



**Avocats
Conseils
d'Entreprises**

**LES MASQUES CHINOIS, OU LA REGULATION DU COMMERCE MONDIAL
A L'ÉPREUVE DE L'URGENCE**

Par Laure DERON et Hervé GUYADER

A RETENIR

L'urgence de la pandémie a vu les positions respectives de négociation entre acheteur et vendeur inversées : pour parvenir à se procurer des masques, nombres d'acheteurs européens pressés par la situation sanitaire de mars 2020 ont dû accepter une révision des règles ayant habituellement cours dans les opérations du commerce international.

Ont ainsi subi de notables bouleversements :

- Les règles concernant l'équivalence des normes industrielles de production (1)
- Les procédures de certification (2)
- La fluidification des méthodes de travail des administrations douanières en Europe, coté acheteur et en Chine, coté vendeur (3)
- L'influence du droit local sur le transfert de propriété rendant indispensable l'assistance de Conseils maîtrisant les instruments juridiques de la vente internationale pour la négociation des contrats (4)

La pandémie du Covid19 a bouleversé le commerce international : en l'interrompant à la faveur des décisions de confinement qui se sont généralisées, puis en le perturbant quand il fallut d'urgence acheter masques et matériels de protection à la Chine - fournisseur quasi-exclusif de ce type de produits.

La France de mars 2020 manquait cruellement de masques, et leur importation était des plus contrariées : un produit ne peut, en effet, franchir une frontière que s'il respecte une quantité importante de normes et de procédures dont la mise en application requiert souvent une patience de plusieurs semaines. Passer une commande n'est rien en comparaison des exigences de normalisation imposées pour que le produit puisse être estampillé Norme CE. Une chaîne de fabrication de produits normés USA ou quelque autre zone géographique doit ainsi être repensée, pour pouvoir satisfaire aux contraintes douanières, à l'arrivée.

L'achat d'un masque suppose la maîtrise d'un processus industriel particulièrement complexe qui mêle de nombreuses matières juridiques. Le droit douanier est ainsi une cheville ouvrière au moins aussi indispensable que le droit du financement, le droit des contrats internationaux ou le droit des assurances puisque sans lui, aucune opération ne sera réalisée. Les procédures du commerce internationale reposent sur une infinie rigueur, garante des opérations qui confrontent des cultures différentes. Outre la question de la langue, c'est tout l'écosystème qui varie, les relations entre les banques, le zèle de certaines administrations... Mais l'urgence sanitaire ne pouvait accepter ce temps long.

Quelques fondamentaux ont précipité les bouleversements sur le droit français du commerce international, afin de l'adapter pour importer ce qui était inapte à l'importation quelques jours auparavant :

- Le manque de capacité de production nationale, conséquence d'une désindustrialisation,
- Les considérations politiques liées à la gestion interne des stocks stratégiques nationaux,
- Le défaut de capacité de l'Union Européenne à intervenir dans les sujets de santé publique et se saisir d'une gestion uniformisée de l'urgence à l'échelle du continent, ainsi que les réponses de protection nationales (fermeture des frontières, interdictions d'exportation de matériel médical).

Les normes régulant le commerce international avec le marché européen traduisent la situation généralement dominante dans laquelle se trouve l'acheteur européen vis-à-vis de son partenaire vendeur, à qui il impose la conformité à ses règles. La pandémie a inversé, pour la première fois, les rôles en conférant au vendeur de masques ou de tissu filtrant (principalement des entreprises productrices chinoises) une position de force dans les négociations d'achat : le prix de la matière première est ainsi passé de 20,000 RMB à 650,000 RMB par tonne ! L'ensemble des acteurs des pays européens (pouvoirs publics, administrations ainsi qu'entreprises privées) s'est vu obligé d'envisager l'adaptation de leurs règles habituelles pour parvenir à obtenir les précieux masques.

Petite revue des principales réglementations ainsi bousculées.

1. Les normes de production industrielle : vers une convergence accrue ?

Force obligatoire des normes. Rappelons que la force des normes industrielles diffère suivant leur émetteur. Adoubees par les pouvoirs publics, elles ont un caractère obligatoire et s'apparentent à une réglementation¹ ; issues d'un consensus professionnel, elles prennent alors une valeur incitative proche d'un label de qualité. Les normes industrielles de production des masques relèvent, sauf exception, de la première catégorie.

