

**Analyse de l'accord-cadre de la Commission européenne pour l'achat de vaccins :
L'exemple du contrat passé avec Pfizer-BioNtech
par Olivier Frot
Docteur en droit public**

Sources : EU vaccine strategy https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en

Résumé non technique :

Nous sommes en présence d'une forme contractuelle très originale et inhabituelle en matière de marchés publics, un Advance Purchase Agreement (APA), que l'on pourrait traduire par accord d'achat d'avance, forme inconnue du rédacteur avant cette étude et non prévue dans les textes régissant les marchés publics passés par la Commission européenne, donc ayant été créée pour l'occasion¹. Les conditions de passation de ces contrats (publicité, appels à candidatures éventuels, négociation) ne sont pas connues. Ces contrats, rédigés exclusivement en anglais difficile à lire, ne concernent pas tous les industriels ayant proposé un vaccin anti-Covid 19, on ne sait même pas s'il y a eu la moindre mise en concurrence ni sur quels critères la Commission (et l'EMA chargée de la validation sanitaire) ont choisi ces contractants et leurs produits.

Ce contrat est léonin, en faveur du contractant.

Le contractant est exonéré de toute responsabilité en matière d'effets secondaires indésirables de ses traitements, cette responsabilité étant exercée par les États membres, les conditions d'indemnisation ayant été récemment revues en France (au détriment des intérêts des victimes).

Les produits sont fabriqués sur le territoire de l'UE (en Allemagne), pour Pfizer. La société est domiciliée aux USA (Delaware) mais dispose de filiales dans plusieurs pays de l'UE (dont la France) et les flux financiers seront encaissés dans une banque irlandaise.

Les autres contrats n'ont pas été analysés, mais il convient de souligner que seuls les contrats Pfizer et Moderna sont lisibles, tous les autres présentent des parties importantes entièrement biffées (notamment, tout ce qui concerne les quantités, les prix, la responsabilité et la propriété intellectuelle)

Pour les seuls Pfizer et Moderna, la Commission s'est engagée sur l'achat de 460 millions de doses pour un montant total de respectivement 4,85 milliards d'euros et 3,6 milliards de dollars. Elle a versé une avance substantielle (plus d'un milliard d'euros), le solde restant à la charge des États membres.

¹ Communication n°245/CE du 17 juin 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0245>

Sommaire

INTRODUCTION :	3
I. ANALYSE FACTUELLE DU CONTRAT (CONDITIONS PARTICULIERES)	3
I.1 Conditions juridiques de la contractualisation	3
I.2 Présentation générale	5
I.3 Conditions particulières	6
1.3.1 Durée	6
1.3.2 Quantités	6
1.3.3 Procédure de commande, livraison, facturation	7
1.3.4 Stockage, transport et livraison	7
I.3.5 Clause financières	8
I.3.6 Indemnisations et responsabilités (§1.12)	9
II. ANALYSE FACTUELLE DU CONTRAT (CONDITIONS GENERALES)	11
III. COMMENTAIRES ET CONCLUSIONS	12
III.1 Sur la forme du contrat	12
III.2 Sur les clauses :	12
III.3 Aspects financiers	13
III.4 Responsabilité	13
III.5 Propriété intellectuelle	13
CONCLUSION	13

Introduction :

Nous avons analysé le contrat Pfizer-BioNtech, le plus important en volume (apparemment). Les autres contrats sont rédigés plus ou moins sur le même modèle , pour ce que l'on peut en voir.

La procédure d'attribution et la forme du contrat sont totalement inédites (jamais vu par le rédacteur en près de 30 ans de pratique des marchés publics de droit européen). Pour développer ce projet, la Commission a été saisie en vertu d'un règlement de 2016 relatif à l'aide d'urgence.²

I. Analyse factuelle du contrat (conditions particulières)

I.1 Conditions juridiques de la contractualisation

La santé n'est pas une prérogative de l'Union européenne, elle n'est pas prévue par le TFUE, en l'espèce le traité de Lisbonne (2007). Ainsi, l'article 3ter-2 dispose que « *en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribué dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Toutefois, l'alinéa 3 du même article précise que « *en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

En l'espèce, un agrément a été établi entre la commission et les États membres, à la demande de ces derniers (?) le 18 juin 2020, celle-ci étant désignée leur mandataire pour conclure, en leur nom, des accords d'achat d'avance (Advance Purchase Agreements APA) ayant pour objectif d'acquérir des vaccins pour combattre la pandémie Covid 19 au niveau de l'Union. Cet accord est joint en annexe II du document étudié (APA).

