

## L'impact du COVID-19 sur les contrats et les activités des entreprises en Belgique: Réponses à vos questions

### Q. 1: Puis-je suspendre ou résilier un contrat sans pénalité en raison du COVID-19?

De nombreux clients nous ont contactés afin de savoir s'ils pouvaient, et/ou si leurs fournisseurs ou clients pouvaient, suspendre ou mettre définitivement fin à l'exécution de certains contrats.

En principe, le contrat constitue "la loi entre les parties". Ceci signifie que vous devez vous conformer à ce qui a été convenu. Toutefois, dans certaines situations, et dans la plupart des juridictions, vous pouvez invoquer la "force majeure" ou la "théorie de l'imprévision (ou hardship)" pour suspendre ou résilier un contrat.

Ci-dessous sont exposées les règles applicables en droit belge. Des règles similaires existent dans d'autres juridictions, mais il peut y avoir certaines différences. La première chose à faire est donc de vérifier quel est le droit applicable au contrat en question.

#### 1.1. La force majeure, comment est-elle définie ?

En droit belge, même si le contrat ne comporte pas de clause de force majeure, les parties peuvent invoquer la force majeure sur la base du Code civil et de la jurisprudence. La force majeure est définie comme un événement ou une circonstance qui :

- est inévitable
- est imprévisible au moment de la conclusion du contrat
- ne peut être attribuée à la partie défaillante
- rend impossible l'exécution de l'obligation (cette impossibilité d'exécuter est appréciée de manière raisonnable)

La question de savoir si un événement ou une circonstance spécifique constitue ou non un cas de force majeure doit être évaluée au cas par cas. Ceci est également vrai pour l'épidémie de COVID-19 : vous ne pouvez pas simplement présumer que cette situation constitue un cas de force majeure pour votre contrat (voir ci-dessous).

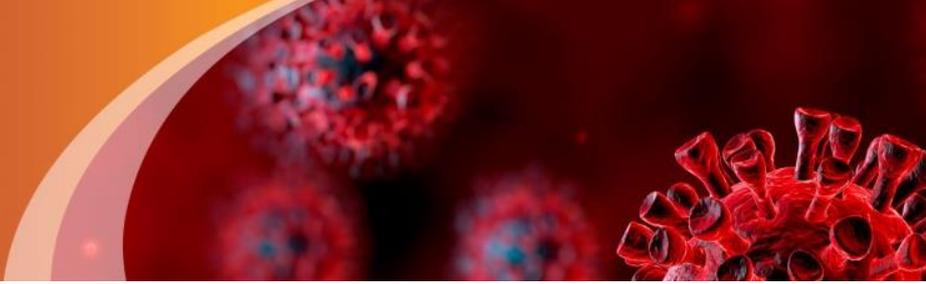
#### 1.2. Que se passe-t-il en cas de force majeure ?

Si vous pouvez démontrer qu'il y a un cas de force majeure, vous pouvez suspendre temporairement vos obligations pour la durée de la force majeure, sans avoir à payer de dommages et intérêts.

Si la force majeure rend l'exécution de vos obligations définitivement impossible, ou si, en raison de la suspension temporaire du contrat, l'exécution devient sans intérêt pour la partie cocontractante, vous serez définitivement libéré de vos obligations.

Lorsque la force majeure est valablement invoquée par une partie et que, par conséquent, l'exécution n'est plus requise, l'autre partie reste "les mains vides".

Lorsque le contrat est unilatéral - c'est-à-dire lorsque les obligations contenues dans le contrat sont à la charge d'une seule partie - la partie qui invoque la force majeure sera libérée de ses obligations. Si, en revanche, des obligations sont mises à charge des deux parties, les obligations de la partie qui n'a pas invoqué la force majeure seront également suspendues (force majeure temporaire) ou annulées (force majeure définitive).



