



Nouvelles *du front*

Le droit anglais à votre portée

Cripps Harries Hall LLP

Numéro 7 – Février 2012

Sommaire

« <i>Keep Calm and Carry On</i> »?.....	2
Les Statistiques.....	4
Réseaux sociaux et monde de l'entreprise	6
Le cumul de congés payés des salariés en arrêt maladie	8
The Equality Act 2010.....	10
Principes de base de la « <i>Liquidation</i> »	13
La responsabilité des mandataires sociaux en droit anglais.....	19
Petit lexique de droit immobilier anglais.....	25



« Keep Calm and Carry On » ?



En 1939, à l'aube de la Deuxième Guerre Mondiale, le Ministère de l'Information fait imprimer ces affiches pour soutenir le moral du pays en prévision d'une « catastrophe nationale ». L'ironie est que les 2,5 millions de copies imprimées n'ont jamais été utilisées...

L'expression reprend du service : il faut une bonne dose de calme pour faire face à l'avalanche quotidienne de nouvelles catastrophiques sur l'état de l'économie mondiale, la crise du capitalisme ou la dette grecque... Le magazine *The Economist* attribue le regain de popularité de l'affiche « à une certaine vision de l'existence, puisant dans l'image d'Epinal que le pays a de lui-même : courageux sans fanfaronnade, juste un peu raide, préparant une tasse de thé sous les bombes ».

Et pourtant, plutôt que de *Keep Calm and Carry On*, on serait tenté de dire « *Panic and Run!* ». Mais devant l'immensité de défis qui nous dépassent tous – de gouvernants politiques cherchant des réponses, aux capitaines d'industrie navigant à vue (2012 n'est-elle pas l'année du « *no man's land stratégique* » ?¹) –, c'est sans doute la seule attitude sensée. C'était bien l'esprit de l'affiche : paniquer n'aidera personne, cela risque même d'aggraver une situation qui n'en a pas besoin.

Dans cet esprit, j'ai identifié deux raisons de *Keep Calm and Carry On* :

- Le cabinet Deloitte vient de publier un rapport qui tente de quantifier l'effet de l'« *écosystème Facebook* » en Europe en 2011² : création de plus de 230 000 emplois directs et indirects dans les 27 pays de l'UE et la Suisse, générant 15,3 milliards d'euros d'activité économique. En France seule, le bilan se monterait à 22 000 créations d'emplois et 1,9 milliard d'euros. Au Royaume-Uni, les chiffres sont respectivement de 35 200 et 2,6 milliards d'euros. Les métiers concernés sont principalement éditeurs de logiciels, développeurs internet, agences média, professionnels du marketing et de la communication.
- Plus de 1 400 milliards de dollars seront investis dans la R&D en 2012³, domaine qui ne semble pas connaître de récession. En termes de montants investis, derrière le trio de tête des 'suspects habituels' – Etats-Unis (436 milliards de dollars) ; Chine (199 milliards de dollars) ; Japon (157 milliards de dollars) – on retrouve l'Allemagne, la Corée du Sud, la France et le Royaume-Uni, dans cet ordre. Cette photographie instantanée ne doit pas faire oublier le

¹ Vous consulterez avec profit l'excellente chronique de Stéphane RAMBOSSON : www.venipartners.com/documents/Newsletter%20Nov-Dec%202011.pdf

² Copie de l'étude complète : www.deloitte.com/view/en_GB/uk/industries/tmt/b9c589a865f05310VqnVCM2000001b56f00aRCRD.htm

³ Voir l'excellent article dans *Les Echos*, 16 janvier 2012 : www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/innovation-competences/sciences/0201810655163-la-r-d-mondiale-ne-connaitra-pas-la-crise-en-2012-275335.php



film dynamique: le budget chinois en ce domaine croit de 10% par an, et à ce rythme, devrait dépasser celui des Etats-Unis en 2025. L'Inde, ne voulant pas se faire distancer, annonce vouloir consacrer 2% de son PIB à la R&D en 2017 (contre 1% actuellement), avec une augmentation de 8 milliards de dollars par an sur les cinq prochaines années.

A l'image des réseaux sociaux, qui 'inventent' une nouvelle économie, ou des pays qui investissent massivement dans la recherche, il est clair que la réussite passe par un changement de nature, pas de degré, de l'économie de la planète. Le 'faire plus de la même chose' doit être remplacé par 'faire autrement'.

« *Keep Calm* », oui, mais « *Carry on... changing* ».

Au programme de ces **Nouvelles du front** N°7, nous avons un menu éclectique :

- **droit social** – les implications en droit social de la place des réseaux sociaux dans le monde de l'entreprise ; le cumul des congés payés des salariés en arrêt maladie ; ou encore un examen de la loi *The Equality Act 2010*, 18 mois après son entrée en vigueur ;
- **entreprises en difficulté** – nous terminons notre série sur le sujet, avec l'examen du dernier stade de la vie d'une entreprise : la liquidation ;
- **droit des sociétés** – responsabilité des mandataires sociaux en droit anglais ; son périmètre exact, et comment le mandataire social honnête peut se protéger ;
- **immobilier** – enfin, nous publions le premier d'une série de trois articles composant un lexique de droit immobilier anglais.

Bonne lecture !

Olivier Morel



Associé

Directeur du Pôle entreprises françaises

t: +44 (0)1892 506 217 | e: olivier.morel@crippslaw.com

Je tenais à remercier Frédéric BORON, élève-avocat au barreau de Lille, et Jack MOREL-PAULO, étudiant à Merton College, Oxford, qui ont été d'une aide précieuse dans l'élaboration de ce numéro de **Nouvelles du front**.



Les Statistiques

Taux de base bancaire décembre 2011 : ½ %

Le 12 janvier 2012, la Banque d'Angleterre a maintenu le taux de base bancaire à ½%. Ce taux historiquement bas reste inchangé depuis bientôt 3 ans – mars 2009.

Inflation décembre 2011 : 4,2%

Après une hausse importante au mois de septembre (de 4,5% à 5,2%), l'inflation est en baisse marquée, à 4,2% en décembre 2011. Il s'agit de la plus forte chute mensuelle depuis près de 3 ans (avril 2009). La Banque d'Angleterre prévoit une diminution significative de l'inflation courant 2012, avoisinant ainsi les 2% en fin d'année.

CPI4 4,2%

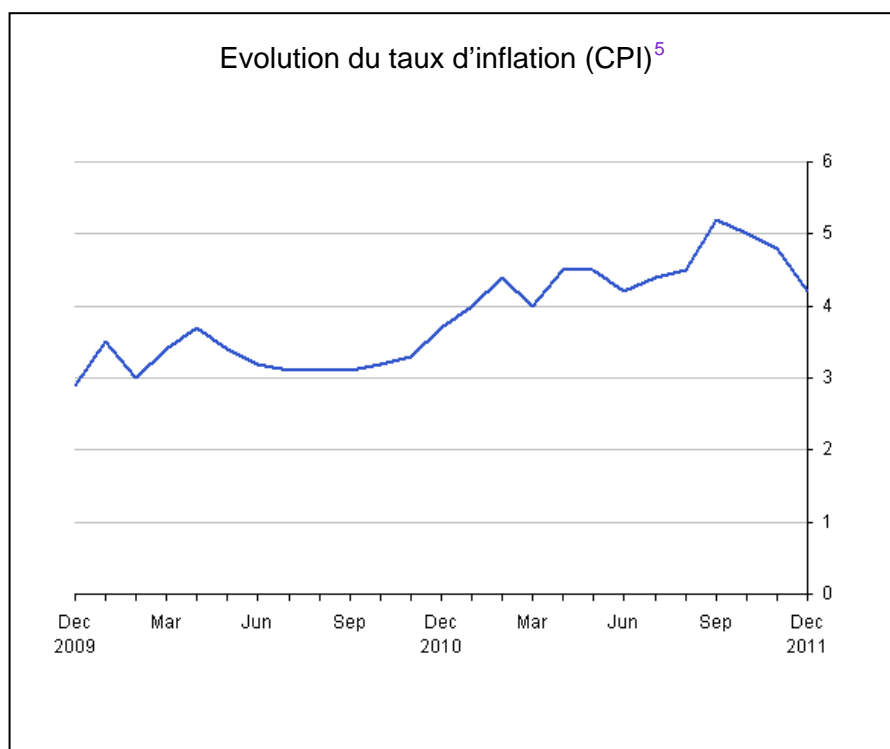


Tableau à jour décembre 2011

⁴ « Consumer Price Index » : Inflation hors coûts immobiliers – emprunts immobiliers, impôts locaux, assurance, etc.

