

Généralités

La consultation lancée par la CREG portait uniquement sur les articles 4, 5, 6, 8, 12 et 13 de la proposition de contrat type ; seules les réponses d'une longueur maximale de 15.000 caractères, espaces compris, pouvaient être acceptées.

La CREG a reçu les commentaires d'un seul répondant, à savoir FEBEG, qui a, malgré la demande de la CREG tel que mentionné ci-dessus, étendu ses commentaires également aux articles 3, 7 et 14. Compte tenu du caractère limité des commentaires portant sur ces dispositions, et de leur lien avec des articles faisant l'objet de la consultation, la CREG a choisi d'y répondre.

Les commentaires de Febeg répondent à l'exigence de longueur (15.000 caractères).

Les observations de FEBEG ont été reprises telles quelles ci-dessous. Pour le bon ordre, "CP" doit s'entendre comme "Capacity Provider(s)".

| Sujet | Contenu de l'observation de FEBEG | Réponse de la CREG |
|-----------------------|--|--|
| Traduction du contrat | The NL text (clearly translated from the FR one), is containing vast amounts of serious errors, unclarities and inconsistent wordings (especially in Art 7, several terms are used interchangeably and creates unclarities on what is actually meant). As both FR and NL versions are supposed to be leading, the translation should be done diligently. | La CREG partage l'avis de FEBEG et a d'ailleurs soumis, dans sa décision, l'approbation de la proposition à une nécessaire révision en profondeur de la part d'Elia. En particulier, la CREG a demandé à Elia d'utiliser les mêmes termes et concepts que ceux utilisés dans les règles de fonctionnement. |
| Financement du CRM | The latest changes proposed by Elia are largely unbalanced (in particular, the fact that CP would only be remunerated pro-rata in case of insufficient funds is unacceptable). | Dans la Proposition Modifiée de Contrat type, Elia a apporté des modifications à ce sujet suite à la demande de la CREG d'omettre ou d'amender les clauses relatives au lien entre le financement d'Elia dans le cadre du CRM et le paiement de la Rémunération Mensuelle. La CREG considère que les modifications apportées par Elia sont satisfaisantes et estime qu'elle répondent également aux préoccupations de FEBEG. |
| | « Dans la mesure des moyens financiers mis à disposition d'Elia [...] Elia s'acquitte du paiement de rémunération [...]» This statement expresses Elia's concern in relation to the funding of the CRM. It seems the payments (and the timing thereof) are never guaranteed by Elia nor the State as Elia has no payment obligations towards a CP duly performing its availability responsibilities (clause 4.4). Elia might not pay due to e.g. internal liquidity issues, even though CP have financial obligations towards 3rd parties (external debt providers, O&M operators...). This is unreasonable and hinders the economic viability. Therefore, a payment guarantee from the State providing comfort on payments obligation is absolutely necessary to ensure bankability. Furthermore, in case of a default of Elia, the CP should be entitled to terminate the contract and claim a | Compte tenu du fait que les dispositions proposées par Elia ont été supprimées (voy. la réponse de la CREG ci-dessus) et du mécanisme de financement du CRM, Elia est en tout état de cause tenue de payer la rémunération de capacité. Dans ces conditions, la CREG estime que la demande de Febeg n'a plus lieu d'être. |

