



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 71.074/3
van 22 maart 2022

over

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de modaliteiten van het gebruik van het Klimaat-, transitie en relancefonds, met betrekking tot As 1 'Klimaat, duurzaamheid en innovatie', Component 1.2 'Opkomende energietechnologieën', ID I-1.15 'Een industriële waardeketen voor de waterstofeconomie'

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 71.074/3
du 22 mars 2022

sur

un projet d'arrêté royal 'fixant les modalités d'utilisation du Fonds climat, transition et relance relatif à l'Axe 1 'Climat, durabilité et innovation', Composante 1.2 'Technologies énergétiques émergentes', ID I-1.15 'Une chaîne de valeur industrielle pour la transition vers l'hydrogène'

Op 18 februari 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de modaliteiten van het gebruik van het Klimaat-, transitie en relancefonds, met betrekking tot As 1 'Klimaat, duurzaamheid en innovatie', Component 1.2 'Opkomende energietechnologieën', ID I-1.15 'Een industriële waardeketen voor de waterstofeconomie'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 maart 2022.

*

Le 18 février 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'fixant les modalités d'utilisation du Fonds climat, transition et relance relatif à l'Axe 1 'Climat, durabilité et innovation', Composante 1.2 'Technologies énergétiques émergentes', ID I-1.15 'Une chaîne de valeur industrielle pour la transition vers l'hydrogène'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 8 mars 2022. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné 22 mars 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de invoering van een juridisch kader voor de toekenning van subsidies voor innovatieve projecten met betrekking tot de productie en het gebruik van klimaatneutrale waterstof.

Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat de definities (artikel 1).

Hoofdstuk 2 heeft betrekking op de projectoproep. De oproep voor het indienen van projectvoorstellen gaat uit van de Algemene Directie Energie (artikel 2) en betreft het toekennen van een eenmalige financiële ondersteuning aan innovatieve projecten met als doel de technologieën voor de productie of het gebruik van klimaatneutrale waterstof te bevorderen (artikel 3).

Hoofdstuk 3 betreft de ontvankelijkheid, de selectie en de keuze van de projectvoorstellen. Afdeling 1 bevat de ontvankelijkheidscriteria van de projectvoorstellen (artikel 4) en de ontvangstbevestiging (artikel 5). Afdeling 2 bevat de selectiecriteria waaraan de projectvoorstellen moeten voldoen (artikel 6). Afdeling 3 bevat de keuzecriteria waarop tussen de ingediende projecten wordt gekozen (artikel 7).

Hoofdstuk 4 regelt de analyse van de projectvoorstellen. De projecten worden eerst geanalyseerd door een college van experts (artikelen 8 en 9), dat een advies uitbrengt aan de Algemene Directie Energie, die de projecten vervolgens opnieuw analyseert in het licht van de keuzecriteria, en die aan de minister bevoegd voor energie (hierna: de minister) een lijst bezorgt met de ingediende voorstellen, samen met een gemotiveerd advies (artikel 10). Uiteindelijk wordt bij koninklijk besluit uit die lijst een keuze gemaakt voor een of meer projecten (artikel 11, § 1) en wordt hetzij een subsidie toegekend binnen de grenzen van artikel 41 van de algemene groepsvrijstellingsverordening¹ (artikel 11, § 2), hetzij een subsidie toegekend nadat de Europese Commissie daartoe toestemming verleent na de aanmelding als staatssteun (artikel 11, § 3).

Hoofdstuk 5 regelt de subsidie. Afdeling 1 regelt de intensiteit van de subsidie in functie van de staatssteunregels (artikel 12). Afdeling 2 regelt de toewijzing van de subsidie en het toezicht. De nadere voorwaarden voor de subsidie worden neergelegd in een subsidieovereenkomst met de minister (artikel 13). Het project wordt opgevolgd door de Algemene Directie Energie (artikel 14), onder meer op basis van rapporten van de begunstigde (artikel 15), die de Algemene Directie Energie ook op de hoogte moet brengen van gebeurtenissen die een impact kunnen hebben op de continuïteit en de goede uitvoering van het project (artikel 16). Afdeling 3 regelt de betaling

¹ Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 ‘waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard’.

(artikel 17). Afdeling 4 heeft betrekking op de sancties en terugvordering bij niet-naleving van de subsidieafspraken (artikelen 18 en 19).

Hoofdstuk 6 bevat de slotbepalingen. De Algemene Directie Energie moet een memorandum aannemen en bekendmaken op haar website dat de inhoud en vereisten van dit besluit preciseert (artikel 20).

BEVOEGDHEID

3. De vraag rijst of de ontworpen regeling tot de bevoegdheid van de federale overheid kan worden gerekend, ook al wordt in punt 1 van artikel 6 van het ontwerp bepaald dat een van de selectiecriteria voor de projectvoorstellen met betrekking tot de productie en het gebruik van klimaatneutrale waterstof inhoudt dat ze “onder de bevoegdheid van de federale overheid voor energie vallen als bedoeld in artikel 6, §1, VII, van de Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen”.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Gezien enerzijds de fysische eigenschappen en anderzijds het veelzijdige karakter van waterstof als energievector en industriële grondstof, net als aardgas, is het gepast om inzake de invulling van de bevoegdheidsverdeling voor waterstof aansluiting te zoeken bij deze voor andere energiedragers zoals beschreven in artikel 6, BWHI (met name § 1, VII).

Er zijn verschillende bevoegdheidsgronden in het kader van de BWHI die de federale overheid toelaten om projecten omtrent waterstof te ondersteunen. Zo kan onder meer verwezen worden naar de volgende voorbeelden, waarvan er verschillende ook reeds werden aangehaald in het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België:

- Opslag van elektriciteit uit offshore windenergie in de vorm van waterstof om ervoor te zorgen dat windturbines op zee minder vaak moeten worden stilgelegd;
- Bemanningsschepen op waterstof voor het onderhoud van offshore windmolens;
- Toekomstbestendig maken van het Belgische elektriciteitsproductiepark, bvb. door het gebruik van waterstof in STEG-centrales (bvb. via voorafgaande pyrolyse van aardgas);
- Projecten omtrent import of certificering van waterstof (vanuit bevoorradingszekerheid en productnormen; parallellen met aardolie en LNG);
- Elektrolysecapaciteit en andere productie van energie; beheer van transmissienetten (inclusief flexibiliteit in het elektriciteitstransmissienet en geïntegreerde netontwikkeling tussen de energiedragers).

Wat betreft de voorbeelden die werden aangehaald in het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België kan worden bevestigd dat dit plan het resultaat is van een afstemming tussen de federale en gewestelijke overheden, waarbij ook het bevoegdheidselement rond waterstof reeds een eerste keer is besproken. In het Plan wordt bij fiche 1.15 zo ook vermeld: *‘Deze oproep tot het indienen van projecten zal demonstratieprojecten in verband met de productie en het gebruik van waterstof stimuleren als en slechts als deze projecten onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen. Op die manier garanderen we complementariteit met de gewestelijke projecten (zie verder).’*”

4. Vooreerst rijst de vraag in welke mate klimaatneutrale waterstof moet worden gerekend tot de “nieuwe energiebronnen”² als bedoeld bij artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, waarvoor de gewesten bevoegd zijn.³ Uit de definitie van de term “klimaatneutrale waterstof” kan op het eerste gezicht worden afgeleid dat het gaat om waterstof die wordt geproduceerd met bestaande (nieuwe of niet-nieuwe) energiebronnen (voor zover die niet gepaard gaan met de uitstoot van broeikasgassen),⁴ veeleer dan dat het als een oorspronkelijke “nieuwe energiebron” kan worden beschouwd.⁵ De Raad van State ontbeert evenwel het vereiste inzicht om hierover uitsluitsel te kunnen geven.

