

Master 2 Juriste international

et

Master 2 International Business Lawyer (IBL)

NEWSLETTER n° 4

Faculté de droit - Toulouse 1 Capitole

17 décembre 2014

Les étudiants du Master 2 Juriste international et du Master 2 International Business Lawyer (IBL) de la Faculté de droit de Toulouse 1 Capitole et leur co-directrice, Cécile Le Gallou, vous proposent, chaque semaine, une veille juridique en droit des affaires et droit des contrats, internes, européens et internationaux.

Au sommaire de la Newsletter, cette semaine :

- France/Europe:

Droit de l'arbitrage : Le respect du contradictoire : principe vérifié par l'exequatur

Droit du transport : Rome 1 et le contrat de transport

Droit bancaire: DIP et responsabilité de la banque

- International :

Droit américain aérien : The Enforceability of FAA Regulations against Modal Aircraft Operators

Droit américain pharmaceutique : The evolution of state biosimilars regulations in US

Droit de la vente internationale : L'application par la Cour de Cassation de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises : pas un cadeau (de Noël) pour l'acheteur !

Joyeuses Fêtes

et

Meilleurs voeux pour 2015 !

The evolution of state biosimilars regulations in US

Par *Lucie VELA*, fr.linkedin.com/pub/lucie-vela/a9/368/748/, Etudiante en Master II Juriste International 2014-2015

Summary of the paper “Substitution allowed? State biosimilars laws are evolving” by DLA Piper LLP (Erica J. Pascal, USA September 10 2014)

Key – words: Biosimilar products, state law, substitution, naming.

A biosimilar is a biotherapeutic product which is similar in terms of quality, safety, and efficacy to an already licensed reference biotherapeutic product. Biosimilars cannot be assimilated to generic medicine which contains the same active pharmaceutical ingredient to an originator medicine.

Biosimilars are not currently commercialized in the US market but the question of their regulation is decisive.

The application of State substitution laws

The debate about biosimilar products is more a state issue than a federal problem. Indeed, the State law legislates the ability of pharmacists to make substitution for a prescribed drug. This regulation is divided in two main categories. Firstly, under permissive rules, a pharmacist may substitute the generic version of a branded drug. On contrary, under mandatory laws, the pharmacist doesn't have any other possibility than the substitution if the generic version is available. In both cases, the prescriber can anticipate the substitution and avoid it by a mention in the prescription.

Biosimilars substitution rules entered in force in only eight states (Delaware, Florida, Indiana, Massachusetts, North Dakota, Oregon, Utah and Virginia) but all of them are permissive. Moreover, some States decided to put additional conditions of the substitution (e.g, in Indiana, the prescriber has to authorize the substitution by a mention in the the prescription such as “ may substitute”).

Thirteen states have considered legislation or have legislation while waiting for a state biosimilar substitution, including Georgia, New Jersey, Pennsylvania, Whashington and Vermont. In Washington, the project of biosimilars substitution law received the support of branded and similar drugs producers.

The naming of biosimilars

An other issue of the biosimilars debate is the naming of the products. In general, pharmacists are allowed to substitute generics with the same active ingredient of current small- molecule drugs. On contrary, biosimilar drugs should only be “*highly similar*” to the branded version. A convention will control the naming of biosimilars and permit to not make a confusion between the both products. In February 2014, first debates about a naming convention were conducted by the Federal Trade Commission.

The Enforceability of FAA Regulations against Modal Aircraft Operators

By Mahmoud DINAWI, student in M2 In international business lawyer (IBL) – UT1

fr.linkedin.com/in/dinawimahmoud

Federal Aviation Administration v. Raphael PIRKER

In October 2011, Raphael PIRKER was ordered to pay a civil penalty in the amount of \$10,000 based on a violation of 14 C.F.R. § 91.13(a) for alleged careless or reckless operation of an unmanned aircraft by FAA "Federal Aviation Administration". which alleged its regulations authority against PIRCKER's remote controlled aircraft.

Pirker challenged the FAA's order and a decision was rendered by an Administrative Law Judge in March 6, 2014, the judge compared Pirker's unmanned aircraft to a model aircraft and found the FAA did not have the authority to regulate Pirker's model aircraft based on that Pirker's device was a "model aircraft", it is excluded from regulations because of a 1981 Advisory Circular issued by the FAA regarding the safe operations of model aircraft.

