RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 72.956/3
van 28 februari 2023

over

een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 72.956/3
du 28 février 2023

sur

un avant-projet de loi ‘portant des dispositions diverses relatives énergie’

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

Op 23 januari 2023 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 voorontwerp van wet 'houdende diverse bepalingen inzake energie'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 februari 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 februari 2023.

*

Le 23 janvier 2023, 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 avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses relatives énergie'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 14 février 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 février 2023.

*

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Hoofdstuk 2 van het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

Artikel 2 van het voorontwerp voorziet in de aanpassing en de invoeging van een aantal definities. Artikel 3 strekt tot wijziging van het capaciteitsremuneratiemechanisme (hierna: CRM) in artikel 7*undecies* van de wet van 29 april 1999. De wijzigingen aan paragraaf 8 hebben betrekking op de voorwaarden voor de participatie van houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit aan het CRM; de wijzigingen aan de paragrafen 12 en 13 beogen die bepaling ook te kunnen toepassen op de gerichte veilingen bedoeld in artikel 7*duodecies*, van dezelfde wet. Artikel 4 hervormt de procedure in artikel 7*duodecies* van dezelfde wet voor het organiseren van die gerichte veilingen.

Artikel 5 breidt de geschillenregeling bedoeld in artikel 9*ter*, 4°, van de wet van 29 april 1999 uit tot geschillen over de gedragscode.

Artikel 6 wijzigt artikel 11 van de wet van 29 april 1999 met betrekking tot de rolverdeling tussen het door de Koning vastgestelde technisch reglement en de door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna: CREG) vastgestelde gedragscode.

Artikel 7 wijzigt artikel 12 van de wet van 29 april 1999 met betrekking tot de procedure voor de tariefbeslissingen.

Artikel 8 wijzigt artikel 15 van de wet van 29 april 1999 met betrekking tot de toegang tot het transmissienet.

Artikel 9 wijzigt artikel 23 van de wet van 29 april 1999 met betrekking tot de taken van de CREG inzake de controle op de toepassing van het technisch reglement en de vaststelling van de gedragscode en de controle daarop; daarnaast zijn er ook aanpassingen met betrekking tot de taken van de CREG bij het congestiebeheer, en vallen bepaalde taken weg gelet op de andere invulling van het technisch reglement. Ten slotte wordt ook een bepaling vervangen met betrekking tot de mogelijkheid voor de CREG om een nieuw voorstel van de netbeheerder te eisen.

[1] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

Artikel 10 wijzigt artikel 29*bis* van de wet van 29 april 1999 om bijkomende geschillen voor te leggen aan het Marktenhof. Artikel 11 wijzigt ten slotte artikel 29*ter* van dezelfde wet om te weerspiegelen dat bepaalde beslissingen nu via de gedragscode worden genomen.

2.2. Artikel 12 van het voorontwerp brengt een wijziging aan in de wet van 12 april 1965 'betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen'. In artikel 1, 2°, van die wet worden in de definitie van aardgas de woorden "van ondergrondse oorsprong" geschrapt, zodat voortaan ook methaan van andere oorsprong als aardgas kan worden beschouwd.

2.3. De artikelen 13 en 14 van het voorontwerp zijn autonome bepalingen ter bevordering van de waterstofeconomie. Artikel 13 vormt de rechtsgrond voor het toekennen van subsidies voor de bevordering van de ontwikkeling van technologieën en infrastructuur voor het vervoer, de invoer en de opslag van waterstof. Artikel 14 vormt een rechtsgrond voor de subsidiëring van de bevordering van de ontwikkeling van technologieën en infrastructuur voor de productie en het gebruik van waterstof en waterstofderivaten.

BEVOEGDHEID

3.1. Artikel 13 van het voorontwerp machtigt de Koning om een subsidieregeling uit te werken met als doel "de bevordering van onderzoek naar, de ontwikkeling en de demonstratie van technologieën en infrastructuur voor het vervoer, van technologieën en infrastructuur voor de invoer, en van technologieën en grote infrastructuur voor de opslag van waterstof".