5.1. De federale overheid is bevoegd voor “[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie”, bedoeld in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁶ De ontworpen regeling kan steun vinden in die bevoegdheidsgrond in zoverre de betrokken projecten betrekking zouden hebben op de industriële of anderszins grootschalige *opslag* van klimaatneutrale waterstof en op het *vervoer* ervan.⁷⁻⁸ Dat stemt echter niet overeen met hetgeen wordt bepaald in punt 1 van artikel 6 van het ontwerp, aangezien daar enkel gewag wordt gemaakt van “projecten met als doel de technologieën voor de *productie* of het *gebruik* van klimaatneutrale waterstof te bevorderen”.

5.2. In zoverre de projecten betrekking hebben op de *productie* van klimaatneutrale waterstof en op het *gebruik* ervan, zelfs enkel op industriële of anderszins grootschalige wijze, staat de ontworpen regeling op gespannen voet met de in opmerking 4 aangehaalde gewestbevoegdheid

² Over de draagwijdte van die notie, zie L. DERIDDER, *Het energiebeleid*, in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000, 62 en T. VERMEIR, “Het energiebeleid”, in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 268-269.

³ Met uitzondering van de nieuwe energiebronnen die worden geproduceerd en gebruikt in de mariene gebieden die buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten zijn gelegen (GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.20.2).

⁴ Zie de definitie van die term in artikel 1, 10°, van het ontwerp, namelijk “waterstof geproduceerd door middel van elektrolyse van water (in een elektrolyser die op elektriciteit uit hernieuwbare bronnen werkt), of de reforming van biogas of de biochemische omzetting van biomassa, mits aan de duurzaamheidscriteria bedoeld in artikel 29 van Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad wordt voldaan, of waterstof geproduceerd door methaanpyrolyse of waterstof geproduceerd op een andere wijze waarbij wordt aangetoond dat deze productie niet gepaard gaat met de uitstoot van broeikasgassen”.

⁵ Zoals bijvoorbeeld wel het geval is voor windenergie, zonne-energie en biogas.

⁶ Het Grondwettelijk Hof heeft met betrekking tot die bevoegdheid met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding gesteld dat “de bijzondere wetgever dat bevoegdheidsvoorbehoud heeft gemaakt om de federale Staat ertoe in staat te stellen hetzij te blijven deelnemen aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, hetzij toezicht te blijven uitoefenen op de produktie, de opslag en het transport van energie en hierbij op te treden in het belang van ‘s lands energiebevoorrading” (GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, B.14.2).

⁷ Overigens heeft de Raad van State in een recent om advies voorgelegde regeling inzake subsidies voor een waterstoftransportnet die bevoegdheidsgrond toegepast (adv.RvS 70.952/3 van 4 maart 2022 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de criteria voor toekenning van een subsidie op het Klimaat-, Transitie- en Relancefonds voor de aanleg van een waterstoftransportnetwerk”).

⁸ Indien het waterstofgas – al dan niet vermengd met aardgas – echter zou worden verdeeld via de openbare gasdistributie, zouden de gewesten bevoegd zijn overeenkomstig artikel 6, § 1, VII, eerste lid, b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

inzake “nieuwe energiebronnen”, althans in zoverre de projecten met betrekking tot klimaatneutrale waterstof daadwerkelijk onder die laatste bevoegdheid zouden vallen.

De federale overheid kan weliswaar aan industriële of anderszins grootschalige productiefaciliteiten met betrekking tot nieuwe energiebronnen bepaalde vergunningsplichten opleggen⁹, mede in het kader van de bevoorradingszekerheid, maar dat neemt niet weg dat het aan de gewesten toekomt om de productie van nieuwe energiebronnen te bevorderen (bijvoorbeeld via subsidies en groenestroomcertificaten), ongeacht de grootte van de installatie of de aard van het net waarmee ze zijn verbonden.¹⁰

Dat laatste geldt ook voor de subsidiëring van projecten voor het gebruik van klimaatneutrale waterstof, onder meer gelet op de gewestbevoegdheden inzake “[d]e terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers”¹¹ en “[h]et rationeel energieverbruik”¹² bedoeld in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, g) en h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

6. De conclusie is dan ook dat de ontworpen regeling moet worden herzien in het licht van wat voorafgaat. In zoverre de klimaatneutrale waterstof daadwerkelijk beschouwd kan worden als een “nieuwe energiebron” (hetgeen kan verschillen naargelang de techniek die wordt aangewend voor de productie ervan), kan de loutere subsidiëring van de productie en het gebruik ervan geen doorgang vinden, hetgeen niet wegneemt dat de federale overheid bevoegd kan zijn om andere aspecten te regelen van die productie of dat gebruik op industriële of anderszins grootschalige wijze, zeker indien die productie of dat gebruik gevolgen zou hebben voor de grote infrastructuur voor de opslag of het vervoer van waterstofgas.

In dat verband kan ook worden verwezen naar de onduidelijkheid van de ontworpen regeling aangaande de aard van de projecten die in aanmerking komen (zie daarover opmerking 13).

⁹ Zie bv. adv.RvS 70.340/3 van 19 november 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 februari 2022 ‘tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2364/001, 36-38 (opmerking 4).

¹⁰ GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.19-B.20.3.

¹¹ Bijvoorbeeld indien waterstof zou worden geproduceerd en afgevangen als bijproduct van andere industriële processen.

¹² Onder meer subsidieregelingen voor elektrische en hybride wagens en de bijhorende infrastructuur worden nu al beschouwd als een vorm van rationeel energiegebruik (zie bv. adv.RvS 58.994/3 van 23 maart 2016 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 2016 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de activiteiten en openbaredienstverplichtingen van de distributienetbeheerders ter stimulering van de infrastructuur voor elektrische voertuigen’, opmerking 4, en eerder al – impliciet – in adv.RvS 58.578/3 van 23 december 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 8 januari 2016 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een premie voor zero-emissie voertuigen’. De gewesten zijn ook bevoegd voor de uitbatingvoorwaarden van waterstoftankpunten; zo werd bijvoorbeeld geen bevoegdheidsvoorbehoud gemaakt in adv.RvS 65.284/1 van 27 februari 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 28 maart 2019 ‘houdende uitvoerende maatregelen betreffende de uitrol van infrastructuur voor alternatieve brandstoffen’.

De Raad van State kan niet vooruitlopen op die noodzakelijke herziening en kan dan ook niet nagaan of eventueel steun kan worden gevonden in andere materiële bevoegdheden van de federale overheid buiten het energiebeleid.

