

The ULN Law Review is the market place for news, information and updates believed relevant and of interest for the practice and businesses of the united-legal.network.eeig, their clients and business partners. ULN Law Review is distributed free of charge, and further information about us and any of the articles and information published may be obtained from either the uln secretary in Cologne, Germany or directly from the author. Even though the information contained in this ULN Law Review has been compiled carefully, no warranty is made as to the correctness and accuracy thereof, and nothing contained herein shall constitute any form of legal advice.

Content:

Récents développements dans le contentieux de la responsabilité français : l'émergence de dommages punitifs ?

Pauline Le More, Paris, France

Force Majeure and Impact of COVID-19 on contractual obligations

Abel López, Barcelona, Spain

Deutsche Reaktion zum Schutz der Wirtschaft gegen die Folgen der COVID-19-Pandemie

Nicolas Meyer, Cologne, Germany

Récents développements dans le contentieux de la responsabilité français : l'émergence de dommages punitifs ?

Recent developments in French tort law: Do punitive damages emerge?

Mots clefs: Actions en dommages et intérêts – concurrence déloyal – évaluation des préjudices – responsabilité civile

Key words: Damage actions – unfair competition – damage assessment – tort law

Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 12 février 2020, la victime d'un acte déloyal parvenait à se voir octroyer des dommages et intérêts évalués à 300.000 euros, en prenant en compte « *l'économie injustement réalisée par la société* » fautive, « *modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissement* ». Cette méthode d'évaluation constitue une évolution remarquable du droit français de la responsabilité, jusqu'à présent attaché à une interprétation stricte du principe de réparation intégrale. Or ce principe, est reconnu par le Conseil constitutionnel (notamment dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation) et sera consacré par la réforme de la responsabilité civile. En effet, le nouvel article 1258 du code civil (non encore entré en vigueur) prévoit que « *Sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.* »

D'ores et déjà, le droit de la propriété intellectuelle aménage ce principe en exigeant des juridictions qu'elles prennent en compte dans l'évaluation du préjudice subi par la victime de la contrefaçon « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de [la contrefaçon]* » (CPI, art. L331-1-3). Pour autant, l'action en concurrence déloyale semble désormais à la lumière de cet arrêt pouvoir également prendre en compte les

avantages indus que l'acte de concurrence déloyal a procuré à l'auteur fautif. Il s'agit là de donner pleinement sens au rétablissement de la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été sans accomplissement de la faute du tiers.

Est-ce qu'un tel aménagement du principe de réparation est transposable à d'autres contentieux ? Il est permis de le penser en matière d'actions privées fondées sur des pratiques anticoncurrentielles. Un arrêt récent du 14 mai 2020 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble, en revanche, l'exclure en matière de droit de la construction.

In a decision issued by the French Supreme Court dated 12 February 2020, the victim of an act of unfair competition was entitled to obtain damages considering the benefit or loss generated by the author of said unlawful acts. Such an assessment constitutes a noteworthy evolution of French tort law, which was based traditionally upon the sole damages suffered by the victim.

Pauline LE MORE, LL.M.
Avocat au barreau de Paris

FORCE MAJEURE AND IMPACT OF COVID-19 ON CONTRACTUAL OBLIGATIONS

On March 14th 2020, the Spanish Government declared the state of alarm to manage the health crisis situation caused by COVID-19, with drastic measures that include general restrictions regarding free circulation. Given this exceptional situation, it could be possible that in the coming months, there will be massive breaches of contracts in many areas and sectors arguing force majeure causes, so companies should prepare to avoid liability claims and penalties.

What is understood by a force majeure event?

It is provided by law in the article 1105 of the

Spanish Civil Code "*...no one will be responsible for those events that could not have been foreseen, or that, being foreseen, were unavoidable*".

Our jurisprudence has also developed and defined the idea of force majeure as an event that (i) is unforeseeable, or if foreseeable, unavoidable; (ii) is outside the control of the parties and, therefore, not attributable to either of them; and that (iii) results in one or all of the parties to the contract not being able to comply with their obligations.

Is the COVID-19 crisis considered a case of force majeure?