Een dergelijke machtiging kan bevoegdheidsconform worden begrepen, in zoverre ze enkel betrekking kan hebben op onderzoek, ontwikkeling en demonstratie van technologie en infrastructuur die kunnen worden ingepast in de bevoegdheid van de federale overheid inzake "[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produ[c]tie van energie",[2] in samenhang met haar bevoegdheid inzake wetenschappelijk onderzoek dat nodig is voor de uitoefening van haar eigen bevoegdheden.[3]

3.2. Artikel 14 van het voorontwerp bevat dan weer een machtiging voor het uitwerken van een subsidieregeling met als doel "de bevordering van onderzoek naar, de ontwikkeling en de demonstratie van technologieën en infrastructuur voor de productie en het gebruik van waterstof en waterstofderivaten".

Reeds eerder heeft de Raad van State bevoegdheidsrechtelijke bezwaren geformuleerd tegen een regeling inzake de financiële ondersteuning van innovatieve projecten met als doel de technologieën voor de productie of het gebruik van klimaatneutrale waterstof te bevorderen, enerzijds wat betreft de vraag of klimaatneutrale waterstof niet moet worden beschouwd als een "nieuwe energiebron" waarvoor de gewesten principieel bevoegd zijn, en

[2] Artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Zie adv.RvS 71.998/VR/3 van 12 oktober 2022 over een voorontwerp van wet 'betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen', *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3077/001, 71-75 (opmerkingen 3 tot 8).

[3] Artikel 6*bis*, § 2, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

anderzijds, en meer klemmend in dit verband, wat betreft de vraag of de eerder geschetste bevoegdheid van de federale overheid inzake "[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produ[c]tie van energie", in samenhang met haar bevoegdheid inzake wetenschappelijk onderzoek dat nodig is voor de uitoefening van haar eigen bevoegdheden, volstaat om de ontworpen regeling te dragen:

"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)*.''

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

4. Vooreerst rijst de vraag in welke mate klimaatneutrale waterstof moet worden gerekend tot de 'nieuwe energiebronnen'[4] 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.[5] 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),[6] veeleer dan dat het als een oorspronkelijke 'nieuwe energiebron' kan worden beschouwd.[7] 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.[8] 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.[9-10] 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 inzake 'nieuwe energiebronnen', althans in zoverre de projecten met betrekking tot klimaatneutrale waterstof daadwerkelijk onder die laatste bevoegdheid zouden vallen.

---

[4] *Voetnoot 2 van het geciteerde advies:* 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.

[5] *Voetnoot 3 van het geciteerde advies:* 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).

[6] *Voetnoot 4 van het geciteerde advies:* 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".

[7] *Voetnoot 5 van het geciteerde advies:* Zoals bijvoorbeeld wel het geval is voor windenergie, zonne-energie en biogas.

[8] *Voetnoot 6 van het geciteerde advies:* 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).

[9] *Voetnoot 7 van het geciteerde advies:* 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').

[10] *Voetnoot 8 van het geciteerde advies:* 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.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

De federale overheid kan weliswaar aan industriële of anderszins grootschalige productiefaciliteiten met betrekking tot nieuwe energiebronnen bepaalde vergunningsplichten opleggen[11], 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.[12]

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'[13] en '[h]et rationeel energieverbruik'[14] 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 infrastructuren 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 (…)."[15]

Gelijkaardige bedenkingen moeten worden geformuleerd bij artikel 14 van het thans om advies voorgelegde voorontwerp. In de eerste plaats kan de ontworpen delegatie geen doorgang vinden in zoverre de subsidiëring van de *productie* van *klimaatneutrale* waterstof wordt beoogd, althans wanneer die klimaatneutrale waterstof daadwerkelijk beschouwd kan worden als een

---

[11] *Voetnoot 9 van het geciteerde advies:* 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).

[12] *Voetnoot 10 van het geciteerde advies:* GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.19-B.20.3.

[13] *Voetnoot 11 van het geciteerde advies:* Bijvoorbeeld indien waterstof zou worden geproduceerd en afgevangen als bijproduct van andere industriële processen.

[14] *Voetnoot 12 van het geciteerde advies:* 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 uitbatingsvoorwaarden 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'.

