

LA SOLIDARITÉ EUROPÉENNE ET LES MARCHÉS PUBLICS CONJOINTS À L'ÉPREUVE DE LA CRISE SANITAIRE

Stéphane DE LA ROSA¹

L'urgence sanitaire et la crise économique et sociale provoquée par la pandémie de la Covid-19 éclairent d'un jour nouveau les enjeux et les implications associés au principe de solidarité. Jamais avec une telle ampleur ce principe n'a véhiculé autant d'attentes immédiates, concrètes, existentielles pour les citoyens européens et pour le processus d'intégration lui-même. En un sens, la crise sanitaire contraint le principe de solidarité à sortir des grilles d'analyse générales et conceptuelles dans lesquelles il se trouve trop souvent enserré pour affronter le terrain de l'urgence et la satisfaction des besoins essentiels des citoyens européens.

Ce changement de cadre d'analyse est un défi pour proposer une compréhension renouvelée et contextualisée de la solidarité à l'échelle de l'Union. Les nombreux travaux qui l'ont étudiée, soit dans une perspective générale² soit sous un prisme sectoriel³, se rejoignent souvent pour admettre que le principe présente un caractère antinomique. Présenté à juste titre comme un principe central ou inhérent à la construction européenne, le principe de solidarité ne se prête pas aisément à un travail de classification ou de catégorisation. Perçue à juste titre comme un principe fondateur, à savoir comme un principe politique qui irrigue un grand nombre d'actions et de politiques⁴, la solidarité est envisagée selon certains comme un principe général du droit de l'Union⁵, ou encore comme le

¹ Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), Chaire Jean Monnet.

² Voy. récemment (et en se limitant à littérature francophone), R. COMAN, L. FROMONT, A. WEYEMBERGH, *Les solidarités européennes: entre enjeux, tensions et reconfigurations*, Bruxelles, Bruylant, coll. rencontres européennes, 2019; également, C. BOUTAYEB, *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels: pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2011; également, la thèse de K. ABDERAMANE, *La solidarité: un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, thèse Tours, 2010. Sur la diversité des références textuelles et matérielles à la solidarité en droit de l'Union, voy. S. de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques de l'Union », in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels: pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, op. cit.

³ Voy. par exemple la mise en perspective de la solidarité avec la politique étrangère de l'Union, I. BOSSE-PLATIÈRE, « La solidarité: la solidarité européenne à l'épreuve de la crise en Ukraine », in *Abécédaire de droit de l'Union*, 2017, n° 5, Presses universitaires de Rennes ou encore sous le prisme des rapports entre l'Union et les États, J.-C. BARBATO, J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁴ En ce sens, l'analyse judicieuse du professeur J. Molinier in J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs du droit de l'Union*, PUF, coll. Droit et justice, 2005, spéc. p. 250-264.

⁵ En ce sens, l'opinion d'A.-M. OLIVA, « Solidarité et construction européenne », in J.-C. BEGUIN, P. CHARLOT, Y. LAIDIÉ (dir.), *La solidarité en droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, p. 65-96. Voy. également M. FALLON, in *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e ed., Bruylant, 2002, qui inclut parmi les principes généraux du droit communautaire un principe de solidarité (p. 71) auquel il associe quatre composantes: une obligation de coopérer (solidarité de l'État découlant du principe de coopération loyale), la préférence pour les relations communautaires par rapport aux relations de l'État avec des pays tiers, le sacrifice des intérêts nationaux et le sacrifice des intérêts du particulier au nom de l'intérêt général.

« fondement à une obligation spécifique d'exécution des traités »⁶, mais aussi, dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, comme une catégorie de droits et de principes rassemblés dans le titre IV de la déclaration des droits. Ces qualifications sont illustratives du dilemme qui caractérise la solidarité : sa centralité est si prégnante en droit de l'Union que la signification du concept est souvent diluée.

Une telle dimension protéiforme n'est sans doute pas étrangère à la difficulté, éprouvée dès le début de la crise sanitaire, de concrétiser la solidarité, de faire sortir ce principe de la « force silencieuse » à laquelle il est souvent associé⁷. De la même manière que Gabriel Garcia Marquez ambitionnait de dépeindre les passions et les soubresauts de « l'amour au temps du choléra », la crise nous oblige à penser « la solidarité au temps de la Covid-19 », livrant ainsi l'Union européenne dans un exercice sans précédent d'introspection et de projection sur son fonctionnement et sur sa capacité à affronter les crises.

