



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.617/16
van 20 maart 2024

avis 75.617/16
du 20 mars 2024

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet van
29 april 1999 betreffende de
organisatie van de
elektriciteitsmarkt en van de
wet van 11 juli 2023
betreffende het vervoer van
waterstof door middel van
leidingen'

un avant-projet de loi
'modifiant la loi du
29 avril 1999 relative à
l'organisation du marché de
l'électricité et de la loi du
11 juillet 2023 relative au
transport d'hydrogène par
canalisations'

Op 12 februari 2024 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 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 11 juli 2023 betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’.

Het voorontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 12 maart 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wnd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Eline YOSHIMI, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Tim CORTHAUT, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 maart 2024.

*

Le 12 février 2024, 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 ‘modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 11 juillet 2023 relative au transport d'hydrogène par canalisations’.

L'avant-projet a été examiné par la seizième chambre le 12 mars 2024. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre f.f., Toon MOONEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Eline YOSHIMI, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mars 2024.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voorontwerp van wet beoogt wijzigingen aan te brengen in hoofdstuk II “Productie en opslag” van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) en in de wet van 11 juli 2023 ‘betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’ (hierna: Waterstofwet).

Artikel 2 van het voorontwerp wijzigt artikel 6/3 van de Elektriciteitswet en machtigt de Koning om af te wijken van artikel V.2 van het Wetboek van economisch recht (het beginsel van vrije prijsvorming) in het kader van stroomafnameovereenkomsten tussen de in artikel 6/3 van de Elektriciteitswet bedoelde domeinconcessiehouders van windmolenparken en eindafnemers en stelt een wettelijke regeling vast inzake de wachttermijn na de beslissing tot de toekenning van de in het voormeld artikel 6/3 bedoelde domeinconcessie. Artikel 3 wijzigt artikel 6/4 van de Elektriciteitswet en bepaalt de regels inzake de resultaten en bekendmaking van studies voor de locatie, de omvang en het aantal kavels dat voorwerp uitmaakt van de domeinconcessie. Artikel 4 strekt tot de invoeging in de Elektriciteitswet van een nieuw artikel 6/6 inzake een domeinconcessie voor een proefproject voor de bouw en exploitatie van test-installaties voor de productie van hernieuwbare energie in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Artikel 5 omvat machtigingen aan de Koning voor het aannemen van een erkenningsregeling voor keuringsinstellingen die conformiteitsattesten toekennen inzake de productie op basis van hernieuwbare energiebronnen.

De artikelen 6 tot 8 strekken tot het invoegen van nieuwe bepalingen in de Waterstofwet inzake de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van waterstof in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen. Deze regeling betreft zowel langdurige projecten als tijdelijke proefprojecten.

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Een deel van de wijzigingen van de Elektriciteitswet beogen rekening te houden met opmerkingen inzake de rechtsgrond die zijn gemaakt in het advies 75.107/16 van de Raad van State van 11 januari 2024 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de concurrerende inschrijvingsprocedure, de voorwaarden en de procedure tot toekenning van de domeinconcessies en de algemene voorwaarden voor het gebruik van de kavels voor de bouw en exploitatie van een

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

installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België’.

Een aantal opmerkingen uit dat advies zijn ook voor de voorliggende adviesaanvraag relevant.² Er wordt in de eerste plaats dan ook verwezen naar hetgeen eerder al werd uiteengezet in het advies 75.107/16, waarop in dit advies waar relevant wordt verder gebouwd.

BEVOEGDHEID

4. De gemachtigde deelde het volgende mee inzake de bevoegdheid van de federale overheid voor het aannemen van de artikelen 6 tot 8 van het voorontwerp:

“Artikelen 6-8 hebben betrekking op productie-installaties in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Dit behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid inzake productie van energie (art. 6, §1, VII, tweede lid, c) BWHI. Derhalve heeft dit artikel niet enkel betrekking op ‘grote’ waterstofproductie-eenheden, maar alle productie-installaties in de zeegebieden.

Conform het internationale zeerecht vallen zeeruimtes immers onder de bevoegdheid van de federale overheid (België trad toe tot het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee en bepaalde haar EEZ (exclusieve economische zone) in 1999 waarbij die voor België samenvalt met het continentaal plat). De federale overheid is bijgevolg bevoegd voor de bevordering van energieproductie uit hernieuwbare energie op het Belgische continentaal plat. Het feit dat de offshore productie-installaties in de territoriale zee gelegen is betekent dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie alsook inzake de regels inzake financiering van installaties betreft integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen (cfr. GwH 5 december 2006, nr. 193/2006, B.24.2).

Deze mariene gebieden (de territoriale zee en de exclusieve economische zone) van België liggen immers buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten (Grondwettelijk Hof 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.20.2.). De gewesten missen de bevoegdheid tot het vaststellen van regels in verband met gebiedsdelen die buiten hun territoriaal bevoegdheidsgebied zijn gelegen. Die regels moeten worden vastgelegd door de federale wetgever, die ter zake de residuaire bevoegdheid bezit (Advies Raad van State van 31 mei 2011, nr. 49.570/3).”

Met die analyse kan worden ingestemd.

Er moet niettemin worden opgemerkt dat de regulering door de federale overheid van de productie van waterstof in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen, in het bijzonder wanneer geproduceerde waterstof via pijpleidingen ook aan land komt in België, een belangrijke invloed kan hebben op de mogelijkheid voor de gewesten om invulling te geven aan hun bevoegdheden inzake milieubescherming en de eigen bevoegdheden inzake energie. De federale overheid dient daar rekening mee te houden bij haar bevoegdheidsuitoefening, die in

² Zo kan bijvoorbeeld worden gewezen op opmerking 4.3.2: “Indien de wetgever alsnog in een dergelijke rechtsgrond zou wensen te voorzien moet echter ook worden gewezen op het volgende. (...)”, die relevant is voor de machtiging in artikel 2, 1°, van het voorontwerp.

overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de federale loyaliteit.

De uitoefening van de federale bevoegdheden in de Belgische zeegebieden mag voorts geen afbreuk doen aan de uitdrukkelijk aan de deelstaten toegewezen bevoegdheden in de Belgische zeegebieden, aan de uitoefening door de deelstaten van hun volle bevoegdheid op hun respectieve grondgebied of aan de uitoefening van de materiële bevoegdheden van de deelstaten in het kader van de internationale samenwerking.³

5. De regeling in artikel 4 van het voorontwerp (proefproject voor de bouw en exploitatie van test-installaties voor de productie van hernieuwbare energie) vindt een bevoegdheidsrechtelijke grondslag in de in opmerking 4 vermelde federale bevoegdheden. Aangezien deze regeling tevens strekt tot het verwerven van kennis en het testen van nieuwe technieken door de uitvoering van onderzoek, ontwikkeling en innovatie (ontworpen artikel 6/6, § 3, 4°, van de Elektriciteitswet), kan ook deels gesteund worden op de bevoegdheid van de federale overheid voor het wetenschappelijk onderzoek dat nodig is voor de uitoefening van haar eigen bevoegdheden (artikel 6bis, § 2, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

De bevoegdheidsgrondslag voor wetenschappelijk onderzoek geldt *mutatis mutandis* ook voor de proefprojecten met betrekking tot de bouw en exploitatie van proefprojecten op het vlak van de productie van waterstof (ontworpen artikel 7/1, § 3, van de Waterstofwet).

VORMVEREISTEN

6. De gemachtigde deelde mee dat op 28 februari 2024, nadat de adviesaanvraag was ingeschreven bij de Raad van State, afdeling Wetgeving, over het voorontwerp overleg werd gepleegd met de gewesten in het Overlegcomité. Aangezien voor de regeling inzake waterstof wordt gesteund op de residuaire bevoegdheden van de federale overheid (zie hoger opmerking 4), is een dergelijk overleg inderdaad vereist overeenkomstig artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

7. Artikel 4 van het voorontwerp (ontworpen artikel 6/6 van de Elektriciteitswet) creëert de rechtsgrond voor de toewijzing van een domeinconcessie voor de organisatie van een proefproject voor de bouw en exploitatie van test-installaties voor de productie van energie uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden. Artikel 8 van het voorontwerp (ontworpen artikel 7/1 van de Elektriciteitswet) creëert de rechtsgrond voor de toewijzing van domeinconcessies die verband houden met de bouw en exploitatie van productie-installaties van waterstof (met inbegrip van proefprojecten). In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat deze bepalingen niet onder de Europese staatssteunregels vallen, aangezien met de ontworpen

³ Vgl. adv.RvS 74.948/16 van 18 december 2023 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot vaststelling van de modaliteiten voor de verlening of de intrekking van de machtiging bedoeld in artikel 4 van de wet van 13 juni 1969 inzake de exploratie en de exploitatie van niet-levende rijkdommen van de territoriale zee en het continentaal plat met betrekking tot het leggen en exploiteren van pijpleidingen in het Belgische deel van de Noordzee’, opmerking 4.

regeling geen wettelijke basis wordt gecreëerd voor een steunregime dat met staatsmiddelen is bekostigd.

Gevraagd om te bevestigen dat geen aanmelding op grond van staatssteun bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is gedaan of zal worden gedaan, stelde de gemachtigde:

“De nieuwe rechtsgronden die middels de artikelen 2 en 5 van dit voorontwerp van wet worden ingevoegd ingevolge het advies van de Raad van State met kenmerk ‘75.107/16’ van 11 januari 2024 (cfr. randnummers 4.2, 4.3, 5.1 en 5.2) zullen mede het voorwerp uitmaken van de aanmelding voor staatssteun die in de nabije toekomst zal worden verricht ten aanzien van de Europese Commissie met betrekking tot het ontwerp koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 6/3, §3 van de elektriciteitswet van 29 april 1999.

Voor de artikelen 4 en 8 die respectievelijk de nieuwe artikelen 6/6 in de elektriciteitswet en 7/1 in de waterstofwet beogen in te voeren, wordt er inderdaad geen aanmelding inzake staatssteun voorzien.”

In de Mededeling van de Commissie ‘betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’ (2016/C 262/01) wordt erop gewezen dat het toekennen van rechten op het openbaar domein ook beschouwd kan worden als voordelen die rechtstreeks of onrechtstreeks met staatsmiddelen worden bekostigd:⁴

“53. De toewijzing van licenties om het openbare domein te bezetten of te gebruiken, of het verlenen van toegang tot natuurlijke hulpbronnen of de toewijzing van bijzondere of uitsluitende rechten⁵ zonder een adequate, marktconforme vergoeding kan inhouden dat de Staat middelen derft (en ook dat een voordeel wordt toegekend)⁶.”

In het licht van die aangehaalde tekst gevraagd of er toch niet dient te worden voorzien in een aanmelding van de artikelen 4 en 8 van het voorontwerp, stelde de gemachtigde:

“Het nieuwe kader voor beperkte en tijdelijke proefprojecten (voor elektriciteit respectievelijk voor waterstof) lijkt niet te vallen onder de verplichting tot aanmelding in het kader van de Europese staatssteunregels bedoeld in artikel 108, lid 3 VWEU.

⁴ In de memorie van toelichting wordt verwezen naar het arrest HvJ 8 juni 2023, *Prestige and Limousine SL*, C-50/21, ECLI:EU:C:2023:448. De relevantie van dit arrest (inzake de geldigheid van een regeling die voorschrijft dat een vergunning moet worden verkregen om in de agglomeratie diensten voor de verhuur van personenvervoertuigen met chauffeur te verrichten) voor het voorliggende ontwerp valt niet onmiddellijk in te zien. Die vergunningen houden immers geen inzet van staatsmiddelen in, en vallen daarom buiten het staatssteunrecht. Dat is echter potentieel anders in het geval van domeinconcessies, waar de overheid wel activa – een deel van de zeegebieden onder Belgische jurisdictie – ter beschikking stelt van een of meer ondernemingen, afhankelijk van de marktconformiteit van de voorwaarden waaronder dit gebeurt.