The FAA appealed the decision before the NTSB "National Transportation Safety Board", which applied the unambiguous clear meaning of the definition of "aircraft". The definition did not limit the contrivance to a "manned" contrivance, and added that the model aircraft Advisory Circular does not exclude model aircraft from 14 C.F.R. Sec. 91.13(a) "No person may operate an aircraft in a careless or reckless manner so as to endanger the life or property of another." Therefore, regardless of whether you are operating a model aircraft, manned aircraft or drone, you must adhere to the 91.13(a).¹

In November 18, 2014 The National Transportation Safety Board ruled that the FAA did have authority to regulate Pirker's device as an aircraft, and determined that the FAA may apply the regulation that prohibits operation of an aircraft in a careless or reckless manner to unmanned aircraft². The NTSB specified clearly that regardless of how you describe your device, if you are operating in the National Airspace, the FAA has the authority to enforce its regulations that apply to aircraft. NTSB's decision does not negatively affect on the use of drones, it provides a more preferable method for organizing drones activities. Where drones are still used through certificate of authorizations (COAs).

Furthermore, a rule regarding the small unmanned aircraft is expected to be issued this December. However, anyone who want to use a drone has to keep in mind the enforceability of the FAA authority.

Le respect du contradictoire : principe vérifié par l'exequatur

Par Mlle Hilal SEFSAF, étudiante en M2 International Business Law 2014/2015,
fr.linkedin.com/pub/hilal-sefsaf/95/431/a84/

Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-11.745

Mots clefs : arbitrage, principe du contradictoire, exequatur, charge de la preuve.

Faits : La société de droit luxembourgeois Yukos Capital et la société de droit russe Tomskneft ont fait l'objet d'un arbitrage ayant abouti à une sentence arbitrale rendue à New York le 12 février 2007, par arbitrage unique sous les auspices de la Chambre de

¹ <http://www.faa.gov/news/updates/?newsid=80425>

² <https://www.nts.gov/legal/pirker/5730.pdf>.

Commerce Internationale et rendue en l'absence de la société Tomskneft contestant l'existence même d'une clause d'arbitrage.

La société Yukos Capital sollicite l'exequatur en France de ladite sentence arbitrale. Celle-ci est déboutée pour cause de non respect du principe de la contradiction dans le processus d'arbitrage au motif qu'il n'était apporté aucune preuve justifiant de la bonne réception par la partie défenderesse de l'ordonnance de procédure du 28 septembre 2006, de la lettre de l'arbitre du 12 octobre 2006, de l'ordonnance de procédure du 23 novembre 2006 relatifs aux calendriers de procédure et invitant les parties à participer à l'audience en décembre et de la décision de l'arbitre de clore la procédure tout en autorisant la partie défenderesse à faire valoir ses observations avant le 5 janvier 2007 sur deux nouvelles pièces.

Selon la Cour d'appel, la partie défenderesse niant la réception de l'ensemble de ces pièces, leurs remises ne peut se déduire du fait que l'arbitre n'a pas avisé la CCI de l'impossibilité de remettre lesdites correspondances.

La société Yukos Capital forme un pourvoi en cassation.

Solution : La cour de cassation casse et annule la décision de la Cour d'appel au motif qu'il ressort des bons de remise de l'opérateur postal privé que les pièces avait été dument communiquées et reçues par la partie défenderesse, qu'il incombe à la partie qui invoque la violation du principe du contradictoire par l'arbitre d'en rapporter la preuve et que celle-ci n'est en l'occurrence pas établie.

Rappel :

L'article 1520 du CPC :

« Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou
- 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou
- 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou
- 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou
- 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

L'article 1315 du CPC :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »

Rome 1 et le contrat de transport

Par *Marcela Sotelo*, étudiante en M2 International Business Law,

<https://www.linkedin.com/pub/sotelo-marcela/55/5a7/4a9>

CJUE, 23 oct. 2014, aff. C-305/13, Haeger c. MMA

Mots-clés : Rome 1, contrat de transport, contrat de commission

Résumé : Une société ayant son siège en France a acquis un transformateur en provenance des États-Unis. Elle a alors confié à une seconde société française l'organisation, en qualité de commissionnaire principal de transport, du déplacement de ce matériel du port d'Anvers à Lyon. Cette seconde société, agissant sous son nom, mais pour le compte de la première, a elle-même conclu avec une société de droit allemand un contrat de commission en vue de faire exécuter ce transport par voie fluviale. Or, lors du chargement à Anvers, le transformateur a glissé en cale, ce qui a provoqué le chavirement du bateau qui a sombré avec sa cargaison.

