

Beslissing

van Vlaamse Nutsregulator

met betrekking tot de goedkeuring van de “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten”



Inhoud

I.	Inleiding	3
I.1.	Aanleiding en voortraject	3
I.2.	Wettelijk kader	3
II.	Analyse en beoordeling.....	7
II.1.	Algemeen.....	7
II.2.	Procedurele vereisten	7
II.3.	Inhoudelijke vereisten	8
II.2.	Conclusie	19
	Beschikkend gedeelte	20

I. Inleiding

I.1. Aanleiding en voortraject

Op 20 juni 2024 maakt Fluvius een (1) productfiche ondersteunende diensten, (2) een bestek m.b.t. het kwalificatiesysteem flexibiliteit en ondersteunende diensten en (3) een FRP-FSP kaderovereenkomst over aan de Vlaamse Nutsregulator. Daarbij werd gesteld dat, “in navolging van de indiening van de regels voor de niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten (hierna afgekort: “NFGOD’s”) op 31 mei 2024, Fluvius aan de [Vlaamse Nutsregulator] *ter inzage* het FRP-FSP contract bezorgt, dat wordt gebruikt voor de markttesten en dat in lijn ligt met de herziene versie van de regels voor de aankoop van niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten”.

De Vlaamse Nutsregulator liet daarop aan Fluvius weten, via brief van 10 juli 2024, dat het contract FRP-FSP een gereguleerd modelcontract is dat enerzijds geconsulteerd dient te worden bij de marktspelers, alsook anderzijds nadien ter goedkeuring moet worden voorgelegd bij de Vlaamse Nutsregulator. Het modelcontract zou immers worden gebruikt voor de (markttesten bij zowel de) aankoop van flexibiliteitsdiensten als voor de aankoop van niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten (NFGOD). De artikelen 4.1.17/4 en 4.1.17/6 van het Energiedecreet bepalen immers duidelijk dat zowel bij de specificaties voor de aankoop van flexibiliteitsdiensten, als bij de regels voor de aankoop van NFGOD’s er een transparant en participatief overleg dient te zijn, waarbij de regels en de specificaties nadien aan de Vlaamse Nutsregulator ter goedkeuring moeten worden voorgelegd.

Via brief van 18 december 2024 liet Fluvius weten dat de kaderovereenkomst werd omgevormd tot de “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” (hierna afgekort: “Algemene Voorwaarden”) en dat deze voorwaarden werden geconsulteerd, waarop het document – samen met een consultatieverslag – aan de Vlaamse Nutsregulator ter goedkeuring werd voorgelegd. Dit document getiteld de “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” vormt het voorwerp van deze beslissing.

I.2. Wettelijk kader

Energiedecreet

Het wettelijk kader wordt gevormd door verschillende bepalingen uit het Energiedecreet.

Gezien de missie, taken en bevoegdheden van Vlaamse Nutsregulator in globo;¹

en in het bijzonder:

- het **toezicht op de kwaliteit van de dienstverlening** van de elektriciteitsdistributienetbeheerders,
- het **waarborgen dat de elektriciteitsdistributienetbeheerders hun verplichtingen conform het Energiedecreet, Verordening (EU) 2019/943** (netcodes en richtsnoeren inclus), alsook ander **toepasselijk recht**, en de bijbehorende **uitvoeringsbepalingen** evenals **alle wettelijk bindende besluiten naleven**,

¹ Zie ook Hoofdstuk 2, Afdeling 2 Decreet van 19 april 2024 over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator (hierna “VNR-decreet”).

- het **waarborgen en handhaven van de maatregelen ter bescherming** van de afnemers alsook het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming,
- het **opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen om tot een door daadwerkelijke concurrentie gekenmerkte, zekere, efficiënte en goed functionerende markt te komen**,
- het **nemen van alle redelijke maatregelen** om zijn doelstellingen te bereiken;²

heeft Vlaamse Nutsregulator een ruim beoordelingskader ten aanzien van de ingediende documenten.

Verder bepalen de artikelen 4.1.17/4 en 4.1.17/6 van het Energiedecreet dat zowel bij de specificaties voor de aankoop van flexibiliteitsdiensten, als bij de regels voor de aankoop van NFGOD's er een transparant en participatief overleg dient te zijn, waarbij de regels en de specificaties nadien aan de Vlaamse Nutsregulator ter goedkeuring moeten worden voorgelegd. De Algemene Voorwaarden maken dan ook inherent deel uit van deze regels en deze specificaties (net zoals het contract FSP-DNB).

Artikel 4.1.17/1, §4 van het Energiedecreet bepaalt het volgende:

§ 4. Elke dienstverlener van flexibiliteit en aggregator, vermeld in paragraaf 1, sluit voorafgaand aan zijn toetreding tot de elektriciteitsmarkt of de markt voor lokale congestie om flexibiliteits- of aggregatiediensten te leveren, een overeenkomst met de elektriciteitsdistributienetbeheerder of de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit, respectievelijk voor de toegangspunten die onder het dekingsgebied van deze netbeheerder vallen.

Artikel 4.1.17/4 van het Energiedecreet:

§ 1. De elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit bepalen de specificaties voor de aankoop van flexibiliteitsdiensten, voor het beheer van lokale congestie binnen hun dekingsgebied of voor redispatching waarvoor de elektriciteitsdistributienetbeheerder of de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit de aanvrager van flexibiliteit is, in de vorm van producten die gevaloriseerd worden, en, als dat van toepassing is, gestandaardiseerde marktproducten voor die diensten, na een transparant en participatief overleg met de transmissienetbeheerder en alle relevante marktdeelnemers. Die specificaties worden, na dit overleg, ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse Nutsregulator.

Artikel 4.1.17/6 van het Energiedecreet bepaalt het volgende in paragraaf 1:

De elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit zijn verantwoordelijk voor de aankoop van producten en diensten, namelijk voor de aankoop van energie voor het dekken van netverliezen en niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten, die nodig zijn voor een efficiënt, betrouwbaar en veilig beheer van het elektriciteitsdistributienet en plaatselijk vervoernet van elektriciteit, en stellen daarvoor de transparante, objectieve en niet-discriminerende regels op, in een transparant en participatief overleg met de transmissienetbeheerder en alle relevante marktdeelnemers. Die regels worden, na het voormelde overleg, ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse Nutsregulator.

² Zie ook: art. 6, 1°, c), f), g), n); art. 12, §2, 9°; art. 13, aanhef, 1°, 2°, 7° VNR-decreet.

Technisch Reglement

De Vlaamse Nutsregulator keurde op 22 november 2024 een wijziging van het Technisch Reglement voor de Distributie van Elektriciteit in het Vlaamse Gewest (hierna afgekort: “TRDE”) goed. Dit reglement legt de principes voor het beheer van en de toegang tot het elektriciteitsdistributienet vast.³ De wijzigingsbeslissing van de Vlaamse Nutsregulator (BESL-2024-106) werd op 10 december 2024 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, en is op die dag in werking getreden.⁴

Aangezien de Algemene Voorwaarden werden ingediend op 18 december 2024, zijn de bepalingen uit het nieuwe TRDE van toepassing.

Daarbij bepaalt **artikel 1.2.4 TRDE** het volgende:

Art. 1.2.4 Modelcontracten, reglementen, technische voorschriften, procedures en formulieren van elektriciteitsdistributienetbeheerders

§1. De elektriciteitsdistributienetbeheerders streven, door onderling overleg, naar het opstellen van uniforme modelcontracten, reglementen, technische voorschriften, procedures en formulieren in het kader van dit reglement.

§2. Alle modelcontracten, reglementen, technische voorschriften, procedures en formulieren van de elektriciteitsdistributienetbeheerder, opgesteld in uitvoering van dit reglement, alsook elke wijziging daaraan, moeten voldoende ruim voorafgaand aan de beoogde inwerkingtreding ervan overgemaakt worden aan de VREG.

§3. De voorwaarden voor de aansluiting op of de toegang tot het elektriciteitsdistributienet, vervat in documenten, vermeld in §2, zijn onderworpen aan de voorafgaandelijke goedkeuring van de VREG volgens de procedure bepaald in §5. De VREG kan deze voorwaarden voor de aansluiting op of de toegang tot het elektriciteitsdistributienet bovendien te allen tijde, al dan niet op verzoek van belanghebbenden, op eigen initiatief wijzigen of laten wijzigen volgens de procedure bepaald in §6.