Het verdient ook sterk aanbeveling om de aldus herziene regeling ook vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt nader toe te lichten in het verslag aan de Koning, dat samen met het besluit en dit advies zal worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

RECHTSGROND

7.1. De rechtsgrond voor het ontwerp wordt gezocht in artikel 2.06.4, Programma 41/1 – Het klimaat, transitie en relance fonds van de wet van 23 december 2021 ‘houdende de algemene uitgavenbegroting voor het begrotingsjaar 2022’.

Artikel 91 van de programmawet van 20 december 2020 heeft een budgettair investeringsfonds ingesteld, het Klimaat-, transitie- en relancefonds, dat wordt aangesproken voor de voorliggende subsidies. Aangezien de beoogde projecten lijken te kunnen worden ingepast in het Nationaal Plan voor Herstel en Veerkracht, kan van dat fonds gebruik worden gemaakt. Die wetsbepaling bevat echter geen delegatie aan de Koning. Die delegatie is wel voorhanden in artikel 2.06.4, Programma 41/1, van de wet van 23 december 2021, op basis waarvan de Koning nadere regels en procedures mag bepalen voor de toekenning van toelagen in het kader van het Klimaat-, transitie- en relancefonds.

Aangezien de rechtsgrond voor het ontwerp wordt geboden door de combinatie van de twee wetsbepalingen, kunnen ze dan ook het best allebei worden vermeld in de aanhef.

7.2. De toepasselijkheid van de ontworpen subsidieregeling is, gelet op die rechtsgrond, beperkt tot 2022, ook al kunnen de projecten zelf een langere looptijd hebben. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De projecten kunnen inderdaad een looptijd van meerdere jaren hebben, dit is ook de effectieve verwachting. Alleszins moeten deze zijn afgerond uiterlijk in september 2025 (cfr. artikel 4, 2 e) van het ontwerp Koninklijk Besluit).

De betaling aan de geselecteerde partijen gebeurt niet noodzakelijkerwijze in één jaar. De wettelijke basis voor het relance fonds zal de komende jaren telkens hernomen worden. Per geselecteerd project zal een Koninklijk Besluit worden genomen waarin de vastlegging en vereffening van het budget over de verschillende jaren wordt bepaald. De vastlegging zal in 2022 gebeuren, maar het is mogelijk dat voor de vereffening (en de betaling aan de geselecteerde projecten) een ander schema wordt gehanteerd, afhankelijk van (operationele) mijlpalen binnen het project.”

Er zal inderdaad ook een rechtsgrond vereist zijn voor de volgende jaren waarin de subsidies voor lopende projecten nog worden toegekend.

8. Voor de regels over het toezicht en de terugvordering kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met de artikelen 121 tot 124 van de wet van 22 mei 2003 ‘houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat’. Ook die bepalingen moeten in de aanhef worden vermeld.

VORMVEREISTEN

9. Uit hetgeen is uiteengezet over de bevoegdheid (zie de opmerkingen 3 tot 6) is gebleken dat de productie en het gebruik van klimaatneutrale waterstof als dusdanig niet uitdrukkelijk wordt vermeld in artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en dat bovendien onduidelijkheid bestaat over welke overheid voor welke aspecten ervan bevoegd is. Er moet dan ook over de ontworpen regeling overleg worden gepleegd tussen de federale overheid en de gewesten, overeenkomstig artikel 6, § 3, 2°, van de voormelde bijzondere wet.

10. Het ontwerp maakt de toekenning mogelijk van subsidies die kunnen worden beschouwd als staatssteun. Gelet op de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van die subsidies zal het echter ofwel gaan om een subsidie binnen de grenzen van de algemene groepsvrijstellingsverordening,¹³ ofwel om een subsidie die eerst *ad hoc* voor elk betrokken project wordt aangemeld overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Op voorwaarde dat men dat laatste telkens doet wanneer dat vereist is, is er geen nood om dit ontwerp zelf aan te melden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Omvang van de subsidie

11. Het ontwerp stelt weliswaar een subsidie in, maar bepaalt nergens de omvang van het beschikbare bedrag, noch de maximale hoogte van de individuele subsidiebedragen. Dat kan niet pas worden verduidelijkt in het memorandum waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 20 van het ontwerp (zie daarover opmerking 16) en moet bijgevolg in het ontwerp zelf worden geregeld. Overeenkomstig artikel 7, eerste lid, 5, van het ontwerp is de gevraagde steunintensiteit weliswaar een van de keuzecriteria, maar ook dat is slechts een relatieve maatstaf, namelijk het aandeel van de steun op het geheel van de (in aanmerking komende) kosten van het project, en geen boven- of ondergrens op de omvang van de steun. Bovendien zou de invulling van de keuzecriteria

¹³ Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 ‘waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard’. In de aanhef wordt ook verwezen naar de mededeling van de Commissie 2014/C 198/01 van 27 juni 2014 ‘Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie’ en naar de mededeling van de Commissie 2022/C 80/01 van 27 januari 2022 ‘Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022’. Die twee laatste instrumenten zijn zeker relevant, maar ze vormen geen vrijstellingsregeling, doch enkel het beoordelingskader dat de Commissie zal hanteren voor de dossiers die buiten de algemene groepsvrijstellingsverordening vallen en die bijgevolg moeten worden aangemeld overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU.

overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van het ontwerp worden overgelaten aan het voormelde memorandum.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“De omvang van de enveloppe volgt uit het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België en de daaropvolgende goedkeuring door het Uitvoeringsbesluit van de Raad van de Europese Unie van 6 juli 2021 betreffende de goedkeuring van de beoordeling van het herstel- en veerkrachtplan voor België. Hierin is een budget voorzien van 50 miljoen EUR voor de betrokken fiche (zie pagina 108 van het plan, onder As 1 ‘Klimaat, duurzaamheid en innovatie’, Component 1.2 ‘Opkomende energietechnologieën’, ID I-1.15 ‘Een industriële waardeketen voor de waterstofeconomie’).

Wat betreft het maximum dat per project kan worden toegekend, verwijzen we naar de ‘verenigbaarheid met het staatssteunregime’ die zal moeten worden aangetoond overeenkomstig artikel 6, 5 van het ontwerp Koninklijk Besluit. Binnen de verschillende mogelijke staatssteunregimes (opgesomd in artikel 1, 11° van het ontwerp Koninklijk Besluit) gelden maximale steunintensiteiten en desgevallend ook maximale bedragen. Zo geldt bijvoorbeeld voor experimenteel onderzoek een maximale drempel van 15 miljoen EUR per onderneming per project en gelden de maximale steunintensiteiten vermeld in artikel 25, paragrafen 5 en 6 van de algemene groepsvrijstellingsverordening.”

Die drempels moeten, met het oog op de transparantie en de werkzaamheid van de ontworpen regeling, in de tekst ervan tot uiting worden gebracht en kunnen niet op de door de gemachtigde geschetste wijze onrechtstreeks blijken uit de eventuele toepasselijkheid van de groepsvrijstellingsverordening. Het volgt immers uit artikel 11, § 3, van het ontwerp dat ook projecten die niet inpasbaar zijn in de groepsvrijstellingsverordening eveneens voor subsidiëring in aanmerking komen, zij het na *ad hoc* goedkeuring van het staatssteundossier door de Europese Commissie.

