

**Zaak C-459/23**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

21 juli 2023

**Verwijzende rechter:**

Sąd Najwyższy (Polen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

21 april 2023

**Verzoekende partij:**

E. S.A.

**Verwerende partijen:**

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vordering van E. Spółka Akcyjna, gevestigd te G., tegen W. sp. z o.o., gevestigd te P., en Bank Spółka Akcyjna strekkende tot vaststelling van het niet-bestaan van een verbintenis die is ontstaan als gevolg van de sluiting van de „overeenkomst tot verkoop van vermogensrechten” (CPA - certificate purchase agreement) die op 24 februari 2011 is gesloten door E. Spółka Akcyjna, gevestigd te G., en W. sp. z o.o., gevestigd te P.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vragen**

1) Unierechtelijke norm inzake de aanwijzing van nationale rechters om zonder hun instemming zitting te nemen in een andere kamer van een nationale rechterlijke instantie dan die waarin zij gewoonlijk zitting hebben. 2) Uitlegging van enkele bepalingen van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het

plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en van artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. 3) Uitlegging van het algemene beginsel van verbod van rechtsmisbruik. Rechtsgrondslag: artikel 267 VWEU.

## Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest van 6 oktober 2021, W.Ż. (Kamer voor bijzondere controle en publieke zaken van de Sąd Najwyższy – benoeming) (C-487/19, EU:C:2021:798), aldus worden uitgelegd dat de aanwijzing van een rechter van de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen) om zonder zijn instemming tijdelijk zitting te nemen in een andere kamer van de Sąd Najwyższy, net als de overplaatsing van een rechter van een gewone rechterlijke instantie tussen twee kamers van een en hetzelfde gerecht, inbreuk maakt op de beginselen van onafzetbaarheid en onafhankelijkheid van rechters, indien:

- de betrokken rechter wordt aangewezen om uitspraak te doen in zaken waarvan het voorwerp niet valt onder de materiële bevoegdheid van de kamer waarin deze rechter overeenkomstig zijn benoeming in de Sąd Najwyższy gewoonlijk uitspraak doet;

- het tot die aanwijzing strekkende besluit niet door een dergelijke rechter in rechte kan worden betwist in een procedure die voldoet aan de vereisten van punt 118 van het arrest W.Ż. (Kamer voor bijzondere controle en publieke zaken van de Sąd Najwyższy – benoeming) (C-487/19);

- de beschikking van de Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego (eerste president van de Sąd Najwyższy) waarbij rechters zijn aangewezen om zitting te nemen in een andere kamer [van de Sąd Najwyższy] en de door de president van de civiele kamer van de Sąd Najwyższy gegeven beschikking tot toewijzing van specifieke zaken zijn gegeven door personen die tot rechter in de Sąd Najwyższy zijn benoemd in dezelfde omstandigheden als die welke aan de orde zijn in de zaak W.Ż. (C-487/19), terwijl uit de bestaande rechtspraak volgt dat gerechtelijke procedures met deelname van dergelijke personen hetzij nietig zijn, hetzij inbreuk maken op het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht van partijen op een eerlijk proces;

- in het nationale recht geen grondslag bestaat voor de aanwijzing van een rechter om zonder zijn instemming voor bepaalde tijd zitting te nemen in een andere kamer van de Sąd Najwyższy dan die waarin hij gewoonlijk zitting heeft, terwijl hij tegelijkertijd wordt verplicht om ook in de eigen kamer uitspraak te blijven doen;

- de aanwijzing van een dergelijke rechter om zonder zijn instemming voor bepaalde tijd zitting te nemen in een andere kamer van de Sąd Najwyższy dan die waarin hij gewoonlijk zitting heeft leidt tot inbreuk op artikel 6, onder b), van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9)?

2. Moet artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU, ongeacht het antwoord op de eerste vraag, aldus worden uitgelegd dat de verwijzende rechter geen „bij wet ingesteld” gerecht vormt voor zover hij uitspraak doet in het kader van een rechtsprekende formatie die is samengesteld krachtens een beschikking van de eerste president van de Sąd Najwyższy houdende aanwijzing van rechters om zitting te nemen in een andere kamer van de Sąd Najwyższy en van een beschikking van de president van de civiele kamer van de Sąd Najwyższy houdende toewijzing van specifieke zaken, gelet op het feit dat deze beschikkingen zijn gegeven door personen die tot rechter van de Sąd Najwyższy zijn benoemd in dezelfde omstandigheden als die welke aan de orde zijn in de zaak W.Ż. (C-487/19), wanneer uit de bestaande rechtspraak volgt dat gerechtelijke procedures met deelname van aldus benoemde personen hetzij nietig zijn, hetzij inbreuk maken op het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht van partijen op een eerlijk proces?

3. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord of de tweede vraag aldus wordt beantwoord dat een aldus ingestelde rechterlijke instantie geen „bij wet ingesteld” gerecht is: moeten artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en het beginsel van voorrang van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat rechters die zijn benoemd om zitting te nemen in de rechtsprekende formatie van een gerecht die is ingesteld op de wijze als beschreven in de eerste en de tweede vraag mogen weigeren om handelingen in een aan hen toegewezen zaak te verrichten, waaronder het doen van een uitspraak, in de overweging dat de beschikkingen waarbij zij zijn aangewezen om zitting te nemen in een andere kamer van de Sąd Najwyższy en waarbij specifieke zaken aan hen zijn toegewezen moeten worden geacht niet te bestaan of zijn dergelijke rechters gehouden om [ook in dergelijke omstandigheden] een uitspraak te doen en om het besluit om al dan niet tegen die uitspraak op te komen, gelet op het feit dat inbreuk is gemaakt op het recht van partijen op behandeling van hun zaak door een gerecht dat voldoet aan de vereisten van artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en artikel 47 van het Handvest, over te laten aan de betrokken partijen?

4. Indien de hierboven geformuleerde vragen aldus worden beantwoord dat de verwijzende rechterlijke instantie een bij wet ingesteld gerecht in de zin van artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU is: moet artikel 3, lid 3, onder b), juncto artikel 20 en artikel 1, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1, zoals gewijzigd) aldus worden uitgelegd dat een overheidsbedrijf in de zin van artikel 2, lid 1, onder b), van deze

richtlijn, dat zich bezighoudt met groothandel en detailhandel in elektriciteit, verplicht is om in het kader van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten groenestroomcertificaten als bedoeld in artikel 2, onder k) en l), van richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG (PB 2009, L 140, blz. 16, zoals gewijzigd) te verwerven?

5. Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord: moet artikel 14, juncto artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/17 aldus worden uitgelegd dat tussen een dergelijk bedrijf en een producent van energie uit hernieuwbare bronnen een raamovereenkomst moet worden gesloten volgens de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, wanneer de geraamde (zij het in de overeenkomst niet gespecificeerde) totale waarde van de ter uitvoering van die overeenkomst verworven groenestroomcertificaten hoger is dan het drempelbedrag als genoemd in artikel 16, onder a), van die richtlijn en de waarde van de individuele transacties die ter uitvoering van die overeenkomst zijn gesloten dat drempelbedrag niet overschrijdt?

6. Indien de vierde en de vijfde vraag bevestigend worden beantwoord: vormt de sluiting van een overeenkomst in strijd met de voorschriften inzake overheidsopdrachten een geval als bedoeld in artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L. 76, blz. 14, zoals gewijzigd), of is dit een ander geval van schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten dat het mogelijk maakt om de gesloten overeenkomst nietig te verklaren zonder inachtneming van de procedure die in het nationale recht tot omzetting van voornoemde richtlijn is vastgesteld?

7. Indien de vierde tot en met de zesde vraag bevestigend worden beantwoord: moet het algemene beginsel van verbod van misbruik van recht aldus worden uitgelegd dat een aanbestedend overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/17 niet kan verzoeken om de nietigverklaring van een overeenkomst die het met een leverancier heeft gesloten in strijd met de nationale bepalingen tot omzetting van de Unierechtelijke richtlijnen inzake overheidsopdrachten, wanneer dat verzoek in werkelijkheid niet is gemotiveerd door de eis om het Unierecht te eerbiedigen maar door het feit dat de uitvoering van de overeenkomst voor dat overheidsbedrijf minder rendabel is geworden?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikel 19, lid 1, tweede alinea, [VEU]

Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd;

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna: „richtlijn 2004/17”);

Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (hierna: „richtlijn 92/13”)

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Ustawa o Sądzie Najwyższym (wet inzake de Sąd Najwyższy) van 8 december 2017: artikelen 1, 3, 30, 31 en 35

Ustawa-Prawo o ustroju sądów powszechnych (wet betreffende de gewone rechterlijke instanties) van 27 juli 2001: artikel 22a

Ustawa-Kodeks pracy (wetboek arbeidsrecht) van 26 juni 1974: artikel 140

Ustawa-Prawo zamówień publicznych (wet inzake overheidsopdrachten) van 29 januari 2004 (hierna: „PZP”): artikelen 132, 138a en 146