### **1.3. Clauses de force majeure dans le contrat**

Si le contrat contient une clause de force majeure, les parties seront liées par celle-ci. Il est donc très important de vérifier d'abord le contrat. Cette clause peut, par exemple, décrire les circonstances qui doivent être considérées comme constituant (ou non) un cas de force majeure dans le cadre de votre relation contractuelle spécifique. Elle peut également inclure l'obligation d'informer (soit immédiatement, soit dans un certain délai) la partie cocontractante de l'existence du cas de force majeure, et imposer de le faire d'une certaine manière (par exemple, par courrier recommandé). Cette clause peut également prévoir des règles sur le moment où une impossibilité temporaire d'exécution sera considérée comme définitive (faisant ainsi naître le droit de résilier le contrat sans indemnité).

### **1.4. Application au COVID-19**

Il n'existe pas de réponse unique à la question de savoir si l'épidémie de COVID-19 peut être considérée comme un cas de force majeure permettant à une partie de suspendre temporairement ou de mettre définitivement fin à l'exécution de ses obligations.

Le premier réflexe est de vérifier quel droit s'applique au contrat et si une clause de force majeure y est incluse ou non. Dans l'hypothèse où le droit belge s'applique, si aucune clause de force majeure n'est incluse, les règles de droit commun s'appliquent. Si une clause de force majeure est incluse, vous devez en examiner le contenu.

En d'application des règles de droit commun, il convient de déterminer si l'épidémie de COVID-19 (et/ou ses conséquences) rend l'exécution du contrat absolument impossible (cette impossibilité d'exécuter doit toutefois être appréciée de façon raisonnable), et si cela était imprévisible au moment de la conclusion du contrat.

Dans de nombreux cas, la situation de COVID-19 peut ne pas rendre l'exécution du contrat impossible en soi. Toutefois, ses conséquences, y compris les décisions gouvernementales qui en découlent (ce qu'on appelle le "Fait du Prince"), peuvent rendre l'exécution, au moins temporairement, impossible. Nous vous conseillons donc d'être prudent dans la terminologie utilisé lorsque vous notifierez l'existence d'un cas de force majeure à la partie cocontractante.

Si le contrat comporte une clause de force majeure, cette clause devra être évaluée avec soin et vous devrez vous y conformer.

### **1.5. Imprévision ou « hardship »**

Si des faits ou le changement de circonstances ne rendent pas l'exécution d'un contrat impossible, mais seulement plus onéreuse, il ne vous est en principe pas permis d'invoquer le cas de force majeure.

Dans un tel cas, vous pourriez envisager d'invoquer la théorie de l'imprévision. Celle-ci permet à une partie au contrat de se prémunir contre des circonstances exceptionnelles, imprévisibles, qui ne peuvent être attribuées à l'une des parties et qui rendent l'exécution de ses obligations contractuelles particulièrement onéreuse. Il s'agit, en d'autres termes, de circonstances qui ont eu pour effet de bouleverser l'économie contractuelle.

Bien que, dans certaines juridictions, l'imprévision puisse être invoquée sans fondement contractuel, ce n'est pas le cas en Belgique. Les tribunaux belges ont ainsi tendance à rejeter les demandes fondées sur la théorie de l'imprévision.



Certains tribunaux ont, dans certaines circonstances, fait droit à ces demandes mais les ont toutefois qualifiées différemment. Ainsi, un tribunal considère qu'il y a "abus de droit " lorsqu'une partie exige la poursuite du contrat alors que la partie cocontractante est confrontée à des circonstances exceptionnelles, imprévisibles, qui ne peuvent lui être attribuées et qui rendent l'exécution de ses obligations contractuelles particulièrement onéreuse. Le tribunal peut en effet considérer que l'avantage qu'une partie entend obtenir de l'exécution du contrat est disproportionné par rapport au préjudice qu'il cause à la partie cocontractante.

À titre d'exemple, en 2001, nous avons pu aider un client à résilier un contrat de bail de longue durée en raison du mauvais climat économique qui régnait alors dans le secteur des télécommunications (le "Telecoms Crash"), lequel avait contraint notre client à réduire considérablement ses activités en Belgique. La cour a reconnu que l'insistance du propriétaire à ce que le contrat soit poursuivi pendant toute la durée de celui-ci constituait un "abus de droit" et que le propriétaire devait accepter une résiliation anticipée du bail moyennant paiement d'une indemnité raisonnable.

