

**Affaire C-459/23**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

21 juillet 2023

**Juridiction de renvoi :**

Sąd Najwyższy (Pologne)

**Date de la décision de renvoi :**

21 avril 2023

**Partie requérante :**

E. S.A.

**Partie adverse :**

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

---

[OMISSIS]

**ORDONNANCE**

21 avril 2023

Le Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne), Chambre civile en formation :

[OMISSIS]

Lors de l'audience à huis clos le 21 avril 2023 à Varsovie,  
à la suite du pourvoi en cassation formé par E. spółka akcyjna à G.  
contre l'arrêt du Sąd Apelacyjny w Gdańsku [Cour d'appel de Gdansk, Pologne]  
rendu le 13 août 2019, I AGa 74/19,  
dans une affaire relative à un recours introduit par E. spółka akcyjna à G.  
contre W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością à P. et Bank spółka akcyjna  
w W.  
décide,

le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a décidé, conformément à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

1. L'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lu à la lumière de l'interprétation retenue par la Cour dans son arrêt du 6 octobre 2021, W.Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – Nomination) (C 487/19, EU:C:2021:798), doit-il être interprété en ce sens que la désignation d'un juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) aux fins de siéger temporairement dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême), sans que ce juge y ait consenti, viole le principe d'inamovibilité et d'indépendance des juges, par analogie avec la mutation d'un juge d'une juridiction de droit commun entre deux sections de la même juridiction, lorsque :

– le juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) est désigné pour statuer sur des affaires dont l'objet ne correspond pas à la compétence matérielle de la chambre dans laquelle il avait été nommé ;

– le juge ne dispose pas, contre la décision relative à une telle désignation, d'une voie de recours juridictionnelle répondant aux exigences énoncées au point 118 de l'arrêt du 6 octobre 2021, W.Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – Nomination) (C 487/19, EU:C:2021:798) ;

– la décision du premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) relative à la désignation du juge dans une autre chambre et la décision du président chargé des travaux de la chambre civile du Sąd Najwyższy (Cour suprême) au sujet de l'attribution d'affaires spécifiques ont été adoptées par des personnes nommées juges au Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans les mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à l'arrêt du 6 octobre 2021, W.Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – Nomination), étant entendu que, à la lumière de la jurisprudence existante, les procédures judiciaires auxquelles participent de telles personnes sont soit invalides, soit contraires au droit des justiciables à un procès équitable, que consacre l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ;

– le fait de désigner le juge sans son consentement, pour une durée déterminée, dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême) que celle dans laquelle il exerce ses fonctions, tout en l'obligeant de continuer à siéger dans sa chambre d'origine, n'a pas de fondement en droit national ;

– la désignation non consentie du juge aux fins de siéger pour une durée déterminée dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour

suprême) que celle dans laquelle il exerce ses fonctions conduit à violer l'article 6, sous b), de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO 2003, L 299, p. 9) ?

2. Nonobstant la réponse à la première question, l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE doit-il être interprété en ce sens que ne constitue pas un tribunal « établi par la loi » un tribunal constitué à la suite d'une décision du premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) de désigner un juge aux fins de siéger dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême) et d'une décision du président chargé des travaux de la chambre civile du Sąd Najwyższy (Cour suprême) au sujet de l'attribution d'affaires spécifiques, étant entendu que ces décisions ont été adoptées par des personnes nommées juges au Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans les mêmes circonstances que celles de l'affaire W.Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – Nomination) (C-487/19, EU:C:2021:798), alors qu'il ressort de la jurisprudence existante que les procédures judiciaires auxquelles participent de telles personnes sont soit invalides, soit contraires au droit des justiciables à un procès équitable, que consacre l'article 6 de la CEDH ?

3. En cas de réponse affirmative à la première question, ou s'il est répondu à la deuxième question en ce sens que le tribunal ainsi constitué n'est pas un tribunal « établi par la loi », l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et le principe de la primauté du droit de l'Union doivent-ils être interprétés de telle sorte que les juges nommés dans une formation de jugement établie selon les modalités visées dans les première et deuxième questions peuvent refuser d'accomplir des actes dans l'affaire qui leur est confiée, y compris de statuer, en considérant comme inexistantes les décisions consistant à les désigner dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême) et à leur attribuer des affaires spécifiques, ou faut-il considérer que force leur est de statuer, en laissant aux parties le soin de décider si elles contestent éventuellement la décision qu'ils ont rendue au motif qu'elle viole le droit des parties à ce que l'affaire soit entendue par une juridiction répondant aux exigences de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux ?

4. S'il est répondu aux questions précédentes que la juridiction de renvoi est un tribunal établi par la loi au sens de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, l'article 3, paragraphe 3, sous b), lu conjointement avec l'article 20 et avec l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous c), de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, 30.4.2004, p. 1, telle que modifiée) doit-il

être interprété en ce sens qu'une entreprise publique visée à l'article 2, paragraphe 1, sous b), de cette directive, exerçant l'activité de vente en gros et au détail d'électricité, est tenue d'acquérir par voie de marché public les certificats verts visés à l'article 2, sous k) à l), de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (JO L 140, 5.6.2009, p. 1, telle que modifiée) ?

5. En cas de réponse affirmative à la quatrième question, les dispositions combinées de l'article 14 et de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2004/17, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'un accord-cadre entre une telle entreprise et un producteur d'énergie à partir de sources renouvelables doit être conclu selon la procédure prévue pour les marchés publics lorsque la valeur totale estimée (bien que non précisée dans le contrat) des certificats verts acquis en exécution de ce contrat dépasse le seuil prévu à l'article 16, sous a), de ladite directive, mais que la valeur des transactions individuelles conclues en exécution de ce contrat n'excède pas ce seuil ?

6. En cas de réponse affirmative aux questions 4 et 5, la conclusion d'un contrat en méconnaissance totale des règles de passation des marchés publics constitue-t-elle un cas visé à l'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, 23.3.1992, p. 14, telle que modifiée), ou s'agit-il d'un autre cas de violation du droit des marchés publics de l'Union européenne qui permet de déclarer un contrat nul en dehors de la procédure prévue par le droit national transposant la directive précitée ?

7. En cas de réponse affirmative aux questions 4 à 6, le principe général d'interdiction de l'abus de droit doit-il être interprété en ce sens qu'une entreprise adjudicatrice, telle que visée à l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/17, ne peut pas demander l'annulation d'un contrat qu'elle a conclu avec un fournisseur en violation des dispositions nationales transposant les directives de l'Union en matière de marchés publics, alors que le véritable motif pour lequel elle demande l'annulation du contrat n'est pas le respect du droit de l'Union, mais une diminution de la rentabilité de son exécution par l'entreprise adjudicatrice ?

8. Il est sursis à statuer dans le pourvoi en cassation [OMISSIS].

## MOTIVATION

### Les faits et la position des juridictions en première instance et en appel

La requérante (E. Spółka Akcyjna w G.) a introduit un recours visant à établir l'inexistence d'un lien contractuel né de la conclusion, le 24 février 2011, par la requérante et par W. sp. z o.o. in P. (défenderesse n° 1), d'un « contrat de vente de droits de propriété n° [...] » (CPA – *certificate purchase agreement* [contrat d'achat de certificats]). La défenderesse n° 2 est la Bank Spółka Akcyjna.

La requérante a fait valoir dans la requête que le CPA est indubitablement nul parce que celui-ci a pour objet d'imposer aux parties de conclure des contrats pour la vente des droits de propriété des certificats d'origine de l'énergie auxquels la défenderesse n° 1 a droit, en méconnaissance des dispositions de la loi sur les marchés publics. Selon la requérante, le CPA n'est pas un contrat de marché public, il n'a pas pour objet la livraison de marchandises et il n'est pas un contrat à titre onéreux, car il ne fait que préciser les conditions dans lesquelles les contrats d'exécution (transactions ayant pour objet l'achat de certificats d'origine auxquels la défenderesse n° 1 a droit au titre la production d'énergie à partir d'une source d'énergie renouvelable) doivent être conclus. Selon la requérante, le CPA est entaché d'une nullité absolue en vertu de l'article 353<sup>1</sup> lu conjointement avec l'article 58, paragraphe 1 du code civil, lu conjointement en liaison avec l'article 7, paragraphe 3 et avec l'article 132, paragraphe 1, point 3, de l'Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [loi du 29 janvier 2004. – Loi sur les marchés publics] (texte consolidé au jour de la conclusion du contrat de CPA : JO 2010, n° 113, pos. 759, tel que modifié, ci-après dénommée la « loi sur les marchés publics » ou la « LMP »).

Le Sąd Okręgowy w Gdańsku [tribunal régional de Gdansk, Pologne], dans un jugement du 6 décembre 2018. [OMISSIS] a rejeté le recours et a statué sur les dépens de la procédure. Le Sąd Okręgowy w Gdańsku [tribunal régional de Gdansk, Pologne] (ci-après : le « tribunal régional ») a établi les faits suivants, qui ne sont pas contestés par les parties. Les conclusions relatives aux faits sont contraignantes pour le Sąd Najwyższy (Cour suprême).

La requérante exerce une activité de négoce d'électricité (son activité principale). Son unique actionnaire est E. Spółka Akcyjna. Le Trésor public détient plus de 50 % des actions de cette société. La défenderesse n° 1 est active dans la production, le transport et la distribution d'électricité. La défenderesse n° 2 est une banque.

