

Collectivités locales L'achat d'hydrogène à l'épreuve de la commande publique

Bonnes pratiques pour se fournir auprès de ses partenaires dans le cadre de projets subventionnés par l'Ademe.

Par **Ludovic Babin**, avocat associé, et **Laure Marolleau**,
avocate, KPMG Avocats

A un moment où certains responsables politiques prônent la suppression de l'Ademe, l'intervention de cette dernière au titre de la mise en œuvre de la transition écologique en contribuant à l'intégration de solutions durables dans la politique énergétique, industrielle et environnementale du pays, demeure cruciale. Ainsi, à travers un ambitieux programme de subventions, cet Epic de l'Etat finance des projets innovants en la matière, à chaque phase de leur développement : recherche et innovation, études et conseils (diagnostic et faisabilité) et déploiement.

C'est notamment le cas dans le domaine de l'hydrogène (H2) où, via des appels à projets, l'Ademe soutient des projets industriels visant à la production, au stockage, à la distribution et à l'utilisation de l'H2 dans différents secteurs (mobilités, fabrication de fertilisants, etc.). Ces consultations sont ouvertes à une grande variété d'acteurs : entreprises privées, organismes de recherche et collectivités territoriales sur le territoire desquelles les projets H2 sont appelés à s'établir.

Partenariat avec l'industriel. Sans qu'il s'agisse d'une condition obligatoire, la présence de collectivités territoriales au sein des groupements pétitionnaires est valorisée par l'Ademe à travers les critères d'attribution des financements (cf. art. 4 du cahier des charges de l'appel à projets « Ecosystèmes territoriaux hydrogène - Ecosys H2 »).

Une fois le projet sélectionné, la subvention versée et la construction de la centrale H2 lancée, la tentation est grande pour les collectivités impliquées d'acheter, pour leurs besoins propres (1), l'H2 ainsi produit auprès de leur partenaire. La question se pose alors : peuvent-elles légitimement invoquer le partenariat formé avec l'industriel et la subvention octroyée pour s'affranchir des obligations de publicité et de mise en concurrence

du Code de la commande publique (CCP) ? Il semblerait que la pratique se développe dans ce sens, alors que rien ne le permet.

L'application des obligations de mise en concurrence pour l'achat d'énergie

Le CCP énumère de manière limitative les cas dans lesquels un acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables. Ces conditions sont interprétées strictement (CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/Italie, aff. C-385/02). L'acheteur qui entend se prévaloir d'une telle dérogation doit apporter la preuve que les circonstances exceptionnelles la justifiant existent effectivement (CJCE, 18 mai 1995, Commission c/Italie, C-57/94, point 23 ; CJCE, 28 mars 1996, Commission c./Allemagne, C-318/94, point 13). A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office (CE, 28 juillet 2000, n° 202792, mentionné aux tables du Recueil).

En l'occurrence, les exceptions au principe de la mise en concurrence (liées au montant [2] ou à l'objet du marché, ou encore à la qualité de l'acheteur, mais aussi celles prévues pour les marchés ayant pour objet l'achat d'énergie ou de combustibles [3]) doivent être écartées, car manifestement inapplicables à notre hypothèse (4).

Opérateur économique déterminé. Reste l'exception prévue à l'article R. 2122-3 du CCP, visant « les prestations ne pouvant être fournies que par un opérateur économique déterminé » pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Deux conditions cumulatives (CE, 2 octobre 2013, département de l'Oise, n° 368846, Tables) sont requises pour bénéficier de cette exception :