[15] Adv.RvS 71.074/3 van 22 maart 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 21 april 2022 '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'', opmerkingen 3 tot 6.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

"nieuwe energiebron", waarvoor de gewesten bevoegd zijn.[16] In de tweede plaats kan de ontworpen delegatie slechts doorgang vinden in zoverre ze kan worden ingepast in de bevoegdheid van de federale overheid inzake "[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produ[c]tie van energie", in samenhang met haar bevoegdheid inzake wetenschappelijk onderzoek dat nodig is voor de uitoefening van haar eigen bevoegdheden. Dat lijkt te vereisen dat het gaat, zoals wordt vermeld in het voormelde advies, om onderzoek naar, en de ontwikkeling en de demonstratie van technologieën en infrastructuur voor *industriële of anderszins grootschalige* productie en gebruik van waterstof en waterstofderivaten.

3.3. Met betrekking tot zowel artikel 13 als artikel 14 van het voorontwerp moet erop worden gewezen dat de voormelde federale bevoegdheid inzake "[d]e grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produ[c]tie van energie" enkel geldt voor "de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven".[17] Het Grondwettelijk Hof heeft in dat verband, 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 productie, de opslag en het transport van energie en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading".[18] In dit geval lijkt dat in te houden dat een substantiële of op zijn minst significante bijdrage moet voorliggen tot de energiebevoorrading van het land.[19]

VORMVEREISTEN

4.1. De wijzigingen van het CRM bij artikel 3 van het voorontwerp, wat betreft de participatie van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit, komt neer op de aanpassing van een aangemelde staatssteunregeling. Ook die aanpassing moet in beginsel bij de Europese Commissie worden aangemeld.[20]

[16] Artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

[17] Artikel 6, § 1, VII, tweede lid (inleidende bepaling), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zie daarover ook het voormelde advies 71.998/VR/3, *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3077/001, 75 (opmerking 7).

[18] GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, B.14.2; GwH 17 september 2009, nr. 144/2009, B.10.2; *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1333/1, 223-225. Zie ook adv.RvS 54.884/3 van 20 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 26 maart 2014 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt', *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3357/001, 25 (opmerking 3).

[19] Zie ook adv.RvS 72.004/VR van 6 oktober 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 februari 2023 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmark[t]', *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3082/001, 30-32 en 35-36 (opmerkingen 4 en 7).

[20] Wijzigingen van goedgekeurde steun moeten immers beschouwd worden als nieuwe steun in de zin van artikel 1, c), van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 'tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie', zodat die wijzigingen overeenkomstig artikel 2 van die verordening moeten worden aangemeld.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

In de memorie van toelichting wordt in dat verband verwezen naar de goedkeuringsbeslissing SA.54915 van 27 augustus 2021 van de Europese Commissie[21] en wordt betoogd dat de wijzigingen aansluiten bij een eerder advies van de Raad van State,[22] maar daarmee is nog niet aangetoond dat die wijzigingen daadwerkelijk voortvloeien uit die goedkeuringsbeslissing. Tenzij indien dat laatste alsnog kan worden aangetoond, moet het voorontwerp worden aangemeld bij de Europese Commissie.

4.2. De wijzigingen aan het systeem van gerichte veilingen bij artikel 4 van het voorontwerp bouwen dat systeem verder uit in de richting van een staatssteunregeling die bepaalde kenmerken zal delen met het bestaande CRM. Ook de ontworpen wijzigingen maken het evenwel nog niet mogelijk om de werkelijke omvang van het steunmechanisme te beoordelen. De aanmelding ervan bij de Europese Commissie is op dit ogenblik dan ook nog niet aan de orde.

Dat neemt niet weg dat als dat mechanisme ooit wordt geactiveerd, een aanmelding wel degelijk noodzakelijk is. Het huidige artikel 7*duodecies*, § 1, tweede lid, van de wet van 29 april 1999 – dat het zesde lid wordt – biedt immers onvoldoende waarborgen dat de Europese Commissie voldoende tijd krijgt om de maatregel te beoordelen voor de veiling zal zijn afgerond. Er wordt immers enkel voorzien in een intrekking van de instructie – en dus de stopzetting van de gerichte veiling (en mogelijk de annulering van het resultaat van een al afgeronde veiling) – nadat de Europese Commissie bezwaar heeft gemaakt, terwijl het *standstill*-beginsel vereist dat aan te melden steun niet wordt uitgevoerd vooraleer de Europese Commissie die steun heeft goedgekeurd.[23]

4.3. De artikelen 13 en 14 van het voorontwerp vormen de rechtsgrond voor het opzetten van subsidieregelingen. Aangezien de uitwerking ervan volledig aan de Koning wordt opgedragen, zal er echter pas zinvol bij de voorbereiding van die uitvoeringsbesluiten kunnen worden aangemeld.