⁵ Source: Office for National Statistics.



Chômage décembre 2011 : 8,4%, soit 2,685 millions de chômeurs

Il faut remonter à janvier 1996 pour trouver un taux de chômage aussi élevé. Plus d'un million de jeunes de 16–24 ans sont aussi sans emploi, soit un taux de 22,3%, taux jamais atteint auparavant pour cette catégorie de la population active.

Salaires horaires minimum

Ces salaires minimum ont été augmentés le 1^{er} octobre 2011.

- 21 ans et plus: 6,08 £
- 18 – 20 ans : 4,98 £
- 16 – 17 ans : 3,68 £
- Apprentis : 2,60 £

Les plafonds indemnitaires de droit social

A partir du 1^{er} février 2012 :

- Dommages-intérêts pour licenciement abusif : plafond de 72 300 £.
- Indemnité de licenciement économique : Maximum légal de 12 900 £. Le montant de l'indemnité est fixé sur la base de l'âge, l'ancienneté et le salaire de l'employé. Sauf dispositions plus favorables dans le contrat de travail ou la convention collective, les indemnités se calculent par référence à une semaine de salaire, plafonnée à 430 £, par année d'ancienneté.

A partir d'avril 2012 :

- Le montant légal des indemnités dues par l'employeur au salarié en congé maternité, paternité ou adoption est fixé à 135,45 £ par semaine. L'employeur peut ensuite demander à l'Etat le remboursement des sommes versées à ce titre.

Le chiffre du jour

63% – la part des ventes dans les magasins « en dur » dans 5 ans, contre 91% aujourd'hui. Soit une baisse de plus de 30%. C'est le résultat de recherches du cabinet Deloitte – encore eux – aux Etats-Unis. Toujours le changement...



Réseaux sociaux et monde de l'entreprise

La popularité grandissante des réseaux sociaux tels que Facebook et Twitter est devenue une source d'inquiétude pour les entreprises. La frontière entre le domaine professionnel des salariés et leur vie privée est de plus en plus perméable. L'attitude des employeurs envers l'utilisation de tels sites varie considérablement et dépend de la nature de l'activité commerciale, ou encore de la culture d'entreprise. Alors que certaines sociétés ont été les premières à encourager l'utilisation de ces sites et à en utiliser les atouts comme outil de développement commercial, d'autres en ont interdit l'accès. Regard sur les aspects juridiques anglais d'un phénomène qui ne fait que grandir.

La croissance exponentielle de ces modes de communication a pris de cours le législateur. L'employeur se trouve désormais dans une situation où aucune règle ne détermine précisément quelle réaction adopter face aux propos d'un salarié sur ces réseaux sociaux qui, normalement, seraient sanctionnés s'ils étaient tenus dans l'entreprise. En pleine évolution jurisprudentielle, cette question est au cœur de l'actualité et est amenée à devenir de plus en plus fréquente. Voici quelques éléments vous permettant de gérer ce type de situation en minimisant le risque de censure de la part du juge anglais.

1. La position des tribunaux français

En France, la jurisprudence a tendance à valider les sanctions fondées sur des propos tenus sur des réseaux sociaux. Dans la mesure où de tels propos sont en rapport avec l'entreprise ou ses dirigeants, ces faits sont susceptibles de constituer le support d'une mesure disciplinaire. Toutefois, dans un arrêt du 16 décembre 2011, la Cour d'appel de Douai a considéré que « des propos diffamatoires ou injurieux tenus par un salarié à l'encontre de l'employeur » ne constituent ni « un événement irrésistible ou insurmontable faisant obstacle à la poursuite du contrat », ni « un cas de force majeure », et a, par conséquent, accordé des dommages-intérêts au salarié licencié sur le fondement de telles injures proférées sur un réseau social internet. Cette décision a surpris bon nombre d'observateurs avertis, car elle semble contredire des décisions précédentes. La jurisprudence n'est donc pas encore fixée, il faut attendre la position de la Cour de cassation sur cette question.

2. Les exemples britanniques

Au Royaume-Uni, les problèmes proviennent principalement de la perception erronée de certains salariés qui pensent à tort que tout commentaire divulgué sur ces sites est du domaine privé. En effet, des employés britanniques ayant tenu des propos dénigrant leur employeur sur un réseau social ont fait l'objet de sanctions disciplinaires et même de licenciement.

Une employée de 16 ans fut ainsi licenciée pour avoir qualifié son travail d' « ennuyeux » sur Facebook. De même, en novembre 2010, une employée de banque, ayant utilisé Facebook pour se targuer de l'indemnité de licenciement de 6 000 £ proposée par son employeur, fut licenciée sans recevoir cette prime.



3. L'application du principe de proportionnalité

Toute action disciplinaire prise par l'employeur doit toutefois être proportionnée au fait commis. Un employeur qui réagirait de manière trop virulente en licenciant un salarié pourrait avoir de sérieuses difficultés à se défendre dans le cadre d'un recours pour licenciement abusif. La question de l'application de la règle de proportionnalité dans le cadre des réseaux sociaux est également controversée. Alors que certaines entreprises peuvent se permettre d'adopter une approche libérale face à des propos dénigrants et potentiellement nuisibles à leur réputation, d'autres ne tolèrent pas ce genre de propos.

Lorsque les propos tenus sont faux, diffamatoires, discriminatoires, ou sont constitutifs d'un abus de confiance, le licenciement du salarié qui en est l'auteur sera considéré raisonnable. Il est bien plus difficile de savoir si l'intervention de l'employeur est justifiée lorsque le commentaire est désinvolte ou irréfléchi. Les jeunes salariés sont habitués à dire les choses telles qu'elles sont et leur manière directe de s'exprimer sans malice peut parfois avoir des conséquences qu'ils n'ont pas prévues ou voulues. En raison de la nature même des réseaux sociaux, les commentaires irréfléchis peuvent être répandus dans le monde entier en quelques minutes, ce qui peut représenter un problème réel pour la réputation de multinationales.

4. Nos conseils pratiques

Avant toute intervention relative à des propos tenus par leurs salariés sur des réseaux sociaux à leur encontre, les entreprises doivent analyser les tenants et les aboutissants de leur éventuelle réaction. De quelle manière ces propos ont-ils été portés à l'attention de l'employeur ? Qui est l'auteur de tels propos ? Ces propos sont-ils diffamatoires ? Quels sont les dommages réels ou potentiels ? Quelle est la stratégie la plus appropriée pour que l'employeur puisse protéger son activité commerciale et sa réputation tout en respectant le droit au respect de la vie privée du salarié ? Ces questions sont essentielles et faciliteront le choix d'une éventuelle sanction – proportionnée – par l'employeur. Il faut, en toute hypothèse, généralement éviter les réactions « à chaud », même en cas de propos particulièrement injurieux. Avertir son solicitor avant toute action paraît également judicieux, dans la mesure où l'éventuelle sanction peut constituer le fondement d'un contentieux délicat qu'il sera amené à gérer.

La prévention semble être la meilleure approche. En effet, l'adoption d'une procédure claire et robuste permettra de responsabiliser les salariés. Une communication interne claire par l'entreprise sur sa politique concernant les propos tenus sur les réseaux sociaux sera susceptible de diminuer sensiblement les comportements à risque. Cette transparence peut passer par une modification du règlement intérieur ou un affichage de la procédure dans les locaux.



Rhona DARBYSHIRE



Le cumul de congés payés des salariés en arrêt maladie

Il est désormais admis que les employés en longue période d'arrêt maladie conservent leurs droits à congé payé annuel. L'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) le 22 novembre 2011 (KHS AG contre Winfried Schulte, C-214/10) vient en fixer les limites.

1. Le régime actuel en droit anglais

Un salarié a droit à 5,6 semaines de congés payés, dans la limite annuelle de 28 jours. Depuis 2009, le juge européen ne cesse de préciser le régime applicable à la relation entre congés payés annuels et arrêt maladie (Arrêts *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs*⁶ et *Pereda v Madrid Movilidad*⁷, notamment).

Il ressort de la jurisprudence européenne que l'employeur doit laisser une option aux salariés. Ceux-ci pourront soit utiliser leurs congés payés lors d'une période d'arrêt maladie si tel est leur désir – cette solution peut être intéressante financièrement si le droit aux indemnités maladie est arrivé à expiration – soit prendre leurs congés annuels ultérieurement, à leur retour. Ainsi, si les salariés sont titulaires, à leur retour dans l'entreprise, de droits à congés payés annuels, l'employeur doit les autoriser à les utiliser, ou leur verser une indemnité équivalente, quand bien même ces congés ne pourraient être utilisés qu'au cours de l'année succédant celle au titre de laquelle les droits sont dus. Or, la réglementation anglaise en vigueur (« *Working Time Regulations* ») repose sur le principe de « *use it or lose it* » et ne permet pas ce report (« *carryover* ») sur l'année suivante. Le droit anglais n'est donc pas en conformité avec la jurisprudence européenne, jurisprudence qui est, à l'heure actuelle, toujours en pleine évolution sur ce sujet, comme en témoigne l'arrêt Schulte.