B. Selectieprocedure

12. De beoordeling van de projecten vereist een objectieve en niet-discriminerende aanpak. Het voorliggende ontwerp voorziet weliswaar in criteria en in een beoordelingsprocedure, maar de concrete invulling is niet altijd even duidelijk en laat vooral veel beoordelingsruimte aan de Koning voor de eindbeslissing. De artikelen 8 en 9 van het ontwerp lijken tot gevolg te hebben dat de Algemene Directie Energie eerst beoordeelt voor welke projecten is voldaan aan de selectiecriteria vermeld in artikel 6, en die projecten voorlegt aan het college van experts voor een beoordeling op basis van de keuzecriteria vermeld in artikel 7. Die beoordeling wordt daarna echter nog eens volledig overgedaan door de Algemene Directie Energie overeenkomstig artikel 10, § 1, mogelijk met tegenstrijdige uitkomsten. Het resultaat is een lijst met alle projecten en een advies aan de minister. Die mag dan echter nog steeds een of meer projecten kiezen uit de lijst en aan de Koning voorleggen (artikel 11), zonder dat de ranking moet worden gerespecteerd of dat gewaarborgd wordt dat projecten die eerder gunstig werden beoordeeld, minstens voor een bepaald bedrag in aanmerking worden genomen.

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De experts gaan een eerste inhoudelijke beoordeling maken van de projecten die door de AD Energie werden geselecteerd (met andere woorden die projecten die volgens de beoordeling van de AD Energie voldoen aan de selectiecriteria vermeld in artikel 6). De experts stellen hierover een advies op, niet noodzakelijkerwijze een rangschikking.

Nadat de experts van de betrokken projecten een inhoudelijke beoordeling hebben gemaakt, zal de AD Energie deze eveneens analyseren in het licht van de keuzecriteria vermeld in artikel 7. Zij stelt hierover een gemotiveerd advies op ten behoeve van de Minister. Vervolgens zullen de ter ondersteunen projecten gekozen worden bij Koninklijk Besluit. Indien bij de uiteindelijke keuze zou worden afgeweken van het gemotiveerd advies van de AD Energie, zal dit gemotiveerd worden. Dit kan inderdaad nog verduidelijkt worden in het ontwerp Koninklijk Besluit.”

In elk geval zou de rol van elk van de beoordelaars beter tot uiting moeten komen in de tekst van het ontwerp. Indien bij de eindbeoordeling wordt afgeweken van eerdere beoordelingen, moet dat inderdaad worden gemotiveerd.

C. Aard van de projecten

13. De omvang van de te financieren projecten is niet duidelijk. Het zou kunnen gaan om industriële processen, maar ook om *proofs of concept* of om proefopstellingen van opschaalbare technologieën. Artikel 3 van het ontwerp wekt de indruk dat het veeleer om onderzoek gaat, maar uit de beoordelings- en keuzecriteria in de artikelen 6 en 7 van het ontwerp, met aantoonbare vermeden broeikasgasemissies en werkgelegenheidsbevordering, zou dan weer kunnen worden afgeleid dat het om veel grootschaligere projecten gaat.

De gemachtigde gaf daarover de volgende toelichting:

“Het doel van de call is met name financiële ondersteuning te bieden aan projecten en technologieën die idealiter op relatief korte termijn voldoende maturiteit zullen zijn om in de markt te kunnen worden ingeschakeld en zo effectieve emissiereducties te bereiken. De overheidsfinanciering heeft daarbij tot doel deze risicovolle ontwikkelingsfase (tussen meer fundamenteel/conceptueel onderzoek en eigenlijke ontplooiing in de markt) van dergelijke projecten/technologieën ten dele te ‘de-risken’. Er worden dus innovatieve projecten beoogd, waarbij de focus bij voorkeur uitgaat naar projecten met hogere graden van ‘technology readiness’. Ter verduidelijking van deze TRL-niveaus kan naar dit document verwezen worden:

https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/annexes/h2020-wp1415-annex-g-trl_en.pdf.

De steun wordt niet beperkt tot projecten inzake (fundamenteel) onderzoek, maar kan ook steun zijn voor ontwikkeling (zoals experimentele ontwikkeling zoals gedefinieerd in artikel 2, 86 van de algemene groepsvrijstellingsverordening) en innovatie. Naast steun voor O&O&I (onderzoek, ontwikkeling en innovatie) kan ook steun worden gegeven ter bevordering van de productie van klimaatneutrale waterstof (op grond van artikel 41 van de algemene groepsvrijstellingsverordening of de richtsnoeren EEAG, waarbij de Europese Commissie op basis van het ‘eco-innovation character’ van waterstofproductie uit hernieuwbare energie al heeft aangegeven hiervoor hogere steunintensiteiten te zullen toelaten).

Samengevat beoogt artikel 3 van het ontwerp Koninklijk Besluit de doelgroep van projecten dus niet te beperken tot onderzoeksprojecten. De uiteindelijke keuze van de projecten gebeurt op basis van de beoordelingscriteria in artikel 7 van het ontwerp Koninklijk Besluit.”

Het verdient aanbeveling om het toepassingsgebied en de doelstellingen van de steunregeling en de aard van de corresponderende projecten op zijn minst nader te verduidelijken in het verslag aan de Koning.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

14. In punt 1 van artikel 4 van het ontwerp moet het adres van de Algemene Directie Energie nog worden ingevuld in de plaats van de vermelding “TO DO”.

Artikel 12

15. Er wordt in artikel 12, § 2, van het ontwerp terecht voorzien in een anti-cumulbepaling voor steun die onder de groepsvrijstellingsverordening valt. Sommige steun zal echter worden toegekend met toepassing van artikel 11, § 3, van het ontwerp, na aanmelding bij de Europese Commissie, die desgevallend van bepaalde drempels kan afwijken. Aan artikel 12, § 2, eerste zin, van het ontwerp wordt daarom het best de zinsnede “, tenzij de Europese Commissie een hoger steunbedrag heeft goedgekeurd” toegevoegd.

Artikel 20

16. Overeenkomstig artikel 20 van het ontwerp neemt de Algemene Directie Energie een memorandum aan “dat de inhoud en de vereisten van dit besluit preciseert” en maakt ze dat bekend op haar website. Dat memorandum zou alleszins de kostencategorieën bepalen waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 4, 2, f, van het ontwerp, de “invulling” van de keuzecriteria vermeld in artikel 7, van het ontwerp, alsook de “indicatoren” voor de opvolging van de subsidies als bedoeld in artikel 14 van het ontwerp. Op de vraag om de draagwijdte van dit memorandum te verduidelijken, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het memorandum zal verdere praktische details en context verschaffen omtrent verschillende elementen van de innovatiecall, zo bijvoorbeeld hoe de selectie- en keuzecriteria worden geïnterpreteerd (bv. te hanteren methodologie voor berekening emissiereducties), voorbeelden van projecten die onder de federale bevoegdheden vallen enzovoort. Het doel van het memorandum is het verduidelijken van de inhoud van het koninklijk besluit, maar dit zal geen aanvullende normatieve waarde hebben ten opzichte van dit koninklijk besluit. Gezien de praktische aard werd ervoor geopteerd dit aan de AD Energie te delegeren, maar indien dit beter wordt geacht kan dit ook aan de minister worden gedelegeerd.”