Ce contexte explique sans doute la multiplication des références à la solidarité, dès les premières semaines de la pandémie. À titre d'exemple, lors de l'adoption en avril 2020 du règlement activant l'aide d'urgence, la Commission a souligné qu'« il importe d'adopter des mesures rapides et diversifiées pour permettre à l'Union dans son ensemble de faire face à la crise dans un esprit de solidarité, compte tenu des contraintes liées à la propagation rapide du virus. En particulier, ces mesures devraient avoir pour but de sauver des vies, de prévenir et d'atténuer la souffrance humaine et de préserver la dignité humaine chaque fois que la crise actuelle de la Covid-19 le justifie »⁸. Tel qu'elle est formulée, cette position rapproche la solidarité d'une sorte de principe matriciel, ayant vocation à structurer les différentes mesures d'urgence proposées par la Commission.

Ces enjeux se mesurent bien à l'échelle sectorielle de la commande publique. En effet, les règles de droit de l'Union qui encadrent la passation des marchés publics ont été rapidement au cœur des difficultés soulevées par la crise sanitaire. Ceci s'explique à l'évidence par la nature des besoins à satisfaire : il suffit de prendre connaissance du supplément « marché public » « spécial Covid » du JOUE pour mesurer l'ampleur des besoins en matériels médicaux et en équipements sanitaires⁹. En France et presque partout en Europe, d'immenses besoins en masques, lits d'hôpitaux, équipements de protection, appareils respiratoires, produits d'hygiène ont été remontés par des centaines de pouvoirs adjudicateurs (hôpitaux, collectivités, entreprises publiques), insuffisamment dotés des matériels nécessaires pour faire face à l'afflux des patients et, au-delà, aux nouveaux besoins que requiert une vie en société profondément réorganisée. Et il ne s'agit là que de la partie visible des besoins : en s'appuyant sur le motif de l'urgence impérieuse, de nombreux pouvoirs adjudicateurs

6 Voy. la position avancée par K. ABDERAMANE dans sa thèse, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, Thèse Poitiers, 2010.

7 K. ABDERAMANE, « L'ancrage de l'engagement des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union : les principes de loyauté et de solidarité », in L. POTVIN SOLIS (dir.), *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2018, spec. P. 213.

8 Regl. (UE) 2020/521 du Conseil du 14 avril 2020 portant activation de l'aide d'urgence en vertu du règlement (UE) 2016/369, JOUE L 117 du 15.4.2020, cons. 3.

9 <<https://simap.ted.europa.eu/web/simap/covid-related-tenders>>.

n'ont pas publié d'avis de marché et ont attribué directement, sans mise en concurrence, le marché à un fournisseur qui impose souvent ses prix et ses conditions de livraison¹⁰.

La mise en perspective de l'adaptation du droit de la commande publique avec le principe de solidarité invite, dans le contexte de la Covid-19, à concentrer l'analyse sur la possibilité pour les États de passer conjointement des contrats d'achat pour se procurer des biens et services. Cette pratique, qualifiée de « marchés publics conjoints » (joint public procurement) est reconnue à l'article 39 de la directive 2014/24/UE¹¹. Suivant cette disposition, « plusieurs pouvoirs adjudicateurs de différents États membres peuvent conjointement passer un marché public, conclure un accord-cadre ou mettre en place un système d'acquisition dynamique ». En présence de besoins communs, urgents et interdépendants, le recours à des marchés conjoints peut s'analyser comme une concrétisation tangible de la solidarité. En passant ensemble des marchés, les États enclenchent une mutualisation des achats sur des biens essentiels, qui permet d'accroître la quantité des biens fournis et de peser sur les prix.

Dans le cadre de la crise sanitaire, plusieurs marchés conjoints, illustrant une certaine forme de solidarité, ont été engagés. Ces marchés s'inscrivent dans un cadre normatif bien spécifique, distinct du régime général fixé par la directive 2014/24/UE. Malgré le caractère complexe et technique des règles applicables aux marchés conjoints, ces contrats constituent une matérialisation concrète de la solidarité, notamment pour l'acquisition de vaccins (I). Toutefois, la mise en œuvre de ces marchés a soulevé, en pratique, de nombreuses difficultés dont l'ampleur obère la capacité de l'Union à incarner une solidarité organique entre les différents États membres (II).

I. La matérialisation du principe de solidarité par la conclusion de marchés conjoints

Le recours à des marchés conjoints, prenant la forme de marchés de contre-mesure médicale, a été envisagé par la Commission dès le début de la pandémie (A). Néanmoins, ces formes spécifiques de marchés n'ont pas été suivies pour les contrats de préachat de vaccins, dont le régime juridique a été défini dans l'urgence et avec une certaine opacité (B).

A. Le cadre juridique des marchés conjoints de contre-mesures médicales

À côté des marchés conjoints que peuvent passer les États entre eux (ou les pouvoirs adjudicateurs établis dans différents États), sur le fondement de l'article 39 de la directive 2014/24, l'Union peut également conclure elle-même des marchés conjoints. Cette possibilité ne repose pas sur les directives générales, mais sur le règlement financier de l'Union, qui régit les marchés conclus par les

¹⁰ Suivant l'article 32 de la directive 2014/24/UE, l'attribution directe des marchés, qui correspond à la procédure négociée sans publication préalable, n'est possible que dans hypothèses très limitatives, telles que l'absence d'offre appropriée pour un marché, le fait que les services ne peuvent être fournis que par un opérateur particulier (pour des raisons techniques ou en raison de droit de propriété intellectuelle), ou encore en cas d'urgence impérieuse. Cette dernière hypothèse a été le plus largement utilisée dans le cadre de la crise sanitaire.

