

ÉDITION SPÉCIALE #COVID 19.

BULLETIN DESAPS – ÉDITION SPECIALE #1

La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE.

Analyses et commentaires

Contributeurs

Sarah BISTER
Claire BORIES
Marlène CÉPECK
Marianne FARÈS
Adrien PECH
Max RUTHARDT
Lucas SUTTO
Julie TEYSSEDE



SOMMAIRE

Avant-propos	3
Manifestations scientifiques	5
Gestion de la crise sanitaire.....	6
Santé publique	6
▪ Coordination au niveau européen	6
▪ Protection des données à caractère personnel.....	6
Recherche et innovation	7
▪ Essais cliniques.....	7
▪ Produits de santé - Traitements et Covid-19	7
Libre circulation et transports.....	9
▪ Disponibilité et circulation des fournitures et de matériel.....	9
▪ Libre circulation des marchandises	11
▪ Libre circulation des personnes	12
Gestion des conséquences de la crise sanitaire	13
Produits de santé.....	13
▪ Dispositifs médicaux	14
▪ Sang, tissus et organes	14
Economie	15
▪ Soutien économique et financier	15
▪ Aides d'Etat	16
Jeune doctrine.....	17
La gestion – inédite – des frontières intérieures et extérieures de l'Union à l'épreuve du Covid-19, Par Claire BORIES	17
Les données de géolocalisation au soutien de la lutte contre la pandémie de COVID-19. Une atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens européens ?, Par Julie TEYSSEBRE	23
La passation de contrats de marchés publics comme réponse à la pandémie de COVID-19, Par Adrien PECH	25
La libre circulation des marchandises aux temps du COVID-19 : La solidarité européenne en question face aux restrictions à la libre circulation des marchandises, Par Lucas SUTTO	35

Avant-propos

La gestion sanitaire du COVID 19 par l'Union européenne

Par

Nathalie De Grove-Valdeyron

Maître de Conférences HDR, Université Toulouse 1 capitole (IRDEIC)

Chaire Jean Monnet

Avant-propos

Un certain nombre de crises sanitaires ont secoué l'Union européenne, chacune d'elle a révélé la nécessité d'avoir « plus d'Europe » et, pour les États, d'agir en commun, de façon coordonnée, avec le soutien de la Commission, pour relever ensemble un même défi : protéger et améliorer la santé humaine, objectif qui relève aujourd'hui de l'article 168 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). Cette base juridique, introduite par le traité de Maastricht dans le Traité CE (ex art. 129 TCE), modifiée par le traité d'Amsterdam (art. 152 TCE), puis par le traité de Lisbonne (qui lui donnera sa numérotation actuelle), attribue principalement à l'Union européenne une compétence d'appui, mais aussi, ce qui mérite d'être souligné car spécifique au domaine de la santé, une compétence partagée avec les États membres pour ce qui relève des « enjeux communs de sécurité en matière de santé » (art. 4 §2k du TFUE). Cette compétence partagée présente la particularité d'apparaître comme une réaction directe à des « affaires » ou plus généralement des crises : l'affaire du sang contaminé et l'affaire de la vache folle (modifications introduites par le Traité d'Amsterdam¹), puis plus récemment, l'affaire du médiateur. L'Union peut désormais adopter, de façon dérogatoire, des mesures à caractère *normatif* et non plus simplement incitatif, dans ces domaines précis.

Le coronavirus (Covid -19), virus SARS-CoV-2, apparu en Chine fin 2019, puis en Europe à partir du mois de janvier 2020, touche de façon grave la santé, « le plus précieux des biens », pour reprendre les termes de la Commission européenne, puisqu'il est à l'origine de plusieurs centaines de milliers de cas² (occasionnant des symptômes plus ou moins sévères) et de quelques milliers de morts sur tous les continents, l'Europe étant l'épicentre de la pandémie en mars 2020.

Le moment viendra d'apprécier, avec le recul qui s'impose, la gestion de la crise par l'Union. Il est déjà permis de penser que comme les crises antérieures, voire plus encore que les autres crises épidémiques précédentes (H1N1, dite aussi grippe aviaire, ebola, zika..), de nouvelles mesures seront adoptées tant pour perfectionner les instruments déjà existants (notamment le mécanisme de protection civile) que pour améliorer la stratégie à adopter d'un point de vue médical, au niveau de l'Union, pour enrayer la pandémie de la façon la plus efficace alors que, il faut le rappeler, les États sont seuls responsables, conformément à l'article

¹ Art. 152§4, a), TCE et art. 152 §4, b) TCE devenus avec le traité de Lisbonne art.168§4 a) et 168 §4 b). Ces deux articles permettent à l'Union d'adopter des normes élevées de qualité et de sécurité du sang, des substances d'origine humaine et des dérivés du sang et de prendre des mesures dans les domaines vétérinaires et phytosanitaires ayant directement pour objectif la protection de la santé publique. L'article 168§4c) permet quant à lui à l'Union d'adopter des normes élevées de qualité et de sécurité dans le domaine des médicaments et des dispositifs médicaux.

² 182670 cas le 24 mars selon <https://gap.ecdc.europa.eu/public/extensions/COVID-19/COVID-19.html> et 35019 décès au niveau mondial selon la source <https://fr.statista.com/statistiques/1101324/morts-coronavirus-monde/> au 30 mars 2020.

168 §7 du TFUE, de l'organisation de leurs systèmes de santé, de leurs services médicaux et de l'allocation des ressources qui y sont affectées.

Chaque État s'est engagé, avec ses propres moyens et compte tenu des caractéristiques de son propre système de santé, dans une véritable « guerre » contre le virus qui se traduit notamment dans la plupart des États membres, à l'exception à ce jour des Pays-Bas et de la Suède, par des mesures de confinement strictes. Il apparaît pourtant déjà aujourd'hui qu'au-delà de la coordination des mesures sanitaires en cours, qui reste certes perfectible, une solidarité européenne, valeur sur laquelle repose l'Union européenne, s'impose plus que jamais et c'est sans doute de la mobilisation ou non de cette solidarité que dépendra l'avenir du projet européen et de l'intégration européenne.

Avec l'aide de docteurs et de doctorants de l'IRDEIC, que je tiens à remercier ici chaleureusement, sous la coordination de Sarah Bister (avocate) et Lucas Sutto (doctorant), la chaire Jean Monnet propose, en plus du bulletin semestriel DESAPS, de suivre aux cours des semaines à venir la gestion de la crise du COVID 19 par l'Union européenne dans un bulletin spécial qui lui est dédié.

Ce premier numéro fait le point sur les mesures qui ont été prises et celles qui sont envisagées. Il sera régulièrement mis à jour afin de mettre en lumière le rôle de l'Union, compte tenu de la marge de manœuvre qui lui est accordée par les traités, dans une crise sans précédent dont elle pourra, il faut le souhaiter, sortir renforcée. Le bulletin a pour objectif de contribuer à la visibilité de l'action de l'Union tout en l'appréciant d'un point de vue critique.

Toulouse, le 30 mars 2020.



Manifestations scientifiques

Quelques jours après la mise en place de mesures de confinement en France, un colloque virtuel - "Droit et coronavirus - Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles" - a été organisé à l'initiative du CRJ (Grenoble), du CESICE (Grenoble), du CRISS (Hauts de France), de l'IEDP (Sceaux), de l'ISJPS (Paris 1). L'événement s'est présenté sous un format particulier et les communications des intervenants ont été filmées et mises en ligne le vendredi 27 mars 2020. Des débats étaient prévus entre ces derniers les lundi 30 et mardi 31 mars. Les contributions écrites ont été rendues disponibles sur le site de la Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF).

Didier Blanc - Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole et membre de l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC) - s'est notamment exprimé sur l'action de l'Union européenne face à l'épidémie de COVID-19. Vous pourrez retrouver sa contribution, intitulée *L'Union européenne face au coronavirus : une réponse globale pour une crise sanitaire globale*, au lien suivant : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/lunion-europeenne-face-au-coronavirus-une-reponse-globale-pour-une-crise-sanitaire-globale/>

Gestion de la crise sanitaire

☀ Santé publique

▪ *Coordination au niveau européen*

Communication de la Commission, Guidelines on EU Emergency Assistance in Cross-Border Cooperation in Healthcare related to the COVID-19 crisis, 3 April 2020, C (2020) 2153 final.

La crise sanitaire à laquelle le monde entier fait face soumet les systèmes de santé dans l'ensemble de l'Union européenne à une pression croissante sans commune mesure. Beaucoup d'Etats redoutent que les places disponibles en soins intensifs ne soient pas suffisantes. Les professionnels de santé sont surchargés et la pénurie de main-d'œuvre se fait de plus en plus sentir dans de nombreux établissements de soins. Un certain nombre d'Etat demandent une aide d'urgence à l'Union européenne et à d'autres Etats membres. En cette période de désarroi, la solidarité européenne s'organise : de récentes initiatives régionales de coopération hospitalière pour traiter les patients infectés par le Covid-19 sauvent des vies et participent à alléger les capacités des systèmes de santé en difficulté en fournissant des places en soins intensifs. Il en est ainsi de plusieurs Länder allemands et du Luxembourg qui ont prêté main forte à l'Italie et la France.

Au regard de cette situation d'urgence exceptionnelle, le 3 avril 2020, la Commission européenne a publié des orientations pratiques à l'intention des Etats membres afin de soutenir et d'encourager la coopération en matière de soins de santé transfrontaliers entre les autorités tant nationales que régionales ou locales estimant qu'une approche plus coordonnée des soins de santé transfrontaliers était justifiée.

[Pour en savoir plus...](#)

S. BISTER

▪ *Protection des données à caractère personnel*

Comité européen de protection des données, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 19 March 2020.

Le comité européen de la protection des données, institué par le RGPD en son article 68 et qui regroupe les chefs des autorités nationales de contrôle, le contrôleur européen de la protection des données, ou leurs représentants respectifs, a adopté, le 19 mars 2020, une déclaration relative à la protection des données personnelles dans le cadre de la pandémie de Covid-19. Cet organisme indépendant, qui a succédé au groupe 29, a pour mission de veiller à l'application cohérente du RGPD et peut, à ce titre, analyser toute question relative à la mise en œuvre de ce texte et publier des recommandations, lignes directrices ou bonnes pratiques destinées à garantir une application conforme et uniforme des règles relatives à la protection des personnes physiques en matière de traitement et circulation des données à caractère personnel. En réponse aux différentes mesures prises par certains États membres dans leur politique de lutte contre le Covid-19, la présidente du comité européen de la protection des données, Andrea Jelinek, déclarait en substance, le 16 mars dernier, que si le RGPD ne faisait pas obstacle à l'adoption de mesures visant à lutter contre la pandémie, ces circonstances

sanitaires exceptionnelles n'autorisaient pas à s'extraire du carcan de la légalité et les responsables du traitement de données restaient tenus de s'assurer de leur protection.

[Pour en savoir plus...](#)

J. TEYSSEDRE

☀ **Recherche et innovation**

▪ *Essais cliniques*

EMA & HMA, **Guidance on the management** of clinical trials during the COVID-19 (coronavirus) pandemic, Version 2, 27 March 2020.

Dans le secteur de la santé, l'impact du nouveau coronavirus pourrait perturber les futurs essais cliniques et ceux en cours de divers produits médicaux.

Pour aider à éviter un trop grand nombre de complications, la Commission européenne, l'Agence européenne du médicament et les directeurs nationaux des agences du médicament (HMA) ont publié le 27 mars 2020, de nouvelles recommandations à l'intention des promoteurs d'essais cliniques sur la manière de gérer la conduite des essais cliniques à la lumière des nouveaux défis créés par la pandémie du Covid-19.

[Pour en savoir plus...](#)

S. BISTER

EMA, **Update on treatments and vaccines** against COVID-19 under development, Press release, 31st March 2020.

Dans un communiqué de presse en date du 31 mars 2020, l'Agence européenne du médicament (EMA) fait un point sur la situation actuelle des traitements et vaccins actuellement en cours d'essais et qui seraient susceptibles d'être utilisés pour lutter contre le Covid-19.

[Pour en savoir plus...](#)

S. BISTER

▪ *Produits de santé - Traitements et Covid-19*

EMA, **EMA gives advice** on the use of non-steroidal anti-inflammatories for COVID-19, Presse release, 18 March 2020.

Par ce communiqué de presse, l'Agence européenne du médicament (EMA) revient sur les rapports, qui ont notamment fleuri sur les réseaux sociaux, qui soulèvent des questions sur le fait que les anti-inflammatoires non stéroïdiens (AINS) tels que l'ibuprofène pourraient aggraver les maladies à coronavirus (covid-19). L'EMA rappelle qu'il n'existe actuellement aucune preuve scientifique établissant un lien entre la prise d'ibuprofène et l'aggravation du Covid-19.

En mai 2019, le comité de pharmacovigilance de l'EMA (PRAC) a entamé un examen des AINS (ibuprofène et kétoprofène) à la suite d'une enquête de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM – agence française) qui suggérait que l'infection due à la varicelle et certaines infections bactériennes pourraient être aggravées par ces

médicaments. Les informations sur les produits de nombreux AINS contiennent déjà des avertissements selon lesquels leurs effets anti-inflammatoires peuvent masquer les symptômes d'une infection qui s'aggrave. Le PRAC examine actuellement toutes les données disponibles pour voir si des mesures supplémentaires sont nécessaires.

L'EMA conseille aux patients qui auraient des questions de s'adresser à leur médecin ou à leur pharmacien et précise qu'il n'y a aucune raison, pour l'heure, pour les patients prenant de l'ibuprofène, d'interrompre leur traitement sur la base de ce qui précède. Cela est particulièrement important pour les patients qui prennent de l'ibuprofène ou d'autres AINS pour le traitement de maladies chroniques.

L'EMA informe qu'elle fournira des informations complémentaires si nécessaire et une fois l'examen du PRAC achevé.

S. BISTER

EMA, **COVID-19: Chloroquine and hydroxychloroquine** only to be used in clinical trials or emergency use programmes, Press release, 1st April 2020.