2. L'arrêt Schulte du 22 novembre 2011

La Cour de Justice de l'Union Européenne est venue préciser son interprétation de la directive sur le temps de travail et compléter sa jurisprudence antérieure. Dans l'affaire Schulte, la CJUE devait répondre à la question de savoir si une disposition nationale pouvait prévoir l'extinction du droit au congé annuel payé d'un travailleur en incapacité de travail après une période de report de quinze mois, sans être incompatible avec la Directive sur le temps de travail.

Dans son arrêt, la Cour a rappelé que les employés en arrêt maladie conservent leurs droits à congé payé annuel, ou à indemnité compensatrice. Elle ajoute que ce cumul est limité dans le temps. La Cour a jugé que la prise de congés après un certain temps d'arrêt maladie ne constituait plus un « repos » nécessité par le travail, mais plutôt une période de détente et de loisirs. A ce titre, ces périodes ne peuvent être assimilées à des congés annuels, sans contrevenir à l'objectif de l'article 7 de la Directive (2003/88/CE) sur le temps de travail.

⁶ CJCE, *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs*, C-520-06, 20 janvier 2009.

⁷ CJCE, *Pereda c/ Madrid Movilidad SA*, C-277/08, 10 septembre 2009.



3. Flou juridique et articulation des congés annuels avec les arrêts maladies

Les tribunaux anglais sont divisés sur la question du report des droits de congé annuel. Si l'on a pu lire certaines décisions autoriser ce report sur l'année suivante, il n'existe pas de consensus. En outre, la jurisprudence européenne s'est développée en partie dans le cadre du secteur public, posant ainsi la question d'une analogie totale ou seulement partielle pour le secteur privé. Le gouvernement britannique doit désormais exposer comment il compte mettre sa réglementation en conformité avec ces jurisprudences. Cette question est étudiée dans le cadre de la « *Modern Workplaces Consultation* » menée par le *Department for Business Innovation & Skills* (équivalent français du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie). Le projet est attendu au printemps. Pour le moment, les employeurs peuvent envisager de limiter le report de congés annuels après une période d'au moins 15 mois, comme dans l'arrêt Schulte.



Petra VENTON



The Equality Act 2010

Un peu plus d'un an après l'entrée en vigueur de l' « Equality Act », le 1^{er} octobre 2010, nous revenons sur cette nouvelle loi applicable aux entreprises employant des salariés sur le sol britannique. Dans ce tour d'horizon, nous explorons les dispositions de la loi qui sont le plus susceptibles de poser problème, pour s'assurer que votre règlement intérieur est bien conforme à la nouvelle loi et que le comportement de vos salariés ne vous expose pas à des risques d'infraction.

1. Caractéristiques protégées / « Protected Characteristics »

L'« Equality Act » n'a pas modifié les critères de discrimination existants. Il en a simplement changé le nom : ils sont devenus des « *protected characteristics* ». Il reste illégal de discriminer pour tout motif suivant :

- Age
- Handicap
- Origines
- Changement de sexe
- Sexe ou orientation sexuelle
- Statut marital et partenariat civil
- Religion
- Croyance philosophique ou religieuse
- Maternité

2. Discrimination par association

L'« Equality Act » protège les salariés contre toute discrimination « engendrée par » une caractéristique protégée, que les salariés concernés, ou toute autre personne concernée indirectement par la législation, possèdent ou pas ces caractéristiques. En d'autres termes, la loi élargit sa protection aux employés 'associés' à une personne qui possède une des caractéristiques protégées. Il est désormais illégal de discriminer un employé qui s'occuperait d'un parent âgé atteint de démence ou de toute autre condition handicapante. De même, un salarié qui aurait un frère homosexuel pourrait être en droit d'engager des poursuites pour harcèlement s'il estime que ses collègues de travail plaisantent de manière inappropriée sur les homosexuels.

L'implication pratique pour les employeurs est qu'ils devront faire attention à tout terrain sensible dans leur salariat et devront adopter une approche holistique des relations entre salariés.

3. Importance de la perception

La nouvelle loi offre une protection accrue aux salariés qui sont discriminés parce qu'ils sont *perçus* comme ayant une caractéristique protégée (même s'ils ne la possèdent pas). Un employeur pourra désormais se voir accusé de discrimination envers une salariée s'il ne lui offre pas de promotion, car il *pense* qu'elle est enceinte, même si ce n'est pas le cas. De même, si un salarié est harcelé au travail parce que ses collègues *pensent* qu'il est musulman, il pourrait engager des poursuites pour discrimination, peu important ses croyances religieuses réelles.



4. Harcèlement par des tiers

Le harcèlement au travail est un domaine difficile à gérer qui a causé ces dernières années une augmentation du nombre de litiges. Les employeurs sont déjà responsables du comportement de leurs salariés dans le cadre de leur travail – concept de « *vicarious liability* ». L'« *Equality Act* » rend également les employeurs responsables dans certaines circonstances du comportement de tiers envers leurs salariés.

Il s'agit du « *three strikes' rule* ». La responsabilité de l'employeur serait engagée si un tiers – prestataire de service ou client – harcelait un salarié à cause de ses origines (par exemple). Si l'employeur a connaissance du harcèlement subi par le salarié, et que ce comportement s'est manifesté au moins déjà à deux reprises, et qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour empêcher que le comportement répréhensible ne se reproduise, la responsabilité de l'employeur serait engagée, même si le harcèlement est commis par une personne différente à chaque fois.

Ces dernières dispositions font l'objet d'une revue par le gouvernement, qui les considère comme très difficilement applicables en pratique.

5. Questionnaire de santé pré-emploi

Depuis le 1^{er} octobre 2010, une entreprise ne peut plus poser à un candidat des questions sur son état de santé avant de décider, ou pas, de l'embaucher. Le questionnaire standard ayant pour objectif de vérifier l'état de santé d'un candidat à un poste avant son recrutement est désormais banni. Il existe quelques exceptions à cette règle, l'employeur pouvant toujours poser des questions à un candidat, en particulier dans les circonstances spécifiques suivantes :

- si l'employeur a besoin de faire des ajustements afin de permettre au candidat de se conformer à la procédure de l'entretien d'embauche ;
- de fournir des statistiques sur la diversité ;
- de déterminer si un candidat est capable de mener à bien un aspect intrinsèque au poste.

A titre d'exemple, une personne fait acte de candidature à un poste dans un entrepôt, rôle qui nécessite de soulever et déplacer des objets lourds. Le soulèvement de charges est donc une fonction intrinsèque au poste ; l'employeur a la permission de poser des questions au candidat sur son état de santé afin de déterminer s'il est capable d'effectuer les tâches qui lui seront soumises (avec des ajustements raisonnables pour les candidats handicapés, si nécessaire). L'employeur ne pourra toutefois poser au candidat d'autres questions sur son état de santé, sauf une fois que le poste lui aura été offert.

En l'absence de guide de procédure détaillée, la ligne de démarcation entre questions légitimes et questions proscrites ne sera examinée qu'en cas de contentieux. La nouveauté de la loi ne permet pas encore de dégager de tendance dans le contentieux en la matière.

Bien que poser à un candidat des questions sur son état de santé en amont de son embauche ne soit pas en soi discriminatoire, agir en fonction des réponses obtenues peut très bien l'être. Le risque existe si l'employeur pose des questions à un candidat sur son état de santé, mais me



l'embauche pas. L'employeur sera tenu de démontrer que la raison pour laquelle il n'a pas embauché ce candidat n'est pas liée au « handicap » du candidat. En pratique, les employeurs retiennent souvent un candidat sur des bases en partie subjectives, parce qu'à compétences égales, il est la personne qui correspond le mieux aux valeurs de l'organisation. Dans de telles circonstances, il sera sans doute difficile de démontrer que l'état de santé du candidat n'était pas la raison du rejet de la candidature. Il est donc judicieux d'éviter toute question ayant rapport à l'état de santé d'un candidat.

