³¹⁶, sont destinées à éviter de manière appropriée, dans les zones spéciales de conservation, la détérioration des habitats naturels ou d'espèces ainsi que les perturbations susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive à l'égard des espèces pour lesquelles les zones ont été désignées. Cet article s'applique donc aussi aux activités réalisées dans un cadre agricole qui ne requièrent pas nécessairement d'autorisations préalables³¹⁷.

Ainsi, toutes les mesures susvisées concernent de manière générale les producteurs de matières premières destinées à la production de biocarburants : elles doivent être respectées par ces derniers et la preuve du respect de ces mesures doit être rapportée par l'opérateur économique auprès de l'auditeur pour pouvoir remplir les conditions visées par le *caveat* de l'article 17 (3), b), al. 2 de la directive 2009/28/EC, cette preuve faisant elle-même foi face aux états membres. La Commission, n'exigeant donc qu'une preuve de la conformité aux différentes mesures afférentes aux objectifs de conservation, et non pas à un contrôle direct de l'auditeur sur ce point, place une confiance presque totale³¹⁸ dans les systèmes de mise en œuvre et de contrôle des états membres : pour le bon fonctionnement de ce système, il est donc nécessaire que les états membres fixent, au vu du cadre minimal européen évoqué *supra*, des mesures efficaces et pertinentes à l'égard des objectifs de conservation fixés. Il est aussi nécessaire que le système de contrôle mis en place soit efficace et cohérent. Nous pensons que cette confiance « *aveugle* » peut mettre en péril la durabilité des biocarburants, notamment au vu des critiques adressées à la Commission par la Cour des comptes en ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 17 (6) (*cfr.* chapitre précédent) mais aussi au vu des

³¹⁴ Note de la Commission sur l'établissement de mesures de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab.13-04/05*, septembre 2013, p.1.

³¹⁵ *Ibid.*, p.2.

³¹⁶ H. SCHOUKENS, P. DESMEDT, "An Cliquet, Implementation of the Habitats Directive in Belgium (Flanders): Back to the Origin of Species", *JEEPL*, 2007, n°2, p. 129.

³¹⁷ European Commission, Managing Natura 2000 sites: The provisions of Article 6 of the 'Habitats' Directive 92/43/EEC, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2000, p.24-25.

³¹⁸ Décision 2009/548/CE de la Commission du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil [notifiée sous le numéro C(2009) 5174], *J.O.U.E.*, 15 juillet 2009, L182, p. 48 : cette décision est une des illustrations démontrant cette tendance, avec des exigences très voire trop générale et peu de mesures concrètes prises en conséquence. Les plans nationaux ne sont cependant pas abordés dans ce mémoire.

inquiétudes que cette même Cour des comptes a entretenues à l'égard du respect des conditionnalités de la PAC³¹⁹.

Il est aussi à noter que peu de moyens de s'assurer de la bonne application de la directive Habitats existent : le recours en manquement dont dispose la Commission contre l'état membre en vertu de l'article 258 TFUE a été utilisé 89 fois devant la cour, mais ne porte que sur la conformité de la transposition nationale au droit européen³²⁰, alors que les réels problèmes se posent surtout dans l'application concrète des dispositions nationales prises. Quant à la pertinence des mesures qui sont prévues par les états membres (en ce qui concerne, entre autre, le degré de conservation poursuivi), il semble que seule la Commission peut poursuivre et exiger de l'état membre des mesures spécifiques, là où les privés peuvent exiger sur base de l'article 6 une action mais ne peuvent revendiquer la « *spécification* » de cette dernière au regard des objectifs de conservation fixés et poursuivis³²¹.

Section 3 : Les prairies naturelles et non naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité.

L'article 17 (3) c), alinéa 2 imposait une obligation incombant à la Commission de définir les critères correspondant aux notions de « prairies naturelles » et « prairies non-naturelles » présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité, alors même que la directive donnait quelques exemples des différents types de prairies qui devaient être pris en compte et précisait que la définition en question devait être fixée au vu des meilleures données scientifiques disponibles et des standards internationaux pertinents³²². Cependant, la Commission a tardé à prendre la décision qui lui incombait, de sorte que les critères étaient déjà été mis en œuvre sans qu'aucune définition n'ait été mise en application, et ce jusqu'à l'avènement du règlement n° 1307/2014, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2015. Le règlement précise que vu le manque d'informations complètes au niveau international concernant les zones géographiques où sont situées les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité, le règlement ne définit les zones géographiques que pour celles des prairies sur lesquelles on a déjà des informations.³²³ Plusieurs définitions sont données dans le règlement : tout d'abord, le terme « prairies » doit être compris comme désignant « *les écosystèmes terrestres dans lesquels prédomine, depuis au moins cinq ans, une végétation herbacée ou arbustive* ». Cette

³¹⁹ Rapport annuel de la Cour des comptes européenne relatif à l'exercice 2014, JOC, n°373, 10 novembre 2015, points 7.22 et 7.33.

³²⁰ L. KRAMER, "Monitoring the Application of the Birds and the Habitats Directives", *J. Eur. Env'tl. & Plan. L.*, 2013, n°10, p. 227-228.

³²¹ Arrêt *Stichting Natuur en Milieu*, C-165/09 à C-167/09, ECLI:EU:C:2011:348, point 90 ; L. SQUINTANI, "Development of Ecological Corridors: Member States' Obligation under the Habitats and Birds Directives", *The J. Eur. Env'tl. & Plan. L.*, 2012, n°9, p.193.

³²² Directive 2009/28/EC, considérant 69.

³²³ Règl. (UE) N° 1307/2014 de la Commission du 8 décembre 2014 concernant la définition des critères et des zones géographiques pour les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité aux fins de l'article 7 ter, paragraphe 3, point c), de la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et de l'article 17, paragraphe 3, point c), de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *J.O.U.E.*, 9 décembre 2014, L351, pp. 3-5, considérant 6.

notion inclut les prairies ou pâturages destinés à la production de foin, mais n'exclut ni celles cultivées pour d'autres productions ni celles laissées temporairement en jachère. Les zones forestières continues définies à l'article 17, (4) b) de la directive RED sont exclues aussi sauf si elles relèvent « *de systèmes agroforestiers, comprenant les systèmes d'utilisation des terres associant la gestion des arbres à la production végétale ou animale dans des contextes agricoles* ». ³²⁴