De voorwaarden voor datatoegang, vervat in de documenten vermeld in §2, zijn onderworpen aan de voorafgaandelijke goedkeuring van de VREG volgens de procedure bepaald in §5.

De VREG gaat na of de voorwaarden transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn.

§5. De elektriciteitsdistributienetbeheerder moet elke vaststelling of wijziging van documenten met daarin aansluitings- of (data)toegangsvoorwaarden, bedoeld in §3, consuleren op de wijze bepaald in §7 tenzij hij het akkoord ontving van de VREG dat een consultatie niet vereist is 1 . De elektriciteitsdistributienetbeheerder maakt na consultatie het voorstel, samen met een verslag van de consultatie, over aan de VREG met het oog op de goedkeuring zoals bedoeld in §3.

Gezien deze Algemene Voorwaarden toegangsvoorwaarden bevatten, zijn deze conform het TRDE onderworpen aan de goedkeuring van de Vlaamse Nutsregulator.

³ Technisch Reglement voor de Distributie van Elektriciteit in het Vlaamse Gewest van 24 maart 2023, zoals goedgekeurd bij beslissing van de VREG van 24 maart 2023 (BESL-2023-07) en gewijzigd bij beslissing van de VREG van 22 november 2024 (BESL-2024-106), te raadplegen op de website van de Vlaamse Nutsregulator: https://www.vlaamsenutsregulator.be/sites/default/files/document/trde_versie_2024.pdf.

⁴ Beslissing van de VREG van 22 november 2024 met betrekking tot de wijziging van het technisch reglement distributie elektriciteit in het Vlaamse Gewest, goedgekeurd bij beslissing van de VREG van 24 maart 2023 (BESL-2023-07), te raadplegen op de website van de Vlaamse Nutsregulator, <https://www.vlaamsenutsregulator.be/nl/document/besl-2024-106>.

In het TRDE zijn verder specifieke bepalingen opgenomen met betrekking tot de goedkeuring van documenten inzake flexibiliteit.

Zo bepaalt **artikel 2.3.20/1, §1 TRDE** het volgende:

§1. De elektriciteitsdistributienetbeheerder dient in toepassing van Artikel 4.1.17/4 van het Energiedecreet, prioritair marktgebaseerde flexibiliteit toe te passen, volgens de specificaties bepaald conform art. 2.3.22.

Alle modelcontracten en technische voorschriften met betrekking tot flexibiliteit en ondersteunende diensten moeten ter goedkeuring worden voorgelegd aan de [Vlaamse Nutsregulator], volgens de procedure uit artikel 1.2.4, §5. De elektriciteitsdistributienetbeheerders houden eerst een transparant en participatief overleg over het modelcontract met alle relevante marktdeelnemers. Dit overleg bestaat uit een gedocumenteerd stakeholdersoverleg, gevolgd door consultatie van belanghebbenden conform art. 1.2.4, §5 en §7.

Specifiek voor wat betreft de aankoop van flexibiliteitsdiensten voor lokaal congestiebeheer of redispatching bepaalt **artikel 2.3.22, §3, derde zin TRDE** nogmaals uitdrukkelijk: “De specificaties worden [...] goedgekeurd door [Vlaamse Nutsregulator].”

Specifiek voor wat betreft de aankoop van niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten stelt artikel **2.3.23, §3, derde zin TRDE** eveneens uitdrukkelijk: “[Voornoemde] regels worden [...] ter goedkeuring voorgelegd aan [Vlaamse Nutsregulator].”

II. Analyse en beoordeling

II.1. Algemeen

De Vlaamse Nutsregulator merkt op dat de “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” (“contract FRP-FSP”) volgens Fluvius deel uitmaken van de overkoepelende “Overeenkomst”, naast mogelijke “productfiches” en de “vermarkte opdracht”.

Deze Algemene Voorwaarden zijn van toepassing tussen de *Flexibility Service Provider* (hierna afgekort: “FSP”) en de *Flexibility Requesting Party* (hierna afgekort: “FRP”) tijdens de marktprekwalificatie die de FSP verkrijgt onder het kwalificatiesysteem dat de FRP heeft opgezet. De marktprekwalificatie en de hiermee verbonden Algemene Voorwaarden geven de FSP het recht om mee te dingen aan de Marktprocedures, waarbij een opdracht (tot leveren van een Flexibiliteitsdienst) die binnen een marktprocedure wordt toegewezen en verder zal worden aangeduid als een “Vermarkte Opdracht”.

De FSP gaat, bij deelname aan een specifieke Flexibiliteitsdienst, akkoord met de *specifieke voorwaarden* voor die betreffende dienst (zoals uitgezet in de geldende *Productfiche*) door het deelnemen aan een Marktprocedure;

Deze Algemene Voorwaarden omvatten de regels die algemeen van toepassing zijn op de uitvoering van de Vermarkte Opdrachten.

Het volledige contractuele kader bestaat uit deze Algemene Voorwaarden, het bestek kwalificatiesysteem, een Productfiche en haar eventuele Annexen en een Bericht “Vermarkte Opdracht”. Er wordt door Fluvius naar het volledige contractuele kader verwezen als “de Overeenkomst”.

Het voorwerp van deze goedkeuringsbeslissing wordt enkel en alleen gevormd door de ter goedkeuring ingediende **Algemene Voorwaarden**. De Vlaamse Nutsregulator doet in het kader van deze beslissing geen uitspraak over de andere documenten die deel zouden uitmaken van “de Overeenkomst”. De respectievelijke productfiches (en bijhorende bijzondere of specifieke voorwaarden) zullen beoordeeld worden binnen het goedkeuringskader van enerzijds de marktspecificaties en anderzijds de NFGOD-regels.

II.2. Procedure vereisten

Tijdigheid

Het voorstel tot “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” werd bij de Vlaamse Nutsregulator ingediend op 18 december 2024. Artikel 1.2.4, §5 TRDE bepaalt dat de Vlaamse Nutsregulator binnen een **redelijke termijn** na de ontvangst van het voorstel een beslissing neemt tot goedkeuring, tot verzoek om herziening van het voorstel, of tot weigering van de goedkeuring. Gelet op de samenhang tussen de ingediende documenten betreffende de specificaties voor de aankoop van flexibiliteitsdiensten, de regels voor de aankoop van niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten en het contract FRP-FSP enerzijds, en de dialoog tussen Fluvius en de Vlaamse Nutsregulator anderzijds betreffende de herziening van het aansluitingscontract - en de wijzigingen daaraan m.b.t. onder andere het aansprakelijkheidsregime - valt deze beoordelingstermijn evenwel binnen de redelijke termijn.

Daarenboven vormt het contract FRP-FSP een **geheel nieuw** modelcontract, hetgeen een nauwgezette analyse vraagt door de Vlaamse Nutsregulator, en dit van zowel het contract zelf, alsook van de consultatiereacties. Ook de **draagwijdte** van het contract mag niet onderschat worden aangezien het zowel gehanteerd zal worden binnen de marktproducten flexibiliteit als binnen het kader van de aankoop van NFGOD's.

Publieke consultatie

Zoals hierboven reeds vermeld werd, liet de Vlaamse Nutsregulator via brief van 10 juli 2024 aan Fluvius weten dat het contract FRP-FSP geconsulteerd diende te worden.

Fluvius heeft het contract FRP-FSP bij de stakeholders geconsulteerd van 20 september 2024 tot en met 1 november 2024, waarbij de marktpartijen schriftelijke feedback konden bezorgen. Fluvius kreeg één reactie vanwege FEBEG en bezorgde het consultatieverslag aan de Vlaamse Nutsregulator.

Aan deze vereiste werd bijgevolg **voldaan**.

Voorafgaand overleg

Hoewel de Algemene Voorwaarden werden ingediend op 18 december 2024, en dus in principe onderhevig zijn aan de nieuwe bepalingen uit het nieuwe TRDE dat op 10 december 2024 van kracht werd kon Fluvius *in tempore non suspecto* niet tijdig voorzien dat artikel 2.3.20/1, §1 tevens een voorafgaand transparant en participatief overleg zou gaan vereisen. De Vlaamse Nutsregulator neemt deze vereiste in de beoordeling van de Algemene Voorwaarden bijgevolg nog niet mee in zijn beoordeling.