La requérante a conclu un CPA avec la défenderesse n° 1 le 24 février 2011. L'objet de ce dernier était la détermination des conditions de vente de l'ensemble des droits de propriété résultant des certificats d'origine de l'électricité produite par les centrales éoliennes de la défenderesse situées dans deux localités. La défenderesse n° 1 s'est engagée envers la requérante à transférer la propriété de tous les droits de propriété découlant des certificats d'origine reçus dans le cadre

de la production d'énergie à partir d'une source d'énergie renouvelable (SER). La requérante s'est engagée à acquérir tous les droits de propriété de ces certificats par le biais de transactions de gré à gré sur le marché des droits de propriété de la Bourse polonaise de l'énergie. Le CPA a fixé la rémunération des droits de propriété acquis à  $0,91 \times \text{OzJ}$  (la redevance unitaire de substitution applicable pendant la période au cours de laquelle l'énergie a été produite à partir de SER). Le CPA contient des réserves supplémentaires sur le prix minimum et maximum de vente des certificats d'origine de l'énergie produite à partir de SER.

Le CPA a permis à la requérante de s'assurer une source de certificats d'origine, qui seraient ensuite présentés au président de l'Office de régulation de l'énergie (ci-après « le président de l'ORE ») pour annulation, afin de se conformer à l'obligation légale résultant de la mise en œuvre des dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114, telle que modifiée). Pour la défenderesse n° 1, le CPA a constitué une source de financement stable pour le financement des investissements dans la construction des SER.

La défenderesse n° 1 a conclu un accord de cession de créances avec la défenderesse n° 2 pour garantir les créances de la défenderesse n° 2 au titre des contrats de prêt accordés à la défenderesse n° 1.

Initialement, la requérante a acheté des certificats d'origine à la défenderesse n° 1 conformément au CPA. En raison de la chute importante des prix des certificats d'origine de l'énergie sur le marché en 2013, la requérante a tenté de renégocier les conditions de prix fixées dans le CPA, ce que la défenderesse n° 1 n'a pas accepté. Le CPA a été exécuté par les parties du 22 février 2012 au 31 juillet 2017. En septembre 2017, le conseil d'administration de la requérante a décidé de mettre fin à l'exécution d'environ 150 contrats de vente de droits de propriété découlant de certificats d'origine analogues au CPA en cause dans la présente affaire. Comme l'a établi le tribunal régional, les ordres de vente de certificats d'origine présentés par la défenderesse n° 1 n'ont pas été acceptés par la requérante depuis lors. Dans ces circonstances, la défenderesse n° 1 vend des certificats d'origine de l'énergie à d'autres entités.

Dans les faits ainsi établis, le tribunal régional a suivi le raisonnement suivant pour rejeter le recours. Il s'agit d'un raisonnement en cascade.

Premièrement, le tribunal régional a supposé que le CPA fixait les conditions de prix pour la conclusion de contrats d'exécution (contrats de vente de certificats d'origine de l'énergie). Le CPA ne constitue pas un contrat de marché public ou un contrat-cadre au sens de l'article 2, paragraphe 9 bis, de la LMP. La non-application des dispositions de la LMP lors de la conclusion du CPA n'entraîne pas l'invalidité des contrats exécutés. Dans le cadre du contrat de vente

CPA, les parties étaient tenues de conclure, sous certaines conditions, des transactions futures de gré à gré sur la bourse polonaise de l'énergie (TGE).

Deuxièmement, le tribunal régional a supposé que l'objet du CPA était la vente de droits de propriété. L'objet du CPA ne constitue pas une fourniture car, en vertu de la directive 2004/18, une fourniture ne concerne qu'un bien et non un droit de propriété. Ainsi, bien que la LMP polonaise prévoie une définition plus large de la notion de fourniture incluant également l'acquisition de droits (article 2, point 2, de la LMP), le tribunal régional a décidé d'interpréter les dispositions de la LMP d'une manière favorable à l'UE, en réduisant le champ d'application matériel de la loi.

Troisièmement, le tribunal régional a attiré l'attention sur l'article 138a, paragraphe 1, de la LMP, qui établit une distinction entre les notions de « fourniture » et d'« achat de certificats d'origine » [,] et qualifie les certificats eux-mêmes d'autres instruments financiers auxquels l'application de la LMP est exclue en vertu de l'article 4, point 3, sous j), de la LMP. Le tribunal régional a également noté que l'article 138a, paragraphe 1, de la LMP a été modifié en 2015 de manière à exclure l'application de la LMP à l'achat de certificats d'origine de l'énergie, confirmant ainsi la justesse de la pratique commerciale de 2005 à 2015, selon laquelle les dispositions de la LMP n'étaient pas appliquées aux transactions d'achat de certificats d'origine. La modification de l'article 138a de la LMP a été considérée par le tribunal régional comme une modification clarifiant le statut juridique existant et dissipant les doutes éventuels quant à la non-application de la LMP à l'achat de certificats d'origine de l'énergie. Le tribunal régional a également estimé que l'application du régime de la LMP à l'achat de certificats d'origine négociés par l'intermédiaire de la Bourse polonaise de l'énergie n'était pas réaliste et qu'elle n'était pas justifiée par l'axiologie des dispositions relatives aux marchés publics.

Quatrièmement, le tribunal régional a estimé que même si l'on considérait que les dispositions de la LMP étaient applicables au CPA, l'omission des dispositions de la LMP lors de la conclusion des contrats d'exécution ne rendait pas le CPA invalide en tant qu'éventuel accord-cadre. En effet, les contrats conclus en méconnaissance des exigences de la LMP ne sont susceptibles d'être invalidés que dans le cadre de la procédure prévue à l'article 146 de la LMP. La requérante ne pourrait pas faire constater son inexistence en vertu de l'article 189 du code de procédure civile en raison de l'exclusion de l'application de cette disposition par l'article 146, paragraphe 4, lu conjointement avec le paragraphe 1, de la LMP.

Cinquièmement, de l'avis du tribunal régional, le comportement de la requérante qui a demandé à ce que l'inexistence de l'accord-cadre soit établie, sur la base d'allégations selon lesquelles il aurait été conclu en violation des dispositions relatives aux marchés publics que la requérante elle-même n'a pas respectées, constitue une violation du principe de loyauté contractuelle et un abus de droit (article 5 du code civil polonais).

Le Sąd Apelacyjny w Gdańsku [Cour d'appel de Gdańsk, Pologne] (ci-après : la « cour d'appel »), dans son arrêt du 13 août 2019, [OMISSIS] a rejeté l'appel interjeté par la requérante contre le jugement du tribunal régional. La cour d'appel a suivi le raisonnement suivant.

Il n'a pas été contesté par les parties que la valeur totale des transactions conclues dans le cadre de l'exécution du CPA dépassait les seuils de l'UE prévus par la LMP et que la requérante restait sous l'influence dominante du Trésor public.

Premièrement, la question essentielle est de savoir si la requérante avait la qualité de pouvoir adjudicateur sectoriel (article 3, paragraphe 1, point 4, lu conjointement avec l'article 132, paragraphe 1, point 3, de la LMP), c'est-à-dire si elle exerçait une activité sectorielle et si, dans l'affirmative, cette activité était exclue en ce qui concerne l'acquisition des droits de propriété sur les certificats d'origine de l'énergie. Selon ces dispositions, la loi sur les marchés publics s'applique à la passation de marchés publics par des entités exerçant l'activité de « création de réseaux pour la fourniture de services publics liés à la production, au transport ou à la distribution d'électricité [...] ou la fourniture d'électricité [...] à ces réseaux ou la gestion de ces réseaux ». Selon la cour d'appel, l'activité de la requérante n'était pas de cette nature. La requérante est engagée dans le commerce de l'électricité. Le commerce de l'énergie (vente d'énergie) n'est pas une activité de production, de transport ou de distribution d'énergie. L'activité de la requérante n'était pas une activité sectorielle dont l'exercice relevait du régime de la conclusion de contrats de la LMP.

Deuxièmement, le CPA ne constituait pas l'exercice d'une activité sectorielle. L'acquisition de certificats d'origine de l'énergie visait à répondre à l'obligation légale pour les sociétés commerciales d'acquérir de tels instruments dans le cadre du mécanisme de soutien au système des sources d'énergie non conventionnelles.

Troisièmement, la cour d'appel s'est également référée à l'article 138a, paragraphe 1, de la LMP, qui a été modifié en 2015. Cette disposition exclut expressément l'application de la loi LMP à l'achat de certificats d'origine de l'énergie.

Quatrièmement, l'application de la LMP à l'achat de certificats d'origine est également exclue par le fait que le commerce des certificats ne peut avoir lieu que par l'intermédiaire de la bourse polonaise de l'énergie pendant les séances boursières ou dans le cadre de transactions en séance, sur la base de contrats de vente conclus à l'avance (article 46, paragraphe 10, de la loi sur les sources d'énergie renouvelables).

Cinquièmement, l'article 189 du code polonais de procédure civile ne peut être appliqué en l'espèce. En vertu de l'article 146, paragraphe 1, de la LMP, un contrat est susceptible d'être invalidé en cas de survenance des cas de violation de la loi énumérés ci-dessus (points 1 à 6). L'article 146, paragraphe 4 de la LMP exclut la possibilité d'annuler un contrat sur la base de l'article 189 du code



polonais de procédure civile en présence des motifs spécifiés à l'article 146, paragraphe 1 et 6 de la LMP. Même si l'on supposait que la LMP s'appliquait aux CPA et aux contrats d'exécution, la prémisse de leur invalidation était énoncée à l'article 146, paragraphe 1, point 2, de la LMP, étant donné que la requérante n'avait pas publié d'avis de marché au Bulletin polonais des marchés publics et n'avait pas transmis l'avis de marché à l'Office des publications de l'UE.