⁵ Voetnoot 80 van de aangehaalde mededeling: In de zin van artikel 2, onder f) en g), van Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, blz. 17).

⁶ Voetnoot 81 van de aangehaalde mededeling: Zie ook punt 33 van de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4).

Immers, de finaliteit van de artikelen 4 en 8 die respectievelijk de nieuwe artikelen 6/6 in de elektriciteitswet en 7/1 in de waterstofwet invoeren, bestaat wat betreft de proefprojecten er in om kennisverwerving te faciliteren door middel van onderzoek en ontwikkeling. Om te vermijden dat een economisch voordeel zou worden verstrekt, wordt voorzien dat om als proefproject te kwalificeren er geen winstoogmerk mag zijn, er een tijdelijk karakter moet zijn en dat het slechts een beperkt vermogen met beperkte aansluitingscapaciteit mag betreffen. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de concessiehouder het toegelaten gebruik van het publiek domein niet aanwendt om zelf goederen of diensten aan te bieden, en ook niet ter beschikking stelt aan een derde-beheerder die op zijn beurt diensten aan eindgebruikers van infrastructuur zou aanbieden.

Aangezien met dit nieuwe artikel 6/6 binnen het beoogde vereenvoudigd vergunningsregime geen wettelijke basis wordt gecreëerd voor een steunregime en gelet op de beperkte omvang van de projecten geen inkomsten worden gederfd in hoofde van overheid, lijkt dit niet onder de Europese staatssteunregels te vallen (cfr. HvJ C-50/21 van 8 juni 2023, er wordt geen voordeel verstrekt dat met staatsmiddelen zou zijn bekostigd). Er is in casu ok geen sprake van een verlaging van lasten voor de concessiehouder en ook niet van een belasting van de staatsbegroting.

Bovendien kan er nog op gewezen dat de voorliggende concessies niet als onderdeel van een steunmaatregel worden verleend, er wordt geen subsidieregime voorzien, en dus ook niet beoogd lijkt te worden door randnummer 112 van de CEEAG richtsnoeren voor staatssteun inzake energie:

‘112. Indien concessies of andere voordelen als onderdeel van steunmaatregelen worden verleend — zoals het recht op het gebruik van grond, zeebodem of rivieren of een recht op een infrastructuuraansluiting — moeten de lidstaten ervoor zorgen dat die concessies worden verleend op basis van objectieve en transparante criteria die verband houden met de doelstellingen van de maatregel (zie punt 50).’

Wat betreft het nieuwe kader voor de offshore productie van waterstof (artikel 8), en indien uw rechtscollège meent dat dergelijke concessie (voor een bepaalde en hernieuwbare duur van veertig jaar) een steunmaatregel zou vormen, ook al wordt er geen subsidieregime voorzien, dan zal er desgevallend bij de uitwerking van het reglementair besluit door de Koning een aanmelding voor staatssteun met toepassing van artikel 108, lid 3 VWEU worden verricht (zoals dat ook gebeurt voor het KB in uitvoering van artikel 6/3 van de elektriciteitswet).”

Voor de kwalificatie als onderneming in het kader van het staatssteunrecht is de eventuele afwezigheid van een winstoogmerk niet relevant.⁷ Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie bestaat er bovendien geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed.⁸

De ontworpen regeling is echter zeer summier, waardoor nu nog geen volledig uitsluitsel kan worden geboden over de beoordeling in het licht van de regels inzake staatssteun. Zo is het bijvoorbeeld nog niet duidelijk of er een marktconforme vergoeding zal gevraagd worden van de ondernemingen die inschrijven. Hoewel de Europese Commissie nu reeds de al vastgestelde aspecten van de ontworpen regeling, zoals de voorwaarden waaraan de proefprojecten en de

⁷ HvJ 1 juli 2008, *MOTOE*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, punten 27 en 28.

⁸ HvJ 14 januari 2015, *Eventech*, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punten 65-69.

productie-installaties voor waterstof moeten voldoen, zou kunnen onderzoeken, zal die marktconformiteit pas in een latere fase kunnen beoordeeld worden en lijkt het vooralsnog niet noodzakelijk om aan te melden.

8. Artikel 6, 2°, van het voorontwerp strekt tot de invoeging van een nieuw hoofdstuk in de Waterstofwet, dat luidt “Bepalingen met betrekking tot vergunningen voor de bouw en exploitatie van installaties voor de productie van waterstof in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België”. Uit de tekst van het voorontwerp blijkt dat de stellers ervan *in casu* uitgaan van een kwalificatie als domeinconcessie binnen een vergunningensysteem. Ook in het kader van de proefprojecten wordt melding gemaakt van een dergelijk systeem (zo wordt in de memorie van toelichting verwezen naar “een vergunningskader voor innoverende projecten met betrekking tot *offshore* waterstof”).

De vraag rijst aldus of het voorontwerp, dat onder meer een vergunningstelsel omvat voor het uitvoeren van bepaalde economische activiteiten en bijhorende dienstverlening, onder het toepassingsgebied valt van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: de dienstenrichtlijn). Het is in dat verband onduidelijk of de door de Europese Commissie geïdentificeerde “diensten die verband houden met de productie en distributie van energie”⁹, die onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen, ook de productie van elektriciteit of waterstof zelf kunnen omvatten.¹⁰ In voorkomend geval moet het voorontwerp in beginsel worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 7, eerste alinea, van de dienstenrichtlijn.

In een arrest van 14 juli 2016 stelde het Hof van Justitie dat een concessie voor de exploitatie van een deel van een domeinzone in het Gardameer onder de dienstenrichtlijn kan vallen, althans indien het niet gaat om een “concessie voor diensten” in de zin van artikel 5, 1., b), van richtlijn 2014/23/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’.¹¹ In het voornoemd arrest werd onder meer het volgende overwogen:

“47. Zoals de Commissie benadrukt, betreffen de concessies in de hoofdgedingen niet een door de aanbestedende instantie bepaalde dienst, maar wel een vergunning voor de uitoefening van een economische activiteit in een domeinzone. Bijgevolg vallen de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies niet onder de categorie concessies voor diensten (zie naar analogie arrest van 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punten 26-28).

48. Die uitlegging wordt bovendien bevestigd door overweging 15 van richtlijn 2014/23. In die overweging staat immers te lezen dat bepaalde overeenkomsten die

⁹ Zie ook EUROPESE COMMISSIE, Handbook on the implementation of the Services Directive, 2022, (<https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/60e2d020-6c6f-11ed-9887-01aa75ed71a1/languageenl>), 8, waar als voorbeeld van diensten die onder de dienstenrichtlijn vallen onder meer “services related to the production and distribution of energy” (diensten die verband houden met de productie en distributie van energie) en “the installation and maintenance of equipment” (de installatie en het onderhoud van uitrusting) worden vermeld.

¹⁰ In een enge lezing van die omschrijving zou het enerzijds veeleer kunnen gaan om diensten ter ondersteuning van productieparks, zoals onderhouds- en herstellingsdiensten en niet op de productie zelf. Anderzijds lijkt, gelet op de beoogde symbiotische relatie tussen de offshore windmolenparks en de offshore waterstofproductie, niet *a priori* te kunnen worden uitgesloten dat die concessiehouders zelf elkaar diensten verlenen.

¹¹ HvJ 14 juli 2016, *Promimpresa*, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, naar publiek- of privaatrecht, zoals grond, waarbij de staat slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden, niet als ‘concessies voor diensten’ in de zin van die richtlijn mogen worden aangemerkt.”

Over de noodzaak om voor het voorliggende voorontwerp een aanmelding te doen overeenkomstig de dienstenrichtlijn, nam de gemachtigde het volgende standpunt in:

“Artikel 12, lid, 1 en 2, van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG lijkt niet van toepassing op de in het voorontwerp voorziene domeinconcessies. Immers, de betreffende dienstenrichtlijn is op grond van artikel 2 slechts van toepassing op diensten van dienstverrichters en is niet van toepassing op niet-economische diensten van algemeen belang, bijgevolg lijken proefprojecten met als doel kennisverwerving door onderzoek en ontwikkeling die niet tegen een vergoeding worden verricht en die zouden kunnen bijdragen aan de bevoorradingszekerheid en het sneller en efficiënter behalen van de Europese doelstellingen inzake hernieuwbare energie daar niet onder te vallen.

Zelfs indien er alsnog zou geoordeeld worden dat artikel 12, lid, 1 en 2, van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG toch van toepassing zou zijn, dan wordt nog gewezen op de volgende elementen.

Zoals blijkt uit artikel 4 dient het proefproject te voldoen aan enkele criteria om te kunnen spreken van een proefproject. Daarnaast blijft de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden onverkort van toepassing. De criteria neergelegd in deze wet en diens uitvoeringsbesluiten bepalen dus mee welke projecten in aanmerking komen of geweigerd worden. Daarnaast is er ook nog een advies van de CREG voorzien omtrent het voorgestelde proefproject.

Anticiperend op het geval dat er meerdere gelijkaardige projecten dergelijke concessie zouden aanvragen voor eenzelfde tijdsbestek en eenzelfde gebied, kan de Koning gebruik makend van diens machtiging in het voorontwerp toekenningscriteria voorzien op grond waarvan een keuze zou kunnen worden gemaakt.

In dat opzicht is het inderdaad de bedoeling dat de Koning een selectieprocedure uitwerkt die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende en voorafgaande bekendmaking van de betreffende selectieprocedure, waarbij de vergunning voor een passende beperkte duur zal worden verleend wat de proefprojecten betreft en voor een passende bepaalde duur voor de domeinconcessie voor de waterstofprojecten, die niet automatisch worden verlengd en evenmin enig ander voordeel wordt toegekend aan vergunninghouder (er wordt geen subsidieregime voorzien).

De mogelijke bijdragen aan de bevoorradingszekerheid en het sneller en efficiënter behalen van de Europese doelstellingen inzake hernieuwbare energie lijken bovendien als een dwingende redenen van algemeen belang te kunnen worden beschouwd, waardoor onderzoek en ontwikkeling in functie van voornoemde objectieven alsook het belang van groene waterstof mogelijk eveneens in rekening zouden kunnen worden gebracht in het kader van dergelijke selectieprocedure.

Wat betreft het nieuwe kader voor de offshore productie van waterstof (artikel 8), en indien uw rechtscollege meent dat dergelijke concessie (voor een bepaalde en hernieuwbare duur van veertig jaar) onder de dienstenrichtlijn 2006/123/EG valt, dan kan er desgevallend bij de uitwerking van het reglementair besluit door de Koning een

kennisgeving aan de Europese Commissie worden verricht van deze omzetting van de voornoemde richtlijn.”

De verplichting om aan te melden overeenkomstig de dienstenrichtlijn hangt mee af van de beoordeling of er *in casu* sprake is van een domeinconcessie of een “concessie” in de zin van richtlijn 2014/23/EU (in het laatstvermelde geval zal er immers geen aanmelding vereist zijn) en naar de kwalificatie van de proefprojecten als “niet-economische diensten van algemeen belang” in de zin van de dienstenrichtlijn. Ook hier lijkt de conclusie te zijn dat de nu om advies voorgelegde regeling vooralsnog te summier is om dit te bepalen en een aanmelding op dit ogenblik niet noodzakelijk lijkt.