Face à la montée de la polémique sur l'utilisation de la chloroquine et de l'hydroxychloroquine pour traiter le Covid-19, l'Agence européenne du médicament (EMA) a communiqué sur le sujet le 1^{er} avril dernier. Elle précise que ces deux médicaments, actuellement autorisés pour le paludisme et certaines maladies auto-immunes, sont étudiés dans le monde entier pour leur potentiel à traiter les maladies à coronavirus, dont le Covid-19. Toutefois, l'EMA explique que l'efficacité du traitement n'a pas encore été démontrée par des études. Dès lors, il est très important que les patients et les professionnels de santé n'utilisent la chloroquine et l'hydroxychloroquine que pour les usages autorisés ou dans le cadre d'essais cliniques ou programmes nationaux d'utilisation d'urgence pour le traitement du virus. En effet, ces médicaments peuvent avoir des effets secondaires graves en particulier à fortes doses ou lorsqu'ils sont associés à d'autres médicaments. Ils ne doivent donc pas être utilisés sans ordonnance et sans supervision médicale.

L'EMA ajoute que de vastes essais cliniques sont en cours afin de générer des données solides nécessaires pour établir l'efficacité et la sécurité de ces médicaments dans le traitement du Covid-19.

En raison de l'urgence et de la pression à laquelle sont soumis les systèmes de santé pour sauver des vies pendant cette pandémie, certains pays, dont la France et les États-Unis, ont mis en place des protocoles stricts pour permettre l'utilisation expérimentale de ces deux médicaments, notamment chez les patients atteints de formes graves de Covid-19.

Pour autant, la situation ne doit pas faire oublier que la chloroquine et l'hydroxychloroquine sont des médicaments essentiels pour les patients atteints de maladies auto-immunes telles que le lupus. Il est ainsi primordial que ces patients puissent continuer à les obtenir et ne soient pas confrontés à des pénuries dues à un stockage ou une utilisation en dehors des indications autorisées.

S. BISTER

☀ Libre circulation et transports

▪ *Disponibilité et circulation des fournitures et de matériel*

Recommandation (UE) 2020/403 de la Commission du 13 mars 2020 relative aux procédures d'évaluation de la conformité et de surveillance du marché dans le contexte de la menace que présente le COVID-19, *JOUE* L 79 du 16 mars 2020.

Le 16 mars 2020, la Commission européenne a publié la recommandation (UE) 2020/403 du 13 mars 2020 sur les procédures d'évaluation de la conformité et de surveillance du marché dans le contexte de la menace Covid-19. Cette recommandation a été adoptée pour répondre à la demande croissante d'équipements de protection individuelle (EPI), tels que les masques faciaux, les gants, les combinaisons de protection ou les lunettes de protection jetables et réutilisables, et de dispositifs médicaux, tels que les masques et gants chirurgicaux ainsi que certaines blouses sur le marché de l'Union européenne.

[Pour en savoir plus...](#)
S. BISTER

European Commission, **COVID-19: Commission creates first ever rescEU stockpile** of medical equipment, Press release, 19 March 2020.

La Commission européenne, dans le cadre du rôle majeur que détient l'Union européenne en termes de coordination, a mis en place, le 19 mars 2020, la première réserve rescUE de matériel médical, en réponse à la crise sanitaire liée au COVID-19.

La réserve rescUE est une composante du mécanisme de protection civile de l'Union européenne créé en 2001 et dont l'objectif général « *est de renforcer la coopération entre les États membres de l'UE et six États participants dans le domaine de la protection civile, en vue d'améliorer la prévention des catastrophes, ainsi que la préparation et la réaction à ces dernières* ». Sur le fonctionnement de ce mécanisme de protection civile, la Commission précise qu'un Etat affecté par une catastrophe naturelle ou d'origine humaine peut demander de l'aide par le biais du mécanisme, à la suite de quoi « *le Centre de coordination de la réaction d'urgence (ERCC) mobilise une assistance ou une expertise* ».

La Commission européenne a, par ailleurs, pu insister sur l'importance de ce mécanisme de protection civile en précisant que « *les catastrophes ne connaissent pas de frontières et peuvent toucher un ou plusieurs pays simultanément sans prévenir. L'existence d'une réponse conjointe bien coordonnée signifie que, lorsque les autorités nationales sont submergées, elles disposent d'un point de contact unique, au lieu de plusieurs* », reflétant ainsi la situation d'urgence actuelle causée par la pandémie de COVID-19.

C'est en ce sens qu'est intervenue la mise en place de la première réserve rescUE de matériel médical, annoncée par la Commission européenne dans son communiqué de presse en date du 19 mars 2020.

[Pour en savoir plus...](#)
M. FARÈS

European Commission, **Coronavirus: European standards** for medical supplies made freely available to facilitate increase of production, Press release, 20 March 2020.

Dans son communiqué de presse en date du 20 Mars 2020 et intitulé « Coronavirus: European standards for medical supplies made freely available to facilitate increase of production », la Commission européenne affirme que, parmi les efforts déployés dans la lutte contre le COVID-19, la Commission ainsi que le Comité Européen de Normalisation (CEN) ont décidé de « *rendre un certain nombre de normes harmonisées concernant les équipements de protections importants, tels que les masques et les gants à usage unique, disponibles gratuitement pour les entreprises souhaitant se lancer dans la production de ces produits* ».

Cette mesure, qui concerne en pratique « *11 normes développées par le CEN, et, potentiellement, 3 normes additionnelles développées conjointement avec ISO* », recouvrant « *les masques filtrants usuels, les gants médicaux et les vêtements de protection* », vient compléter la Recommandation (UE) 2020/403 du 13 mars 2020 relative aux procédures d'évaluation de la conformité et de surveillance du marché dans le contexte de la menace que représente le COVID-19.

La mise en libre accès de ces normes européennes relatives aux équipements médicaux soulève cependant plusieurs interrogations, d'abord quant à leur cadre juridique, notamment en raison des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés, ensuite quant à la finalité de cette mesure dans la lutte contre le COVID-19.

[Pour en savoir plus...](#)

M. FARÈS

European Commission, Conformity assessment procedures for protective equipment, 30 March 2020.

Le 30 mars 2020, la Commission a proposé des orientations pour aider les fabricants à intensifier la production d'équipements et de matériel médicaux essentiels dans le domaine des équipements de protection individuelle (EPI) dans le contexte de l'épidémie de Covid-19. L'objectif est que les fabricants et les autorités de surveillance du marché mettent à disposition des produits respectant les normes de sécurité nécessaires et qu'ils soient efficaces.

Présenté sous la forme de questions et réponses, ce guide détermine les exigences réglementaires applicables, les normes à respecter et les conditions de dérogation au cas où le dispositif n'est pas marqué CE. Il concerne aussi bien les importateurs de nouveaux produits dans l'Union européenne que les fabricants souhaitant lancer de nouvelles installations ou reconvertir des installations existantes pour produire des masques, des gants et des blouses chirurgicales afin de répondre à la demande sans précédent qui sévit actuellement dans tous les pays.

Le guide explique également le rôle des autorités nationales, en particulier des autorisés de surveillance du marché, pour garantir un niveau adéquat de sécurité des équipements originaires des pays tiers mis sur le marché de l'Union.

S. BISTER

European Commission, Guidance on the applicable legislation for leave-on hand cleaners and hand disinfectants (gel, solution, etc.), 30 March 2020.

La Commission a proposé, le 30 mars 2020, en complément des orientations sur les équipements de protection individuelle (voir ci-dessus), un guide sous forme de questions et

réponses à destination des fabricants et importateurs de nettoyeurs et désinfectants pour les mains sans rinçage (gels hydroalcooliques). Ce document vise à fournir des orientations sur le cadre juridique applicable à la mise sur le marché de l'Union européenne de ces produits et sur les recommandations faites aux utilisateurs. Les gels hydroalcooliques relèvent, selon leurs spécificités, soit du règlement sur les produits cosmétiques, soit du règlement sur les produits biocides. Ce guide vise donc à répondre aux questions les plus fréquentes posées à la Commission européenne par les opérateurs du secteur des cosmétiques ou d'autres secteurs, qui sont fortement engagés dans l'augmentation ou la conversion de leur capacité de production vers de tels gels désinfectants.

S. BISTER

European Commission, Conformity assessment procedures for 3D printing and 3D printed products to be used in a medical context for COVID-19, 30 March 2020.

Le 30 mars 2020, à la suite des guides précédemment évoqués concernant les équipements de protection individuelle et les gels hydroalcooliques, la Commission européenne a publié un troisième guide donnant des orientations sur les procédures d'évaluation de la conformité pour l'impression 3D et les produits imprimés en 3D à usage médical dans le contexte de la crise sanitaire actuelle. Ce « questions-réponses » détaille les cadres juridiques communautaires applicables à ces produits et présente des exemples de normes techniques que les fabricants peuvent utiliser pour mettre sur le marché européen des produits conformes.

S. BISTER

Communication de la Commission, Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19, JOUE C 108 du 1^{er} avril 2020.

L'année 2020 peut être un moment de vérité pour l'Europe. La crise du COVID-19 joue le rôle d'un double test pour l'Union européenne. Le premier concerne la résilience de son système sanitaire et de sa gouvernance. Le second concerne sa capacité à préserver sa cohésion et ses valeurs.

La pandémie de COVID-19 révèle les différences culturelles entre les Etats membres de l'Union européenne. Du laissez-faire sanitaire à la position martiale de chef de guerre, chaque pouvoir exécutif national tente de réagir à la crise selon ses propres références et réflexes culturels. L'essentiel des droits nationaux de la commande publique résulte de la transposition des directives 2014/23/UE et 2014/24/UE. Dès lors, il revient avant tout aux autorités nationales de tirer des directives et des normes de transposition, toutes les potentialités nécessaires au maintien de l'achat public durant la crise.

[Pour en savoir plus...](#)

A. PECH

- ***Libre circulation des marchandises***

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au conseil, à la Banque centrale européenne, à la banque européenne d'investissement et à l'eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final.

Commission européenne, **COVID-19 – Lignes directrices** relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, 16 mars 2020, 2020/C 86 I/01.

En période de crise sanitaire, la tendance est au repli sur soi. Les frontières se ferment, les échanges se tarissent, les suspicions s'installent, les contrôles se multiplient. L'Union européenne n'est pas épargnée et, face à l'épidémie de COVID-19, le marché intérieur – qui suppose « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* » (article 26 §2 TFUE) – se trouve malmené. En effet, les États membres n'ont pas tardé à faire « réapparaître » leurs frontières et à instaurer des restrictions au commerce et au transport des marchandises. Sont particulièrement visés les produits dits « essentiels », tels que les équipements médicaux et de protection, dont l'exportation vers les autres États membres est bien souvent empêchée, la peur de la pénurie se manifestant intensément dans un contexte de crise sanitaire. Quant à l'importation, c'est la méfiance qui est susceptible de s'établir et de conduire à limiter l'entrée sur le territoire des marchandises originaires d'autres États membres.

Dans sa communication du 13 mars 2020 « *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19* » et dans l'annexe 2 de celle-ci, la Commission européenne tente, pour sa part, de promouvoir une approche commune et insiste sur la nécessité de « *fournir une réponse au niveau européen* ». C'est au travers du bon fonctionnement du marché intérieur, de la circulation des biens essentiels et d'une stratégie coordonnée que les États membres pourront gérer l'épidémie de COVID-19. La Commission a ainsi rappelé à plusieurs reprises les limites dans le cadre desquelles des mesures restrictives à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur pouvaient être adoptées et s'attache à tempérer et réduire la prise de telles mesures par les États. Mais le commerce entre États membres n'est pas le seul affecté, l'exportation de certaines marchandises vers des États tiers à l'Union européenne ayant été soumis à un régime d'autorisation institué par la Commission.

[Pour en savoir plus...](#)

L. SUTTO

▪ ***Libre circulation des personnes***

Décision (UE) 2020/430 du Conseil du 23 mars 2020 portant dérogation temporaire au règlement intérieur du Conseil eu égard aux difficultés de déplacement causées dans l'Union par la pandémie de Covid-19.

En raison de la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19, de nombreux États membres ont adopté des mesures de confinement et ont considérablement limité les déplacements sur leur territoire, ainsi que le passage de leurs frontières. De telles circonstances rendent extrêmement difficile la présence physique des membres du Conseil au siège de celui-ci lors des sessions. Or, dans la mesure où l'article 11 §4 de la décision du Conseil du 1^{er} décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur prévoit que la présence de la majorité des membres du Conseil est requise pour que le Conseil puisse procéder à un vote, il apparaît complexe pour le Conseil de tenir des sessions formelles. Il convient donc d'adapter la procédure d'adoption des actes.

Ainsi, dans le but d'assurer la continuité institutionnelle de son processus décisionnel, la Conseil a adopté la décision 2020/430 afin d'introduire une dérogation temporaire à l'article 12 §1 de son règlement intérieur. Cette disposition établit que les actes du Conseil relatifs à une affaire urgente peuvent être adoptés au moyen d'un vote par écrit, dès lors que le Conseil ou le

Coreper (Comité des représentants permanents) décide à l'unanimité d'avoir recours à cette procédure. Désormais, en vertu de la décision 2020/430, pendant une durée d'un mois (laquelle peut être prorogée en cas de circonstances exceptionnelles), la décision de recourir à la procédure écrite normale, lorsqu'elle est prise par le Coreper, est adoptée conformément à la modalité de vote applicable pour l'adoption de l'acte concerné du Conseil.

L. SUTTO

Gestion des conséquences de la crise sanitaire

☀ Produits de santé

Office européen de lutte anti-fraude, OLAF launches enquiry into fake COVID-19 related products, Press release, 20 March 2020.

Dans son communiqué de presse en date du 20 mars 2020, intitulé « *OLAF launches enquiry into fake COVID-19 related products* », l'Office européen de Lutte Anti-Fraude (OLAF) met en lumière les enjeux liés à la vente de produits de santé contrefaits en lien avec le COVID-19.

En effet, après avoir évoqué la forte hausse de la demande en équipements de protection individuelle ainsi qu'en dispositifs médicaux, liée au contexte de pandémie actuel, l'OLAF insiste sur les problématiques de santé et de sécurité que soulève l'importation de ces produits de santé contrefaits dans la lutte contre le COVID-19, dans la mesure où ces derniers ne respectent pas les normes européennes.

L'OLAF met également en évidence, dans son communiqué de presse, les moyens par lesquels ces produits non-conformes se retrouvent sur le marché européen, ce qui revient à s'interroger sur les éventuelles mesures mises en place afin d'éviter que ces produits contrefaits se retrouvent sur le marché.