### **La procédure devant le Sąd Najwyższy (Cour suprême)**

La requérante s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel, en demandant au Sąd Najwyższy (Cour suprême) de procéder à l'examen du pourvoi lors de l'audience, d'annuler l'arrêt attaqué dans son intégralité et de renvoyer l'affaire devant la cour d'appel pour réexamen, en laissant à cette juridiction le soin de statuer sur les dépens de la procédure de cassation, y compris les frais de représentation légale selon les normes prescrites, ou, dans l'alternative, si le Sąd Najwyższy (Cour suprême) décidait que les moyens tirés de la violation du droit matériel invoqués dans le pourvoi en cassation étaient manifestement justifiés, alors que, dans le même temps, les moyens tirés de la violation des dispositions procédurales ne seraient pas justifiés, en lui demandant d'annuler l'arrêt attaqué dans son intégralité et de statuer sur le fond de l'affaire en établissant l'inexistence du lien juridique prétendument né de la conclusion du CPA, de condamner chacune des défenderesses aux dépens de la procédure, y compris les frais de représentation juridique en première et deuxième instance, conformément aux normes prescrites, et de condamner la défenderesse n° 1, en vertu de l'article 398<sup>16</sup>, lu conjointement avec l'article 415, tous deux du Kodeks Postępowania Cywilnego (code polonais de procédure civile), à restituer la prestation accomplie sous la forme du paiement par la requérante du montant de 57 303,38 PLN, à titre de remboursement des dépens de la procédure.

La requérante soulève dans son pourvoi de nombreux moyens tirés de la violation du droit procédural et du droit matériel national. La requérante a notamment allégué une violation de dispositions du droit matériel, à savoir (-) de l'article 132, paragraphe 1, point 3, de la LMP, au motif qu'il aurait été interprété de manière erronée comme signifiant que : cette disposition définit les activités sectorielles comme des activités consistant en : (i) la production, (ii) le transport et (iii) la distribution d'électricité, alors que cette disposition qualifie d'activités sectorielles (i) la création de [certains réseaux], la gestion de [ces réseaux] ou la fourniture [d'électricité à ces réseaux], ce qui a conduit la cour d'appel à conclure de manière erronée que le négoce de l'électricité n'est pas une activité sectorielle ; que le négoce d'électricité ne constitue pas une « fourniture d'électricité au réseau » et ne constitue donc pas une activité sectorielle ; et que l'acquisition par un acheteur sectoriel de droits de propriété découlant de certificats d'origine en vue de les soumettre au président de l'ORE pour annulation n'est pas une passation de marchés publics « aux fins » de l'exercice d'une activité sectorielle ; (-) de l'article 32, paragraphes 2 et 4, de la LMP dans sa version du 24 février 2011, en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel],

qui a supposé que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur a l'intention d'acquérir des biens de type identique dans le cadre de contrats de vente conclus avec un seul contractant, périodiquement, pendant une durée déterminée, dans le cadre de la mise en œuvre d'un seul projet économique, ces dispositions n'exigent pas que la valeur totale de tous les biens dont l'acquisition est couverte par l'intention du pouvoir adjudicateur soit considérée comme ce qu'il est convenu d'appeler la valeur du marché (c'est-à-dire la valeur pertinente pour déterminer l'obligation d'appliquer la LMP) ; à titre subsidiaire, [la requérante a invoqué] la violation du droit matériel, c'est-à-dire de l'article 34, paragraphe 1, de la LMP dans sa version du 24 février 2011, en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel], qui a supposé que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur entend acquérir des biens de même nature sur la base de contrats de vente périodiques conclus avec un seul contractant, cette disposition n'exigeait pas que la valeur totale de ces biens que le pouvoir adjudicateur entendait acquérir auprès de ce contractant au cours des douze mois suivant la conclusion du premier des contrats envisagés soit considérée comme ce qu'il est convenu d'appeler la valeur du marché ; à titre subsidiaire, [la requérante a invoqué la violation de] l'article 34, paragraphe 1, de la LMP dans sa version du 24 février 2011 en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel], qui a supposé que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur entend acquérir des biens du même type sur la base de contrats de vente périodiques conclus avec plusieurs contractants, cette disposition ne l'oblige pas à considérer que le total de (i) la valeur des biens du type en question acquis (auprès de tous les contractants) au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, compte tenu de l'évolution des quantités de services ou de fournitures acquis et de l'indice moyen annuel des prix à la consommation prévu pour l'année en question, ou (ii) des biens du type en question que ce pouvoir adjudicateur avait l'intention d'acquérir (auprès de tous les contractants) dans un délai de douze mois à compter de la date de conclusion du premier contrat envisagé pour la vente de ces biens soit considéré comme ce qu'il est convenu d'appeler la valeur du marché. En outre, la requérante a allégué une violation (-) de l'article 138a, paragraphe 1, de la LMP, dans la version du 24 février 2011, en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel], qui a supposé que cette disposition excluait l'obligation d'appliquer la LMP à l'acquisition de certificats d'origine ; (-) de l'article 146, paragraphe 1, point 2, de la LMP dans la version du 24 février 2011, en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel], qui a supposé que c'est « l'absence de publication d'un avis de marché au Bulletin polonais des marchés publics ou l'absence de transmission d'un avis de marché à l'Office des publications de l'Union européenne » visée dans cette disposition qui constitue l'omission complète de l'application des dispositions de la LMP lors de la passation d'un marché ; (-) de l'article 5 du code civil polonais, par son interprétation erronée, consistant à considérer que l'introduction d'une action visant à faire constater l'inexistence d'un rapport de droit en raison de la nullité absolue d'un acte juridique constitue l'exercice d'un droit subjectif ; (-) de l'article 189 du code polonais de procédure civile, en raison de l'interprétation erronée qui en a été faite [par la cour d'appel], qui a considéré que, tant que la condition suspensive n'est

pas réalisée, l'entité qui est le débiteur d'une relation juridique continue en vertu du contrat n'a pas d'intérêt juridique à intenter une action visant à établir l'inexistence de cette relation contre l'entité à laquelle les créances découlant de ce contrat ont été cédées en vertu de la condition suspensive.

Il ressort de l'exposé de ces moyens que la requérante invoque une violation de ces dispositions en ce qu'elles auraient été interprétées d'une manière contraire à l'interprétation correcte des dispositions des directives de l'UE (directives 2004/17 ; 2009/28 ; 92/13, 2014/25). Par conséquent, la décision sur le bien-fondé des moyens du pourvoi en cassation exige une détermination préalable de la manière dont les dispositions du droit de l'UE qui ont été transposées en droit polonais par les dispositions nationales citées dans les moyens du pourvoi en cassation doivent être interprétées.

Par ordonnance du 26 mai 2020, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a accepté d'examiner le pourvoi en cassation. Par décision du 2 juin 2020, le président de l'ICSN a confié l'affaire, enregistrée sous le numéro II CSKP 1588/22, au juge Karol Weitz.

Par décision n° 23/2023 du 15 février 2023 relative à la désignation d'un juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) aux fins de siéger pour une durée déterminée à la chambre civile, le premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) [ci-après : le « PPSN »] a désigné le juge Dawid Miąsik aux fins de siéger à la chambre civile pour une période déterminée courant du 1<sup>er</sup> avril au 30 juin 2023, tout en fixant les règles d'attribution des affaires pour chaque mois de la période de désignation (en tant que juge rapporteur pour deux affaires parmi les plus anciennes inscrites au répertoire CSKP ou CNPP, et en tant que juge siégeant en qualité autre que celle de rapporteur dans des affaires traitées en formation de jugement à plusieurs juges). Par décision de l'ICSN du 2 mars 2023, l'affaire II CSKP 1588/22 a ensuite été confiée au juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) Dawid Miąsik, et c'est la décision n° 25/2023 susmentionnée qui a constitué la base du changement du juge rapporteur, avec fixation prévue de l'audience pour cette affaire en avril 2023.

Par décision du 22 mars 2023, la date du huis clos a été fixée au 21 avril 2023 (conformément au calendrier des réunions établi par le président de l'ICSN). Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) ainsi constitué pour connaître de la présente affaire est composée de deux juges de la Chambre du travail et de l'assurance sociale (ci-après : IPIUS) du Sąd Najwyższy (Cour suprême) et- en tant que président de séance – d'un juge qui siège normalement à la Chambre civile du Sąd Najwyższy (Cour suprême). La juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) Jolanta Frańczak a été désignée de la même manière que le juge rapporteur.