La notion d'intervention humaine est également définie, comme étant les activités correspondant au pâturage, fauchage, à la coupe, la récolte ou au brûlage contrôlés ³²⁵. Les notions de prairies naturelles et non naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité sont également précisées : la première ne voit pas de changement par rapport à ce que la directive 2009/28/CE avait déjà établi ³²⁶, tandis que la deuxième est nettement plus étoffée. Ainsi, outre la principale caractéristique de « cesser d'être une prairie en l'absence d'intervention humaine », la prairie non naturelle présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité doit aussi ne pas être dégradée (non caractérisée par un appauvrissement à long terme de la biodiversité résultant par exemple du surpâturage, de dommages mécaniques causé à la végétation, de l'érosion ou d'une perte de qualité de sol, ces éléments étant évoqués non exhaustivement dans le règlement) et abriter un large éventail d'espèce, constituant : « *un habitat d'importance significative pour des espèces considérées comme en danger critique, en danger, ou vulnérables sur la liste rouge des espèces menacées établie par l'Union internationale pour la conservation de la nature ou dans d'autres listes d'espèces ou d'habitats poursuivant des objectifs similaires établies dans la législation nationale ou reconnues par une autorité nationale compétente dans le pays d'origine des matières premières ; ou*

Un habitat d'importance significative pour des espèces endémiques ou ayant une aire de répartition limitée ; ou

Un habitat d'importance significative pour le maintien de la diversité génétique à l'intérieur des espèces ; ou

Un habitat d'importance significative pour des concentrations importantes au niveau planétaire d'espèces migratrices ou grégaires ; ou un écosystème qui est important à l'échelle régionale ou nationale, gravement menacé, ou unique. » ³²⁷

Il s'agit de définitions relativement complètes et englobantes, et qui donc logiquement renforcent considérablement le niveau de protection qui avait été mis en place concernant le critère de l'article 17 (3), c) de la directive 2009/28/EC. La Cour des comptes de l'Union européenne avait relevé un gros manquement de la Commission qui avait l'obligation de définir ces termes, mais qui s'est exécutée longtemps après la mise en œuvre des critères qui étaient déjà appliqués depuis le 25 juin 2009, date d'entrée en vigueur de la directive. Ce manquement avait été remédié par certains organismes de certification volontaire, qui dans leur systèmes avaient prévu une interdiction de toute conversion de prairie présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité : cependant, d'autre systèmes ont ignoré ce critère jusqu'à l'arrivée du règlement de la Commission, ce qui a donné lieu à un système où

³²⁴ *Ibid.*, art. 1, 1).

³²⁵ *Ibid.*, art. 1, 2).

³²⁶ Directive 2009/28/CE, art. 17 (3), c), i) : « ...à savoir celles qui, en l'absence d'intervention humaine, resteraient des prairies et qui préservent la composition des espèces naturelles ainsi que les caractéristiques et processus écologiques ».

³²⁷ Règl. (UE) N° 1307/2014, art. 1, 4).

certaines organismes de certification (en l'occurrence 3 sur 19 reconnus) étaient en réalité garant d'une durabilité au sens de la directive 2009/28/CE n'adressant toutefois pas tous les critères de cette dernière, la Commission reconnaissant « partiellement » ce type de systèmes volontaires et les considérait comme remplissant tous les critères de la directive 2009/28/CE, un manquement qui a duré plusieurs années et qui démontre aussi que les critiques formulées dans le chapitre 4 quant à la procédure de reconnaissance réalisée par la Commission sont fondées³²⁸.

L'article 2 du règlement renvoie directement aux prairies situées dans certaines zones géographiques visées dans les directives Habitats et Oiseaux, à savoir les habitats énumérés à l'annexe I et les habitats d'importance significative pour les espèces animales et végétales de l'Union européenne énumérées aux annexes II et IV de la directive Habitats, ainsi que les habitats d'importance significative pour les espèces d'oiseaux sauvages énumérées à l'annexe I de la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil. Dès lors que l'on est en présence d'un de ces sites, il faut toujours considérer que les prairies en question sont d'une grande valeur sur le plan de la biodiversité, sans préjudice des critères énumérés à l'article 1^{er} et qui peuvent servir à désigner d'autres zones correspondant à des prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité.

Le règlement fait ainsi indirectement un renvoi aux critères prévus à l'article 17 (3) b), créant d'une part une répétition ou faisant une sorte de rappel de ce critère, mais potentiellement créant une forme de « double protection » sous le régime de la directive 2009/28/CE.

Section 4 : Les éclaircissements sur le contrôle et la preuve des éléments des caveats des articles 17(3) b) et C) II) et 17 (5).

Il est important de mettre en lumière l'interaction entre les différents *caveats* qui sont énumérés dans l'article 17 de la directive 2009/28/EC, surtout les dérogations propres aux zones protégées par la loi visée au (3), b) et celui s'attachant aux prairies non-naturelles visées à l'article 17 (3), c), ii), à savoir « *sauf à produire des éléments attestant que la récolte des matières premières est nécessaire à la préservation du statut de prairie* ».

Il est aussi primordial de constater qu'il est possible qu'une zone visée par un des paragraphes de l'article remplisse les critères d'un autre paragraphe : à cet effet, la Commission avait souligné dans la Communication (2010) C160/02 que la possibilité de dérogation pour un critère n'ouvre pas une possibilité d'exception pour un autre critère³²⁹. Autrement dit, si une zone remplit les conditions pour être prise en compte dans deux critères et qu'un de ces critères ne prévoit pas de dérogation, alors il ne peut être dérogé à l'interdiction de base qui est posée par l'article 17 de la directive.

Et dans les cas où deux dérogations sont prévues, il faut remplir les conditions inhérentes à ces deux dérogations pour pouvoir *de facto* se prévaloir de chacune d'elles. En adoptant cette logique, il faut donc faire la différence entre deux situations qui pourraient porter à confusion en ce qui concerne la

³²⁸ Rapport spécial de la cour des comptes Européennes, « Le système de certification des biocarburants durables de l'Union Européenne », *office des publications de l'Union européenne*, 2016, p. 26.

³²⁹ Communication de la Commission 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 11, section 4 : « Si des terres relèvent de plusieurs de ces catégories, tous les critères correspondants s'appliquent. L'admissibilité à une dérogation pour un critère n'ouvre pas droit à une dérogation pour un autre critère. »

protection des prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité : la première situation est celle où une prairie non naturelle au sens du règlement n°1307/2014 est aussi une zone de spéciale de conservation au sens de la directive Habitats³³⁰ et rentre donc dans le champs de l'article 17 (3), b), I) de la directive 2009/28/CE et la deuxième situation s'apparente à la superposition des critères de prairie naturelle au sens de la directive n°1307/2014 d'une part, et de zones protégées au sens de l'article 17 (3), b), I) de la directive sur la promotion des énergies renouvelables.

La première situation donne à s'attarder sur le rappel du *caveat* établi pour les prairies non naturelles dans la directive 2009/28/EC, à savoir « *sauf à produire des éléments attestant que la récolte des matières premières est nécessaire à la préservation du statut de prairie.*³³¹ ».