Les contrats APA mis en ligne concernent les contractants suivants :

Vaccins autorisés :

- Groupement Pfizer-BioNtech
- Moderna
- AstraZeneca
- Johnson& Johnson

² Règlement UE n°369 du Conseil du 15 mars 2016

Vaccins encore en développement :

- Sanofi-GSK
- Curevac
- Novavax

Pour la présente étude nous n'avons analysé que le contrat Pfizer-BioNTech et uniquement consulté sommairement les autres : seul le contrat Moderna est lui aussi, rédigé en clair (en anglais), tous les autres comportent de grandes parties occultées (lignes noircies ou grisées, texte totalement masqué : quantités, prix, responsabilité, propriété intellectuelle...).

Les objectifs présentés par la Commission sur la page internet précitée sont de :

- *« S'assurer de la qualité, la sûreté et l'efficacité des vaccins ;*
- *Sécuriser l'accès à temps des vaccins pour les États membres et leur population tout en conduisant un effort global de solidarité*
- *S'assurer d'un accès équitable et abordable pour tous en UE pour un vaccin abordable aussi tôt que possible ;*
- *S'assurer que les préparations sont faites dans des pays de l'UE en regard de la généralisation de la sécurité et de l'efficacité des vaccins, prendre en compte les besoins de transport et de livraison, et identifier les groupes prioritaires ».*
«La stratégie vaccinale devrait servir de point de référence aux États membres pour établir leurs stratégies vaccinales.
Des vaccins sûrs et efficaces ont commencé à être distribués en UE à la fin de 2020, dans le strict respect des procédures d'autorisation et les plus hauts standards de sécurité ».

→ La stratégie de la Commission part du présupposé de l'efficacité et l'innocuité des vaccins. Toutefois il importe de souligner que la Commission, prudente, dans sa communication n°680 du 15 octobre 2020, préconise, pour la période d'octobre 2020 à 2022³, *« Les États membres et les autorités de santé publique devraient se préparer à réaliser des études, indépendantes des intérêts de l'industrie, sur l'efficacité et l'innocuité des vaccins:*
- en créant les réseaux nécessaires pour collecter des données et analyser les éléments d'information disponibles, comprenant si possible, dans une proportion statistiquement représentative, différentes populations cibles telles que les travailleurs;
- en mettant en place des mécanismes pour détecter et examiner des événements liés à l'innocuité des vaccins et y répondre;
- en mettant en place des mécanismes d'évaluation continue du rapport bénéfices/risques;
- en préparant la participation à des études de suivi de l'efficacité et de l'innocuité à grande échelle dans toute l'UE, sous la coordination de l'Agence européenne des médicaments et du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies ».

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0680>

Où en sont ces études, existent-elles en France, quels organismes en sont chargés ?

I.2 Présentation générale

Le document complet représente une centaine de pages avec les annexes.

Ce type de contrat est une nouveauté *sui generis* et ne figure pas dans le règlement applicable aux marchés passés par la Commission, pas plus qu'aux marchés relevant des directives de coordination de passation des marchés, applicables aux États membres⁴.

Les « conditions particulières » vont des pages 3 à 28, les « conditions générales » de 29 à 39.