## **Dispositions de droit polonais**

### **Dans les questions 1 à 3**

## **L'ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Loi du 8 décembre 2017 sur le Sąd Najwyższy (Cour suprême))**

- **1. Article 1<sup>er</sup>** : Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) est une autorité du pouvoir judiciaire créée pour : 1) exercer l'administration de la justice de manière à : a) assurer la conformité au droit et l'uniformité des décisions des juridictions de droit commun et des tribunaux militaires en statuant sur les recours et en adoptant des résolutions réglant les questions juridiques [...].
- **Article 3** : Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) se compose des chambres suivantes : 1) civile [Izba Cywilna] ; criminelle [Izba Karna] ; du travail et des assurances sociales [Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych] ; 4) de contrôle extraordinaire et des affaires publiques [Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych] ; 4a) de responsabilité professionnelle [Izba Odpowiedzialności Zawodowej] ;
- **Article 30** : § 1 Peut être nommé au poste de juge au Sąd Najwyższy (Cour suprême) une personne qui : 1) possède exclusivement la citoyenneté polonaise et jouit de la plénitude de ses droits civils et politiques ; 2) n'a pas fait l'objet d'une condamnation définitive pour infraction commise de manière délibérée et passible de poursuites par le ministère public ou pour infraction de nature fiscale commise de manière délibérée, ou qui n'a pas fait l'objet d'un jugement définitif mettant un terme conditionnel à une procédure pénale afférente à la commission d'une infraction commise de manière délibérée passible de poursuites par le ministère public ou d'une infraction de nature fiscale commise de manière délibérée ; 3) a atteint l'âge de 40 ans ; 4) a une conduite irréprochable ; 5) a achevé des études supérieures juridiques en Pologne et a obtenu le titre de Magister (maîtrise), ou a achevé des études juridiques à l'étranger, reconnues en Pologne ; 6) se distingue par un haut niveau de connaissances juridiques ;
- **Article 31, § 3** La candidature est soumise par dépôt d'un formulaire de candidature à un poste de juge vacant auprès du Sąd Najwyższy (Cour suprême), au sein de la chambre visée dans l'annonce, accompagné d'un extrait du Krajowy Rejestr Karny (casier judiciaire national) du candidat, sauf si le candidat est juge ou procureur, ainsi que d'une attestation constatant son aptitude à l'exercice des fonctions de juge, eu égard à son état de santé ;
- **Article 35, § 1** Un juge est affecté à une chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême) au poste qu'il a indiqué sur le formulaire de candidature visé à l'article 31, paragraphe 3.

§ 2 Avec son consentement, un juge peut être réaffecté par le premier président de la Cour suprême à un poste dans une autre chambre.

§ 3 Un juge peut être désigné, avec son consentement, par le premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) pour participer à l'examen d'une affaire particulière dans une autre chambre, aux fins de siéger pour une durée déterminée

dans une autre chambre. Un juge peut être désigné aux fins de siéger dans une autre chambre, sans son consentement, pour une durée maximale de six mois par an. À l'issue de la période pour laquelle le juge a été désigné pour siéger dans une autre chambre, le juge concerné s'occupe des affaires qui lui ont été confiées dans cette chambre jusqu'à leur clôture.

**L'ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (loi du 27 juillet 2001 relative aux juridictions de droit commun)**

- **Article 22a**, § 5 : Le juge ou le juge auxiliaire dont les attributions ont été modifiées, de telle sorte que le périmètre de ses responsabilités en a été changé, en particulier en raison d'un transfert dans une autre section de la juridiction concernée, peut former un recours devant la Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature) dans un délai de sept jours à compter de l'attribution de ses nouvelles responsabilités. Aucun recours n'est ouvert en cas : 1) de transfert vers une section chargée de statuer sur des affaires qui relèvent du même domaine ; [2)] d'attribution de responsabilités au sein d'une même section, en vertu de règles applicables aux autres juges et, en particulier, en cas de révocation d'une affectation à une section ou à une autre forme de spécialisation.

§ 6 Le recours visé au paragraphe 5 est introduit par l'intermédiaire du président de la juridiction concernée qui a procédé à la répartition des tâches faisant l'objet dudit recours. Ledit président communique le recours à la Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature) dans un délai de 14 jours à compter de sa réception, accompagné de sa position dans l'affaire. La Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature) adopte une décision accueillant ou rejetant le recours formé par le juge, en tenant compte des éléments visés au paragraphe 1. Il n'est pas nécessaire que la décision de la Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature) adoptée sur le recours visé au paragraphe 5 soit motivée. La décision de la Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature) n'est pas susceptible de recours. Dans l'attente de la décision, le juge ou le juge auxiliaire s'acquitte de ses responsabilités existantes.

**L'ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (loi du 26 juin 1974 portant code du travail)**

- **Article 140** Dans les cas justifiés par le type de travail, par l'organisation de celui-ci ou le lieu où il est effectué, un régime dit du « temps de travail convenu pour la réalisation de tâches déterminées » (system zadaniowego czasu pracy) peut être appliqué. L'employeur détermine, en concertation avec le travailleur, le temps nécessaire à l'exécution des tâches assignées, en tenant compte du temps de travail résultant des règles fixées à l'article 129 du code du travail.

**Dans les questions 4 à 8**

**L'ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [loi du 29 janvier 2004 sur les marchés publics]**

- **article 132 (dans sa rédaction en vigueur au jour de la conclusion du contrat)** 1. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 3, paragraphe 1, point 3, et leurs associations et par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 3, paragraphe 1, point 4, ci-après dénommés « marchés sectoriels », sous réserve de l'article 3, paragraphe 1, point 5, lorsque le marché est passé en vue de la poursuite de l'une des activités suivantes :

[...] [3) la création de réseaux pour la fourniture de services publics relatifs à la production, au transport ou à la distribution d'électricité, de gaz ou de chauffage, ou la fourniture d'électricité, de gaz ou de chauffage à ces réseaux, ou la gestion de ces réseaux ;

- **article 138a (dans sa rédaction en vigueur à partir de 2015)** 1. Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent des activités visées à l'article 132, paragraphe 1, points 1 et 3, n'appliquent pas la loi à la passation de marchés sectoriels pour la fourniture d'électricité, de combustibles gazeux ou de chauffage et de carburants pour la production d'énergie, ainsi qu'à l'achat de certificats d'origine, de certificats d'origine de biogaz agricole, de certificats d'origine de cogénération et de certificats d'efficacité énergétique en vue de satisfaire à l'obligation visée à l'article 9a, paragraphe 1, point 1, de l'ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 755, z późn. zm.) [loi sur l'énergie du 10 avril 1997 (Journal officiel de 2019, pos. 755, telle que modifiée)], ou pour remplir l'obligation visée à l'article 52, paragraphe 1, point 1, de l'ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389, z późn. zm) [loi du 20 février 2015 relative aux sources d'énergie renouvelables (Journal officiel de 2018, pos. 2389, telle que modifiée)] ou pour remplir l'obligation visée à l'article 10, paragraphe 1, point 2, de l'ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 545, 1030 i 1210) [loi du 20 mai 2016 relative à l'efficacité énergétique (Journal officiel de 2019, pos. 545, 1030 et 1210)].

- **Article 146 (dans sa rédaction en vigueur au jour de la conclusion du contrat)** 1. Le contrat doit être annulé si le pouvoir adjudicateur :

1) en violation des dispositions de la loi, a appliqué la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure de la négociation directe ;

2) n'a pas publié d'avis de marché au Bulletin des marchés publics ou n'a pas transmis d'avis de marché à l'Office des publications de l'Union européenne ;

3) a conclu le contrat en violation de l'article 94, paragraphe 1, ou de l'article 183, paragraphe 1, si cela a empêché la chambre de faire droit au recours avant la conclusion du contrat ;

4) a empêché les opérateurs économiques non encore admis à participer au système d'acquisition dynamique de présenter des offres indicatives ou a empêché les opérateurs économiques admis à participer au système d'acquisition

dynamique de présenter des offres dans la procédure de passation de marché menée dans le cadre de ce système ;

5) a passé un marché sur la base d'un contrat-cadre avant l'expiration du délai prévu à l'article 94, paragraphe 1, en cas de violation de l'article 101, paragraphe 1, point 2 ;

6) en violation des dispositions de la loi, a appliqué la procédure d'enquête sur les prix.

[...]

4. Pour les motifs visés aux paragraphes 1 et 6, la nullité d'un contrat ne saurait être demandée sur le fondement de l'article 189 de l'ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [loi du 17 novembre 1964 portant code civil].

En examinant les questions préjudicielles au titre de l'article 267 TFUE, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a pris en compte les éléments suivants :

### Questions 1 à 3

1. Les questions 1 à 3 concernent les garanties dont disposent les juges d'un tribunal de dernière instance d'un État membre pour protéger l'exercice du droit des parties à un procès équitable devant un tribunal établi par la loi dans le cas où les juges sont désignés par les autorités du tribunal pour siéger dans une autre unité organisationnelle de ce tribunal national.
2. En ce qui concerne les questions 1 à 3, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans sa présente formation partage les points de vue exprimés dans les décisions du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 3 avril 2023. [OMISSIS] [C-422/23] et [OMISSIS] [C-455/23]. Reprenant en l'espèce les questions déjà formulées dans l'affaire [OMISSIS] [C-455/23], le Sąd Najwyższy (Cour suprême) se limite à exposer les arguments clés, en renvoyant à l'analyse plus large du droit national contenue dans la motivation de l'ordonnance [C-455/23].
3. Les doutes du Sąd Najwyższy (Cour suprême) portent sur l'interprétation du droit de l'Union sur la question de savoir si la juridiction de renvoi dans sa formation actuelle, façonnée par des ordonnances du premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) (PPSN) et du président de la chambre civile du Sąd Najwyższy [Cour suprême, Pologne] (PICSN), répond aux critères d'une juridiction tels qu'ils ont été énoncés, notamment, dans l'affaire C-487/19. La juridiction de renvoi est composée d'un juge de la Chambre civile du Sąd Najwyższy (Cour suprême) (président) et de deux juges de la Chambre du travail et des assurances sociales. Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) éprouve des doutes au sujet de l'interprétation des dispositions du droit de l'Union en ce qui concerne la désignation de la formation chargée

de statuer sur le pourvoi [dans la présente affaire]. [OMISSIS] Les juges de la chambre du travail et des assurances sociales ont été désignés pour siéger à la chambre civile sans leur consentement, ce qui viole le principe d'inamovibilité et d'indépendance des juges et porte atteinte au droit à un procès équitable et donc au principe de protection juridictionnelle effective dans une affaire de l'Union telle que la présente.