Il est également évoqué à l'article 3 du règlement n°1307/2014, et l'article 2 y renvoie par la formule « *sans préjudice* ». Cette formule introduit la phrase qui établit la prise en compte des zones énumérées dans la directive Habitats et la directive Oiseaux comme étant les habitats naturels d'espèces, et les espèces devant être protégées par les états membres dans le cadre de la mise en œuvre du réseau Natura 2000. Cette sémantique et son interprétation doivent être analysées au vu de ce que la Commission a précisé dans sa communication (2010) C160/02, mais aussi au vu du droit européen en général. En effet, ce renvoi pourrait être traduit comme étant l'établissement, par la Commission, d'une seule dérogation dans le cas où les prairies non naturelles rempliraient pourtant les deux critères et donc devraient, selon la logique mise en lumière dans la communication susmentionnée, respecter les conditions des deux dérogations.

Or, à la considération de la précision réalisée par la Commission dans sa communication, et au vu du fait que la directive 2009/28/CE a un effet contraignant (malgré qu'elle n'a pas d'effet direct³³²) à l'instar du règlement n°1307/2014 qui n'y apporte d'ailleurs ni explicitement, ni implicitement (notamment au vu de son préambule et de sa « *raison d'être* » qui prend racine dans la directive 2009/28/EC³³³) de modification en ce qui concerne l'application des dérogations, il nous apparaît qu'il faille déduire que le terme « *Sans préjudice* » de l'article 2 du règlement n°1307/2014 ne fait office que de simple rappel du prescrit de l'article 17 (3), c) sans exclure l'exigence de remplir la dérogation contenue dans le petit b) de la même disposition le cas échéant.

La deuxième situation s'inscrit dans la logique développée *supra*, sauf que dans le cas présent, il n'existe une dérogation que pour les zones protégées, et pas pour les prairies naturelles présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité.

Au vu du principe général du droit établissant qu'une exception doit être de stricte interprétation et de l'affirmation de la Commission dans sa communication (2010) C160/02, le fait qu'une prairie naturelle présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité au sens du règlement n°1307/2014 soit également désignée comme zone spéciale de protection au sens de la directive Habitats ne rend pas possible la production de biocarburants durables à partir de matières premières provenant de cette

³³⁰ La directive Habitats ayant été abordée brièvement dans la section précédente, il ne s'agit ici que de faire un comparatif à titre d'exemple qui pourrait servir pour d'autres situations.

³³¹ Directive 2009/28/EC, art. 17 (3), c), II).

³³² J.-P. JACQUÉ, *o.c.*, pp.575-578.

³³³ Directive 2009/28/EC, art. 17 (3), al. 2 : la raison d'être du règlement est de « définir les critères et les zones géographiques servant à désigner les prairies concernées par le premier alinéa, point c) ».

zone, au vu de la prohibition établie par l'article 17 de la directive 2009/28/CE. Il ne peut, à notre sens, être avancé que le règlement n°1307/2013, selon cette interprétation, modifierait la directive 2009/28/CE: en effet, ce dernier ne fait que de définir des notions telles que « prairies naturelles » de manière harmonisée au sein de l'Union.

Or, avant cette harmonisation, il était tout à fait loisible pour les états membres de définir ou non les critères s'appliquant à ces différentes notions, ce qui pouvait aussi mener à une superposition avec la notion de zones protégées en arrivant à la même conclusion que celle présentée dans ce paragraphe. Cette interprétation est donc à notre sens logique et cohérente au vu du cadre légal mis en place.

Enfin, la Commission n'a pas donné de définition précise ni d'interprétation claire concernant les *caveats* portant sur les critères relatifs aux tourbières et aux prairies non naturelles. Or, autant le premier³³⁴ semble relativement clair et facile à contrôler (notamment au vu des moyens de preuves énumérés dans la communication (2010) C160/02³³⁵), il n'en est pas vraiment de même en ce qui concerne la deuxième dérogation. Bien que dans le cas mentionné dans la section précédente, à savoir l'accumulation des critères visés à l'article 17 (3) c) avec celui du petit b), la situation semble relativement plus claire (dans la mesure où on peut considérer que de manière générale, les mesures de conservations visées par l'article 6 (1) de la directive habitat rempliraient automatiquement la condition fixées par le *caveat*), il semble que dans le cas où seul le critère de l'article 17 (3) c), II) est rempli présente plus de difficulté. En effet, il faut relever que l'article parle de la « *préservation du statut de prairie* », sans citer d'autres exigences notamment quant au statut relatif à l'état de la biodiversité sur cette zone. Bien qu'il semble qu'au vu de l'objectif des critères de durabilité et de la directive en générale, ainsi qu'au vu des prescrits de certains systèmes volontaires de certification³³⁶, l'exigence de préserver la grande valeur sur le plan de la biodiversité s'impose, force est de constater que rien n'est précisé explicitement dans ce sens, ni par le règlement, ni par la Commission, ce qui peut porter à confusion. En outre, la notion de « récolte nécessaire » n'est pas définie, ce qui laisse libre cours aux organismes volontaires de certification de déterminer ce qui doit être compris dans ce sens lorsque l'on n'est pas en présence d'une matière où une certaine harmonisation sur le plan européen a été réalisée, comme pour les sites Natura 2000. Ces dérogations nécessiteraient donc peut-être encore d'autres précisions qui pourraient être apportées par le biais de *soft law* via la Commission, dans un souci de clarté et de cohérence accrues.

Conclusion

La directive 2009/28/CE renferme donc bien des aspects sur lesquels il est opportun de s'attarder, et dont la cohérence tend parfois à s'établir tout comme elle tend parfois à poser quelques questionnements.

³³⁴ Directive 2009/28/EC, art.17 (5), « à moins qu'il n'ait été prouvé que la culture et la récolte de ces matières premières n'impliquent pas le drainage des sols auparavant non drainés ».

³³⁵ Communication de la Commission 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, p. 11, section 4.3.

³³⁶ Assessment of International Sustainability & Carbon Certification system (ISCC), Version as submitted 23 June 2016, p.21. (En ligne), <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy/biofuels/voluntary-schemes> consulté le 25 Juillet 2018.

Alors que les grands objectifs globaux et les motivations jugulant l'action de la directive 2009/28/CE déterminent cette dernière comme étant un outil juridique poursuivant des missions se rattachant d'une part à la politique énergétique de l'Union, d'autre part à la politique environnementale, il semble que la raison d'être de la RED est avant tout d'harmoniser le marché européen des biocarburants, et de promouvoir un marché intérieur où l'énergie renouvelable et donc les biocarburants peuvent circuler le plus librement possible.