Faits : La société qui avait acheté le transformateur a, dans ces conditions, agi devant un tribunal français en réparation de son préjudice contre la seconde société française ainsi que contre la société allemande, qui a appelé en garantie le propriétaire de la péniche et son assureur. La société allemande a alors contesté cette décision en faisant valoir qu'elle fournissait la prestation caractéristique du contrat de commission de transport liant les parties et qu'étant établie en Allemagne, les juges d'appel avaient à tort, compte tenu des circonstances de la cause, appliqué la loi française. Les parties s'accordaient sur la qualification du contrat et estimaient qu'il s'agissait d'un contrat international de commission de transport. La difficulté était de déterminer la loi applicable à ce contrat et ce, en vertu de la Convention de Rome I. Les parties n'ayant pas choisi la loi applicable à leurs relations comme elles auraient pu le faire en application de l'article 3 de cette Convention, il y avait donc lieu, pour déterminer cette loi, de se tourner vers son article 4.

Résultat : *La qualification du contrat :* Par la première question, la Cour de cassation demandait à la Cour de justice si le contrat de commission de transport, par lequel un commettant confie à un commissionnaire, lequel agit en son propre nom et sous sa responsabilité, l'organisation d'un transport de marchandises qu'il fera exécuter par un ou des transporteurs pour le compte du commettant, peut avoir principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises au sens de l'article 4, § 4, dernière phrase.

Rappel : L'article 4, § 4, dispose que « *sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises* », ce qui conduit à retenir que la notion de contrat de transport doit être appréciée largement. La Cour de justice répond que l'article 4, § 4, « *s'applique à un contrat de commission de transport uniquement* ».

Décision : La Cour considère que, n'ayant pas le déplacement de la marchandise en tant que tel pour objet principal, le contrat de commission de transport ne peut pas être, par principe, considéré comme un contrat de transport. Il est dès lors utile de noter que l'article 5 de ce règlement prévoit des dispositions spécifiques aux contrats de transport, en distinguant le transport de marchandises et le transport de passagers.

Selon l'article 5, § 1^{er}, la loi applicable à ce contrat est la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de chargement ou le lieu de livraison ou encore la résidence habituelle de l'expéditeur se situe aussi dans ce pays. Toutefois, si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu

de livraison convenu par les parties s'applique. Par ailleurs, s'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre, la loi de cet autre pays s'applique, en vertu de l'article 5, § 3.

L'application par la Cour de Cassation de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises : pas un cadeau (de Noël) pour l'acheteur !

Par **Clément Blondelle**, M2 Juriste International, Université Toulouse 1 Capitole, fr.linkedin.com/pub/clément-blondelle/a8/533/a72/

Cass. Com. 4 novembre 2014, (n°13-10776)

Mots-clés: interprétation de la Convention de Vienne, défaut de conformité, action autonome du droit à réparation

Faits : Dans cette affaire il est question d'un détaillant français ayant acheté des sapins de Noël à un exploitant forestier danois. L'exploitant forestier n'ayant pas été payé, il a assigné son cocontractant ainsi que son épouse en paiement solidaire du solde. Selon l'acheteur les sapins étaient arrivés à destination abîmés rendant toute commercialisation impossible. Dans cette affaire, probablement car le lieu de livraison étant la France c'est le juge français qui a été reconnu compétent. Le litige est arrivé une première fois devant la chambre commerciale de la Cour de Cassation, le 8 février 2011 (n°09-70.238) laquelle a cassé la décision de la Cour d'appel et renvoyé les parties devant les juges du second degré. Ces derniers se sont prononcés à nouveau, le 18 octobre 2012, donnant raison à l'exploitant forestier. Suite à cet arrêt le détaillant français a formé un pourvoi en cassation. C'est donc cette décision qui fait l'objet des présents développements. L'acheteur fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné lui et son épouse à payer la somme 98 768,30 euros et d'avoir rejeté ses demandes. Pour ce faire, ce dernier s'appuie sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Il considère, contrairement à la Cour d'appel, qu'en vertu de l'article 40 de la Convention, le vendeur ne peut se prévaloir des articles 38 et 39 du même texte, relatifs au délai de réclamation, lorsque le défaut de conformité porte sur des éléments que le vendeur devait connaître ou en tout cas qu'il ne pouvait ignorer. En outre, il reproche à la Cour d'appel de l'avoir privé de son préjudice commercial. Il considère, en effet que bien que privé de son droit de se prévaloir d'un défaut de conformité des marchandises faute de l'avoir invoqué dans un délai raisonnable, il n'en conserve pas moins le droit d'agir en réparation de son préjudice commercial, cette action étant autonome de la précédente.