The COVID-19 crisis could be understood as being unforeseeable and outside the control of the parties, although, in order to be able to consider whether it is a case of force majeure, it is required to examine case by case whether, as a result of this event, the party obliged to perform was not able to do so under any circumstance.

It is important not to lose sight of the fact that, due to Covid-19 pandemic, the Spanish Government adopted extraordinary temporary measures forcing to close down many shops and activities.

Nevertheless, we have to say that COVID-19 has been declared a pandemic by the World Health Organization (WHO). So, in this case, the Judgment of December 10th, 2013 of the Provincial Court of Madrid (Rec. 145/2012) serves as a reference, since it recognized Swine Flu (also declared as a pandemic by the WHO) as a cause of force majeure that exonerated the contracting party from liability.

Which are the effects of the contracts in case of force majeure?

As we have seen in the aforementioned paragraph, the probability that the current situation of COVID-19 could be considered a cause of force majeure is potentially high, even though we have to examine case by case. First of all, it is important to review if the parties could have included the forecast of force majeure in the contract or not, and, if it is the case, its consequences:

- The parties may have **included** in the contract a force majeure clause: this clause will be simply executed. If the contract contains a force majeure clause that includes the usual formula on disasters (natural, non-natural and social), the parties should follow the remedies ruled by the clause.
 - The parties may have **excluded** the effect of exoneration of force majeure (article 1105 CC) for this concrete circumstance: the parties will not be exonerated from liability.
 - **Absence of an express agreement** by the parties. The affected party shall have to demonstrate the majeure force to apply. In this case, considering the nature of obligations to fulfil, it will be necessary to evaluate if there was either an impossibility of performance, so force majeure can be applied, or a huge difficulty of performance, so *Rebus sic Stantibus Clause* can be applied.
- International transport contract that cannot be carried out due to the closing of borders. It looks obvious that we are facing an unpredictable situation and that there is a legal impossibility. The transport company may plead article 1105 CC and will be exonerated from liability.
 - The owner of a house in Barcelona whose contract expires in 2021, is informed by his renter, of the resolution of the leasing contract for a force majeure because he was fired as a waiter due to the COVID-19 crisis. In this case, the causal link is broken, since neither the state of alarm nor the situation experienced in Barcelona prevents the renter from continuing to use the house, there is not a physical or legal impossibility. Therefore, the renter may not terminate the contract alleging article 1105 CC force majeure.

How is *Rebus sic Stantibus Clause* applied? What does it mean?

How does the article 1105 CC apply? How does the article 1105 CC apply? What can be considered as impossibility of performance?

There is not a positive regulation in the Spanish Civil Code, so when it comes to applying *Rebus sic Stantibus Clause*, it is Court case regulation the one we must take

into account. Spanish Courts apply such doctrine very exceptionally and with very different criteria. The party who plead this clause aims to adjust the initially agreed provisions or the resolution of the contract, and will have to demonstrate the fulfillment of the following requirements:

- i. *That an extraordinary alteration of the circumstances has taken place at the time when the contract must be fulfilled in relation to circumstances present at the time when the parties entered into the contract;*
- ii. *That an unusual or exorbitant disproportion has occurred between the performances of the contracting parties which upsets the balance between such performances;*
- iii. *That all of this has occurred due to radically unforeseeable and unexpected circumstances;*
- iv. *That there is no other remedy to resolve the problem*

The most recent development of this figure dates back to the economic-financial crisis in 2007. The Spanish Supreme Court itself recognized that the economic crisis, with deep and prolonged effects of economic recession, can be openly considered as a phenomenon of the economy capable of generating a serious alteration and mutation of the circumstances. It is known that the *COVID-19* recession will be the most severe global *economic downturn* since the Great Depression, which means that the judgment used by the Supreme Court in the economic-financial crisis of 2017 may be used as a precedent to apply *Rebus sic Stantibus Clause*, but studying always case by case.

During these uncertain times, it is important for businesses to know the ins and outs of any and all contracts that could potentially be

affected by COVID-19. If you or your company is facing a dispute, do not hesitate to contact us for more information on how we can assist you.