Dans un premier temps, cette tendance se laisse devinée lors de l'analyse de l'action de l'Union en matière énergétique, qui associe la lutte contre le changement climatique aux grandes finalités de la politique énergétique.

Dans un deuxième temps, le constat est bien plus frappant lors de l'analyse du choix de base légale pour la RED. L'utilisation de l'article 114 TFUE pour la rédaction des critères de durabilité et des modalités de contrôle de ces derniers est évocateur de l'intention de l'Union qui entend mettre en place un régime de durabilité qui ne constitue pas un obstacle pour le marché intérieur, voire plutôt un incitant pour le fonctionnement de ce marché. La relation entre l'article 192 et l'article 194 TFUE, dans un contexte où la frilosité des Etats membres est assez palpable, et l'orientation progressive vers la dernière de ces bases légales pour établir l'action de l'Union en matière de promotion d'énergies renouvelables démontrent aussi que l'Union considère avant tout la nécessité d'établir une « *Europe de l'énergie* », dans un cadre cohérent et complet quant aux objectifs fixés en matière d'énergie.

Cela ne signifie pas que la protection de l'environnement, et donc la nécessité d'assurer le fonctionnement d'un régime de durabilité passe au second plan par rapport aux autres considérations inhérentes à la politique énergétique, ni même que cette protection souffre d'un niveau d'exigence moindre. Mais il n'en demeure pas moins que l'Union cherche à agir en incluant les considérations environnementales dans son action énergétique, et notamment en matière d'énergies renouvelables, et pas l'inverse : inévitablement, cette « inclusion » donne une valeur « subsidiaire » à l'environnement. Bien qu'il n'y ait pas, de notre avis, de hiérarchisation entre les objectifs de protection de l'environnement et ceux de la promotion d'un marché intérieur de l'énergie, il apparaît toutefois que l'action de l'Union en matière d'énergies renouvelables peut poser problème dans le cadre de la protection environnementale, car l'équilibre à trouver entre promotion du marché intérieur et promotion d'un haut niveau de protection environnementale se trouve difficilement et a le plus souvent tendance à pencher vers le premier, comme nous avons pu le constater au vu des grandes lignes, des principes et bases légales jugulant l'action de l'Union en matière d'énergie.

Ce phénomène s'accroît à notre sens de par la forte politisation du domaine de l'Energie : les états sont encore très réticents à l'idée d'abandonner leur « *droits à l'énergie* », comme d'ailleurs le verbe de l'article 194 TFUE le démontre.

Aussi, tous ces éléments nous apprennent que l'évolution de l'action de l'Union dans la politique de l'énergie s'établira par étape, et que les multiples facettes et finalités que cette politique poursuit risquent de contraindre l'Union à parfois faire certaines concessions à l'égard d'une de ces finalités, et ce, souvent au détriment d'une autre.

La seconde partie de ce mémoire se fonde sur les observations de la Partie I et tente de remettre en contexte cette tension entre le secteur de l'Energie et son marché intérieur et la protection de l'environnement.

Le chapitre 3 met d'abord en exergue que la directive 2009/28/CE développe un modèle de durabilité relativement complet en ce qui concerne les problématiques liées au changement direct d'affectation des sols ainsi qu'à l'aspect consacré à la lutte contre le réchauffement climatique, avec des réquisitions fortes, bien établies et des critères englobants. Le modèle établi est de prime abord cohérent, et suit les principes inhérents à sa base légale, l'article 114 TFUE : les critères établis par l'UE sont ceux qui prévalent à l'exclusion des éventuelles additions ou soustractions qui pourraient être opérées à cet égard par les états membres, de sorte qu'ils ne pourront prendre en compte que ces critères établis pour remplir l'objectif des 10 % de parts d'énergies renouvelables dans le secteur des transports.

Cependant, il demeure que la problématique des changements indirects d'affectation des sols, malgré de nombreux débats et appels à une action directe, n'a toujours pas été régulée de front : certes les modifications apportées par la directive 2015/1513 (avec notamment des obligations de rapport et surtout, l'établissement d'un seuil maximal de 7% pour la contribution des biocarburants de première génération dans le cadre de l'objectif prescrit par l'article 3 (4) de la directive 2009/28/CE) semblent être en théorie de bonnes avancées, mais *in concreto*, leur effet sera relativement limité.

L'Union préfère traiter cette problématique indirectement, entre autre à cause des pressions extérieures (privées ou publiques) et des incidences sur le modèle que cette prise en compte pourrait avoir. Il apparaît donc que le pari des biocarburants avancés, considérés par l'Union comme dépourvus de facteur « ILUC », est le plus viable sur tous les tableaux. En effet, ce secteur va de pair avec des innovations technologiques, de l'activité économique en hausse et une meilleure protection de l'environnement. Néanmoins, l'attention de l'Union sur ce dernier point, en ce qui concerne les biocarburants avancés, est à la traine par rapport aux critères établis initialement, notamment dans un souci de promotion optimale d'une technologie plus coûteuse que celle des biocarburants de première génération, et donc en quête de compétitivité. Cette quête pourrait cependant se montrer néfaste et reproduire le cycle d'événements qui ont suivi la promotion des biocarburants de première génération : d'abord la consécration, avant l'arrivée des critiques et le besoin de réguler *ex-post* dans un contexte où l'activité industrielle et les investissements étaient déjà fortement ancrés. Il existe encore aujourd'hui la possibilité d'établir une logique *ex-ante* qui pourrait assurer une durabilité viable à ces biocarburants avancés, et il est de notre avis qu'une décision en ce sens serait la meilleure chose qui pourrait arriver au secteur pour en assurer la pérennisation dans les années à venir.

La régulation « *indirecte* » ou « *par renvoi* » (s'appuyant notamment sur la logique des rapports dont il a été question *supra*) des autres problématiques environnementales liées à l'industrie des biocarburants s'avère aussi être délicate, puisque cette manière de procéder s'appuie sur une logique de « confiance absolue », en les Etats membres, leur engagement à respecter « l'acquis communautaire » et leurs systèmes de mise en œuvre et de contrôles (notamment dans le cadre des conditionnalités de la PAC), et d'autre part en les états tiers, qui sont pourtant les plus touchés par les déboires intrinsèques au secteur des biocarburants, et plus particulièrement la déforestation. D'aucun

pourrait décréter que cette « naïveté » régulatrice pourrait s'apparenter soit à un aveu d'impuissance quant aux défis environnementaux que l'Union prétend pourtant s'accaparer en tant que leader mondial, soit à un désintérêt de ces questions dans un contexte de développement économique et industriel devant être favorable pour assurer le bon fonctionnement d'un marché intérieur des biocarburants.