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals de Algemene Directie Energie, is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatige karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.¹⁴

Gelet op de talrijke en belangrijke onduidelijkheden die aan de ontworpen regelingen kleven is de kans groot dat de verduidelijkingen in het memorandum niet steeds een beperkt en niet-beleidsmatig karakter zullen hebben. In dat geval moeten die verduidelijkingen in het ontwerp zelf worden opgenomen, tenzij indien ze zouden kunnen worden gedelegeerd aan de minister, maar dan enkel indien die delegaties betrekking zouden hebben op het vaststellen van uitvoeringsmaatregelen van bijkomstige of detailmatige aard. Dat laatste lijkt alvast voor de invulling van de keuzecriteria bedoeld in artikel 7 van het ontwerp niet mogelijk, tenzij indien daarvoor in het ontwerp zelf eerst een voldoende nadere invulling wordt opgenomen.

*

¹⁴ Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4, en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de créer un cadre juridique pour l'octroi de subventions pour des projets innovants concernant la production et l'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre.

Le chapitre 1^{er} du projet contient les définitions (article 1^{er}).

Le chapitre 2 concerne l'appel à projets. L'appel à l'introduction de propositions de projets émane de la Direction générale de l'Énergie (article 2) et concerne l'allocation d'une contribution financière ponctuelle aux projets innovants visant à promouvoir les technologies de production ou d'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre (article 3).

Le chapitre 3 concerne la recevabilité, la sélection et le choix des propositions de projets. La section 1^{ère} contient les critères de recevabilité des propositions de projets (article 4) et l'accusé de réception (article 5). La section 2 comporte les critères de sélection auxquels doivent satisfaire les propositions de projets (article 6). La section 3 détermine les critères de choix permettant de choisir les projets introduits (article 7).

Le chapitre 4 règle l'analyse des propositions de projets. Les projets sont d'abord analysés par un collège d'experts (articles 8 et 9), qui rend un avis à la Direction générale de l'Énergie, qui analyse ensuite une nouvelle fois les projets au regard des critères de choix et qui adresse au ministre qui a l'énergie dans ses attributions (ci-après : le ministre) une liste des propositions introduites, accompagnée d'un avis motivé (article 10). Enfin, un ou plusieurs projets sont choisis par arrêté royal dans cette liste (article 11, § 1^{er}) et soit une subvention est accordée dans les limites de l'article 41 du règlement général d'exemption par catégorie ¹ (article 11, § 2), soit une subvention est accordée après que la Commission européenne a donné son approbation à cet effet après la notification en tant qu'aide d'État (article 11, § 3).

Le chapitre 5 règle la subvention. La section 1^{ère} règle l'intensité de la subvention en fonction des règles en matière d'aides d'État (article 12). La section 2 règle l'affectation de la subvention et le contrôle. Les modalités de la subvention sont précisées dans une convention de subvention conclue avec le ministre (article 13). Le suivi du projet est assuré par la Direction générale de l'Énergie (article 14), entre autres sur la base de rapports du bénéficiaire (article 15), qui doit également informer la Direction générale de l'Énergie de tout événement qui est susceptible d'avoir une incidence sur la continuité et la bonne exécution du projet (article 16). La

¹ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité'.

section 3 régit le paiement (article 17). La section 4 porte sur les sanctions et le recouvrement en cas de non-respect des accords relatifs à la subvention (articles 18 et 19).

Le chapitre 6 contient les dispositions finales. La Direction générale de l'Énergie doit adopter et publier sur son site internet un mémorandum qui explicite le contenu et les exigences de l'arrêté à l'examen (article 20).

COMPÉTENCE

3. La question se pose de savoir si les règles en projet peuvent s'inscrire dans les compétences de l'autorité fédérale, même si le point 1 de l'article 6 du projet dispose qu'un des critères de sélection des propositions de projets concernant la production et l'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre implique qu'elles « s'inscrivent dans le champ de compétences de l'autorité fédérale en matière d'énergie visées à l'article 6, §1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ».

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Gezien enerzijds de fysische eigenschappen en anderzijds het veelzijdige karakter van waterstof als energievecteur en industriële grondstof, net als aardgas, is het gepast om inzake de invulling van de bevoegdheidsverdeling voor waterstof aansluiting te zoeken bij deze voor andere energiedragers zoals beschreven in artikel 6, BWHI (met name § 1, VII).

Er zijn verschillende bevoegdheidsgronden in het kader van de BWHI die de federale overheid toelaten om projecten omtrent waterstof te ondersteunen. Zo kan onder meer verwezen worden naar de volgende voorbeelden, waarvan er verschillende ook reeds werden aangehaald in het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België:

- Opslag van elektriciteit uit offshore windenergie in de vorm van waterstof om ervoor te zorgen dat windturbines op zee minder vaak moeten worden stilgelegd;
- Bemanningsschepen op waterstof voor het onderhoud van offshore windmolens;
- Toekomstbestendig maken van het Belgische elektriciteitsproductiepark, bvb. door het gebruik van waterstof in STEG-centrales (bvb. via voorafgaande pyrolyse van aardgas);
- Projecten omtrent import of certificering van waterstof (vanuit bevoorradingszekerheid en productnormen; parallellen met aardolie en LNG);
- Elektrolysecapaciteit en andere productie van energie; beheer van transmissienetten (inclusief flexibiliteit in het elektriciteitstransmissienet en geïntegreerde netontwikkeling tussen de energiedragers).

Wat betreft de voorbeelden die werden aangehaald in het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België kan worden bevestigd dat dit plan het resultaat is van een afstemming tussen de federale en gewestelijke overheden, waarbij ook het bevoegdheidselement rond waterstof reeds een eerste keer is besproken. In het Plan wordt bij fiche 1.15 zo ook vermeld: *‘Deze oproep tot het indienen van projecten zal demonstratieprojecten in verband met de productie en het gebruik van waterstof stimuleren als en slechts als deze projecten onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen. Op die manier garanderen we complementariteit met de gewestelijke projecten (zie verder)’* ».

4. La question se pose tout d'abord de savoir dans quelle mesure l'hydrogène climatiquement neutre doit être considéré comme faisant partie des « sources nouvelles d'énergie »² au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', pour lesquelles les régions sont compétentes³. Il peut se déduire à première vue de la définition du terme « hydrogène climatiquement neutre » qu'il s'agit d'hydrogène produit à partir de sources d'énergie existantes (nouvelles ou non) (pour autant qu'elles n'entraînent pas d'émissions de gaz à effet de serre)⁴, plutôt qu'on puisse le considérer comme une « source nouvelle d'énergie » originelle⁵. Le Conseil d'État ne dispose toutefois pas des connaissances requises pour pouvoir trancher cette question.