Abel López, Abogado

Deutsche Reaktion zum Schutz der Wirtschaft gegen die Folgen der COVID-19-Pandemie

Mit dem Ziel, Unternehmen sowie die Wirtschaft insgesamt während der COVID-19-Pandemie zu stabilisieren, wurde am 27.03.2020 das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht erlassen.

Dieses enthält insgesamt sechs Artikel, die die Rechtsgebiete des Insolvenzrechts, des Gesellschaftsrechts, des Strafprozessrechts, sowie das Schuldrecht betreffen. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Regelungen, die in Bezug des Insolvenzrechts getroffen worden sind.

Wird nach bisherigem Recht (§ 15 a Insolvenzordnung) eine Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen.

Diese Insolvenzantragspflicht ist nunmehr bis zum 30.09.2020 ausgesetzt. Die Voraussetzungen, die der Gesetzgeber an die Aussetzung stellt, sind vergleichsweise gering. Um potenziell Antragspflichtige zu entlasten, wird folgende Kausalitätsvermutung aufgestellt:

War der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Die Antragspflicht besteht demnach nur fort, wenn diese Vermutung zweifelsfrei widerlegt ist und die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Diese Widerlegung dürfte nur schwerlich gelingen.

Die bisherige Kritik an diesem Gesetz richtet sich an den Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft nicht zahlungsunfähig gewesen sein durfte, nämlich den 31.12.2019. Zu diesem Zeitpunkt gab es noch keine relevanten Auswirkungen der Krise in Deutschland, die überhaupt erst ab Beginn der behördlichen Maßnahmen Mitte März spürbar gewesen sein könnten.

Jedenfalls bringt diese weitreichende Vermutung die Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass die in den derzeitigen Verhältnissen angelegten Schwierigkeiten der Feststellung der Kausalität der Pandemie für die Insolvenzreife und der Behebbarkeit der Zahlungsunfähigkeit nicht zulasten der Geschäftsleiter gehen sollen. Bemerkenswert ist außerdem, dass im Gesetz nicht festgelegt ist, bis wann die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen ist, damit auch weiterhin von einer Aussetzung der Antragspflicht ausgegangen werden kann.

Zunächst bewirkt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht eine Beschränkung der sog. Organhaftung, also persönlichen Haftung der Vertretungsberechtigten, also z.B. des Geschäftsführers einer GmbH oder des Vorstands einer AG, die normalerweise dann eingreifen kann, wenn verspätet ein Insolvenzantrag gestellt wird und dadurch Gläubiger geschädigt werden, die bei rechtzeitiger Antragstellung nicht geschädigt worden wären. Daher gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des

Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns vereinbar.

Um Negativanreize für die Kreditvergabe zu beseitigen, sieht das Gesetz zudem vor, dass die Vergabe neuer Kredite sowie die Rückgewähr im Aussetzungszeitraum nicht zum Anknüpfungspunkt für die Annahme einer sog. Gläubigerbenachteiligung gemacht werden können. Insoweit sind spätere Rückzahlungen und die Bestellungen von Sicherheiten einer sog. Insolvenzanfechtung entzogen, indem die unwiderlegliche Vermutung aufgestellt wird, dass diese Rechtshandlungen nicht gläubigerbenachteiligend sind. Ohne diese Annahme können diese Rechtshandlungen unter Umständen, wenn sie zum Zeitpunkt der Insolvenzreife vorgenommen worden sind, vom Insolvenzverwalter angefochten werden mit dem Ergebnis, dass Gläubiger bereits enthaltene Zahlungen an die Insolvenzmasse zurück zahlen müssen.

Um auch den Anteilseignern von Gesellschaften Anreize zu bieten, dem Unternehmen in der Krise Liquidität zuzuführen, wird die normalerweise anzunehmende insolvenzrechtliche Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen suspendiert. Diese Gleichstellung von Forderungen der Anteilseigner sowie der übrigen Gläubiger gilt jedoch nur für Insolvenzverfahren die schließlich doch beantragt wurden, jedoch nur die, die bis zum 30.09.2023 eingeleitet werden.