| | | |
|-----------------------|---|--|
| | termination payment towards Elia/State to cover its equity and debt providers investment. | |
| Conclusion du contrat | <p>(3.1). It is unclear why a set of several CMUs below 5 MW would fall under one same contract. FEBEG wonders if that could have collateral consequences in the CRM processes.</p> <p>Is « Gecontracteerde Capaciteit » the same as in the Functioning Rules [FR] (“capaciteit van een Eenheid...”? The grouping of Linked Capacities under one contract seems logical, but this logic should also apply in the FR a.o. for the availability monitoring (as already requested by FEBEG for the availability tests - remark also valid for clause 4.1.)</p> | <p>La CREG a demandé à Elia de modifier les articles 3.1 et 4.1 du Contrat type en supprimant la possibilité d’y regrouper des CMU dont la Capacité Contractée globale ne dépasse pas 5 MW.</p> <p>La remarque ayant trait aux Règles de fonctionnement, la CREG n’y répond pas dans le cadre de la présente consultation publique.</p> |
| | (3.2). The CP cannot invoke behavior of the users of the network for whom he constitutes a CMU in order to escape penalties. We ask to add that this provision is valid "without prejudice to Elia's responsibilities": it would not be appropriate to create doubt with respect to the latter via a (private) contract. | Dans son projet de décision, la CREG a demandé à Elia de préciser que l'impossibilité d'invoquer le comportement des Utilisateurs de Réseau ne porte pas préjudice aux obligations d'Elia. Elia a apporté cette modification dans sa Proposition Modifiée de Contrat type. |
| | (3.5). FEBEG wonders if this clause is necessary since a renunciation letter has been provided by the CRM Actors for the concerned CMUs in the prequalification. | Il s'agit d'une exigence posée par l'arrêté royal du 21 mai 2021 relatif à l'établissement des critères de recevabilité visés à l'article 7undecies, § 8, alinéa 1 ^{er} , 1° et 2°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les détenteurs de capacité bénéficiant ou ayant bénéficié de mesures de soutien ont le droit ou l'obligation de participer à la procédure de préqualification et en ce qui concerne le seuil minimal, en MW. Conformément à cet arrêté royal, ce formulaire doit être repris en annexe au Contrat de Capacité. |
| Remuneration | <p>(5.1.3). FEBEG supports the introduction of the advance payment (definitive ex ante invoice).</p> <ul style="list-style-type: none"> We understand that the definitive ex ante invoice be sent to Elia at the latest 2WD before the concerned month, but it should be clearly mentioned in the contract. Also the timing for the communication by Elia to the CP of the reduction of the remuneration “before the ex ante invoicing” should be explicitly mentioned eg. “at the latest 10WD before the concerned month”. | La CREG reconnaît que le Contrat type gagnerait en clarté s’il mentionnait explicitement la date ultime de soumission de la facture ex ante pour que la Rémunération Mensuelle puisse être payée au cours du mois considéré. A la demande de la CREG, Elia a inséré cet élément dans la Proposition Modifiée de Contrat type. |

| | | |
|--------------------------|---|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> In the calculation of the advance payment, it would be clearer to state that the Capacity Remuneration should be divided by the number of days of the Delivery Period containing the concerned month, instead of the current formulation. | <p>Par ailleurs, la procédure de réduction de la rémunération de capacité est organisée par la section 9.6.4 des règles de fonctionnement . Si la réduction de la rémunération de capacité n’a pas été correctement appliquée dans la facture ex ante, celle-ci sera contestée par Elia suivant les règles prévu par le Contrat de Capacité.</p> <p>Enfin, la CREG a demandé à Elia que la formule de facturation ex ante soit la même que pour le décompte mensuel ex post. Il est tenu compte dans ce cadre du nombre d’heures du mois faisant l’objet de la facturation.</p> |
| | <p>(5.1.5) The following definitions in relation with the formula of the monthly remuneration should be adapted:</p> <ul style="list-style-type: none"> “Aantal uren van de desbetreffende leveringsperiode”: het aantal uren tijdens de Leveringsperiode in maand M” “Nombre d’heures de la période de fourniture est le nombre d’heures sur la période de fourniture sur le mois M considéré”: number of hours in the Delivery Period containing the month in question. | <p>La CREG partage la remarque de Febeg et a demandé à Elia d’adapter en conséquence sa Proposition de Contrat type. La Proposition Modifiée de Contrat type contient cette adaptation.</p> |
| Facturation et règlement | <p>(6.3.3) No specific duty to notify the CP of its default to pay its penalties is provided before the (performance) bond can be called upon. Given the far-reaching implications of calling upon the (performance) bond, this right should be conditional upon having duly sent a notice of default.</p> | <p>La CREG approuve la position de FEBEG et a demandé à Elia, dans sa décision, que le Contrat type précise expressément que le rappel de paiement à adresser par Elia en vertu du § 671 des Règles de fonctionnement doit prendre la forme d’une mise en demeure.</p> |
| | <p>(6.3.5) FEBEG cannot accept that, in case of insufficient funds at Elia side, CP are paid pro-rata of the available amounts until the regularization. FEBEG refers to its comments on Art 0. Moreover, appropriate late payment interest should apply on any amount due.</p> | <p>Cet aspect concerne le financement du CRM et s’aligne sur le commentaire de FEBEG et les réponses de la CREG déjà élaborés ci-dessus.</p> |
| Responsabilité | <p>FEBEG would welcome a clearer elaboration of</p> <ol style="list-style-type: none"> the cascade of responsibilities with the applicable penalties and caps the relationships between (general) liability and penalties direct liability (between Elia and the CP), holding harmless obligations obligations vis-à-vis 3rd parties. | <p>L’article 7 ne faisant pas l’objet de la consultation publique, il n’est pas répondu aux observations de FEBEG.</p> |