4.4. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van een aanmelding bij de Europese Commissie, zoals vermeld in opmerking 4.1, nog wijzigingen zou ondergaan,[24] moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

[21] Https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

[22] Adv.RvS 69.013/3 van 13 april 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vaststelling van de ontvankelijkheidscriteria bedoeld in artikel 7*undecies*, § 8, eerste lid, 3°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, wat betreft de voorwaarden en modaliteiten waaronder houders van onrechtstreekse buitenlandse capaciteit kunnen deelnemen aan de prekwalificatieprocedure in het kader van het capaciteitsvergoedingsmechanisme'.

[23] Artikel 3 van verordening (EU) 2015/1589.

[24] Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Het voorontwerp komt verder tegemoet aan arrest C-767/19 van het Hof van Justitie,[25] door de rol van de CREG verder uit te breiden en de rol van de Koning bij de vaststelling van het technisch reglement dienovereenkomstig in te perken. Niettemin moet worden vastgesteld dat artikel 9, 6°, van het voorontwerp nieuwe procedurele beperkingen inhoudt voor de regulator, die niet als dusdanig terug te vinden zijn in artikel 60, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/944.[26] De bewoordingen laten weliswaar toe dat de CREG mits een "bijzondere motivering" afwijkt van de temporele restrictie van één jaar, maar de richtlijnbepaling gaat niet uit van enige temporele restrictie voor de regulerende instantie om een nieuw voorstel te vragen van de netbeheerder. Op dat punt moet dan ook een voorbehoud worden gemaakt.

5.2. Het voorontwerp wordt het best aangevuld met een nieuw artikel 2, dat vermeldt dat de aan te nemen wet strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2019/944.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

6. In artikel 8, 2°, van het voorontwerp wordt tussen de woorden "vijfde lid" en "worden" duidelijkheidshalve het best de zinsnede ", dat het vierde lid wordt," ingevoegd.

*

[25] HvJ 3 december 2020, zaak C-767/19, *Commissie t. België*, ECLI:EU:C:2020:984.

[26] Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU'.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, 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 [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2.1. Le chapitre 2 de l'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'.

L'article 2 de l'avant-projet adapte et insère un certain nombre de définitions. L'article 3 vise à modifier le mécanisme de rémunération de capacité (ci-après : CRM) à l'article 7*undecies* de la loi du 29 avril 1999. Les modifications apportées au paragraphe 8 concernent les conditions de participation de détenteurs de capacité étrangère indirecte au CRM ; les modifications aux paragraphes 12 et 13 ont pour objet de permettre également l'application de cette disposition aux mises aux enchères ponctuelles visées à l'article 7*duodecies* de la même loi. L'article 4 réforme la procédure relative à l'organisation de ces mises aux enchères ponctuelles, inscrite à l'article 7*duodecies* de la même loi.

L'article 5 étend le règlement de différends, visé à l'article 9*ter*, 4°, de la loi du 29 avril 1999, aux différends relatifs au code de bonne conduite.

L'article 6 modifie l'article 11 de la loi du 29 avril 1999 en ce qui concerne la répartition des rôles entre le règlement technique établi par le Roi et le code de bonne conduite établi par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : CREG).

L'article 7 modifie l'article 12 de la loi du 29 avril 1999 en ce qui concerne la procédure relative aux décisions en matière tarifaire.

L'article 8 modifie l'article 15 de la loi du 29 avril 1999 en ce qui concerne l'accès au réseau de transport.