Les conditions particulières décrivent les règles contractuelles spécifiques à cet APA, les conditions générales reprennent des stipulations assez classiques pour un accord-cadre. Contrairement à un dossier de marché classique comprenant un cahier des clauses administratives particulières et un cahier des clauses techniques particulières, celui-ci décrivant précisément le besoin, ici les aspects techniques se trouvent en annexe V (1-spécifications, assez incompréhensibles pour un non-spécialiste, 2-documentation de livraison, 3-spécifications de livraison, 4-spécifications de marquage et d'emballage, 5-retour et élimination de produits). L'annexe II produit l'accord passé entre les États membres et la Commission pour cette action, l'annexe III donne la liste des 27 États partie à l'accord et l'annexe IV liste les sous-traitants qui sont trois entreprises allemandes.

Il convient de rappeler que la Commission, pour ses marchés publics, n'est pas soumise aux diverses directives qui s'imposent à tous les acheteurs publics des États membres, mais à un règlement spécifique⁵. Nous n'aborderons pas ici les conditions de passation de ces contrats en regard de cette réglementation car ne disposant pas de cette information (mise en concurrence vs achats de gré à gré). On notera toutefois que dans son article 160, le règlement N°2018/1046/UE dispose que « *Tous les marchés financés totalement ou partiellement par le budget respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination* ». (...)« *tous les marchés publics font l'objet d'une mise en concurrence la plus large possible, sauf dans les cas de recours à la procédure visée à l'article 164, paragraphe 1, point {procédure négociée}*».

En principe, une consultation donne lieu à un avis de publicité appelant les candidats à déposer une offre, un cahier des charges décrit le besoin et les conditions d'exécution du marché, des critères d'attribution sont indiqués permettant aux candidats de savoir ce qui est attendu de leurs offres. Dans la mesure où il existe une

⁴ Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 ; transposée en France par le Code de la commande publique, parties législative (L) et réglementaire (R)

⁵ Règlement n° 2018/1046 du 18 juillet 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union

pluralité d’offres de vaccins Covid et selon plusieurs solutions (ARNm, virus inactivé...) le besoin se prêtait parfaitement à une mise en concurrence. Du reste, le fait que plusieurs contrats aient été passés attestent de la concurrence existante, même si tous les contrats ne rencontrent pas l’ensemble de la concurrence ; S’agissant de l’objectif de transparence, on aimerait savoir quels sont les critères qui ont amené à choisir tel ou tel, et quelles quantités. Tout cela reste opaque.

→ **Manifestement, la Commission européenne ne semble pas avoir respecté les dispositions juridiques qu’elle est sensée appliquer.**

Enfin, une première lecture permet de constater que le contractant Pfizer est immatriculé au Delaware, État fédéré américain bien connu en tant que « paradis fiscal ». En outre, la domiciliation bancaire indiquée dans le contrat est établie en Irlande, autre paradis fiscal (art. 1.8.3 page 22).

I.3 Conditions particulières

1.3.1Durée

Le contrat est passé pour une durée de 24 mois (1.4.2), il a été signé le 20 novembre 2020 entre le commissaire européen pour la santé et la sécurité alimentaire, Stella Kyriakides et le représentant de Pfizer, Nanette Cocero. Il expire automatiquement à son terme, son renouvellement ne modifie ou ne reporte aucune obligation existante (§1.4.4).

1.3.2Quantités

Il est prévu une livraison initiale de 200 millions de doses de vaccins pour l’ensemble des États membres (§1.5.2). Une commande supplémentaire d’un maximum de 100 millions de doses a été prévue, soumise aux mêmes conditions que les conditions initiales de l’APA.

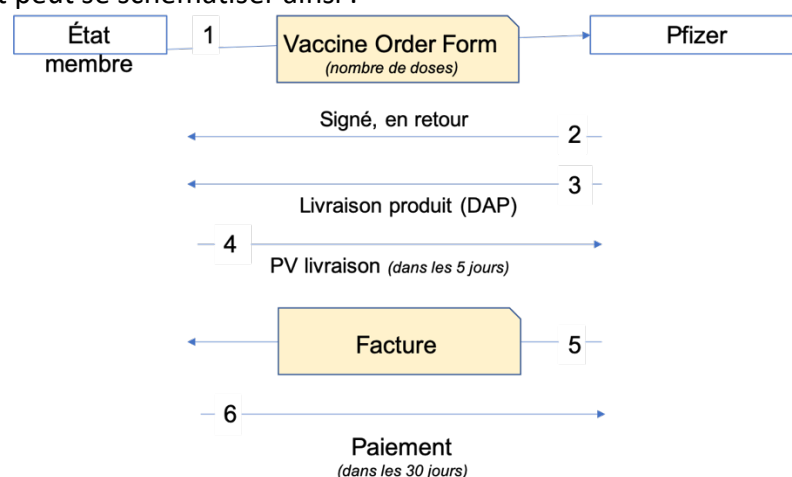
Les livraisons prévues sont en théorie réparties dans le tableau suivant (§1.6.3) :