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure**

- 1 Verzoeker verhandelt elektriciteit. Zijn enige aandeelhouder is E. Spółka Akcyjna, een vennootschap waarvan de aandelen voor meer dan 50 % worden gehouden door de schatkist. Verweerder nr. 1 houdt zich bezig met de productie, de transmissie en de distributie van elektriciteit. Verweerder nr. 2 is een bank.
- 2 Op 24 februari 2011 heeft verzoeker (E. Spółka Akcyjna) met verweerder nr. 1 „overeenkomst nr. [...] tot verkoop van vermogensrechten” (CPA - certificate purchase agreement) gesloten. Op grond van deze overeenkomst heeft verweerder nr. 1 zich ertoe verbonden om alle vermogensrechten die voortvloeien uit de certificaten van oorsprong die hij ontvangt in het kader van de productie van elektriciteit uit een hernieuwbare energiebron (HE) over te dragen aan verzoeker en heeft verzoeker zich ertoe verbonden om alle vermogensrechten uit hoofde van deze certificaten te verwerven in het kader van after-hour-transacties op de Towarowa Giełda Energii (Poolse beurs voor handel in vermogensrechten). In de CPA is de vergoeding voor de verworven vermogensrechten vastgesteld op 0,91 x de vergoeding per eenheid die van toepassing is in de periode waarin de elektriciteit uit de betreffende HE is opgewekt.

- 3 Verweerder nr. 1 heeft met verweerder nr. 2 een overeenkomst tot cessie van schuldvorderingen gesloten tot waarborging van de schuldvorderingen van verweerder nr. 2 uit hoofde van aan verweerder nr. 1 verstrekte kredietovereenkomsten.
- 4 Aanvankelijk heeft verzoeker de certificaten van oorsprong van verweerder nr. 1 verworven in overeenstemming met de CPA. Vervolgens heeft verzoeker een vruchteloze poging ondernomen om opnieuw te onderhandelen over de prijsvoorwaarden. De CPA is door partijen uitgevoerd in de periode van 22 februari 2012 tot en met 31 juli 2017. In september 2017 heeft verzoekers raad van bestuur besloten om niet langer uitvoering te geven aan ongeveer 150 met de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde CPA vergelijkbare overeenkomsten tot verkoop van vermogensrechten die voortvloeien uit certificaten van oorsprong. Sindsdien worden de door verweerder nr. 1 aangeboden orders tot verkoop van de certificaten van oorsprong niet langer door verzoeker aanvaard.
- 5 Verzoeker heeft de Sąd Okręgowy w Gdańsku (rechter in eerste aanleg Gdańsk, Polen; hierna: „SO”) verzocht vast te stellen dat de uit de sluiting van de onderzochte CPA voortvloeiende verbintenis niet bestaat.
- 6 Verzoeker is van mening dat dat de CPA absoluut nietig is krachtens artikel 353<sup>1</sup> van de kodeks cywilny (burgerlijk wetboek; hierna: „k.c.”), gelezen in samenhang met artikel 58, lid 1, k.c. en artikel 7, lid 3, en artikel 132, lid 1, punt 3, PZP, in de versie van de geconsolideerde tekst van deze wet die van toepassing was op de datum van sluiting van de CPA (Dz. U. 2010, nr. 113, volgnr. 759, zoals gewijzigd).
- 7 De SO heeft verzoekers vordering afgewezen bij vonnis van 6 december 2018.
- 8 De Sąd Apelacyjny w Gdańsku (rechter in tweede aanleg Gdańsk, Polen) heeft het door verzoeker ingestelde hoger beroep tegen het vonnis van de SO afgewezen bij uitspraak van 13 augustus 2019.
- 9 Verzoeker heeft cassatieberoep tegen voornoemde uitspraak ingesteld.
- 10 Verzoeker heeft in talrijke grieven aangevoerd dat inbreuk is gemaakt op de nationale bepalingen van procesrecht en materieel recht. De gestelde schendingen van materieel recht betreffen voornamelijk de onjuiste uitlegging van verschillende bepalingen van de PZP, in strijd met de correcte uitlegging van de bepalingen van de Unierechtelijke richtlijnen (richtlijnen 2004/17, 2009/28, 92/13 en 2014/25). Om uitsluitel te verkrijgen over de gegrondheid van de in het cassatieberoep aangevoerde grieven moet mede daarom eerst uitlegging worden gegeven aan de bepalingen van Unierecht die in Pools recht zijn omgezet bij de nationale bepalingen die in de motivering van het cassatieberoep zijn aangevoerd.
- 11 Bij beslissing van 26 mei 2020 heeft de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen, hierna: „SN”) het ingestelde cassatieberoep ontvankelijk verklaard. Bij beschikking van 2 juni 2022 heeft de