9. Indien de tekst van het voorontwerp nog wijzigingen zou ondergaan naar aanleiding van het vervullen van het in opmerking 6 vermelde vormvereiste,¹² zullen die wijzigingen ter inachtneming van het bepaalde in artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, eveneens nog om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

10. Artikel 2, 1°, van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet een machtiging in te voegen waarbij de Koning een maximumprijs kan instellen voor de verkoop door de domeinconcessiehouder van de geproduceerde hernieuwbare elektriciteit. De tekst van de nieuwe machtiging in punt 12° maakt geen melding van bepaalde doelgroepen (“maximumprijs voor de eindafnemers”) en ook de memorie van toelichting maakt op algemene wijze melding van “eindgebruikers”.

In het in opmerking 2 vermelde advies 75.107/16 van 11 januari 2024 stelde de afdeling Wetgeving onder meer het volgende inzake de mogelijkheden die het Europees recht biedt om in te grijpen op de prijsstelling voor de levering van elektriciteit:

“4.3.2. (...) Het verslag aan de Koning omvat weliswaar een repliek op de opmerkingen van de CREG, maar die toelichting gaat eraan voorbij dat artikel 5 van 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’ overheidsingrijpen in de prijsstelling voor de levering van elektriciteit enkel mogelijk maakt voor specifieke categorieën van personen, namelijk ‘energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers’ en dan ook nog enkel onder zeer strikte voorwaarden,¹³ terwijl het toepassingsgebied van artikel 42 van het ontwerp veel ruimer is en de maximumprijs geldt voor alle afnemers van de energieproductie die onder

¹² Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in het advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in het advies wordt opgemerkt.

¹³ Voetnoot 12 van het aangehaalde advies: Zie in dit verband ook adv. RvS 67.627/3 van 23 juni 2020 over een ontwerp van besluit van de Minister van Economie ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 1 juni 2004 tot vaststelling van maximumprijzen voor de levering van elektriciteit door de distributienetbeheerders aan de eindafnemers wiens leveringscontract werd opgezegd door hun leverancier en die niet als residentieel beschermde klanten met een laag inkomen of in een kwetsbare situatie in die zin van artikel 20, § 2, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt kunnen beschouwd worden’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

de carve-out valt. De voorliggende regeling lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbeeping, wat bovendien gevolgen kan hebben voor de beoordeeling door de Europese Commissie van de verenigbaarheid van het ontworpen steunmechanisme met de interne markt.

Bijgevolg zal slechts in een specifieke rechtsgrond kunnen worden voorzien voor het instellen van een maximumprijs in de mate dat die maximumprijs enkel wordt gehanteerd ten aanzien van de doelgroepen die worden vermeld in artikel 5 van richtlijn (EU) 2019/944 en onder de voorwaarden die in die bepaling worden vermeld.”

Gevraagd of het de bedoeling is dat de Koning aan de ontworpen machtiging uitvoering geeft rekening houdend met de hoger aangehaalde inzake de beperkingen met betrekking tot de doelgroepen die voortvloeien uit het Europees recht, stelde de gemachtigde:

“Het is de bedoeling dat de Koning de betreffende machtiging, zoals steeds, uitvoert overeenkomstig het Europees recht. In dat opzicht wordt momenteel getracht hieromtrent de beoogde regeling informeel af te toetsen met de Europese Commissie, onder meer in het licht van de interpretatie en de finaliteit van artikel 5 van richtlijn 2019/944.

Artikel 5(6) van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet naast “energiearme of kwetsbare huishoudelijke afnemers” ook in de mogelijkheid om prijsstelling toe te passen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en aan micro-ondernemingen die niet profiteren van overheidsingrijpen en dit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen.”

In dit verband wordt erop gewezen dat artikel 5, lid 6, van 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’ eerder een algemene uitzonderingsgrond lijkt te zijn, die bovendien moet kaderen in “een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen” en dat tevens moet worden voldaan aan alle voorwaarden opgesomd in artikel 5, lid 4 en 7, van richtlijn (EU) 2019/944. De voorliggende regeling, die ertoe strekt een *toekomstig* mechanisme op te zetten voor een *bepaalde* productie uit hernieuwbare energie, voor de *volledige duur* van de concessies, lijkt bijgevolg onverenigbaar met de aangehaalde richtlijnbeeping. Indien de stellers van het voorontwerp toch zouden beogen om artikel 2, 1°, van het voorontwerp aan te nemen, verdient het in elk geval aanbeveling om het informeel overleg met de Europese Commissie hierover verder te zetten en in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe voldaan is aan de verschillende voorwaarden van de genoemde bepalingen.

Bovendien geldt er overeenkomstig artikel 5, lid 8, van richtlijn (EU) 2019/944 een bijzondere kennisgevingsplicht voor maatregelen die krachtens artikel 5, lid 6, van die richtlijn worden genomen, ook al verhindert die de inwerkingtreding van die maatregelen niet.¹⁴

11. De regeling die door artikel 2, 2°, van het voorontwerp wordt ingevoegd in artikel 6/3, § 3, van de Elektriciteitswet is grotendeels een overname van bepalingen van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake

¹⁴ Ten slotte zal ook over de tenuitvoerlegging van die maatregel moeten worden gerapporteerd aan de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 5, lid 9, van richtlijn (EU) 2019/944.

overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies'. Niettemin geeft deze regeling in de voorliggende context aanleiding tot een aantal opmerkingen.

11.1. In het ontworpen artikel 6/3, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet is voorzien in een regeling waarbij de termijn begint te lopen “vanaf de dag van de laatste verzending”.

Uit rechtspraak in verband met de gevolgen voor de rechten van verdediging van het Grondwettelijk Hof blijkt dat bepalingen krachtens dewelke de termijn om bepaalde rechtshandelingen te stellen, ingaat op de dag van de verzending van een beslissing, in strijd zijn met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.¹⁵ In dergelijke gevallen zou de genoemde termijn beter ingaan, conform hetgeen het Grondwettelijk Hof voorstelt, op de dag waarop de geadresseerde, naar alle waarschijnlijkheid, kennis heeft kunnen nemen van de kennisgeving, dit wil zeggen de derde werkdag na de dag van de verzending van de kennisgeving, waarbij aan de geadresseerde de mogelijkheid wordt gegeven te bewijzen dat de kennisgeving hem pas later heeft bereikt.¹⁶

Aan de gemachtigde werd gevraagd hoe de nadere uitwerking van de kennisgevingsregeling zal worden geconcipeerd. De gemachtigde antwoordde:

“Wat betreft de door de Koning te bepalen modaliteiten worden op dit punt in de eerste plaats elektronische kennisgevingen beoogd (mail of andere elektronische middelen), dit om er voor te zorgen dat de inschrijvers voor de concurrerende inschrijvingsprocedure zo snel mogelijk geïnformeerd worden. Bovendien wordt beoogd dat de Koning naast deze elektronische kennisgevingen, die in principe steeds eerst zullen worden verzonden, tevens kan voorzien in een verzending bij aangetekende brief. In dat laatste geval, dienen de beide verzendingen in principe op dezelfde dag te gebeuren. De toevoeging van “laatste dag van verzending” speelt in het geval er alsnog een discrepantie zou zijn tussen de datum van verzending van de elektronische versie en de datum van de zending bij aangetekende brief. In dat geval wordt ervoor geopteerd te kiezen voor de datum van de zending die het laatst gebeurde. Dit geeft aldus extra bescherming aan de inschrijvers.”

Indien de ontworpen bepaling ongewijzigd wordt behouden, zal in het uitvoeringsbesluit in elk geval steeds ook in een elektronische kennisgeving moeten worden voorzien.

11.2. Zoals de gemachtigde bevestigde, dient de zinsnede “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming” in het ontworpen artikel 6/3, § 3, tweede lid, van de Elektriciteitswet te worden vervangen door de zinsnede “vanaf de kennisgeving”.

Artikel 4

12. Artikel 4 van het voorontwerp (ontworpen artikel 6/6 van de Elektriciteitswet) creëert de rechtsgrond voor de toewijzing van een domeinconcessie voor de organisatie van een

¹⁵ Zie bv.: GwH 29 maart 2006, nr. 48/2006, B.5 tot B.12; GwH 12 november 2009, nr. 178/2009, B.8.3; GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.10 tot B.15.

¹⁶ Zie bv.: GwH 7 juni 2007, nr. 85/2007, B.4; GwH 26 september 2007, nr. 123/2007, B.5; GwH 19 december 2007, nr. 162/2007, B.4; GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.13.

proefproject voor de bouw en exploitatie van test-installaties voor de productie van energie uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden.

Die regeling roept een aantal vragen op inzake de in het ontworpen artikel 6/6, §§ 1 en 2, van de Elektriciteitswet opgenomen kwalificatie als domeinconcessie, de dienstenrichtlijn en het gelijkheidsbeginsel.

12.1. In het in opmerking 3 reeds aangehaalde advies 75.107/16 werd gewezen op rechtspraak van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, overeenkomstig dewelke tot een andere kwalificatie dan “domeinconcessie” kan worden besloten indien de toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein, element dat kadert in een domeinconcessie, weliswaar een noodzakelijk doch slechts een ondergeschikt onderdeel van de overeenkomst lijkt.¹⁷ Daarbij werd ook gewezen op overweging 15 van richting 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’, dat luidt:

“Daarnaast mogen bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, naar publiek- of privaatrecht, zoals grond of elk ander onroerend goed in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector, waarbij de staat of de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden, niet als concessies in de zin van deze richtlijn worden aangemerkt. (...)”¹⁸

De gemachtigde werd gevraagd of er *in casu*, voor wat betreft het op de markt brengen van een proefproject, wel sprake is van een domeinconcessie, gelet op de (nader door de Koning te preciseren) technische eisen inzake onder meer vermogen en aansluitingscapaciteit (zie ontworpen artikel 6/6, §§ 3 en 4, van de Elektriciteitswet). De gemachtigde antwoordde:

“De domeinconcessie bedoeld in artikel 4 van het voorontwerp van wet (dat het nieuwe artikel 6/6 invoegt in de elektriciteitswet van 29 april 1999) kwalificeert niet als een concessie zoals bedoeld in richtlijn 2014/23/EU. Immers, met dit artikel wordt slechts beoogd een vereenvoudigde procedure te voorzien voor bepaalde types van projecten die nog steeds een private bouw en private exploitatie als voorwerp hebben en weliswaar doen blijken van een tijdelijk karakter, een niet beduidende omvang wat vermogen en dus aansluiting betreft, met doel kennisverwerving en zonder winstoogmerk en dat in functie van behoorlijk bestuur en administratieve vereenvoudiging.

Het is de bedoeling dat in de zeegebieden waarover België rechtsmacht heeft maar buiten de kavels bedoeld in artikels 6/3 en 6/4 van de elektriciteitswet slechts proefprojecten bedoeld in dit artikel 4 van het voorontwerp (artikel 6/6) zijn toegestaan en dat mits verkrijging van de specifieke domeinconcessie. Dergelijke proefprojecten kunnen ook worden toegestaan binnen voornoemde kavels. Daartoe zou aan artikel 4 volgende bepaling kunnen worden toegevoegd:

‘De bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België in de zin van een proefproject bedoeld in paragrafen 3 en 4 is slechts

¹⁷ RvS 9 september 2021, BV LED AD, nr. 251.439.

¹⁸ Zie opmerking 9.2 van het advies 75.107/16 (eigen onderlijning).

toegestaan voor zover daartoe voorafgaandelijk een domeinconcessie werd verkregen overeenkomstig dit artikel.”

Aangezien de tekst van het ontworpen artikel 6/6 reeds voldoende duidelijk is, lijkt het tekstvoorstel van de gemachtigde overbodig. Wel wordt het best verduidelijkt of voor de exploitatie van dergelijke proefinstallaties ook een individuele vergunning in de zin van artikel 4 van de Elektriciteitswet vereist is.