Quarter (trimestre)	Q4 2020	Q1 2021	Q2 2021	Q3 2021
Doses (millions)	25	40	60	75

Il est spécifié que dans les 20 jours suivant l’obtention de l’autorisation du vaccin par les autorités sanitaires, la Commission s’engage à communiquer au prestataire un tableau répartissant les 200 millions de vaccins entre les États membres (§1.6.3). Ce tableau n’est pas publié son contenu est donc inconnu. Il a dû être notifié avant le 10 janvier 2021.

I.3.3 Procédure de commande, livraison, facturation

La procédure de commande par les États membres est décrite à l'article 1.6.3 (et 1.8.2) et fait l'objet de l'annexe I « Vaccine Order Form » (formulaire de commande de vaccin et peut se schématiser ainsi :



L'APA ayant été signé avant l'AMM, délivrée le 21 décembre 2020, un article 1.6.7 Waiver » (décharge) a été rédigé, rappelant que « *la Commission reconnaît et accepte que les efforts du contractant pour développer et fabriquer le vaccin sont ambitieux par nature et sujets à des risques significatifs et à des incertitudes. Nonobstant les efforts et les échéances estimées dans cet APA, les parties reconnaissent que le vaccin est en phase 3 d'études cliniques à la date de signature de cet APA et que, malgré les efforts diligents du contractant en recherche, développement et fabrication, le vaccin pourrait ne pas obtenir l'autorisation ou ne pas être livré (malgré l'obligation du contractant de déployer les meilleurs efforts raisonnables en vertu des articles 1.6.1 et 1.6.6 de cet APA) du fait d'enjeux ou d'échecs techniques, cliniques, réglementaires ou de fabrication, expédition, stockage ».*

I.3.4 Stockage, transport et livraison

Les produits seront expédiés dans une boîte thermique (§1.6.8), le stockage doit être fait à **-75° C (6 mois), 5 jours à +2°-+8° et 6 heures à température ambiante (19-25° C)** (annexe V, appendice 3, spécifications pour la livraison).

La livraison est prévue selon l'INCOTERM DAP (Delivered At Place) c'est-à-dire au lieu de destination indiqué par le commanditaire, toutes formalités douanières étant à la charge du fournisseur, le prix payé est un prix rendu (transport et formalités inclus).

L'État membre participant (EMP) est seul responsable du stockage approprié et de la manutention, la distribution, le transport l'administration, l'utilisation et l'élimination du produit (§1.6.11) et doit dans les 24 heures qui suivent la livraison, réaliser une inspection visuelle.

Aucun refus de livraison et retour de produit n'est accepté (§1.6.12) sauf en cas de non-conformité visuelle (dans les 48 heures) ou en cas de « défaut latent » (*latent defect*) dans les 5 jours ouvrés (§1.6.14).

I.3.5 Clause financières

(§1.7) Le prix unitaire moyen pour 200 millions de doses Pfizer est de 15,50 € HT. Il ne sera pas appliqué de TVA. Le prix par dose est de 17,50 € pour les 100 premiers millions, puis de 13,50€ de 101 à 200 millions. Si une commande additionnelle est demandée par la Commission, le prix unitaire sera de 15,50 €/dose si la commande est passée dans les trois mois après obtention de l'autorisation (AMM) puis 17,50€ ensuite, et ceci avant la fin de l'APA. On ne sait pas si la troisième tranche a bien été commandée dans les délais. C'est probable, vu l'empressement du gouvernement à faire vacciner le plus de personnes possibles rapidement.