president van de civiele kamer van de SN het ingestelde cassatieberoep onder zaaknummer II CSKP 1588/22 doorverwezen naar de afdeling van rechter Karol Weitz. Bij beschikking nr. 23/2023 van de eerste president van de SN van 15 februari 2023 tot aanwijzing van een rechter van de SN om voor bepaalde tijd zitting te nemen in de civiele kamer van de SN is rechter Dawid Miąsik aangewezen om voor bepaalde tijd, namelijk van 1 april tot en met 30 juni 2023, in die kamer van de SN zitting te nemen. Daarbij zijn tevens de regels voor de toewijzing van zaken in elke maand van die periode vastgesteld. Vervolgens is zaak II CSKP 1588/22 bij beschikking van 2 maart 2023 van de president van de civiele kamer van de SN doorverwezen naar de afdeling van rechter Dawid Miąsik van de SN. De grondslag voor de wijziging van rechter-rapporteur was de hierboven genoemde beschikking nr. [23]/2023. Vastgesteld is dat de zitting in deze zaak zou worden gehouden in april 2023. Bij beschikking van 22 maart 2023 is vastgesteld dat de betreffende zitting achter gesloten deuren zou worden gehouden op 21 april 2023. De rechtsprekende formatie van de SN die aldus is samengesteld om de onderhavige zaak in behandeling te nemen bestond uit twee rechters van de kamer voor arbeids- en socialezekerheidszaken van de SN en, als voorzitter van de zitting, één rechter die gewoonlijk zitting heeft in de civiele kamer van de SN. Rechter Jolanta Frańczak van de SN is aangewezen om uitspraak te doen als rechter-rapporteur.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

Eerste, tweede en derde vraag

- 12 Wat betreft de eerste, de tweede en de derde vraag, die identiek zijn aan de eerste drie vragen in zaak C-455/23, deelt de verwijzende rechter het standpunt van de verwijzende rechter in die zaak en verwijst hij daarnaar.

Vierde vraag

- 13 De vierde vraag betreft de uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2004/17. Deze vraag luidt of het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat een bedrijf dat elektriciteit verhandelt ertoe gehouden is om groenestroomcertificaten te verwerven volgens de procedure die is vastgesteld in het Unierecht inzake overheidsopdrachten. Uit voornoemde bepaling van richtlijn 2004/17 volgt dat deze richtlijn betrekking heeft op twee soorten activiteiten, namelijk: a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van elektriciteit en b) de elektriciteitstoevoer naar deze netten.
- 14 In de nationale rechtspraak die berust op artikel 132, lid 1, punt 3, PZP, in de in 2004 geldende versie, wordt de genoemde bepaling aldus uitgelegd dat handelsondernemingen als die van verzoeker niet aan die bepaling onderhevig zijn. Overeenkomstig artikel 132, lid 1, punt 3, PZP worden alleen de „ontwikkeling van netten” die bestemd zijn voor dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van elektriciteit en de „toevoer van

elektriciteit aan deze netten” als sectorale activiteiten beschouwd. Verzoeker is geen elektriciteitsproducent en levert bijgevolg geen „elektriciteit aan een net”. Evenmin bouwt hij dergelijke netten.

- 15 Pas met ingang van 28 juli 2016 geldt artikel 132, lid 1a, PZP [toegevoegd bij de ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (wet tot wijziging van de PZP en bepaalde andere wetten) van 22 juni 2016 (Dz. U., volgnr. 1020)]. Daarin is bepaald dat „onder distributie als bedoeld in lid 1, punten 3 en 4, tevens groot- en detailhandel moet worden verstaan”. Derhalve is pas na de sluiting van de CPA een regeling ingevoerd volgens welke verzoeker, die elektriciteit verhandelt, als een sectorale aanbestedende dienst wordt beschouwd. De toevoeging van lid 1a aan artikel 132 PZP wordt in de rechtspraak opgevat als een bevestiging van het feit dat de in de jaren 2005-2015 door de energiebedrijven gehanteerde praktijk, waarbij de PZP niet is toegepast op de verwerving van groenestroomcertificaten, regelmatig was. Dit wordt tevens ondersteund door de toevoeging van artikel 138a PZP. Krachtens deze bepaling zijn bedrijven die zich bezighouden met een activiteit als genoemd in artikel 132, lid 1, punt 3 (bestaande in de ontwikkeling van elektriciteitsnetten en dus niet in de verkoop van elektriciteit) uitgesloten van de werkingssfeer van de PZP voor zover zij groenestroomcertificaten verwerven.
- 16 De SN merkt evenwel op dat overweging 23 van richtlijn 2014/25 verduidelijkt dat „wanneer in deze richtlijn wordt verwezen naar de levering van elektriciteit, ook de productie, groothandelsverkoop en de detailhandelsverkoop van elektriciteit worden bedoeld”. In deze situatie is onduidelijk of artikel 3, lid 3, onder b), van richtlijn 2004/17, dat gelijklopend is geformuleerd als artikel 9, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/25, aldus moet worden uitgelegd dat overweging 23 van laatstgenoemde richtlijn in aanmerking moet worden genomen. De bewoordingen van deze overweging van richtlijn 2014/25 („zonder het toepassingsgebied van deze richtlijn ook maar enigszins uit te breiden”) kunnen [namelijk] aldus worden gelezen dat bij uitsluiting bekrachtiging wordt verleend aan een specifieke opvatting van het begrip „sectorale activiteit” die reeds moest worden gehanteerd toen richtlijn 2004/17 van kracht werd.
- 17 Uit de beschikkingen die de Europese Commissie krachtens richtlijn 2004/17 heeft gegeven (bijvoorbeeld beschikking 2007/141/EG) volgt dat het verhandelen van elektriciteit als een sectorale activiteit is beschouwd.
- 18 De vierde vraag heeft tevens betrekking op de uitlegging van artikel 3, lid 3, onder b), gelezen in samenhang met artikel 20 van richtlijn 2004/17, meer bepaald op de vraag of groenestroomcertificaten worden gekocht met het oog op het leveren van elektriciteit. Het betreft namelijk een aankoop die wordt verricht om te voldoen aan de wettelijke verplichting om hernieuwbare energiebronnen te bevorderen. Elektriciteit kan ook worden verkocht zonder groenestroomcertificaten te verwerven, hoewel dat gepaard gaat met het betalen van een vergoeding of een geldboete. De verwerving van groenestroomcertificaten heeft derhalve niet „tot doel” elektriciteit te verkopen.