¹¹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* du 29 mars 2014, n° L 94/65. Rappelons que cette directive constitue le socle normatif principal des procédures de passation des marchés publics dans les États membres.

institutions. Ainsi, suivant l'article 165 du règlement 2018/1046, « lorsqu'un contrat ou un contrat-cadre présente un intérêt pour deux ou plusieurs institutions, agences exécutives ou organismes de l'Union et qu'il est possible de réaliser des gains en efficacité, les pouvoirs adjudicateurs peuvent organiser la procédure et la gestion du contrat ou du contrat-cadre sur une base interinstitutionnelle, sous la direction d'un des pouvoirs adjudicateurs »¹². La procédure conjointe peut également intervenir entre les institutions et les États : « lorsqu'un contrat ou un contrat-cadre est nécessaire à l'exécution d'une action commune à une institution de l'Union et à un ou plusieurs adjudicateurs des États membres, la procédure de passation de marché peut être organisée conjointement par cette institution de l'Union et les pouvoirs adjudicateurs ».

Toutefois, pour les produits médicaux, il existe une forme spécifique de marchés conjoints conclus par les institutions, qualifiée de « marchés de contre-mesure médicale ». Ces marchés assez spécifiques reposent sur un instrument qui fut mis en place à la suite de la grippe H1N1. En effet, l'article 5 de la décision n° 1082/2013/UE¹³ permet le recours à des passations conjointes en vue de l'achat anticipé de contre-mesures médicales relatives à des menaces transfrontières graves sur la santé. Suivant ce dispositif, la Commission agit comme le ferait une centrale d'achat¹⁴ : après avoir identifié le besoin en matériel médical de plusieurs États membres (essentiellement des respirateurs artificiels), elle identifie le ou les fournisseurs susceptibles de fournir ledit matériel selon les critères préalablement indiqués puis se charge de jouer le rôle d'intermédiaire entre ces mêmes fournisseurs et les États. Ceux-ci restent libres d'acquérir ou non les fournitures et contactent directement avec les entreprises sélectionnées. Le rôle de la Commission se rapproche ainsi de celui d'un intermédiaire. En privilégiant une massification des achats, elle-même rendue possible par la mutualisation des demandes des États, la Commission est en mesure de négocier un prix et des prestations pour l'ensemble des États qui sont partis à un accord. Une solidarité matérielle, née de la concordance des nombreux besoins exprimés dans les États, se concrétise de ce fait par ces marchés.

L'enclenchement de ce dispositif assez spécifique d'achat nécessite que les États soient partis à un accord ad hoc, qualifié de « Joint Procurement Agreement to Procure Medical Countermeasures »¹⁵. Cet accord a un champ assez large et dépasse le périmètre de l'Union européenne, dans la mesure où il couvre 37 États, incluant par exemple les États des Balkans et ceux de l'espace économique européen. Son régime juridique combine des éléments de droit de l'Union (par exemple en se référant aux procédures de passation des marchés publics qui figurent dans les règlements financiers), des aspects plus proches du droit international (volontarisme des États pour y adhérer, liberté des États pour définir les produits médicaux entrants dans le champ de l'accord) voire des dispositions relevant

12 Règlement 2018/1046 du Parlement et du Conseil du 18 juillet 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, *JOUE* du 30 juillet 2018, n° L 193.

13 Décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative aux menaces transfrontières graves sur la santé et abrogeant la décision n° 2119/98/CE, *JOUE* n° L 293/1 du 5.11.2013.

14 Pour une présentation détaillée, v. H. DE POOTER, « La passation conjointe de marchés de contre-mesures médicales dans le contexte de la pandémie de COVID-19 », *Europe*, 2020, n° 5 ; également, Th. DESTAILLEUR, « Quelles leçons tirer sur le droit européen de la commande publique en période de crise », contribution disponible sur le site de l'AFEE-CEDECE : <<https://afee-cedece.eu/quelles-lecons-tirer-sur-le-droit-europeen-de-la-commande-publique-en-periode-de-crise/>>.

15 AccessiblesurlesitedelaDGsantédelaCommission:<https://ec.europa.eu/health/Health-security_infectious-diseases/key_documents_en>.

des droits nationaux (application des droits nationaux sur les contrats d'achat sont conclus sur le territoire de certains États).