Typologie des équipements. Deux types de masques présentent la capacité de filtrer les particules, les rendant efficaces contre le virus Sars-Cov-2 et donc, objet du paramètre normé qui nous intéresse ici . On distingue ceux destinés à l'équipement des personnels hospitaliers, relevant des dispositifs médicaux (dits « *chirurgicaux* »). Ceux utilisés par la population générale ou certains travailleurs en contact avec des matières dangereuses comme de la sciure de bois constituent des équipements de protection individuel, connus sous le nom de masques « *respiratoires* ».

Variété des normes de fabrication et de commercialisation. La production des masques médicaux ou respiratoires obéit, dans les pays de l'Union Européenne, à des normes harmonisées obligeant les Etats membres à s'assurer que seuls des équipements conformes sont mis sur le marché unique européen², qu'ils soient produits par un fabricant de l'Union ou importés d'un pays tiers comme la Chine. Le Comité européen de normalisation, association d'organismes nationaux de normalisation des principaux pays européens (l'Afnor y participe pour la France) a adopté les normes techniques de ces différents équipements, dont les principales sont la norme EN 14683 -Mars 2019 pour les masques médicaux, et la norme EN 149-2001 pour les équipements respiratoires qui comprend la catégorie des masques « *FFP³* ». Ces documents fixent ainsi les paramètres techniques auxquels doivent satisfaire les masques à la fois concernant les procédés de fabrication et de test (durée, température de stockage), et les objectifs minimums liés au taux des particules filtrées, emballage, résistance à la respiration, etc. des équipements.

Les fabricants de masques établis en Chine produisent en référence aux normes obligatoires nationales GB 2626-2006⁴ pour les équipements respiratoires et GB 19083-2019, d'inspiration américaine, et que viennent compléter des normes professionnelles issues de l'industrie pharmaceutiques (YY 0469-2011).

¹ Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, art. 17

² art. 2 de la Directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 concernant les dispositifs médicaux, remplacée à compter du 26 Mai 2021, par le Règlement (UE) 2017/745 et Considérant (8) du préambule, art. 4 du Règlement (UE) 2016/425 du Parlement Européen et du Conseil du 9 mars 2016.

³ Acronyme de *Filtering Facepiece*

⁴ La nouvelle version GB 262-2019 devrait entrer en vigueur au 1^{er} juillet 2020.

D'un point de vue du contenu technique, les normes chinoises (qui sont d'inspiration américaine et se basent sur celles émises par l'American Society for Testing and Materials et le Code of Federal Regulations) se rapprochent, sans recouper exactement, les normes EN en vigueur en Europe. Dans les deux cas, les tests de capacité de filtrage sont effectués sur une base de chlorure de sodium, et, en parallèle, de particules grasses, avec des taux de filtration autour de 90% (pour les catégories FFP2 et supérieures). En temps normal et dans une optique d'exportation, les entreprises chinoises peuvent choisir d'opérer en respect des normes EN de production ; toutefois, les autorités en charge de la supervision de la qualité en Chine se sont récemment exprimées pour faire valoir que la production de masques en Chine devrait d'abord et avant tout, respecter les normes chinoises, afin d'assurer leur possible utilisation par la population locale en cas de pandémie⁵. Sous cette influence, les normes GB chinoises pourraient bien devenir une référence pour les masques produits (et donc disponibles à l'achat), à moins que d'autres points de production n'apparaissent dans le futur.

D'autres pays, comme la Corée ou le Japon ou encore l'Australie disposent également de leurs normes techniques propres. Pour assurer l'interopérabilité des approvisionnements en cas d'urgence sanitaire, il serait souhaitable qu'un processus d'harmonisation ou, a minima, de reconnaissance mutuelle des normes soit entamé afin de permettre la circulation des équipements de protection. Incidemment, le rôle qu'elle jouera dans ce processus sera déterminant, si l'Europe souhaite pouvoir influencer la qualité des normes applicables à l'avenir. De son côté, la Chine est, de manière générale, engagée dans un mouvement de redéfinition de ses normes industrielles et accueille favorablement les demandes de coopération internationale en ce sens, qui favorisent ses exportations.