[Pour en savoir plus...](#)

M. FARÈS

EMA, **COVID-19 : Beware of falsified medicines** from unregistered websites, Press Release, 24 March 2020.

Dans le contexte actuel du COVID-19, la directrice exécutive d'Europol, Catherine De Bolle, a attiré l'attention sur un phénomène qui s'est récemment accentué, à savoir la vente en ligne de médicaments falsifiés. En effet, elle a mis en garde les consommateurs contre des « *criminels [qui] abusent des craintes autour de la pandémie en vendant, en ligne, des médicaments qui prétendent guérir le coronavirus* », avant de préciser que « *non seulement ces médicaments sont faux, mais ils sont aussi dangereux* ».

Le 24 Mars 2020, l'Agence européenne des médicaments (EMA), dans un communiqué de presse intitulé « COVID-19 : Beware of falsified medicines from unregistered websites », a préconisé de « *ne pas acheter de médicaments sur des sites web non-autorisés [...] visant à*

exploiter les craintes et les préoccupations » liées à la « *pandémie de coronavirus en cours* », avant de préciser que « *de tels produits sont susceptibles d'être des médicaments falsifiés* ». Il conviendra donc de s'attacher d'abord à la notion de « médicament falsifié », avant d'aborder ensuite la problématique de la vente en ligne de médicaments dans le contexte de pandémie actuel.

[Pour en savoir plus...](#)
M. FARÈS

▪ *Dispositifs médicaux*

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2017/745 relatif aux dispositifs médicaux en ce qui concerne les dates d'application de certaines de ses dispositions, COM (2020) 144 final.

Le 3 avril 2020, la Commission européenne a publié une proposition qui reporterait d'un an l'entrée en vigueur du règlement sur les dispositifs médicaux prévu au 26 mai prochain.

[Pour en savoir plus...](#)
S. BISTER

▪ *Sang, tissus et organes*

ECDC, **Coronavirus disease 2019 (COVID-19)** and supply of substances of human origin in the EU/EEA, 20 March 2020.

Les substances d'origine humaine sont considérées comme des biens/services essentiels pour lesquels la libre circulation au sein de l'Union européenne est cruciale. Parmi les conséquences de la gestion de la crise du nouveau coronavirus, celle de l'approvisionnement sûr et durable des substances d'origine humaine se pose aux autorités nationales. L'Union européenne via le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC) s'est emparée de la question et a publié une série d'évaluations rapides des risques. De là, l'ECDC a défini des mesures sur la manière de maintenir la sécurité et la durabilité de l'approvisionnement en substances d'origine humaine.

Le 20 mars 2020, l'ECDC a publié un guide visant à fournir une évaluation des risques et des options de gestion dans le domaine. Ce document est basé sur les connaissances actuelles concernant le Covid-19 et les données disponibles sur d'autres agents pathogènes respiratoires viraux, principalement le coronavirus du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS-CoV), le coronavirus lié au syndrome respiratoire du Moyen-Orient (MERS-CoV) et les virus de la grippe saisonnière ou pandémique.

[Pour en savoir plus...](#)
S. BISTER

☀ **Economie**

▪ *Soutien économique et financier*

Communication de la Commission au Conseil sur l'activation de la clause dérogatoire générale du pacte de stabilité et de croissance, Bruxelles, 20 mars 2020, COM (2020) 123 final.

Les conséquences économiques de la crise sanitaire liée au COVID-19 ne sont déjà plus à attendre. La Commission européenne évoque elle-même « *un choc économique majeur* » entraînant « *d'importantes répercussions négatives dans l'Union européenne* ». Elle estime que la crise liée au COVID-19 serait susceptible d'entraîner une baisse de la croissance du PIB réel de 2,5 points en 2020, par rapport à une situation sans pandémie pour laquelle une croissance de 1,4% était initialement prévue. Dès lors, la croissance du PIB réel devrait enregistrer un recul de 1% en 2020 – sans que des scénarios plus défavorables encore ne puissent être exclus. Les États membres de l'Union européenne ont alors commencé à prendre diverses mesures, notamment en matière budgétaire et fiscale, afin de contrer, dans la mesure du possible, et d'atténuer les répercussions économiques de la crise sanitaire.

[Pour en savoir plus...](#)

L. SUTTO

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au conseil, à la Banque centrale européenne, à la banque européenne d'investissement et à l'eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final.

Dans sa communication en date du 13 mars 2020, la Commission européenne a manifesté sa volonté d'agir pour atténuer, dans la mesure du possible, les conséquences économiques négatives engendrées par la crise sanitaire liées au COVID-19 et d'apporter son aide aux entreprises, aux travailleurs et aux systèmes de santé. Elle a ainsi prévu de mobiliser le budget de l'Union (en mettant un milliard d'euros à disposition via le Fonds européen d'investissement) et de développer une initiative d'investissement visant à affecter 37 milliards d'euros à la lutte contre l'épidémie. Ces mesures permettront d'apporter un soutien en liquidités aux petites entreprises et au secteur des soins de santé et de soutenir temporairement les régimes nationaux de chômage partiel. Afin d'atténuer l'incidence de la crise sanitaire sur l'emploi, la Commission a également proposé, le 2 avril, l'adoption d'un règlement portant création d'un instrument européen de soutien temporaire à l'atténuation des risques de chômage en situation d'urgence (SURE) à la suite de la pandémie de COVID-19. En outre, à la suite d'une autre initiative de la Commission, le règlement n°2012/2002 instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne a été modifié par le règlement 2020/461 en vue de fournir une aide financière aux États membres et aux pays dont l'adhésion à l'Union est en cours de négociation qui sont gravement touchés par une urgence de santé publique majeure.

Ces mesures seront détaillées dans le prochain numéro de l'édition spéciale du Bulletin DESAPS consacrée au COVID-19.

L. SUTTO

- ***Aides d'Etat***

Communication de la Commission, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, JOUE C 91 du 20 mars 2020.

Eu égard au fait qu'« *on déplore des infections dans tous les États membres de l'Union* », comme le précise la Commission européenne dans sa communication sur un encadrement temporaire des mesures d'aide d'État, son constat selon lequel « *La flambée de COVID-19 est une urgence de santé publique grave pour les citoyens et les sociétés* » ne surprend guère. Si la pandémie actuelle est donc avant tout préoccupante sur le plan de la santé, elle semble tout autant représenter un danger pour l'économie face auquel une « *réaction économique coordonnée des États membres et des institutions de l'UE est essentielle pour atténuer ces retombées négatives* ». On mesure donc pleinement l'acuité de la situation laquelle commande une réaction rapide et adéquate, sans pour autant que les mesures envisagées aillent au détriment d'une approche coordonnée et encadrée.

[Pour en savoir plus...](#)

M. CÉPECK et M. RUTHARDT

Jeune doctrine

La gestion – inédite – des frontières intérieures et extérieures de l'Union à l'épreuve du Covid-19*

Par Claire BORIES

Doctorante en Droit de l'Union européenne, IRDEIC,
C2EC,

Université Toulouse 1 Capitole

Alors que la France, après l'Espagne et l'Italie, entre à son tour le 17 mars en régime de « confinement général », l'Union européenne décide de fermer ses frontières extérieures afin d'endiguer la propagation du virus Covid-19 – aussi appelé « Coronavirus », qualifiée par l'Organisation Mondiale de la Santé de pandémie mondiale¹. Une décision extraordinaire dans un contexte exceptionnel.

Quatre mois après l'apparition des premiers cas présumés de coronavirus en Chine, l'épidémie est devenue mondiale et son épïcentre s'est déplacé en Europe, avec plus de 47 000 morts constatés au 5 avril. Inquiétante réalité. Face à cette situation particulièrement dramatique, comment s'articulent les réponses étatiques et européennes ?

En première ligne face à ce virus qui s'attaque aux capacités pulmonaires et respiratoires, de nombreux États ferment leurs frontières nationales. Des décisions déplorées par Bruxelles, bien que compatibles avec les traités européens. Rappelons à bon droit que la coopération Schengen, qui débute en 1985 en dehors du cadre communautaire², instaure un espace de libre circulation des personnes entre les 26 pays signataires, dont 22 des 27 États membres de l'Union européenne³. D'un côté, l'on supprime les contrôles aux « frontières intérieures »⁴ de l'Union,

¹ Le 11 mars 2020, Tedros ADHANOM GHEBREYESUS, directeur général de l'OMS, déclare que l'épidémie de Covid-19 est désormais passée au stade de pandémie. L'épidémie – du latin *epidemia* (« à la maison ») – correspond à la propagation d'une maladie dans une région donnée – la région de Wuhan en Chine aux prémices de l'épidémie. Elle devient pandémie – du grec *pan* (« tout ») et *demos* (« peuple »), lorsque la propagation du virus est telle qu'elle s'étend à plusieurs foyers, à plusieurs continents dans le monde – le développement de zones à risque hors de la Chine, notamment à Singapour, en Corée du Sud, en Iran et en Italie.

² L'acquis actuel de Schengen, intégré dans l'ordre juridique de l'Union par le traité d'Amsterdam en 1997, repose sur les accords de Schengen de 1985, conclus entre cinq pays (la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas), et sur la Convention d'application de l'accord de Schengen, du 19 juin 1990, qui contient les dispositions destinées à compenser la levée progressive des contrôles aux frontières par un renforcement de la coopération dans les domaines de la circulation des personnes (visas, immigration, asile), ainsi qu'en matière policière et judiciaire.

³ Tous les États membres de l'Union, à l'exception de six d'entre eux, font partie de Schengen. C'est le cas de l'Irlande, du Royaume-Uni (membre jusqu'en décembre 2020), de la Bulgarie, de la Croatie, de Chypre et enfin, de la Roumanie. Entre outre, quatre États tiers à l'Union sont associés à Schengen : l'Islande (1999), la Norvège (1999), la Suisse (2008) et Lichtenstein (2011).

⁴ Par « frontières intérieures », il faut entendre « les frontières communes terrestres des parties contractantes ainsi que leurs aéroports pour les vols intérieurs y compris fluviales et lacustres des États membres, les aéroports pour les vols intérieurs, les ports maritimes fluviaux et lacustres pour les liaisons régulières de transbordeurs », v. article 2, paragraphe 1, du règlement n°2016/399/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant

de l'autre, l'on renforce la protection aux « frontières extérieures »⁵. Conformément à l'article 25 du Code frontières Schengen, les États membres ont la possibilité de réintroduire des contrôles à leurs frontières nationales « pour une période limitée d'une durée maximale de trente jours (...) à une durée maximale [et exceptionnelle] de deux ans »⁶. Ils ne peuvent toutefois activer ces contrôles renforcés qu'en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, ou en réaction au risque présenté par une maladie contagieuse – précise la Commission⁷. Sur la base de ces dispositions, plusieurs États membres ont déjà fermé leurs frontières nationales suite à des attaques terroristes, des événements sportifs faisant craindre des débordements ou pendant la « crise » migratoire⁸. Mais c'est bien la première fois que ce principe est appliqué pour des raisons sanitaires. Inédite situation.

Il est donc une réalité. La Commission européenne ne peut empêcher ce retour des frontières dans l'Union. Ne disposant que d'une compétence d'appui en la matière⁹, elle s'attache à coordonner au mieux l'action des États membres. Une tâche ardue. Mandat de coordination en poche – donné par les États membres le 10 mars, la Commission a alors formulé des lignes de conduite relatives à la gestion des frontières intérieures et extérieures de l'Union¹⁰, appelant à des fermetures coordonnées, opérationnelles, proportionnées et efficaces, et ce, dans le respect de la protection de la santé des populations et de la libre circulation des personnes. Face à la

un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, communément appelé « Code frontières Schengen », JO L 77/1 du 23.03.2016.

⁵ Les « frontières extérieures » quant à elle sont « « frontières extérieures », il faut considérer « les frontières terrestres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes ainsi que les frontières ainsi que les aéroports ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres pour autant qu'ils ne soient pas frontières intérieures », v. article 2, paragraphe 2, du Code frontières Schengen, *op. cit.*

⁶ Article 25 du règlement n°2016/399/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, communément appelé « Code frontières Schengen », JO L 77/1 du 23.03.2016

⁷ Dans ses lignes directrices, publiées le 16 mars 2020, la Commission fait explicitement référence aux dispositions de l'article 25, paragraphe 1, du Code Schengen, et précise aussi que « dans une situation extrêmement critique, un État membre peut identifier la nécessité de réintroduire les contrôles aux frontières en réaction au risque présenté par une maladie contagieuse », v. en ce sens, Communication de la Commission du 16 mars 2020 prévoyant les lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, COM (2020/C 86 I/01), point 18.

⁷ Article 25, paragraphe 2, du Code frontières Schengen

⁸ L'Allemagne, lors de la coupe du monde de football en 2006, l'Autriche à l'occasion de l'Euro 2008, la Pologne pour l'Euro 2012 ou encore la France pour la COP 21 (Conférence des Parties) puis à la suite des attentats de novembre 2015, ont utilisé cette faculté pour réintroduire temporairement la vérification des passeports à leurs frontières nationales. De même, l'arrivée en 2011 de millions de migrants fuyant les révolutions arabes vers le territoire européen, en transitant par l'île italienne de Lampedusa, a amené l'Italie à délivrer des permis de séjour de six mois. En 2017, la France a, quant à elle, décidé de bloquer un convoi de migrants à la frontière italienne, invoquant un risque de trouble à l'ordre public.

⁹ L'article 168, paragraphe 7, TFUE, qui renforce l'ancien article 152 TCE, réaffirme la logique de responsabilité première des États membres en matière de définition, d'organisation et de fourniture des soins. En ce sens, il octroie à l'Union une compétence d'appui en la matière, lui permettant d'intervenir pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres (article 6 TUE). Hormis trois domaines très précis liés aux « enjeux de sécurité en matière de santé publique », qui peuvent se rattacher à l'exercice d'une compétence partagée – v. en ce sens, N. DE GROVE-VALDEYRON, « Les enjeux communs de sécurité en matière de santé : quelle influence sur le droit pharmaceutique européen ? », *REA*, n°4, 2018, p. 617, l'intervention de l'Union demeure essentiellement tournée vers la coordination et l'appui aux politiques nationales de santé.