Notons ici que la théorie de l'imprévision (ou "hardship") peut être invoquée dans les contrats soumis à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Par ailleurs, lorsqu'un contrat soumis au droit belge comporte une clause de hardship (bien que cela soit assez rare), les parties peuvent également l'invoquer.

Finalement, il est important de garder à l'esprit que l'actuel projet de réforme du droit des obligations (et plus particulièrement le projet de l'article 5:77 du nouveau Code civil belge) reconnaît la théorie de l'imprévision. Cette législation n'a pas encore été adoptée et ne peut donc pas résoudre les problèmes relatifs à l'épidémie de COVID-19. Il s'agit toutefois d'un élément à prendre en compte pour la rédaction de futurs contrats.

### **1.6. Contrats de bail**

L'article 1722 du Code civil dispose qu'en cas de destruction des locaux loués le bail sera résilié de plein droit et, en cas de destruction partielle des locaux loués, que le preneur peut, selon les circonstances, demander une réduction du prix ou la résiliation du contrat.

Il a déjà été admis par de nombreuses juridictions que le terme "destruction" repris à l'article 1722 du Code civil peut également porter sur une destruction "juridique". Ainsi, les circonstances suivantes ont été considérées par la jurisprudence comme une "destruction juridique" des locaux loués:

- l'expropriation
- le refus de renouvellement d'une licence d'exploitation
- les travaux de voirie publique qui empêchent l'utilisation des locaux

Dans le cadre de l'épidémie actuelle, le preneur (actif dans le secteur du commerce de détail, par exemple) confronté à une décision gouvernementale qui l'oblige à fermer son magasin, pourrait donc argumenter que le propriétaire (pour cause de force majeure ou cas fortuit comme le formule l'article 1722 du Code civil) n'assure plus la "jouissance paisible" des locaux ("destruction juridique" des locaux), et que par conséquent le preneur n'a pas à (partiellement ou entièrement) payer de loyer tant qu'il ne peut plus utiliser les locaux conformément à leur destination convenue (à savoir pour un magasin ou autre usage, tel qu'un bar ou un restaurant). Il ne peut être exclu que, dans certains cas, un juge fasse droit cet argument. Toutefois, et comme pour beaucoup de



litiges, tout dépendra des circonstances spécifiques propre à l'affaire (par exemple : les locaux loués sont-ils utilisés exclusivement pour l'activité de vente au détail concernée, ou également à d'autres fins, comme l'entreposage ?).

**Q. 2: Comment tenir une assemblée générale ou un conseil d'administration qui respectent mesures de distanciation sociale?**

Les actionnaires des sociétés belges sont tenus d'approuver les comptes annuels de la société dans les six mois suivant la clôture de l'exercice comptable.

Les comptes annuels doivent ensuite être déposés dans les 30 jours suivant leur approbation et, au plus tard, dans les sept mois suivant la clôture de l'exercice comptable.

Comme de nombreuses sociétés clôturent leur exercice le 31 décembre, leurs statuts prévoient que l'assemblée générale des actionnaires doit avoir lieu à une certaine date au cours des six premiers mois de l'année suivante.

En raison des mesures prises suite à l'épidémie de COVID-19, il sera difficile, voire impossible, pour beaucoup de sociétés d'organiser une assemblée générale physique. Le même problème se pose pour les réunions du conseil d'administration.

Il existe des alternatives à la tenue d'une réunion physique, lesquelles seront exposées ci-après.

Le gouvernement belge a toutefois fait usage des pouvoirs spéciaux que lui a accordés le parlement pour prendre certaines mesures urgentes suite à l'épidémie de COVID-19. Notre ministre de la Justice a ainsi fait usage de ces pouvoirs spéciaux afin d'offrir temporairement aux entreprises (y compris aux associations) plus de flexibilité dans l'organisation de leurs assemblées générales (et réunions du conseil d'administration). Cela a été fait par le biais d'un arrêté royal spécial du 9 avril 2020, lequel a été modifié par l'arrêté royal du 28 avril 2020, prolongeant la période d'application de l'arrêté royal.

Les dispositions de cet arrêté royal ont une durée limitée et s'appliquent du 1<sup>er</sup> mars 2020 (rétroactivement) au 30 juin 2020. Cette période peut être prolongée en fonction de l'évolution de la pandémie.