2. La reconnaissance des certifications

Conditions d'importation. La certification est la procédure par laquelle un organisme vérifie la conformité du produit à la norme. Elle s'exprime, pour les biens destinés à l'importation dans l'Union Européenne, par le sigle CE. Les normes EN spécifient également les marquages devant être apposés sur les masques et qui comprennent le nom du fabricant, le sigle « CE » et la référence de l'organisme certificateur. Dans les hypothèses d'importation, l'obligation de marquage CE revient normalement au fabricant du masque, qui doit pour cela constituer un dossier technique et signer une déclaration de conformité UE⁶ à fournir aux autorités du pays d'importation. Pour les équipements de protection individuelle, classés en risque II et III, l'auto-certification ne suffit pas et le fabricant devra faire appel à un organisme notifié indépendant pour certifier les produits⁷. La liste des organismes reconnus aptes à certifier est publiée par les autorités européennes⁸.

Reconnaissance des normes. De façon notable, une recommandation de la Commission Européenne du 13 mars 2020 est venue inciter les autorités de surveillance des marchés à permettre la mise en vente d'équipements non munis du marquage CE, dès lors qu'ils garantissent « *un niveau adéquat de santé et de sécurité* » pour faire face à la pénurie de masques⁹. Certaines autorités nationales ont ainsi publié leurs décisions sur la base de cette recommandation : l'Inspection pour la Protection de la Jeunesse et de la Santé des Pays-Bas¹⁰ a conclu à l'équivalence de la norme chinoise GB 2626-2006. De même, la douane française a, sous l'impulsion d'une circulaire interministérielle du 23 avril 2020, admis l'équivalence des normes industrielles (YY/T 0969-2013) et nationales (GB2626-2006 GB2626-2019/KN 90) chinoises pour l'importation d'équipement de protection, dont les masques, pendant la crise

⁵ « Assurez-vous que les masques d'exportation répondent d'abord à nos normes nationales! Guangdong effectue une inspection aléatoire de la surveillance de la qualité des masques non médicaux », in *Southern Metropolis Daily* 21 Avril 2020

⁶ https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/labels-markings/ce-marking/index_fr.htm?pk_campaign=YEB_Search2019-20&pk_medium=banner9&pk_source=google_fr&pmclid=b_10715881_wp_3980839_k_3466697

⁷ "How to verify that medical devices and personal protective equipment can be fully placed on the EU market", 18 Mai 2020, disponible sur <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/41385>

⁸ https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/index.cfm?fuseaction=directive.notifiedbody&dir_id=155501

⁹ 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 représente le COVID-19

¹⁰ Décision de l'Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd du 23 Mars 2020, disponible en anglais sur

<https://www.igj.nl/onderwerpen/coronavirus/nieuws/2020/03/23/mondmaskers-uit-china-en-vs-gelijkwaardig-aan-europese>

sanitaire du Covid-19¹¹ pour mettre en application la recommandation européenne en l'absence de marquage CE.

Vers une équivalence des certifications ? En Chine, le contrôle de certification de mise sur le marché s'opère depuis 2018 sous le contrôle de la State Administration for Market Regulations. Il serait souhaitable de travailler dans le sens de reconnaissance mutuelle des certifications obtenues directement sur les territoires de production, afin de fluidifier le flux des marchandises dans un contexte d'urgence.

C'est tout le sens des accords de libre-échange que l'Union européenne continue de promouvoir et qui visent à adopter une norme unique, ou à tout le moins une norme reconnue. Ainsi, le droit de la mutuelle reconnaissance des normes est un outil pertinent pour fluidifier les échanges. Un produit chinois pourrait ainsi être automatiquement validé à l'exportation pourvu qu'il satisfasse un cahier des charges défini par l'accord, notamment en termes de sécurité. L'aboutissement de ces reconnaissances mutuelles consiste à ce que le fil des temps produise un effet d'harmonisation qui conduise à l'adoption d'une norme commune qui soit conforme aux exigences des chacune des parties. Cette exigence de satisfaction des critères d'exigences ne pourrait ainsi générer qu'une norme supérieure en termes de sécurité et de qualité¹². Une réflexion doit être entamée sur la réciprocité, entre les grands ensembles commerciaux régionaux, des contrôles en amont et leur transparence, dont une reconnaissance accrue devra s'accompagner pour éviter toute fraude.