Bovendien merkt de Vlaamse Nutsregulator op dat Fluvius zowel voor de marktspecificaties als voor de NFGOD-regels een overleg heeft laten plaatsvinden. Beide zijn inherent gelinkt aan de toepassing van de ter goedkeuring voorliggende Algemene Voorwaarden.

II.3. Inhoudelijke vereisten

Transparantie

Transparantie in het kader van het bestuur is gericht op de visibiliteit, de publieke beschikbaarheid en de toegankelijkheid van documenten die verband houden met het optreden van de overheid.⁵ Vooralsnog bestaat er in het Belgisch bestuursrecht geen algemeen aanvaard transparantiebeginsel ten aanzien van alle besturen. In het Europees recht daarentegen spreekt men evenwel veelal van het 'transparantiebeginsel', als algemeen rechtsbeginsel.⁶ Ten aanzien van de netbeheerders worden binnen het Europese energierecht dan ook frequent eisen inzake transparantie opgelegd.⁷

⁵ M. LODGE en L. STIRTON, "Accountability in the regulatory state" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (349) 352.

⁶ Dat het transparantiebeginsel gezien wordt als een algemeen rechtsbeginsel kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, zie bij wijze van voorbeeld HvJ 13 september 2007, nr. C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508.

⁷ Zie bijvoorbeeld art. 13 van de Elektriciteitsverordening (2019/943): 1. Redispatching van productie en redispatching van vraagrespons is gebaseerd op objectieve, *transparante* en niet-discriminerende criteria. Redispatching staat open voor alle productietechnologieën, energieopslag en alle vraagrespons, met inbegrip van deze die in andere lidstaten zijn gevestigd, tenzij dit uit technisch oogpunt niet haalbaar is. Zie verder ook art. 31(5) Vierde Elektriciteitsrichtlijn: Distributiesysteembeheerders fungeren als neutrale marktfacilitators door de energie in te kopen die zij gebruiken

Hoewel ook binnen het EU-recht een algemeen aanvaarde definitie van het transparantiebeginsel ontbreekt, kan men bij het transparantiebeginsel inzake publiekrecht toch aannemen dat het steeds betrekking heeft op de *beschikbaarheid*, de *toegankelijkheid* en de *duidelijkheid van informatie* over overheidshandelen.⁸ Het kan betrekking hebben op (de toegang tot) concrete bij de overheid berustende documenten, maar het kan ook gaan om *procedures waarvan duidelijk moet zijn hoe ze zullen verlopen*, of eisen die gesteld worden aan burgers en die helder moeten worden gecommuniceerd.⁹

Bij het beoordelen van deze vereiste in het kader van de ingediende specificaties heeft de Vlaamse Nutsregulator volgende bedenkingen.

Definities (Titel 1) – De Vlaamse Nutsregulator merkt hierbij het volgende op:

- Het lijkt inconsistent om sommige begrippen wel en sommige begrippen niet met een hoofdletter te schrijven (“distributienetgebruiker (DNG)”; “distributienetbeheerder (DNB)”; en “transmissienetbeheerder (TNB)”);
- Bij de definitie van distributienetgebruiker staat een foutieve verwijzing naar art. 1.2.2.; dit zou art. 1.1.2 TRDE moeten zijn.
- De definitie “Flexibiliteitsdienst” vormt een cirkelredenering; deze definitie dient herbekeken te worden.
- Er wordt best een definitie opgenomen van het begrip “prekwalificatie”. Dit omwille van het feit dat het al dan niet geprekwalificeerd zijn gevolgen met zich meebrengt.
- Ook het woord kwalificatiedossier komt een aantal keer terug, zonder dat het duidelijk is wat hieronder verstaan moet worden (bv. bij de inwerkingtreding: wanneer is ‘het kwalificatiedossier’ goedgekeurd?).
- De definitie van een “vermarkte opdracht” onder titel 1, moet beter afgestemd worden met “de definitie” onder titel 2 (Structuur van de overeenkomst, in het blauwe kader) van een vermarkte opdracht (*een vermarkte opdracht is een overeenkomst voor het leveren van Flexibiliteitsdiensten...*)

om energieverliezen te dekken en te voorzien in de niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten in hun systeem, volgens *transparante*, niet-discriminerende en marktgebaseerde procedures, wanneer zij deze functie vervullen, en artikel 31(6): 6. Wanneer een distributiesysteembeheerder verantwoordelijk is voor de aankoop van producten en diensten die nodig zijn voor een efficiënt, betrouwbaar en veilig beheer van het distributiesysteem, zijn de *regels* die hij daartoe vaststelt objectief, *transparant* en niet-discriminerend, en worden deze opgesteld in overleg met de transmissiesysteembeheerders en andere relevante marktdeelnemers; en artikel 31(7): Bij het verrichten van de in lid 6 bedoelde taken koopt de distributiesysteembeheerder de niet-frequentiegerelateerde ondersteunende diensten aan die nodig zijn voor zijn systeem, volgens *transparante*, niet-discriminerende en marktgerichte procedures [...]. Zie ook artikel 32(1): De distributiesysteembeheerders kopen dergelijke diensten aan volgens *transparante*, niet-discriminerende en marktgebaseerde procedures, tenzij de regulerende instanties hebben vastgesteld dat de aankoop van dergelijke diensten economisch niet efficiënt is of dat een dergelijk aankoop zou leiden tot ernstige marktverstoringen of meer congestie.

⁸ A. BUIJZE, “Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden”, *NtER* 2011, nr. 7, 241.

⁹ A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, ‘De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607.

Structuur van de overeenkomst (Titel 2) - Het visualiseren van de “Overeenkomst” is bijzonder positief. Vlaamse Nutsregulator moedigt dit verder aan. Fluvius draagt zo bij aan een transparanter en beter te begrijpen geheel. Om helemaal in lijn te zijn met de definitie van “Overeenkomst” (cf. art. 1 Algemene Voorwaarden), zouden ook nog in de visualisatie moeten worden opgenomen: bestek kwalificatiesysteem en Annexen. Ook het “Bericht Vermarkte Opdracht” bevat specifieke voorwaarden (zoals blijkt uit de definitie van “Vermarkte Opdracht”), die niet gesitueerd zijn in de visualisatie.

De Vlaamse Nutsregulator gaat niet akkoord met de zin dat “in geval van tegenstrijdigheid tussen de bepalingen van de Algemene Voorwaarden en de bepalingen van de Productfiche in het kader van een Marktprocedure waaraan de FSP deelneemt hebben de bepalingen van de Productfiche voorrang”. Het is in de eerste instantie aan Fluvius om ervoor te zorgen dat er geen tegenstrijdigheden ontstaan tussen de verschillende documenten. Het is naar de netgebruikers niet transparant om dergelijke bepaling op te nemen, als zeker niet aangezien zij enkel met de Algemene Voorwaarden uitdrukkelijk akkoord gaan en met de Productfiche slechts impliciet door een loutere deelname.

Interpretatie (Titel 3) - Correcte uitvoering en overeenkomsten met derde partijen – *“De Partijen zien erop toe dat de correcte uitvoering van deze Overeenkomst altijd gebaseerd is op het bestaan en het naar behoren uitvoeren van de nodige contractuele overeenkomsten met betrokken derde partijen.”* Voorgaande zinsnede is niet duidelijk. Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de Partijen dat toezicht dan precies moeten uitoefenen, wat dat inhoudt, binnen welk tijdsbestek dat moet en wat eventuele gevolgen van non-conformiteit zijn. Ook lijken de implicaties onduidelijk: kan een Partij dan onmogelijk zijn eigen verbintenissen onder de Overeenkomst uitvoeren, zonder dat hij overeenkomsten sloot met derde partijen? En wanneer is een uitvoering ‘gebaseerd op’, wanneer zijn verbintenissen ‘naar behoren’ uitgevoerd voor Fluvius (overigens betreft het hier een ‘naar behoren’ uitvoeren van verbintenissen bij een overeenkomst waarbij Fluvius vreemd is – *“het naar behoren uitvoeren van de nodige contractuele overeenkomsten met betrokken derde partijen”*, eigen onderlijning), en wanneer is een derde partij dan precies ‘betrokken’. De vraag stelt zich of een zinsnede die meer vragen oproept dan duidelijkheid schept, niet beter kan worden **geschrapt**.