4. Il existe en droit interne une norme (article 35, paragraphe 3 de l'ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, (loi sur le Sąd Najwyższy (Cour suprême)) (ci-après la loi sur le SN), qui permet au PPSN de nommer un juge pour siéger dans une autre chambre. L'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN permet de désigner un juge pour statuer (sans son consentement) uniquement sur une affaire spécifique (désignée dans l'ordonnance du PPSN). Jusqu'à présent, de telles désignations ne se sont produites que lorsque l'objet d'une affaire donnée chevauchait la compétence de deux chambres du Sąd Najwyższy (Cour suprême) (par exemple, Résolution du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 20 novembre 2015, CZP 17/15 [OMISSIS] sur les effets de l'inscription d'une clause contractuelle illicite au registre visé par la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29, telle que modifiée). Cette possibilité peut également être exercée lorsque, parce que tous les juges d'une chambre donnée du Sąd Najwyższy (Cour suprême) se sont récusés, il serait nécessaire que l'affaire soit entendue par les juges d'une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême). Une autre possibilité prévue à l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN, est la délégation pour statuer pour une durée déterminée dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême). Le juge ne statue alors que dans la chambre dans laquelle il a été délégué, et non en parallèle dans sa chambre d'origine et dans la nouvelle chambre avec un nombre plus important d'affaires à trancher attribuées. Cette disposition ne prévoit pas une situation telle que celle de l'espèce, en vertu de laquelle, pendant la période où il est désigné pour statuer dans une autre chambre, le juge a une obligation permanente de statuer dans sa chambre d'origine. La nomination des juges de la Chambre du travail et des assurances sociales était donc contraire au droit polonais.
5. Dans le même temps, les juges désignés pour statuer dans la [présente] affaire [OMISSIS] n'ont bénéficié d'aucune protection juridique. Il résulte de l'interprétation de l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN que le législateur n'a pas respecté l'obligation de se conformer à la norme de l'UE décrite dans l'affaire C-487/19 (point 118 de la motivation de l'arrêt) en ce qui concerne les juges des tribunaux ordinaires. Par conséquent, il est nécessaire que la CJUE intervienne dans ce domaine pour déterminer si de telles actions du PPSN ne violent pas le principe d'inamovibilité et d'indépendance des juges, lorsque la décision du PPSN de nommer un juge dans une autre chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême), tout en lui



laissant la charge de sa chambre d'origine, ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

6. Il découle de la position du premier président du Sąd Najwyższy qu'un juge désigné en vertu de l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN, n'a pas de droit de recours [OMISSIS], [lien vers le discours du PPSN]. Le premier président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) estime que la règle fixée à l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN est exhaustive et ne permet pas une application mutatis mutandis des dispositions de l'ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (loi du 27 juillet 2001 loi sur l'organisation des juridictions de droit commun) (texte consolidé : JO 2023, position 217 – article 22a, paragraphe 6).
7. Pour les besoins de l'argumentation, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) note que le Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national polonais de la magistrature, ci-après : le « KRS ») permet, par analogie, un réexamen de la décision du PPSN de nommer [un juge] pour statuer dans une autre chambre. Toutefois, cela ne signifie pas garantir la voie de recours requise à la lumière de l'arrêt du 6 octobre 2021 dans l'affaire C-487/19. Le KRS est en effet une entité dépendant des autorités politiques nationales (arrêt du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 5 décembre 2019, III PO 7/18 [OMISSIS] ; résolution des Chambres réunies civile, pénale et du travail et des assurances sociales du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 23 janvier 2020. BSA I-4110-1/20 [OMISSIS]), et il n'a pas non plus le statut de tribunal. À son tour, un recours contre une résolution du KRS est examiné par la Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques du Sąd Najwyższy (Cour suprême), composée de juges nommés dans des circonstances évaluées en termes d'exercice du droit à un tribunal par la CJUE dans l'affaire C-487/19. Selon la position de la Cour EDH, les arrêts rendus par cette chambre du Sąd Najwyższy (Cour suprême) violent le droit à un tribunal (arrêt de la Cour EDH du 22 juillet 2021, affaire 43447/19, Reczkowicz c. Pologne).
8. La juridiction de renvoi ne peut pas non plus utiliser la possibilité d'apprécier la constitutionnalité de l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur le SN en l'espèce, car la voie du contrôle constitutionnel ne fonctionne pas (voir arrêt du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 5 décembre 2019, III PO 7/18 [OMISSIS] ; arrêt de la CEDH du 7 mai 2021, affaire – 4907/18, Xero Flor Sp. z o.o. c. Pologne [OMISSIS] ; arrêt du Naczelny Sąd Administracyjny [Cour administrative suprême] du 16 novembre 2022, [OMISSIS] [OMISSIS] ).
9. En outre, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) admet qu'une nomination pour statuer dans une autre chambre ne porte pas atteinte au droit d'une partie à un procès équitable lorsqu'elle tient compte de la compétence matérielle du juge pour statuer sur une catégorie spécifique d'affaires (par exemple, si le juge rapporteur en l'espèce avait été nommé pour statuer dans la chambre civile dans des affaires de droit de la concurrence, sur lesquelles a statué

jusqu'en 2018, c'est-à-dire jusqu'à ce que la compétence de la chambre du travail et des assurances sociales ait été modifiée, ou dans des affaires concernant la propriété intellectuelle ou des questions d'application judiciaire du droit de l'UE, qu'il a traitées et qu'il traite de manière académique). Le juge dispose alors des connaissances et de l'expérience, garantissant le bon traitement de l'affaire et enrichissant considérablement le niveau de connaissances des juges de la chambre dans laquelle l'affaire a été enregistrée et est jugée. Lorsque, en revanche, cette nomination n'est pas fondée sur les compétences de fond du juge, le droit de la partie à un procès équitable peut être violé. La juridiction de renvoi note que la division du Sąd Najwyższy (Cour suprême) en unités organisationnelles individuelles a toujours été fondée sur un critère matériel. Elle a été perturbée par les changements introduits depuis 2018. Les juges ayant des connaissances et une expérience professionnelle correspondant à la compétence de la chambre en question ont toujours été élus dans les différentes chambres avant 2018. Cela se justifie par les particularités du fonctionnement du Sąd Najwyższy (Cour suprême). Les affaires sont renvoyées à une date d'audience dans l'ordre de réception. La formation du Sąd Najwyższy (Cour suprême) qui est désignée pour une audience donnée avec un préavis d'environ deux mois actuellement, doit entendre l'affaire désignée pour l'audience à une date spécifique, si le juge rapporteur ou tous les membres de la formation ont considéré que l'affaire est « prête » à être tranchée. Ce mode de fonctionnement nécessite au moins une certaine spécialisation en raison du rythme de travail. Au sein de la Chambre du travail et des assurances sociales, un juge agit en tant que rapporteur dans au moins 9 et au maximum 30 affaires par mois (les juges fonctionnels statuent dans une moindre mesure). En tant que membre d'un collège de trois personnes, il peut en outre statuer sur 6 à 18 affaires supplémentaires. Cela signifie qu'il doit être prêt à statuer sur un minimum de 15 et un maximum de 48 affaires par mois. Compte tenu du nombre d'affaires inscrites au rôle et de l'absence d'un appareil important de soutien aux juges (les juges sont assistés d'un assistant), il est nécessaire d'avoir une connaissance approfondie des domaines du droit dans lesquels le juge statue habituellement. Ce n'est qu'ensuite, dans le cas d'affaires inhabituelles, « nouvelles », compliquées, multithématiques, [ou] à la limite d'autres domaines du droit, qu'il est possible de préparer de manière fiable l'affaire en vue d'une décision dans le délai résultant du plan de session lors de la session en composition de trois juges. En l'absence d'une telle spécialisation, les juges du Sąd Najwyższy (Cour suprême) devront à chaque fois se familiariser avec l'objet d'une affaire donnée sur une base ad hoc, ce qui, compte tenu du mode susmentionné d'organisation du travail au Sąd Najwyższy (Cour suprême), risque de n'aboutir qu'à une préparation fragmentaire de l'affaire.

10. Il convient également de soulever une autre question, celle de savoir si la décision du PPSN de désigner un juge aux fins de siéger à la chambre civile du Sąd Najwyższy (Cour suprême) n'empiète pas sur le mécanisme de garantie régi par l'article 6 ter de la directive 2003/88/CE du Parlement

européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 299, 18.11.2003, p. 9, ci-après la « directive 88/2003 »). Cette question n'a pas encore été examinée par la Cour (voir les questions préjudicielles dans l'affaire C-41/23).