- 19 Aangezien de wetgever de elektriciteitsbedrijven heeft verplicht om groenestroomcertificaten te verwerven, is de aankoop daarvan anderzijds wel het gevolg van het leveren van elektriciteit.
- 20 Indien moet worden aangenomen dat het verwerven van groenestroomcertificaten geen deel uitmaakt van een sectorale activiteit en dat dergelijke certificaten derhalve niet worden verworven met het oog op de uitoefening van een dergelijke activiteit in de zin van artikel 20 van richtlijn 2004/17, zou de nationale wetgever evenwel evenmin een vrijstelling voor dergelijke aankopen hebben ingevoerd in artikel 138a, lid 1, PZP. Onder verwijzing naar het arrest van 10 april 2008, C-393/06, Ing. Aigner, EU:C:2008:213, punten 28-33, wijst verzoeker erop dat de begrippen „sectorale activiteit” en „opdrachten voor de doeleinden van een dergelijke activiteit” ruim moeten worden opgevat en, althans onrechtstreeks, ook activiteiten en opdrachten dienen te omvatten die verband houden met sectorale activiteiten. In het genoemde arrest wordt ervan uitgegaan dat het voor de toepassing van de regeling inzake sectorale opdrachten op een specifieke opdracht volstaat dat deze opdracht „verband houdt” met de uitoefening van een sectorale activiteit. Het staat vast dat er een dergelijk verband bestaat tussen de verplichting tot het overleggen van groenestroomcertificaten en verzoekers voornaamste activiteit, namelijk de verkoop van elektriciteit. De omvang van de totale elektriciteitsverkoop bepaalt namelijk hoeveel groenestroomcertificaten door verzoeker op de beurs moeten worden verworven.
- 21 Tegelijkertijd heeft het Hof in het voornoemde arrest (punt 27) benadrukt dat de bepalingen van richtlijn 2004/17 restrictief moeten worden uitgelegd, wat ervoor pleit dat een overheidsbedrijf als dat van verzoeker niet gehouden is tot het verwerven van groenestroomcertificaten in het kader van de procedure voor overheidsopdrachten.
- 22 De verwijzende rechter wijst tevens op het verschil tussen enerzijds het doel van de verwerving van groenestroomcertificaten (ondersteuning van het milieubeleid) en anderzijds de doeleinden die verband houden met de bescherming van de mededinging, waarvoor de wet de gunning van sectorale opdrachten in het kader van mededingingsprocedures voorschrijft.

#### Vijfde vraag

- 23 De vijfde vraag betreft de kwestie of de CPA, gelet op de opzet ervan, onderworpen was aan het recht inzake overheidsopdrachten.
- 24 In de tot op heden aanhangige procedure is ervan uitgegaan dat de CPA niet binnen de werkingssfeer van het recht inzake overheidsopdrachten valt aangezien de waarde van de verschillende transacties tot overdracht van de rechten op de certificaten van oorsprong die ter uitvoering van de CPA zijn gesloten niet boven de Uniedrempels voor sectorale opdrachten lag. Op de datum van sluiting van de CPA beliepen deze drempels een bedrag van 387 000 EUR. Vastgesteld is dat de totale jaarlijkse waarde van de transacties die in het kader van de CPA door