Voorwerp (Titel 5) – In de laatste alinea van Titel 5 (‘Voorwerp’) staat “een vermarkte opdracht kan zowel een opdracht zijn tot het leveren van een Flexibiliteitsdienst voor het beheer van lokale congestie zijn, als een opdracht tot het leveren van een niet-frequentie gerelateerde ondersteunende dienst (NFGOD)”. De term Flexibiliteitsdienst moet hier met kleine letter worden geschreven aangezien de gedefinieerde term Flexibiliteitsdienst al verwijst naar de NFGOD’s.

Technische randvoorwaarden (Titel 6) – Onder Titel 6.2., b) wordt bepaald dat “een overschrijding van het contractueel vermogen implicaties heeft voor het aansluitingscontract”. Het is niet duidelijk en bijgevolg niet transparant wat hieronder verstaan moet worden. Fluvius dient dit te verduidelijken of de betrokken zin moet worden geschrapt.

In Titel 6.2 lijken ‘voorwaarden’ d) en e) geen voorwaarden te zijn waaraan het SDP-F moet voldoen. Voornoemde ‘voorwaarden’ lijken eerder informatieve mededelingen te zijn. Bovendien en conform Titel 6.2, voorlaatste paragraaf, kan de FRP de Overeenkomst beëindigen indien “niet langer voldaan wordt aan de in Artikel 6.2 vermelde voorwaarden”. Daarbij is het nog maar de vraag wat de verhouding is met ‘voorwaarden’ d) en e). Kan de FRP de Overeenkomst dan beëindigen omdat de identificatie van het SDP-F al dan niet “niet nodig” is? De opsomming van de ‘voorwaarden’ waaraan het Dienstverleningspunt voor flexibiliteit (SDP-F) moet voldoen, moet worden herzien en herschreven, opdat de opsomming enkel voorwaarden in de juridische zin van het woord zou bevatten.

Daarnaast moet ook specifiek worden aangegeven welke voorwaarden uit artikel 6.2 de gevolgen zoals bedoeld in Titel 6.2, voorlaatste paragraaf, met zich kunnen meebrengen in geval van schending. De “toelating om SDP-F’s zowel op het hoofd van de installatie als op afzonderlijke elektrische circuits te hebben bij eenzelfde aansluitingspunt” kan bezwaarlijk als een voorwaarde worden aanzien, laat staan als een voorwaarde worden aanzien die, bij schending, tot de beëindiging van de Overeenkomst kan leiden.

In Titel 6.2, voorlaatste paragraaf, wordt gesproken over “op de hoogte brengen”. Ter transparantie en rechtszekerheid zou men beter het begrip ‘kennisgeving’ gebruiken, inclusief verwijzing naar artikel 18.3. Daarnaast wordt ook niet in een sanctie voorzien wanneer niet wordt kennisgegeven. Het actuele resultaat kan als gevolg hebben dat bij kennisgeving de Overeenkomst kan worden beëindigd, terwijl dit bij het ontbreken van kennisgeving niet zo zou (kunnen) zijn – wat evident het verkeerde en contraproductieve signaal naar de FSP stuurt.

In een **consultatiereactie** over de technische randvoorwaarden vraagt FEBEG om een toevoeging te maken waarbij de FSP zich verbindt om toestemming te vragen aan de balansverantwoordelijke van het aansluitingspunt en deze te informeren bij vermarkte opdrachten. Fluvius merkt daarbij terecht op dat dergelijke toestemming in strijd is met artikel 4.1.17/1 van het Energiedecreet aangezien er op deze manier toestemming van een andere marktdeelnemer zou nodig zijn voor deelname aan de verschillende diensten. De Vlaamse Nutsregulator begrijpt de bezorgdheid van FEBEG over de onbalansimpact van de activatie van flexibiliteit. Het betreft hier echter de algemene voorwaarden voor FSP’s, die van toepassing zijn op verschillende diensten, waaronder ook diensten zonder de levering van actief vermogen (waarbij reactief vermogen wordt geleverd). Afspraken over de onbalansimpact van het aansturen van actief vermogen dienen opgenomen te worden in de productfiches voor diensten waarbij dit relevant is, aangezien deze afspraken irrelevant zijn voor FSP’s die geen diensten leveren die een onbalansimpact veroorzaken. De Vlaamse Nutsregulator benadrukt hierbij dat hij in deze beslissing geen standpunt inneemt over de afspraken over onbalansimpact die in de productfiches moeten worden opgenomen.

Inwerkingtreding (Titel 7) - Gezien de belangrijke gevolgen – de inwerkingtreding van de opdracht – dient te worden verduidelijkt wat moet worden begrepen onder de ‘toewijzing’ van de Vermarkte Opdracht. Wordt dit moment aan de FSP meegedeeld? En hoe? Betreft dit het ‘Bericht Vermarkte Opdracht’? Geschiedt dit volgens de kennisgeving zoals voorzien in artikel 18.3? Et cetera.

Duurtijd en beëindiging (Titel 8) - In Artikel 8.1, b) dient ‘VREG’ te worden vervangen door ‘Vlaamse Nutsregulator. In Artikel 8.1, b) wordt gesproken over een ‘kennisgeving via aangetekend schrijven’, alsook een termijn van 14 dagen. De vraag stelt zich in hoeverre de wijzen van kennisgeving doorheen het document (cf. art. 18.3), alsook de verschillende termijnen doorheen het document (14 dagen versus 15 dagen) niet te uniformiseren zijn, met het oog op eenvoud, transparantie en rechtszekerheid. Een en ander resulteert ook in interne tegenstrijdigheden, ter illustratie: bezwaar tegen het factuurbedrag moet – om ontvankelijk te zijn (!) – *per email* worden verzonden, doch om de daaropvolgende onderhandelingsperiode aangaande het betwiste bedrag te doen aanvatten en aflopen, is dan weer *een aangetekend schrijven* noodzakelijk (cf. art. 10.2, derde paragraaf).

In Artikel 8.1, b), derde laatste zin, dient te worden verduidelijkt dat *ook de FRP* in het aldaar genoemd geval (beëindiging van Overeenkomst door de FSP wegens wijziging van Algemene Voorwaarden door FRP, terwijl een of meerdere Vermarkte Opdrachten lopende zijn) gehouden is aan zijn met de lopende Vermarkte Opdracht verbonden verbintenissen, en dit aan de voorwaarden waarmee beide partijen laatst hebben ingestemd. Tevens dienen de woorden “aan de geldende voorwaarden op het moment van ontvangen van het Bericht Vermarkte Opdracht” te worden vervangen door “aan de voorwaarden waarmee beide partijen laatst hebben ingestemd”.

Zo niet, zou de FRP de voorwaarden alsnog eenzijdig, en gedurende een lopende Vermarkte Opdracht, kunnen wijzigen.

Artikel 8.1, b), laatste zin, doet een juridisch rechtsonzeker/onduidelijk kluwen ontstaan: een overeenkomst wordt eenzijdig gewijzigd, terwijl de andere partij moet blijven uitvoeren, waarbij die overeenkomst voor (slechts) één partij ophoudt te bestaan. Deze situatie schept grote onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.

Overwegende vorige, bovenstaande paragrafen, kunnen de laatste drie zinnen van Artikel 8.1, b) als volgt worden vervangen: *“Wanneer een Vermarkte Opdracht reeds lopende of toegewezen is, op het moment waarop de FSP het hiervoor bedoelde aangetekende schrijven aan de FRP verzendt, zal de Overeenkomst ten aanzien van de reeds lopende of toegewezen Vermarkte Opdracht blijven bestaan, en dit aan de voorwaarden waarmee beide partijen laatst hebben ingestemd. Zonder instemming met de door de FRP voorgestelde wijzigingen aan de Algemene Voorwaarden, kan de FSP niet meer deelnemen aan nieuwe Vermarkte Opdrachten. Bij de voltooiing van de laatste reeds lopende of toegewezen Vermarkte Opdracht, en wanneer de FRP (nog steeds) niet heeft ingestemd met de door de FRP voorgestelde wijzigingen aan de Algemene Voorwaarden, houdt de Overeenkomst op te bestaan (behoudens voor wat betreft de verbintenissen die de bedoeling hebben om te blijven bestaan na het beëindigen van de Overeenkomst).”*

Gezien en ingevolge vorige, bovenstaande paragraaf, kan artikel 8.1.f) worden geschrapt.