5.1. L'autorité fédérale est compétente pour « [l]es grandes infrastructures de stockage, le transport et la production de l'énergie » au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980⁶. Le dispositif en projet peut s'appuyer sur ce fondement de compétence dans la mesure où les projets concernés porteraient sur le *stockage* industriel ou tout autre moyen de *stockage* à grande échelle d'hydrogène climatiquement neutre et sur son *transport*⁷⁻⁸, ce qui ne correspond toutefois pas à ce qui est prévu au point 1 de l'article 6 du projet, dès lors qu'il fait uniquement mention de « projets innovants visant à promouvoir les technologies de *production* ou d'*utilisation* d'hydrogène climatiquement neutre ».

5.2. Dans la mesure où les projets concernent la *production* d'hydrogène climatiquement neutre et son *utilisation*, fût-ce uniquement de manière industrielle ou de toute autre façon à grande échelle, le dispositif en projet se heurte à la compétence régionale en matière de « sources nouvelles d'énergie » mentionnée dans l'observation 4, du moins dans la mesure où les projets concernant l'hydrogène climatiquement neutre s'inscriraient effectivement dans cette dernière compétence.

² Quant à la portée de cette notion, voir L. DERIDDER, *Het energiebeleid*, dans G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (éds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Bruges, la Charte, 2000, p. 62 et T. VERMEIR, « Het energiebeleid », dans B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (éds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Bruges, la Charte, 2016, pp. 268-269.

³ À l'exception des sources nouvelles d'énergie qui sont produites et utilisées dans les espaces marins qui se situent en dehors de la sphère de compétence territoriale des régions (C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.20.2).

⁴ Voir la définition de ce terme à l'article 1^{er}, 10°, du projet, à savoir « l'hydrogène produit par électrolyse de l'eau (dans un électrolyseur, alimenté par de l'électricité produite à partir de sources renouvelables), ou par reformage du biogaz ou conversion biochimique de la biomasse, si le procédé est conforme aux critères de durabilité définis à l'article 29 de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil, ou l'hydrogène produit par pyrolyse du méthane ou l'hydrogène produit par d'autres moyens lorsqu'il est démontré que cette production n'entraîne pas d'émission de gaz à effet de serre ».

⁵ Comme c'est cependant le cas, par exemple, pour l'énergie éolienne, l'énergie solaire et le biogaz.

⁶ À propos de cette compétence, la Cour constitutionnelle a indiqué, par référence aux travaux préparatoires, que « le législateur spécial a conçu cette réserve de compétence pour permettre à l'État fédéral de continuer soit à prendre part à la gestion des entreprises et organismes actifs dans les secteurs concernés, soit à exercer un contrôle dans la production, le stockage et le transport d'énergie et à y intervenir dans l'intérêt de l'approvisionnement du pays en énergie » (C.C., 12 juillet 1995, n° 57/95, B.14.2).

⁷ Au demeurant, le Conseil d'État a appliqué ce fondement de compétence dans un dispositif récemment soumis pour avis concernant les subventions pour un réseau de transport d'hydrogène (avis C.E. 70.952/3 du 4 mars 2022 sur un projet d'arrêté royal 'fixant les critères d'octroi d'une subvention sur le Fonds Climat, Transition et Relance pour la construction d'un réseau de transport d'hydrogène').

⁸ Si toutefois l'hydrogène – mélangé ou non au gaz naturel – était distribué par la distribution publique du gaz, les régions seraient compétentes conformément à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), de la loi spéciale du 8 août 1980.

L'autorité fédérale peut certes imposer certaines obligations d'autorisation aux installations de production industrielles ou à toute autre installation de production à grande échelle concernant les sources nouvelles d'énergie⁹, notamment dans le cadre de la sécurité d'approvisionnement, mais il n'empêche qu'il revient aux régions de promouvoir la production de sources nouvelles d'énergie (par exemple par des subventions et des certificats verts), indépendamment de la taille de l'installation ou de la nature du réseau auquel elles sont connectées¹⁰.

Il en va également de même pour le subventionnement de projets d'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre, compte tenu notamment des compétences régionales concernant « [l]a récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs »¹¹ et « [l]'utilisation rationnelle de l'énergie »¹² visées à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, g) et h), de la loi spéciale du 8 août 1980.

6. Il faut dès lors en conclure que le dispositif en projet doit être revu à la lumière des observations qui précèdent. Dans la mesure où l'hydrogène climatiquement neutre peut effectivement être considéré comme une « source nouvelle d'énergie » (ce qui peut varier en fonction de la technique utilisée pour sa production), le simple subventionnement de sa production et de son utilisation ne saurait se concrétiser, ce qui n'empêche pas que l'autorité fédérale peut être compétente pour régler d'autres aspects de cette production ou de cette utilisation industrielle ou de toute autre façon à grande échelle, à plus forte raison dans l'hypothèse où cette production ou cette utilisation auraient des effets sur les grandes infrastructures de stockage ou de transport d'hydrogène.

À cet égard, on peut également mentionner l'ambiguïté du dispositif en projet concernant la nature des projets admissibles (voir à ce propos l'observation 13).

Le Conseil d'État ne peut pas préjuger de cette nécessaire révision et ne peut dès lors vérifier si un fondement peut éventuellement être trouvé dans d'autres compétences matérielles de l'autorité fédérale en dehors de la politique énergétique.

⁹ Voir, par exemple, l'avis C.E. 70.340/3 du 19 novembre 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 février 2022 'modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations', *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2364/001, pp. 36-38 (observation 4).

¹⁰ C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.19-B.20.3.

¹¹ Par exemple, dans l'hypothèse où l'hydrogène serait produit et capté en tant que sous-produit d'autres procédés industriels.

¹² Notamment les régimes de subvention pour les véhicules électriques et hybrides et l'infrastructure y afférente sont d'ores et déjà considérés comme une forme d'utilisation rationnelle de l'énergie (voir, par exemple, l'avis C.E. 58.994/3 du 23 mars 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 25 mars 2016 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de activiteiten en openbaardienstverplichtingen van de distributienetbeheerders ter stimuleren van de infrastructuur voor elektrische voertuigen', observation 4, et plus tôt déjà – implicitement – l'avis C.E. 58.578/3 du 23 décembre 2015 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 8 janvier 2016 'houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een premie voor zero-emissie voertuigen'). Les régions sont également compétentes pour les conditions d'exploitation des points de ravitaillement en hydrogène ; ainsi, par exemple, aucune réserve de compétence n'a été formulée dans l'avis C.E. 65.284/1 du 27 février 2019 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 28 mars 2019 'portant des mesures d'exécution sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs'.

Il est dès lors vivement recommandé de préciser le dispositif ainsi révisé, également au regard des règles répartitrices de compétences, dans le rapport au Roi qui sera publié au Moniteur belge en même temps que l'arrêté et le présent avis.

FONDEMENT JURIDIQUE

7.1. Le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 2.06.4, Programme 41/1 – Le Fonds climat, transition et relance, de la loi du 23 décembre 2021 'contenant le budget général des dépenses pour l'année budgétaire 2022'.