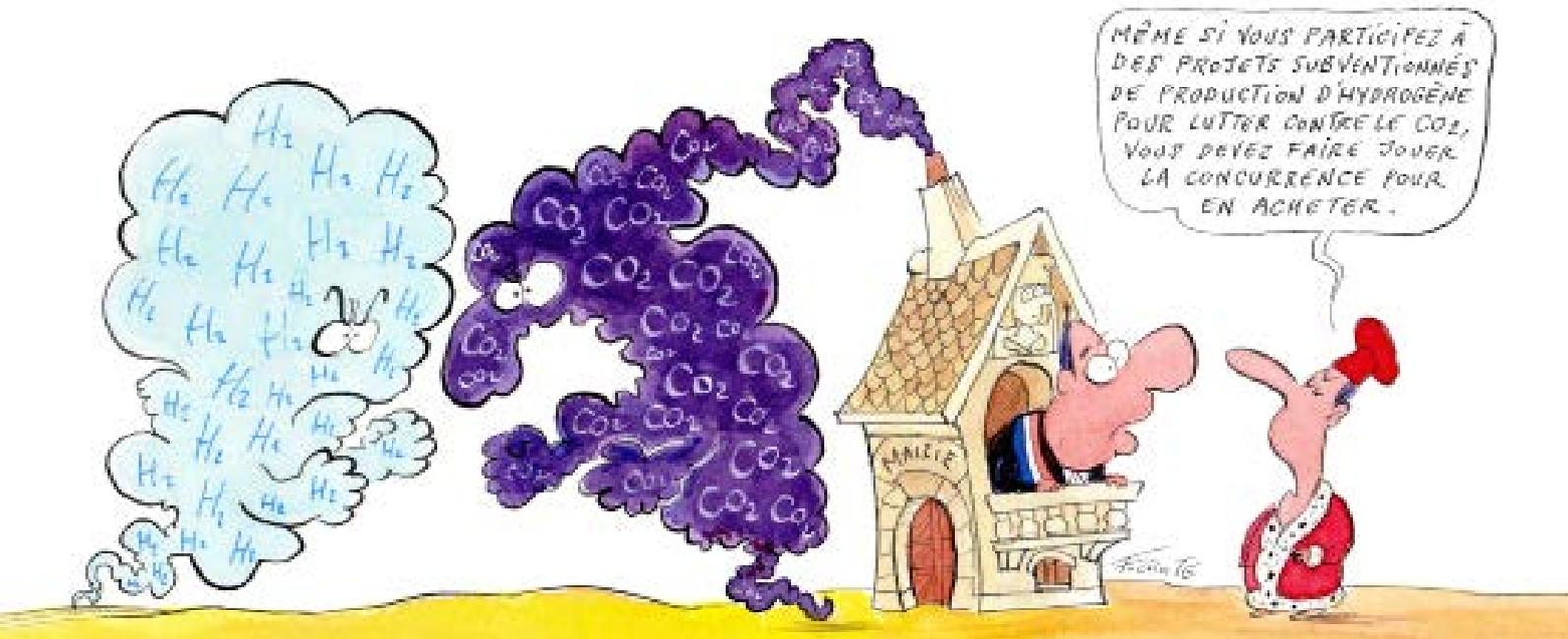
- un seul opérateur doit être en mesure de réaliser la prestation. Compte tenu du caractère hautement concurrentiel du marché de l'énergie, il paraît difficile de soutenir qu'un opérateur serait le seul à pouvoir fournir de l'H2 (décision n° 21-DCC-18 du 29 janvier 2021 de l'Autorité de la concurrence). L'octroi d'une subvention par l'Ademe ne crée au profit de son bénéficiaire aucun « monopole de droit », ni « de fait », dans la mesure où elle n'interdit pas l'installation d'un concurrent à proximité. Au mieux, le prix de l'H2 subventionné sera plus attractif pour la collectivité acheteuse, mais ce prix optimisé ne permet pas de désigner l'opérateur partenaire comme le seul à pouvoir fournir de l'H2 au sens du CCP ;

L'octroi d'une
subvention par
l'Ademe ne crée au
profit de son
bénéficiaire aucun
« monopole de
droit », ni « de fait ».

le recours obligé à cet opérateur doit résulter de raisons techniques ou de l'existence de droits d'exclusivité. D'un point de vue technique, il faut alors démontrer

- le recours obligé à cet opérateur doit résulter de raisons techniques ou de l'existence de droits d'exclusivité. D'un point de vue technique, il faut alors démontrer l'« impossibilité [...], pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises » ou la nécessité de « recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique » (considérant 50 de la directive 2014/24/UE). A l'évidence, une telle démonstration ne va pas de soi.