Artikel 8.1, e) schept verwarring. De kennisgeving lijkt nóg anders te worden omschreven dan elders (niet conform art. 18.3, wel mits aangetekend schrijven, doch nu lijkt ook de elektronische variant mogelijk). Ook is dit letterlijk strijdig met artikel 16.3, alwaar wordt bepaald dat beëindiging *zonder kennisgeving* mogelijk is (versus art. 8.1, e): “Beëindiging dient *steeds* te worden meegedeeld via aangetekend[e] schrijven”). Ook de laatste zin brengt weinig bij – het einde van een overeenkomst houdt, in het algemeen, ook het einde in van alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten.

Facturatie en betaling (Titel 10) - In artikel 10.2, voorlaatste paragraaf spreekt men over “het Belgisch Wetboek op de btw”. In het kader van transparantie, alsook ter hulp bij de vindplaats, lijkt het aangewezen de officiële naam van het bedoelde wetboek te gebruiken.

Vertrouwelijkheid (Titel 13) – Titel 13.1. begint met een definitie van vertrouwelijke informatie, terwijl dit logischerwijze beter bij de definities staat. Verder dient de Vlaamse Nutsregulator op te merken dat de vraag van FEBEG binnen de consultatie om ‘dit hoofdstuk in detail te evalueren in het kader van de GDPR regelgeving’ een taak is die de Vlaamse Nutsregulator niet toebehoort, aangezien de regulator geen gegevensbeschermingsautoriteit is en dus geen stempel van “GDPR-proof” kan afleveren.

Artikel 13.2, zesde streepje bepaalt niet hoe immateriële Vertrouwelijke Informatie moet worden terugbezorgd. In artikel 13.2, laatste paragraaf, wordt niet bepaald hoe er op de hoogte moet worden gebracht. Een eenvormige wijze van kennisgeving, doorheen het gehele document, is aangewezen (zie ook supra).

Artikel 13.5 schept een kennelijk onevenwicht in de rechten en plichten van partijen (cf. art. 5.52 BW; artt. I.8, 32°; VI.83, 17°; VI.83, 30°; VI.91/3, §1; VI.91/5, 4° WER). De Vertrouwelijke Informatie kan voor zowel FRP als FSP een bijzonder grote (commerciële) waarde hebben. Het voorziene aansprakelijkheids-/schadevergoedend systeem (art. 12 juncto 13.5 Algemene Voorwaarden) is, op dit punt, buitenproportioneel in het voordeel van de FRP en zodoende kennelijk onevenwichtig.

Gezien het wederkerig belang van FRP en FSP aangaande Vertrouwelijke Informatie, dienen de gevolgen van een inbreuk wederkerig, gelijkwaardig en evenwichtig te zijn. “FSP” dient te worden vervangen door “inbreukplegende partij”; en “FRP” dient (op twee plaatsen) te worden vervangen door “schadelijgende partij”.

Uit de bewoordingen van art. 13.6 Algemene Voorwaarden, kan worden afgeleid dat *alle* meegedeelde Vertrouwelijke Informatie, ook de Vertrouwelijke Informatie die eigendom is van de FSP en aan de FRP wordt meegedeeld, eigendom zou zijn van de FRP. Gelet op supra, dient ook deze clausule wederkerig, gelijkwaardig en evenwichtig te zijn, of minstens in die zin te worden verduidelijkt. In de eerste zin dient “enkel de FRP” te worden vervangen door “de mededelende Partij”. In de tweede zin dient “FRP” te worden vervangen door “mededelende Partij”.

Toegang tot en gebruik van gegevens (Titel 14) – De Vlaamse Nutsregulator merkt verder nog op dat de gegevensuitwisselingen tussen de FSP en de FRP/DNB voor bepaalde gegevens gebeuren op basis van het datatoegangscontract en voor bepaalde andere gegevens niet (of via een andere contract). Het is de Vlaamse Nutsregulator niet duidelijk of de FSP dan een ‘andere rol’ opneemt (via dat andere contract)? Dit lijkt niet te stroken met de verdere bepalingen onder punt 14.2. waar staat “Iedere Partij treedt dus op als afzonderlijke verwerkingsverantwoordelijke en *bevestigt de gegevens enkel te zullen gebruiken voor de uitvoering van de haar decretaal toegekende opdracht.*” De Vlaamse Nutsregulator vraagt aan Fluvius om dit te verduidelijken.

De draagwijdte van artikel 14.3 Algemene Voorwaarden is onduidelijk. Vooreerst stelt de vraag zich, aangaande het eerste zinsdeel (“*De Partijen vrijwaren elkaar voor elke vordering met betrekking tot de inbreuk op 14.2 en 15*”), of partijen enkel een vordering van elkander of ook die van derden wensen te vrijwaren. Indien de vrijwaring werkelijk op elke vordering (dus ook op die van derden) betrekking zou hebben, zou dit betekenen, bijvoorbeeld, wanneer derden vorderingen instellen tegen alle FSP’s, dat de FRP al die FSP’s zal moeten vrijwaren (lees bijvoorbeeld financieel compenseren). Het is te betwijfelen of dit de werkelijke bedoeling is van de opsteller van de Algemene Voorwaarden.

Daarnaast, en in zoverre de vrijwaring enkel betrekking zou hebben op vorderingen tussen de partijen, is het onduidelijk hoe het tweede zinsdeel (“*tenzij dit het gevolg is van een inbreuk door één van de Partijen op de bepalingen van deze Artikelen*”) interfereert. Is het niet nagenoeg steeds slechts één van de partijen die een inbreuk pleegt? Is de betekenis van vrijwaring zodoende niet nagenoeg compleet uitgehold en is artikel 14.3 zodoende niet nagenoeg geheel en al overbodig?

Artikel 14.3 Algemene Voorwaarden dient bijgevolg te worden herschreven, waarbij de werkelijke bedoeling duidelijk naar voren komt, zonder potentiële misverstanden.

Informatieplicht (Titel 15) - De concrete werkwijze om “op de hoogte [te] stellen” ontbreekt. Het uniformiseren van alle (verschillende?) types kennisgeving dringt zich op (supra). De concrete werkwijze om “schriftelijk in kennis [te] stellen” ontbreekt. Het uniformiseren van alle (verschillende?) types kennisgeving dringt zich op (supra).

Ernstige contractuele wanprestatie (Titel 16) – Titel 16.1. begint met een definitie van ernstige contractuele wanprestatie, terwijl dit logischerwijze beter bij de definities staat.

Niet-discriminatie

In zijn meest gehanteerde betekenis wordt het gelijkheidsbeginsel geformuleerd als een vereiste van materiële gelijkheid, met oog voor differentiatie.¹⁰ Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan de gelijkheidstoets als volgt geformuleerd worden: *“De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel;”*¹¹ Omgekeerd mogen wezenlijk verschillende categorieën van personen niet identiek behandeld worden, behoudens redelijke verantwoording.¹²

Evenredigheid

Met het beginsel wordt bedoeld dat elke uitoefening van bevoegdheid door welke overheid ook met terughoudendheid moet plaatsvinden, d.w.z. alleen wanneer zij *nuttig en noodzakelijk* is voor de verwezenlijking van het met de bevoegdheid *nagestreefde doel* en wanneer het ermee bereikte resultaat *niet buiten verhouding staat tot het nadeel* dat met die bevoegdheidsuitoefening aan een ander beschermenswaardig belang of aan een andere bevoegdheidssfeer wordt berokkend. In het criterium ligt een drievoudige standaard besloten. In de eerste plaats moet de uitoefening van bevoegdheid *nuttig en relevant* zijn, d.w.z. zij moet de doelstelling waarvoor ze gegeven is, helpen verwezenlijken. Verder moet zij *noodzakelijk en onmisbaar* zijn, in die zin dat, wanneer de bevoegdheid op verschillende manieren kan worden gebruikt die alle even nuttig zijn om het gestelde doel te (helpen) verwezenlijken, die vorm van bevoegdheidsuitoefening moet worden verkozen die het *minst nadeel* toebrengt aan een ander beschermenswaardig doel of belang. Ten slotte moet de bevoegdheidsuitoefening *proportioneel* zijn, d.w.z. dat het nadeel dat aan een ander beschermenswaardig doel of belang wordt toegebracht, niet onevenredig groot is vergeleken met het voordeel dat de uitoefening van bevoegdheid voor de ermee nagestreefde doelstelling oplevert.¹³