L'article 9 modifie l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 en ce qui concerne les tâches de la CREG relatives au contrôle de l'application du règlement technique et à l'établissement du code de bonne conduite et à son contrôle ; en outre, des adaptations concernent également les tâches de la CREG en matière de gestion de la congestion, et certaines tâches sont supprimées en raison d'une autre définition du règlement technique. Enfin, une disposition est également remplacée en ce qui concerne la possibilité pour la CREG d'exiger une nouvelle proposition du gestionnaire du réseau.

L'article 10 modifie l'article 29*bis* de la loi du 29 avril 1999 pour soumettre des litiges supplémentaires à la Cour des marchés. Enfin, l'article 11 modifie l'article 29*ter* de la même

[1] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

loi afin de montrer que certaines décisions sont maintenant prises par le biais du code de bonne conduite.

2.2. L'article 12 de l'avant-projet modifie la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations'. À l'article 1er, 2°, de cette loi, les mots « d'origine souterraine » sont supprimés dans la définition de gaz naturel, de sorte que désormais le méthane d'autres origines pourra également être considéré comme du gaz naturel.

2.3. Les articles 13 et 14 de l'avant-projet sont des dispositions autonomes visant à promouvoir l'économie de l'hydrogène. L'article 13 procure un fondement juridique à l'octroi de subventions pour la promotion du développement de technologies et d'infrastructures pour le transport, l'importation et le stockage de l'hydrogène. L'article 14 procure un fondement juridique au subventionnement de la promotion du développement de technologies et d'infrastructures pour la production et l'utilisation de l'hydrogène et de ses dérivés.

COMPÉTENCE

3.1. L'article 13 de l'avant-projet habilite le Roi à réglementer l'octroi de subventions ayant pour objectif « la promotion de la recherche, le développement et la démonstration de technologies et d'infrastructures pour le transport, de technologies et d'infrastructures pour l'importation, et de technologies et grandes infrastructures pour le stockage d'hydrogène ».

Pareille habilitation peut être interprétée comme étant conforme aux règles répartitrices de compétences, dans la mesure où elle ne peut concerner que la recherche, le développement et la démonstration de technologies et d'infrastructures qui peuvent s'inscrire dans le cadre de la compétence de l'autorité fédérale pour « [l]es grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie » [2], en combinaison avec sa compétence en matière de recherche scientifique nécessaire à l'exercice de ses propres compétences [3].

3.2. L'article 14 de l'avant-projet contient à son tour une habilitation permettant de réglementer l'octroi de subventions qui ont pour objectif « la promotion de la recherche, le développement et la démonstration de technologies et d'infrastructures pour la production et l'utilisation de l'hydrogène et de ses dérivés ».

Par le passé, le Conseil d'État a déjà formulé des objections sur le plan des compétences à l'encontre d'un régime de soutien financier à des projets innovants visant à promouvoir les technologies de production ou d'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre, d'une part en ce qui concerne la question de savoir si l'hydrogène climatiquement neutre ne doit pas être considéré comme une « source nouvelle d'énergie » pour laquelle les régions sont en principe compétentes, et d'autre part, et de manière plus pertinente à cet égard, en ce qui concerne la question de savoir si la compétence précitée de l'autorité fédérale pour « [l]es grandes

[2] Article 6, § 1er, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Voir l'avis C.E. 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022 sur un avant-projet de loi 'relatif au transport d'hydrogène par canalisations', *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 55-3077/001, pp. 71-75 (observations 3 à 8).

[3] Article 6*bis*, § 2, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie », en combinaison avec sa compétence en matière de recherche scientifique nécessaire à l'exercice de ses propres compétences, suffit à porter le régime en projet :

« 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, § 1er, 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 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. 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' [4] au sens de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f), de la loi spéciale du 8 août 1980

[4] *Note de bas de page 2 de l'avis cité :* 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,

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

'de réformes institutionnelles', pour lesquelles les régions sont compétentes [5]. 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) [6], plutôt qu'on puisse le considérer comme une 'source nouvelle d'énergie' originelle [7]. 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, § 1er, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 [8]. 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 [9-10], 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.

---

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.

[5] *Note de bas de page 3 de l'avis cité :* 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).

[6] *Note de bas de page 4 de l'avis cité :* Voir la définition de ce terme à l'article 1er, 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 ».