11. En droit national, le temps de travail d'un juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) (article 43 de la loi sur la Cour suprême) est déterminé par l'étendue de ses tâches (comme pour un juge d'une juridiction de droit commun – article 83 de la loi du 27 juillet 2001. Dz. 2023, pos. 217 telle que modifiée). Dans l'ordre juridique national, il y a lieu de mentionner la résolution du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 8 avril 2009, II PZP 2/09 [OMISSIS], qui souligne les différences entre le temps de travail convenu pour la réalisation de tâches déterminées, qui est régi par le code du travail, et le temps de travail des juges, qui dépend de l'étendue des tâches qui leur sont confiées. En outre, il a été souligné que la réglementation du temps de travail des juges ne met pas en œuvre les dispositions de la directive, en ce qu'elle ne prévoit pas de droit au repos, et que, à cet égard, il convient, sur la base de l'article 5 du code du travail, d'appliquer les règles du kodeks pracy (code polonais du travail). Conformément à la directive 88/2003, les juges devraient également bénéficier de périodes minimales de repos garanties, sans que leur temps de travail n'excède 48 heures par semaine au cours de la période de référence. Depuis cette résolution, le législateur n'a pas modifié les règles relatives au temps de travail des juges. Entre-temps, le juge de l'IPiUS du Sąd Najwyższy (Cour suprême) affecté à l'ICSN dispose de facto d'une session de plus que les juges statuant normalement dans cette chambre [4 sessions en un mois (3 en IPiUS + 1 en IC), contre 3 sessions en IC en un mois].
12. Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) confirme également que tant le PPSN que le PICSN, dont les ordonnances ont façonné la formation statuant dans cette affaire, ont été nommés à des postes de juges au Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans les mêmes circonstances que dans l'affaire C-487/19. Une question préjudicielle a déjà été posée par le Sąd Najwyższy (Cour suprême) à cet égard (voir décision du 2 septembre 2021, [OMISSIS], c'est une affaire actuellement pendante enregistrée à la CJUE sous le numéro de référence C-658/22 [OMISSIS]). La juridiction de renvoi relève également que, par ordonnance du 23 septembre 2022 (III CZP 43/22), le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a posé des questions préjudicielles à la Cour sur le point de savoir si les articles 2 et 6, paragraphes 1 et 3, et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lus en combinaison avec l'article 47 de la Charte et l'article 267 TFUE, doivent être interprétés en ce sens qu'un acte fixant la composition d'une formation de jugement du Sąd Najwyższy (Cour suprême), tel qu'une ordonnance du premier président du Sąd Najwyższy, ne produit pas d'effet juridique lorsque cette formation de jugement ainsi composée n'est pas un tribunal indépendant et impartial préalablement établi par la loi, au sens du droit de l'Union, notamment compte tenu des circonstances suivantes : [a)] le fait qu'aient participé à la formation de

jugement collégiale des personnes nommées à la fonction de juge du Sąd Najwyższy (Cour suprême) de façon manifestement contraire aux dispositions du droit national sur la nomination des juges, ainsi qu'il a été constaté dans des décisions définitives de la plus haute juridiction du pays, étant entendu que ces personnes constituent la majorité de la formation de jugement ; b) le fait que la formation de jugement ainsi composée ait été constituée par le président du Sąd Najwyższy (Cour suprême), lequel a été nommé dans les mêmes circonstances à la fonction de juge au Sąd Najwyższy (Cour suprême), et nommé au poste de président du Sąd Najwyższy (Cour suprême) en violation des principes régissant la nomination d'un juge au Sąd Najwyższy (Cour suprême). À la date d'adoption de l'ordonnance [OMISSIS] [dans l'affaire C-455/23], cette question n'avait pas encore été transmise à la Cour.

13. Le Sąd Najwyższy (Cour suprême) attire également l'attention de la CJUE sur le fait que le PPSN bloque la possibilité d'exécuter les arrêts de la CJUE dans les affaires C-508/19 et [de C-491/20 à 496/20, C-506/20, C-509 /20] et C-511 /20. Les dossiers n'ont pas été restitués à la Chambre du travail et des assurances sociales après avoir été renvoyés par la CJUE. Parallèlement, dans l'affaire qui a donné lieu à la demande de décision préjudicielle C-487/19, la composition du Sąd Najwyższy (Cour suprême) a été modifiée par le président de l'ICSN de manière à ce que la majorité soit détenue par des personnes nommées au Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans les circonstances couvertes par l'arrêt C-487/19. L'affaire n'a pas été résolue à ce jour.

#### Question n° 4

14. Si l'affaire est jugée au fond, l'interprétation de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2004/17 revêt une importance capitale aux fins de l'appréciation du bien-fondé du pourvoi en cassation de la partie requérante. Il est contesté que le droit de l'Union doive être interprété en ce sens qu'une société de négoce d'électricité est tenue d'acheter des certificats verts conformément à la procédure prévue par le droit de l'Union en matière de marchés publics. Il ressort de la disposition citée de la directive 2004/17 que celle-ci concerne deux types d'activités : a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le cadre de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ; b) la fourniture d'électricité à ces réseaux.
15. Cette disposition de la jurisprudence interne, du moins celle qui est connue du Sąd Najwyższy (Cour suprême) dans la présente formation, et fondée sur l'article 132, paragraphe 1, point 3, de la LMP de 2004, est interprétée en ce sens qu'elle ne couvre pas les entreprises telles que la requérante (ainsi dans les décisions des juridictions des deux instances dans la présente affaire et dans le jugement du tribunal régional de Varsovie du 6 juin 2018, XVI GC 805/17 rendu dans une affaire ayant le même objet que la présente).

- L'article 132, paragraphe 1, point 3, de la LMP ne considérait comme activités sectorielles que « la création de réseaux » destinés à fournir des services liés à la production, au transport ou à la distribution d'électricité et la « fourniture d'électricité à ces réseaux ». La requérante n'est pas une productrice d'électricité et elle ne fournit donc pas d'« électricité au réseau ». Elle ne construit pas non plus de réseau.
16. Ce n'est que depuis le 28 juillet 2016 que l'article 132, paragraphe 1a, de la LMP est en vigueur (il a été ajouté par la loi du 22 juin 2016 modifiant la loi – Loi sur les marchés publics et certaines autres lois JO pos. 1020), selon lequel « [l]a distribution visée au paragraphe 1, points 3 et 4, s'entend également comme la vente en gros et la vente au détail ». Il résulte de cette disposition que ce n'est qu'après la conclusion du CPA qu'a été introduite la réglementation en vertu de laquelle la requérante, active dans le commerce de l'énergie, a été assimilée à un pouvoir adjudicateur sectoriel. L'ajout du paragraphe 1a à l'article 132 de la LMP est considéré dans les décisions de justice comme une confirmation de « la justesse de la pratique des entreprises énergétiques ayant eu lieu en 2005-2015, consistant en la non-application de la loi sur les marchés publics aux transactions pour l'achat de certificats verts » (arrêt de la Cour d'appel de Varsovie du 30 juillet 2020, VII AGa 1998/18). Ceci est également confirmé par l'ajout de l'article 138a de la LMP. Cette disposition a exclu les entreprises exerçant des activités visées à l'article 132, paragraphe 1, point 3 (et consistant [O. 19] donc en la création de réseaux électriques plutôt qu'en la vente d'énergie) de la soumission aux exigences de la LMP en ce qui concerne l'achat de certificats verts.
17. Cependant, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) note, suite à l'argumentation de la requérante, que la directive 2014/25 précise au considérant 23 de son préambule que « lorsque la présente directive renvoie à l'alimentation en électricité, elle couvre sa production, sa vente en gros et sa vente de détail ». Dans cette situation, il reste difficile de savoir si l'article 3, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17, (qui est formulé de la même manière que l'article 9, paragraphe 1, sous b), de la directive 2014/25), doit être interprété en ce sens qu'il tient compte du considérant 23 de la directive 2014/25. Le contenu de ce considérant de la directive 2014/25 (« sans étendre en aucune façon le champ d'application de la présente directive ») peut être interprété comme confirmant simplement une compréhension particulière de la notion d'activités sectorielles qui aurait déjà dû être adoptée dans le cadre de la directive 2004/17.
18. L'attention est également attirée sur les décisions de la Commission européenne citées par la requérante, adoptées en vertu de la directive 2004/17 (par exemple, la décision 2007/141/CE), dont il ressort que le négoce de l'électricité a été traité comme une activité sectorielle. La position selon laquelle le négoce d'énergie était déjà une activité sectorielle

au sens de la directive 2004/17 peut également être étayée par la doctrine citée par la requérante [OMISSIS] [référence à la doctrine].