Aansprakelijkheid (Titel 12) – Voorwerp – In de tweede alinea van Titel 5 (‘Voorwerp’) staat te lezen dat de FRP “op geen enkele wijze aansprakelijk is” in het aldaar omschreven geval:

De FSP ziet er op toe dat het contract afgesloten tussen de FSP en de distributienetgebruiker geen bepalingen bevat die in strijd zijn met de bepalingen in de Overeenkomst. In geval van enige tegenstrijdigheid in die zin, is de FRP op geen enkele wijze aansprakelijk indien de FSP ten gevolge hiervan niet kan overgaan tot gehele of gedeeltelijke uitvoering van de Flexibiliteitsdienst(en). De FSP vrijwaart de FRP integraal in dat geval.

Het dient te worden verduidelijkt, gelet op de relativiteit van overeenkomsten, dat die (absolute) aansprakelijkheidsbeperking, en in het aldaar omschreven geval, enkel geldt ten aanzien van de FSP (en niet ten aanzien van derden). Aansprakelijkheid ten aanzien van derden kan niet worden uitgesloten in een overeenkomst waar die derden vreemd aan zijn.

¹⁰ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103.

¹¹ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 103, met verwijzing naar het arrest Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89 (Biorim).

¹² Zie bijvoorbeeld GwH, 19 september 2007, nr. 115/2007.

¹³ W. VAN GERVEN, DE BEGINSELEN, SUBSIDIARITEIT, EVENREDIGHEID EN SAMENWERKING, IN HET EUROPESE GEMEENSCHAPSRECHT, RW 1991-1992- nr. 36- 9 mei 1992.

De Vlaamse Nutsregulator merkt verder op dat in Titel 12 de aansprakelijkheidsbepalingen in grote mate op een wederkerige manier zijn geformuleerd, met andere woorden dat Partijen jegens elkaar op dezelfde evenredige manier aansprakelijk kunnen gehouden worden. Dit is een positieve evolutie, waarbij ook rekening werd gehouden met de opmerkingen van de stakeholder (*in casu* FEBEG). Ook bij een gezamenlijk bedrag in hoofde van alle FSP's samen of in hoofde van alle distributienetbeheerders samen, staat er nu duidelijk in dat de verdeling op basis van de evenredigheid zal plaatsvinden – hetgeen een transparante verduidelijking vormt.

Directe schade - De in artikel 12.2 voorziene uitzonderingen “bedrog of opzet door een Partij” zijn te beperkt en stroken niet met regelen van dwingend recht (of regelen die vermoedelijke onrechtmatigheid vaststellen, waarbij in casu geen tegendeel wordt bewezen). De uitzonderingen dienen in die zin te worden aangepast, onder andere in functie van: grove schuld (cf. art. VI.83, 13° WER); zware fout (cf. art. VI.91/5, 6° WER); aangestelden, lasthebbers of personen voor wie een partij moet instaan (cf. artt. VI.83, 13° en VI.91/5, 6° WER, alsook 5.89, §1, derde lid BW); overlijden, lichamelijk letsel of fysieke integriteit (cf. art. VI.83, 25° WER, alsook 5.89, §1, derde lid, 2° BW); gebrekkige producten (cf. art. 6.42, in fine juncto artt. 6.50-6.51 BW); et cetera.

Derdenvordering - De draagwijdte van artikel 12.3 is niet afgebakend en zodoende onduidelijk en niet-transparant. Indien de vrijwaring zonder enige afbakening (qua richting van de vrijwaring, kwantiteit, et cetera) steeds zal moeten plaatsvinden, zou dit betekenen, bijvoorbeeld, wanneer derden vorderingen instellen tegen alle FSP's, dat de FRP al die FSP's zal moeten vrijwaren (lees bijvoorbeeld financieel compenseren), steevast onbeperkt in kwantiteit en potentieel enkel in de richting van FRP naar FSP. Het is te betwijfelen of dit de werkelijke bedoeling is van de opsteller van de Algemene Voorwaarden. Artikel 12.3 dient te worden verduidelijkt, waarbij de werkelijke bedoeling duidelijk naar voren komt, zonder potentiële misverstanden.

Limieten - Net als de in artikel 12.2 voorziene uitzonderingen (cf. bespreking art. 12.2 Algemene Voorwaarden), zijn de in artikel 12.4 voorziene uitzonderingen (“bedrog of opzet” en “schade aan personen”) te beperkt, stroken ze niet met regelen van dwingend recht (of regelen die vermoedelijke onrechtmatigheid vaststellen, waarbij in casu geen tegendeel wordt bewezen) en dienen ze in die zin te worden aangepast. Ook stelt de vraag zich in hoeverre het nuttig is om voornoemde (en gelijklopende) uitzonderingen in twee verschillende subartikelen op te nemen.

De Vlaamse Nutsregulator stelt verder vast dat de (maximale aansprakelijkheids)limieten niet wederkerig, gelijkwaardig, of evenredig zijn. Het groeperen van enerzijds alle FRP's/DNB's en anderzijds alle FSP's, en vervolgens die groepen tegen elkaar afzetten, is weinig dienstig – eventueel zelfs misleidend. In het leeuwendeel van de gevallen zal het namelijk zo zijn dat er bij incidenten enerzijds slechts 1 FRP/DNB betrokken is, doch anderzijds meerdere FSP's (kunnen) betrokken zijn. Bijgevolg (1): zal die ene FRP/DNB, als schadelijder, zelden zijn aansprakelijkheidsvergoeding moeten ‘delen’ met andere FRP/DNB-schadelijders, terwijl hij wel over meerdere FSP's zal beschikken om vergoeding van te vorderen. Bijgevolg (2): zullen FSP's, als schadelijders, veelal hun aansprakelijkheidsvergoeding moeten ‘delen’ met andere FSP-schadelijders, terwijl zij over slechts één FRP/DNB zullen beschikken om vergoeding van te vorderen. Bijgevolg (3): zal de aansprakelijkheid van een FRP/DNB, relatief gezien en de facto, meer beperkt zijn dan de aansprakelijkheid van een FSP.

Voorbeeld (a): Wanneer een FRP/DNB, door 1 incident, aan 4 verschillende FSP's schade berokkent ten belope van (in totaal) EUR 400.000,00 (elke FSP lijdt in het voorbeeld EUR 100.000,00 schade), zal de FRP/DNB in totaal EUR 125.000,00 uitkeren (gezien de voorgestelde bewoordingen en maximale limiet) aan de 4 FSP's samen. Zodoende krijgt elk van de 4 FSP's een vergoeding van EUR 31.250,00, te weten 31,25% van zijn geleden schade.

Voorbeeld (b): Omgekeerd, wanneer 4 verschillende FSP's, door 1 incident, aan een FRP/DNB schade berokkenen ten belope van (in totaal) EUR 400.000,00 (de FRP/DNB lijdt in het voorbeeld EUR 400.000,00 schade), zal elk van de 4 FSP's EUR 100.000,00 uitkeren aan de FRP/DNB. Zodoende krijgt de FRP/DNB een vergoeding van (in totaal) EUR 400.000,00, te weten 100% van zijn geleden schade.

Bovenstaande voorbeelden illustreren dat, relatief gezien en de facto, de voorgestelde aansprakelijkheidsbeperking significant in het voordeel van de FRP/DNB is.

Een analoge redenering valt te maken aangaande het in rekening brengen van het aantal veroorzaakte jaarlijkse incidenten.