[7] *Note de bas de page 5 de l'avis cité :* Comme c'est cependant le cas, par exemple, pour l'énergie éolienne, l'énergie solaire et le biogaz.

[8] *Note de bas de page 6 de l'avis cité :* 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).

[9] *Note de bas de page 7 de l'avis cité :* 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').

[10] *Note de bas de page 8 de l'avis cité :* 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, § 1er, VII, alinéa 1er, b), de la loi spéciale du 8 août 1980.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

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'énergie [11], 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 connectées [12].

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' [13] et '[l]'utilisation rationnelle de l'énergie' [14] visées à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, 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 (...) » [15].

Des observations similaires doivent être formulées en ce qui concerne l'article 14 de l'avant-projet actuellement soumis pour avis. En premier lieu, la délégation en projet ne peut se concrétiser dans la mesure où est visé le subventionnement de la *production* d'hydrogène *climatiquement neutre,* du moins si cet hydrogène climatiquement neutre peut effectivement être

---

[11] *Note de bas de page 9 de l'avis cité :* 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).

[12] *Note de bas de page 10 de l'avis cité* : C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.19-B.20.3.

[13] *Note de bas de page 11 de l'avis cité :* Par exemple, dans l'hypothèse où l'hydrogène serait produit et capté en tant que sous-produit d'autres procédés industriels.

[14] *Note de bas de page 12 de l'avis cité :* 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 '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', 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'.

[15] Avis C.E. 71.074/3 du 22 mars 2022 sur un projet devenu l'arrêté royal du 21 avril 2022 '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'', observations 3 à 6.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

considéré comme une « source nouvelle d'énergie » pour laquelle les régions sont compétentes [16]. En deuxième lieu, la délégation en projet ne peut se concrétiser que dans la mesure où elle peut s'inscrire dans le cadre de la compétence de l'autorité fédérale pour « [l]es grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie », en combinaison avec sa compétence en matière de recherche scientifique nécessaire à l'exercice de ses propres compétences. Cela semble requérir, comme le mentionne l'avis précité, qu'il s'agisse de la recherche, du développement et de la démonstration de technologies et d'infrastructures pour la production et l'utilisation *industrielles ou de toute autre façon à grande échelle* de l'hydrogène et de ses dérivés.

3.3. En ce qui concerne tant l'article 13 que l'article 14 de l'avant-projet, il faut souligner que la compétence fédérale précitée pour « [l]es grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie » ne s'applique qu'aux « matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national » [17]. À cet égard, la Cour constitutionnelle a estimé, 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 » [18], ce qui semble impliquer en l'occurrence que l'avant-projet doit contribuer d'une manière substantielle, ou à tout le moins significative, à l'approvisionnement du pays en énergie [19].

FORMALITÉS

4.1. Les modifications que l'article 3 de l'avant-projet apporte au CRM, en ce qui concerne la participation de la capacité étrangère indirecte, reviennent à adapter un régime d'aide d'État notifié. Cette adaptation doit en principe également être notifiée à la Commission européenne [20].

---

[16] Article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f), de la loi spéciale du 8 août 1980.

[17] Article 6, § 1er, VII, alinéa 2 (disposition introductive), de la loi spéciale du 8 août 1980. Voir à ce sujet également l'avis 71.998/VR/3 précité, *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 55-3077/001, p. 75 (observation 7).

[18] C.C., 12 juillet 1995, n° 57/95, B.14.2 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.2 ; *Doc. parl.*, Sénat, 1998-99, n° 1-1333/1, pp. 223-225. Voir également l'avis C.E. 54.884/3 du 20 janvier 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 26 mars 2014 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3357/001, p. 25 (observation 3).

[19] Voir également l'avis C.E. 72.004/VR du 6 octobre 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 14 février 2023 'modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', *Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 55-3082/001, pp. 30-32 et pp. 35-36 (observations 4 et 7).