¹⁰ Voir notamment les Section III, IV et V de la Communication de la Commission du 16 mars 2020 prévoyant les lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, *op. cit.*

pandémie du Covid-19, un seul mot d'ordre : se coordonner au niveau de l'Union. De fait, « la mise en œuvre des politiques de l'Union en matière de contrôle des personnes (...) doit être régie par le principe de solidarité entre les États membres »¹¹. Après avoir fermé leurs frontières nationales dans un complet désordre, et ce malgré les mises en garde de la Commission européenne (I), les Vingt-sept ont finalement – et plus sagement – adopté une position commune concernant la gestion des frontières extérieures de l'Union, accueillant favorablement la décision – inédite – de la Commission (II). Une gestion en demi-teinte donc.

I. Un complet désordre pour la gestion des frontières intérieures de l'Union

État d'urgence, confinement partiel ou total, limitation de l'activité économique ou des déplacements *non-essentiels*, annulations de rassemblements publics, fermeture des écoles et des commerces, fermeture des frontières ... la propagation de la pandémie et la nécessité d'une réponse rapide ont conduit les Vingt-sept à adopter des mesures nationales de circonstance. Avec des stratégies et des rythmes variés.

Des mesures strictes de confinement ont été instaurées en France, en Espagne – deuxième pays le plus endeuillé¹², et en Italie – deuxième foyer mondial de l'épidémie¹³. Les habitants sont strictement assignés à résidence, toute activité ou déplacement jugés *non-essentiels* sont tout bonnement interdits. Cela fait désormais quatre semaines que les soixante millions d'Italiens se voient privés de sortie et de déplacement... une « entorse » non négligeable à la libre circulation des personnes. Dans le même temps, l'Allemagne, Chypre, le Danemark, la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, la Lituanie et la Lettonie ont instauré des contrôles plus étroits des déplacements, allant parfois jusqu'à la fermeture totale de leurs frontières avec leurs voisins. À ce titre, l'Allemagne ferme ses frontières avec cinq pays de ses six frontaliers, la Belgique réinstalle des contrôles douaniers aux postes frontières, tandis que l'Autriche et la Hongrie restreignent leurs entrées pour l'Italie. Dans la même veine, la Slovénie ferme les 232 kilomètres de frontières qu'elle partage avec l'Italie et la Pologne ferme ses frontières aux étrangers, et suspend jusqu'à nouvel ordre les vols intérieurs. Toutes ces décisions, aussi unilatérales fussent-elles, ont été prises dans un même but : limiter les déplacements de populations, un facteur aggravant de la propagation du virus.

Ces fermetures de frontières en cascade déplaisent fortement à la Commission européenne, et notamment à sa présidente Ursula VON DER LEYEN¹⁴. Dans ses lignes directrices, la Commission met un point sur l'importance de se coordonner au niveau de l'Union « afin de garantir l'efficacité et la proportionnalité des mesures prises » (point 23). Ces contrôles doivent s'effectuer « de manière proportionnée et en tenant dûment compte de la santé des personnes concernées ». Ce faisant, « il y a lieu de ne pas refuser l'entrée aux personnes qui sont

¹¹ Deuxième phrase de ses lignes directrices, *ibidem*.

¹² Au total, l'Espagne comptabilise plus de 117 000 cas confirmés et 10 935 morts, chiffre multiplié par plus de 10 en seulement 15 jours. Si tout le pays est touché, c'est particulièrement la région de Madrid qui est touchée par le virus, avec 42,7% des cas et 29, 2% des morts

¹³ L'Italie compte 128 948 personnes cas de personnes contaminées par le Covid-19.

¹⁴ Cette dernière a réagi le 13 mars 2020, en affirmant que ces blocages « n'étaient pas considérés comme très efficaces par l'OMS » et risquaient de « perturber la vie de la population et des entreprises ».

manifestement malades, mais de prendre [à leur égard] des mesures [sanitaires] appropriées », insiste-t-elle au point 19. Il peut s'agir de mettre en place des mesures de dépistage aux points d'entrée et de sortie, de faire compléter un formulaire de localisation des passagers à des fins de santé, prévoir du matériel d'information à distribuer aux voyageurs, ou encore d'isoler les cas suspects et transférer les cas confirmés à un établissement de soins de santé. Ces mesures sanitaires – plus longuement détaillées au point 11 – s'inspirent en fait des meilleures pratiques mises en œuvre par les autorités sanitaires des États membres. Des mesures de quatorzaine imposées aux personnes venant de foyers d'infection – la France vis-à-vis des personnes en provenance d'Italie par exemple, semblent ici tout à fait justifiées. « Il y a lieu [en outre] d'organiser les contrôles aux frontières (...) de manière à empêcher l'apparition de grands rassemblements (par exemple les files d'attente), qui risquent d'accroître la propagation du virus » (point 22). Une coordination de la part des États membres est également souhaitée – et attendue – en ce qui concerne « les dépistages portant sur la santé [qui doivent être] réalisés d'un seul côté de la frontière afin d'éviter les chevauchements et les délais d'attente » (point 24). Enfin, « il convient que les États membres autorisent et facilitent le passage des travailleurs frontaliers, en particulier, mais pas seulement, ceux qui travaillent dans le secteur des soins de santé et le secteur alimentaire ainsi que dans d'autres services essentiels (par exemple, les services de garde d'enfants, les soins aux personnes âgées, le personnel occupant une fonction critique pour les services d'utilité générale) afin de garantir la continuité de l'activité professionnelle » (point 21). Si la Commission se préoccupe du sort des travailleurs transfrontaliers – notamment le personnel soignant, elle demande aussi à ce que soit garantie « la non-discrimination entre les propres ressortissants des États membres et les citoyens de l'UE résidents » (point 21). Cela implique donc d'imposer les mêmes exigences – douanières ou sanitaires – aux ressortissants nationaux et aux citoyens de l'Union résidents, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers résidents – résidents de longue durée¹⁵, membres de la famille d'un citoyen européen¹⁶. Égalité de traitement garantie, virus ou pas !

En dépit des difficultés à coordonner l'action des Vingt-sept sur leurs frontières nationales, la Commission européenne a progressivement élaboré des réponses pour contrer l'épidémie en postulant une approche commune de la gestion des frontières extérieures de l'Union (II).

II. Une position commune pour la gestion des frontières extérieures de l'Union

Le couperet est tombé dans la soirée du 17 mars : l'Union européenne fermera bel et bien ses frontières extérieures pour une période de 30 jours afin de lutter contre le virus Covid-19.

¹⁵ Sur les règles applicables au séjour de longue durée des citoyens non européens, v. Directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO L 16 du 23.01.2004*.

¹⁶ V. en ce sens, Directive n°2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement n° 1612/68/CEE et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JO L 158 du 30.04.2004*.

De quoi s'agit-il ? En premier lieu, des vérifications systématiques aux points de passage frontaliers sont nouvellement envisagées : il peut s'agir de contrôles douaniers, mais aussi – et surtout – de contrôles sanitaires réalisés par les autorités sanitaires des États membres. À ce sujet, la Commission exige que « les autorités frontalières jouent un rôle de soutien essentiel [auprès des autorités sanitaires], notamment en fournissant des informations aux passagers et en renvoyant immédiatement les cas préoccupants vers les services de santé concernés » (point 13). L'on exige qu'ils coopèrent – eux aussi. Qui est concerné par ces vérifications ? « Toutes les personnes, ressortissants de l'UE et ressortissants de pays tiers, qui franchissent les frontières extérieures pour entrer dans l'espace Schengen », nous dit-on (point 14). En deuxième lieu, les États membres ont la possibilité de refuser l'entrée sur le territoire de certains ressortissants de pays tiers. Qui sont-ils ? Ce sont ceux qui « présentent des symptômes pertinents ou ont été particulièrement exposés à un risque d'infection et sont considérés comme une menace pour la santé publique » (point 15). Et uniquement ceux-là.

À l'égard de ces personnes – considérées comme présentant un risque pour la santé publique dû au Covid-19, il convient de « prendre des mesures appropriées » à cette fin (point 11). Là encore, il est demandé aux autorités sanitaires des États membres de procéder à des vérifications selon les meilleures pratiques mises en œuvre dans l'Union. Pour les aider dans cette tâche ardue, la Commission a publié le 3 avril 2020 de nouvelles orientations pratiques à l'intention des États membres afin d'encourager une approche plus coordonnée de la coopération transfrontalière des soins d'urgence¹⁷. L'objectif est d'améliorer, tout en les facilitant, le traitement des patients et le déploiement du personnel médical au-delà des frontières. En cela, elle se propose notamment de suivre de près et de coordonner les demandes d'aide en matière de soins transfrontaliers – par exemple, les places en soins palliatifs, ou encore de clarifier notamment la procédure à suivre pour le remboursement des coûts d'un traitement dans un autre État membre conformément aux règlements de coordination de la sécurité sociale¹⁸. La coopération transfrontalière, cette fois entre autorités sanitaires nationales, régionales et locales, est de rigueur.

En plus d'être propre à garantir la protection de la santé des populations, « toute décision de refus d'entrée doit être proportionnée et non discriminatoire » (point 17). Très consciencieusement, la Commission précise en suivant qu'« une mesure est considérée comme proportionnée à condition qu'elle ait été prise après consultation des autorités sanitaires et qu'elle ait été jugée appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif de santé publique ». Une redondance qui n'est pas inutile. S'agissant de la mesure discriminatoire, elle peut l'être directement ou indirectement. En effet, le principe de non-discrimination (article 18 TFUE) prohibe non seulement les discriminations directes – ou *ostensibles* – fondées sur la nationalité,

¹⁷ Communication de la Commission du 3 avril 2020 prévoyant des lignes directrices relatives à une approche plus coordonnée de la coopération transfrontière en matière de soins d'urgence (*Guidelines on EU Emergency Assistance in Cross-Border Cooperation in Healthcare related to the COVID-19 crisis*), COM (2020) 2153 final.

¹⁸ Règlement n°883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30.04.2004, et le rectificatif au règlement n°883/2004/CE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 200 du 7.6.2004) ; Règlement n°987/2009/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004/CE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 284 du 30.10.2009.

mais aussi toutes formes indirectes – ou *dissimulées* – de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat¹⁹. Enfin, lorsqu'elles sont jugées plus efficaces, des mesures de substitution au refus d'entrée, telles que l'isolement ou la quarantaine, sont à privilégier, considérant le caractère – largement – plus restrictif sur la liberté de circulation du second (point 16). Tout l'enjeu pour les États membres est alors de se conformer à ces exigences européennes.

Le crédo ici formulé par la Commission européenne au sujet des personnes est le même pour la circulation des marchandises. « Les États membres doivent préserver la libre circulation de toutes les marchandises, (...) en particulier les biens de première nécessité, les biens sanitaires et les biens périssables, notamment les denrées alimentaires (...) » (point 6). « Une action collective et coordonnée est [aussi] indispensable ». Un défi de taille pour un virus d'exception.

***Avertissement à l'attention des lecteurs**

Ce papier ne constitue qu'un éclairage rapide de mesures récemment adoptées.
Une étude approfondie qui abordera les questions juridiques évoquées est à paraître
dans la Revue de l'Union européenne du mois de mai.

¹⁹Il est de jurisprudence constante qu'une disposition nationale est considérée comme indirectement discriminatoire « lorsqu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres États membres que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers », notamment, CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, C-212/05, ECLI:EU:C:2007:437, point 30 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Petersen*, C-228/07, ECLI:EU:C:2008 :494, point 53 ; CJUE, 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez*, C-570/07 et C-571/07, ECLI:EU:C:2010 :300, point 119.

Les données de géolocalisation au soutien de la lutte contre la pandémie de COVID-19. Une atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens européens ?

Julie Teyssedre
Docteure en droit public

La Commission européenne, par l'entremise de Thierry Breton, a demandé aux opérateurs de téléphonie mobile de partager les données de géolocalisation de leurs abonnés afin que puisse être mesurée l'intensité des déplacements des personnes au sein des États membres depuis la mise en place des mesures de confinement¹. La collecte de ces données, qui seraient anonymisées et agrégées, devrait ainsi permettre d'anticiper les pics de contamination et d'évaluer les besoins des établissements de santé sur le territoire des États membres. Le souci d'agir rapidement a conduit la Commission à désigner, pour chaque État membre concerné, un opérateur unique ayant un nombre conséquent d'abonnés, de manière à ce que les données collectées puissent être représentatives des mouvements de personnes. L'opérateur Orange, qui s'est déjà associé à l'INSERM afin que soit analysée l'incidence des déplacements en France sur la diffusion du Covid-19², transmettra donc à la Commission les données mobiles relatives au positionnement géographique de ses abonnés³.

Dans ce contexte, se pose bien évidemment la question de la compatibilité de ces mesures avec la protection des données et de la vie privée des personnes⁴ et plusieurs députés européens ont fait part de leur inquiétude à ce sujet⁵. L'existence d'une pandémie et le déploiement de mesures exceptionnelles destinées à endiguer sa diffusion ne sauraient légitimer une atteinte intolérable aux droits et libertés des citoyens de l'Union européenne. Si la crise sanitaire peut justifier une entorse aux droits fondamentaux, celle-ci doit être strictement encadrée⁶. Ainsi, la collecte et le traitement de données de géolocalisation à des fins statistiques dans un contexte de lutte contre une pandémie ne sauraient être justifiés que sous certaines conditions. À cet égard, la Commission a entendu mettre en exergue la légalité de son initiative en soulignant que les données collectées seraient anonymisées et agrégées, et qu'elles ne seraient donc pas utilisées pour rechercher si les utilisateurs respectent, à titre individuel, le confinement. De telles

¹ V. not. A. Vitard, « Covid-19 : L'Union européenne demande aux opérateurs télécoms, dont Orange, de pister leurs clients », *L'Usine Digitale*, 24 mars 2020; V. S. Stolton (traduction M. Detry), « Thierry Breton veut exploiter les données mobiles européennes pour suivre la pandémie », *Euractiv*, 26 mars 2020; M. Untersinger, « Coronavirus : la Commission européenne réclame des données d'opérateurs téléphoniques pour évaluer l'effet des mesures de confinement », *Le Monde*, 25 mars 2020.

² INSERM, Communiqué, « Les données des téléphones mobiles au service de la lutte contre la pandémie de Covid-19 », 27 mars 2020, disponible sur le site de l'Institut.

³ Huit opérateurs se sont engagés à communiquer à la Commission les données de géolocalisation de leurs clients.