verzoeker en verweerder nr. 1 zijn gesloten ongeveer 3 000 000 PLN bedroeg (wat op de datum van sluiting van de CPA ongeveer het dubbele van de Uniedrempel in EUR was). Ter uitvoering van de CPA hebben partijen per maand doorgaans één transactie met een gemiddelde waarde van 65 000 EUR gesloten. De waarde van deze [maandelijkse] transacties lag onder de Uniedrempel. Aangenomen is dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat alle transacties die in het kader van sessies op de beurs zijn verricht één overheidsopdracht vormen. In de CPA is namelijk niet gespecificeerd hoeveel elektriciteit moest worden gedekt door certificaten van oorsprong die worden afgegeven door de voorzitter van de Urząd Regulacji Energetyki (regelgevende instantie voor energie, Polen) en evenmin welk bedrag in het kader van de betreffende prestatie door verzoeker aan verweerder nr. 1 moest worden betaald. De CPA is derhalve niet opgevat als een raamovereenkomst maar slechts als een overeenkomst die de contractpartijen ertoe verplichtte om overeenkomsten tot verkoop van vermogensrechten te sluiten. Dat hield in dat de procedure van de PZP alleen in aanmerking moest worden genomen met betrekking tot het sluiten van uitvoeringsovereenkomsten (overeenkomsten tot verkoop van de in de betreffende maand aan verweerder nr. 1 afgegeven certificaten van oorsprong van elektriciteit).

- 25 Aangezien de waarde van de krachtens de CPA gesloten transacties niet vooraf in deze overeenkomst is gespecificeerd en de waarde van elk van de uitvoeringsovereenkomsten onder die van de Uniedrempels lag, valt de CPA derhalve niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.
- 26 Verzoeker is van mening dat de waarde van een opdracht in het geval van de voorgenomen verwerving van soortgelijke goederen in het kader van koopovereenkomsten die worden gesloten met één ondernemer, binnen een vooraf vastgesteld tijdsbestek en met de bedoeling om uitvoering te geven aan één ondernemingsplan, gelijk moet zijn aan de totale waarde van alle goederen die de aanbestedende dienst beoogt te verwerven. Hij heeft zich beroepen op het in het nationale recht en in artikel 17, lid 2, van richtlijn 2004/17 neergelegde verbod op het splitsen van een opdracht met de bedoeling om de Uniedrempels te omzeilen. De CPA had namelijk betrekking op uitvoeringsopdrachten die naar het voorwerp ervan identiek zijn en die binnen een specifiek tijdsbestek door dezelfde partijen worden uitgevoerd.
- 27 Subsidiair stelt verzoeker voor om ervan uit te gaan dat de waarde van de opdracht gelijk is aan de waarde van alle certificaten van oorsprong die in het betreffende kalenderjaar van alle producenten van energie uit hernieuwbare bronnen (waaronder verweerder nr. 1) zijn verworven om te voldoen aan de verplichting om dergelijke certificaten ter clearing aan te bieden.
- 28 Derhalve moet uitlegging worden gegeven aan de in de vijfde vraag genoemde bepalingen van Unierecht teneinde vast te stellen of een overeenkomst zoals de CPA, die strekt tot vaststelling van de voorwaarden inzake de prijs waartegen en de hoeveelheden waarvoor de aanbestedende dienst in de toekomst

uitvoeringsovereenkomsten zal sluiten, als een raamovereenkomst onderhevig is aan het recht inzake overheidsopdrachten (artikel 14, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/17) en hoe in het kader van de procedure tot vaststelling dat de gesloten overeenkomst non-existent is moet worden bepaald dat de Uniedrempels voor de toepassing van de Unierechtelijke regeling inzake overheidsopdrachten zijn overschreden. De vraag die moet worden beantwoord luidt of met het oog op de vaststelling of de betreffende opdracht onder het recht inzake overheidsopdrachten valt in een dergelijke situatie moet worden uitgegaan van de vooraf geraamde waarde van de opdracht, van de waarde die naderhand is geraamd op grond van de werkelijke waarde van de in dat kalenderjaar gesloten uitvoeringstransacties dan wel van de totale waarde van alle verrichte uitvoeringstransacties, waarvan geen enkele afzonderlijk de waarde van de Uniedrempels heeft overschreden.