3. Les procédures douanières d'exportation et d'importation

Facilitation et unification européenne des démarches d'importation. Indépendamment de la facilitation de la reconnaissance des normes, le besoin urgent de masques a mis en lumière l'opportunité d'un travail « *avec les logisticiens pour anticiper le plus en amont possible les formalités douanières* ». La Direction Générale des Douanes présente le dispositif exceptionnel comme conférant « *plus de fluidité, autant de sécurité* », avec « *des délais courts* » assortis d'une « *garantie de sécurité, de qualité et d'efficacité* »¹³. Concrètement, l'importation suppose de respecter un processus de dédouanement, qui aboutit généralement au paiement d'une TVA, qui requiert depuis le 1^{er} janvier 2019 l'obtention d'un numéro EORI (Economic Operators Registration and Identification). Pourront ensuite être effectuées une déclaration en douane de droit commun ou une procédure de dédouanement à domicile selon les cas. Un guichet unique permettant un accomplissement électronique des formalités douanières doit voir le jour le 31 décembre 2020.

D'autres ensembles économiques à l'échelle régionale se sont engagés dans un travail d'harmonisation ou de reconnaissances mutuelles de leurs procédures d'importation et de traçage de leurs chaînes logistiques de marchandises. Dans cet esprit, l'ASEAN¹⁴ s'est dotée depuis plusieurs années d'un mécanisme de « guichet unique », une plateforme numérique désormais opérationnelle et partagée entre les pays adhérents¹⁵ permettant le partage, sous une forme électronique préalablement définie en commun, de la documentation technique d'importation (certificats d'origine, de qualité, et documents douaniers nécessaires à leur échange commercial)¹⁶, la plateforme permettant, en outre, la circulation des documents entre les différentes administrations. L'Union Européenne, de son côté, a lancé un projet de guichet unique EU Customs SW en 2012¹⁷, à l'état expérimental et se composant pour l'instant de « *l'interconnexion de systèmes douaniers des Etats membres et de la base de données TRACES de la DG Santé* », en parallèle avec un Groupe de Projet Douane 2020 établir une « *éventuelle instauration*

¹¹ Tableau d'équivalence des normes, et les circulaires n°DGT/DGS/DGCCRF/DGDDI/2020/55 du 31 mars 2020 et DGT/DGS/DGCCRF/DGDDI/2020/57 du 5 avril 2020, disponibles sur <https://www.douane.gouv.fr/sites/default/files/uploads/files/Covid-19/Tableau-equivalences-normes-au-23-avril-2020.pdf>

¹² Laure G. Deron, *Chinese standards and the new industrial markets, note de recherche de l'IRSEM, disponible sur* https://www.irsem.fr/data/files/irsem/documents/document/file/3255/RP_IRSEM_98%20-%202020.pdf

¹³ Covid-19 : Guide douanier d'importation de masques (et de redistribution aux clients et filiales à l'étranger) du 18 Mai 2020, Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects, page 2

¹⁴ Association of South-East Asian Nations

¹⁵ <https://asw.asean.org/>

¹⁶ La Birmanie rejoint le guichet unique électronique intégré de l'Asean, Le petit journal, 09 Mars 2020, disponible sur <https://lepetitjournal.com/birmanie/la-birmanie-rejoint-le-guichet-unique-electronique-integre-de-lasean-275582>

¹⁷ https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-customs/electronic-customs/eu-single-window-environment-for-customs_fr

d'un cadre pour développer l'environnement du guichet unique de l'Union pour les douanes, y compris dans ses aspects juridiques » qui n'a pas pour l'instant dépassé le stade des consultations préalables.