| | | |
|---------------|---|---|
| | It is indeed important for the CP to be able to clearly assess their risk exposure to provide clear information to investors and to be able to push through the liability regime to other contractors if required. | |
| | -Art 7.2.1 Elia and capacity holder are only liable for direct damages 'rechtstreekse schade' due to gross negligence. (There is no mention of 'zware fout'). Following, 'rechtstreekse schade' is not mentioned, only 'directe schade'. Is this also a translation mistake? | Selon la CREG, il s'agit ici d'un manque d'alignement de la version (néerlandaise) du contrat type de capacité au texte (néerlandais) des règles de fonctionnement. La CREG se réfère également à la réponse élaborée ci-dessus relative à la version néerlandaise du Contrat type. |
| | -Art 7.2.3. Introduces a cap for Elia for liability in case of a 'zware fout'. What about 'grove nalatigheid'. Translation mistake or simply forgotten? | Selon la CREG, il s'agit ici d'un manque d'alignement de la version (néerlandaise) du contrat type de capacité au texte (néerlandais) des règles de fonctionnement. La CREG se réfère également à la réponse élaborée ci-dessus relative à la traduction du contrat. |
| Force majeure | (8.2) FEBEG considers that delays due to appeals on permits applications may not be explicitly removed from the scope of Force Majeure. We propose to remove this provision and to leave the decision if an event may qualify under the force majeure clause to the judiciary (insofar as not amicably settled). FEBEG remains unsettled by the difference in treatment between CP as compared to Elia: whereas the CP is faced with important risks (penalties/contract reduction), Elia faces a simple contract delay. Postponing the contract is unfair as it has a significant financial impact on the profitability of CP, additional costs and interest on debt must be paid during construction. | Dans sa décision, la CREG a demandé à Elia de supprimer le dernier alinéa de l'article 8.2. Pour le reste, les commentaires émis par FEBEG reviennent à demander à la CREG de remettre en cause le régime prévu par les Règles de fonctionnement, ce qui n'est légalement pas envisageable. |
| | (8.5) We ask that it is explicitly mentioned that it is only the party that notified the Force Majeure who can terminate the contract. Additionally, we ask an increase of the delay to 365 days. The occurrence of Force Majeure should provide an automatic extension of time during duration of the pre-delivery period and a postponement of the capacity contract by the duration of the force majeure event (market standard time relief clause) and additional costs resulting from a Force Majeure event should be recovered/claimed through an adjustment in CRM remuneration to ensure bankability (market standard cost relief clause). Finally, termination of the contract by Elia following a Force Majeure event continuing after 180 (365) days without an appropriate compensation is not acceptable. In this situation and if termination is triggered, lenders and equity investors alike will require their outstanding debt equity investment to be fully repaid as per market standards. | Mise à part la possibilité pour le Contrat de capacité de se départir des cas de force majeure énoncés par les Règles de fonctionnement, le Contrat se contente de reproduire les dispositions des Règles de fonctionnement en la matière. Le commentaire de Febeg a donc traité aux Règles de fonctionnement et ne peut donc être traité dans le cadre du Contrat de capacité. |