Wat het door de gemachtigde aangehaalde element van het ontbreken van winstoogmerk betreft (ontworpen artikel 6/6, § 3, 5°, van de Elektriciteitswet) wordt in de memorie van toelichting gesteld:

“Wat de afwezigheid van winstoogmerk betreft, is het de bedoeling dat eventuele inkomsten, zoals de opbrengst van de verkoop van elektriciteit, opnieuw in het project worden geïnvesteerd, desgevallend ter dekking van reeds voorziene of van nieuwe kosten die bijdragen aan de doelstellingen van het proefproject, en niet worden gebruikt voor één of andere vorm van winstuitkering. (...)”

De gemachtigde werd in dit verband verzocht om toe te lichten hoe het mechanisme waarbij inkomsten, zoals de opbrengst van de verkoop van elektriciteit, opnieuw in het project worden geïnvesteerd, concreet werkt en welke voordelen staan tegenover de uitvoering van een proefproject. Hij antwoordde:

“Dit is mede gerelateerd aan het type van toegelaten proefprojecten, met name projecten die tot doel hebben het verwerven van kennis en testen van nieuwe technieken door de uitvoering van onderzoek, ontwikkeling en innovatie, waardoor niet alleen ondernemingen, maar ook kennisinstellingen of samenwerkingsverbanden tussen voornoemde type entiteiten als projectuitvoerder in aanmerking komen en waarbij resultaten van onderzoek en ontwikkeling als de eigenlijke en enige baten van het project moeten worden beschouwd.

Het uitvoeren van een proefproject en het betrokken zijn in een domeinconcessie voor een windmolenpark zijn twee onderscheiden zaken. Een onderneming kan verschillende incentives hebben om een proefproject uit te voeren. Een van de belangrijkste redenen is dat dit toelaat om onderzoek te voeren naar betaalbare, duurzame en efficiënte offshore-energieparken. Het in de praktijk testen van dergelijke projecten laat toe risico's te verminderen en potentiële zwakke punten te identificeren. Ook laat dit toe om de kwaliteit van hun projecten te evalueren en indien nodig te optimaliseren. Derhalve zijn er voordelen aan verbonden, met name wat betreft de kwaliteit, betrouwbaarheid en veiligheid alsook de optimalisatiemogelijkheden van de installaties op voornoemde aspecten. Bovendien stimuleren dergelijke proefprojecten innovatie en vooruitgang in de offshore windsector.”

De vraag rijst of *in casu* de toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein niet ondergeschikt is aan de hoofddoelstelling van het verwerven van kennis en het testen van nieuwe technieken door de uitvoering van onderzoek, ontwikkeling en innovatie, hetgeen twijfels doet rijzen over de in het voorontwerp opgenomen kwalificatie als domeinconcessie. De afwezigheid van een winstoogmerk leidt overigens niet per definitie tot de conclusie dat een bepaald project zich steeds buiten het materieel toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten zal bevinden. Zo volgt uit artikel 124, § 1, 3°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ dat “een opdracht uitsluitend ten behoeve van onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling (...) en niet met het oogmerk winst op te leveren dan wel de

kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken” in beginsel onder het toepassingsgebied van de wetgeving inzake overheidsopdrachten valt.

De kwalificatie als domeinconcessie dient in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen en desgevallend nader te worden onderbouwd, in het kader van dit voorontwerp, of minstens in het kader van het uitvoeringsbesluit dat de voorwaarden ervoor zal bepalen.

12.2. De stellers van het voorontwerp zijn, zo blijkt uit de memorie van toelichting, van oordeel dat het voor het proefproject niet noodzakelijk is om een concurrerende inschrijvingsprocedure te organiseren. Gevraagd hoe dan zal dan bepaald worden welke onderneming de opdracht mag uitvoeren, stelde de gemachtigde:

“Zoals blijkt uit artikel 4 dient het proefproject te voldoen aan enkele criteria om te kunnen spreken van een proefproject. Daarnaast blijft de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden onverkort van toepassing. De criteria neergelegd in deze wet en diens uitvoeringsbesluiten bepalen dus mee welke projecten in aanmerking komen of geweigerd worden. Daarnaast is er ook nog een advies van de CREG voorzien omtrent het voorgestelde proefproject.

Anticiperend op het geval dat er meerdere gelijkaardige proefprojecten dergelijke concessie zouden aanvragen voor eenzelfde tijdsbestek en eenzelfde gebied, kan de Koning gebruik makend van diens machtiging in paragraaf 2 toekenningscriteria voorzien op grond waarvan een keuze zou kunnen worden gemaakt.”

Daargelaten de in opmerking 12.1 besproken kwalificatievraag, zal in elk geval het gelijkheidsbeginsel, waaruit de verplichting voortvloeit om transparant te handelen bij de toekenning van schaarse overheidsrechten,¹⁹ moeten worden gerespecteerd en ook, in de mate dat de dienstenrichtlijn toepasselijk zou zijn, de verplichtingen die voortvloeien uit de dienstenrichtlijn (zie hoger, opmerking 7).²⁰⁻²¹ Er zullen ook passende maatregelen moeten worden genomen om rekening te houden met het risico dat de betrokken onderneming of entiteit die het proefproject

¹⁹ Zie in dit verband onder meer adv.RvS 74.151/1 van 20 oktober 2023 over een voorontwerp van decreet ‘over het vervreemden van onroerende domeingoederen en het vestigen en vervreemden van zakelijke rechten’, opmerking 3.

²⁰ In het geval dat de toewijzing niet onder een geharmoniseerde regeling, zoals de dienstenrichtlijn, valt, moet nog steeds rekening worden gehouden met de fundamentele regels van het VWEU in het algemeen en het non-discriminatiebeginsel in het bijzonder, althans voor zover de toekenning van de concessie geacht worden van Europees belang te zijn (zie in die zin HvJ 14 juli 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, punten 58-74 en de daar aangehaalde rechtspraak, in het bijzonder HvJ 17 juli 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punten 57 en 58).

²¹ Tevens dient rekening te worden gehouden met internationale akkoorden die de EU en haar lidstaten hebben gesloten met derde landen. In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar artikel 147, lid 1 en lid 2, b), van de versterkte partnerschaps- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Kazachstan, anderzijds, ondertekend te Astana op 21 december 2015, waarmee voor de federale overheid is ingestemd bij wet van 13 mei 2017. Voor alle maatregelen die van invloed kunnen zijn op de handel en investeringen tussen de partijen met betrekking tot energieopwekking uit hernieuwbare niet-fossiele bronnen, zoals wind, zon en waterkracht, maar niet met betrekking tot de producten waaruit dergelijke energie wordt opgewekt, moet erop worden toegezien dat in voorkomend geval de regels betreffende de vergunning-, certificering- en licentieprocedures, in het bijzonder met betrekking tot uitrusting, installaties en bijbehorende transmissienetwerkinfrastructuur, objectief, transparant en niet-willekeurig zijn en aanvragers uit de andere partij niet discrimineren.

uitvoert kennis verkrijgt die hem, met miskenning van het gelijkheidsbeginsel, kan bevoordelen bij de gunning van de in artikel 6/3 van de Elektriciteitswet bedoelde domeinconcessie.²²

13. Aangezien niet valt in te zien op welke wijze het ontworpen artikel 6/6, § 2, van de Elektriciteitswet zelf afwijkt van artikel 6/3 van dezelfde wet, dient de zinsnede “In afwijking van artikel 6/3,” te worden weggelaten. Wellicht wordt veeleer bedoeld dat de door de Koning nader vast te stellen regels kunnen afwijken van de regels die de Koning vaststelt overeenkomstig artikel 6/3 van de Elektriciteitswet. Een bijkomende zin met die inhoud kan wel nuttig worden toegevoegd aan de ontworpen paragraaf.

Artikel 5

14. In artikel 5, 1° en 2°, van het voorontwerp dient telkens te worden verduidelijkt dat het gaat om het eerste lid van de daarin bedoelde paragrafen 1 en 1^{quater}.

Artikel 8

15. De verwijzing in artikel 8 van het voorontwerp naar de invoeging van hoofdstuk 2/1 “bij artikel 4” moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel 6, 2°, van het voorontwerp.

16. In het ontworpen artikel 7/1, § 2, 6°, van de Elektriciteitswet wordt de Koning gemachtigd tot het vaststellen van “de activiteiten die de titularis van een domeinconcessie kan ontwikkelen naast de productie van waterstof”.

In artikel 10 van de Waterstofwet worden een aantal ontvlechtigingsvereisten vastgesteld voor de kandidaat-waterstofvervoersnetbeheerder. Onder meer moet de kandidaat zich ertoe verbinden eigenaar te zijn van de pijpleidingen die het waterstofvervoersnet zullen vormen, met uitsluiting van de bestaande waterstofnetten (artikel 10, 1°). Tevens moet de kandidaat ontvlochten zijn van elke juridische entiteit die zich bezighoudt met de productie of levering van waterstof, aardgas, biogas, biomethaan, andere vormen van synthetisch methaan of elektriciteit (artikel 10, 2°). In de mate dat het de bedoeling zou zijn om af te wijken van bepaalde wettelijke

²² De gemachtigde deelde in dit verband het volgende mee: “Het is inderdaad de intentie om de machtigingen in het voorontwerp van wet uit te oefenen met respect voor het gelijkheidsbeginsel, waarbij het niet de bedoeling is om het reeds verkregen hebben van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet (voor de bouw en exploitatie van een windpark in één van de daartoe aangeduide kavels) als determinerend criterium vast te leggen om een concessie voor een proefproject toegekend te krijgen (evenmin omgekeerd). Het regelgevend kader voor de domeinconcessies bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet (bouw en exploitatie van windparken) en het regelgevend kader voor de domeinconcessies bedoeld in het ontworpen artikel 6/6 van de elektriciteitswet (proefprojecten) staan los en onafhankelijk van elkaar. We brengen in herinnering dat het de bedoeling is dat in de zeegebieden waarover België rechtsmacht heeft maar buiten de kavels bedoeld in artikels 6/3 en 6/4 van de elektriciteitswet slechts proefprojecten bedoeld in dit artikel 4 van het voorontwerp (artikel 6/6) zijn toegestaan en dat mits verkrijging van de specifieke domeinconcessie. Dergelijke proefprojecten kunnen ook worden toegestaan binnen voornoemde kavels. In voornoemde kavels kunnen weliswaar twee verschillende concessiehouders binnen twee verschillende domeinconcessies (bouw en exploitatie windpark resp. proefproject) actief zijn. In dat opzicht is het de bedoeling dat een concessiehouder bedoeld in 6/3 van de elektriciteitswet niet meer kans heeft op een concessie voor een proefproject bedoeld in het ontworpen artikel 6/6 van de elektriciteitswet (ook niet als dit gelokaliseerd is binnen een kavel bedoeld in artikel 6/4 van de elektriciteitswet) dan een entiteit zonder concessie bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet.”.

ontvlechtigingsvereisten, zal daartoe een uitdrukkelijke wettelijke machtiging moeten voorzien. De aandacht van de adviesaanvrager wordt niettemin gevestigd op het feit dat in de nog aan te nemen richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markten voor hernieuwbaar gas, aardgas en waterstof’ (waarvan de wetgevingsprocedure lopende is)²³ in bepaalde ontvlechtigingsvereisten is voorzien. Gelet op de lange duur van de concessies, wordt daar best nu al rekening mee gehouden.

17. De regeling in het ontworpen artikel 7/1 van de Elektriciteitswet vertoont een aantal gelijkenissen met de hoger besproken regeling in het ontworpen artikel 6/6 van dezelfde wet. Wat betreft de kwalificatie als domeinconcessie, de dienstenrichtlijn en het gelijkheidsbeginsel kan *mutatis mutandis* verwezen worden naar hetgeen hoger werd uiteengezet in opmerkingen 12.1 en 12.2.