Quant à l'exclusivité, elle doit résulter de droits protégés notamment au titre de la propriété intellectuelle (licences, brevets, etc.), et non de partenariats commerciaux conclus sans mise en concurrence.



Risque juridique. A ce titre, le raisonnement consistant à considérer que la réponse à un appel à projets de l'Ademe permettrait de purger la mise en concurrence nous semble fragile : les appels à projets ne reprennent pas le formalisme du CCP ; l'Ademe agit en la matière comme un organisme « financeur » permettant le développement de la filière H2 et non un « acheteur » d'H2. De même, les contrats de financement conclus par l'Ademe ne sont pas qualifiables de marchés publics.

Se prévaloir de cette exception induit ainsi un risque juridique non négligeable tant pour les collectivités territoriales que les industriels impliqués : outre l'annulation du contrat d'achat d'H2 par la collectivité pour défaut de procédure de mise en concurrence, s'ajoute le risque pénal de délit de favoritisme, voire de complicité ou de recel aux dépens du producteur d'H2,

Ce qu'il faut retenir

► L'intervention de l'Ademe est cruciale pour le déploiement des politiques énergétiques, industrielles et environnementales en France. C'est notamment le cas lorsque cet établissement public octroie des subventions à des projets de production/distribution d'hydrogène sur le territoire de collectivités territoriales, via des appels à projets.

► Ouvert aux entreprises et collectivités territoriales, qui répondent souvent ensemble, un tel processus, même s'il aboutit à l'octroi d'une subvention, n'autorise pas les collectivités à se fournir directement en hydrogène auprès de leur partenaire industriel au mépris des règles de la commande publique.

► Outre l'annulation des marchés ainsi conclus, un tel procédé induit un risque pénal non nul. A défaut d'une exception légale claire, des montages existent, permettant d'aboutir au résultat escompté, sans risque juridique.

selon son rôle dans l'opération. Dans ces conditions, la démarche vis-à-vis de l'Ademe mériterait d'être repensée.

La nécessité de repenser la participation aux appels à projet de l'Ademe

Idéalement, un alinéa dédié, autorisant le dispositif litigieux, pourrait être intégré au CCP, voire au Code de l'environnement. A défaut, plusieurs bonnes pratiques se dessinent :

- anticiper, en amont de la réponse à l'Ademe, la constitution d'un partenariat, dont l'industriel serait sélectionné au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. En d'autres termes, la mise en concurrence pour la fourniture de l'H2, répondant aux besoins de la collectivité, précède la consultation de l'Ademe pour le financement du projet ;
- laisser aux producteurs d'énergie le soin d'obtenir, seuls, d'éventuelles subventions auprès de l'Ademe, à charge pour eux d'en répercuter ultérieurement le montant dans le prix proposé à la collectivité, de sorte que celle-ci bénéficie des financements publics mobilisés pour le développement de la filière. Le risque de non-obtention de la subvention est alors porté par l'industriel.

Si ces solutions alternatives ne sont pas exemptes de tout défaut ou contrainte, tant pour les collectivités que pour les producteurs d'H2, elles ont l'avantage de permettre d'accéder aux subventions de l'Ademe, tout en respectant la réglementation applicable en matière d'achat public. ●

(1) Les besoins des collectivités en H2 s'inscrivent essentiellement dans le cadre de projets de mobilités lourdes (transports publics urbains, bennes à ordures, bateaux fluviaux, navettes côtières...).

(2) Montant du marché inférieur à 40 000 euros HT.

(3) Marchés passés par les entités adjudicatrices ayant pour objet « l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie » (art. L. 2514-2 du CCP).

(4) Articles R. 2122-1 à R. 2122-9-1 (pour les exceptions liées au montant ou à l'objet du marché), ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du CCP (pour les exceptions en raison de la qualité de l'acheteur).