Un employeur pourra continuer à poser des questions sur l'état de santé d'un candidat une fois l'offre d'embauche émise. Une entreprise peut faire une offre d'embauche conditionnelle à un contrôle de santé. Si un tel contrôle révèle un problème, l'employeur devra s'assurer de ne pas discriminer un candidat avec un handicap potentiel. Si tel est le cas, il devra prévoir de faire des ajustements raisonnables au poste ou conditions de travail. Il sera alors beaucoup plus difficile pour l'employeur de dissimuler le fait que la procédure d'embauche a réellement été interrompue à cause du résultat du contrôle médical, car il sera alors assez clair qu'il a changé d'avis sur la base de ce contrôle.

6. Nouveaux pouvoirs des Tribunaux de Prud'hommes

Si un employeur est coupable de discrimination, les Prud'hommes ont désormais le pouvoir de faire des recommandations qui s'appliquent à tous les salariés de cette entreprise, pas seulement au salarié ayant engagé les poursuites. L'entreprise pourrait être contrainte de mettre en vigueur des règles de conduite contre le harcèlement ou de former ses salariés sur les problèmes de discrimination à l'invitation du Tribunal. Bien que ces recommandations ne soient pas contractuelles, elles peuvent être utilisées par des plaignants potentiels qui chercheraient à embarrasser leur employeur, qui n'aurait pas mis en vigueur cette recommandation du Tribunal.



Petra VENTON



Principes de base de la « Liquidation »

Après avoir examiné dans nos numéros précédents le « CVA » (« *Company Voluntary arrangement* ») – une convention de gré à gré entre une entreprise en difficulté et ses créanciers pour rééchelonner sa dette – puis l'« Administration » – la mise sous tutelle d'un « *Administrator* » –, nous abordons le troisième et dernier volet du droit anglais des entreprises en difficulté avec la « Liquidation ».

La « liquidation » est la procédure organisant la distribution des actifs de l'entreprise aux créanciers et actionnaires avant sa dissolution. Ainsi, alors que les précédentes procédures visent à assurer la survie de l'entreprise, la « liquidation » organise son démantèlement, l'arrêt de l'activité étant devenu inéluctable.

La « liquidation » peut succéder à une « administration », si par exemple, il apparaît que la situation de la société ne peut être améliorée ou si aucun acheteur potentiel de l'activité commerciale n'a été identifié.

Il existe deux types de « liquidation » :

- Forcée (« *Compulsory* ») – sur ordonnance de la Cour, généralement après le recours d'un créancier.
- Volontaire (« *Voluntary* ») – par une résolution émanant de la société-même.

1. La liquidation forcée

La liquidation forcée, ou « *compulsory winding-up* », est une procédure émanant de la Cour et par laquelle les actifs de la société sont vendus et distribués aux créanciers de la société. La procédure commence par le dépôt d'une requête (« *presenting a petition* ») à la Cour. Un juge décide ensuite en audience si une ordonnance de liquidation (« *winding up order* ») doit être prise. La cause la plus commune de liquidation est l'insolvabilité de la société. Deux méthodes sont utilisées pour déterminer le caractère solvable ou non d'une entreprise :

- le test de la marge d'autofinancement (« *cash flow test* ») ; il s'agit d'un test commercial effectué par la Cour afin de vérifier, sur la base des preuves qui lui sont présentées, que la société paie ou non ses dettes dans les délais requis ; ou
- le test reposant sur le bilan de la société (« *balance sheet test* ») ; la Cour examine tout déficit de la valeur des actifs de la société par rapport à ses dettes courantes, tout en tenant compte des dettes futures et éventuelles.

Dans la plupart des cas, la Cour rejettera la demande de liquidation (« *winding up petition* ») s'il existe un différend entre le débiteur et le créancier à l'origine de la requête concernant l'existence même de la dette.



1.1 La procédure

Le demandeur présente sa requête de mise en liquidation (« *winding up* ») à la Cour et la notifie à la société. La Cour fixe alors la date de l'audience. Le demandeur publie ensuite les détails de la requête et la date de l'audience dans un journal d'annonces légales – « *London Gazette* ». La société et les autres créanciers peuvent être représentés à l'audience, que ce soit pour s'opposer ou soutenir la requête.

Lors de l'audience, le juge peut rejeter la requête, suspendre l'audience (de manière conditionnelle ou inconditionnelle), rendre une ordonnance provisoire ou toute autre ordonnance qu'il estime nécessaire. Le juge tient compte des souhaits exprimés par les créanciers. Ainsi, lorsque la majorité des créanciers (en valeur) soutient la demande de liquidation, il est d'usage que le juge rende une ordonnance en ce sens.

1.2 Conséquences d'une ordonnance de liquidation forcée

Une fois l'ordonnance de liquidation rendue, l'administrateur judiciaire (« *Official Receiver* ») devient liquidateur. Ce dernier est un fonctionnaire et un officier de la Cour. L'ordonnance de liquidation fait cesser les pouvoirs détenus par les mandataires sociaux de la société et transfère le contrôle des actifs de la société au liquidateur. Toute vente des biens de la société par une autre personne que le liquidateur est nulle.

Il n'existe pas de gel des actions et procédures à l'initiative ou à l'encontre de la société, mais le début ou la poursuite de procédure sans la permission de la Cour fait l'objet d'un sursis. Les documents de la société (qu'ils soient en version papier, électronique ou sous une autre forme) et ses sites internet doivent faire apparaître qu'elle se trouve en liquidation. Les salariés sont automatiquement licenciés.

2. La liquidation volontaire

Il existe deux types de liquidation volontaire qui diffèrent selon que les mandataires sociaux sont prêts ou non à déclarer sur l'honneur que la société est solvable (« *statutory declaration of solvency* »).

- la liquidation volontaire par les actionnaires (« *members' voluntary liquidation* » ou « *MVL* ») ;
et
- la liquidation volontaire par les créanciers (« *creditors' voluntary liquidation* » ou « *CVL* »).

2.1 Liquidation volontaire par les actionnaires

Une liquidation volontaire par les actionnaires est entamée lorsque ces derniers adoptent une résolution spéciale dans un délai de cinq semaines après qu'une déclaration statutaire sur l'honneur est rendue par la majorité des mandataires sociaux. En pratique, cette résolution spéciale nomme également un liquidateur afin de procéder à la mise en liquidation de la société et de distribuer ses actifs.



Dans le cadre d'une liquidation volontaire par les actionnaires, la société est solvable et les dettes des créanciers doivent être réglées dans leur totalité.

2.2 Liquidation volontaire par les créanciers

Une liquidation volontaire par les créanciers est entamée lorsqu'une résolution spéciale est adoptée avec pour effet l'arrêt de l'activité de la société en raison de ses dettes et qu'il est recommandé que cette dernière soit mise en liquidation. Une réunion des créanciers se tient alors dans un délai de 14 jours après la réunion adoptant la résolution de mise en liquidation de la société. Les créanciers, comme les actionnaires, peuvent nommer un liquidateur afin de mener la procédure de liquidation. La nomination d'un liquidateur par les créanciers prévaut si leur choix s'avère être différent de celui des actionnaires.

3. Le rôle du liquidateur

Que ce soit dans le cadre d'une liquidation obligatoire ou volontaire, un liquidateur est nommé afin de distribuer les actifs de la société selon un ordre de priorité. Il détient un certain nombre de pouvoirs à cet effet. Un liquidateur agit principalement dans l'intérêt des créanciers dont la créance n'est pas garantie, et dans celui des actionnaires.

Le liquidateur a également le pouvoir d'examiner l'historique des transactions conclues par la société et de les contester le cas échéant s'il les estime suspectes – transactions sur- ou sous-évaluées, transactions par les mandataires sociaux impliquant les actifs de la société, à des valeurs anormales, etc. – le tout dans le but d'accroître les actifs de la société pour distribution aux créanciers. Le liquidateur peut ainsi examiner de telles transactions ayant eu lieu jusqu'à 24 mois avant le date de mise en liquidation.

Un liquidateur nommé dans le cadre d'une liquidation forcée est un officier de la Cour et est ainsi qualifié de « *authorised insolvency practitioner* » ou de « *Official Receiver* ». Une fois nommé auprès d'une société, le liquidateur détient le contrôle de ses actifs et de ses affaires. Il a la capacité juridique de conclure des contrats et tout autre document au nom et pour le compte de la société.

Le liquidateur a l'obligation d'évaluer la véracité des dettes et peut accepter une dette, la rejeter ou chercher un compromis. Lorsque tous les actifs de la société ont été vendus et que la liquidation est arrêtée, le liquidateur distribuera alors les fonds conformément à l'ordre de priorité statutaire de distribution (voir ci-dessous). Les créanciers chirographaires recevront des dividendes qui sont en général exprimés en « *Xp in the £* » (ce qui correspond à la part qu'ils obtiennent sur l'ensemble des dettes ramenée proportionnellement à l'échelle d'une Livre Sterling). Si la procédure de liquidation se prolonge, le liquidateur pourra décider de distribuer des dividendes provisoires.