Om de aansprakelijkheidsbeperkingen wederkerig, gelijkwaardig of evenredig te maken (cf. artt. I.8, 22°; VI.82; VI.83, 30°; VI.91/3; VI.91/5, 3°; VI.91/5, 4° WER; alsook artt. 5.52; 5.88, §6 *juncto* 5.89, §1, in fine BW), wat overigens ook blijkt de bedoeling te zijn van de partijen (cf. zoals blijkt uit het consultatieverslag), moet de aansprakelijkheidsbeperking onafhankelijk zijn van het aantal schadelijders en het aantal jaarlijkse incidenten (cf. "repeat player-effect"). Daarnaast dient er ook een incentive te blijven bestaan om het aantal jaarlijkse incidenten te beperken en het moral hazard-effect in te dijken. Een regeling die daaraan voldoet, zou, bijvoorbeeld, als volgt kunnen lezen.

"Behoudens schade die het gevolg is van bedrog [...], is de aansprakelijkheid van een schadeverwekkende partij beperkt tot EUR 125.000,00 per incident. Indien er meerdere schadelijders zijn, zal iedere schadelijdende partij, voor zover daartoe gerechtigd, het voornoemde maximumbedrag kunnen eisen van de schadeverwekkende partij. Indien bij een incident, bijvoorbeeld, 1 schadeverwekker en 4 schadelijders betrokken zijn, zal de schadeverwekkende partij maximaal 4 keer EUR 125.000,00 moeten uitkeren."

Uitsluitingen – De Vlaamse Nutsregulator merkt evenwel op dat het algemene wederzijdse aansprakelijkheidskader nog aangevuld wordt door een ruim aantal uitsluitingen. De meerderheid van deze uitsluitingen lijken de Vlaamse Nutsregulator terecht, daar waar de uitsluiting gekoppeld is aan een fout of nalaten van de netgebruikers zelf (zoals bijvoorbeeld een overschrijding van het aansluitvermogen of het niet nakomen van zijn verplichtingen). Wanneer de uitsluiting evenwel betrekking heeft op omstandigheden los van enige fout of nalaten van de netgebruikers (zoals een ongeplande onderbreking) dan lijkt het vreemd om daar de aansprakelijkheid en bijhorende vergoeding uit te sluiten.

In artikel 12.5, Algemene Voorwaarden moet worden verduidelijkt dat de opgesomde uitsluitingen geen afbreuk kunnen doen aan de (aansprakelijkheids)regelen van dwingend recht (of regelen die vermoedelijke onrechtmatigheid vaststellen, waarbij in casu geen tegendeel wordt bewezen) (cf. bespreking art. 12.2 en 12.4 Algemene Voorwaarden).

Artikel 12.5, eerste streepje Algemene Voorwaarden (*In geval van een gemotiveerde weigering om een SDP-F van de FSP te kwalificeren*) schept een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen, lijkt het contract uit te hollen, en kan als een potestatieve voorwaarde worden beschouwd (rechtsgronden supra). De voorgestelde tekst brengt met zich mee dat de FRP zelf kan beslissen of ze al dan niet schadevergoeding kan en zal uitkeren, zelfs post factum aan het schadeverwekkend feit. Artikel 12.5, eerste streepje Algemene Voorwaarden moet worden geschrapt.

In Artikel 12.5, tweede streepje Algemene Voorwaarden (*In geval de DNG een onderbreking ondervindt ten gevolge van een overschrijding van zijn aansluitingsvermogen*) moet worden aangevuld dat de bedoelde onderbreking en overschrijding te wijten moeten zijn aan een niet-nakoming van de verbintenissen van de FSP waardoor de activering van de flexibiliteit bij de DNG verhindert, en de door de FSP geleden schade daaruit voortvloeit. Een partij kan slechts worden gesanctioneerd voor het niet-nakomen van zijn verbintenissen indien de niet-nakoming van zijn verbintenissen hem toerekenbaar is.

In Artikel 12.5, derde streepje Algemene Voorwaarden (*Indien een geplande onderbreking die werd gecommuniceerd aan de DNG binnen de wettelijke termijnen, de activering van de flexibiliteit bij deze DNG verhindert*) moet worden aangevuld, gelet op de goede trouw en rechtszekerheid, dat de bedoelde geplande onderbreking ook aan de FSP moet zijn gecommuniceerd, indien dit een afzonderlijke partij betreft.

In Artikel 12.5, vierde streepje Algemene Voorwaarden (*Indien een ongeplande onderbreking de activering van de flexibiliteit bij een DNG verhindert*) moet worden aangevuld dat de bedoelde onderbreking te wijten moet zijn aan een niet-nakoming van de verbintenissen van de FSP waardoor de activering van de flexibiliteit bij de DNG verhindert, en de door de FSP geleden schade daaruit voortvloeit. Een partij kan slechts worden gesanctioneerd voor het niet-nakomen van zijn verbintenissen indien de niet-nakoming van zijn verbintenissen hem toerekenbaar is.

In Artikel 12.5, zesde streepje Algemene Voorwaarden (*Indien de activatie van flexibiliteit op het betrokken SDP-F niet mogelijk is omdat de flexibele toepassing op dit punt systematisch slechts gedurende een deel van de tijd onder spanning staat*) moet worden aangevuld dat de bedoelde niet-activatie te wijten moet zijn aan een niet-nakoming van de verbintenissen van de FSP waardoor de activering van de flexibiliteit bij de DNG verhindert, en de door de FSP geleden schade daaruit voortvloeit. Een partij kan slechts worden gesanctioneerd voor het niet-nakomen van zijn verbintenissen indien de niet-nakoming van zijn verbintenissen hem toerekenbaar is.

In Artikel 12.5, zevende streepje Algemene Voorwaarden (*In geval van een gemotiveerde opschorting van onderhavige Overeenkomst voor schending door de FSP*) moet worden aangevuld dat de bedoelde schending een “Ernstige contractuele wanprestatie” betreft zoals bedoeld in artikel 16 Algemene Voorwaarden, en dat de sanctie (geen schadevergoeding of vrijwaring) geen effect kan hebben op schade (geleden door de FSP) veroorzaakt en daterend van voor de hiervoor bedoelde ernstige contractuele wanprestatie. De redeneringen en rechtsgronden uit vorige paragrafen (cf. bespreking art. 12.5 Algemene Voorwaarden) zijn van analoge toepassing.

Artikel 12.5, achtste streepje Algemene Voorwaarden (*Ten gevolge van enige vergoeding of boete in hoofde van de FSP die het gevolg is van het niet nakomen van de contractuele of reglementaire verplichtingen van de FSP ten opzichte van de FRP anders dan de eventuele vergoeding voor de beperking van flexibiliteit die in het wettelijk kader wordt vastgelegd*) is zowel grammaticaal als juridisch-inhoudelijk bijzonder onduidelijk en dient daarom te worden aangepast/verduidelijkt. Voor zover zou worden bedoeld dat de sanctie (geen schadevergoeding of vrijwaring door FRP) intreedt wanneer de FSP enige vergoeding of boete heeft moeten betalen wegens het niet-nakomen van contractuele of reglementaire verplichtingen, moet (i) dit zo worden verduidelijkt; en (ii) moet worden aangevuld dat de bedoelde niet-nakoming een “Ernstige contractuele wanprestatie” betreft zoals bedoeld in artikel 16 Algemene Voorwaarden, en dat de sanctie (geen schadevergoeding of vrijwaring) geen effect kan hebben op schade (geleden door de FSP) veroorzaakt en daterend van voor de hiervoor bedoelde ernstige contractuele wanprestatie. De redeneringen en rechtsgronden uit vorige paragrafen (cf. bespreking art. 12.5 Algemene Voorwaarden) zijn van analoge toepassing.

Aangaande het laatste zinsdeel (“anders dan de eventuele vergoeding voor de beperking van flexibiliteit ...”), begrijpt Vlaamse Nutsregulator niet hoe de vergoeding voor de beperking van flexibiliteit zou kunnen worden verward met een vergoeding of boete die het gevolg is van een niet-nakoming van contractuele of reglementaire verplichtingen van de FSP.

In Artikel 12.5, laatste paragraaf, derde zin Algemene Voorwaarden staan opnieuw uitsluitingsgronden, naast de reeds bovenvermelde. De uitsluitingen moeten worden gebundeld. Huidige werkwijze is niet transparant, minstens onoverzichtelijk, eventueel zelfs als misleidend te beschouwen.