Zesde vraag

- 29 De bestreden uitspraak berust op de veronderstelling dat wanneer wordt aangenomen dat een verkoopovereenkomst is gesloten in strijd met het recht inzake overheidsopdrachten, namelijk volledig buiten de in dat recht voorgeschreven aanbestedingsprocedure om, de enige toelaatbare procedure om eventueel tegen de geldigheid van die overeenkomst op te komen wordt beheerst door artikel 146 PZP. Die bepaling stelt de voorwaarden vast waaronder een overeenkomst nietig kan worden verklaard. Tegelijkertijd sluit deze bepaling uit dat met het oog op de nietigverklaring van een overeenkomst toepassing wordt gegeven aan artikel 189 van de kodeks postepowania cywilnego (wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Polen) (waarop verzoeker zijn vordering baseert). De opsomming van de voorwaarden voor de nietigverklaring van een overeenkomst uit hoofde van artikel 146 PZP is limitatief van aard. In de feiten van de onderhavige zaak is alleen artikel 146, lid 1, punt 2, PZP relevant. Daarin is bepaald dat „een overeenkomst nietig wordt verklaard indien de aanbestedende dienst geen aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt in de Biuletyn Zamówień Publicznych (bulletin van overheidsopdrachten, Polen) of heeft verzuimd om de aankondiging van de opdracht toe te zenden aan het Publicatiebureau van de Europese Unie”. Deze bepaling vormt de omzetting in Pools recht van artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), van richtlijn 92/13, in de bewoordingen die daaraan zijn gegeven door richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 335, blz. 31).
- 30 De rechterlijke instanties van beide aanleggen hebben deze bepaling aldus uitgelegd dat deze tevens betrekking heeft op situaties waarin de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten in strijd met die verplichting niet is gevolgd. Zij hebben geoordeeld dat krachtens deze bepaling sancties ten aanzien van gevallen van onrechtmatige onderhandse gunning kunnen worden toegepast. Het Hof heeft een dergelijke gedraging namelijk aangemerkt als de meest

zwaarwegende schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten (overweging 14 van richtlijn 2007/66). Naar het oordeel van de genoemde rechterlijke instanties is een situatie waarin een aanbestedende dienst een opdracht rechtstreeks gunt buiten de regels inzake overheidsopdrachten om vervat in de omstandigheid dat de betreffende opdracht niet is aangekondigd. Wanneer de door de PZP vereiste procedure voor het sluiten van een overeenkomst ondanks die verplichting niet is gevolgd, is namelijk evenmin een passende aankondiging van de opdracht bekendgemaakt. De enkele niet-nakoming van de verplichting tot het bekendmaken van een aankondiging volstaat om een procedure tot nietigverklaring van de betreffende overeenkomst uit hoofde van artikel 146 PZP toe te passen. Andersoortige inbreuken op de bepalingen van de PZP vallen binnen de werkingssfeer van de overige punten van artikel 146 PZP of van de bijzondere bepalingen van deze wet.

- 31 De verwijzende rechter is van oordeel dat wanneer de onderhavige zaak ten gronde wordt onderzocht, dit standpunt moet worden gedeeld. Dit wordt ondersteund door de bewoordingen van de overwegingen van de richtlijn. Volgens overweging 14 [van richtlijn 2007/66] dient onderhandse gunning alle gunningen van opdrachten zonder voorafgaande bekendmaking [van een aankondiging] te omvatten. Dit vereist evenwel een naar nationaal recht toelaatbare ruime en functionele uitlegging van artikel 146, lid 1, punt 2, PZP.
- 32 Verzoeker pleit er daarentegen voor om deze bepaling aldus uit te leggen dat wanneer een overheidsopdracht volledig buiten de toepassing van de PZP om wordt gegund, een dergelijke gunning niet kan worden opgevat als een schending van de PZP die bestaat in het niet bekendmaken van een aankondiging van de betreffende opdracht in het relevante publicatieblad. Volgens verzoeker is de opsomming van gronden voor de nietigverklaring van een overheidsopdracht uit hoofde van artikel 146, lid 1, PZP limitatief van aard. Hij is van mening dat van het verzuim als bedoeld in artikel 146, lid 1, punt 2, PZP alleen sprake is wanneer de aanbestedende dienst reeds een gunningsprocedure reeds heeft ingeleid. Hij voert aan dat de wetgever een onderscheid maakt tussen het gunnen van een opdracht zonder de vereiste bekendmaking en het gunnen van een opdracht zonder dat daarbij de bepalingen van de PZP worden toegepast. In dat verband beschouwt hij de niet-toepassing van de PZP als een afzonderlijk geval van schending van deze wet die niet in artikel 146 ervan is vermeld. Een dergelijke uitlegging van artikel 146 PZP maakt de weg vrij voor de in de rechtsleer goedgekeurde mogelijkheid tot het toepassen van de sanctie van nietigheid als bedoeld in artikel 58, lid 1, k.c. Daarnaast voert verzoeker aan dat richtlijn 92/13, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, op een minimale harmonisatie berust. De enkele sanctie van nietigheid als bedoeld in artikel 58, lid 1, k.c. is zwaarwegender dan die van de onverbindendheid van een overeenkomst als bedoeld in artikel 146 PZP. Voor die laatste sanctie gelden namelijk beperkingen, niet alleen wat betreft de gronden voor een eventuele nietigverklaring van de overeenkomst maar tevens wat betreft de in aanmerking te nemen termijn en de entiteiten die om een dergelijke nietigverklaring kunnen verzoeken.