Le liquidateur a également le devoir de mener une enquête sur les raisons de la faillite de la société et de rédiger un rapport sur la conduite des mandataires sociaux dans la gestion de la société. Il arrive qu'il remette en cause leur gestion, ce qui peut aboutir éventuellement à des poursuites pour mauvaise gestion (« *wrongful trading* ») ou gestion frauduleuse (« *fraudulent trading* »). Ces poursuites sont une mise en cause de la responsabilité personnelle des mandataires, qui peuvent se voir condamner personnellement à contribuer au passif de la société.



Les frais encourus par le liquidateur dans le cadre de l'exercice de ses devoirs seront réglés à partir des actifs de la société, conformément à l'ordre statutaire de priorité.

4. Ordre de priorité de paiement des créanciers

Pendant la période de liquidation (volontaire ou forcée), le liquidateur demandera à tout créancier connu de lui envoyer la preuve de leur(s) créance(s). Afin de demander le recouvrement de sa créance, le créancier doit compléter un formulaire (« *proof of debt form* ») qui sera adressé aux autres créanciers avec l'avis de mise en liquidation. Le liquidateur donnera alors son accord ou rejettera la preuve de la créance et la fera apparaître dans l'ordre de priorité établi pour la liquidation.

Le liquidateur procédera à la vente de tous les actifs de la société et, si des fonds sont disponibles, déclarera un dividende qu'il distribuera aux créanciers qui ont prouvé leur créance dans l'ordre suivant (le liquidateur mettra en réserve une partie de ces fonds pour le règlement de ses frais) :

1. Droits fixe
2. Frais liés à la liquidation
3. Créanciers privilégiés
4. Dettes flottantes
5. Créanciers chirographaires (prorata)
6. Actionnaires (dans l'hypothèse d'un reliquat après paiement des créanciers)

5. Quelles sont les différences entre une liquidation volontaire et forcée ?

5.1 L'implication de la Cour

La liquidation volontaire par les créanciers permet à une société insolvable d'être mise en liquidation sans ordonnance de la Cour. La liquidation est alors principalement sous le contrôle des créanciers.

5.2 Pouvoirs des mandataires sociaux

Dans le cadre d'une liquidation volontaire, les pouvoirs des mandataires sociaux cessent avec la nomination d'un liquidateur. Dans le cadre d'une liquidation forcée, l'ordonnance de liquidation donne lieu à une révocation des pouvoirs des mandataires sociaux et les démet de leurs fonctions.



5.3 Pouvoirs du liquidateur

Dans le cadre d'une liquidation volontaire, la procédure de liquidation est principalement contrôlée par les créanciers et le liquidateur peut exercer librement certains pouvoirs qui, dans le cadre d'une liquidation forcée, feraient l'objet de l'approbation de la Cour et du Comité de liquidation.

5.4 Moratoire accordé pour toute poursuite contre la société

Contrairement à une liquidation forcée, lorsqu'une liquidation volontaire des créanciers est entamée, il n'existe aucun moratoire automatique pour les poursuites à l'encontre de la société. Le liquidateur, les créanciers ou les actionnaires peuvent toutefois déposer une requête auprès de la Cour pour obtenir un sursis des poursuites, bien qu'une telle requête ne soit pas automatiquement accordée. En règle générale, un sursis est accordé si la créance des demandeurs est admise. Si cette dernière est contestée, la demande de sursis sera probablement rejetée.

5.5 Date de commencement de la liquidation

Dans le cadre d'une liquidation volontaire, la procédure de liquidation est entamée lorsque la résolution arrêtant cette liquidation est adoptée. Dans le cadre d'une liquidation forcée, la liquidation est entamée à partir de la date de l'introduction de la requête des créanciers auprès de la Cour.

6. Conseils pratiques pour les créanciers

Bien qu'une requête demandant la mise en liquidation d'une société puisse s'avérer être un outil puissant aux mains d'un créancier, il n'est pas possible d'introduire de « *statutory demand* » (invoker l'insolvabilité de la société qui ne paie pas une dette qu'elle reconnaît devoir) ou une requête subséquente de mise en liquidation dans le seul objectif de recouvrer une créance, sous peine de voir cette demande qualifiée de recours abusif. Il en est de même pour des demandes gonflant le montant de la dette dans l'espoir de recouvrer une somme plus conséquente.

Dans une procédure de liquidation volontaire par les créanciers ou forcée, il est fréquent que les créanciers ne reçoivent qu'une faible part de leur créance – typiquement quelques pourcents de leur créance, plusieurs mois/années après la mise en liquidation. Afin de se protéger, il est donc judicieux que les créanciers obtiennent des sûretés ou conservent le titre de propriété sur toute marchandise.

Si un prêt n'est pas adossé à une garantie et que le débiteur ne règle pas sa dette et devient insolvable, le créancier sera classé avec les autres créanciers du débiteur et pourra perdre une partie ou l'intégralité des sommes qui lui sont dues. Mais s'il est créancier d'un prêt garanti, sous réserve que la garantie ait une valeur (qu'elle ait été enregistrée en bonne et due forme et qu'elle ne puisse être écartée), le créancier sera protégé contre l'insolvabilité du débiteur (conformément aux règles de priorité) à hauteur de la valeur de ses actifs et pourra, par priorité sur les autres créanciers, recouvrer sa créance dans sa totalité.



7. La clause de réserve de propriété

Une clause de réserve de propriété donne au fournisseur de marchandises priorité sur les créanciers, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, dans le cas où l'acheteur ne réglerait pas le montant dû pour la marchandise parce qu'il est insolvable ou pour toute autre raison prévue dans la clause. Une clause de réserve de propriété standard prévoit que le fournisseur conserve le droit de propriété des marchandises jusqu'à ce qu'il reçoive la totalité du règlement.

Les règles et la procédure de liquidation (qu'elle soit forcée ou volontaire) sont longues et complexes. Cette note donne simplement un aperçu de la procédure à suivre. L'intervention d'un spécialiste est primordiale, que ce soit pour conseiller un créancier qui décide d'introduire une requête pour mise en liquidation ou pour accompagner une société menacée par une mise en liquidation d'un client.



Joanna FORD



La responsabilité des mandataires sociaux en droit anglais

En matière de responsabilité, la personnalité morale de la société ne constitue pas toujours un rempart infranchissable, capable de mettre les mandataires sociaux à l'abri de toute mise en cause personnelle. Cette perméabilité a pour objectifs principaux la protection des tiers et la responsabilisation des dirigeants. Ces derniers doivent s'impliquer avec sérieux et méthode dans la gestion de la société pour se prémunir d'une éventuelle condamnation personnelle. Parce qu'être mandataire social n'est pas seulement un titre, un manque de diligences est impardonnable. En général, plus les manquements commis ont un impact direct sur les salariés ou l'ordre public, plus la responsabilité des dirigeants sera facile à reconnaître.

Les risques auxquels sont exposés les dirigeants découlent directement des devoirs auxquels ils sont astreints. Il ne s'agit pas d'une responsabilité automatique dès lors que la société elle-même est reconnue responsable. Enfin, il existe plusieurs moyens de limiter la responsabilité des mandataires sociaux honnêtes et diligents.

1. Les responsables

Tous les dirigeants peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée, peu important le titre donné aux fonctions. Sont ainsi concernés les « *executive directors* », « *non-executive directors* », « *shadow directors* », « *secretaries* » et « *managers* »...

De même, l'absence de fonction officielle ne constitue pas un obstacle à la mise en cause de la responsabilité personnelle. Un dirigeant de fait (« *shadow director* »), qui n'est donc pas titulaire d'une nomination régulière mais qui agit comme un véritable mandataire social, peut involontairement engager sa responsabilité personnelle.

2. La responsabilité civile

La responsabilité civile des dirigeants trouve son fondement principal dans les devoirs auxquels ils sont astreints envers leur société. Ces principes sont codifiés dans le *Companies Act 2006* :

- agir dans le respect des pouvoirs qui lui ont été conférés ;
- favoriser la réussite de la société ;
- faire preuve d'indépendance ;
- agir avec prudence, diligence et compétence ;
- éviter les conflits d'intérêts ;
- refuser les avantages ou commissions émanant de tiers ;
- déclarer son intérêt personnel dans une opération menée par la société, le cas échéant.



Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, d'autres obligations trouvent leur source dans le droit commun anglais – *Common Law* et *Equity*. Certains devoirs perdurent d'ailleurs après la cessation des fonctions de dirigeant. Il en est ainsi en matière de conflit d'intérêts ou d'avantages de la part de tiers. Il faut noter qu'en principe, les mandataires sociaux ne sont pas astreints à un devoir de loyauté à l'égard des actionnaires de la société ou de ses créanciers.

Le dirigeant doit agir de la façon qu'il considère être dans l'intérêt de la société et bénéfique pour l'ensemble de ses membres. Il ne doit pas, *a priori*, se soucier de ce qu'un tribunal pourrait considérer et conserve donc l'autonomie indispensable à l'exercice de sa mission. Précisons que les particularités de la fonction de mandataire social sont prises en compte par la jurisprudence qui intègre le risque qui y est inhérent. Aussi, un dirigeant ne saurait voir sa responsabilité engagée pour une simple erreur de jugement en matière commerciale. Cependant, le droit des entreprises en difficulté apporte une nuance à cette apparente mansuétude puisqu'il prévoit trois principaux cas dans lesquels le mandataire social contribuera personnellement au désintéressement des créanciers de la société : fraude, abus de pouvoir et manque de diligence.

3. La responsabilité pénale

En principe, un dirigeant qui commet une infraction pénale sera personnellement responsable de tels agissements. Il peut également être condamné lorsqu'il a autorisé, permis ou participé à l'infraction pénale commise par la personne morale, ou n'a rien fait pour prévenir une telle infraction. Le paiement d'une amende constitue alors la principale sanction, les peines d'emprisonnement étant réservées aux agissements les plus graves, répétés ou caractérisés par une intention frauduleuse manifeste⁸.

Le droit pénal des affaires anglais couvre l'ensemble des activités d'une entreprise. Ainsi, dans le cadre du *Companies Act 2006* par exemple, sont pénalement sanctionnés les fraudes et falsifications, les détournements de biens sociaux, les retards dans la production des comptes ou encore le manque de diligence dans la révélation d'un intérêt personnel du dirigeant lors d'une transaction. Les manœuvres trompeuses et les fausses déclarations en matière de cessions de valeurs mobilières sont pénalement sanctionnées sous le *Financial Services and Markets Act 2000*. Le dirigeant peut encore être tenu pénalement responsable en matière de fraude à la TVA ou d'évasion fiscale. Toutefois, deux domaines sont particulièrement propices à une mise en cause de la responsabilité pénale des mandataires sociaux : l'hygiène et la sécurité, ainsi que la corruption.

3.1. La responsabilité en matière d'hygiène et de sécurité

La responsabilité du mandataire social en matière d'hygiène et de sécurité (« *health and safety* ») peut être engagée si la société est elle-même reconnue responsable d'un accident. Les deux principales sources d'obligations concernant l'hygiène et la sécurité sont *The Health and Safety at Work etc Act 1974* (ou *HSWA 1974*) et *The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999*.

⁸ L'on peut citer pour exemple l'affaire *Polly Peck*, dans laquelle M. Asil NADIR, ex-PDG de cette société, est accusé d'avoir détourné 150 £M et frauduleusement faussé la valeur des actions de la société pour son propre bénéfice. En fuite pendant 18 ans dans la partie turque de Chypre, M. NADIR est de retour à Londres où son procès est en cours, et il risque une peine d'emprisonnement.



Il ressort de ces réglementations les devoirs suivants :

- L'employeur est tenu d'assurer la santé et la sécurité des salariés et, dans la mesure du possible, de toute autre personne liée à leurs activités.
- L'employeur doit évaluer et passer en revue les risques encourus par les salariés et les personnes liées à leurs activités. L'évaluation doit être « suffisante et appropriée ».
- L'employeur doit mettre en œuvre, organiser, contrôler, diriger et passer en revue les mesures de prévention et de protection relatives à l'hygiène et la sécurité.
- L'employeur doit s'assurer du caractère approprié de ces mesures.
- Une ou plusieurs personnes compétentes doivent être désignées pour gérer la mise en œuvre des mesures rendues nécessaires en vertu de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité.
- L'employeur doit porter à la connaissance des salariés les risques auxquels ils sont confrontés et leur délivrer une formation aux procédures de prévention et de protection mises en place.

En outre, les entreprises de plus de cinq salariés doivent produire un règlement relatif à l'hygiène et la sécurité, porté à l'attention des salariés, qui doit décrire les modalités d'application pratique des dispositions de prévention et qui doit être constamment mis à jour.

Le manquement à l'une de ces obligations est susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise. Depuis le *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, la société peut être condamnée pour homicide involontaire. Cette nouvelle loi s'applique à toutes les entités ayant une activité au Royaume-Uni.

Si l'entreprise est reconnue coupable d'un manquement à la réglementation relative à l'hygiène et la sécurité, son dirigeant peut aussi être poursuivi personnellement. Il faudrait établir :

- que le mandataire social avait conscience des circonstances et des risques qui ont été à l'origine de l'accident ; ou
- que la négligence du mandataire social, caractérisée par un manquement à son devoir de s'assurer de la santé ou la sécurité des salariés, est à l'origine de l'accident.

Le dirigeant peut ainsi être reconnu responsable du préjudice subi par le salarié et même être condamné pour homicide involontaire (« *manslaughter by gross negligence* »). De plus, il peut être interdit d'exercer la fonction de mandataire social pendant 15 ans.

3.2. La responsabilité en matière de corruption

Selon une étude récente⁹, un employé britannique sur six serait prêt à offrir des « cadeaux » pour progresser dans ses affaires. Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011, le *Bribery Act 2010* est le

⁹ « *UK business remains unprepared for Bribery Act*, », John Smart, *The Lawyer*, 11 juillet 2011.



nouveau dispositif de lutte contre la corruption applicable en Angleterre et au Pays de Galles. La responsabilité des dirigeants d'une entreprise peut être recherchée si cette dernière est elle-même reconnue coupable au titre des sections 1, 2 et 6 du *Bribery Act 2010*.

- La première section est relative à la corruption active. Elle couvre donc le fait d'offrir ou promettre un « pot-de-vin », c'est-à-dire avoir conscience du caractère illégal de la proposition ou avoir l'intention d'induire ou de récompenser un comportement.
- La deuxième section concerne la corruption passive, donc le fait de demander ou accepter un « pot-de-vin ».
- La sixième section vise la corruption d'un agent public étranger pour conserver ou obtenir un marché.

Toute personne peut être reconnue responsable s'il est établi qu'elle avait conscience des faits de corruption et qu'elle n'a rien entrepris pour y mettre un terme. Cette mise en cause de la responsabilité personnelle n'est donc pas limitée aux dirigeants de la société. Notons qu'un actionnaire, personne physique ou morale, ne peut voir sa responsabilité engagée du seul fait de sa participation au sein d'une filiale condamnée pour corruption.

Pour encourager et encadrer la mise en place de politiques anti-corruption au sein des entreprises, le Ministère de la Justice a publié six grands principes dont l'application repose essentiellement sur les diligences des dirigeants :

- Evaluer le risque de corruption dans l'entreprise et son secteur d'activité.
- S'engager dans la création d'une culture anti-corruption au sein de leur entité et du groupe. Cette culture doit être affirmée avec vigueur par les dirigeants et communiquée régulièrement au personnel ainsi qu'aux partenaires commerciaux.
- S'assurer avec diligence que toutes les relations d'affaires sont transparentes et éthiques en se renseignant sur les partenaires commerciaux de l'entreprise et les transactions financières l'impliquant.
- Adopter une politique de gestion des risques claire, pragmatique et accessible à tous. Nommer une personne spécialement en charge de la lutte anti-corruption au sein de l'entité.
- Mettre en œuvre de façon effective la procédure anti-corruption. Celle-ci doit devenir partie intégrante de tous les aspects de la vie de l'entreprise.
- Mettre à jour de façon permanente les procédures de contrôle.

Les autorités judiciaires anglaises sont très impliquées dans cette lutte et ont d'ailleurs montré l'exemple, la première personne poursuivie au visa du *Bribery Act 2010* étant un agent administratif... d'un tribunal londonien¹⁰.

¹⁰ Communiqué de presse du *Crown Prosecution Service* du 31 août 2011. Le tribunal concerné est la *Redbridge Magistrate's Court*, Ilford, Londres. En échange d'une somme de 500 £, l'agent aurait proposé d'influencer le cours d'une procédure relative à une infraction au Code de la route.



4. La limitation de la responsabilité personnelle des dirigeants

Tout d'abord, la société peut souscrire une assurance relative à la responsabilité de ses dirigeants. Mais seuls les faits qui ne sont pas contraires à l'ordre public seront couverts, excluant les actes frauduleux ou malveillants par exemple.