In Artikel 12.5, laatste paragraaf, vierde zin Algemene Voorwaarden staat een absolute, algehele exoneratione “voor enige directe of indirecte schade, verlies of kosten die voortvloeien uit de levering van Flexibiliteitsdiensten”. Dergelijke absolute, algehele exoneratione is in het Belgisch recht niet mogelijk, wegens een veelvoud van rechtsregelen (supra). Indien de FRP hier de bedoeling heeft om zijn aansprakelijkheid ten aanzien van derden integraal uit te sluiten, werd supra tevens en reeds aangegeven dat aansprakelijkheid ten aanzien van derden niet kan worden uitgesloten in een overeenkomst waar die derden vreemd aan zijn. Vlaamse Nutsregulator merkt daarbij op dat, wanneer de flexibiliteitsdienst door de FSP aan derden wordt uitgevoerd, en de FRP vreemd is aan zowel die uitvoering alsook aan de relatie tussen FSP en de betrokken derde, de FRP in principe niet zal kunnen worden aangesproken zolang de FRP geen fout maakt. Daarnaast merkt Vlaamse Nutsregulator ook op dat de aansprakelijkheid ten aanzien van derden reeds op andere plaatsen werd beperkt (via vrijwaring). Indien de FRP hier de bedoeling heeft om zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de FSP integraal uit te sluiten, werd reeds aangegeven dat dit onmogelijk gezien dwingende rechtsregels. Daarnaast merkt Vlaamse Nutsregulator op dat de FRP zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de FSP reeds in een (te) gespreide regeling heeft uiteengezet doorheen de Algemene Voorwaarden, waardoor Artikel 12.5, laatste paragraaf, vierde zin Algemene Voorwaarden geen nut lijkt te hebben (of, voor zover voornoemde zin niet in strijd zou zijn met de regelen van dwingend recht, alle overige aansprakelijkheidsbeperkingen doorheen de Algemene Voorwaarden dan weer geen enkel nut zouden hebben). Artikel 12.5, laatste paragraaf, vierde zin Algemene Voorwaarden moet worden geschrapt.

Aangaande Artikel 12.5, laatste paragraaf, laatste zin Algemene Voorwaarden zijn de opmerkingen supra transponeerbaar: (i) de niet-verantwoordelijkheid ten aanzien van derden kan niet worden beperkt in overeenkomsten waar die derden vreemd aan zijn; (ii) de niet-verantwoordelijkheid ten aanzien van de FSP kan niet op absolute, algehele wijze kan niet worden voorgehouden; (iii) ten aanzien van een ongeplande onderbreking dient de toerekenbaarheid van de FRP in rekening te worden gebracht; (iv) situatie overmacht of noodsituatie reeds elders geregeld; (v) draagwijdte vrijwaring onduidelijk. Artikel 12.5, laatste paragraaf, laatste zin Algemene Voorwaarden moet worden geschrapt, minstens gerationaliseerd en verduidelijkt.

Ernstige contractuele wanprestatie (Titel 16) - Artikel 16.2, eerste paragraaf: Een gezamenlijk overleg kan uiteraard maar plaatsvinden nadat de niet-nalevende partij van zijn niet-naleving in kennis wordt gesteld. De goede trouw vereist kennisgeving (zowel van de niet-naleving, alsook aangaande het verzoek tot gezamenlijk overleg).

Artikel (16.2, derde paragraaf en) 16.3 eerste paragraaf lijkt tegenstrijdig met art. 8.1, d) juncto e) Algemene Voorwaarden. Uit art. 8.1, d) juncto e) lijkt voort te vloeien dat beëindiging (conform artikel 16.3) “steeds” aan de andere Partij moet worden meegedeeld via (al dan niet elektronisch) aangetekende schrijven met ontvangstbewijs, terwijl in artikel 16.3 te lezen staat dat beëindiging kan “zonder verdere kennisgeving” (en in de laatste paragraaf van artikel 16.3 toch weer te lezen staat: “mededelingen over opschorting of beëindiging moeten per aangetekende brief met ontvangstbevestiging”). Gezien de interne contradicties van de Algemene Voorwaarden, gezien de (veelvuldige) vereiste(n) van (diverse types van) kennisgeving doorheen de Algemene Voorwaarden voor bovendien minder verregaande sancties/implicaties, alsook gezien de goede trouw, dient te worden voorzien dat er in gevallen van opschorting en beëindiging een kennisgeving zal geschieden aan de tegenpartij (van de partij die de opschorting of beëindiging inroept).

Artikel 16.3, derde paragraaf: lijkt wederkerig, gelijkwaardig noch evenredig. Voornoemde clausule lijkt een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen te scheppen, het economisch risico te verleggen (zonder tegenprestatie) en kan als een potestatieve voorwaarde worden beschouwd (voor wat betreft de wederkerige verbintenissen van de wegens overmacht opgeschorte verbintenis). De gerelateerde rechtsgronden werden supra reeds aangehaald. Voornoemde clausule dient te worden aangepast om te conformeren aan voornoemde toetsstenen. Bovendien lijkt de draagwijdte onduidelijk. Een (a contrario-)redenering zou met zich mee kunnen brengen dat, in geval van overmacht, enkel de FSP opschorting zou kunnen vragen – en de FRP dus nooit opschorting zou kunnen vragen en zodoende steeds uitvoering zou moeten garanderen, ook in situaties van overmacht. Het is te betwijfelen of dit laatste de werkelijke bedoeling is van de opsteller van de Algemene Voorwaarden. Voornoemde clausule dient zodus en eveneens te worden verduidelijkt in die zin.

Overige bepalingen - In artikel 18.6 dient te worden voorzien dat, ten aanzien van consumenten, de bevoegde rechter conform artikel 624, 1°, 2° en 4° Gerechtelijk Wetboek (cf. art. VI.83, 23° WER) steeds zal kunnen worden aangesproken. Een alternatieve optie zou zijn dat consumenten worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de Algemene Voorwaarden.

II.2. Conclusie

Uit bovenstaande analyse volgt dat Vlaamse Nutsregulator de “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” **voorwaardelijk goedkeurt**, en dit voor een **periode van één jaar**.

De Vlaamse Nutsregulator merkt op dat zowel voor de levering van NFGOD's als voor de aankoop van marktflexibiliteit er voorlopig enkel nog maar markttesten plaatsvinden, waarbij dit proces bij Fluvius nog onderhevig kan zijn aan wijzigingen en verbeteringen, waarbij bijgevolg ook de voorliggende Algemene Voorwaarden nog wijzigingen zouden kunnen (en moeten) omvatten. Daarenboven blijkt uit bovenstaande analyse van de Vlaamse Nutsregulator dat de Algemene Voorwaarden op dit moment nog een behoorlijk aantal tekortkomingen omvat inzake transparantie en evenredigheid. De regulator keurt voorliggende versie van de Algemene Voorwaarden dan ook slechts **tijdelijk** goed (met het oog op de lopende markttesten), onder **voorwaarde** dat er door Fluvius **tijdige een nieuwe versie** van de Algemene Voorwaarden ter goedkeuring bij de Vlaamse Nutsregulator wordt voorgelegd.

Beschikkend gedeelte

Vlaamse Nutsregulator beslist:

Artikel 1. De “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten” tijdelijk en voorwaardelijk **goed te keuren, voor een periode van één jaar** (die aanvangt op de dag van inwerkingtreding van deze beslissing), waarna Fluvius een **nieuwe versie** van deze algemene voorwaarden aan de Vlaamse Nutsregulator ter goedkeuring dient voor te leggen waarbij bovenstaande opmerkingen inzake transparantie, niet-discriminatie en evenredigheid door Fluvius worden verwerkt;

Artikel 2. Te verklaren dat de beslissing in werking treedt op de dag van de publicatie op de website van Vlaamse Nutsregulator.

Voor Vlaamse Nutsregulator,

Sint-Joost-ten-Node,

Pieterjan Renier
Algemeen directeur

Bijlagen:

1. “Algemene Voorwaarden in het kader van de levering van flexibiliteit- en ondersteunende diensten”