Bijkomend valt in dit verband nog op te merken dat de ontworpen regeling voorziet in de toewijzing van een domeinconcessie voor de productie van waterstof voor een *hernieuwbare* duur van maximum veertig jaar (ontworpen artikel 7/1, § 1). Onduidelijk is of daarmee twee opeenvolgende termijnen van veertig jaar worden beoogd, dan wel dat de verlengingen in die termijn zijn inbegrepen. In de mate dat de dienstenrichtlijn toepasselijk zou zijn (zie hoger, opmerking 7), vloeit uit artikel 12, lid 2, van deze richtlijn de verplichting voort dat de vergunning slechts voor een passende beperkte duur mag worden verleend en niet automatisch mag worden verlengd.²⁴ Ook als de domeinconcessie daar niet onder valt kan het Unierecht zich echter tegen een dergelijke automatische verlenging verzetten.²⁵

Voorts zal de beoogde duurtijd in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichtingen moeten verantwoord worden.²⁶

*

²³ Zie in dit verband het volgende document van de Raad van december 2023: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6798_2024_INIT.

²⁴ HvJ, 20 april 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-348/22, ECLI:EU:C:2023:301, punten 67 en 68.

²⁵ HvJ 14 juli 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, punten 70-74.

²⁶ HvJ 17 juli 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punten 58 en 59.

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 juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi a pour objet d'apporter des modifications au chapitre II « Production et stockage » de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) et dans la loi du 11 juillet 2023 'relative au transport d'hydrogène par canalisations' (ci-après : la loi sur l'hydrogène).

L'article 2 de l'avant-projet modifie l'article 6/3 de la loi sur l'électricité et habilite le Roi à s'écarter de l'article V.2 du Code de droit économique (principe de liberté des prix) dans le cadre des contrats d'achat d'électricité entre les titulaires de la concession domaniale de parcs éoliens visés à l'article 6/3 de la loi sur l'électricité et les clients finaux, et il établit un dispositif légal concernant la période d'attente consécutive à la décision d'attribution de la concession domaniale visée à l'article 6/3 précité. L'article 3 modifie l'article 6/4 de la loi sur l'électricité et fixe les règles relatives aux résultats et à la publication d'études portant sur la localisation, la dimension et le nombre de parcelles faisant l'objet de la concession domaniale. L'article 4 vise à insérer dans la loi sur l'électricité un nouvel article 6/6 concernant une concession domaniale pour un projet d'essai pour la construction et l'exploitation des installations d'essai pour la production d'énergie renouvelable dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique. L'article 5 contient des habilitations au Roi en vue de l'adoption d'un régime de certification des organismes de contrôle chargés de délivrer des attestations de conformité en matière de production à partir de sources d'énergie renouvelables.

Les articles 6 à 8 tendent à insérer dans la loi sur l'hydrogène de nouvelles dispositions relatives à l'octroi de concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'hydrogène dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction. Ces dispositions concernent à la fois des projets à long terme et des projets d'essai temporaires.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Une partie des modifications apportées à la loi sur l'électricité visent à se conformer aux observations relatives au fondement juridique formulées dans l'avis 75.107/16 du Conseil d'État du 11 janvier 2024 sur un projet d'arrêté royal 'établissant la procédure de mise en concurrence, les conditions et la procédure d'octroi des concessions domaniales et les conditions générales pour l'utilisation des parcelles pour la construction et l'exploitation d'une installation

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

pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins sous la juridiction de la Belgique'.

Un certain nombre d'observations formulées dans cet avis sont également pertinentes pour la demande d'avis à l'examen ². On se reportera dès lors en premier lieu aux observations qui ont déjà été formulées précédemment dans l'avis 75.107/16, lesquelles sont développées plus avant dans le présent avis si cela s'avère pertinent.

COMPÉTENCE

4. Le délégué a déclaré ce qui suit en ce qui concerne la compétence de l'autorité fédérale pour l'adoption des articles 6 à 8 de l'avant-projet :

« Artikelen 6-8 hebben betrekking op productie-installaties in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Dit behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid inzake productie van energie (art. 6, §1, VII, tweede lid, c) BWHI. Derhalve heeft dit artikel niet enkel betrekking op 'grote' waterstofproductie-eenheden, maar alle productie-installaties in de zeegebieden.

Conform het internationale zeerecht vallen zeeruimtes immers onder de bevoegdheid van de federale overheid (België trad toe tot het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee en bepaalde haar EEZ (exclusieve economische zone) in 1999 waarbij die voor België samenvalt met het continentaal plat). De federale overheid is bijgevolg bevoegd voor de bevordering van energieproductie uit hernieuwbare energie op het Belgische continentaal plat. Het feit dat de offshore productie-installaties in de territoriale zee gelegen is betekent dat zij, zowel wat de regels inzake energieproductie alsook inzake de regels inzake financiering van installaties betreft integraal onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen (cfr. GwH 5 december 2006, nr. 193/2006, B.24.2).

Deze mariene gebieden (de territoriale zee en de exclusieve economische zone) van België liggen immers buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten (Grondwettelijk Hof 9 juli 2013, nr. 98/2013, B.20.2.). De gewesten missen de bevoegdheid tot het vaststellen van regels in verband met gebiedsdelen die buiten hun territoriaal bevoegdheidsgebied zijn gelegen. Die regels moeten worden vastgelegd door de federale wetgever, die ter zake de residuaire bevoegdheid bezit (Advies Raad van State van 31 mei 2011, nr. 49.570/3) ».

On peut se rallier à cette analyse.

Il faut néanmoins noter que la régulation, par l'autorité fédérale, de la production d'hydrogène dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction, en particulier lorsque l'hydrogène produit arrive aussi par canalisations sur le continent en Belgique, peut avoir une influence considérable sur la possibilité pour les régions de mettre en œuvre leurs compétences en matière de protection de l'environnement et leurs compétences propres en matière

² Ainsi, on peut se référer par exemple à l'observation 4.3.2. : « Si le législateur souhaite encore prévoir un tel fondement juridique, il convient toutefois de relever également les points suivants. [...] », laquelle est pertinente pour l'habilitation prévue à l'article 2, 1°, de l'avant-projet.

d'énergie. L'autorité fédérale doit en tenir compte dans l'exercice de ses compétences, qui doit être conforme au principe de proportionnalité et au principe de la loyauté fédérale.

L'exercice des compétences fédérales dans les espaces marins belges ne peut pas par ailleurs porter atteinte aux compétences expressément attribuées aux entités fédérées dans ces espaces, à l'exercice par les entités fédérées de leur pleine compétence sur leur territoire respectif ou à l'exercice des compétences matérielles des entités fédérées dans le cadre de la coopération internationale³.

5. Le dispositif contenu à l'article 4 de l'avant-projet (projet d'essai pour la construction et l'exploitation des installations d'essai pour la production d'énergie renouvelable) trouve un fondement au regard de la répartition des compétences dans les compétences fédérales mentionnées au point 4. Ce dispositif visant également à acquérir des connaissances et à tester de nouvelles techniques en menant des activités de recherche, de développement et d'innovation (article 6/6, § 3, 4° en projet, de la loi sur l'électricité), on peut en outre invoquer partiellement la compétence de l'autorité fédérale en matière de recherche scientifique nécessaire à l'exercice de ses propres compétences (article 6bis, § 2, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles').

Le fondement de compétence de la recherche scientifique vaut *mutatis mutandis* aussi pour les projets d'essai relatifs à la construction et à l'exploitation de projets d'essai en matière de production d'hydrogène (article 7/1, § 3, en projet, de la loi sur l'hydrogène).

FORMALITÉS

6. Le délégué a déclaré que le 28 février 2024, après l'enrôlement de la demande d'avis au Conseil d'État, section de législation, l'avant-projet a fait l'objet d'une concertation avec les régions en Comité de concertation. Le dispositif relatif à l'hydrogène se fondant sur les compétences résiduelles de l'autorité fédérale (voir ci-dessus l'observation 4), pareille concertation est en effet requise conformément à l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

7. L'article 4 de l'avant-projet (article 6/6, en projet, de la loi sur l'électricité) crée le fondement juridique pour l'octroi d'une concession domaniale en vue de l'organisation d'un projet d'essai pour la construction et l'exploitation d'installations d'essai pour la production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables dans les espaces marins. L'article 8 de l'avant-projet (article 7/1, en projet, de la loi sur l'électricité) crée le fondement juridique pour l'octroi de concessions domaniales portant sur la construction et l'exploitation d'installations de production d'hydrogène (y compris les projets d'essai). L'exposé des motifs souligne que ces dispositions ne

³ Comp. avec l'avis C.E. 74.948/16 du 18 décembre 2023 sur un projet d'arrêté royal 'déterminant les modalités d'octroi ou de retrait de l'autorisation mentionnée à l'article 4 de la loi du 13 juin 1969 sur l'exploration et l'exploitation des ressources non vivantes de la mer territoriale et du plateau continental en ce qui concerne la pose et l'exploitation de pipelines dans la partie belge de la mer du Nord', observation 4.

relèvent pas des règles européennes en matière d'aides d'État, dès lors que le dispositif en projet ne crée pas de base juridique pour un régime d'aide, financé par des ressources d'État.

Invité à confirmer qu'aucune notification d'aide d'État n'a été ou ne sera faite auprès de la Commission européenne conformément à l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), le délégué a déclaré :

« De nieuwe rechtsgronden die middels de artikelen 2 en 5 van dit voorontwerp van wet worden ingevoegd ingevolge het advies van de Raad van State met kenmerk '75.107/16' van 11 januari 2024 (cfr. randnummers 4.2 , 4.3, 5.1 en 5.2) zullen mede het voorwerp uitmaken van de aanmelding voor staatssteun die in de nabije toekomst zal worden verricht ten aanzien van de Europese Commissie met betrekking tot het ontwerp koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 6/3, §3 van de elektriciteitswet van 29 april 1999.

Voor de artikelen 4 en 8 die respectievelijk de nieuwe artikelen 6/6 in de elektriciteitswet en 7/1 in de waterstofwet beogen in te voeren, wordt er inderdaad geen aanmelding inzake staatssteun voorzien ».

La Communication de la Commission 'relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne' (2016/C 262/01) relève que l'octroi de droits sur le domaine public peut également être considéré comme des avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État ⁴ :

« 53. L'octroi d'un accès à un domaine public ou à des ressources naturelles ou l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs ⁵ sans rémunération appropriée conforme aux tarifs du marché peut constituer une renonciation à des recettes d'État (et l'octroi d'un avantage) ⁶ ».

Interrogé, à la lumière de ce texte cité, sur le point de savoir s'il ne faut tout de même pas prévoir une notification des articles 4 et 8 de l'avant-projet, le délégué a répondu en ces termes :

« Het nieuwe kader voor beperkte en tijdelijke proefprojecten (voor elektriciteit respectievelijk voor waterstof) lijkt niet te vallen onder de verplichting tot aanmelding in het kader van de Europese staatssteunregels bedoeld in artikel 108, lid 3 VWEU.

Immers, de finaliteit van de artikelen 4 en 8 die respectievelijk de nieuwe artikelen 6/6 in de elektriciteitswet en 7/1 in de waterstofwet invoeren, bestaat wat betreft

⁴ L'exposé des motifs fait référence à l'arrêt C.J.U.E. du 8 juin 2023, *Prestige and Limousine SL*, C-50/21, ECLI:EU:C:2023:448. La pertinence de cet arrêt (en ce qui concerne la validité d'une réglementation qui exige l'obtention d'une licence afin d'exercer des services de VTC dans l'agglomération) pour l'avant-projet à l'examen n'apparaît pas d'emblée. En effet, ces licences n'impliquent pas la mobilisation de ressources d'État et, partant, ne relèvent pas du droit des aides d'État. Toutefois, la situation est potentiellement différente dans le cas de concessions domaniales, où l'autorité met effectivement des actifs - une partie des espaces marins sous juridiction belge - à la disposition d'une ou de plusieurs entreprises, en fonction de la conformité au marché des conditions dans lesquelles cela se fait.