La délégation de pouvoirs (« *delegation of powers* ») peut s'avérer efficace bien qu'elle ne soit pas accompagnée d'un transfert automatique de responsabilité. Lorsque le délégataire est reconnu responsable pour des actes pris dans le cadre de la délégation, cette responsabilité n'exclut pas celle du mandataire social. Pour s'exonérer en cas de défaillance du délégataire, le dirigeant doit :

- prouver qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne dont il a toutes les raisons de croire qu'elle est compétente, honnête et digne de confiance ;
- prouver qu'il a supervisé les tâches déléguées et s'est tenu régulièrement informé des activités du délégataire.

Il est utile de savoir que l'absence de mise en place d'un système de délégation de pouvoirs dans une société de taille importante peut être considérée comme fautive lorsqu'une défaillance résulte de cette organisation trop centralisée.

Par ailleurs, la « *ratification* » est un moyen de supprimer la responsabilité du mandataire social, mais vis-à-vis de la société uniquement, de façon ponctuelle et *a posteriori*. En ratifiant un acte constituant un manquement aux devoirs généraux du dirigeant, la société s'interdit de poursuivre celui-ci. En revanche, la responsabilité du mandataire social reste entière à l'égard des tiers. Les actes illégaux ou frauduleux ne peuvent en bénéficier. Seuls les actionnaires peuvent effectuer une « *ratification* », le « *board of directors* » ne pouvant que décider de ne pas poursuivre ou d'abandonner des poursuites au nom de la société.

La société peut également mettre en place un système d'indemnisation de ses dirigeants en cas d'action victorieuse intentée par des tiers à leur encontre (« *qualifying third party indemnities* »). Ces indemnités sont exclues en cas de condamnation pénale et dans l'hypothèse d'actions intentées par la société elle-même ou un membre de son groupe, notamment.

Enfin, un dirigeant peut être totalement exonéré, sur le plan civil, dans le cadre d'un « *Relief by Statute* ». Ce sera alors un tribunal qui décidera ou non si la responsabilité du mandataire social doit être retenue, dans l'hypothèse d'une négligence, d'un manquement aux devoirs généraux ou d'un abus de confiance. Cette exonération est soumise à deux conditions :

- le dirigeant doit avoir agi de manière honnête et raisonnable ; et
- l'acte litigieux doit être excusable, au regard de l'ensemble des circonstances.

Il existe ainsi plusieurs moyens de limiter la responsabilité du mandataire social. Cependant, la méthode la plus efficace demeure bien évidemment la lutte contre les faits générateurs de responsabilité. Par conséquent, il est primordial d'agir en amont pour limiter les situations à risques, susceptibles d'atteindre personnellement le dirigeant en termes de responsabilité. Cette action doit passer par l'implication personnelle des mandataires sociaux dans la gestion de la société, le partage du pouvoir et la mise en place de procédures précises et transparentes.



En particulier, le dirigeant de société française qui n'est pas présent physiquement au sein de la filiale établissement britannique doit impérativement prévoir une procédure de suivi régulier. Celle-ci peut être mise en œuvre par l'institution de comptes rendus périodiques et fréquents émanant du représentant local auquel des pouvoirs ont été délégués ; de l'organisation de conseils d'administration auxquels le mandataire social se rend régulièrement.

Ces mesures ne sont pas une garantie contre une mise en cause de la responsabilité du mandataire social, mais elles peuvent offrir une défense efficace.



Frédéric BORON



Petit lexique de droit immobilier anglais

Première partie – 'A' à 'F'

Le droit immobilier anglais regorge de termes dont la signification peut s'avérer opaque – même pour les natifs ! C'est un des domaines du droit anglais qui provoque le plus de surprises parmi nos clients, qui ont les réflexes de l'immobilier français. Les contrats de vente ou les accords de bail en sont truffés et peuvent ainsi déconcerter le lecteur néophyte. Pour vous aider à y voir plus clair dans la gestion de votre immobilier sur le sol anglais, nous avons tenté d'établir un lexique des termes les plus courants, une sorte d' 'inventaire à la Prévert' du droit immobilier anglais. Nous y avons ajouté de brefs commentaires pour une meilleure compréhension de leur pertinence.

Cet exercice est décliné sur trois numéros de Nouvelles du Front. La liste que nous avons arrêtée n'est pas exhaustive. Aussi, n'hésitez pas à nous contacter si vous rencontrez des termes obscurs dans un acte de droit immobilier anglais et qui manqueraient à notre liste ; nous nous ferions un plaisir de l'y ajouter.

La première partie du lexique, de 'A' à 'F', comprend les termes suivants :

'A'

- Agreement for lease
- Alterations
- Assignment
- Assured shorthold tenancy
- Authorised guarantee agreement

'B'

- Breach of lease
- Break clause

'C'

- Charge
- Covenant

'D'

- Deposit
- Dilapidations

'E'

- Easement
- Enfranchisement

'F'

- Fitting out premises
- Forfeiture
- Full repairing and insuring lease

A

« *Agreement for Lease* » : Accord pour bail

Contrat par lequel un propriétaire et un locataire décident de conclure un bail pour une date ultérieure. Le bail, sous sa forme finale après avoir été négocié par les parties, est joint à ce contrat. La plupart du temps, ce type de convention est rendu nécessaire en raison de l'accomplissement de travaux par le propriétaire avant l'entrée en jouissance – tel un accord sur plan.



« *Alterations* » : Travaux

La plupart des travaux effectués par le locataire dans les locaux qu'il occupe est sujet à l'accord préalable et formel du propriétaire, sanctionné par un acte spécifique – appelé indifféremment « *Licence to Alter* » ou « *Licence for Alteration* ». Le locataire doit soumettre des plans détaillés au propriétaire qui les communiquera à ses experts – « *chartered surveyors* ». Il est important que le locataire vérifie que la nature des travaux envisagés exige ou pas la signature d'un tel acte – des aménagements légers peuvent l'absoudre d'une telle formalité (voir *infra* « *Fitting Out Premises* »).

« *Assignment* » : Transfert de bail

Les baux anglais ne comportent pas de droit de sortie automatique du locataire à des dates données. Soit une clause de résiliation anticipée a été négociée librement entre les parties – voir *infra* « *Break Clause* » – soit le locataire identifie un successeur pour lui transmettre son bail. Il doit alors recueillir l'approbation préalable et formelle du propriétaire, qui devra répondre à sa demande dans un délai 'raisonnable' et ne pas soulever d'objections 'déraisonnables'. Il se concrétise par un acte appelé « *Deed of Assignment* » ou plus couramment « *Licence to Assign* ». Les frais de conseils du propriétaire pour valider cet acte sont à la charge de ce dernier.

« *Assured Shorthold Tenancy* » : Bail à court terme

Bail ayant souvent pour objet une maison ou un appartement, généralement conclu pour une durée allant de six mois à un an. Certaines obligations sont imposées au bailleur ou implicites en vertu du « *Housing Act 2004* ». Sous certaines conditions de seuils, la plupart des baux d'habitation de courte durée consentis à des particuliers sont automatiquement qualifiés en bail à court terme.

« *Authorised Guarantee Agreement* » ou « *AGA* » : Garantie du locataire précédent

Dans le cadre d'un transfert de bail, garantie donnée par l'ancien locataire pour l'exécution des obligations de son successeur. Le propriétaire peut se retourner contre l'ancien locataire si le nouvel occupant ne remplit pas ses obligations. L'accord fait l'objet d'un acte du même nom, dont une copie figure en annexe du bail. Il est signé formellement et prend force juridique lors du transfert, en même temps que l'acte de transfert de bail – voir ci-dessus « *assignment* ». Pour les baux datant d'avant 1995, tout locataire demeurerait garant des obligations des preneurs successifs jusqu'au terme du bail, peu important la durée et le nombre de repreneurs successifs. La législation de 1995 a allégé l'obligation des locataires en la matière : pour un bail post-1995, l'obligation du locataire cédant s'éteint désormais lorsque son preneur cède lui-même le bail. En d'autres termes, un locataire n'est responsable que pour les obligations de son propre successeur.

B

« *Breach of Lease* » : Violation d'une obligation du contrat de bail

Manquement aux obligations figurant dans le contrat de bail. Les conséquences dépendent de la gravité de l'inexécution et des termes du contrat relatifs aux violations dudit contrat. Certains types de violations par le locataire emportent le droit automatique pour le propriétaire de mettre fin au bail (voir *infra* « *Forfeiture* »).