[20] En effet, les modifications d'aides approuvées doivent être considérées comme une aide nouvelle au sens de l'article premier, c), du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 'portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne', de sorte que ces modifications doivent être notifiées conformément à l'article 2 de ce règlement.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

À cet égard, l'exposé des motifs fait référence à la décision d'approbation SA.54915 de la Commission européenne du 27 août 2021 [21] et soutient que les modifications s'inspirent d'un avis antérieur du Conseil d'État [22], mais cela ne démontre pas pour autant que ces modifications résultent effectivement de cette décision d'approbation. À moins que ce dernier point puisse encore être démontré, l'avant-projet doit être notifié à la Commission européenne.

4.2. Les modifications apportées au système de mises aux enchères ponctuelles par l'article 4 de l'avant-projet contribuent au développement de ce système dans le sens d'un régime d'aides d'État qui partagera certaines caractéristiques avec le CRM existant. Toutefois, les modifications en projet ne permettent pas encore non plus d'apprécier l'importance réelle du mécanisme de soutien. Par conséquent, leur notification à la Commission européenne n'est pas encore prévue à l'heure actuelle .

Il n'en demeure pas moins que si ce mécanisme est un jour activé, une notification sera bel et bien nécessaire. En effet, l'actuel article 7*duodecies*, § 1er, alinéa 2, de la loi du 29 avril 1999 – qui devient l'alinéa 6 – n'offre pas de garanties suffisantes que la Commission européenne dispose d'un délai suffisant pour apprécier la mesure avant la clôture de la mise aux enchères. En effet, seul est prévu le retrait de l'instruction – et donc l'arrêt de la mise aux enchères ponctuelle (et probablement l'annulation du résultat d'une mise aux enchères déjà clôturée) – après que la Commission européenne a formulé des objections, alors que le principe de *standstill* requiert que toute aide devant être notifiée n'est pas mise à exécution avant que la Commission européenne l'ait approuvée [23].

4.3. Les articles 13 et 14 de l'avant-projet procurent un fondement juridique à la mise en place de régimes de subventions. Toutefois, leur élaboration étant entièrement confiée au Roi, une notification n'aura de sens qu'au moment de la préparation de ces arrêtés d'exécution.

4.4. Si le texte soumis au Conseil d'État devait encore subir des modifications [24] consécutivement à une notification à la Commission européenne, ainsi qu'il est mentionné dans l'observation 4.1, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État.

[21] Https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202137/288236_2313671_226_2.pdf.

[22] Avis C.E. 69.013/3 du 13 avril 2021 sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7*undecies*, § 8, alinéa 1er, 3°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne des conditions et modalités auxquelles les détenteurs de capacité étrangère indirecte peuvent participer à la procédure de préqualification dans le cadre du mécanisme de rémunération de capacité'.

[23] Article 3 du règlement (UE) 2015/1589.

[24] À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. L'avant-projet donne suite en outre à l'arrêt C-767/19 de la Cour de justice [25], en élargissant davantage le rôle de la CREG et en limitant en conséquence le rôle du Roi dans l'établissement du règlement technique. Force est néanmoins de constater que l'article 9, 6°, de l'avant-projet implique de nouvelles limitations procédurales pour le régulateur, qui ne se retrouvent pas en tant que telles à l'article 60, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/944 [26]. S'il est vrai que l'énoncé permet à la CREG de déroger à la restriction temporelle d'un an sous réserve d'une « justification spéciale », il n'en demeure pas moins que la disposition de la directive ne se fonde pas sur une quelconque restriction temporelle imposée à l'autorité de régulation pour demander une nouvelle proposition du gestionnaire du réseau. Une réserve doit dès lors être formulée sur ce point.

5.2. Mieux vaudrait compléter l'avant-projet par un nouvel article 2, qui mentionne que la loi à adopter vise à transposer partiellement la directive (UE) 2019/944.

EXAMEN DU TEXTE

Article 8

6. Dans un souci de clarté, il serait préférable d'insérer à l'article 8, 2°, de l'avant-projet, le segment de phrase « , qui devient l'alinéa 4, » entre les mots « cinquième alinéa (lire : alinéa 5) » et « les mots ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER — DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS — Jeroen VAN NIEUWENHOVE

[25] C.J.U.E., 3 décembre 2020, affaire C-767/19, *Commission c. Belgique*, ECLI:EU:C:2020:984.

[26] Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE'.

‡LW-AJDXPAHEI-HCJFGUQ‡