Ce régime hybride et passablement complexe des marchés de contre-mesure médicale constituait l'un des rares instruments mobilisables par la Commission pour acquérir en urgence, au début de la pandémie, du matériel médical. Pour appuyer l'action des États, la Commission a engagé la passation de plusieurs marchés publics conjoints – pour un total de six appels d'offres entre février et juin 2020. En dépit de son intérêt, notamment pour éviter la captation par quelques États de fournitures médicales essentielles, ce dispositif des marchés conjoints a toutefois fonctionné de manière imparfaite dans la première phase de l'épidémie. Certes, sur les six marchés passés, seul un a été déclaré infructueux en raison d'une mauvaise anticipation des besoins et d'une identification peu claire des critères d'attribution. Les cinq autres marchés conjoints ont été plus efficaces et ont permis l'acquisition mutuelle de respirateurs et d'appareil d'assistance. Par ailleurs, cette procédure de marché conjoint de contre-mesures médicales a été suivie pour la fourniture de l'antiviral Remdisevir.

B. Le cadre dérogatoire des contrats d'achat anticipés de vaccins

Le régime des contrats de préachat de vaccins peut également être mis en perspective avec le principe de solidarité. Dans sa stratégie relative à la vaccination, la Commission a par exemple souligné qu'« une coordination au niveau de l'Union européenne est nécessaire pour aligner nos efforts, montrer et assurer notre solidarité et garantir le plein fonctionnement du marché intérieur, une bonne gestion de la santé publique pour les questions liées à la Covid-19 et au-delà, ainsi que la protection de tous les citoyens de l'Union où qu'ils vivent »¹⁶. La formulation retenue dans la stratégie de la Commission mérite ici d'être relevée : la solidarité est conçue comme une démonstration des liens structurels entre les États (« montrer notre solidarité ») mais également comme une justification à la mise en place de mesures de coordination, dans un champ de compétence – celui de la santé – qui relève pour l'essentiel du droit interne (article 168 TFUE).

Force est toutefois de reconnaître que la concrétisation de cette exigence de solidarité a été quelque peu desservie par la complexité et par l'opacité des marchés de préachat de vaccins. En effet, la procédure suivie pour les contrats de préachat s'appuie sur le régime de l'aide d'urgence issu du règlement (UE) 2016/369, lui-même sensiblement modifié au début de la crise sanitaire par le règlement 2020/521 du Conseil¹⁷. Suivant la procédure applicable aux marchés de vaccins, la négociation et la conclusion par la Commission, agissant pour le compte des États membres, de marchés portant sur la fourniture ou des services médicaux s'inscrivent dans le cadre d'une aide d'urgence. Les marchés permettant la fourniture de vaccins sont conçus comme la mise en œuvre d'une mesure d'urgence prise par la Commission, financée sur le budget général de l'Union ou sur des contributions supplémentaires des États. Deux formes de passation ont été envisagées dans ce

¹⁶ COM (2020) 680 final du 15.10.2020, *Préparation aux stratégies de vaccination et au déploiement de vaccins contre la Covid-19*.

¹⁷ Règlement (UE) 2020/521 du Conseil du 14 avril 2020 portant activation de l'aide d'urgence en vertu du règlement (UE) 2016/369 et modification des dispositions dudit règlement pour tenir compte de la propagation de la COVID-19, JOUE L 117 du 15.4.2020.

cadre : soit la Commission conclut elle-même le marché conjoint d'achat (ce qui a été le cas de la plupart des vaccins) et les États reçoivent des doses qu'ils ont commandées, soit les États eux-mêmes concluent le marché et demandent à la Commission de choisir les fournisseurs, qui se charge ensuite de stocker ou de proposer en crédit-bail les ressources médicales qui ont été acquises. Les impératifs de confidentialité, de même que le motif de l'urgence qui sous-tend ces procédures, expliquent (sans toutefois pleinement les justifier) la mise à l'écart d'exigences usuelles dans la passation des marchés : la publicité de ces contrats est minimale et les montants des contrats de même que les clauses financières n'ont pas été rendus publiques.

Bien que la Commission se soit fondée sur un règlement spécifique pour conclure les accords d'achat, il n'en demeure pas moins ceux-ci sont soumis au droit de l'État de passation du contrat. Par exemple, les différents accords de préachat de vaccins, qui ont été tardivement rendus accessibles au public¹⁸, se singularisent par une application du droit belge (État de conclusion), pour l'interprétation des obligations et l'identification des juridictions compétentes en cas de désaccord. Sur le fond, ces accords se caractérisent par la nature des obligations qui pèse sur les principaux laboratoires pharmaceutiques, AstraZeneca, Moderna, Pfizer ou encore Johnson & Johnson. En effet, la plupart des obligations qui leur incombent sont énoncées en termes de « Best Reasonable Efforts ». Les références à une obligation de « meilleur effort possible » innervent la quasi-totalité des contrats, qu'il s'agisse de fournir un socle minimal de doses, de produire les doses sur des sites industriels situés dans l'Union ou encore de livrer des « doses optionnelles », en complément de la livraison initiale de vaccins. Ces formulations tranchent incontestablement avec les obligations plus précises et moins équivoques de paiement et de diligence qui pèsent sur la Commission et les États.