Sécurisation des démarches d'exportation. De son côté, l'administration chinoise des douanes a mis en place un mécanisme de contrôle à l'exportation pour obliger les exportateurs chinois à « *garantir la qualité et la sécurité des produits* » et à fournir, lors de la déclaration à la douane, une déclaration écrite attestant que le « *produit d'exportation a obtenu le certificat d'enregistrement du produit médical chinois qui répond aux normes de qualité du pays (région) importateur*¹⁸ », obligatoire pour permettre la sortie des marchandises et d'autant plus facile à contrôler que la Chine pratique un contrôle des changes strict qui n'autorise le paiement que lorsque les formalités douanières sont entièrement validées. Ces mesures vont dans le même sens que celles adoptées par les douanes françaises, consistant à inciter à l'accomplissement des vérifications et au contrôle des responsabilités de certification en amont, au plus proche du lieu de production, plutôt que de laisser ces procédures à la responsabilité de l'acheteur.

Le 2 juin 2017, un sommet s'était tenu entre l'Union européenne et la Chine dans le but de forger une coopération douanière pour les années 2018-2020 qui s'était poursuivi par un nouveau sommet tenu le 26 juin 2019. Nul doute que le prochain sommet sera l'occasion d'approfondir la coopération douanière déjà mise en place entre nos deux espaces.

Impact du Covid-19 sur les procédures douanières. Lors de l'importation des marchandises sur le territoire français, ces dernières peuvent être entreposées en suspension des droits et taxes dues à l'importation dans les locaux appartenant à un opérateur à un prestataire de service ou à un autre organisme (CCI, ports, etc.) et agréés par les autorités douanières. Ce régime particulier permet de stocker les marchandises, en l'état, dans l'attente de l'affectation à une autre destination douanière. Dans le cadre de la crise sanitaire, les mesures exceptionnelles s'appliquent au régime de stockage temporaire de marchandises en suspension de droits et taxes. Depuis le 27 mars 2020, et dans le cadre de la crise sanitaires, les délais de séjour des marchandises dédouanées ou non sont exceptionnellement prolongés. Les marchandises déjà dédouanées non évacuées des installations de stockage temporaire (IST) peuvent y rester jusqu'à leur sortie définitive. Par ailleurs, les marchandises non dédouanées placées dans les installations de stockage temporaires peuvent y rester jusqu'à 120 jours, au lieu des 90 jours normalement prévus.

En outre, les opérateurs économiques agréés peuvent stocker les marchandises non européennes en suspension de droits, taxes et mesures de politique commerciale dans les lieux non agréés préalablement par la douane à condition d'en avoir informé auparavant le bureau des douanes territorialement compétent et de tenir une comptabilité-matière dédiée conformément aux normes en vigueur. D'autres opérateurs peuvent également bénéficier de ces mesures exceptionnelles. Toutefois l'analyse de leur situation sera effectuée au cas par cas et à condition que lesdits opérateurs bénéficient déjà d'une autorisation de stockage temporaire des marchandises (dite « autorisation d'IST »).

Vers un approfondissement des procédures douanières européennes Il serait souhaitable que ce mouvement de fluidité se poursuive au-delà de la crise sanitaire, pour aller vers une convergence des procédures et une simplification des étapes administratives en amont des opérations du commerce international. En particulier, toute avancée dans le sens d'une compétence européenne d'achat groupé de biens stratégiques, en cas de crise, devra s'accompagner d'une vérification en parallèle que les progrès dans les procédures d'importation à l'échelle de l'UE permettent le déploiement rapide des solutions.

4. Les instruments juridiques d'achat international de marchandises

Le transfert de la propriété des masques. L'approvisionnement en masques passe par une opération contractuelle de vente. S'agissant d'une « vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », y compris lorsqu'ils sont à fabriquer entre deux parties ayant leurs sièges respectifs dans des Etats contractants¹⁹, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 est applicable aux masques achetés par des

¹⁸ Annonce n°5/2020 de l'Administration générale des douanes du Ministère du Commerce de la République Populaire de Chine sur l'exportation de matériel médical en règle du 31 mars 2020, disponible en anglais sur <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/announcement/202005/20200502965172.shtml>