⁴ Sur la question de la protection des données dans un contexte de pandémie de Covid-19. V. Y. Gonthier Le Guen, « La protection des données en situation de crise sanitaire exceptionnelle », in Colloque virtuel, *Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles*, disponible sur la chaîne YouTube "Droit et coronavirus".

⁵ V. S. Stolton (traduction M. Detry), « Thierry Breton veut exploiter les données mobiles européennes pour suivre la pandémie », *Euractiv*, 26 mars 2020.

⁶ Sur l'encadrement des atteintes aux libertés dans une situation d'urgence sanitaire V. C. Le Bris, « La sauvegarde des libertés en temps de "guerre" contre le coronavirus », *The Conversation*, 27 mars 2020.

données ne rentreraient donc pas dans le champ d'application du RGPD dans la mesure où ce texte dispose, dans son considérant 26, qu'il « *n'y a [...] pas lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données aux informations anonymes, à savoir les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable. Le présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche* »⁷. Pour autant, l'anonymisation et l'agrégation de ces données ne saurait suffire à rendre leur traitement conforme au droit de l'Union. Ainsi, dans une lettre adressée le 25 mars au directeur général de la direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies (la DG CONNECT), le contrôleur européen de la protection des données, Wojciech Rafał Wiewiórowski⁸, rappelait que devaient être respectées les exigences et obligations en matière de sécurité contenues dans la décision 2017/46 de la Commission portant sur la sécurité des systèmes d'information et de communication au sein de l'institution⁹. Il relevait à cet égard que si la Commission était conduite à recourir à des tiers dans le cadre du traitement de ces données, ces derniers devraient, d'une part, appliquer des mesures de sécurité équivalentes à celles qui s'imposent à la Commission et, d'autre part, être liés par des obligations strictes de confidentialité et des interdictions d'utilisation ultérieure. Le contrôleur a également invité la Commission à mettre en œuvre des mesures permettant de garantir une transmission sécurisée des données des fournisseurs de télécommunication. Se prononçant ensuite sur la question de la conservation des données collectées, Wojciech Rafał Wiewiórowski relevait que la conformité de ces mesures au droit de l'Union imposait la suppression des données obtenues à la fin de la crise sanitaire. Enfin, le contrôleur a rappelé que l'action de la Commission devait être totalement transparente et que les citoyens devaient être informés de l'objet de ces mesures et de la procédure suivie. À cet égard, il convient de relever que seule une action totalement transparente permettra de déterminer si les mesures adoptées sont ou non proportionnées. En effet, l'action des institutions doit nécessairement être conforme au principe de proportionnalité qui implique que les mesures prises soient aptes à atteindre l'objectif poursuivi et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire. Cette analyse concrète suppose que puisse être précisément identifié l'objet du traitement de ces données, et nous devons à cet égard relever que les informations fournies par la Commission à ce jour ne permettent pas de pleinement appréhender dans quelle mesure les données de géolocalisation anonymisées permettront d'anticiper les pics de contamination. L'institution devrait, le plus rapidement possible, identifier de manière claire le lien de causalité unissant le traitement de ces données avec la lutte contre la pandémie de Covid-19, car ce n'est qu'à ce prix que les mesures adoptées pourraient être pleinement conformes à la légalité européenne.

⁷ Règlement (UE) 2016/79 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOUE*, 4 mai 2016, L 119/1.

⁸ Lettre disponible sur europa : https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-03-25_edps_comments_concerning_covid-19_monitoring_of_spread_en.pdf.

⁹ Décision (UE, EURATOM) 2017/46 de la Commission du 10 janvier 2017 sur la sécurité des systèmes d'information et de communication au sein de la Commission européenne, *JOUE*, 11 janvier 2017, L 6/40.

La passation de contrats de marchés publics comme réponse à la pandémie de COVID-19

Commentaire sous Communication de la Commission « Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 » (2020/C 108 I/01)

Adrien Pech

Doctorant en droit de l'Union Européenne

IRDEIC – Université Toulouse I Capitole

L'année 2020 peut être un moment de vérité pour l'Europe¹. La crise du COVID-19 joue le rôle d'un double test pour l'Union européenne. Le premier concerne la résilience de son système sanitaire et de sa gouvernance. Le second concerne sa capacité à préserver sa cohésion et ses valeurs².

La pandémie de COVID-19 révèle les différences culturelles entre les Etats membres de l'Union européenne. Du laissez-faire sanitaire à la position martiale de chef de guerre, chaque pouvoir exécutif national tente de réagir à la crise selon ses propres références et reflexes culturels. L'essentiel des droits nationaux de la commande publique résulte de la transposition des directives 2014/23/UE³ et 2014/24/UE⁴. Dès lors, il revient avant tout aux autorités nationales de tirer des directives et des normes de transposition, toutes les potentialités nécessaires au maintien de l'achat public durant la crise. En France, par exemple, le législateur a adopté une ordonnance⁵ pour mettre en place « *les mesures nécessaires à l'assouplissement des règles applicables à l'exécution des contrats publics qui serait compromise du fait de l'épidémie de covid-19, afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques et de permettre la continuité de ces contrats* »⁶. Le texte vient compléter les régimes juridiques existants qui permettent d'encadrer les inexécutions contractuelles induites par des circonstances exceptionnelles⁷. En Espagne, le pouvoir exécutif a également adopté

¹ GOMARD T., MARTIN E.-A., « L'Europe face à la rivalité sino-américaine : le coronavirus comme catalyseur », *Etudes de l'IFRI*, IFRI, mars 2020 p. 55, spec. note 64.

² *Ibid.*, p. 55.

³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE L 94*, 28.3.2014, p. 1–64.

⁴ 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 L 94*, 28.3.2014, p. 65–242.

⁵ Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, *JORF n°0074 du 26 mars 2020, texte n° 43*.

⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, *JORF du 26 mars 2020, texte n°42*.

⁷ Sur la réponse française à la crise du COVID-19, V. AMILHAT M., « La commande publique face au COVID-19 », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020, Actions & réactions au Covid-19, Article 282.

de nombreux actes administratifs, dont le dernier en date concerne notamment les contrats publics⁸.

A l'échelle européenne, la Commission, qui exerce des fonctions exécutives dans l'ordre juridique de l'Union⁹ est particulièrement impliquée dans la gestion de la crise. La Commission européenne a pour mission de promouvoir l'intérêt général et de prendre des initiatives appropriées à cette fin. Par ailleurs, « elle veille à l'application des traités » et « surveille l'application du droit de l'Union »¹⁰. Or, d'une part, les marchés publics sont un « élément fondamental de l'écosystème d'investissement ». Ils représentent 14% du produit intérieur brut de l'Union européenne. Selon la Commission, « les pouvoirs publics peuvent utiliser ce levier d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public dépensé et apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive »¹¹. D'autre part, face à l'échec des discussions au sein du Conseil européen en date du 26 mars 2020 et au « danger de mort » guettant l'Union européenne si elle ne parvient à donner vie au principe de solidarité¹², la Commission semble être véritablement l'institution au centre de l'action européenne luttant contre le COVID-19¹³. A ce titre, elle a adopté, parmi de nombreuses autres mesures¹⁴, une communication portant sur

⁸ Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, *BOE n°91, de 1 de abril de 2020, páginas 27885 a 27972*. V. également Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, *BOE n° 86, de 28 de marzo de 2020, páginas 27548 a 27556*.

⁹ CURSOUX-BRUYERE S., « L'Union européenne : une expression différente du concept de démocratie », *Revue de l'Union européenne*, 2019, p. 62. Selon l'auteure, la conception constitutionnelle classique des pouvoirs exécutifs et législatifs héritée de Montesquieu n'est pas transposable dans l'ordre juridique de l'Union européenne, « sauf à générer confusions et incompréhensions ». En effet, « chacune des institutions dites décisionnelles - soit Parlement, Conseil européen, Conseil et Commission - intervient dans les deux fonctions, législative et exécutive, et ce à différents stades. Le terme approprié apparaît donc plus être celui de fonction que de pouvoir, la fonction laissant supposer que plusieurs institutions peuvent se la partager. Ainsi si chacune de ces institutions dispose de compétences identifiées, ces dernières ne peuvent être classées selon un abord uniquement binaire - exécutif/législatif - correspondant à la qualification traditionnellement étatique. La classification apparaît d'autant plus inappropriée que les quatre institutions compétentes représentent trois intérêts distincts. ».

¹⁰ Traité sur l'Union européenne, article 17.

¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe [COM(2017) 572 final]. La Commission souligne de façon récurrente l'importance des marchés publics dans l'Union. V. également sur l'importance des marchés publics dans l'Union : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe [COM/2020/102 final]; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plan d'action à long terme visant à mieux mettre en œuvre et faire respecter les règles du marché unique [COM/2020/94 final].

¹² Selon Jacques Delors, le manque de solidarité fait « courir un danger mortel à l'Union européenne ». V. « Le manqué de solidarité, « danger mortel » pour l'Europe », *Institut Jacques Delors*, Interview, 28 mars 2020. Disponible en ligne : institutjacquesdelors.eu

¹³ MARTIN-GENIER P., « Après les excuses de la présidente de la Commission européenne aux Italiens, l'Europe tente de rebondir », *Revue politique et parlementaire*, A la Une, International, 3 avril 2020. Disponible en ligne : revuepolitique.fr

¹⁴ En assumant pleinement son rôle d'initiative législative dans l'Union, elle est par exemple à l'origine de l'adoption, par le Parlement et le Conseil, de deux actes législatifs permettant de libérer rapidement des fonds provenant du budget de l'Union pour faire face à la crise du COVID-19. V. Règlement (UE) 2020/460 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2020 modifiant les règlements (UE) no 1301/2013, (UE) no 1303/2013 et (UE) no 508/2014 en ce qui concerne des mesures spécifiques visant à mobiliser des investissements dans les systèmes de soins de santé des États membres et dans d'autres secteurs de leur économie en réaction à la propagation du COVID-19 (initiative d'investissement en réaction au coronavirus), *JOUE, L 99 du 31.03.20, p. 5*; Règlement

l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du COVID-19¹⁵. Ce document lui permet d'orienter les Etats membres et plus largement les personnes physiques ou morales, acteurs du droit de la commande publique dans l'Union, sur la passation des marchés publics dans la situation actuelle.

L'institution établit un lien direct entre le COVID-19 et le droit des marchés publics. En effet, les acheteurs publics « *doivent garantir la disponibilité d'équipements de protection individuelle tels que les masques et les gants de protection, de dispositifs médicaux, notamment les ventilateurs, et d'autres fournitures médicales, mais aussi celle d'infrastructures hospitalières ou informatiques* ». Cette communication constitue un véritable *vade-mecum* démontrant que le droit des marchés publics, tel qu'il a été pensé par le législateur de l'Union permet « *aux acheteurs publics d'acheter en quelques jours, voire en quelques heures, si nécessaire* ».

Concrètement, pour ce faire, la Commission rappelle que deux types d'actions peuvent être mises en œuvre sur le territoire de l'Union : la passation conjointe de contrats de marchés publics à l'initiative de la Commission (I) et la levée des contraintes procédurales lors de la passation des contrats dans les Etats membres (II).

I. La passation conjointe de contrats de marchés publics

Si cette procédure semble particulièrement adaptée afin de répondre à une crise sanitaire¹⁶, sa première utilisation concernait des plateformes d'enchères pour les quotas de gaz à effet de serre¹⁷. Depuis, son utilisation est relativement inhabituelle. Le rôle du droit des marchés publics dans la gestion d'une crise sanitaire est essentiel. En effet, lors de la pandémie de grippe A/H1N1 le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale a critiqué la gestion française de la crise, notamment au regard des « *passations de marché qui sont notamment apparues très perfectibles, particulièrement en ce qui concerne le prix et la possibilité d'adapter les quantités commandées aux besoins réels* ». Par ailleurs, la Cour des comptes avait affirmé que les passations de marché ont été marquées par une position de dépendance vis-à-vis des fournisseurs, qui « *a sans nul doute été aggravée par l'absence de toute coordination,*

(UE) 2020/461 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2020 modifiant le règlement (CE) no 2012/2002 du Conseil en vue de fournir une aide financière aux États membres et aux pays dont l'adhésion à l'Union est en cours de négociation qui sont gravement touchés par une urgence de santé publique majeure, *JOUE, L 99 du 31.03.20, p. 9*. Pour un panorama des mesures adoptées, V. BLANC D., « L'Union européenne face au coronavirus: une réponse globale pour une crise sanitaire globale », Dossier « [Colloque virtuel] Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles », *RDLF*, 2020, chron. n°17.

¹⁵ Communication de la Commission « Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 » (2020/C 108 I/01), *JOUE C 108I du 1.4.2020, p. 1-5*.

¹⁶ NOGUELLOU R., « Santé publique : l'achat groupé de vaccins et de médicaments devient une réalité dans l'Union européenne », *Droit Administratif*, n° 6, Juin 2014, alerte 48.

¹⁷ Il s'agit d'un accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication de plates-formes d'enchères communes, conclu le 7 novembre 2011, et d'un accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication d'une instance de surveillance des enchères, conclu le 2 novembre 2011. V. Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales, 6 décembre 2016.

notamment européenne, entre les différents États demandeurs »¹⁸. C'est pourquoi, la nécessité d'une meilleure coordination à l'échelle de l'Union européenne a été mise en lumière.

C'est notamment à ce titre que le Parlement européen, dans sa résolution du 8 mars 2011, et le Conseil, dans ses conclusions du 13 septembre 2010, ont souligné la nécessité de mettre en place une procédure commune de passation conjointe de marché relative à des contre-mesures médicales pour permettre aux États membres de bénéficier de ces achats groupés sur une base volontaire, « *par exemple en obtenant, pour un produit donné, des tarifs avantageux et de la souplesse pour les commandes* »¹⁹. C'est sur le fondement de l'article 168 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), que les institutions européennes se sont saisies de cette question²⁰.

Le paragraphe premier de l'article 5 de la décision n°1082/2013/UE²¹ prévoit la possibilité pour les institutions de l'Union et les États membres qui le souhaitent d'engager « *une procédure conjointe de passation de marché* »²², conformément aux règles relatives au droit budgétaire européen²³. La décision n°1082/2013/UE abroge la décision n° 2119/98/CE²⁴ et a été révisée par la décision n°2019/420 en date du 13 mars 2019²⁵ « *afin de renforcer les capacités européennes de protection civile pour faire face aux importants feux de forêt touchant les États membres du sud de l'Union chaque été* »²⁶, introduisant le mécanisme RescUE.