L'article 91 de la loi-programme du 20 décembre 2020 a créé un fonds budgétaire d'investissements, le Fonds climat, transition et relance, qui est sollicité pour les subventions à l'examen. Dès lors que les projets visés semblent pouvoir s'inscrire dans le Plan National pour la Reprise et la Résilience, on peut avoir recours à ce fonds. Cette disposition légale ne comporte cependant pas de délégation au Roi. Cette délégation est toutefois prévue à l'article 2.06.4, Programme 41/1, de la loi du 23 décembre 2021, en vertu duquel le Roi est habilité à fixer les modalités et procédures d'octroi des subventions dans le cadre du Fonds climat, transition et relance.

Le projet trouvant son fondement juridique dans la combinaison des deux dispositions légales, il serait dès lors préférable de les mentionner toutes les deux dans le préambule.

7.2. Compte tenu de ce fondement juridique, l'applicabilité du régime de subvention en projet est limité à 2022, même si les projets proprement dits peuvent avoir une durée plus longue. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De projecten kunnen inderdaad een looptijd van meerdere jaren hebben, dit is ook de effectieve verwachting. Alleszins moeten deze zijn afgerond uiterlijk in september 2025 (cfr. artikel 4, 2 e) van het ontwerp Koninklijk Besluit).

De betaling aan de geselecteerde partijen gebeurt niet noodzakelijkerwijze in één jaar. De wettelijke basis voor het relance fonds zal de komende jaren telkens hernomen worden. Per geselecteerd project zal een Koninklijk Besluit worden genomen waarin de vastlegging en vereffening van het budget over de verschillende jaren wordt bepaald. De vastlegging zal in 2022 gebeuren, maar het is mogelijk dat voor de vereffening (en de betaling aan de geselecteerde projecten) een ander schema wordt gehanteerd, afhankelijk van (operationele) mijlpalen binnen het project ».

Un fondement juridique sera en effet également requis pour les années suivantes pendant lesquelles les subventions seront encore octroyées pour des projets en cours.

8. En ce qui concerne les règles relatives au contrôle et au recouvrement, on peut se fonder sur le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec les articles 121 à 124 de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral'. Il sera également fait mention de ces dispositions dans le préambule.

FORMALITÉS

9. Il ressort des observations formulées à l'égard de la compétence (voir les observations 3 à 6) que la production et l'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre en tant que telles ne sont pas expressément mentionnées à l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 et qu'en outre on n'aperçoit pas clairement quelle autorité est compétente pour lesquels de leurs aspects. Dès lors, le dispositif en projet doit faire l'objet d'une concertation entre l'autorité fédérale et les régions, conformément à l'article 6, § 3, 2^o, de la loi spéciale précitée.

10. Le projet permet l'octroi de subventions qui peuvent être considérées comme des aides d'État. Toutefois, compte tenu des conditions et de la procédure d'octroi de ces subventions, il s'agira soit d'une subvention s'inscrivant dans les limites du règlement général d'exemption par catégorie¹³, soit d'une subvention qui devra d'abord être notifiée spécifiquement pour chaque projet concerné conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. À condition que l'on procède à cette dernière notification chaque fois qu'elle est requise, il n'est pas nécessaire de notifier ce projet proprement dit.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Importance de la subvention

11. Le projet instaure certes une subvention, mais ne détermine nullement l'importance du montant disponible, ni la hauteur maximale des montants individuels de la subvention. On ne peut pas attendre le mémorandum mentionné à l'article 20 du projet pour apporter ces précisions (voir à cet égard l'observation 16) ; il convient dès lors de régler cette question dans le projet proprement dit. Conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, 5, du projet, l'intensité de l'aide demandée constitue certes l'un des critères de choix, mais il ne s'agit là aussi que d'un critère relatif, à savoir la part de l'aide par rapport à l'ensemble des coûts (admissibles) du projet, et pas d'une limite supérieure ou inférieure du montant de l'aide. En outre, conformément à l'article 7, alinéa 2, du projet, l'interprétation des critères de choix serait réglée dans le mémorandum précité.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De omvang van de enveloppe volgt uit het Plan voor Herstel en Veerkracht voor België en de daaropvolgende goedkeuring door het Uitvoeringsbesluit van de Raad van de Europese Unie van 6 juli 2021 betreffende de goedkeuring van de beoordeling van het herstel- en veerkrachtplan voor België. Hierin is een budget voorzien van 50 miljoen EUR voor de betrokken fiche (zie pagina 108 van het plan, onder As 1 'Klimaat, duurzaamheid

¹³ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité'. Le préambule fait également référence à la communication de la Commission 2014/C 198/01 du 27 juin 2014 'Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation' et à la communication de la Commission 2022/C 80/01 du 27 janvier 2022 'Lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022'. Ces deux derniers instruments sont certainement pertinents, sans constituer toutefois un régime d'exemption, mais uniquement le cadre d'évaluation que la Commission utilisera pour les dossiers qui ne relèvent pas du règlement général d'exemption par catégorie et qui, dès lors, doivent être notifiés conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

en innovatie', Component 1.2 'Opkomende energietechnologieën', ID I-1.15 'Een industriële waardeketen voor de waterstofeconomie').

Wat betreft het maximum dat per project kan worden toegekend, verwijzen we naar de 'verenigbaarheid met het staatssteunregime' die zal moeten worden aangetoond overeenkomstig artikel 6, 5 van het ontwerp Koninklijk Besluit. Binnen de verschillende mogelijke staatssteunregimes (opgesomd in artikel 1, 11° van het ontwerp Koninklijk Besluit) gelden maximale steunintensiteiten en desgevallend ook maximale bedragen. Zo geldt bijvoorbeeld voor experimenteel onderzoek een maximale drempel van 15 miljoen EUR per onderneming per project en gelden de maximale steunintensiteiten vermeld in artikel 25, paragrafen 5 en 6 van de algemene groepsvrijstellingsverordening ».

Dans un souci de transparence et d'effectivité du dispositif en projet, ces seuils doivent être mentionnés dans le texte de ce dernier et ne peuvent pas se déduire indirectement, de la manière exposée par le délégué, de l'applicabilité éventuelle du règlement d'exemption par catégorie. Il résulte en effet de l'article 11, § 3, du projet que les projets qui ne peuvent s'inscrire dans le règlement d'exemption par catégorie sont également admissibles au subventionnement, fût-ce après l'approbation *ad hoc* du dossier d'aide d'État par la Commission européenne.

B. Procédure de sélection

12. L'évaluation des projets requiert une approche objective et non discriminatoire. Le projet à l'examen prévoit certes des critères et une procédure d'évaluation, mais leur interprétation concrète n'est pas toujours aussi claire et laisse surtout une large marge d'appréciation au Roi pour prendre la décision finale. Les articles 8 et 9 du projet semblent impliquer que la Direction générale de l'Énergie apprécie d'abord quels projets remplissent les critères de sélection mentionnés à l'article 6, et soumet ces projets au collège d'experts en vue de leur évaluation sur la base des critères de choix mentionnés à l'article 7. Or, ensuite, la Direction générale de l'Énergie recommence encore complètement cette évaluation conformément à l'article 10, § 1^{er}, éventuellement avec des résultats contradictoires. Il en résulte une liste de l'ensemble des projets et un avis adressé au ministre. Ce dernier peut toutefois encore choisir un ou plusieurs projets dans cette liste et les soumettre au Roi (article 11), sans devoir respecter le classement ou garantir que des projets ayant précédemment fait l'objet d'une évaluation favorable soient pris en considération, au moins pour un montant déterminé.