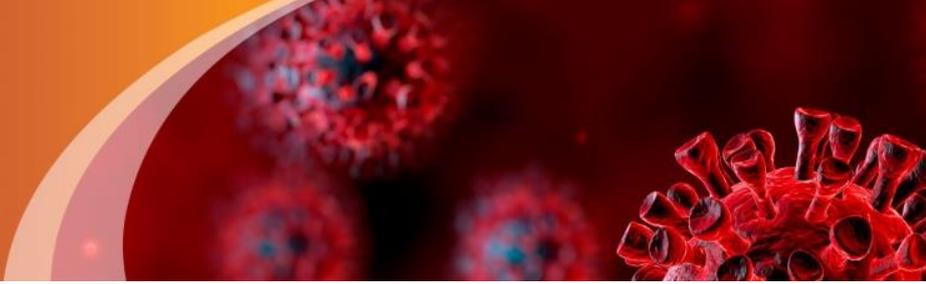
Une assemblée générale ou un conseil d'administration convoqué(e) avant le 30 juin 2020 (ou toute autre date en cas de prolongation) peut être tenu(e) conformément aux dispositions de l'arrêté royal, même si elle ou il est tenu(e) après cette date.

Les alternatives prévues par l'arrêté royal sont *facultatives*. Les sociétés ou associations qui choisissent de ne pas faire usage de ces alternatives doivent respecter intégralement le régime qui leur serait autrement applicable.

Cet arrêté royal ne s'applique pas rétroactivement aux réunions qui se sont déjà tenues avant son entrée en vigueur.

En bref, le gouvernement prévoit deux alternatives pour les assemblées générales, ce peu importe si ces alternatives sont prévues par les statuts. L'assemblée générale peut, d'une part, se tenir sans présence physique. D'autre part, l'assemblée générale peut être reportée à une date ultérieure.

Ci-dessous, sont exposées les alternatives qui étaient déjà disponibles avant la publication de l'arrêté royal du 9 avril 2020. Nous y indiquons également dans quelle mesure la nouvelle législation élargit leur application.



## **1. Assemblées générales**

### **1.1. Prise de décision par écrit**

Vous pouvez mettre en œuvre une procédure de prise de décision par écrit, même lorsque les statuts ne le prévoient pas expressément.

Les conditions suivantes doivent être remplies :

- tous les actionnaires doivent prendre l'ensemble des décisions à l'*unanimité* et par écrit.
- toutes les décisions relèvent de la compétence de l'assemblée générale.

Il faut tenir compte du fait que l'exigence d'unanimité signifie qu'il doit effectivement y avoir un accord entre les actionnaires en ce qui concerne les points repris à l'ordre du jour.

Une exception est faite pour les décisions qui nécessitent l'intervention d'un notaire. Dans ce cas, vous devez organiser une assemblée générale extraordinaire. C'est le cas, par exemple, pour une augmentation ou une réduction de capital, une fusion ou toute autre modification des statuts.

### **1.2. Prise de décision par voie électronique (“participation à distance”)**

Pour qu'une prise de décision par voie électronique soit possible au sein des assemblées générales, les statuts doivent en principe expressément autoriser la participation à distance des actionnaires de la société ou membres de l'association. Les conditions suivantes doivent être remplies :

- la convocation à l'assemblée générale doit mentionner la possibilité de participer à distance et fournir une description détaillée de la procédure à suivre pour ce faire.
- tous les actionnaires doivent être identifiables et chaque actionnaire doit participer à l'assemblée en temps réel.
- le procès-verbal de l'assemblée générale doit consister en une transcription de la (vidéo)conférence (c'est-à-dire indiquer ce qui a été discuté et ce qui a été décidé) et doit mentionner tout problème et incident technique ayant perturbé la participation à l'assemblée générale.

La participation électronique permet aux actionnaires participant à distance d'exprimer leur vote en temps réel pendant l'assemblée grâce aux moyens électroniques mis à disposition par la société.

La seule différence avec le processus décisionnel ordinaire est que les participants ne sont pas physiquement présents. La réunion se tient par le biais d'applications telles que Skype, Zoom, etc.