- 33 Volgens de Urząd Zamówień Publicznych (bureau voor overheidsaankopen, Polen) kan naast gevallen van relatieve nietigheid (vernietigbaarheid) van een overeenkomst, namelijk uit hoofde van inbreuken op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten als vastgesteld in artikel 146, leden 1 en 6, PZP, „ook sprake zijn van gevallen van absolute nietigheid van een overeenkomst, namelijk om andere redenen dan die welke verband houden met inbreuken op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (artikel 58 k.c.)”. Dit standpunt biedt evenwel geen uitsluitel over de vraag of sprake is van een schending van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten als zodanig wanneer de in de PZP geregelde procedure voor het sluiten van overeenkomsten niet is gevolgd.

#### Zevende vraag

- 34 De zevende vraag betreft de toepassing van het beginsel van verbod van rechtsmisbruik als een algemeen beginsel van Unierecht. De rechterlijke instanties van beide aanleggen hebben geoordeeld dat het ingediende verzoek tot vaststelling dat de gesloten CPA non-existent is op grond dat deze mogelijk is gesloten buiten het recht inzake overheidsopdrachten om niet kan worden toegewezen omdat daarmee misbruik van het recht wordt gemaakt. Zoals volgt uit de feiten heeft verzoeker zijn vordering ingesteld omdat de uitvoering van de overeenkomst voor hem minder rendabel is geworden nu de beurskoers van de certificaten van oorsprong is gedaald.
- 35 In overeenstemming met het besproken beginsel kunnen de adressaten van het Unierecht zich niet door middel van fraude of misbruik op dat recht beroepen (zie arresten van 6 februari 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, punt 48, 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punt 37, en 11 juli 2018, Commissie/België, C-356/15, EU:C:2018:555, punt 99). Dit beginsel voorkomt derhalve dat het Unierecht op „onbehoorlijke” wijze wordt toegepast. Van misbruik van het Unierecht is sprake wanneer de handelwijze van een justitiabele in strijd is met het doel van het Unierecht (arrest van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark, gevoegde zaken C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135, punten 76, 79 en 80), hoewel die handelwijze tegelijkertijd wel overeenstemt met de letter van dat recht. Wil er sprake zijn van rechtsmisbruik, moet worden vastgesteld dat de justitiabele een „voordeel” aan zijn beroep op het Unierecht ontleent. Volgens de verwijzende rechter moet onder een dergelijk „voordeel” worden verstaan elke toepassing van een Unierechtelijke regel die in overeenstemming is met de vorderingen van de justitiabele die zich op dat recht beroept. Van een dergelijk voordeel is mogelijk sprake wanneer een partij bij een procedure wordt vrijgesteld van de gevolgen van een verbintenis die zij is aangegaan in het kader van een overeenkomst die in strijd is met het Unierecht (of met de nationale bepalingen tot uitvoering van dat recht).
- 36 Om vast te stellen dat een justitiabele misbreuk maakt van het Unierecht moeten twee aspecten worden getoetst, namelijk een objectief en een subjectief aspect (arresten van 6 februari 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, punt 50,



13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punt 31, en 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punt 38). Ten aanzien van het objectieve aspect van de toetsing of sprake is van rechtsmisbruik „moet [...] uit een geheel van objectieve omstandigheden blijken dat, in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt” (zie arresten van 13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punt 32, en 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, punt 52). Het subjectieve aspect houdt verband met het doel dat door de justitiabele wordt nagestreefd en berust eveneens op een analyse van „een geheel van objectieve factoren” (arrest van 13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punten 37 en 39). Daaruit moet blijken dat het voornaamste doel van de met de letter van de wet overeenstemmende handelwijze van de justitiabele erin bestaat een „wederrechtelijk voordeel te verkrijgen” (arresten van 13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punt 33, en 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, punt 40).

- 37 Gelet op de status van het verbod van rechtsmisbruik als een algemeen beginsel van Unierecht dient het Hof in de onderhavige zaak vast te stellen of het feit dat de betrokken justitiabele een exceptie van strijdigheid van de gesloten overeenkomst met de bepalingen van Unierecht en nationaal recht inzake overheidsopdrachten heeft opgeworpen kan worden aangemerkt als een inbreuk op de doelstelling van het Unierecht inzake overheidsopdrachten, wanneer die exceptie door de betrokkene is opgeworpen met de bedoeling om te worden vrijgesteld van de noodzaak om uitvoering te geven aan een door hem gesloten overeenkomst, gelet op de wijziging van de marktomstandigheden waardoor de verdere uitvoering van die overeenkomst minder rendabel voor hem is dan ten tijde van de sluiting van de overeenkomst is aangenomen. In dergelijke omstandigheden is het opwerpen van een exceptie van strijdigheid van een overeenkomst met het recht inzake overheidsopdrachten slechts een voorwendsel om heel andere doelstellingen te bereiken dan die welke door de Uniewetgever zijn nagestreefd toen hij een sanctie heeft geformuleerd voor het sluiten van een overeenkomst zonder dat de rechtens vastgestelde procedure inzake overheidsopdrachten wordt gevolgd.