Le deuxième paragraphe en précise les conditions. Elles sont au nombre de quatre. D'abord, la participation à la procédure conjointe de passation de marché est ouverte à tous les États membres jusqu'à l'ouverture de la procédure. Ensuite, les droits et obligations des États membres qui ne participent pas à la passation conjointe de marché doivent être respectés, notamment en ce qui concerne la protection et l'amélioration de la santé humaine. Puis, la passation conjointe de marché ne doit pas avoir d'incidence sur le marché intérieur, ni constituer une discrimination ou une restriction des échanges commerciaux, ni entraîner une distorsion de la concurrence. Enfin, la passation conjointe de marché ne doit pas avoir d'incidence directe sur le budget des États membres qui ne participent pas à ladite passation de marché.

Le troisième paragraphe dispose que les parties doivent conclure un accord de passation conjointe de marché « *déterminant les modalités pratiques régissant cette procédure et le processus décisionnel en ce qui concerne le choix de la procédure, l'évaluation des offres et l'attribution du marché* ».

¹⁸ Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales, 6 décembre 2016.

¹⁹ 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 L 293, 5.11.2013, p. 1–15*, paragraphe 13.

²⁰ Décision n°1082/2013/UE, *op. cit.*, V. les normes visées.

²¹ Décision n°1082/2013/UE, *op. cit.*, article 5.

²² *Ibid.*

²³ En particulier, l'article 104, paragraphe 1, du règlement (UE, Euratom) n°966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et en vertu de l'article 133 du règlement délégué (UE, Euratom) n°1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) n°966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, en vue de l'achat anticipé de contre-mesures médicales relatives à des menaces transfrontières graves sur la santé.

²⁴ *JOCE L 268, 3.10.1998, p. 1–7.*

²⁵ *JOUE L 77I, 20.3.2019, p. 1–15.*

²⁶ BLANC D., « L'Union européenne face au coronavirus: une réponse globale pour une crise sanitaire globale », *op. cit.*

Pour pallier les difficultés rencontrées par les États membres lors de la crise de la grippe A/H1N1 en 2009, la Commission a approuvé un accord de passation conjointe de marchés qui permettra à tous les États membres de l'Union européenne d'acquérir conjointement et non plus individuellement des vaccins pandémiques et d'autres contre-mesures médicales²⁷.

C'est à cette occasion que la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale a considéré, qu'à l'instar des accords relatifs à des plateformes d'enchères pour les quotas de gaz à effet de serre, l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales, devait être soumis au Parlement. La raison avancée tient à la nature législative de l'article 43 de l'accord qui dérogerait aux principes de droit commun régissant la responsabilité de l'État, faisant entrer l'accord dans le champ d'application de l'article 53 de la Constitution de sorte que sa ratification soit soumise une autorisation préalable du Parlement. C'est la loi n° 2017-115 du 1er février 2017 qui a autorisé la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales²⁸. La Commission européenne considère qu'il ne s'agit pas d'un accord international au sens de la convention de Vienne sur le droit des traités mais qu'il s'agit d'un « *arrangement administratif, considéré comme une simple mesure d'application d'un acte de droit communautaire* »²⁹, à savoir, la décision n°1082/2013/UE.

Relativement tôt dans la lutte contre la pandémie, la Commission a émis plusieurs appels d'offres. Le premier d'entre eux date du 28 février 2020. Puis, les 7 et 19 mars 2020 deux nouveaux appels d'offres ont été émis en vue d'obtenir des masques de type 2 et 3, des gants, des lunettes, des écrans faciaux, des masques chirurgicaux et des combinaisons. Vingt-cinq États membres ont participé à la passation conjointe de marchés publics initiée par la Commission. Selon la Commission, les producteurs ont soumis des offres couvrant et, dans certains cas, dépassant même les quantités demandées par les États membres qui participent à cette passation. Cette initiative permet d'agir dans l'urgence. En effet, la Commission annonçait que les équipements devraient être disponibles deux semaines après la signature, par les États membres, des contrats avec les soumissionnaires, « *signature qui devrait intervenir très rapidement.* »³⁰. Cette initiative s'est révélée fructueuse puisque « *dès le 24 mars, des fabricants ont présenté des offres correspondant aux quantités d'articles demandées par 25 États membres participants.* »³¹.

²⁷ NOGUELLOU R., « Santé publique : l'achat groupé de vaccins et de médicaments devient une réalité dans l'Union européenne », *op. cit.*

²⁸ LOI n° 2017-115 du 1^{er} février 2017 autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales, *JORF n°0028 du 2 février 2017, texte n° 2.*

²⁹ Cependant, le Gouvernement français ne partage pas l'analyse de la Commission européenne sur la nature de ce type d'accord, ne le considérant ni comme un arrangement administratif, ni comme un acte de droit dérivé de l'Union européenne, mais comme un accord intergouvernemental. V. Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de l'acquisition de contre-mesures médicales, 6 décembre 2016, note 3.

³⁰ « Coronavirus: La procédure de passation lancée par la Commission pour garantir la fourniture d'équipements de protection individuelle (EPI) pour l'Union européenne est un succès », Communiqué de presse, Commission européenne, 24 mars 2020.

³¹ BLANC D., « L'Union européenne face au coronavirus: une réponse globale pour une crise sanitaire globale », *op. cit.*

Par ailleurs, la Commission rappelle que dans le cadre de la passation des contrats de marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient pleinement des potentialités offertes par le droit de l'Union afin de répondre à l'urgence, en se voyant délestés des contraintes procédurales (II).

II. La levée des contraintes procédurales de passation

Le point 2 de la communication est consacré au « *Choix des procédures et délais prévus par le cadre de l'Union européenne régissant les marchés publics — En particulier en cas d'urgence et d'extrême urgence* ». Le droit des marchés publics de l'Union européenne prévoit un cadre procédural de passation des contrats. Or, la Commission fait des règles de procédure, un critère de la normalité juridique, de sorte que l'« *urgence extrême et l'imprévision* » justifient la levée des « *contraintes procédurales* » habituellement applicables. La Commission raisonne en termes de gradation en distinguant « *l'urgence* » de « *l'urgence impérieuse* ». En cas d'urgence, l'aménagement des procédures du droit commun des marchés publics est un outil pour répondre à la pandémie actuelle, tandis que le recours à une procédure d'exception est préconisé pour répondre à l'urgence impérieuse de la situation.

a) L'aménagement des délais procéduraux en cas d'urgence

La Commission rappelle que le pouvoir adjudicateur peut choisir entre une procédure ouverte ou une procédure restreinte et en expose les différents délais³². Elle précise cependant, qu'en cas d'urgence, ces délais sont substantiellement raccourcis³³. Ainsi, dans le cadre de la procédure ouverte, le délai de présentation des offres peut être réduit à quinze jours en cas d'urgence dûment justifiée. Dans le cadre de la procédure restreinte, le délai aussi peut être ramené à quinze jours pour l'introduction d'une demande de participation et à dix jours pour la présentation d'une offre. Une attribution rapide du marché est ainsi possible.

b) L'absence de publicité préalable en cas d'urgence impérieuse

La procédure négociée sans publication permet d'exciper des « *exigences de publication, de délais, de nombre minimal de candidats à consulter ou d'autres contraintes procédurales* », et peut être l'occasion d'une attribution directe, « *soumise aux seules contraintes physiques/techniques liées à la disponibilité réelle et à la rapidité de la livraison* ».

Selon la Commission³⁴, la procédure négociée sans publication est un « *outil supplémentaire qui permet une attribution plus rapide des marchés pour répondre aux besoins liés à la pandémie de COVID-19.* ». En vertu de l'article 32, paragraphe 2, c) de la directive 2014/24/UE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés publics en recourant à une

³² Point 2.1 de la Communication.

³³ Point 2.2 de la Communication.

³⁴ Point 2.3 de la Communication.

procédure négociée sans publication d'un avis de marché « *dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur* ».

La Commission explicite l'article 32 de la directive qui dispose qu'« *il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (...) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur* »³⁵.

En effet, elle rappelle que les conditions cumulatives pour avoir recours à ce type de procédure sont remplies, à savoir dans un premier temps que la pandémie est imprévisible pour le pouvoir adjudicateur³⁶. En effet, l'évolution et « *les besoins spécifiques des hôpitaux et autres établissements de santé en ce qui concerne le traitement des patients, les équipements de protection individuelle, les ventilateurs pulmonaires, les lits supplémentaires ainsi que les infrastructures de soins intensifs et les infrastructures hospitalières supplémentaires, y compris l'ensemble des équipements techniques, ne peuvent certainement pas être prévus et planifiés à l'avance et constituent donc un événement imprévisible pour les pouvoirs adjudicateurs* ».

Dans un deuxième temps, la situation doit correspondre à une hypothèse d'urgence impérieuse rendant impossible le respect des délais généraux. La Commission considère qu'il ne « *fait aucun doute qu'il faut satisfaire le plus rapidement possible aux besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé (fournitures, services et travaux publics)* ». Dès lors, la passation doit s'effectuer dans les meilleurs délais³⁷, sans obligation de respecter les délais, même raccourcis des procédures ouvertes et restreintes. Néanmoins, la Commission rappelle que l'exception ne peut être invoquée pour passer des marchés dont l'attribution demande plus de temps que n'en requerrait l'application d'une procédure transparente, ouverte ou restreinte, ou encore d'une procédure (ouverte ou restreinte) accélérée.

Dans un troisième temps, la Commission rappelle que doit être constitué un lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse³⁸. En l'espèce, « *s'agissant de la réponse aux besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé dans un délai très court, le lien de causalité avec la pandémie de COVID-19 ne peut être raisonnablement mis en doute.* ».

Dans un quatrième temps, la Commission estime que la procédure restreinte sans publicité doit seulement être envisagée dans l'attente de situations plus stables afin de permettre de répondre aux besoins immédiats³⁹. Une fois qu'il sera possible de répondre à la pandémie de COVID-19 à travers des contrats-cadres de fournitures et de services selon les procédures normales (y

³⁵ Directive 2014/24/UE, *op. cit.*, article 32, 2, c) (souligné par nous).

³⁶ Point 2.3.2 de la Communication.

³⁷ CJUE, ord., 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri contre Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano, affaire C-352/12, ECLI:EU:C:2013:416, points 50 à 52.

³⁸ Point 2.3.3. de la Communication.

³⁹ Point 2.3.4. de la Communication.

compris accélérées), alors il conviendra de procéder à la passation de ces marchés de droit commun de la commande publique et de se départir de l'utilisation de mécanismes d'exception tels que la procédure négociée sans publicité.

Il convient de rappeler que cette procédure s'oppose au principe de transparence, pourtant particulièrement fondamental en droit de la commande publique de l'Union européenne. Selon la Cour de justice, le principe de transparence⁴⁰ est l'expression concrète du principe d'égalité de traitement. Ce principe s'applique même sans texte aux contrats de la commande publique⁴¹. Selon la Cour, l'obligation de transparence « *qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché (...) à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des*

⁴⁰ Il convient d'observer que le champ d'application de ce principe est large. Selon la Cour, un contrat portant sur l'exploitation de casino doit avoir été conclu selon une procédure garantissant la transparence (CJUE, 9 septembre 2010, Procédure pénale contre Ernst Engelmann, affaire C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, Rec. CJUE 2010 I-08219.). L'obligation de transparence s'applique même dans l'hypothèse où un opérateur économique se voit conférer un droit exclusif (CJUE, 3 juin 2010, Sporting Exchange Ltd contre Minister van Justitie, affaire C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, Rec. CJUE 2010 I-04695.). Cette décision est confirmée par CJUE, 17 décembre 2015, Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social et Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a. et Beaudout Père et Fils SARL contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e.a., affaires jointes C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:821, point 30, commentaire Gabriel Eckert, « Portée du principe de transparence des procédures », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2016, comm. 48., dans laquelle elle juge qu'un « *État membre ne peut créer un droit exclusif au profit d'un opérateur économique (...) qu'à la condition que soit respectée l'obligation de transparence* », point 41. Ceci signifie que l'absence de concurrence doit être compensée par une concurrence pour le marché lors de l'attribution du droit exclusif. Il en va ainsi que ce droit découle d'un contrat de la commande publique ou soit attribué par une décision administrative unilatérale « *puisque les effets d'un tel agrément à l'égard des entreprises établies dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressées par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services* » (Conclusions N. Jääskinen, point 62). Dès lors, même dans le cas où le contrat en cause au principal n'est pas un marché public, il convient de respecter les principes fondamentaux du traité. Cet élément a une importance particulière en droit français. En effet, en droit interne, les concessions ne sont pas soumises aux règles sur les marchés publics. Pourtant, on leur applique également ces principes d'égalité de traitement et de transparence.

⁴¹ CJCE du 7 décembre 2000, Telaustria, affaire C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, Rec. CJCE 2000, I, p. 10745.

procédures d'adjudication »⁴². Il s'applique est consacré tant *a priori*⁴³ qu'au cours⁴⁴ de l'attribution du contrat de la commande publique afin d'exclure tout arbitraire du pouvoir adjudicateur⁴⁵. En France, le Conseil d'Etat s'est fait le relai de l'application du principe de transparence en appliquant la jurisprudence *Telaustria*⁴⁶. La Haute juridiction estime également que le principe s'applique au-delà des textes régissant les marchés publics et les contrats de concession⁴⁷.

Bien que le principe de transparence et plus généralement les principes fondamentaux du droit de la commande publique aient « *vocation à s'étendre de plus en plus aux contrats de l'offre publique, bien au-delà du Code de la commande publique* »⁴⁸, ce qui démontre toute leur importance, le droit de l'Union admet, en les encadrant de façon très stricte, des exceptions.