| | | |
|---|---|--|
| <p>Révision et modification du contrat et du contrat type de capacité</p> | <p>(12.4) This clause foresees no adjustment of the CRM remuneration in case of a change in law having a serious and permanent economic and financial impact on the CP. This is unacceptable: a change in law is by definition beyond the control of the CP and having a significant and lasting impact on the CP. It can put at jeopardy the economic and financial viability of the project and, therefore, security of supply. Without a remuneration adjustment the project will not be able to respect its payments obligation towards 3rd parties and would default as a result. This is a huge bankability risk.</p> <p>The question arises why a fee should not be subject to a change, if this change does not entail a discriminatory advantage vis-à-vis other market players - an adjustment of a fee may be required in certain circumstances in application of the non-discrimination principle, in particular when (other) CP are not in the same situation, and an amendment cannot be made to a 'restoration' of the equality that is envisaged from the ratio legis of the law.</p> <ul style="list-style-type: none"> - by analogy with public procurement law, it can be pointed out that in competitive procedures (such as auctioning), the performance of the contract is usually subject to an imprevision clause. Art 38/9 of the KB Uitvoering would apply, which, in the event of a very significant disadvantage, also allows the compensation to be revised (notwithstanding the fixed-rate nature of government contracts in principle). - insofar a CRM would not qualify as “public”, reference can be made to the B2B law which entered into force on 1/12/2020: the capacity supplier is in a position of economic dependence with regard to Elia (cf. art. 1.6, 4° WER). In those circumstances, the prohibition of discrimination may require adjustments (if one capacity supplier finds itself in different circumstances than others – cf. the first bullet). Support for this can be found in Art IV.2.1, §2, 4° (abuse resulting from the “application vis-à-vis economic partners of unequal conditions for equivalent performance, thereby harming them in competition”). Also the general prohibition, contained in Art VI.91/3 WER, needs to be retained: “every clause of an agreement concluded between companies that, alone or in conjunction with one or more other clauses, causes an apparent imbalance between the rights and obligations of the parties” is unlawful. <p>Pursuant Art 12.4 of the Contract, it is possible for “the most diligent Party” to terminate the Contract in accordance with the procedure set out in Art 13 if no agreement has been reached within 30WD of the first meeting on the revision</p> | <p>En vertu de la Loi électricité et des règles de fonctionnement qui prévoient le mécanisme “pay-as-bid”, il n’est pas possible de modifier la rémunération mensuelle par voie contractuelle. Dès lors, la CREG considère comme seule solution envisageable, si une modification du contrat (dans certains cas bien déterminés par le contrat de capacité) entraîne un préjudice grave et permanent empêchant la poursuite du Contrat, la résiliation du contrat suivant les modalités prévues par le Contrat de capacité (voy. décision d’approbation de la CREG).</p> <p>La loi sur les marchés publics n’est pas applicable et la législation B2B ne semble pas avoir sa pertinence en l’espèce.</p> |
|---|---|--|