19. Ensuite, la quatrième question porte sur le problème de l'interprétation de l'article 3, paragraphe 3, sous b), lu conjointement avec l'article 20 de la directive 2004/17, dans le cadre de la question litigieuse de savoir si l'achat de certificats verts a lieu aux fins de l'exercice de l'activité de fourniture d'électricité. Il s'agit en effet d'un achat effectué en vue de respecter une obligation légale de promotion des sources d'énergie renouvelables. Il est manifestement possible d'exercer l'activité de vente d'électricité sans acheter de certificats verts. Une taxe de substitution ou une taxe de substitution et une amende [au titre de] l'article 56 de la loi sur l'énergie doivent alors être payées. L'achat de certificats verts n'est pas nécessaire pour exercer une telle activité (il ne conditionne pas son exercice). Il ne s'agit donc pas – comme l'ont supposé les tribunaux des deux instances – d'une activité « aux fins » de l'exercice de l'activité de vente d'électricité.
20. D'autre part, le législateur ayant imposé aux entreprises de vente d'électricité l'obligation d'acheter des certificats verts, l'achat de ces certificats – bien que n'étant pas nécessaire à l'activité sur ce marché (contrairement, par exemple, à l'achat d'énergie qui peut ensuite être revendue aux clients) – est néanmoins une conséquence de l'exercice de l'activité consistant à fournir de l'électricité.
21. En outre, si toutefois l'on partait du principe que l'acquisition de certificats verts ne relève pas des activités sectorielles et n'a donc pas lieu aux fins de l'exercice de ces activités au sens de l'article 20 de la directive 2004/17, le législateur national n'aurait pas introduit une exemption pour de tels achats à l'article 138a, paragraphe 1, de la LMP. La requérante fait référence à la nécessité d'une interprétation large des activités sectorielles et des marchés passés « en vue de la réalisation de cette activité » comme incluant également, même indirectement, les marchés liés aux activités sectorielles, en se référant à l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06, (EU:C:2008:213, points 28-33). Il a été supposé que, pour qu'un contrat soit couvert par le régime des marchés publics sectoriels, il suffit que le contrat « ait un rapport avec » l'exercice d'activités sectorielles. Un tel lien existe indubitablement entre l'obligation de présenter des certificats verts et l'activité principale de la requérante sous la forme de vente d'énergie, puisque le volume des ventes totales d'énergie détermine le nombre de certificats verts que la requérante doit acheter sur le marché.
22. De plus, dans l'arrêt C-393/06 (point 27), la CJ a souligné la nécessité d'une interprétation stricte des dispositions de la directive 2004/17, qui soutient la réponse selon laquelle une entreprise publique telle que la requérante, qui est active dans la vente en gros et au détail d'électricité, n'est pas obligée d'acheter des certificats verts par le biais de marchés publics.

23. Nous attirons également l'attention sur le raisonnement exposé dans l'arrêt précité dans l'affaire XVI GC 805/17, dans lequel le tribunal régional de Varsovie a admis que « les procédures de passation de marchés publics sont mises en œuvre lorsqu'il est raisonnable de créer des conditions de concurrence pour les contractants. Le système de soutien lié à l'obligation d'acheter des certificats d'origine énergétique a toutefois été fondé dès le départ sur le principe du soutien de la politique environnementale » plutôt que sur celui de la concurrence. Par conséquent, « la finalité de la transaction – l'achat [de certificats verts] par la requérante – était diamétralement opposée aux finalités pour lesquelles la loi impose l'attribution de contrats sectoriels dans le cadre de procédures concurrentielles ».

### Question n° 5

24. Dans l'hypothèse où l'activité de la requérante serait considérée comme une activité sectorielle et l'achat de certificats d'origine comme une activité exercée aux fins de l'exercice d'une activité sectorielle et non soumise à l'exclusion du champ d'application de la législation de l'UE sur les marchés publics, la question de savoir si le CPA était soumis aux exigences de la législation sur les marchés publics en raison de sa structure (un contrat obligeant les parties à conclure des contrats d'exécution à des conditions déterminées de manière encadrée quant au prix (formule de prix) et à la quantité (100 % des certificats obtenus dans une période de règlement donnée) doit être résolue. Dans ce contexte, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a soulevé un doute quant à l'interprétation du droit de l'Union.
25. L'une des hypothèses ayant fondé le jugement du tribunal régional, qui n'a pas été remise en cause au stade de l'appel, est que le CPA ne relève pas du droit des marchés publics parce que les transactions individuelles de transfert de droits sur les certificats d'origine conclues dans le cadre de son exécution n'ont pas dépassé les seuils de l'UE pour les marchés publics sectoriels. Les seuils à la date de conclusion du CPA étaient de 387 000 €. Le tribunal régional a constaté que la valeur annuelle totale des transactions conclues entre la requérante et la défenderesse n° 1 dans le cadre du CPA s'élevait à environ 3 000 000 PLN (soit environ deux fois le seuil de l'UE selon la valeur de l'euro à la date de la conclusion du CPA). Dans le cadre de l'exécution du CPA, les parties ont normalement conclu une transaction par mois d'une valeur moyenne de 65 000 euros. Ces transactions n'ont pas dépassé le seuil de l'UE. En outre, le tribunal régional a estimé qu'il n'y avait pas lieu de considérer toutes les transactions de session comme un marché public unique, étant donné que le CPA ne précisait pas la quantité d'électricité devant être couverte par les certificats d'origine délivrés par le président de l'ORE. Le montant de la prestation de la requérante à l'égard de la défenderesse n° 1 n'a pas non plus été précisé. Le CPA ne peut donc pas être considéré comme un accord-cadre. Le CPA était exclusivement un contrat obligeant à conclure des contrats de vente de droits de propriété. Par

conséquent, seuls les contrats d'exécution (contrats de vente des certificats d'origine de l'énergie délivrés à la défenderesse n° 1 au cours d'un mois donné) auraient dû être conclus conformément à la procédure prévue par la LMP.

26. Il ressort par conséquent des interprétations effectuées par les tribunaux ayant statué sur l'affaire jusqu'à présent que, puisque le CPA ne prédétermine pas la valeur des transactions à conclure dans le cadre de celui-ci et que la valeur de chaque contrat d'exécution ne dépasse pas les seuils de l'UE, le CPA ne relève pas champ d'application de la législation de l'UE sur les marchés publics.
27. Cette interprétation a été contestée par la requérante. Dans son pourvoi en cassation, elle a invoqué une violation de l'article 32, paragraphes 2 et 4, de la LMP. De l'avis de la requérante, cette disposition devrait être interprétée différemment de ce qu'ont fait les tribunaux des deux instances. En cas d'intention d'acquérir des biens de type identique dans le cadre de contrats de vente conclus avec un seul contractant, dans un délai prédéterminé, dans le cadre de la mise en œuvre d'un projet économique unique, la valeur du contrat devrait être la valeur totale de tous les biens dont l'acquisition est couverte par l'intention du pouvoir adjudicateur. À l'appui de ce moyen, la requérante a invoqué l'interdiction de scinder un contrat afin de contourner les seuils de l'UE en droit national et l'article 17, paragraphe 2, de la directive 2004/17. En effet, le CPA concernait des contrats d'exécution identiques, conclus entre les mêmes parties et dans un certain délai.
28. Comme option d'interprétation alternative, la requérante déclare prendre en compte la valeur de tous les certificats d'origine achetés au cours d'une année civile donnée à tous les producteurs d'énergie renouvelable (y compris la partie défenderesse n° 1) aux fins de l'exécution de l'obligation de présenter les certificats d'origine de l'énergie en vue de leur rachat.
29. Il convient donc d'interpréter les dispositions du droit de l'Union européenne visées à la question n° 5 pour savoir comment déterminer si un contrat tel que le CPA, dont l'objet est de fixer les conditions de prix et de quantité sur lesquelles le pouvoir adjudicateur conclura les futurs contrats d'exécution, est soumis au droit des marchés publics en tant que contrat-cadre (article
30. 14 lu conjointement avec l'article 1, paragraphe 4, de la directive 2004/17) et comment le dépassement des seuils européens de soumission au régime européen des marchés publics doit être déterminé aux fins d'une procédure de déclaration d'inexistence d'un contrat. Dans une telle situation, est-ce la valeur du marché estimée ex ante, ou seulement ex post, sur la base de la valeur réelle des transactions d'exécution conclues au cours d'une année civile donnée, ou la valeur totale de toutes les transactions d'exécution



effectuées, dont aucune n'a dépassé individuellement les seuils de l'UE, qui détermine l'éligibilité à la législation sur les marchés publics ?

### Question 6

31. L'arrêt attaqué se fonde sur l'hypothèse que, si l'on considère que le contrat de vente a été conclu en violation de la loi sur les marchés publics, c'est-à-dire en méconnaissance totale de la procédure contractuelle prévue par cette loi, la seule procédure admissible pour une éventuelle contestation de la validité de ce contrat est régie par l'article 146 de la LMP. Cette disposition précise les conditions préalables à l'invalidation d'un contrat (article 146, paragraphe 1, points 1 à 6 de la LMP). En même temps, elle exclut l'application de l'article 189 du code de procédure civile (sur lequel la requérante fonde son recours) à l'annulation du contrat (article 146, paragraphe 4, de la LMP). Le catalogue des conditions préalables à l'invalidation d'un contrat en vertu de l'article 146 de la LMP est clos. Dans les circonstances factuelles de l'espèce, seul l'article 146, paragraphe 1, point 2 de la LMP est susceptible d'être appliqué, il dispose comme suit « un contrat est annulé si le pouvoir adjudicateur n'a pas publié d'avis de marché dans le Bulletin des marchés publics ou n'a pas transmis d'avis de marché à l'Office des publications de l'Union européenne ». Cette disposition transpose en droit polonais l'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/13, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (OJ L 335, 20.12.2007, p. 31).
32. Les juridictions des deux instances ont interprété cette disposition comme incluant dans son champ d'application le fait de ne pas mener une procédure de passation de marché public en violation d'une telle obligation. Elles ont considéré que cette disposition fournissait une base juridique pour l'application de sanctions dans les cas d'attribution directe illégale du marché. Ce comportement a en effet été reconnu par la Cour de justice comme la violation la plus grave du droit de l'Union dans le domaine des marchés publics (considérant 14 du préambule de la directive 2007/66). De l'avis des juridictions statuant en l'espèce et d'autres juridictions polonaises dont les décisions ont été publiées, le comportement du pouvoir adjudicateur consistant à attribuer directement un marché public au mépris des normes relatives aux marchés publics relève des conditions de l'absence d'avis de marché public (voir par exemple, jugement du Sąd Okręgowy w Warszawie XVI GC 805/17, précité ; arrêt du Sąd Apelacyjny w Gdańsku du 28 novembre 2019 r., I AGa 56/19) [OMISSIS]. En effet, étant donné que, malgré cette obligation, la procédure de conclusion de contrat requise par les dispositions de la LMP n'a pas été menée, l'avis de marché correspondant n'a pas non plus été publié. En revanche, le simple non-respect de l'obligation de publication suffit pour que soit appliquée la procédure

d'annulation du contrat prévue à l'article 146 de la loi sur les marchés publics. D'autres types de violations des dispositions de la LMP sont couverts par le champ d'application des clauses restantes de l'article 146 de la LMP ou par des dispositions spécifiques de la LMP.