La procédure négociée sans publicité est une exception écrite au principe de transparence⁴⁹. Elle est réservée à « *des circonstances très exceptionnelles* », « *devraient se limiter aux cas*

⁴² Cette position de la Cour a été réaffirmée dans CJCE, 17 décembre 2015, Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social et Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a. et Beaudout Père et Fils SARL contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social e.a., affaires jointes C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:821, point 39: « *sans nécessairement imposer de procéder à un appel d'offres, l'obligation de transparence implique un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution* »,

⁴³ CJCE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano contre Comune di Cingia de' Botti, affaire C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, Rec. CJCE 2005 I-07287. La Cour affirme que l'attribution d'un contrat de concession de service public sans mise en concurrence est contraire au traité, parce qu'elle méconnaît l'obligation de transparence. En l'absence de transparence, une entreprise située dans un autre Etat membre ne serait pas dans la possibilité de manifester son intérêt. Par conséquent, une telle attribution constitue une différence de traitement constitutive d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité. Aux termes de cet arrêt, la Cour reste imprécise quant au contenu de l'obligation de transparence. Ce principe n'implique pas qu'il faille nécessairement recourir à un appel d'offre. La Cour rappelle la finalité du principe de transparence : que l'entreprise puisse manifester son intérêt pour la passation du marché. En revanche, la Cour (CJUE, 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» et autres contre San Lorenzo Soc. coop. sociale et Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, affaire C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440) considère qu'une différence de traitement peut être justifiée par des circonstances objectives, telles que la finalité sociale. Cependant, la justification est subordonnée à une condition : le système doit réellement et effectivement contribuer à la finalité sociale et à la poursuite d'objectif de solidarité et d'efficacité budgétaire. Par ailleurs, La Commission dans une communication a tenté de préciser l'état du droit en estimant que « *la publicité peut donc se limiter à une description succincte des éléments essentiels du marché à attribuer et de la procédure d'adjudication, accompagnée d'une invitation à prendre contact avec l'entité adjudicatrice* ». V. Communication de la Commission 2006/C 179/02.

⁴⁴ TUE, 16 juillet 2014, Euroscript - Polska Sp. z o.o. contre Parlement européen, affaire T-48/12, ECLI:EU:T:2014:680.

⁴⁵ CJUE, 16 avril 2015, SC Enterprise Focused Solutions SRL contre Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, affaire C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228.

⁴⁶ HOEPFFNER H., LLORENS F., « *Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ?* », *Contrats-Marchés publics*, n°4, avril 2018, repère 4.

⁴⁷ CE, 5 févr. 2018, Centre national d'études spatiales, n° 414846. Ce type de solution avait déjà récemment été adopté par la Conseil d'Etat. V. CE, 15 déc. 2017, Syndicat Mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit, n° 413193.

⁴⁸ ECKERT G., « *Quelle place pour les principes de la commande publique* », *Contrats et Marchés publics*, n°11, novembre 2018, repère 10.

⁴⁹ Cette exception au principe de transparence rappelle celle posée à l'article 15 de la directive 2014/24 qui dispose que les dispositions de la directive ne s'appliquent pas « *aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet Etat membre l'exige* ». En 2018, la Cour estime que les Etats sont seuls compétents pour définir leurs intérêts essentiels de sécurité (CJUE, 20 mars 2018, Commission

où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. »⁵⁰. La Commission estime que c'est le cas de la pandémie de COVID-19⁵¹. Cependant, elle rappelle la jurisprudence de la Cour qui juge d'une part que le recours à cette procédure doit rester exceptionnel et d'autre part qu'elle doit être interprétée de façon restrictive.⁵² Si les conditions pour ouvrir une procédure négociée sans publicité sont réunies, le pouvoir adjudicateur peut négocier directement avec les contractants potentiels. Plus encore, l'attribution directe à un opérateur économique présélectionné n'est possible que si une seule entreprise est en mesure de respecter les contraintes techniques et de temps imposés par l'urgence impérieuse.

Au total, la gradation de la Commission distinguant « l'urgence » de « l'urgence impérieuse » peut sembler maladroit, mais reprend les propres maladresses formelles de la directive. Il n'en reste pas moins que cet aspect formel mis à part, il convient de comprendre la communication de la Commission comme permettant de rappeler l'articulation devant être effectuée entre droit commun (procédure accélérée) et régime d'exception (procédure négociée sans publicité). La gradation incertaine doit céder le pas sur un raisonnement juridique classique selon lequel le droit commun doit trouver à s'appliquer en priorité et en principe. Cependant, si et seulement si il ne peut offrir de réponse suffisante, alors le régime d'exception devra être actionné⁵³. A moins que l'Union européenne ne soit, elle aussi, en guerre⁵⁴ ... l'année 2020 : peut-être un moment de vérité pour l'Europe ?

européenne contre République d'Autriche, *affaire C-187/16*, ECLI:EU:C:2018:194, point 75: *AJDA 2018*, p. 1650, note P. Bourdon ; *Europe 2018*, comm. 190, note E. Daniel). En revanche, elle rappelle que les dérogations précitées « doivent faire l'objet d'une interprétation stricte » (*Ibid.*, point 77). L'Etat l'invoquant « doit démontrer la nécessité de recourir à celles-ci dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité » (*Ibid.*, point 78) Pour ce faire, l'Etat doit démontrer « que le besoin de protéger de tels intérêts n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence telle que prévue par les directives » (*Ibid.*, point 79).

⁵⁰ Directive 2014/24/UE, *op. cit.*, § 50.

⁵¹ Point 2.3.1 de la Communication.

⁵² CJUE, ord., 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri contre Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano, affaire C-352/12, ECLI:EU:C:2013:416 ; CJUE, 15 octobre 2009, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, affaire C-275/08, ECLI:EU:C:2009:632, Rec. 2009 I-00168.

⁵³ Cette articulation est notamment détaillée au § 80 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁴ A l'image de la France, selon les mots de son Président de la république. V. MACRON, E., « Adresse aux français », 16 mars 2020. Les temps de guerre voient l'articulation s'inverser avec l'application de régimes d'exceptions au détriment des régimes de droit commun.

La libre circulation des marchandises aux temps du COVID-19 : La solidarité européenne en question face aux restrictions à la libre circulation des marchandises

Lucas Sutto,

*Doctorant en droit de l'Union européenne,
Université Toulouse 1 Capitole (IRDEIC)*

En période de crise sanitaire, la tendance est au repli sur soi. Les frontières se ferment, les échanges se tarissent, les suspicions s'installent, les contrôles se multiplient. L'Union européenne n'est pas épargnée et, face à l'épidémie de COVID-19, le marché intérieur – qui suppose « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* » (article 26 §2 TFUE) – se trouve malmené. En effet, les États membres n'ont pas tardé à faire « réapparaître » leurs frontières et à instaurer des restrictions au commerce et au transport des marchandises. Sont particulièrement visés les produits dits « essentiels », tels que les équipements médicaux et de protection, dont l'exportation vers les autres États membres est bien souvent empêchée, la peur de la pénurie se manifestant intensément dans un contexte de crise sanitaire. Quant à l'importation, c'est la méfiance qui est susceptible de s'établir et de conduire à limiter l'entrée sur le territoire des marchandises originaires d'autres États membres.

Dans sa communication du 13 mars 2020 « *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19* »¹ et dans l'annexe 2² de celle-ci, la Commission européenne tente, pour sa part, de promouvoir une approche commune et insiste sur la nécessité de « *fournir une réponse au niveau européen* »³. C'est au travers du bon fonctionnement du marché intérieur, de la circulation des biens essentiels et d'une stratégie coordonnée que les États membres pourront gérer l'épidémie de COVID-19. La Commission a ainsi rappelé à plusieurs reprises les limites dans le cadre desquelles des mesures restrictives à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur⁴ pouvaient être adoptées et s'attache à tempérer et réduire la prise de telles mesures par les États (I). Mais le commerce entre États membres n'est pas le seul affecté, l'exportation de certaines marchandises vers des États tiers à l'Union européenne ayant été soumis à un régime d'autorisation institué par la Commission (II).

I – Les restrictions à la libre circulation des marchandises mises en place par les États membres

Les articles 34 et 35 TFUE interdisent les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, respectivement à l'importation⁵ et à l'exportation⁶, entre les États membres. Toutefois, le traité et la jurisprudence ont établi certains motifs permettant de déroger à ces

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au conseil, à la Banque centrale européenne, à la banque européenne d'investissement et à l'eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final.

² Annexes de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au conseil, à la Banque centrale européenne, à la banque européenne d'investissement et à l'eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final (Annexe 2 – Mesures nationales relatives aux médicaments, aux dispositifs médicaux et aux équipements de protection personnelle).

³ *Ibid.*

⁴ Voir De Grove – Valdeyron N., *Droit du marché intérieur européen*, 5^{ème} édition, LGDJ, 2017, pp. 51 à 101.

⁵ Selon la définition classique donnée par la Cour de justice dans l'arrêt *Dassonville*, « *toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce [au sein de l'Union] est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives [au sens de l'article 34 TFUE]* » (CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8-74, *Dassonville*, pt. 5 ; pour une application récente, voir : CJUE, 3 juillet 2019, aff. C-387/18, *Delfarma*, pt. 20). Cette définition – à laquelle la Cour se réfère toujours – a cependant été précisée par la jurisprudence postérieure. Elle a notamment établi que « *doivent être considérées comme des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives les mesures prises par un État membre qui ont pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres, de même que des règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits [...]. Relève également de la même notion toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres* » (CJUE, 2 décembre 2010, aff. C-108/09, *Ker-Optika*, pts. 49-50 ; CJUE, 26 avril 2012, aff. C-456/10, *ANETT*, pts. 34-35).

⁶ Initialement, la Cour de justice a estimé que l'article 35 TFUE visait « *les mesures nationales qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres* » (CJCE, 8 novembre 1979, aff. 15/79, *Groenveld*, pt. 7). L'approche a légèrement évolué depuis l'arrêt *Gysbrechts et Santurel* (CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-205/07, pts. 40 à 43) et, désormais, la Cour considère qu'« *une mesure nationale applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national qui affecte en fait davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national dudit État membre relève de l'interdiction énoncée à l'article 35 TFUE* » (CJUE, 21 juin 2016, aff. C-15/15, *New Valmar*, pt. 36).

deux dispositions. L'article 36 TFUE admet l'existence d'interdictions ou de restrictions à l'importation, à l'exportation ou au transit, dès lors que celles-ci sont justifiées par certaines raisons déterminées parmi lesquelles figure la protection de la santé et de la vie des personnes. Or, il est bien évident qu'au cœur de l'épidémie de COVID-19, la protection de la santé publique va devenir le fondement et le principe directeur de toute action étatique. Les États vont ainsi intervenir pour restreindre les échanges de marchandises en invoquant la nécessité de protéger la santé, la Commission notant d'ailleurs que « [l]a crise liée au virus COVID-19 constitue une urgence en matière de santé sans précédent »⁷. Les restrictions ainsi mises en place par les États vont cependant grandement affecter l'intégrité du marché intérieur et même affaiblir leur capacité à gérer la crise (A). En outre, il semble que la Commission refuse de voir dans le motif de santé publique un blanc-seing laissé aux États, mais que celui-ci doit au contraire s'appliquer, pour reprendre les termes qu'elle a employés dans sa communication du 13 mars précitée, dans « un esprit de solidarité et de coopérations européennes » (B).

A – L'affectation de l'intégrité du marché intérieur en raison des restrictions instaurées pour la protection de la santé publique

Dans l'annexe 2 de sa communication « Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19 », la Commission constate que les États membres ont adopté des mesures visant à interdire ou à restreindre considérablement les exportations de certains biens essentiels. Ont d'abord été concernés les équipements médicaux et de protection individuelle, à savoir les lunettes de sécurité, les masques de protection, les gants, les combinaisons chirurgicales et les blouses. Les restrictions et interdictions ont ensuite été élargies aux médicaments et à d'autres dispositifs médicaux. La Commission précise que, dans le cas d'un État membre, les mesures d'interdiction et de restriction sont relatives à 1324 produits (dont des médicaments à base de paracétamol et des dispositifs médicaux). Si la Commission reconnaît que c'est en premier lieu aux États membres qu'il appartient de prendre « les mesures sanitaires appropriées » poursuivant « l'objectif premier de la protection de la santé et de la vie humaine »⁸, elle n'hésite pas à pointer du doigt les conséquences négatives⁹ à attendre de politiques décidées unilatéralement, au niveau national, et destinées à freiner l'exportation des biens essentiels et des produits de santé. D'une part, les interdictions ou restrictions à l'exportation pourraient affecter la disponibilité de ces biens essentiels et créer de véritables pénuries en empêchant les personnes – personnels de santé, patients – qui ont le plus besoin d'équipements médicaux et de protection de bénéficier de ceux-ci. En outre, de telles mesures gênent considérablement tant les chaînes de production (en bloquant les intrants dans certains États) que les chaînes de distribution (lesquelles reposent sur des entrepôts centraux). La situation pourrait même s'aggraver dès lors que l'État membre imposant une telle politique occuperait une position dominante ou centrale sur le marché de production, de distribution ou d'importation des biens jugés essentiels en période de crise sanitaire. D'autre part, il est à craindre un effet « domino » : les États membres peuvent être amenés à adopter des mesures afin d'atténuer les effets négatifs découlant des premières mesures restrictives prises par les autres États membres, cette situation

⁷ Annexe 2 de la communication du 13 mars 2020 précitée.

⁸ *Ibid.*

⁹ Communication du 13 mars 2020 précitée.

étant propre à occasionner à terme une sorte de « cercle vicieux ». La Commission estime donc que « [l]es restrictions à la libre circulation des fournitures de première nécessité des systèmes de soins de santé décrétées unilatéralement au niveau national créent des obstacles significatifs et portent gravement préjudice à la capacité des États membres à gérer l'épidémie de COVID-19 »¹⁰. L'établissement par les États membres de mesures restrictives à l'exportation des équipements médicaux et de protection et des médicaments se retournerait finalement contre eux, la limitation de leurs interactions commerciales réduisant leurs ressources.

Pour la Commission, il est indispensable de protéger l'intégrité du marché intérieur (dont la logique se trouve mise à mal) en évitant les restrictions à la libre circulation des marchandises : le chemin à emprunter est celui de la solidarité et de l'action commune. La Commission a alors pris l'initiative de lancer une procédure conjointe de passation de marché accélérée avec 26 États membres pour s'assurer d'un approvisionnement suffisant en équipements de protection et souhaite permettre l'achat par l'Union de tels produits. En effet, « [i]l est essentiel d'agir ensemble pour garantir la production, le stockage, la disponibilité et l'utilisation rationnelle des équipements de protection médicale et des médicaments dans l'UE de manière ouverte et transparente »¹¹. Si la protection de la santé et de la vie des personnes reste l'objectif premier à atteindre, il est cependant nécessaire d'assurer un approvisionnement constant en biens essentiels dans toute l'Union européenne et d'éviter la multiplication de mesures nationales qui – bien que fondées sur une volonté de protection de santé publique – paralyseraient la capacité d'action des États et de l'Union.