En outre, la Commission paye une avance de 700 millions € soit 3,50 €/dose pour 200 millions), payée dans les 20 jours ouvrés après facturation par le contractant. Il était prévu le remboursement de cette avance en cas de non obtention de l'AMM (§1.8.1).

Ce prix est un prix livré, le transport n'est pas en sus. Les États membres doivent payer directement au contractant le solde, déduction faite de l'avance déjà versée (soit, -3,5€/dose). La facturation par le contractant ne peut se faire avant réception par celui-ci du PV de réception établi par l'État membre, qui doit le lui envoyer dans les 5 jours ouvrés suivant la livraison (§1.8.2). Le délai de paiement est de 30 jours (calendaires) suivant la réception de la facture, ce qui est le délai normal de paiement des marchés publics dans l'UE⁶.

Les États membres participants (EMP) sont enjoins de commander toutes les doses prévues à l'APA et au cas où ils ne le feraient pas, le contractant est habilité à leur facturer les doses contractuellement prévues mais non commandées et à en exiger le paiement (§1.8.2, dernier alinéa).

→ La répartition du nombre de doses entre EMP n'apparaît pas dans l'accord (Page 55 « les objectifs »). Pour ces deux seuls prestataires, 460 millions de doses ont été commandées⁷.

⁶ Directive n° 2011/7/UE du 16 février 2011

⁷ Au 1er janvier 2021, la population de l'Union européenne à 27 États membres comptait 447 millions d'habitants selon Eurostat.

Contractant	Nombre doses	Prix unitaire	Total	Avance payée
Pfizer-BioNtech	100 000 000	17,50 €	1 750 000 000,00 €	700 000 000,00 €
	100 000 000	13,50 €	1 350 000 000,00 €	
	100 000 000	17,50 €* ⁸	1 750 000 000,00 €	
Moderna	80 000 000	\$ 22,50	\$ 1 800 000 000,00	\$ 360 000 000,00
	80 000 000	\$ 22,50	\$ 1 800 000 000,00	
AstraZeneca	nc	nc	nc	
	nc	nc	nc	
Johnson	nc	nc	nc	
Total. Doses	460 000 000		8 450 000 000,00 €	1 060 000 000,00 €

*15,50€ si commande dans les trois mois suivant l'attribution de l'AMM (§1.8.1)

Les engagements fermes vis-à-vis de Pfizer-BioNtech sont de 4,85 milliards d'euros et pour Moderna de 3,6 milliards de dollars pour un total de 460 millions de doses (respectivement 300 et 160 millions).

Les engagements au profit des autres industriels bénéficiant d'un APA ne sont pas connus, car toutes les informations importantes figurant sur ces contrats ont été occultées sur les versions mises en lignes par la Commission, seuls les contrats de deux précédents cités sont intégralement consultables. Il convient de rappeler qu'il s'agit d'argent public, le budget « européen » n'étant que la somme des contributions des États membres, dont la France est le second en importance (26, 864 milliards d'euros en 2021⁸, contributeur « net ») et que la réglementation citée plus haut impose la « transparence ».

Il importe de préciser que les ETM « *n'ont pas le droit de suspendre et/ou ne pas honorer leurs engagements* » (I. 12.8 (i)) ce qui signifie qu'il faudra payer l'intégralité des doses commandées.

I.3.6 Indemnisations et responsabilités (§1.12)

L'administration des vaccins est conduite sous la seule responsabilité des États membres participants.

L'article I.12.1 exonère le contractant de toute responsabilité, celle-ci étant exercée par l'ETM, sauf dans deux cas (définis plus précisément au §I.12.3):

⁸ Source : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/contribution-france-budget-europe>

- Inconduite volontaire (« wilful misconduct »), que l'on pourrait aussi traduire par volonté de nuire,
- Pertes occasionnées par un manquement aux bonnes pratiques de fabrication, selon les dispositions du titre IV de la directive 2001/83/CE et conduisant à un défaut de qualité du vaccin résultant d'une évaluation à chaque livraison de l'autorité compétente (EMA) de poursuivre ou de suspendre le vaccin, ou dans un retrait ou une suspension de l'autorisation par la Commission européenne.