Il n'est pas permis aux membres du bureau, aux administrateurs et au commissaire aux comptes de faire usage de cette possibilité. Les personnes occupant ces fonctions doivent être physiquement présentes.

### **1.3. Mandats**

Afin de limiter le nombre de participants à une réunion physique, les actionnaires peuvent accorder des procurations. Les statuts n'ont pas à l'autoriser. Cela signifie qu'un actionnaire peut donner une procuration à un autre actionnaire, ou à un tiers, pour assister à la réunion et voter en son nom. Les statuts peuvent toutefois imposer certaines limites à cette possibilité.

Le nouvel arrêté royal permet au conseil d'administration d'imposer aux actionnaires d'exercer leurs droits exclusivement par le biais d'une procuration, conformément aux règles prévues par le Code des sociétés et

associations. Il prévoit par ailleurs la possibilité pour le conseil d'administration d'imposer que le mandataire soit toute personne qu'il désigne. Le mandat devra alors contenir des instructions de vote spécifiques pour chaque sujet figurant à l'ordre du jour.

#### **1.4 Régime temporaire prévu par le nouvel arrêté royal**

1.4.1. En vertu du nouvel arrêté royal, il est possible, même si les statuts ne le prévoient pas :

- d'imposer aux participants (actionnaires d'une société / membres d'une association) de voter à distance avant la tenue de l'assemblée générale, au moyen d'un formulaire mis à disposition par le conseil d'administration ; ou
- d'accorder une procuration avant l'assemblée générale. Le conseil d'administration peut imposer que le mandataire soit une personne qu'il désigne (sous réserve des règles relatives aux conflits d'intérêts).

Le conseil d'administration peut également interdire la présence physique des participants et peut obliger les participants à poser leurs questions par écrit uniquement.

L'arrêté royal permet également aux membres du bureau, aux administrateurs et au commissaire aux comptes de participer à distance à la réunion (par exemple par téléphone ou vidéoconférence).

1.4.2. Le nouvel arrêté royal permet également de reporter l'assemblée générale. L'assemblée peut être reportée jusqu'à dix semaines maximum après la dernière date à laquelle l'assemblée aurait dû se tenir (à savoir le 30 juin pour de nombreuses sociétés étant donné que c'est la dernière date possible légalement autorisée). Si la convocation à l'assemblée a déjà été envoyée, une nouvelle convocation peut être envoyée.

Dans certains cas (comme pour la "procédure de sonnette d'alarme" par exemple), le report est impossible.

## **2. Réunion du conseil d'administration**

### **2.1. Prise de décision par écrit**

Le nouveau Code belge des sociétés et associations n'exige plus que soit démontrée l'"urgence" pour pouvoir recourir à une procédure de prise de décision par écrit (bien qu'il y ait de fortes chances que l'épidémie de COVID-19 satisfasse à cette exigence). Le conseil d'administration peut donc adopter de nouvelles résolutions par écrit, sauf si les statuts en disposent autrement.

En temps normal, il convient donc de vérifier ce que les statuts de votre société prévoient dans ce cas. Ceci vaut en particulier pour les sociétés qui n'ont pas encore adapté leurs statuts conformément au nouveau Code des sociétés et des associations et dont les statuts font encore référence à l'ancienne législation.

### **2.2. Prise de décision par voie électronique**

Pour les réunions du conseil d'administration, la participation par voie électronique est possible même lorsque les statuts ne le prévoient pas expressément.

Les conditions suivantes doivent être remplies :

- comme dans le cas d'une réunion physique, les formalités de convocation doivent être respectées.
- il doit y avoir une véritable discussion.
- le procès-verbal doit consister en une transcription de la (vidéo)conférence (c'est-à-dire mentionner ce qui a été discuté et ce qui a été décidé) et doit être signé par le président du conseil d'administration.

### **2.3. Mandats**

Afin de limiter le nombre de participants à une réunion physique, les administrateurs peuvent accorder des procurations, mais uniquement à un autre administrateur. Les statuts peuvent imposer certaines limites à cette possibilité.

### **2.4. Régime temporaire établi par le nouvel arrêté royal**

Le nouvel arrêté royal prévoit que toute décision d'un organe d'administration collégial peut, nonobstant toute disposition statutaire contraire, être prise par consentement unanime de l'ensemble des membres par écrit.