Il est fait conclusion de ce chapitre en s'intéressant au principe de précaution, et à sa potentielle incidence en ce qui concerne les choix orchestrés par le passé et les décisions que devra prendre l'UE dans les prochaines années. Ce principe, bien que s'imposant dans toutes les politiques de l'Union dès lors qu'un risque existe pour l'environnement, et donc dans le secteur de l'énergie, ne peut cependant fonder une base valable pour contester les décisions qui sont prises par la Commission et le Conseil. Les institutions sont libres de choisir les mesures destinées à promouvoir les principes et objectifs entretenus, et tant que l'aspect procédural du principe de précaution est respecté, il ne peut être raisonnablement admis qu'une quelconque contestation quant aux orientations prises par l'Union soit concevable.

Le Chapitre 4 atteste que globalement, la logique de « confiance absolue » est également adoptée dans l'article 18, destiné à la vérification du respect de ces critères de durabilité.

On y analyse d'abord les mécanismes qui sont prévus par la Commission, leur logique et leur fonctionnement qui tendent toujours à promouvoir un fonctionnement optimal du marché intérieur. Alors qu'il apparaît que les systèmes nationaux souffrent de quelques incohérences à cet égard, cela n'a que très peu d'incidence in *concreto*, dans la mesure où il apparaît clairement que le modèle de vérification sur lequel la Commission a réellement misé est celui qui s'attache aux systèmes volontaires de certification.

Il apparaît donc qu'il est dans l'intérêt du régime de durabilité que ces systèmes soient efficaces et que leur mise en œuvre soit bien contrôlée, d'autant que comme l'ont démontrées les conclusions de l'avocat général Bordona sous l'arrêt LEGO, la logique du système est de donner un maximum de légitimité à ces systèmes volontaires de sorte à ce que leur action puisse soutenir un marché des biocarburants fluide et durable.

De notre avis, cependant, les systèmes de certification ne répondent pas aux exigences fondamentales qui devraient être de mise pour assurer un bon fonctionnement du régime de durabilité et une protection optimale de l'environnement.

En effet, deux critiques majeures s'attachant à cette méthode et directement en lien avec la logique de « confiance absolue » qui est mentionnée *supra*, nous laisse penser que le mode de fonctionnement du système est impérativement à revoir : d'une part, ces régimes de certification sont reconnus par la Commission qui se base pour cela sur une méthode relativement opaque et peu détaillée, qui plus est non contraignante puisque la méthode « officielle » de reconnaissance réside principalement dans ses communications. Les standards de référence utilisés par la Commission sont mal détaillés, que ce soit pour l'appréciation des organismes de certification comme pour l'appréciation de l'auditeur censé réaliser pourtant la part la plus importante du travail dans le système mis en place. Aussi est-il à signaler qu'il appert que rien n'est explicitement prévu quant au suivi régulier de ces auditeurs, ni quant à leur responsabilité en cas de fraudes détectées.

D'autre part, le manque de clarté et de transparence à l'égard des autres acteurs privés peut poser un sérieux problème de bonne gouvernance, comme il l'a été dénoncé dans l'arrêt Clientearth, et laisser une marge d'appréciation beaucoup trop grande pour la Commission qui, on le rappelle, poursuit une myriade d'objectifs au nom de l'Union dans le secteur de l'énergie.

Le manque de suivi et d'encadrement dans le cadre des procédures de reconnaissance autant que dans le cadre de l'exécution des procédés de vérification pose un risque certain de non-efficacité du régime de durabilité, et appelle là aussi, selon notre avis, à des modifications et des améliorations du système afin de promouvoir un ensemble cohérent et complet réellement destiné à assurer la durabilité des biocarburants, et pas seulement leur viabilité économique.

Le chapitre 5 démontre aussi ce phénomène de « confiance absolue », en ce qui concerne l'exception prévue pour les zones affectées à la protection de la nature : s'appuyant ainsi sur les mécanismes de mise en œuvre et de contrôle des états, le modèle de durabilité des biocarburants prend aussi des risques.

Dans le cas des Etats membres, en ce qui concerne les zones spéciales de conservation désignées par ces derniers et étant affublées de mesures de conservation, le modèle suppose que les systèmes de contrôle déjà mis en œuvre sont suffisants et ne requièrent pas de contrôle supplémentaire de la part de l'auditeur. Dans ce cas, il peut encore être discutable qu'il existe en effet une cohérence juridique : si l'état ne remplit pas ses obligations, il peut faire l'objet d'une procédure en manquement sous l'impulsion de la Commission par exemple, une menace qui assure peut-être un peu plus l'effectivité du modèle.

Mais dans les cas où la matière première provient d'un état tiers, alors toute la cohérence du modèle de durabilité repose sur le bon vouloir, la bonne organisation et la bonne gouvernance de cet état.

Enfin, il n'est pas sans rappeler les manquements de la Commission qui a pris un règlement portant sur la définition des notions liées aux prairies naturelles et non-naturelles, reconnaissant malgré cela certains systèmes volontaires de certification. Ce défaut, résolu depuis, démontre à lui seul la véracité des propos concernant l'attitude de la Commission et de manière générale, l'Union européenne.

Il peut donc être avancé, au vu des développements réalisés dans cet ouvrage, qu'il y a bien une cohérence juridique établie en ce qui concerne la base d'action de l'Union en matière de promotion des énergies renouvelables, incluant ainsi les biocarburants. Le fonctionnement du marché intérieur est au cœur des préoccupations, et les mesures de mise en œuvre sont cohérentes à l'égard de cet objectif poursuivi.

Cependant, en ce qui concerne la mise en œuvre du modèle de durabilité sur le plan environnemental, une cohérence *de jure* et théorique est établie : mais la cohérence *de facto* est bancale, de par son manque de rigueur, son manque de contrôles directs et sa confiance aveugle dans les systèmes de contrôle établis dans d'autres domaines de la protection de l'environnement, spécialement en ce qui concerne les biocarburants dont la matière première provient de pays tiers.

En conclusion, la cohérence des biocarburants présente donc deux visages : le premier, radieux et sain, assurant l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et le deuxième, hésitant et fébrile, censé assurer la protection de notre environnement mais souffrant de plusieurs maux, et en

attente de réelles mesures pouvant lui donner un poids capable d'établir un réel équilibre avec son comparse.

Les années à venir nous diront si l'Union Européenne sera capable de réellement promouvoir un régime de durabilité pour les biocarburants qui sera non seulement cohérent économiquement, mais aussi au niveau de la protection de l'environnement.

Bibliographie

Législation

Droit International

Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine, signée à Ramsar le 2 février 1971, approuvée par la loi du 22 février 1979, *M.B.*, 12 avril 1979, p.4417.

Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, et annexes, signée à Washington le 3 mars 1973, approuvée par la loi du 28 juillet 1981, *M.B.*, 30 décembre 1983, p.16533.