⁵ Note de bas de page 80 de la communication citée : Tels que définis à l'article 2, points f) et g), de la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17).

⁶ Note de bas de page 81 de la communication citée : Voir également la communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JO C 8 du 11.1.2012, p. 4), point 33.

de proefprojecten er in om kennisverwerving te faciliteren door middel van onderzoek en ontwikkeling. Om te vermijden dat een economisch voordeel zou worden verstrekt, wordt voorzien dat om als proefproject te kwalificeren er geen winstoogmerk mag zijn, er een tijdelijk karakter moet zijn en dat het slechts een beperkt vermogen met beperkte aansluitingscapaciteit mag betreffen. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de concessiehouder het toegelaten gebruik van het publiek domein niet aanwendt om zelf goederen of diensten aan te bieden, en ook niet ter beschikking stelt aan een derde-beheerder die op zijn beurt diensten aan eindgebruikers van infrastructuur zou aanbieden.

Aangezien met dit nieuwe artikel 6/6 binnen het beoogde vereenvoudigd vergunningsregime geen wettelijke basis wordt gecreëerd voor een steunregime en gelet op de beperkte omvang van de projecten geen inkomsten worden gederfd in hoofde van overheid, lijkt dit niet onder de Europese staatssteunregels te vallen (cfr. HvJ C-50/21 van 8 juni 2023, er wordt geen voordeel verstrekt dat met staatsmiddelen zou zijn bekostigd). Er is in casu ok geen sprake van een verlaging van lasten voor de concessiehouder en ook niet van een belasting van de staatsbegroting.

Bovendien kan er nog op gewezen dat de voorliggende concessies niet als onderdeel van een steunmaatregel worden verleend, er wordt geen subsidieregime voorzien, en dus ook niet beoogd lijkt te worden door randnummer 112 van de CEEAG richtsnoeren voor staatssteun inzake energie:

‘112. Indien concessies of andere voordelen als onderdeel van steunmaatregelen worden verleend — zoals het recht op het gebruik van grond, zeebodem of rivieren of een recht op een infrastructuuraansluiting — moeten de lidstaten ervoor zorgen dat die concessies worden verleend op basis van objectieve en transparante criteria die verband houden met de doelstellingen van de maatregel (zie punt 50).’

Wat betreft het nieuwe kader voor de offshore productie van waterstof (artikel 8), en indien uw rechtscollège meent dat dergelijke concessie (voor een bepaalde en hernieuwbare duur van veertig jaar) een steunmaatregel zou vormen, ook al wordt er geen subsidieregime voorzien, dan zal er desgevallend bij de uitwerking van het reglementair besluit door de Koning een aanmelding voor staatssteun met toepassing van artikel 108, lid 3 VWEU worden verricht (zoals dat ook gebeurt voor het KB in uitvoering van artikel 6/3 van de elektriciteitswet) ».

En ce qui concerne la qualification en tant qu'entreprise dans le cadre du droit des aides d'État, l'absence éventuelle d'un but de lucre n'est pas pertinente ⁷. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'existe en outre pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel les échanges entre les États membres sont susceptibles de ne pas être affectés ⁸.

Le dispositif en projet est cependant très sommaire, ce qui ne permet pas pour l'heure de tirer des conclusions quant à l'appréciation au regard des règles en matière d'aides d'État. Ainsi, par exemple, il n'apparaît pas encore clairement si une indemnité conforme aux normes du marché sera demandée aux entreprises soumissionnaires. Bien que la Commission européenne puisse déjà examiner actuellement les aspects déjà arrêtés du dispositif en projet, tels que les conditions que doivent remplir les projets d'essai et les installations de production

⁷ C.J.U.E., 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, points 27 et 28.

⁸ C.J.U.E., 14 janvier 2015, *Eventech*, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, points 65 à 69.

d'hydrogène, cette conformité au marché ne pourra être évaluée que dans une phase ultérieure et une notification ne paraît pas encore nécessaire.

8. L'article 6, 2°, de l'avant-projet a pour objet d'insérer un nouveau chapitre dans la loi sur l'hydrogène, libellé comme suit : « Dispositions relatives aux autorisations pour la construction et de l'exploitation d'installations de production d'hydrogène dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international ». Il ressort du texte de l'avant-projet que ses auteurs se fondent en l'espèce sur une qualification de concession domaniale dans un système d'autorisations. Il est également fait mention d'un tel système dans le cadre des projets d'essai (l'exposé des motifs fait ainsi référence à « un cadre d'autorisation pour les projets innovants d'hydrogène *offshore* »).

La question se pose dès lors de savoir si l'avant-projet qui comporte notamment un système d'autorisations pour l'exercice de certaines activités économiques et des services y afférents, relève du champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (ci-après : la directive services). À ce propos, il n'est pas permis de déterminer si les services identifiés par la Commission européenne comme se rapportant à la production et à la distribution de l'énergie⁹, qui relèvent du champ d'application de la directive services, peuvent également comprendre eux-mêmes la production d'électricité ou d'hydrogène¹⁰. Le cas échéant, il s'impose en principe de notifier l'avant-projet à la Commission européenne conformément à l'article 15, paragraphe 7, premier alinéa, de la directive services.

Dans un arrêt du 14 juillet 2016, la Cour de justice a déclaré qu'une concession en vue de l'exploitation d'une partie de la zone domaniale du lac de Garde peut relever de la directive services, du moins s'il ne s'agit pas d'une « concession de services » au sens de l'article 5, 1., b), de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession'¹¹. Dans l'arrêt précité, il a notamment été considéré ce qui suit :

« 47. Or, dans les affaires au principal, ainsi que le souligne la Commission, les concessions portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale. Il en découle que les concessions en cause au principal ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services (voir, par analogie, arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, points 26 à 28).

48. Une telle interprétation est, en outre, corroborée par le considérant 15 de la directive 2014/23. Ce dernier précise en effet que certains accords dont l'objet est le droit,

⁹ Voir aussi COMMISSION EUROPÉENNE, Handbook on the implementation of the Services Directive, 2022, (<https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/60e2d020-6c6f-11ed-9887-01aa75ed71a1/language/en>), 8, lequel cite à titre d'exemple de services relevant de la directive services, notamment les « services related to the production and distribution of energy » (services en lien avec la production et la distribution d'énergie) et « the installation and maintenance of equipment » (l'installation et la maintenance de l'équipement).

¹⁰ Selon une lecture restrictive de cette définition, il pourrait plutôt s'agir, d'une part, de services de soutien aux parcs de production, tels que les services d'entretien et de réparation, et non de production même. D'autre part, compte tenu de la relation symbiotique visée entre les parcs éoliens offshore et la production d'hydrogène offshore, il ne semble *a priori* pas possible d'exclure que ces titulaires de concession puissent se rendre mutuellement service.

¹¹ C.J.U.E., 14 juillet 2016, *Promoiimpresa*, C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines ou ressources publics, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers par lesquels l'État fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou de services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de 'concessions de services', au sens de cette directive. »

Sur la nécessité de procéder à une notification pour l'avant-projet à l'examen, conformément à la directive services, le délégué a adopté la position suivante :

« Artikel 12, lid, 1 en 2, van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG lijkt niet van toepassing op de in het voorontwerp voorziene domeinconcessies. Immers, de betreffende dienstenrichtlijn is op grond van artikel 2 slechts van toepassing op diensten van dienstverrichters en is niet van toepassing op niet-economische diensten van algemeen belang, bijgevolg lijken proefprojecten met als doel kennisverwerving door onderzoek en ontwikkeling die niet tegen een vergoeding worden verricht en die zouden kunnen bijdragen aan de bevoorradingszekerheid en het sneller en efficiënter behalen van de Europese doelstellingen inzake hernieuwbare energie daar niet onder te vallen.

Zelfs indien er alsnog zou geoordeeld worden dat artikel 12, lid, 1 en 2, van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG toch van toepassing zou zijn, dan wordt nog gewezen op de volgende elementen.

Zoals blijkt uit artikel 4 dient het proefproject te voldoen aan enkele criteria om te kunnen spreken van een proefproject. Daarnaast blijft de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden onverkort van toepassing. De criteria neergelegd in deze wet en diens uitvoeringsbesluiten bepalen dus mee welke projecten in aanmerking komen of geweigerd worden. Daarnaast is er ook nog een advies van de CREG voorzien omtrent het voorgestelde proefproject.

Anticiperend op het geval dat er meerdere gelijkaardige projecten dergelijke concessie zouden aanvragen voor eenzelfde tijdsbestek en eenzelfde gebied, kan de Koning gebruik makend van diens machtiging in het voorontwerp toekenningscriteria voorzien op grond waarvan een keuze zou kunnen worden gemaakt.

In dat opzicht is het inderdaad de bedoeling dat de Koning een selectieprocedure uitwerkt die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende en voorafgaande bekendmaking van de betreffende selectieprocedure, waarbij de vergunning voor een passende beperkte duur zal worden verleend wat de proefprojecten betreft en voor een passende bepaalde duur voor de domeinconcessie voor de waterstofprojecten, die niet automatisch worden verlengd en evenmin enig ander voordeel wordt toegekend aan vergunninghouder (er wordt geen subsidieregime voorzien).

De mogelijke bijdragen aan de bevoorradingszekerheid en het sneller en efficiënter behalen van de Europese doelstellingen inzake hernieuwbare energie lijken bovendien als een dwingende redenen van algemeen belang te kunnen worden beschouwd, waardoor onderzoek en ontwikkeling in functie van voornoemde objectieven alsook het belang van groene waterstof mogelijk eveneens in rekening zouden kunnen worden gebracht in het kader van dergelijke selectieprocedure.

Wat betreft het nieuwe kader voor de offshore productie van waterstof (artikel 8), en indien uw rechtscollege meent dat dergelijke concessie (voor een bepaalde en hernieuwbare duur van veertig jaar) onder de dienstenrichtlijn 2006/123/EG valt, dan kan er desgevallend bij de uitwerking van het reglementair besluit door de Koning een

kennisgeving aan de Europese Commissie worden verricht van deze omzetting van de voornoemde richtlijn ».

L'obligation de notification conformément à la directive services est subordonnée notamment à l'appréciation de savoir s'il est question en l'espèce d'une concession domaniale ou d'une « concession » au sens de la directive 2014/23/UE (dans le dernier cas cité, une notification ne sera en effet pas requise) et à l'appréciation de la qualification des projets d'essai en tant que « services d'intérêt général non-économiques » au sens de la directive services. Là encore, la conclusion semble être que le dispositif soumis actuellement pour avis est encore trop sommaire pour trancher cet aspect et qu'une notification ne semble pas nécessaire pour l'heure.

9. Si le texte de l'avant-projet devait encore être modifié à la suite de l'accomplissement de la formalité mentionnée au point 6 ¹², ces modifications devraient également encore être soumises à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

10. L'article 2, 1^o, de l'avant-projet vise à insérer dans l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité une habilitation permettant au Roi de fixer un prix maximum pour la vente par le titulaire de la concession domaniale de l'électricité renouvelable produite. Le texte de la nouvelle habilitation prévue au 12^o ne mentionne pas de groupes cibles précis (« prix maximum pour le client final ») et l'exposé des motifs fait lui aussi mention d'« utilisateurs finaux » d'une manière générale.