| | | |
|--|---|---|
| | of individual elements of the Contract. However, Art 13, contains only unilateral suspension and termination options for Elia. It seems appropriate to drop the reference to Art 13 in Art 12.4. | |
| | (12.4) In case no agreement is found within 30 days for revision of the Contract, the latter can be terminated. The consequence of such termination is lacking. We assume that in case of termination a compensation to the CP for the invested capacity shall be paid. The modalities hereof are lacking. | En cas de résiliation du contrat de capacité, il n’y aura pas de compensation, sauf à démontrer une faute de l’autre Partie. |
| | (12.5) It is mentioned that Elia or CREG have the right to reduce the Remuneration of Capacity (EUR/MW/y). This is inconsistent with the FR where Elia can only reduce the monthly remuneration (in EUR) in case of escalation procedure. | La CREG comprend la position de FEBEG et a mentionné dans sa décision d’approbation que les Règles de fonctionnement n’autorisent pas Elia à réduire la Rémunération de Capacité, mais bien la Rémunération Mensuelle. |
| | (12.6) The paragraph explains the consequences of infrastructure delay for the CP which are also set out in the chapter 8.5 of the CRM FR. FEBEG is concerned about the incoherency in the FR between §365 where it is specified that the section applies to any delay identified from the signature of the contract until the start of the delivery period and §366 where Elia refers to the tcontrol1 as the only identification moment for infrastructure works delays. §366 needs to be adapted and the reference to tcontrol1 removed, else there is no consequence for the CP – meaning no postponement of the capacity contract – in case of identification of the (infrastructure) delay occurs at tcontrol2 for instance. In that respect, Art 12.6 of the capacity contract is in line with §365. | Selon la CREG, le retard dans les travaux d’infrastructure peut être notifié à tout moment pendant la phase de pré-fourniture. Le Contrat est à cet égard rédigé de manière correcte. |
| | In addition, FEBEG recommends aligning Art 12.6 with §363 & 364 of the FR: (1) it could be another network manager than Elia having infrastructure delay and (2) the Infrastructure works need to be identified during the prequalification procedure (and not only at the start) in the framework of the technical agreement. | La CREG s’aligne sur la position de FEBEG et remarque dans sa décision d’approbation qu’elle considère que la constatation d’un retard dans les Travaux d’infrastructure – et ses conséquences sur le Contrat – peut intervenir pendant toute la durée de la Période de Pré-fourniture, et non uniquement en $t_{contrôle1}$. Par ailleurs, la CREG soutient également, dans sa décision d’approbation, que cette disposition doit être modifiée pour envisager tous les retards pour tout type de Travaux d’infrastructure, en évitant de répéter ce qui est déjà prévu par les Règles de fonctionnement. |

| | | |
|---|--|--|
| | <p>(12.7) FEBEG welcomes the improvements related to early termination. Even though FEBEG believes that risks incurred due to delays in permitting should not be incurred by the CP, FEBEG would welcome further clarification on the consequences if a permit would be delayed or finally not be obtained due to reasons outside the CP's will.</p> <p>We understand that in case of absence of permit at Tcontrol1 a penalty of 5.000€/ missing MW is due and that the CP has the option, at every Tcontrol1, to terminate his contract without any further obligations. We also understand that the CP (expecting a positive outcome) could decide to wait. If at the second Tcontrol1 the permit is still not granted a second penalty of 5.000€/missing MW is due and the CP could decide to terminate its contract or to wait further. It is nevertheless unclear what happens if the permit is revoked, annulled, suspended, or otherwise affected in terms of its execution after Tcontrol1.</p> <p>Full clarity of the consequences and applicable penalties in case of announced missing capacity Tcontrol1 is an absolute must.</p> <p>We ask to clarify the provisions governing this situation, so that CP may correctly assess their risks.</p> <p>In addition, FEBEG asks to align the assessment of Elia regarding "alles in het werk [stellen] om de Mijlpaal Vergunningen te halen" - with §349 of the already approved FR in which the 'reasonability' criterion is used.</p> | <p>La CREG confirme la position de FEBEG en ce que certaines clauses déjà contenues dans les règles de fonctionnement sont rédigées de manière imparfaite, notamment en ce qui concerne le montant de la Pénalité qui dépend, selon les Règles de fonctionnement, du point de savoir si le Fournisseur de capacité a fait « <i>tous les efforts raisonnables</i> » pour atteindre l'Echéance de permis, alors que la Proposition de Contrat type prévoit que le Fournisseur doit avoir « <i>déployé tous les efforts</i> ». La CREG demande dès lors à Elia de supprimer de l'article 12.7 toutes les dispositions qui figurent déjà dans les Règles de fonctionnement.</p> <p>En ce qui concerne le commentaire sur le retrait, l'annulation ou la suspension d'un permis après <i>t_{contrôle 1}</i>, il convient de remarquer que, dans pareil cas, l'Echéance de Permis n'est pas atteinte au sens des Règles de fonctionnement. Pour rappel, ces dernières définissent l'Echéance de Permis comme étant (soulignement par la CREG): "<i>une étape principale qui est réalisée lorsque tous les permis/autorisations nécessaires pour mettre en œuvre la construction du projet ont été délivrés en dernière instance administrative, sont définitifs, exécutoires et ne peuvent plus faire l'objet de recours devant le Conseil d'Etat ou devant le Conseil pour les contestations de permis.</i>" Dès lors, un permis qui peut encore, après avoir été octroyé, faire l'objet d'un retrait, d'une annulation ou d'une suspension n'est, par définition, pas définitif ni exécutoire, de sorte que l'échéance de Permis doit être considérée, dans cette hypothèse, comme non atteinte.</p> <p>Par contre, si l'Echéance de Permis est atteinte au moment <i>t_{contrôle 1}</i>, le permis ne peut plus être révoqué ou annulé ensuite.</p> |
| <p>Révision et modification du contrat et du contrat type de capacité (force majeure)</p> | <p>Art 12.7 is allowing penalties for situations which are out of the capacity holder's control. It is highly unreasonable to penalize CP for an unpredictable process of which it has no say or control in. In case the capacity holder can demonstrate that it has done all in its power to attain the permit, the penalty should be 0 to end the contract.</p> | <p>Cette disposition est prévue par les règles de fonctionnement et n'est dès lors pas sujette à discussion dans la cadre de la présente consultation.</p> |