33. Du point de vue du Sąd Najwyższy (Cour suprême), si le fond de la présente affaire était examiné, l'interprétation de l'article 146, paragraphe 1, point 2, de la LMP présentée ci-dessus devrait prospérer. C'est également la position adoptée par la doctrine [OMISSIS] [référence à la doctrine]. Ceci est confirmé par le libellé des considérants de la directive. Conformément au considérant 14, les marchés de gré à gré devraient inclure tous les marchés passés sans publication préalable d'un avis de marché. Cela nécessiterait toutefois une interprétation large et fonctionnelle de l'article 146, paragraphe 1, point 2, de la LMP, comme le permet le droit national.
34. La requérante s'est cependant opposée à une telle interprétation de l'article 146, paragraphe 1, point 2 de la LMP, en faveur de l'interprétation de cette disposition selon laquelle une méconnaissance totale de l'application des dispositions de la LMP lors de la passation d'un marché public ne pouvait être qualifiée de violation de la LMP consistant en l'absence de publication de l'avis de marché dans la publication pertinente. Selon la requérante, le catalogue des motifs de nullité d'un contrat de marché public en vertu de l'article 146, paragraphe 1, de la PPL est clos. Selon elle, le manquement visé à l'article 146, paragraphe 1, point 2, de la LMP ne se produit que lorsque la procédure de passation du marché a déjà été entamée par le pouvoir adjudicateur. La requérante fait valoir que le législateur fait une distinction entre l'attribution d'un marché sans l'avis requis (article 200 de la LMP) et l'attribution d'un marché sans appliquer les dispositions de la loi sur les marchés publics et elle considère l'omission totale de la LMP comme un motif distinct de violation de la LMP, qui n'est pas mentionnée à l'article 146 de celle-ci. Une telle interprétation de l'article 146 de la LMP ouvre la possibilité d'appliquer la sanction de nullité prévue à l'article 58, paragraphe 1, du code civil [,] qui est préconisée dans la doctrine polonaise, par exemple [OMISSIS] [référence à la doctrine]. La requérante soutient en outre que la directive 92/13, telle que modifiée par la directive 2007/66, est fondée sur une harmonisation minimale (considérant 20). D'autre part, la sanction de l'invalidité en vertu de l'article 58, paragraphe 1 du code civil est en soi une sanction plus sévère que la sanction de l'inefficacité d'un contrat en vertu de l'article 146 de la LMP. En effet, cette dernière est soumise à des limitations non seulement en ce qui concerne les motifs d'une éventuelle annulation d'un contrat, mais également en ce qui concerne le délai pour introduire la demande d'invalidité d'un contrat et l'entité pouvant le faire.
35. Toutefois, selon la position exprimée dans l'avis de l'Office des marchés publics sur la nullité d'un contrat de marché public (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie->

archiwalne/uniewaznienie-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego), outre les cas de nullité relative d'un contrat (annulation) pour des raisons liées aux violations des procédures de passation des marchés publics (spécifiées à l'article 146, paragraphes 1 et 6, de la LMP), « il peut également y avoir des cas de nullité absolue d'un contrat pour des raisons autres que celles liées aux violations des procédures de passation des marchés publics (article 58 du code civil) ». Il s'ensuit que l'article 146 de la LMP s'applique aux violations des procédures de passation de marchés publics elles-mêmes prévues par la LMP. Toutefois, cette position ne résout pas la question de savoir si la méconnaissance totale du mode de passation des marchés réglementé par la LMP constitue une telle violation.

### Question n° 7

36. La dernière question concerne l'application du principe d'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général du droit de l'Union (arrêt du 29 mars 2012, 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, point 33 ; arrêt du 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, point 62 ; arrêt du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, point 49 ; arrêt du 11 juillet 2018, Commission/Belgique, C-356/15, EU:C:2018:555, point 99 ; arrêt du 26 février 2019, T Danmark et Y Denmark, C-116/16 et C-117/16, EU:C:2019:135, point 70). Le jugement du tribunal régional repose sur l'hypothèse (partagée par la cour d'appel) qu'une demande visant à établir l'inexistence d'un CPA au motif qu'il a été conclu en méconnaissance éventuelle de la législation sur les marchés publics ne peut être accueillie, étant donné qu'une telle demande constitue un abus de droit. Cette demande a été formulée par la requérante, ainsi qu'il ressort des constatations de fait, en raison de la diminution de la rentabilité de l'exécution de ce contrat à la suite de la baisse du prix des certificats d'origine sur le marché boursier.
37. Selon la règle en question, les destinataires du droit de l'Union ne peuvent pas « frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union » (parmi de nombreux arrêts, voir arrêt du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, point 48 ; arrêt du 28 juillet 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, point 37 ; arrêt du 11 juillet 2018, Commission/Belgique, C-356/15, EU:C:2018:555, point 99). Cette règle empêche donc la mise en œuvre « incorrecte » du droit de l'Union. Il y a abus du droit de l'Union lorsque le comportement d'un individu est contraire à la finalité visée par le droit de l'Union (arrêt du 26 février 2019, T Danmark et Y Denmark, C-116/16 et C-117/16, EU:C:2019:135, points 76 et 79-80), tout en étant conforme à la lettre de ce droit. Pour qu'il y ait abus de droit, il est nécessaire d'établir que l'individu- en invoquant le droit de l'UE – tire un « avantage ». Selon le Sąd Najwyższy (Cour suprême), la notion de bénéfice doit être comprise comme toute application d'une règle de droit de l'UE conformément aux attentes (demandes) de l'entité qui invoque le droit de l'UE. De l'avis du Sąd Najwyższy (Cour suprême), un

tel avantage peut être de libérer une partie à la procédure des effets d'une obligation qu'elle a contractée dans le cadre d'un contrat contraire au droit de l'Union européenne (dispositions nationales mettant en œuvre le droit de l'Union européenne).

38. La constatation d'un abus de droit de l'Union par une entité exige la mise en œuvre d'un test comprenant deux éléments : un élément objectif et un élément subjectif (arrêt du 6 février 2018, *Altun e.a.*, C-359/16, EU:C:2018:63, point 50 ; arrêt du 13 mars 2014, *SICES e.a.*, C-155/13, EU:C:2014:145, point 31 ; arrêt du 28 juillet 2016, *Kratzer*, C-423/15, EU:C:2016:604, point 38). L'élément objectif du test de l'abus est qu'« il doit ressortir de l'ensemble des circonstances objectives que, malgré le respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par celle-ci n'a pas été atteint » (arrêt du 13 mars 2014, *SICES e.a.*, C-155/13, EU:C:2014:145, point 32 ; arrêt du 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, point 52). L'élément subjectif se concentre sur l'objectif poursuivi par l'individu et repose également sur l'analyse d'un « ensemble de facteurs objectifs » (arrêt du 13 mars 2014, *SICES e.a.*, C-155/13, EU:C:2014:145, points 37 et 39), dont il est censé découler que le but principal du comportement de l'individu correspondant à la lettre de la loi est « d'obtenir un avantage indu » (arrêt du 13 mars 2014, *SICES e.a.*, C-155/13, EU:C:2014:145, point 33 ; arrêt du 28 juillet 2016, *Kratzer*, C-423/15, EU:C:2016:604, point 40).
39. En l'espèce, compte tenu du statut de l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général du droit de l'UE, il est nécessaire que la CJUE décide si le fait pour une personne d'invoquer l'illégalité d'un contrat au motif qu'il a été conclu en violation de dispositions en matière de marchés publics du droit de l'UE et du droit national peut être qualifié de contraire à l'objectif du droit de l'UE des marchés publics lorsqu'un tel moyen est soulevé par une personne afin de s'exonérer de la nécessité d'exécuter le contrat (responsabilité éventuelle pour son inexécution) en raison d'un changement dans les conditions de l'environnement du marché qui rend la poursuite de l'exécution de ce contrat moins rentable que ce qui avait été supposé au moment de sa conclusion. Dans ces conditions, l'allégation selon laquelle le contrat est contraire au droit des marchés publics n'est qu'un prétexte pour atteindre des objectifs totalement différents de ceux poursuivis par le législateur de l'Union lorsqu'il a prévu les sanctions pour la conclusion d'un contrat en méconnaissance de la procédure prévue par le droit des marchés publics.

Compte tenu de ce qui précède, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a statué comme contenu dans le dispositif.