« **Break Clause** » : Clause de résiliation anticipée

En général, les baux anglais ne prévoient pas de résiliation anticipée. Aucune sortie du bail n'est possible avant l'arrivée du terme. Cette clause, si elle existe, est librement négociée entre les parties au moment de la signature du bail. Elle permet au propriétaire (parfois) et/ou au locataire (le plus souvent, car c'est à son avantage) de mettre fin au bail avant terme. Un délai de préavis, habituellement de 6 mois, ainsi que des conditions de forme strictes, doivent être respectés. Pour appliquer la clause de résiliation, la partie qui l'invoque doit avoir exécuté les obligations lui incombant au titre du bail, y compris le paiement des loyers, bien entendu.

Il est important pour un locataire qui a l'intention de se prévaloir d'une telle clause de mettre en place un système d'alerte pour ne pas manquer sa date de mise en vigueur, y compris le préavis. C'est d'autant plus important que cette date se situe plusieurs années dans le futur, l'information pouvant donc aisément se 'perdre'. Le non-respect du préavis et des conditions d'exercice de la clause de résiliation est la nullité de celle-ci et l'obligation de poursuivre l'occupation des locaux jusqu'au terme du bail.

C

« **Charge** » : Sûreté

Sûreté qui donne au prêteur le droit de s'approprier les produits de la vente d'un bien pour recouvrer une créance impayée. Cette sûreté est souvent créée par voie d'hypothèque sur un bien immobilier. Un dépôt de garantie peut également être considéré comme une « *charge* ». Lorsque la sûreté est prise à l'encontre des actifs d'une société, elle doit être enregistrée auprès de « *Companies House* » (greffe des sociétés). Lorsqu'elle a pour assiette un « *registered land* », elle doit être inscrite au « *Land Registry* » (Cadastre).

« **Covenant** » : engagement

Pacte ou promesse de faire ou de fournir, ou de ne pas faire ou fournir, quelque chose, ayant force obligatoire pour la partie qui s'engage (souvent désignée comme le « *covenantor* »). Un contrat est en fait un « *covenant* », cette notion étant cependant plus large et plus forte : elle renvoie aux concepts d'honorabilité et de respectabilité – ou de qualité de signature – d'un locataire potentiel. Un propriétaire voudra souvent s'assurer de la solidité financière d'un futur locataire et s'interrogera alors sur la solidité du « *covenant* » de ce dernier.

D

« **Deposit** » : Dépôt de garantie

Concrétisé par un acte – « *Rent Deposit Deed* » – il est fréquemment exigé par le propriétaire dans le cadre d'un bail, il vise à se protéger contre les retards de versement de loyer et autres manquements à ses obligations – au pire l'éventuelle insolvabilité – par le locataire. Le bailleur puisera dans ce dépôt en cas de loyer impayé, mais il sera en droit d'exiger aussitôt qu'il soit procédé à son réapprovisionnement, de sorte qu'il demeure toujours au même niveau. Le montant est rémunéré et le propriétaire doit reverser les intérêts au locataire à intervalles réguliers – il est important de vérifier avec soin que ces conditions sont bien stipulées dans l'acte. Il faut noter que l'éventuelle TVA assise sur le montant du dépôt de garantie et versée en même temps que celui-ci



n'est pas récupérable avant le terme du bail, contrairement au loyer. La taxe reste donc bloquée comme le dépôt lui-même pour toute la durée du bail.

« **Dilapidations** » : Dégradations

Si les dégradations des locaux sont imputables au locataire, le propriétaire pourra lui demander d'effectuer des travaux de remise en état ou faire les travaux lui-même et lui demander une indemnité. Bien que des négociations puissent avoir lieu sur le coût et l'étendue des travaux, la position standard du droit immobilier anglais est qu'il appartient au locataire de remettre les locaux en l'état. C'est l'émanation de la notion, très répandue en droit anglais, de « *buyer beware* » – c'est au preneur de faire toutes ses diligences avant de s'engager, car il aura peu ou pas de voies de recours de droit commun en aval de la signature. En l'absence de stipulation contraire et d'accord formel – un état des lieux détaillé au moment de l'entrée en jouissance établi aux frais du locataire et annexé au bail – il est tout à fait possible pour un propriétaire d'exiger de son locataire qu'il fasse des travaux importants et coûteux, même si les dégradations en question pré-datent l'occupation par le locataire. Celui-ci peut donc hériter des problèmes de ses prédécesseurs sans le réaliser. Il est donc vital d'être particulièrement vigilant et de se documenter de manière formelle sur l'état des locaux avant de signer le bail. Un état des lieux effectué par un expert (« *chartered surveyor* ») est fortement recommandé.

E

« **Easement** » : Droit d'usage, servitude

Droit de jouissance affectant un ou plusieurs biens détenus par une autre personne. Généralement, ce droit permet à son détenteur d'utiliser un chemin d'accès ou d'y opérer des travaux ou réparations, par exemple, sur les terrains ou parties d'un bâtiment qui font l'objet du droit d'usage. Les servitudes peuvent être prévues lors d'un transfert de propriété ou d'un bail. Un locataire pourrait avoir l'obligation de donner un droit de passage à un tiers/au public, alors même qu'il est l'occupant légal d'un bien immobilier au titre d'un bail.

« **Enfranchisement** » : Option d'achat offerte au locataire

Dans le cadre d'un bail de longue durée portant sur un immeuble d'habitation, il s'agit de l'option d'achat dont dispose le locataire sur le bien donné en location.

F

« **Fitting Out Premises** » : Aménagement d'un local professionnel

Cette expression fait référence aux travaux d'aménagement habituellement effectués par un nouveau locataire pour rendre les locaux utilisables à des fins professionnelles. En raison des dispositions du bail relatives aux modifications des locaux, de tels travaux nécessitent parfois l'autorisation préalable du propriétaire, en particulier lorsqu'ils sont substantiels (mais voir *supra* « *Alterations* »). Le bailleur aura alors la possibilité d'exiger que les locaux soient remis dans l'état dans lequel ils se trouvaient lors de l'entrée en jouissance, à l'expiration du bail, à moins d'un accord contraire (voir *supra* : « *Dilapidations* »). Il est très important de vérifier quels sont les travaux qui nécessitent cet accord du propriétaire avant de les entamer.



« Forfeiture » : Confiscation

Fin prématurée d'un bail en raison de la prise de possession des locaux par le propriétaire, ou le commencement de démarches en ce sens. Le bail énumèrera les conditions en vertu desquelles le propriétaire a le droit de 'confisquer' (« *forfeit* ») le bail, comme le non-paiement du loyer pendant un certain temps, l'inexécution des obligations résultant du bail par le locataire ou l'insolvabilité de celui-ci, par exemple. Le droit immobilier anglais est très favorable au propriétaire et ce pouvoir peut parfois être exercé par le propriétaire avec un préavis très court. Un locataire doit donc être vigilant pour ne pas être pris au dépourvu.

« Full repairing and insuring lease » (ou « FR&I Lease »): Bail aux termes duquel l'entretien est exclusivement à la charge du locataire

Ce type de bail, standard en droit immobilier anglais, prévoit que les réparations et l'assurance de l'intégralité du bien immobilier incombent au locataire. Ce dernier devra donc veiller à l'entretien des locaux dont il a la jouissance au titre du bail. Ces obligations peuvent se révéler très lourdes, en particulier si la location porte sur un bâtiment et ses dépendances – parking, jardin paysager, clôture, etc. en plus de l'intérieur du bâtiment. Le locataire qui reprend un bail en cours – voir *supra* « *Assignment* » – ne pourra pas mettre en avant les dégradations émanant de ses prédécesseurs pour réduire cette obligation. Dans la mesure où ces réparations sont susceptibles d'être très importantes, il est primordial que le locataire se montre particulièrement diligent en ce qui concerne l'état complet du bien avant la signature du bail. Nous renvoyons le lecteur aux développements relatifs aux « *Dilapidations* » ci-dessus pour un aperçu des précautions indispensables en la matière.

Rendez-vous au prochain numéro de [Nouvelles du front](#) pour découvrir les lettres 'G' à 'Q'.



Les articles publiés dans les Nouvelles du front ont un objectif didactique. Ils constituent des synthèses destinées à éclairer le lecteur sur le droit anglais et à le maintenir au courant des développements intéressant son activité dans ce pays.

Ainsi, nous vous conseillons vivement de vous tourner vers votre interlocuteur habituel au cabinet pour toute question spécifique relative à une situation donnée.

Vos remarques et critiques constructives sont les bienvenues.

Les numéros précédents de Nouvelles du front sont en ligne ici :
www.crippslaw.com/services/for-business/p%3%b4le-entreprises-fran%3%a7aises.aspx#insight.html