Dans l'avis 75.107/16 du 11 janvier 2024, cité dans l'observation 2, la section de législation, en ce qui concerne les possibilités qu'offre le droit européen d'intervenir dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité, a notamment observé ce qui suit :

« 4.3.2. (...) Si le rapport au Roi contient bien une réplique aux observations de la CREG, ces explications perdent toutefois de vue le fait que l'article 5 de la 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' ne permet des interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité que pour des catégories spécifiques de personnes, à savoir les 'clients résidentiels vulnérables et en situation de précarité énergétique' et, encore uniquement à des conditions très strictes ¹³, tandis que le champ d'application de l'article 42 du projet est beaucoup plus large et que le prix maximum s'applique à tous les clients de la

¹² À savoir d'autres modifications que celles dont fait état l'avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans l'avis.

¹³ Note de bas de page 12 de l'avis cité : Voir à ce sujet également l'avis C.E. 67.627/3 du 23 juin 2020 sur un projet d'arrêté de la Ministre de l'Économie 'modifiant l'arrêté ministériel du 1^{er} juin 2004 fixant les prix maximaux pour la fourniture d'électricité par les gestionnaires des réseaux de distribution aux clients finals dont le contrat de fourniture a été résilié par leur fournisseur et qui ne peuvent pas être considérés comme des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire, au sens de l'article 20, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité', observations 5.1 à 5.4.

production énergétique relevant du mécanisme de *carve-out*. Le régime à l'examen semble dès lors incompatible avec la disposition de la directive citée, ce qui peut en outre avoir des conséquences pour l'appréciation par la Commission européenne de la compatibilité du mécanisme de soutien en projet avec le marché intérieur.

Dès lors, il ne pourra être prévu qu'un fondement juridique spécifique pour l'instauration d'un prix maximum dans la mesure où ce dernier n'est utilisé qu'à l'égard des groupes cibles visés à l'article 5 de la directive (UE) 2019/944 et aux conditions mentionnées dans cette disposition ».

Interrogé sur le point de savoir si l'intention est que le Roi mette en œuvre l'habilitation en projet en tenant compte des observations précédentes concernant les limitations relatives aux groupes cibles qui découlent du droit européen, le délégué a déclaré :

« Het is de bedoeling dat de Koning de betreffende machtiging, zoals steeds, uitvoert overeenkomstig het Europees recht. In dat opzicht wordt momenteel getracht hieromtrent de beoogde regeling informeel af te toetsen met de Europese Commissie, onder meer in het licht van de interpretatie en de finaliteit van artikel 5 van richtlijn 2019/944.

Artikel 5(6) van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet naast “energiearme of kwetsbare huishoudelijke afnemers” ook in de mogelijkheid om prijsstelling toe te passen voor de levering van elektriciteit aan huishoudelijke afnemers en aan micro-ondernemingen die niet profiteren van overheidsingrijpen en dit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen en om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen ».

À cet égard, il est à noter que l'article 5, paragraphe 6, de la 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’ semble plutôt être un motif d'exception générale, qui doit en outre s'inscrire dans le cadre d'« une période transitoire permettant d'établir une concurrence effective » et qui doit également satisfaire à toutes les conditions énumérées à l'article 5, paragraphes 4 et 7, de la directive (UE) 2019/944. Le dispositif à l'examen, qui vise à mettre en place un *futur* mécanisme pour une *certaine* production d'énergie renouvelable, pour *toute la durée* des concessions, semble dès lors incompatible avec la disposition de la directive citée. Si les auteurs de l'avant-projet entendent tout de même adopter l'article 2, 1°, de l'avant-projet, il est en tout état de cause recommandé de poursuivre la concertation informelle à ce sujet avec la Commission européenne et de préciser dans l'exposé des motifs comment les différentes conditions des dispositions précitées sont remplies.

Par ailleurs, conformément à l'article 5, paragraphe 8, de la directive (UE) 2019/944, une obligation de notification spéciale pour les mesures prises en vertu de l'article 5, paragraphe 6, de cette directive s'applique, bien qu'elle n'empêche pas l'entrée en vigueur de ces mesures ¹⁴.

11. Le dispositif inséré par l'article 2, 2°, de l'avant-projet dans l'article 6/3, § 3, de la loi sur l'électricité reproduit essentiellement des dispositions de la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains

¹⁴ Enfin, la mise en œuvre de cette mesure devra également faire l'objet d'un rapport à la Commission européenne, conformément à l'article 5, paragraphe 9, de la directive (UE) 2019/944.

marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions'. Néanmoins, dans le présent contexte, ce dispositif appelle un certain nombre d'observations.

11.1. L'article 6/3, § 3, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité prévoit un dispositif selon lequel le délai prend cours « à la date du dernier envoi ».

Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux effets pour les droits de la défense que des dispositions en vertu desquelles le délai pour accomplir certains actes prend cours le jour de l'envoi d'une décision sont contraires au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination¹⁵. Dans pareils cas, il serait préférable que le délai précité commence à courir, conformément à ce que propose la Cour constitutionnelle, le jour où le destinataire a pu, en toute vraisemblance, avoir connaissance de la notification, c'est-à-dire le troisième jour ouvrable qui suit la date de l'envoi de la notification, tout en permettant au destinataire de prouver que la notification ne lui est parvenue que plus tard¹⁶.

Il a été demandé au délégué comment le régime de notification sera mis en oeuvre. Le délégué a répondu en ces termes :

« Wat betreft de door de Koning te bepalen modaliteiten worden op dit punt in de eerste plaats elektronische kennisgevingen beoogd (mail of andere elektronische middelen), dit om er voor te zorgen dat de inschrijvers voor de concurrerende inschrijvingsprocedure zo snel mogelijk geïnformeerd worden. Bovendien wordt beoogd dat de Koning naast deze elektronische kennisgevingen, die in principe steeds eerst zullen worden verzonden, tevens kan voorzien in een verzending bij aangetekende brief. In dat laatste geval, dienen de beide verzendingen in principe op dezelfde dag te gebeuren. De toevoeging van "laatste dag van verzending" speelt in het geval er alsnog een discrepantie zou zijn tussen de datum van verzending van de elektronische versie en de datum van de zending bij aangetekende brief. In dat geval wordt ervoor geopteerd te kiezen voor de datum van de zending die het laatst gebeurde. Dit geeft aldus extra bescherming aan de inschrijvers ».

Si la disposition en projet est maintenue telle quelle, l'arrêté d'exécution devra en tout état de cause toujours prévoir une notification électronique également.

11.2. Comme l'a confirmé le délégué, il convient de remplacer le segment de phrase « à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance » à l'article 6/3, § 3, alinéa 2, en projet, de la loi sur l'électricité par le segment de phrase « à compter de la notification ».

Article 4

12. L'article 4 de l'avant-projet (article 6/6, en projet, de la loi sur l'électricité) crée le fondement juridique pour l'attribution d'une concession domaniale pour l'organisation d'un projet

¹⁵ Voir par ex. : C.C., 29 mars 2006, n° 48/2006, B.5 à B.12 ; C.C., 12 novembre 2009, n° 178/2009, B.8.3 ; C.C., 2 juin 2010, n° 66/2010, B.10 à B.15.

¹⁶ Voir par ex. : C.C., 7 juin 2007, n° 85/2007, B.4 ; C.C., 26 septembre 2007, n° 123/2007, B.5 ; C.C., 19 décembre 2007, n° 162/2007, B.4 ; C.C., 2 juin 2010, n° 66/2010, B.13.

d'essai pour la construction et l'exploitation des installations d'essai pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans les zones marines.

Ce dispositif soulève un certain nombre de questions en ce qui concerne la qualification de concession domaniale à l'article 6/6, §§ 1^{er} et 2, en projet, de la loi sur l'électricité, la directive services et le principe d'égalité.

12.1. L'avis 75.107/16, déjà cité dans l'observation 3, a renvoyé à la jurisprudence du Conseil d'État, section du contentieux administratif, selon laquelle il peut être conclu à une autre qualification que celle de « concession domaniale » si l'autorisation d'utiliser de manière privative le domaine public, élément qui s'inscrit dans le cadre d'une concession domaniale, apparaît comme un élément certes nécessaire mais seulement subordonné de l'accord¹⁷. À cet égard, il a également été renvoyé au considérant 15 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession', qui s'énonce comme suit :

« En outre, certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive. (...) »¹⁸.

Il a été demandé au délégué si, en l'espèce, en ce qui concerne la mise sur le marché d'un projet d'essai, il est bien question d'une concession domaniale, compte tenu des exigences techniques (à préciser plus avant par le Roi) en matière notamment de capacité et de capacité de connexion (voir l'article 6/6, §§ 3 et 4, en projet, de la loi sur l'électricité). Le délégué a répondu en ces termes :

« De domeinconcessie bedoeld in artikel 4 van het voorontwerp van wet (dat het nieuwe artikel 6/6 invoegt in de elektriciteitswet van 29 april 1999) kwalificeert niet als een concessie zoals bedoeld in richtlijn 2014/23/EU. Immers, met dit artikel wordt slechts beoogd een vereenvoudigde procedure te voorzien voor bepaalde types van projecten die nog steeds een private bouw en private exploitatie als voorwerp hebben en weliswaar doen blijken van een tijdelijk karakter, een niet beduidende omvang wat vermogen en dus aansluiting betreft, met doel kennisverwerving en zonder winst oogmerk en dat in functie van behoorlijk bestuur en administratieve vereenvoudiging.

Het is de bedoeling dat in de zeegebieden waarover België rechtsmacht heeft maar buiten de kavels bedoeld in artikels 6/3 en 6/4 van de elektriciteitswet slechts proefprojecten bedoeld in dit artikel 4 van het voorontwerp (artikel 6/6) zijn toegestaan en dat mits verkrijging van de specifieke domeinconcessie. Dergelijke proefprojecten kunnen ook worden toegestaan binnen voornoemde kavels. Daartoe zou aan artikel 4 volgende bepaling kunnen worden toegevoegd:

‘De bouw en exploitatie van een installatie voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België in de zin van een proefproject bedoeld in paragrafen 3 en 4 is slechts

¹⁷ C.E., 9 septembre 2021, BV LED AD, n° 251.439.

¹⁸ Voir l'observation 9.2 de l'avis 75.107/16 (soulignement de l'auteur).

toegestaan voor zover daartoe voorafgaandelijk een domeinconcessie werd verkregen overeenkomstig dit artikel' ».

Le texte de l'article 6/6 en projet étant déjà suffisamment clair, la proposition de texte du délégué semble superflue. Il serait cependant préférable de préciser si l'exploitation de telles installations d'essai requiert aussi une autorisation individuelle au sens de l'article 4 de la loi sur l'électricité.

En ce qui concerne l'élément, cité par le délégué, d'absence de but lucratif (article 6/6, § 3, 5°, en projet, de la loi sur l'électricité), l'exposé des motifs indique :

« En ce qui concerne l'absence de but lucratif, l'intention est que toute recette, telle que le produit de la vente d'électricité, soit réinvestie dans le projet, le cas échéant pour couvrir des coûts déjà prévus ou de nouveaux coûts qui contribuent aux objectifs du projet d'essai, et ne soit pas utilisée pour une forme quelconque de distribution de bénéfices. (...) ».

À cet égard, le délégué a été invité à expliquer comment fonctionne concrètement le mécanisme par lequel les recettes, telles que le produit de la vente d'électricité, sont réinvesties dans le projet, et à préciser quels sont les avantages par rapport à l'exécution d'un projet d'essai. Il a répondu ce qui suit :

« Dit is mede gerelateerd aan het type van toegelaten proefprojecten, met name projecten die tot doel hebben het verwerven van kennis en testen van nieuwe technieken door de uitvoering van onderzoek, ontwikkeling en innovatie, waardoor niet alleen ondernemingen, maar ook kennisinstellingen of samenwerkingsverbanden tussen voornoemde type entiteiten als projectuitvoerder in aanmerking komen en waarbij resultaten van onderzoek en ontwikkeling als de eigenlijke en enige baten van het project moeten worden beschouwd.