Solution : La Cour de cassation, dans cette affaire, ne va pas donner raison à l'acheteur tant sur le premier moyen que sur le second. La Cour retient que l'acheteur n'apporte à aucun moment la preuve que le vendeur était en mesure de connaître les défauts de conformité affectant la chose, or les juges considèrent, sous l'empire de la Convention de Vienne, qu'il s'agit d'un système de faute prouvée qui pèse sur l'acheteur insatisfait sans qu'il existe une présomption de défaut de

conformité par le vendeur, même professionnel. Quant au second moyen, la Cour de cassation considère que l'action en dommages et intérêts est « *accessoire de la demande fondée sur le défaut de conformité* ». Ainsi pour les juges du fond, le préjudice lié à l'absence de commercialisation est en quelque sorte un préjudice par ricochet du prétendu défaut de conformité. Si le premier n'est pas admis, il semble difficile d'admettre le second.

Rappel : La Cour de cassation propose une interprétation de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises beaucoup plus favorable au vendeur que ne le sont les décisions en matière de vente dans des litiges purement internes. La Cour de cassation est généralement plus exigeante avec le vendeur qui est tenu, notamment, au formalisme informatif, les juges n'hésitant pas à qualifier de réticence dolosive toute information qui serait volontairement retenue pour faciliter la vente. En matière de vices cachés selon une jurisprudence constante, rendu au visa de l'article 1643 du code civil, le vendeur professionnel ne peut ignorer les vices de la chose vendue, même à un professionnel. Il s'agit notamment d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 27 novembre 1991.

DIP et responsabilité de la banque

Par *Caroline LAFONTAN*, étudiante en M2 Juriste international

Cass. 1re civ., 19 nov. 2014

La première chambre civile de la cour de cassation a rendu un arrêt le 19/11/2014 sur le droit international du chèque et ici est concerné plus précisément le tribunal compétent et le lieu de survenance du dommage.

Faits : une banque (Barclays bank) qui a son siège social à Londres a manqué à son obligation de vigilance à l'égard de la société de droit Américain international marketing corporation (imc) et de son ancien dirigeant du bureau de représentation de la société imc au Luxembourg lors de l'ouverture de comptes et au cours de fonctionnement de ces derniers facilitant la réalisation de l'escroquerie commise par ce même dirigeant, ce dernier a été condamné devant la juridiction française correctionnelle de Marseille.

Procédure : des investisseurs vivant en Polynésie française et en métropole ont le 26/08/2008 assigné la Barclays banque devant le tribunal civil de première instance de Papeete pour indemnisation de leur préjudice relatif à la perte de chance de percevoir une rémunération de leur investissement et de la perte des fonds versées par eux sur les comptes bancaires.

La banque a soulevé l'exception d'incompétence sur le fondement de l'article 5.3 de la convention de Bruxelles. Le tribunal de première instance ainsi que la cour d'appel ont toutes deux décliné leur compétence. Les investisseurs ont donc formé un pourvoi en cassation et ont donné plusieurs arguments contre la décision de la cour d'appel. Ces arguments sont que selon l'article 5.3 en matière délictuelle le lieu du tribunal est le lieu de survenance du dommage et que dans

cette hypothèse ce serait le lieu où les fonds ont été remis à l'escroc par les victimes et que la cour d'appel ne peut se borner purement et simplement à la décision prise en première instance en recopiant telle qu'elle les motifs sans répondre aux moyens contestant la décision. Le troisième argument serait que la cour d'appel ne pourrait pas dénaturer les documents de la cause c'est-à-dire que les contrats joint venture prévoyaient que les investisseurs se désaisissaient irrévocablement de ses fonds pendant toute la durée du contrat et ne faisait aucunement référence à un placement financier spécifique établi au nom de l'investisseur en cours de contrat. Selon le quatrième argument soulevé par les parties la chose au jugé au pénal a autorité sur le civil et comme le tribunal correctionnel pour l'ancien dirigeant avait considéré que même si on peut avoir plusieurs qualifications pour les joint venture agreements mais qu'on ne pouvait l'apparenter à un mandat les tribunaux au civil ne pouvaient donc caractériser ces contrats en mandat. Le cinquième argument concerne le préjudice de la perte de ces fonds serait caractériser dès la remise lorsque à compter de cette remise le propriétaire n'a plus aucun pouvoir matériel sur ces fonds et ne peut plus en disposer librement pour s'opposer à leur appropriation frauduleuse

Problème de droit : la cour de cassation dans cet arrêt s'est demandé si la juridiction compétente était celle du lieu où les fonds ont été perdus ou placés

Solution : la cour de cassation a rejeté l'arrêt en faveur de la décision de la cour d'appel considérant que le lieu de survenance du dommage était le lieu où l'appropriation induite par le dépositaire des fonds c'est-à-dire l'ancien dirigeant s'est produite que ce soit par prélèvement, retrait, virement c'est-à-dire Londres lieu où étaient matériellement tenus les comptes de la société imc et donc la juridiction de Papeete n'était pas compétente.