Les seuls cas d'indemnisation pour des tierces parties (I.12.2) (= les vaccinés victimes d'effets secondaires) sont : mort, blessure physique, blessure mentale ou émotionnelle, maladie, inaptitude, perte ou dommage à une propriété, pertes économiques ou perte d'emploi. Il appartient à ces personnes de saisir les ETM, et le contractant de notifier à l'ETM les recours qu'il aurait reçus. A cet effet, les ETM sont habilités à recourir à un « expert indépendant » dans les 30 jours ouvrés suivant la notification. L'indemnisation des tierces parties leur incombe.

A ce stade il importe de savoir ce qui est prévu par la loi française.

La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, prévoit dans son article 18:

« La réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire administrée en application du I de l'article 12 est assurée conformément à l'article L. 3111-9 du code de la santé publique »

Voyons cet article :

Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent titre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-22, au titre de la solidarité nationale.

L'office diligente une expertise et procède à toute investigation sans que puisse lui être opposé le secret professionnel.

L'offre d'indemnisation adressée à la victime ou, en cas de décès, à ses ayants droit est présentée par le directeur de l'office. Un conseil d'orientation, composé notamment de représentants des associations concernées, est placé auprès du conseil d'administration de l'office.

L'offre indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice, nonobstant l'absence de consolidation ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime ou à ses ayants droit, déduction faite des prestations énumérées à [l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985](#) tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et plus généralement des prestations et indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice.

L'acceptation de l'offre de l'office par la victime vaut transaction au sens de l'article [2044](#) du code civil.

Jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'il a payée, l'office est, s'il y a lieu, subrogé dans les droits et actions de la victime contre les responsables du dommage.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article ».

Cet article a été modifié en ce sens par la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 « par Agnès Buzyn pour maîtriser les coûts d'indemnisation dus à la campagne de vaccination obligatoire aux onze vaccins pour les enfants. Le texte apporte cette terrible précision :

L'offre d'indemnisation adressée à la victime ou, en cas de décès, à ses ayants droit est présentée par le directeur de l'office »⁹

Bien plus, la loi parle de vaccination obligatoire : or, elle ne l'est pas sauf pour certaines professions : il s'agit juste d'une pression sociale par la propagande et un chantage au passe sanitaire pour accéder à certains lieux, activités. Alors, quelle indemnisation des effets secondaires de vaccinés « à l'insu de leur plein gré »? Aucune ?

II. Analyse factuelle du contrat (conditions générales)

Cette seconde partie est intitulée « Framework contract for services », que l'on pourrait traduire par accord-cadre de services. Ce type de contrat est bien connu dans la réglementation des marchés publics mais en l'espèce il s'agirait plutôt de fournitures que de services.

Ces stipulations n'appellent pas de remarques particulières et reprennent des clauses contractuelles générales que l'on retrouve dans de nombreux marchés publics.

On notera toutefois des clauses intéressantes dans le contexte, conférant le pouvoir contractuel de la Commission à procéder à un certain nombre de mesures pour combattre les conflits d'intérêt (§II.7), la corruption et la fraude (§II.8.3).

Ces clauses prêteraient à sourire alors que l'on constate l'opacité qui entoure l'ensemble de ce projet et de sa mise en œuvre.

La suspension de l'APA est possible par la Commission ou un ETM s'il est prouvé que la procédure d'attribution de l'APA a été entachée d'irrégularités ou de fraude (§II.16.2 (a)).

Cinq motifs de résiliation sans indemnisation sont prévus à l'article II. 17.1.