Het uitvoeren van een proefproject en het betrokken zijn in een domeinconcessie voor een windmolenpark zijn twee onderscheiden zaken. Een onderneming kan verschillende incentives hebben om een proefproject uit te voeren. Een van de belangrijkste redenen is dat dit toelaat om onderzoek te voeren naar betaalbare, duurzame en efficiënte offshore-energieparken. Het in de praktijk testen van dergelijke projecten laat toe risico's te verminderen en potentiële zwakke punten te identificeren. Ook laat dit toe om de kwaliteit van hun projecten te evalueren en indien nodig te optimaliseren. Derhalve zijn er voordelen aan verbonden, met name wat betreft de kwaliteit, betrouwbaarheid en veiligheid alsook de optimalisatiemogelijkheden van de installaties op voornoemde aspecten. Bovendien stimuleren dergelijke proefprojecten innovatie en vooruitgang in de offshore windsector ».

La question se pose de savoir si, en l'espèce, l'autorisation d'utiliser de manière privative le domaine public n'est pas subordonnée à l'objectif principal d'acquérir des connaissances et de tester de nouvelles techniques en menant des activités de recherche, de développement et d'innovation, ce qui suscite des doutes quant à la qualification de concession domaniale inscrite dans l'avant-projet. L'absence de but lucratif ne conduit d'ailleurs pas nécessairement à la conclusion qu'un projet donné n'entrera jamais dans le champ d'application matériel de la législation relative aux marchés publics. Ainsi, il découle de l'article 124, § 1^{er}, 3°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' qu'« un marché (...) passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer

une rentabilité ou d'amortir les coûts de recherche et de développement » entre en principe dans le champ d'application de la législation en matière de marchés publics.

La qualification de concession domaniale doit être soumise à un nouvel examen à la lumière de ce qui précède et, le cas échéant, être davantage étayée, dans le cadre du présent avant-projet, ou à tout le moins dans le cadre de l'arrêté d'exécution qui en déterminera les conditions.

12.2. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs, les auteurs de l'avant-projet estiment qu'il n'est pas nécessaire d'organiser une procédure d'appel d'offres pour le projet d'essai. Interrogé sur le point de savoir comment, dès lors, il sera déterminé quelle entreprise pourra exécuter le marché, le délégué a déclaré :

« Zoals blijkt uit artikel 4 dient het proefproject te voldoen aan enkele criteria om te kunnen spreken van een proefproject. Daarnaast blijft de wet van 11 december 2022 ter bescherming van het marien milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de Belgische zeegebieden onverkort van toepassing. De criteria neergelegd in deze wet en diens uitvoeringsbesluiten bepalen dus mee welke projecten in aanmerking komen of geweigerd worden. Daarnaast is er ook nog een advies van de CREG voorzien omtrent het voorgestelde proefproject.

Anticiperend op het geval dat er meerdere gelijkaardige proefprojecten dergelijke concessie zouden aanvragen voor eenzelfde tijdsbestek en eenzelfde gebied, kan de Koning gebruik makend van diens machtiging in paragraaf 2 toekenningscriteria voorzien op grond waarvan een keuze zou kunnen worden gemaakt ».

Indépendamment de la question de la qualification examinée dans l'observation 12.1, il faudra en tout état de cause respecter le principe d'égalité, dont découle l'obligation d'agir de manière transparente lors de l'octroi de droits publics rares ¹⁹, ainsi que, dans la mesure où la directive services serait applicable, les obligations découlant de cette directive (voir ci-dessus l'observation 7) ²⁰⁻²¹. Des mesures appropriées devront également être prises afin de tenir compte du risque que l'entreprise ou l'entité concernée, qui met en œuvre le projet d'essai, obtienne

¹⁹ Voir, entre autres, à ce sujet l'avis C.E. 74.151/1 du 20 octobre 2023 sur un avant-projet de décret 'over het vervreemden van onroerende domeingoederen en het vestigen en vervreemden van zakelijke rechten', observation 3.

²⁰ Dans le cas où l'attribution n'entre pas dans le cadre d'un régime harmonisé, tel que la directive services, les règles fondamentales du TFUE en général et le principe de non-discrimination en particulier doivent toujours être respectés, du moins pour autant que l'octroi de la concession soit considéré comme présentant un intérêt européen (voir dans ce sens C.J.U.E., 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, points 58-74 et la jurisprudence qui y est mentionnée, en particulier C.J.U.E., 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, points 57 et 58).

²¹ En outre, il faut tenir compte des accords internationaux que l'UE et ses États membres ont conclus avec des pays tiers. À cet égard, on peut par exemple se reporter à l'article 147, paragraphe 1 et paragraphe 2, b), de l'Accord de partenariat et de coopération renforcé entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part, fait à Astana le 21 décembre 2015, auquel il a été porté assentiment pour l'autorité fédérale par la loi du 13 mai 2017. Pour toutes les mesures susceptibles d'avoir une influence sur le commerce et les investissements entre les parties en ce qui concerne la production d'énergie à partir de sources non fossiles renouvelables, telles que le vent, le soleil et la force hydraulique, mais pas en ce qui concerne les produits à partir desquels une telle énergie est produite, il convient de veiller à ce que, le cas échéant, les règles relatives aux procédures d'autorisation, de certification et d'octroi de licences, en particulier en ce qui concerne les équipements, les installations et les infrastructures de réseau de transport annexes, soient objectives, transparentes et non arbitraires et ne discriminent pas les demandeurs de l'autre partie.

des connaissances susceptibles de l'avantager, au mépris du principe d'égalité, lors de l'attribution de la concession domaniale visée à l'article 6/3 de la loi sur l'électricité ²².

13. Dès lors que l'on n'aperçoit pas comment l'article 6/6, § 2, en projet, de la loi sur l'électricité déroge lui-même à l'article 6/3 de la même loi, il y a lieu d'omettre le segment de phrase « Par dérogation à l'article 6/3 ». Sans doute l'intention est-elle plutôt de prévoir que les modalités à déterminer par le Roi peuvent déroger aux règles que le Roi fixe conformément à l'article 6/3 de la loi sur l'électricité. Une phrase supplémentaire avec ce contenu sera utilement ajoutée au paragraphe en projet.

Article 5

14. À l'article 5, 1° et 2°, de l'avant-projet, on précisera chaque fois qu'il s'agit de l'alinéa 1^{er} des paragraphes 1^{er} et 1^{er}*quater* qui y sont visés.

Article 8

15. À l'article 8 de l'avant-projet, la référence à l'insertion du chapitre 2/1 « par l'article 4 » doit être remplacée par une référence à l'article 6, 2°, de l'avant-projet.

16. L'article 7/1, § 2, 6°, en projet, de la loi sur l'électricité habilite le Roi à déterminer « les activités que le titulaire d'une concession domaniale peut développer à côté de la production d'hydrogène ».

L'article 10 de la loi sur l'hydrogène fixe un certain nombre d'exigences de dissociation pour le candidat gestionnaire du réseau de transport d'hydrogène. Le candidat doit, entre autres, s'engager à être propriétaire des canalisations qui constitueront le réseau de transport d'hydrogène, à l'exclusion des réseaux d'hydrogène existants (article 10, 1°). En outre, le candidat doit être dissocié de toute entité juridique exerçant des activités de production ou de fourniture d'hydrogène, de gaz naturel, de biogaz, de biométhane, d'autres formes de méthane synthétique ou

²² À ce sujet, le délégué a communiqué ce qui suit : « Het is inderdaad de intentie om de machtigheden in het voorontwerp van wet uit te oefenen met respect voor het gelijkheidsbeginsel, waarbij het niet de bedoeling is om het reeds verkregen hebben van een domeinconcessie bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet (voor de bouw en exploitatie van een windpark in één van de daartoe aangeduide kavels) als determinerend criterium vast te leggen om een concessie voor een proefproject toegekend te krijgen (evenmin omgekeerd). Het regelgevend kader voor de domeinconcessies bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet (bouw en exploitatie van windparken) en het regelgevend kader voor de domeinconcessies bedoeld in het ontworpen artikel 6/6 van de elektriciteitswet (proefprojecten) staan los en onafhankelijk van elkaar. We brengen in herinnering dat het de bedoeling is dat in de zeegebieden waarover België rechtsmacht heeft maar buiten de kavels bedoeld in artikels 6/3 en 6/4 van de elektriciteitswet slechts proefprojecten bedoeld in dit artikel 4 van het voorontwerp (artikel 6/6) zijn toegestaan en dat mits verkrijging van de specifieke domeinconcessie. Dergelijke proefprojecten kunnen ook worden toegestaan binnen voornoemde kavels. In voornoemde kavels kunnen weliswaar twee verschillende concessiehouders binnen twee verschillende domeinconcessies (bouw en exploitatie windpark resp. proefproject) actief zijn. In dat opzicht is het de bedoeling dat een concessiehouder bedoeld in 6/3 van de elektriciteitswet niet meer kans heeft op een concessie voor een proefproject bedoeld in het ontworpen artikel 6/6 van de elektriciteitswet (ook niet als dit gelokaliseerd is binnen een kavel bedoeld in artikel 6/4 van de elektriciteitswet) dan een entiteit zonder concessie bedoeld in artikel 6/3 van de elektriciteitswet ».

d'électricité (article 10, 2°). Dans la mesure où l'intention serait de déroger à certaines exigences de dissociation légales, il faudra prévoir une habilitation légale expresse à cet effet. L'attention du demandeur d'avis est néanmoins attirée sur le fait que la directive du Parlement européen et du Conseil, qui doit encore être adoptée, 'concernant des règles communes pour les marchés intérieurs des gaz naturel et renouvelable et de l'hydrogène' (dont la procédure législative est en cours)²³ prévoit certaines exigences de dissociation. Eu égard à la longue durée des concessions, mieux vaudrait d'ores et déjà en tenir compte.

17. Le dispositif prévu par l'article 7/1, en projet, de la loi sur l'électricité présente un certain nombre de similitudes avec le dispositif inscrit à l'article 6/6, en projet, de la même loi et examiné ci-dessus. Concernant la qualification de concession domaniale, la directive services et le principe d'égalité, on se reportera, *mutatis mutandis*, aux observations formulées ci-dessus aux points 12.1 et 12.2.

En outre, il convient encore d'observer à cet égard que le dispositif en projet prévoit l'attribution d'une concession domaniale d'une durée *renouvelable* de quarante ans au plus pour la production d'hydrogène (article 7/1, § 1^{er}, en projet). On n'aperçoit pas si l'on vise ainsi deux délais successifs de quarante ans ou si ce délai comprend les prolongations. Dans la mesure où la directive services serait applicable (voir ci-dessus l'observation 7), il découle de l'article 12, paragraphe 2, de cette directive l'obligation que l'autorisation ne peut être octroyée que pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique²⁴. Bien que la concession domaniale ne relève pas de cette disposition, le droit de l'Union européenne peut toutefois s'opposer à une telle prolongation automatique²⁵.

Par ailleurs, la durée visée devra être justifiée au regard du principe d'égalité et des obligations de transparence qui en découlent²⁶.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Eline YOSHIMI

Pierre LEFRANC

²³ Voir à cet égard le document suivant du Conseil de décembre 2023 : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6798_2024_INIT.

²⁴ C.J.U.E., 20 avril 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-348/22, ECLI:EU:C:2023:301, points 67 et 68.

²⁵ C.J.U.E., 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, points 70-74.

²⁶ C.J.U.E., 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, points 58 et 59.