| | | |
|--------------------------------------|--|---|
| Suspension et résiliation anticipées | (13.2)/(13.3) Consistency between the prequalification file and CMU should be performed during the pre-delivery monitoring. The ground for suspension of the contract after the pre-delivery monitoring in case of inconsistency in the prequalification file would be catastrophic: penalties will be triggered and on top the CP will not receive its CRM remuneration. | La CREG rejoint Febeg à ce sujet. La CREG constate, dans sa décision d’approbation, que la portée des articles 13.2 et 13.3 n’est pas claire au regard des Règles de fonctionnement, et demande dès lors à Elia soit de clarifier le lien à établir entre ces deux dispositions, soit de les supprimer du Contrat. |
| | (13.4) According to clause 13.4, Elia can unilaterally terminate the contract in case of insolvency or bankruptcy of the CP. FEBEG cannot accept this: (i) if the default is a consequence of Elia not making the remuneration payments as planned and on time. Furthermore, CP should also have the option to terminate the contract in case of a default from Elia (ii) if a CP is funded by Lenders based on CRM revenues, these will normally have a pledge on the assets in case of insolvency or bankruptcy. Following such pledge, the CRM contract should be transferred to the Lenders as per Art 14. | Il ressort de cette disposition qu’en cas de procédure d’insolvabilité ou de faillite du Fournisseur de Capacité, la résiliation du contrat n’est pas automatique. Dans le cadre d’une faillite, il y aura généralement l’intervention d’un curateur. Par ailleurs, Elia est dans l’obligation de payer la rémunération de par la loi via un financement prévu par la loi. Dès lors, Elia ne pourra pas résilier le contrat pour manquement à son obligation de payer la rémunération. En cas de sûretés réelles établies par le fournisseur de capacité au profit d’un créancier (telle une banque), il n’est en effet pas exclu que la propriété de la CMU soit transférée à la banque. Toutefois, pour qu’une banque puisse devenir cessionnaire du contrat de capacité (et pour que le contrat soit donc cédé au tiers ou à la banque), la banque doit évidemment aussi remplir les autres conditions des règles de fonctionnement et des conditions contractuelles (ainsi notamment la banque doit être/devenir candidat CRM). |
| Cession de contrat | (14.2) CP must have the flexibility to be able to transfer their CRM contract to non CRM candidates such as 3rd party investors etc. | Comme expliqué ci-dessus, l’article 14.2 n’exclut pas l’hypothèse d’un transfert de Contrat de Capacité dans les conditions prévues. |