L'arrêté royal confirme également que toute réunion d'un organe collégial peut, même en l'absence de toute autorisation statutaire et nonobstant toute disposition contraire, être tenue au moyen de techniques de télécommunication permettant une délibération collective, telles que les conférences téléphoniques ou vidéo.

## **Q. 3: Quelles mesures ont été prises par le gouvernement fédéral et les gouvernements régionaux belges pour soutenir les entreprises ?**

Crowell & Moring (Bruxelles) a lancé un "COVID-19 Virtual Assistant". Cet outil virtuel vous permet de prendre connaissance des réglementations et mesures adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements régionaux belges à la suite de la pandémie.

Ce Virtual Assistant peut être consulté gratuitement via notre Coronavirus Resource Center sur notre site internet: <https://www.crowell.com/Practices/Coronavirus-COVID-19-Resource-Center/Belgian-COVID-19-Legal-Assistant>.

## **Q. 4: Comment mon entreprise peut-elle signer des contrats à distance?**

Le règlement eIDAS 910/2014 établit le cadre juridique pour les signatures électroniques dans l'UE.

### **1.1. Différents types de signatures électroniques selon l'eIDAS**

Le règlement eIDAS distingue trois types de signatures électroniques:

- la « signature électronique standard » (SES) est définie comme "des données sous forme électronique qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et qui sont utilisées par un signataire pour signer". Il s'agit par exemple d'un scan de votre signature manuscrite repris dans un document pdf. Il n'y a ici pas de preuve irréfutable de l'identité du signataire du document.
- la « signature électronique avancée » (SEA) est une SES comportant un certain nombre de garanties supplémentaires. Il s'agit d'une SES qui répond aux exigences suivantes :

- elle est liée au signataire (la personne qui signe le document) de manière univoque
- elle est en mesure d'identifier le signataire
- elle est créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif
- elle est liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Cette signature électronique est considérée comme plus fiable qu'une SES, mais ne garantit pas une fiabilité optimale.

- la « signature électronique qualifiée » (SEQ) est une SEA qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifiée, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique. Elle nécessite une accréditation indépendante délivrée par une autorité de certification accréditée.

### **1.2. Valeur légale des signatures électroniques selon l'eIDAS**

Le règlement eIDAS donne à la SEQ un effet juridique équivalent à la signature manuscrite et garantit qu'une SEQ reconnue dans un État membre de l'UE, doit être reconnue comme telle dans tous les autres États membres.

Pour les deux autres types de signatures électroniques (SES et SEA), les conséquences juridiques sont déterminées par le droit national applicable.

En Belgique, l'article 1322 du Code civil confirme la validité des signatures électroniques. L'article XII.15 du Code de droit économique prévoit ainsi que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite si la signature remplit les conditions d'une SES ou d'une SEA.

Le nouveau Code civil (Livre 8) qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2020 introduit de nouvelles définitions. La signature électronique y sera décrite comme une signature conforme aux articles 3.10 à 3.12 du Règlement eIDAS (à savoir, la SES, la SEA ou la SEQ).

### **1.3. Quelle signature électronique devrais-je utiliser pour un contrat commercial ?**

Pour choisir lequel des trois types de signature électronique utiliser, il convient de tenir compte du niveau de sécurité juridique souhaité pour cette signature, c'est-à-dire de son caractère exécutoire et de la possibilité de la contester ou non.

Lorsque vous utilisez une SES (par exemple, en envoyant un contrat par courrier électronique avec une signature scannée), la force exécutoire de cet accord pourra plus facilement être contestée (par exemple, le contrat a-t-il réellement été signé par la personne concernée ?)

Par conséquent, lorsque vous utilisez un SES, nous vous recommandons de prendre des mesures supplémentaires qui vous permettront de confirmer que le document a été signé par la bonne personne

(par exemple, en accompagnant le contrat scanné d'une copie d'une pièce d'identité, et en envoyant ensuite l'original du contrat par courrier).

Pour les contrats importants ou stratégiques, nous vous recommandons d'utiliser une SEQ (ou, à tout le moins, une SEA).