Kreditgewährungen und Besicherungen können jedenfalls für den betroffenen Zeitraum kein sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung mehr sein. Ausgeschlossen sind für den Aussetzungszeitraum außerdem eine Kreditgeberhaftung sowie das Risiko der Unwirksamkeit der Kreditvergabe oder Besicherung. Dies gilt ebenfalls für Prolongationen, Novationen und Stundungen.

Auch Vertragspartner von Dauerschuldverhältnissen wie Vermieter, Leasinggeber und

Lieferanten sollen nicht befürchten müssen, erhaltene Zahlungen im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen des Krisenunternehmens mit anschließender Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund einer Anfechtung zurückzahlen zu müssen. Andernfalls wären sie geneigt, die Vertragsbeziehung auf dem schnellsten Wege zu beenden, was wiederum die Sanierungsbemühungen vereiteln würde.

Weiterhin möglich bleibt jedoch die Anfechtung bestimmter nicht genannter inkongruenter Deckungen. Darunter werden Rechts-handlungen verstanden, die einem Gläubiger eine Sicherung gewährt hat, die dieser nicht oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Außerdem kann eine Anfechtung weiterhin erfolgen, wenn dem anderen Teil bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungs-bemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung der Insolvenzzreife geeignet gewesen sind. Die Beweislast dafür liegt jedoch bei demjenigen, der sich auf die Anfechtbarkeit berufen möchte.

Für staatliche Hilfsprogramme, die durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau und ihren Finanzierungspartnern oder von anderen Institutionen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme anlässlich der COVID-19-Pandemie gewährt werden, gelten der Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung sowie der sittenwidrigen Insolvenzverschleppung auch, wenn der Kredit erst nach dem Ende des Aussetzungszeitraums gewährt oder besichert wurde.

Bei zwischen dem 28.03.2020 und dem 28.06.2020 gestellten Insolvenzanträgen von Gläubigern wird das Insolvenzverfahren nur eröffnet, wenn der Eröffnungsgrund bereits am 01.03.2020 vorgelegen. Hiermit will der Gesetzgeber verhindern, dass von der COVID-19-Pandemie betroffene Unternehmen, die vor dem 01.03.2020 noch nicht insolvent waren, von ihren Gläubigern in die Insolvenz gezwungen werden können. Dies korrespondiert mit der vorübergehenden

Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und soll dem Umstand Rechnung tragen, dass mit

Hilfe von Stabilisierungs- und Finanzierungsmaßnahmen die durch die COVID-19-Pandemie bedingte Insolvenzzreife wieder beseitigt werden kann.

Diese Ausnahmeregelungen können bis längstens zum 31.03.2021 verlängert werden, sofern das Bedürfnis, die Eröffnung von Insolvenzverfahren zu vermeiden und die Fortführung von insolvenzreifen Unternehmen zu ermöglichen, fortbesteht.

In response to the COVID 19 pandemic, the German legislator has eased the obligations of managing directors or board members of companies, which become insolvent because of the crisis. The risk of creditors investing in a company that is actually ready for insolvency has also been considerably reduced. The measures are limited in time.

Nicolas Meyer
Rechtsanwalt
Laura Radimeczky
Rechtsreferendarin



Law Review

Vol. 1/ 2020 ULN united.legal.network EEIG

www.united-legal-network.com

Published by:

ULN united.legal.network.EEIG

Hohenstaufenring 63, 50674 Köln / Cologne - Reg. Cologne HR A 14903

Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, India, Israel, Italy, Luxembourg, North Macedonia, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Switzerland, United Kingdom, Turkey

Authors:

Pauline Le More, LL.M.

Avocats au barreau de Paris

LeGan Avocats, 32, rue de Peletier, 75009 Paris, France

E-mail: pauline.lemore@lemore-legal.com

Abel López

Abogado

Raich Lopez & Diez Abogados y economistas

Avda. Diagonal, 606, 08021 Barcelona, Spain

alopez@raichlopezdiez.com

Nicolas Meyer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Hohenstaufenring 63, 50674 Köln/ Cologne, Germany

info@meyer-cologne.de