B – L'appel à la solidarité et à la coopération européennes dans la perception du motif de santé publique

Le motif de santé publique donne certes la possibilité aux États de justifier des entraves à la libre circulation des marchandises. Mais, dans le contexte de l'épidémie de COVID-19, il doit être mis en balance avec les notions de solidarité et de coopération. La Commission explique qu'« [i]l est fondamental que les mesures prises au niveau national poursuivent l'objectif premier de la protection de la santé dans un esprit de solidarité et de coopération européennes » et elle qualifie le marché intérieur d'« instrument de solidarité permettant de garantir que les biens essentiels indispensables à l'atténuation des risques sanitaires peuvent atteindre toutes les personnes qui en ont besoin »¹². Même si la Cour de justice a plusieurs fois répété qu'« il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint » et qu'« il convient de [leur] reconnaître [...] une marge d'appréciation »¹³ sur ce point, il semble que la Commission perçoive la solidarité et la coopération comme des éléments permettant d'évaluer le caractère adéquat, légitime du recours au motif de santé publique afin de justifier des entraves à la libre circulation. Plus concrètement, il ressort de la communication du 13 mars 2020 que la solidarité et la coopération européennes – qui supposent notamment de garantir la

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ CJUE, 2 décembre 2010, aff. C-108/09, arrêt précité, pt. 58.

disponibilité des médicaments et des équipements de protection là où ils sont le plus nécessaires – seraient à prendre en considération au moment de l’appréciation des conditions de licéité des mesures restrictives à la libre circulation des marchandises. La Commission note, à cet égard, que le principe de proportionnalité doit être respecté par les États membres dans l’adoption de mesures restrictives¹⁴ sur le fondement de la protection de la santé, « *c’est-à-dire qu’elles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu’elles poursuivent* » – reprenant ainsi les conditions classiques établies par la jurisprudence – et ajoute que les ces mesures nationales doivent respecter le principe de proportionnalité « *en assurant un approvisionnement adéquat aux personnes qui en ont le plus besoin tout en prévenant toute survenance ou aggravation de pénuries de produits considérés comme essentiels — comme les équipements de protection individuelle, les dispositifs médicaux ou les médicaments — dans l’ensemble de l’UE* »¹⁵. Par exemple, la Commission estime qu’une simple interdiction d’exportation ne peut être justifiée dans la mesure où, en n’assurant pas la disponibilité des biens essentiels à l’endroit où ils sont le plus nécessaires, elle ne respecte pas le principe de proportionnalité et ne permet pas d’atteindre l’objectif de protection de la santé des personnes¹⁶. Il faut donc veiller à réguler les marchés par des mécanismes qui garantissent la disponibilité des biens essentiels là où ils sont le plus essentiels, « *tant sur le territoire des États membres concernés qu’à des acheteurs éligibles dans d’autres États membres* »¹⁷.

La communication du 13 mars 2020 est l’occasion pour la Commission de mettre en exergue la nécessité de favoriser la solidarité européenne. L’adoption, le 16 mars 2020, de lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels¹⁸ se situe dans le prolongement de cette stratégie défendue par la Commission. Les lignes directrices insistent sur l’importance de préserver le fonctionnement du marché intérieur afin d’éviter les pénuries. Pour ce faire, elles rappellent, au sujet de la livraison de marchandises, que les États membres « *doivent garantir la chaîne d’approvisionnement des produits de première nécessité tels que les médicaments, le matériel médical, les denrées alimentaires périssables et de première nécessité ainsi que le bétail* » et que, par conséquent, « *[i]l convient de n’imposer aucune restriction à la circulation des marchandises au sein du marché unique, en particulier (mais pas uniquement) en ce qui concerne [de tels biens], sauf dans des cas dûment justifiés* ». Le maintien des échanges commerciaux entre les États membres n’est pas seulement relatif aux marchandises destinées à l’exportation mais également celles qui sont importées. La

¹⁴ Il convient de préciser que les mesures, adoptées par les États membres, qui limitent l’accès au matériel médical et aux équipements de protection doivent être notifiées à la Commission.

¹⁵ Annexe 2 de la communication du 13 mars 2020 précitée.

¹⁶ La Commission considère également qu’une mesure dont la portée n’est pas clairement définie comme se limitant à des besoins effectifs, qui ne repose pas sur une justification solide et/ou dont la durée n’est pas limitée est susceptible de contrevenir au principe de proportionnalité. En revanche, les réglementations de prix pourraient être acceptées (pour éviter la fixation de prix abusifs), dès lors qu’elles sont applicables à tous les opérateurs concernés, non discriminatoires et accompagnées de mesures appropriées orientant l’approvisionnement vers les personnes et les lieux qui en ont le plus besoin.

¹⁷ Annexe 2 de la communication du 13 mars 2020 précitée.

¹⁸ Commission européenne, COVID-19 – Lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, 16 mars 2020, 2020/C 86 I/01.

Commission marque en effet son refus de certifications supplémentaires à l'égard des marchandises circulant légalement au sein du marché intérieur¹⁹. Les lignes directrices contiennent, en outre, plusieurs précisions sur le transport des biens et notamment les mesures de contrôle susceptibles d'être imposées lors du passage des frontières. Il est essentiel de maintenir les déplacements des travailleurs du secteur des transports (conducteurs de trains et de camions, pilotes, personnel navigant) afin de garantir la circulation des marchandises. Les restrictions au transport de marchandises ne pourront être justifiées pour des raisons de santé publiques que si elles sont : transparentes, dûment motivées²⁰, proportionnées, pertinentes et spécifiques aux différents modes de transport, non discriminatoires.

La crise sanitaire liée au COVID-19 a amené la Commission à devoir gérer les mesures restrictives adoptées par les États membres et affectant particulièrement l'exportation des équipements médicaux et de protection, ainsi qu'à soumettre les exportations de certaines marchandises vers les pays tiers à un régime d'autorisation.

II – Les restrictions à la libre circulation des marchandises mises en place par l'Union européenne dans le cadre du commerce avec les États tiers

Pour faire face à la crise sanitaire liée au COVID-19 et aux risques de pénurie, la Commission européenne a adopté, le 14 mars 2020, le règlement d'exécution 2020/402²¹, lequel prévoit la soumission de l'exportation des équipements médicaux de protection à la présentation d'une autorisation (A) et en établit les modalités (B).

A – La soumission à un régime d'autorisation des exportations d'équipements de protection individuelle vers les États tiers

Le règlement d'exécution 2020/402 a été adopté en vertu de l'article 5 du règlement 2015/479 relatif au régime commun applicable aux exportations²². L'article octroie à la Commission la faculté de subordonner, à la demande d'un État membre ou de sa propre initiative, l'exportation d'un produit déterminé à la présentation d'une autorisation d'exportation « *afin de prévenir une situation critique due à une pénurie de produits essentiels ou d'y remédier, et lorsque les intérêts de l'Union nécessitent une action immédiate* ». La Commission a donc décidé de faire usage de cette disposition en raison de l'épidémie de COVID-19 et l'augmentation significative des besoins en équipements de protection individuelle qui sont essentiels pour protéger le personnel de santé en contact avec les patients

¹⁹ Elle cite notamment l'Autorité européenne de sécurité des aliments, selon laquelle il n'existe aucune preuve que les aliments constituent une source ou une voie de transmission du COVID-19. Voir : Agence européenne de sécurité des aliments [en ligne]. Disponible sur : <https://www.efsa.europa.eu/fr/news/coronavirus-no-evidence-food-source-or-transmission-route> (consultée le 05/04/2020).

²⁰ Elles doivent reposer des données scientifiques et des recommandations émanant de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ou du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC). De plus, le lien entre le COVID-19 et les raisons justifiant les mesures restrictives doit être démontré.

²¹ Règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission du 14 mars 2020 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation.

²² Règlement (UE) 2015/479 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations.

et pour éviter la propagation du COVID-19. Le régime d'autorisation mis en place par le règlement d'exécution 2020/402 vise à garantir l'adéquation de l'offre de tels équipements dans l'Union et de répondre à la demande vitale dans les États membres. Le règlement d'exécution 2020/402 a été modifié par un second règlement d'exécution le 19 mars 2020²³ et a été précisé par une note d'orientation de la Commission du 20 mars²⁴.

L'article premier du règlement d'exécution 2020/402 dispose qu'une autorisation d'exportation²⁵ est requise pour exporter en dehors de l'Union des équipements de protection individuelle et ce quelle que soit leur origine (c'est-à-dire qu'ils soient originaires de l'Union ou non). À défaut d'une telle autorisation, l'exportation est interdite. L'annexe I du règlement d'exécution liste les équipements de protection individuelle qui sont concernés : il s'agit des lunettes et visières de protection, des écrans faciaux, des équipements de protection bucco-nasale, des vêtements de protection et des gants. Les considérants du règlement d'exécution spécifient que la liste des produits couverts par le régime d'autorisation pourra être réexaminée (la pénurie d'autres « biens essentiels » pouvant probablement mener à un élargissement de la liste). Le régime d'autorisation a une durée limitée, le règlement n'était applicable que pendant une période de six semaines. En outre, si le règlement d'exécution 2020/402 se contentait de se référer aux exportations « *en dehors de l'Union* », le règlement de modification a exclu du régime d'autorisation les exportations vers la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein, la Suisse, les îles Féroé, l'Andorre, San-Marin, le Vatican, ainsi que les pays et territoires d'outre-mer énumérés à l'annexe II du TFUE. De plus, le Royaume-Uni est à considérer comme un État membre et non comme un États tiers au sens du règlement, conformément à l'accord de retrait²⁶.

L'idée de solidarité est également défendue par la Commission dans le cadre des restrictions aux exportations vers les pays tiers (mais peut-être de manière moins importante que la solidarité européenne). La note d'orientation du 20 mars précise bien que les mesures découlant du règlement d'exécution sont exceptionnelles et que « *l'Union n'a pas l'intention de restreindre les exportations dans des proportions qui dépasseraient ce qui est strictement nécessaire* ». Effectivement, l'Union européenne entend « *défendre le principe de la solidarité internationale dans cette situation de pandémie mondiale* ». La défense d'une solidarité internationale trouve d'ailleurs une expression dans les éléments – listés à l'article 2 du règlement – qui sont à prendre en compte pour l'octroi d'une autorisation d'exportation.

B – Les modalités du régime d'autorisation des exportations d'équipements de protection individuelle vers les États tiers

Les autorisations d'exportation sont délivrées (par voie électronique ou par écrit) par les autorités compétentes de l'État dans lequel l'exportateur est établi. Les demandes d'autorisation

²³ Règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission du 19 mars 2020 modifiant le règlement d'exécution (UE) 2020/402 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation.

²⁴ Note d'orientation de la Commission aux États membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission, 20 mars 2020, 2020/C 91 I/02.

²⁵ Un modèle de formulaire d'autorisation d'exportation est proposé à l'annexe I du règlement d'exécution.

²⁶ Note d'orientation du 20 mars 2020 précitée.

doivent être examinées dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la date de la communication de l'ensemble des informations requises (le délai pouvant être prorogé de 5 jours supplémentaires en cas de circonstances exceptionnelles)²⁷. Le règlement d'exécution entend faire prévaloir l'avis des autorités compétentes de l'État membre ou des États membres où se trouvent les équipements de protection (et ce même s'il ne s'agit pas de l'État membre d'établissement de l'exportateur). Selon son article 2, « *[s]i les équipements de protection se trouvent dans un ou plusieurs États membres autres que celui où la demande d'autorisation d'exportation a été introduite [...] [l]es autorités compétentes de l'État membre auprès duquel la demande d'autorisation d'exportation a été introduite consultent immédiatement les autorités compétentes de l'État membre ou des États membres en question et leur fournissent toutes les informations pertinentes* ». Les autorités nationales ainsi consultées ont alors la possibilité de formuler des objections à l'octroi de l'autorisation, objections contraignantes pour l'autorité auprès de laquelle la demande a été introduite.

Dans le cadre de l'évaluation des demandes d'autorisation d'exportation, l'article 2 du règlement d'exécution liste plusieurs éléments pertinents que les autorités des États membres peuvent prendre en compte pour décider de la délivrance d'une autorisation²⁸. Peut par exemple être envisagé le fait que les exportations sont destinées à remplir des obligations de fourniture dans le cadre d'une procédure de passation conjointe de marché, à soutenir les actions de l'OMS ou les opérations des États membres à l'étranger, à répondre aux demandes d'assistance adressées au mécanisme de protection civile de l'Union par des pays tiers ou des organisations internationales ou encore à soutenir les activités menées à l'étranger par des organismes d'aide bénéficiant d'une protection au titre de la convention de Genève... L'objectif des deux dernières considérations est, en particulier, de préserver un esprit de solidarité internationale en « *[assurant], dans la mesure du possible, la disponibilité d'[équipements de protection individuelle] en dehors de l'Union dans des pays tiers susceptibles de faire face à un besoin aigu en la matière à un moment donné* »²⁹. Les autorités nationales compétentes disposent, certes, d'une marge d'appréciation dans l'examen des éléments à évaluer pour l'octroi d'une autorisation d'exportation, mais cette marge d'appréciation ne peut s'exercer que dans les limites de l'objectif primordial du règlement d'exécution 2020/402, à savoir « *garantir l'adéquation de l'offre dans l'Union afin de répondre à la demande vitale d'[équipements de protection individuelle]* »³⁰. Par conséquent, les États membres peuvent octroyer des autorisations d'exportation seulement « *si le transfert en question ne constitue pas une menace pour la disponibilité [de tels équipements] sur le marché de l'État membre concerné ou ailleurs dans l'Union* »³¹.

²⁷ Article 2 du règlement d'exécution 2020/402 précité.

²⁸ La liste n'est pas exhaustive, mais indicative, et les États membres peuvent prendre en considération d'autres éléments.

²⁹ Note d'orientation du 20 mars 2020 précitée.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*