Outre les difficultés liées à la nature des engagements, il apparaît que les clauses de « Best Reasonable Efforts » ouvrent un champ propice aux divergences d'interprétations voire aux contentieux. Usuelles dans les contrats internationaux et en *common law*, ces clauses signifient que l'obligation pesant sur le cocontractant doit s'apprécier à la lumière du comportement qu'aurait eu un acteur similaire, suffisamment éclairé et diligent. La clause joue alors la fonction d'un standard économique servant à l'interprétation du contrat. Or, dans le cas de certains contrats – tel que celui concernant AstraZeneca – les « best efforts » sont appréciés de manière très contextuelle, par comparaison à d'autres grands groupes pharmaceutiques, plus précisément comme des engagements qu'une « similarly-sized infrastructure would undertake or use in the development and manufacture of Vaccin at the relevant stage » (art. 1.9 du contrat pour AstraZeneca). Il en résulte que l'exécution des obligations pesant sur le groupe pharmaceutique est appréciée à la lumière du comportement des autres laboratoires.

Ce flou par rapport au contenu des engagements a, de manière presque inévitable, conduit à des actions contentieuses. Ainsi, dans le cadre d'AstraZeneca, la Commission a introduit devant le juge civil belge (le droit applicable au contrat étant le droit belge) une action en référé visant à

¹⁸ Voy. le lien permettant d'accéder aux accords de préachat (Moderna, AstraZeneca, Pfizer, Johnson & Johnson) : <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en>.

obliger le laboratoire à honorer les quantités promises de doses de vaccins, qui avaient précisément été rédigées sous la forme de « best reasonable efforts ». clauses contenues dans le contrat relèvent d'une obligation de moyens (§ 36): « en imposant à Astrazeneca de déployer ses « meilleurs efforts raisonnables » pour fabriquer les 300 millions de doses litigieuses dans les sites de fabrication (de l'Annexe A) [...], il semble que les parties ont clairement et sans équivoque manifesté leur intention commune de contracter, à cet égard des obligations de moyens et de non de résultat »¹⁹

Bien qu'elles puissent trouver une justification au vu de l'urgence et des nombreuses attentes qui ont entouré la conclusion des contrats de préachats, de telles clauses peuvent toutefois s'avérer préjudiciables par rapport à « l'esprit de solidarité » évoqué par la Commission dans sa stratégie vaccinale. En effet, en ne sécurisant pas suffisamment les conditions d'exécution de ces contrats majeurs et en ne définissant pas avec une clarté suffisante certaines de leurs clauses, la Commission a créé malgré elle un contexte de défiance des États et des populations vis-à-vis des fournisseurs de vaccins, lequel, par un effet d'entraînement, se répercute sur les engagements pris par les États au titre de ces contrats. Le défaut de sécurité juridique et le manque de transparence légitiment un repli des États sur des stratégies nationales et produisent un effet inverse à la logique de solidarité promue par les institutions. Une évolution du cadre normatif doit sans doute être entreprise.

II. Le dépassement de la solidarité par la rénovation du régime des marchés conjoints de fourniture médicale

La solidarité européenne qui s'exprime à travers la conclusion des marchés d'acquisition de fourniture médicale ne doit être ni sur interprétée ni exagérément mise en avant comme l'illustration d'une solidarité aboutie et harmonieuse entre les États. Sans remettre en cause l'apport et la valeur ajoutée des marchés conjoints de fourniture médicale, ceux-ci se justifient avant toute chose par la recherche individuelle de chaque État à obtenir un aplanissement des conditions tarifaires et des conditions intéressantes pour la délivrance du matériel médical et des vaccins. En d'autres termes, ces marchés reflètent d'abord une solidarité « intéressée » des États, qui ont, pour l'essentiel, bien compris que des stratégies d'achat communes peuvent être plus payantes que des programmes nationaux et isolés d'acquisition de produits médicaux. Cette approche présente d'importantes limites (A) ; par ailleurs, en l'absence d'une stratégie plus globale de mutualisation des moyens médicaux, elle demeure inévitablement imparfaite (B).

¹⁹ Le Tribunal, assumant une interprétation contextuelle du « meilleur effort raisonnable », considère néanmoins que le laboratoire n'a pas respecté son obligation de moyen renforcée: « il semble qu'AstraZeneca ait intentionnellement choisi de ne pas utiliser les moyens à sa disposition pour fabriquer et livrer les vaccins litigieux et ce, alors que le retard qu'elle accusait dans son planning estimatif s'alourdissait et que la différence entre les doses livrées et celles escomptées devenait de plus en plus importante ». V. le jugement accessible en ligne: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_3090.