Droit Européen

1. Droit primaire

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 7 juin 2006, C 202.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, *J.O.U.E.*, 7 juin 2006, C 202.

2. Droit dérivé

Directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transport, *J.O.U.E.*, 17 mai 2003, L123, pp. 42-46.

Directive 2009/28/CE du Parlement 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, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, pp. 16-62.

Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, pp. 88-113

Directive 2015/1513/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *J.O.U.E.*, 15 septembre 2015, L239, pp. 1-29.

Directive 92/43/CE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *J.O.U.E.*, du 22 juillet 1992, L206, pp. 7-50.

Règl. (UE) N° 1307/2014 de la Commission du 8 décembre 2014 concernant la définition des critères et des zones géographiques pour les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité aux fins de l'article 7 ter, paragraphe 3, point c), de la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et de l'article 17, paragraphe 3, point c), de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la

promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *J.O.U.E.*, 9 décembre 2014, L351, pp. 3-5.

Règl. (UE) 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, modifiant les règlements (CE) n°1290/2005, (CE) n°247/2006 et (CE) n°378/2007, et abrogeant le règlement (CE) n°1782/2003, *J.O.U.E.*, 31 janvier 2009, L30, pp. 16-99.

Décision 2009/548/CE de la Commission du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil [notifiée sous le numéro C(2009) 5174], *J.O.U.E.*, 15 juillet 2009, L182, pp. 33-62.

Décision 2010/335/UE de la Commission du 10 juin 2010 relative aux lignes directrices pour le calcul des stocks de carbone dans les sols aux fins de l'annexe V de la directive 2009/28/CE [notifiée sous le numéro C(2010) 3751], *J.O.U.E.*, L151, 17 juin 2010, pp. 19-41.

Décision 2009/406/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L140, pp. 136-148.

Décision 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.U.E.*, 28 juin 1999, L184, pp. 23-26.

3. Travaux préparatoires, communications et lignes directrices et documents du Conseil européen

Conclusion de la Présidence du Conseil européen du 8 et 9 mars 2007, (DOC 7224/1/07 REVI).

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte), *C.O.M.* (2016) 767 final.

Proposition de directive du parlement et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *C.O.M.*(2012) 595 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *C.O.M.* (2008) 19 final.

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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, pp. 1-7.

Communication de la Commission 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, *J.O.U.E.*, du 19 juin 2010, C160, pp. 8-16.

Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, *C.O.M.* (2000) 1 final.

Communication de la Commission — Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, *J.O.U.E.*, du 28 juin 2014, C200, pp. 1-55.

Livre Vert- Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable C.O.M. (2006) 105 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, C.O.M. (2015) 80 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Un cadre d'action en matière de climat et d'énergie pour la période comprise entre 2020 et 2030, C.O.M. (2014) 15 final.

European council 29/30 October 2009, presidency conclusions (doc 15265/09).

Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 98/70/CE relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 2009/28/CE on the promotion of the use of energy from renewable sources, S.W.D. (2012) 343 final.

Résumé de l'Analyse d'Impact sur les changements indirects d'affectation des sols liés aux biocarburants et aux bioliquides accompagnant la Proposition de Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, S.W.D. (2012) 344 final.

4. Autres documents des institutions européennes

Note de la Commission sur la fixation d'objectifs de conservation pour les sites Natura 2000 ayant pour objectif de proposer des orientations afin d'aider les États membres à fixer leurs objectifs de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab . 12-04/06*, novembre 2012.

Note de la Commission sur l'établissement de mesures de conservation pour les sites Natura 2000, *Doc. Hab.13-04/05*, septembre 2013.

European Commission, *Managing Natura 2000 sites: The provisions of Article 6 of the 'Habitats' Directive 92/43/EEC*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2000.

Rapport annuel de la Cour des comptes européenne relatif à l'exercice 2014, *JOC*, 10 novembre 2015, n° 373.

Assessment of International Sustainability & Carbon Certification system (ISCC), Version as submitted 23 June 2016, p.21. (En ligne), <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy/biofuels/voluntary-schemes> consulté le 25 Juillet 2018.

Droit National

A-R du 8 Juin 2018 établissant des normes de produits pour les carburants destinés au secteur du transport d'origine renouvelable, *M.B.*, 27 juillet 2018, p. 59595 et s.

Autres Législations consultées

Droit Européen

Règl. (UE) n ° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) n ° 352/78, (CE) n ° 165/94, (CE) n ° 2799/98, (CE) n ° 814/2000, (CE) n ° 1200/2005 et n ° 485/2008 du Conseil, *J.O.U.E.*, 20 décembre 2013, L347, pp. 549-607.

Règl. (UE) n ° 1307/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant les règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre des régimes de soutien relevant de la politique agricole commune et abrogeant le règlement (CE) n ° 637/2008 du Conseil et le règlement (CE) n ° 73/2009 du Conseil, *J.O.U.E.*, 20 décembre 2013, L347, pp. 608-670.

Droit national

Loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature, *M.B.*, 11 septembre 1973, p. 10306.

Arrêté du Gouvernement wallon du 19 mai 2011 fixant les types d'unités de gestion susceptibles d'être délimitées au sein d'un site Natura 2000 ainsi que les interdictions et mesures préventives particulières qui y sont applicables, *M.B.*, 03.06.2011, p. 32905.

Arrêté du Gouvernement wallon du 1^{er} décembre 2016 fixant les objectifs de conservation pour le réseau Natura 2000, *M.B.*, 22.12.2016, p. 88148.

Jurisprudence

1. Arrêt de la Cour de Justice

Arrêt Biofor, C-549/15, ECLI:EU:C:2017:490.

Arrêt Alands Vindkraft, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037.

Arrêts Essent Belgium, C-204 & 208/12, ECLI:EU:C:2014:2192.

Arrêt Parlement/Conseil de l'Union Européenne, C-490/10, ECLI:EU:C:2012:525.

Arrêt Stichting Natuur en Milieu, C- 165/09 à C- 167/09, ECLI:EU:C:2011:348.

Arrêt Commission C. Italie, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532.

Arrêt Waddenzee, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:48.

Arrêt Fedesa, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391.

Arrêt Campus Oil Ltd, C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256.

2. Arrêt/ Ordonnances du Tribunal de première instance

Arrêt Pologne/ Commission, T-370/11, ECLI:EU:T:2013:113.

Arrêt Clientearth/Commission, T-278/11, ECLI:EU:T:2012:593.

Arrêt Artedogan/Commission, T-74/00, ECLI:EU:T:2006:286.

Arrêt Pfizer Animal Health / Conseil de l'Union européenne, T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209.

3. Conclusions d'avocat général

Conclusions de l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez Bordona sous l'arrêt LEGO, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:318.

Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous l'arrêt Alands Vindkraft, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:37.

Doctrine

1. Monographies

JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2015.

KRÜGER H., *European energy law and policy, an introduction*, Cheltenham, Elgar, 2016.

ROMI R., *Droit international et européen de l'environnement*, Issy-Les-Moulineaux, 3^e éd., LGDJ, 2017.

ROSENAU J., *Distant Proximities: Dynamics Beyond Globalization*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

SCHMEICHEL A., *Towards Sustainability of Biomass Importation: an Assessment of the EU Renewable Energy Directive*, Groningen, Europa Law Publishing, 2014.

YUE T., *Different Paths Towards sustainable biofuels? A comparative study of the international, EU and China regulation of the Sustainability of Biofuels*, Cambridge, Intersentia, 2016.

2. Contributions dans un ouvrage collectif

BORN C.-H., « Quelques réflexions sur le mécanisme de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets », in *Pour un droit commun de l'environnement-Mélange en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 957-986.

COWIE A. E.A., "Environmental risks and opportunities of biofuels", in *The law and policy of biofuels*, Cheltenham, Elgar, 2016, p. 3-29.

DAHMAN K. S., FOWLER L.B., SMITH P. M., "United States law and policy and the biofuel industry", », in *The law and policy of biofuels* (sous la dir. De Y. LE BOUTHILLIER, A. COWIE, P. MARTIN, E.A.), Cheltenham, Elgar, 2016, pp.102-140.

HODSON P., "Renewable energy in transport (including biofuels)", in *Renewable energy law and policy in the European Union*, Leuven, Claeys&Casteels, 2010, p. 173-208.

HOWES T., "The EU's New Renewable Energy Directive (2009/28/EC)", in *The New Climate Policies of the European Union, Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Bruxelles, VUBpress, 2010, p. 140.

MARTIN P. ET LE GAL E., « Unpacking the complexities of Biofuel policy », in *The law and policy of biofuels*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 315-338.

RONNE A. AND EGELUND OLSEN B., "The EU Legal Regime for Biofuels", in *The law and policy of biofuels*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 164-190.

STAHL L., « The concept of conservation objectives' in the Habitats Directive: a need for a better definition? », in *The Habitats Directive in its EU environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Paris, Routledge, 2015, pp. 56-70.

SVEEN T., "The interaction between Article 192 and 194 TFEU", in *EU Renewable Energy Law: Legal Challenges and New Perspectives*, Berlin, Veröffentlichungen des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht Berlin, 2015, pp.159-181.

3. Articles de revues

ALEMANNO A., "Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy", *European law review*, 2014, n° 39/1, pp. 72-90.

BARRET LYDGATE E., « The EU, the WTO and indirect land-use change », *Journal of World Trade*, 2013, n°1, 2013, pp.159-186.

BORN C.-H., « Chronique de droit européen de la biodiversité – 2014-2015 », *Revue juridique de l'environnement*, 2016, n° 4, pp. 688-708.

DI LUCIA L. ET A., "The Dilemma of Indirect Land Use-Changes in EU Biofuel Policy an Empirical Study of Policy-Making in the Context of Scientific Uncertainty", *Envtl. Sci. & Pol'y*, 2012, n°16, pp. 9-19.

DOUMA W. TH., "Legal Aspects of the European Union's Biofuels Policy: Protection or Protectionism", *German Y.B. Int'l L.*, 2010, n°53, pp. 371-422.

HUMALISTO N., "Climate policy integration and governing indirect land-use changes- actors in the EU's biofuel policy-formulation", *Land use policy*, 2015, n° 45, pp. 150-158.

JANSSON M., KALIMO H., "On a Common Road towards Sustainable Biofuels - EU and U.S. Approaches to Regulating Biofuels", *Pitt. J. Env'tl. Pub. Healt Law*, 2014, vol. 8, pp. 104-159.

JIANG P., « A Uniform Precautionary Principle under EU Law », *Peking U. Transnat'l L. Rev.*, 2014, vol. 2.2, pp. 490-518.

JOHNSON FR. X., "Regional-Global Linkages in the Energy-Climate-Development Policy Nexus: The Case of Biofuels in the EU Renewable Energy Directive", *Renewable Energy L. & Pol'y Rev.*, 2011, N° 2, pp. 91-106.

JOHNSTON A. et VAN DER MAREL E., "Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in particular the Meaning of Article 194 (2) TFEU", *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, pp. 181-199.

KRAMER L., "Monitoring the Application of the Birds and the Habitats Directives", *J. Eur. Env'tl. & Plan. L.*, 2013, n°10, pp. 209-232.

LIN J., "Environmental Regulation of Biofuels: Limits of the Meta-Standard Approach", *Carbon & Climate L. Rev.*, 2011, n° 34, pp. 34-43.

LIN J., « Governing Biofuels: A Principal-Agent Analysis of the European Union Biofuels Certification Regime and the Clean Development Mechanism », *Journal of Environmental Law*, 2012, vol. 24, pp. 43-73.

PAVLOVSKAIA E., « Analysis of the main innovations in directive 2015/1513 on renewable energy », *Renewable energy law & policy review*, 2015, N° 4, pp. 294-300.

PAVLOVSKAIA E., "Controlling the Fulfillment of the EU Sustainability Criteria for Transport Biofuels (on the Basis of Directive 2009/28/EC)", *Renewable Energy L. & Pol'y Rev.*, 2015, n°4, pp. 282-301.

PAVLOVSKAIA E., "Legal analysis of the EU policy for sustainable transport Biofuels ", *Environment and Ecology research*, 2014, n° 2, pp. 60-75.

PEETERS M., "Governing towards renewable energy in the EU: competences, instruments and procedures", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2014, n°1, pp. 39-63.

PELSY F., "The European Commission 2008 Directive proposal on biofuels: a critique", *Law, Environment and Development Journal*, 2008, n° 4/2, pp. 119-134.

PEREIRA DE ANDRADE P., « La contribution limitée des conférences des parties aux conventions environnementales pour assurer un développement durable des biocarburants », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, n°4, pp. 729-744.

PIMENTEL D. E.A., « Food versus biofuels: environmental and economic costs », *Human Ecology*, 2009, n°1, pp. 1-12.

POLS A. J. K., « The rationality of biofuel certification: a critical examination of EU biofuel policy », *J. Agric. Environ. Ethics*, 2015, n°28, pp. 667-681.

Rancourt M.-E., « Promoting Sustainable Biofuels under the WTO Legal Regime », *McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y*, 2009, n°5, pp. 73-114.

ROMPPANEN S., "Legitimacy and EU Biofuels Governance- In search of Greater Coherence", *Climate Law and Policy*, 2014, n°4, pp. 239-266.