À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De experts gaan een eerste inhoudelijke beoordeling maken van de projecten die door de AD Energie werden geselecteerd (met andere woorden die projecten die volgens de beoordeling van de AD Energie voldoen aan de selectiecriteria vermeld in artikel 6). De experts stellen hierover een advies op, niet noodzakelijkerwijze een rangschikking.

Nadat de experts van de betrokken projecten een inhoudelijke beoordeling hebben gemaakt, zal de AD Energie deze eveneens analyseren in het licht van de keuzecriteria vermeld in artikel 7. Zij stelt hierover een gemotiveerd advies op ten behoeve van de Minister. Vervolgens zullen de ter ondersteunen projecten gekozen worden bij Koninklijk Besluit. Indien bij de uiteindelijke keuze zou worden afgeweken van het gemotiveerd advies van de AD Energie, zal dit gemotiveerd worden. Dit kan inderdaad nog verduidelijkt worden in het ontwerp Koninklijk Besluit ».

En tout cas, le rôle de chacun des évaluateurs devrait apparaître plus clairement dans le texte du projet. Une motivation s'impose en effet si l'évaluation finale s'écarte des évaluations précédentes.

C. Nature des projets

13. On n'aperçoit pas clairement l'ampleur des projets à financer. Il pourrait s'agir de procédés industriels, mais également de *proofs of concept* ou de dispositifs d'essai de technologies évolutives. L'article 3 du projet donne à penser qu'il s'agit plutôt de recherche, mais il pourrait par ailleurs se déduire des critères d'évaluation et de choix visés aux articles 6 et 7 du projet, démontrant les émissions de gaz à effet de serre évitées et la promotion de l'emploi, qu'il s'agit de projets à bien plus grande échelle.

À ce sujet, le délégué a donné l'explication suivante :

« Het doel van de call is met name financiële ondersteuning te bieden aan projecten en technologieën die idealiter op relatief korte termijn voldoende maturiteit zullen zijn om in de markt te kunnen worden ingeschakeld en zo effectieve emissiereducties te bereiken. De overheidsfinanciering heeft daarbij tot doel deze risicovolle ontwikkelingsfase (tussen meer fundamenteel/conceptueel onderzoek en eigenlijke ontplooiing in de markt) van dergelijke projecten/technologieën ten dele te 'de-risken'. Er worden dus innovatieve projecten beoogd, waarbij de focus bij voorkeur uitgaat naar projecten met hogere graden van 'technology readiness'. Ter verduidelijking van deze TRL-niveaus kan naar dit document verwezen worden:
https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/annexes/h2020-wp1415-annex-g-trl_en.pdf.

De steun wordt niet beperkt tot projecten inzake (fundamenteel) onderzoek, maar kan ook steun zijn voor ontwikkeling (zoals experimentele ontwikkeling zoals gedefinieerd in artikel 2, 86 van de algemene groepsvrijstellingsverordening) en innovatie. Naast steun voor O&O&I (onderzoek, ontwikkeling en innovatie) kan ook steun worden gegeven ter bevordering van de productie van klimaatneutrale waterstof (op grond van artikel 41 van de algemene groepsvrijstellingsverordening of de richtsnoeren EEAG, waarbij de Europese Commissie op basis van het 'eco-innovation character' van waterstofproductie uit hernieuwbare energie al heeft aangegeven hiervoor hogere steunintensiteiten te zullen toelaten).

Samengevat beoogt artikel 3 van het ontwerp Koninklijk Besluit de doelgroep van projecten dus niet te beperken tot onderzoeksprojecten. De uiteindelijke keuze van de projecten gebeurt op basis van de beoordelingscriteria in artikel 7 van het ontwerp Koninklijk Besluit ».

Il est recommandé à tout le moins de définir plus précisément le champ d'application et les objectifs du régime d'aide, ainsi que la nature des projets correspondants, dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

14. Au point 1 de l'article 4 du projet, il faut encore remplacer la mention « TO DO » par l'adresse de la Direction générale de l'Énergie.

Article 12

15. L'article 12, § 2, du projet prévoit à juste titre une disposition anti-cumul pour les aides qui relèvent du règlement d'exemption par catégorie. Certaines aides seront toutefois accordées en application de l'article 11, § 3, du projet, après notification à la Commission européenne, qui le cas échéant peut déroger à certains seuils. Mieux vaudrait dès lors ajouter les mots « , à moins que la Commission européenne ait approuvé un montant d'aide supérieur » à l'article 12, § 2, première phrase, du projet.

Article 20

16. Conformément à l'article 20 du projet, la Direction générale de l'Énergie adopte et publie sur son site internet un mémorandum « qui explicite le contenu et les exigences du présent arrêté ». Ce mémorandum déterminerait en tout cas les catégories de coûts mentionnées à l'article 4, 2, f, du projet, l'« interprétation » des critères de choix mentionnés à l'article 7 du projet, ainsi que les « indicateurs » pour le suivi des subventions visé à l'article 14 du projet. Invité à préciser la portée de ce mémorandum, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het memorandum zal verdere praktische details en context verschaffen omtrent verschillende elementen van de innovatiecall, zo bijvoorbeeld hoe de selectie- en keuzecriteria worden geïnterpreteerd (bv. te hanteren methodologie voor berekening emissiereducties), voorbeelden van projecten die onder de federale bevoegdheden vallen enzovoort. Het doel van het memorandum is het verduidelijken van de inhoud van het koninklijk besluit, maar dit zal geen aanvullende normatieve waarde hebben ten opzichte van dit koninklijk besluit. Gezien de praktische aard werd ervoor geopteerd dit aan de AD Energie te delegeren, maar indien dit beter wordt geacht kan dit ook aan de minister worden gedelegeerd ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public, comme la Direction générale de l'Énergie, n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui

doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique ¹⁴.

Eu égard aux nombreuses et importantes ambiguïtés émaillant les règles en projet, il y a fort à parier que les explications contenues dans le mémorandum n'auront pas toujours un caractère limité et non politique. Dans ce cas, ces explications doivent être intégrées dans le projet proprement dit, à moins qu'elles ne puissent être déléguées au ministre, mais uniquement si ces délégations se rapportent à des mesures d'exécution accessoires ou de détail. Tel ne semble en tout cas pas être possible pour l'interprétation des critères de choix visés à l'article 7 du projet, à moins, d'abord, de préciser suffisamment cette interprétation dans le projet proprement dit.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

¹⁴ Comparer avec les critères d'évaluation qu'utilise la Cour constitutionnelle pour apprécier les délégations de pouvoir réglementaire par le législateur à une autorité administrative autonome ou à un organisme public décentralisé ; voir C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4, et C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 : « Les articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes » ; voir C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 : « L'article 33 de la Constitution et l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 [de réformes institutionnelles] ne s'opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ». Voir aussi C.C., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2. : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».