A. Les limites à la solidarité incarnée par les marchés médicaux conjoints

Les limites sont doubles. Elles tiennent, d'une part, à l'existence d'une trop forte dépendance des États et des institutions vis-à-vis des laboratoires et des fournisseurs, d'autre part, à l'impossibilité d'éviter des résurgences, fréquentes, de comportements de « nationalisme vaccinal » par rapport aux stratégies communes d'achat.

En premier lieu, le dispositif de solidarité institué par les marchés d'acquisition s'est heurté à une situation caractérisée par un fort déséquilibre entre, d'une part, les demandeurs de produits médicaux et de vaccins (États et Union européenne) et, d'autre part, les laboratoires pharmaceutiques. Ce contexte a conduit à dégrader significativement les conditions d'exécution des contrats de pré-achats. Cette détérioration était d'une certaine manière prévisible. Ainsi que l'ont montré plusieurs travaux, il apparaît que la Commission, en insistant sur l'impératif de la solidarité entre les États (et donc en prenant en compte leur hétérogénéité dans la capacité financière à acheter les vaccins), a cherché à compresser au maximum les prix d'achat des doses de vaccins, par comparaisons à d'autres États (États-Unis, Israël, Canada)²⁰. En négociant pour l'ensemble des membres de l'Union, grands et petits pays, riches et pauvres, abritant ou non des entreprises pharmaceutiques, l'Union a nécessairement dû prendre en compte des réalités très diverses, qui l'ont contrainte, à négocier fermement sur les prix et à prendre le temps de la recherche du consensus avec les États.

Aussi, face à certains laboratoires qui n'ont pas honoré les quantités promises de doses de vaccins, des contremesures ont dû être envisagées par la Commission pour contraindre l'exécution des engagements. En ce sens, à la demande de plusieurs États, dont la France, la Commission a activé des mesures de sauvegarde, prévues dans le règlement n° 2015/442 du Parlement et du Conseil, relatif au régime commun applicable aux exportations²¹. Bien qu'il reconnaisse comme un principe fondamental la liberté des exportations de l'Union à l'égard des pays tiers, ce texte fonde la possibilité pour la Commission de subordonner l'exportation d'un produit à la présentation d'une autorisation d'exportation, notamment afin de prévenir ou de remédier à une situation critique due à une pénurie de produits essentiels. C'est précisément dans le cadre de cette compétence d'exécution que la Commission a adopté deux règlements d'exécution (règlement n° 2021/111 du 30 janvier 2021, puis règlement n° 2021/442 du 11 mars 2021)²² qui imposent une autorisation d'exportation, à la fois pour les vaccins contre les coronavirus du SARS (pour les différents vaccins : Pfizer, Moderna, AstraZeneca...) et pour les substances actives nécessaires à leur élaboration. Au terme d'une procédure complexe, les entreprises pharmaceutiques sont tenues d'obtenir des autorités nationales une autorisation d'exportation, qui n'est attribuée qu'à la condition que la quantité de vaccins exportée ne « constitue pas une menace » pour l'exécution des contrats d'achat

20 Voy. l'analyse de E. COHEN, « L'Union européenne et le nationalisme vaccinal », disponible sur <<https://www.telos-eu.com/fr/societe/lue-et-le-nationalisme-vaccinal.html>>.

21 Règlement n° 2015/479 du Parlement et du Conseil du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations, *JOUE* L 83/34 du 27.3.2015.

22 Règlement d'exécution 2021/111 de la Commission du 29 janvier 2021 subordonnant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, *JOUE* L 31/1 du 30.1. 2021; Règlement d'exécution n° 2021/521 de la Commission du 24 mars 2021 fixant des dispositions particulières applicables au mécanisme subordonnant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, *JOUE* du L 104/52 du 25.3.2021.

anticipés de vaccins conclus entre l'Union et les laboratoires pharmaceutiques. Tel qu'il est conçu, ce régime de mesures de sauvegarde s'analyse ainsi comme un instrument de pression de l'Union afin que les laboratoires honorent leurs engagements de livraison de doses, tels qu'ils figurent dans les contrats d'achat. Le blocage devient ainsi une mesure de rétorsion, dont l'efficacité reste à démontrer, pour que le dispositif de mutualisation d'achat issu des contrats conjoints préserve son efficacité. Il illustre également la fragilité de la solidarité qui se joue dans ces contrats : le bénéfice des achats conjoints demeure tributaire du comportement d'opérateurs tiers, dans un contexte de forte asymétrie informationnelle.