⁹ **Éric Verhaegue** <https://lecourrierdesstrategies.fr/2021/08/22/ce-que-veran-na-pas-ose-vous-dire-en-face-sur-le-danger-des-vaccins/>

III. Commentaires et conclusions

Il convient de souligner que tous ces documents sont rédigés exclusivement en langue anglaise, la rédaction est alambiquée, complexe et assez obscure. En outre, les affirmations présentées dans la stratégie, concernant l'efficacité et la sûreté des vaccins sont contestables, ceux-ci faisant l'objet d'une autorisation conditionnelle et temporaire, comme c'est du reste, précisé dans le contrat.

III.1 Sur la forme du contrat

APA : ce type de contrat est original et inhabituel, non prévu dans le règlement précité décrivant les procédures de passation des marchés publics des organismes communautaires. Il n'existe pas non plus en l'état dans la réglementation européenne des marchés publics, applicable à tous les États membres. Il semble que nous soyons en présence d'une forme nouvelle de contrat, établie dans l'urgence pour l'occasion.

Sur la concurrence : tout porte à croire que nous soyons en présence d'une collection de contrats négociés de gré à gré, mais tous les industriels ayant produit des vaccins relatifs au Covid 19, pourtant éprouvés ailleurs dans le monde, n'ont pas été sollicités ni même examinés par l'EMA qui a validé les AMM (postérieurs à l'établissement des APA): Spoutnik russe, Sinovac et Sinopharm chinois, Valneva français vendu au seul UK...

Les conditions générales présentent l'APA comme un accord-cadre. Dans la réglementation générale de tous les marchés publics de l'UE, ces contrats s'exécutent sur la base de bons de commande successifs ou, si le détail n'en est pas connu à l'avance, de marchés subséquents. Les quantités effectivement commandées sont déterminées par chaque bon de commande, l'accord-cadre lui-même pouvant fixer, ou non, un minimum et un maximum. En l'espèce, de façons très hétérodoxe, nous avons à faire ici à un accord-cadre à bons de commande mais à quantités fixes, les ETM n'ont pas les moyens d'ajuster leurs besoins au fur et à mesure, les quantités sont fixées contractuellement à l'avance, le contractant ne supporte aucun risque lié au contrat. On comprend mieux, compte tenu du volume très important commandé et obligatoirement financé, l'insistance du gouvernement pour la vaccination du plus grand nombre et déjà la possibilité d'une troisième (et quatrième, ou davantage) injection. .

III.2 Sur les clauses :

Les clauses sont léonines et très favorables au contractant ce qui est inhabituel dans les marchés publics qui généralement confèrent un avantage à l'acheteur public.

III.3 Aspects financiers

On observera que les prix sont fixes et fermes, pour Pfizer le prix par dose est dégressif pour la seconde tranche de 100 millions mais remonte au montant de la première tranche, pour la troisième, ce qui est là aussi, inhabituel.

III.4 Responsabilité

Il convient de souligner que pour un produit expérimental mettant en œuvre une technique nouvelle (ARNm) le contrat décharge le contractant de quasiment toute responsabilité, transférée à l'État membre. En France, celui-ci a pris la précaution d'instituer un système d'indemnisation à sa main, se gardant bien de faire intervenir le juge.

III.5 Propriété intellectuelle

Le contrat APA ne comporte aucune clause de propriété intellectuelle prévoyant comme on aurait pu l'espérer, un transfert au profit de l'UE : ces produits restent donc couverts par les brevets déposés et l'achat ultérieur de nouvelles doses se fera au prix souhaité par l'industriel en position de monopole de fait, sans aucune discussion possible.

Cela permet de mesurer la portée du sacro-saint principe européen de « concurrence libre et non faussée ».

Conclusion

Il s'agit d'un type de contrat léonin dans lequel le contractant est exonéré de risque économique (prix ferme sur une courte durée, quantités fixes contractuelles, avance financière significative), exonéré de risque juridique (responsabilité transférée aux États membres participants). Les informations permettant de déterminer la légalité des procédures de passation et de rédaction de ces contrats ne sont hélas pas disponibles. Compte tenu du caractère totalement déséquilibré de ces contrats, on peut légitimement se poser des questions sur leur conditions d'attribution et l'absence de corruption et/ou de conflits d'intérêts.