ROMPPANEN S., "New Governance in Context- Evaluating the EU Biofuels Regime", *Publication of the University of Eastern Finland*, 2015, n°104, pp.1-141.

ROMPPANEN S., "Regulating better biofuels for the European Union", *European Energy and Environmental Law Review*, 2012, vol.21, pp. 123-141.

ROMPPANEN S., "The EU's Biofuels: Certified as sustainable?", *Journal of Renewable Energy Law and Policy*, 2012, n°4, pp. 173-186.

SCHOUKENS H., DESMEDT P., "An Cliquet, Implementation of the Habitats Directive in Belgium (Flanders): Back to the Origin of Species", *JEEPL*, 2007, n°2, pp. 127-138.

SEARCHINGER T. E.A., « Use of US croplands for biofuels increases greenhouse gases through emissions from land-use change », *Science*, 29 février 2008, pp. 1238-1240

SQUINTANI L., "Development of Ecological Corridors: Member States' Obligation under the Habitats and Birds Directives", *The J. Eur. Envtl. & Plan. L.*, 2012, n°9, pp. 180-200.

STOKES E., "The EC Courts' Contribution to Refining the Parameters of Precaution", *J. RISK RESEARCH*, 2008, n°11, pp. 491-507.

WILLIAMSON G., "New EU legislation on biofuel crops", *The environmental forum*, novembre-décembre 2015.

YUE T., "A legislative Odyssey for Better Regulation of Biofuels in the EU", *Jean Monnet Working Paper Series- Environment and Internal Market*, 2016, Vol. 2, pp. 1-15.

ZGAJEWSKI T., "The EU regime on biofuels in transport: still in search of sustainability", *Egmont Paper*, 2014, n°68, pp. 1-31.

4. Sites Web et Rapports

ANZALONE L., "Etats des lieux de la filière des biocarburants en Belgique », *FARR-Wal*, Juin 2014.

DEHUE B. E.A., "Inventory of data sources and methodologies to help economic operators identify land status relating to EU sustainability criteria for biofuels and bioliquids", *ECOFYS*, PEGENL083540, 2011.

FOUQUET DR. D. et NYSTEN J.V., "Potential areas of conflict of a harmonised RES support scheme with European Union Law", *D3.1 Report*, 2012, En Ligne, www.res-policy-beyond2020.eu, consulté le 27 Juin 2018.

JORMOT J., « Biocarburants et huile de palme : les liaisons dangereuses », 2018, *Lessmartgrids-toutes les actualités des smart grids*, En Ligne, <http://les-smartgrids.fr/biocarburants-huile-palme-liaisons-dangereuses/>, consulté le 05 août 2018.

LANE J., "EU Reshapes its biofuels policy", *Biofuel Digest*, 2015. En ligne, <http://www.biofuelsdigest.com/bdigest/2015/04/16/eu-reshapes-its-biofuels-policy/>, consulté le 16 juillet 2018.

MAHY F., « L'Europe de l'énergie : de la concurrence à la solidarité ? », in *European dialogue between economists and lawyers*, Colloque organisé le 12 janvier 2016 par la Chaire European Electricity Markets (CEEM) à l'Université Paris Dauphine.

PAVLOVSKAIA E., "The Use of Sustainability criteria in the case of the EU legislation on Biofuels in the Transport sector", Thèse, Université de Lund, réalisée sous la supervision de A. Nilsson, K. Ericsson et B. Lundell, 2016.

Autres Ouvrages/ travaux doctrinaux consultés

BANSE M., VAN MEIJL H., TABEAU A., E.A., « Impact of EU biofuel policies on world agricultural production and land use », *Biomass and Bioenergy*, 2011, n°35, pp. 2385-2390.

CHENEVAL E., ADAM-POUPART A., ZAYED J., "La crise alimentaire, le développement durable et les biocarburants: perspectives d'avenir", *VertigO*, Mai 2011, Vol. 11, pp. 1-15.

COLBRAN N. ET EIDE A., « *Biofuel, the environment, and food security: a global problem explored through a case study of Indonesia* », *Sustainable development law and policy*, 2008, Vol. 9, pp.4-11.

COLLART DUTILLEUL F., " L'agriculture et les exigences du développement durable, *Droit rural*, 2012, n° 402, p.3.

DEPRET F., *Elaboration d'un procédé pilote de conversion des herbes de tonte en circuit court*, Université de Gembloux Agro-BioTech, 2016.

ENDRES J., " Legitimacy, Innovation and Harmonization: Precursors to Operationalizing Biofuels Sustainability Standards", *Southern Illinois University Law Journal*, 2012, n°1, pp. 1-52.

GERDIEN PRINS A., EICKHOUT B., BANSE M. E.A., « Global impacts of European agricultural and biofuels policies », *Ecology and society*, 2011, N°16, p. 1.

GILJAM R. A., "Towards a holistic approach in EU biomass regulation", *J. E. L.*, 2016, n°28, pp. 95-123.

Haraldsdottir K., "The limits of EU competence to regulate conditions for exploitation of energy resources: analysis of article 194 (2) TFEU", *E. E. E. L. R.*, décembre 2014, pp. 208-219

HOGOMMAT B., « Les enjeux de la prise en compte des biocarburants au regard des orientations de la politique agricole commune », *R.J.E.*, 2010, n°3, pp. 427- 443.

LAURENT B., "The politics of European agencements: constructing a market of sustainable biofuels", *Environmental Politics*, Vol. 24, n°1, pp. 138-155.

MINATCHY Y., "Le cadre juridique des biocarburants", *Rev.Dr.Rur.* 2006, p.73.

PONTE S. ET DAUGBJERG C., «Biofuel sustainability and the formation of transnational hybrid governance », *Environmental politics*, 2015, vol. 24, N° 1, pp. 96-114.

ROSSBERGER U., "New Debate About the Harmonization of the EU's Support Instruments for Renewables and Binding targets' Relevance?", *RELP*, 2013, n°4, pp. 254- 267.

THÉNOT M. ET KATIR H., « La bioéconomie industrielle à l'échelle d'une région : la bioraffinerie de Bazancourt-Pomacle, tremplin d'une stratégie territoriale », *F.F.E.*, Février 2017, pp. 66-70.

THIEFFRY P., "Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement: rivales ou alliées?", *R.A.E.-L.E.A.*, 2009-2010, No 4, pp. 783 et s.

WENDLER S., "The voices of corned-based ethanol: another look at the ongoing food vs fuel debate over ethanol mandates and waivers in light of the 2012 drought, *Drake J. Agric. L.*, 2013, pp. 597-617.

WERTZ J.-L., *Etat des lieux du bioraffinage axé sur les produits non énergétiques*, 2011, note de synthèse, pp. 1-18.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