En second lieu, la solidarité entre les États est sensiblement éprouvée par la tentation de plusieurs d'entre eux à jouer sur « deux tableaux », d'une part, l'adhésion au régime commun de pré-achat de vaccins, d'autre part, l'acquisition de vaccins suivant un programme national, y compris pour des vaccins n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché par l'Agence européenne des médicaments. Entre les États qui ont admis des vaccins non autorisés (Sputnik V pour la Hongrie et déclaration d'intention de l'Allemagne), ceux qui envisagent le recours au vaccin chinois (cas de la Serbie certes hors de l'UE mais rattachée à la stratégie commune), ceux qui contestent la répartition des doses en considérant être lésés (cas de l'Autriche) et ceux qui refusent l'administration de vaccins autorisés (cas d'AstraZeneca, interdit en Suède ou au Danemark), la stratégie commune a parfois plus des allures d'une cacophonie vaccinale, éloignée des « devoirs de solidarité » jadis évoqués dans la jurisprudence de la Cour de justice²³. Ces prises de position ne sont pas tant la conséquence du régime juridique des contrats de pré-achat de vaccins, mais plutôt le reflet du type de solidarité que ces contrats incarnent. Avec la crise sanitaire, les États se trouvent matériellement contraints à nouer des relations de solidarité (une solidarité organique), dans la mesure où ils doivent recourir à des dispositifs d'entraide et de mutualisation dans une situation de dépendance par rapport à l'ensemble des besoins qu'impose la pandémie, mais ils demeurent le plus souvent enfermés dans une conception nationale des politiques de solidarité, à savoir des mécanismes de redistribution et de définition des politiques de santé.

B. Les perspectives d'approfondissement des marchés conjoints de fourniture médicale

Au-delà du régime propre aux contrats de fourniture, la crise sanitaire a également mis en lumière les limites d'une solidarité circonscrite à une situation de crise. En effet, les mesures prises par l'Union sont dictées par des contraintes d'urgence et de court terme. Prenant acte des insuffisances de la procédure actuelle des marchés de contre-mesure médicale, la Commission a elle-même reconnu ses limites :

²³ L'on ne manquera pas en effet de mettre en perspective la définition de stratégies nationales de vaccination, allant parfois à l'encontre de la stratégie de l'Union, avec ces formulations un temps retenues par la Cour : « attendu qu'en permettant aux États membres de profiter des avantages de la Communauté, le traité leur fait aussi l'obligation d'en respecter les règles ; que le fait, pour un État, de rompre unilatéralement selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité entre les États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations à charge de leurs ressortissants et, en tout premier lieu, de ceux de l'État membre qui se place en dehors de la règle communautaire ; que ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire » (CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, pt. 24 et 25).

« la crise a mis en lumière l'absence d'une approche coordonnée et systématique à l'échelle de l'Union pour soutenir la mise au point, la production, la passation de marchés et l'acquisition des vaccins, traitements, kits de diagnostics. L'Union ne disposait pas de mécanismes et structures efficaces pour avoir une vue d'ensemble de la demande et de l'offre de contre-mesures médicales critiques et pour suivre les États membres et les aider à remédier aux pénuries »²⁴.

Aussi, dans son projet, avancé en novembre 2020, de règlement relatif aux menaces transfrontalières²⁵, la Commission envisage une refonte des procédures de marchés conjoints. Sous le nouveau régime des achats conjoints, la procédure serait élargie (car ouverte aux États membres de l'AELE et aux États candidats), elle aurait un champ plus large (en permettant la constitution de stocks de matériels médicaux, ce qui n'était pas alors possible) et serait plus fortement centralisée par la Commission européenne. Ces propositions iraient dans le sens d'un renforcement de la solidarité par un approfondissement de la mutualisation des achats et la centralisation des procédures.

Il faut toutefois garder à l'esprit que les obstacles à la solidarité vaccinale résultent également de contraintes plus structurelles, liées aux processus décisionnels de l'Union européenne. En d'autres termes, l'insuffisante solidarité de certains États et les comportements de « passagers clandestins » ne sont guère spécifiques à la fourniture de vaccins : ils reflètent, dans une situation de crise, les compromis sous-jacents aux équilibres institutionnels et politiques qui traversent l'Union.

Une première contrainte tient nécessairement à la nature de la compétence dont dispose l'Union européenne en matière de santé, sur le fondement de l'article 168 TFUE. Il est, en effet, établi que l'action de l'Union, hormis quelques matières précises (produits sanguins, normes des médicaments...) est tournée vers la coordination et l'appui aux politiques nationales. Elle intervient pour « encourager la coopération entre les États membres », « coordonner leurs politiques et les programmes » ou encore adopter « des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine » (art. 168 § 5 TFUE). La politique d'acquisition des vaccins est ainsi illustrative du paradoxe des compétences : alors que les marchés d'achat de vaccins ont un fondement juridique dans l'exercice de la politique économique de l'Union²⁶, la définition des stratégies vaccinales repose sur les États, le cas échéant dans le cadre tracé par les recommandations (non contraignantes) de l'Union²⁷. Ce paradoxe offre un terrain inévitable pour instrumentaliser, dans certains discours nationaux, le défaut d'efficacité de l'Union, l'inadéquation de ses réponses aux besoins en vaccination voire pour stigmatiser son refus d'homologuer certains vaccins (cas des vaccins chinois ou russes). Les récentes propositions en vue

24 COM (2020) 724 final du 11.11.2020, *Construire une Union européenne de la santé : renforcer la résilience de l'Union européenne face aux menaces transfrontières pour la santé*.