¹⁹ Art. Premier §1) a)

entités en France²⁰ à des producteurs chinois. Toutefois, si cette convention émettant des règles matérielles de vente prévoit que le contrat se forme à la rencontre de l'offre et de l'acceptation²¹, que le vendeur a l'obligation de remettre la marchandise au premier transporteur²² et l'acheteur, celle de payer le prix lorsque les marchandises sont mises à sa disposition²³ (sous réserves de stipulations contractuelles négociées), elle ne règle pas le sujet du transfert de propriété²⁴. C'est donc sur la base des dispositions de la loi applicable au contrat que l'acheteur pourra se donner les moyens de sécuriser la propriété des marchandises au plus tôt, pour éviter d'éventuels « détournements » de commandes.

La Chine n'ayant pas adhéré à la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises, ce sont ses dispositions de droit interne relatives au conflit de loi qui détermineront la loi applicable au contrat en cas de contentieux devant un tribunal chinois (probablement compétent en cas de litige, du fait du lieu du domicile du défendeur). Ce dernier soumet, de manière classique, le contrat de vente à la loi de résidence du vendeur²⁵, en l'occurrence la loi chinoise.

Le droit chinois de la vente prévoyant que le transfert de propriété intervient lors de la livraison de la marchandise²⁶ (sauf accord contraire des parties), il faut donc conclure que le vendeur chinois, tant qu'il n'a pas remis les masques au premier transporteur, en a gardé la propriété. Le fait de les remettre à un autre acheteur peut s'analyser en une violation contractuelle donnant lieu à réparation financière, mais le transfert de la propriété des masques ainsi effectué en dernière minute à un tiers est néanmoins légal, et n'offre que peu de recours à l'acheteur. Seul un accord pour payer le prix de façon anticipée accompagné d'une clause contractuelle de transfert de propriété, pourrait sécuriser le droit à la marchandise (en pratique, les contrats chinois prévoient toujours une clause de réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix, qu'il conviendra donc de négocier).

Les instruments contractuels de protection. La Convention de Vienne et le droit interne chinois laissent tous deux la possibilité aux parties d'aménager contractuellement les termes de la vente. Par ailleurs, les Incoterms dans la version de 2020, qui sont couramment utilisés en accord avec les transporteurs, ne règlent pas non plus le point du transfert de propriété²⁷. La rédaction de stipulations protectrices pour l'acheteur dans le contrat pour tout achat de matériel stratégique, semble donc une précaution indispensable lorsque la loi nationale du vendeur retarde ce moment, comme c'est le cas en Chine. Il faut ici souligner par ailleurs la force que le droit chinois des contrats accorde généralement aux stipulations agréées entre les parties et qui milite en faveur d'une négociation contractuelle préalable des clauses.

La revue des procédures d'achat des agences publiques et unionistes. Outre les achats destinés à l'approvisionnement des entreprises privées, nombre de commandes françaises ont été le fait d'agences et d'établissements publics tenues par des règles d'engagement contraignantes. Une comparaison des procédures équivalentes pourrait être l'occasion de doter le droit administratif français de mécanismes d'urgence de passation de commande et de déblocage de fonds en vue d'un paiement, en situation de pandémie. Par ailleurs, il conviendrait d'explorer la possibilité de doter l'Union Européenne de compétences sanitaires d'urgence pour afficher une capacité d'achat équivalente à celle des autres grands ensembles opérant à l'échelle mondiale.

²⁰ La Chine est partie depuis le 11 décembre 1986, mais a émis une réserve concernant l'application du b) de l'Article Premier §1)

²¹ Article 23

²² Article 31

²³ Article 58 §1

²⁴ Les articles 67 et suivants n'abordent que la question du transfert des risques, sur laquelle s'appuient souvent les acteurs logistiques (transporteur, assureur) pour régler leur répartition de responsabilités.

²⁵ Loi de la République Populaire de Chine sur les lois applicables aux relations civiles avec élément d'extranéité du 28 Octobre 2010, article. 41, qui renvoie à la loi du débiteur de la prestation caractéristique.

²⁶ Loi de la République Populaire de Chine sur le contrat, article 133

²⁷ International Chamber of Commerce Incoterms 2020, disponibles sur <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>