25 COM (2020) du 11.11.2020, 727 final, *Proposition de Règlement concernant les menaces transfrontières graves pour la santé et abrogeant la décision n° 1082/2013*.

26 Les contrats d'achat de vaccin sont fondés sur le règlement 2020/521 du Conseil du 14 avril 2020 portant activation de l'aide d'urgence, qui est lui-même fondé sur l'article 122 du TFUE, selon lequel « le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie ». Sur le plan des compétences, les contrats reposent dès lors sur la politique économique de l'Union (titre VIII du TFUE).

27 COM (2020) 680 final du 15.10.2020, *Préparation aux stratégies de vaccination et au déploiement de vaccins contre la Covid-19*.

d'une « Union européenne de la santé » pourront sans doute atténuer les conséquences négatives qui peuvent résulter d'un renvoi aux droits nationaux – par exemple en renforçant l'anticipation des risques sanitaires ou en anticipant les ruptures dans les chaînes d'approvisionnement²⁸.

Un second paramètre est celui de la nature des prérogatives exercées par la Commission. En effet, la solidarité que souhaite incarner la Commission par l'acquisition anticipée de vaccins demeure tributaire du mandat de négociation que lui ont transmis les États. Il s'agit là d'une contrainte politique et procédurale essentielle. En agissant au nom et pour le compte des États, la Commission ne suit pas une vision autonome de la solidarité dans l'Union européenne, mais applique une politique achat définie prioritairement par les États eux-mêmes, avec leurs propres capacités d'influences – étant précisé que les États cherchent à sécuriser une quantité prédéfinie de doses. D'une certaine manière, elle agit dans un cadre qui n'est guère éloigné de celui de la comitologie, en exerçant un pouvoir d'exécution sous le contrôle des États qui rappelle la procédure d'examen dans le cadre de la comitologie. L'intérêt général défendu par la Commission se fonde ainsi dans l'agrégation des intérêts nationaux.

Ces équilibres politiques expliquent sûrement le fait que la stratégie d'acquisition des vaccins ait été précédée, dès le début du mois de juin 2020, par une « Alliance européenne pour le vaccin contre la Covid-19 », regroupant la France, l'Allemagne, l'Italie et les Pays Bas. Cette alliance, prenant la forme d'un mémorandum, a été conçue comme étant « ouverte à la coopération avec d'autres États-membres de l'Union européenne et ainsi qu'avec la Commission, afin de garantir une vision commune à l'échelon européen et mobiliser les moyens pouvant être mis à disposition à cette échelle »²⁹. Or, il est intéressant de constater que certains contrats de préachats conclus par la Commission ont, préalablement, fait l'objet de « pré » mémorandums d'achat (par exemple pour AstraZeneca, dès juin 2020).

La solidarité vaccinale affichée par la Commission révèle ainsi les ambivalences et les interrogations qui traversent, plus généralement, le principe de solidarité en droit de l'Union. À leur échelle, les contrats de préachat de vaccins illustrent différentes formes de solidarités qui se nouent entre l'Union et les États et entre les États entre eux : une solidarité organique, dictée par des besoins immédiats et urgents à satisfaire en même temps ; une solidarité presque fonctionnelle, justifiant de confier à un organe commun (la Commission) l'achat de vaccins ; une solidarité de circonstance, par la prise de conscience de la capacité à peser sur la fourniture de biens essentiels en agrégeant les demandes. À l'instar de ce qui avait pu être écrit pour décrire les politiques de l'Union, il apparaît que la politique d'achat des vaccins se situe à un « carrefour de solidarités »³⁰. Mais cette approche « additive » de la solidarité n'a de sens que si elle demeure associée au projet européen lui-même et aux finalités supérieures du processus d'intégration. En même temps qu'elle permet de repenser les liens de solidarité, la crise sanitaire est également un tournant historique pour interroger ce projet.

28 COM (2020) 724 final du 11.11.2020, *Construire une Union européenne de la santé: renforcer la résilience de l'Union européenne face aux menaces transfrontières pour la santé*.

29 Voy la présentation de cette « Alliance » sur le site du ministère français de la santé et des solidarités, <<https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/lancement-de-l-alliance-europeenne-pour-le-vaccin-contre-la-covid-19-429525>>.

30 Cette judicieuse expression est empruntée au professeur M. BLANQUET, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2009, p. 155-195.

