



Nouvelles *du front*

Cripps Harries Hall LLP

Mars 2011

Sommaire

« Je ne pense pas que les classes moyennes aient bien réalisé l'ampleur du problème. »	1
Les Statistiques	3
Droit immobilier – Le saviez-vous ?	6
Principes de base de l'« <i>Administration</i> »	8
Le concept de négociations « without prejudice », pilier incontournable de la méthode de règlement des conflits en droit anglais	15
Nos Références	19

« Je ne pense pas que les classes moyennes aient bien réalisé l'ampleur du problème. »

Cette 'petite phrase' que ne renierai pas le chef du parti travailliste David Milliband émane en fait d'un membre fort respecté du gouvernement britannique : Kenneth Clarke, Garde des Sceaux – « *Lord Chancellor, Secretary of State for Justice* » pour lui donner son titre exact. A 70 ans, 'Ken' Clarke est un vétéran du parti conservateur, secrétaire d'Etat dans l'administration d'Edward Heath dès 1972 et ministre de Margaret Thatcher et John Major. Il était Ministre des Finances lors de la déroute électorale du parti conservateur, qui vit l'élection triomphale de Tony Blair le 2 mai 1997.

Cet europhile, connu pour ses cigares et ses Hush Puppies en daim marron portées en toutes circonstances, est un habitué du parler-vrai. Une telle déclaration aurait pu être saisie par l'opposition travailliste comme preuve supplémentaire que la rigueur imposée par la coalition conservateur-libéraux met en péril une croissance fragile.

Les réactions ont pourtant été fatalistes, tant le pays semble accepter un nécessaire serrement de ceinture après tant d'années fastes. Le gouvernement compte sur l'esprit civique des britanniques – un écho lointain à Winston Churchill, qui avait promis à son arrivée au pouvoir en 1940 : « *Je n'ai rien d'autre à offrir que du sang, du travail, des larmes et de la sueur* ».

Les 83 milliards de £ (quelque 100 milliards d'€) de coupes budgétaires annoncées le 20 octobre dernier par le Ministre des Finances George Osborne vont réellement prendre effet avec le début de l'exercice fiscal en avril 2011. Ken Clarke craint donc sans doute que les premiers écueils rencontrés par le gouvernement dans la mise en place du programme de rigueur le plus rigoureux du G20 ne soient que les prémises des difficultés à venir.

Ce climat d'attente fébrile n'empêche pas les groupes français et étrangers de se développer dans ce pays. Les opportunités existent d'acquérir des parts de marché à moindre prix, en rachetant des entreprises britanniques dont les fondamentaux sont sains mais qui traversent une période difficile.

Dans ce 6^e numéro de NdF, nous continuons notre découverte des différentes étapes que peut traverser une entreprise en difficulté, avec un examen détaillé de l'« *Administration* ». Nous expliquons aussi des concepts de droit immobilier anglais – cette rubrique figurera régulièrement, tant ce domaine est une source de perplexité pour nos clients. Le bon usage en droit social du concept de négociation « *without prejudice* » fait aussi l'objet de notre attention.



Comme toujours, vos remarques et critiques constructives sont les bienvenues, bonne lecture.



Olivier Morel

Associé

Directeur du Pôle entreprises françaises

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



Les Statistiques

Taux de base bancaire février 2010 : ½%

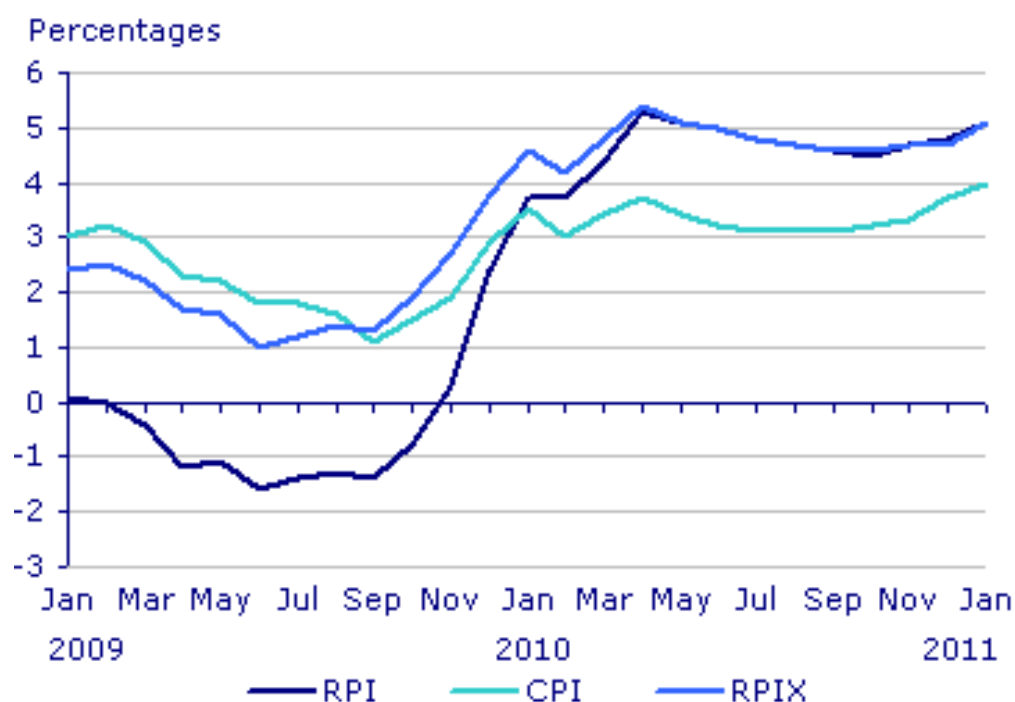
Le 10 février 2011, la Banque d'Angleterre a maintenu le taux de base bancaire à ½% pour un mois supplémentaire, le 22^e consécutif.

Inflation janvier 2011 (rythme annuel): 4.0%

Une inflation récalcitrante qui préoccupe les experts – voir l'excellent article de Nicolas Madelaine, correspondant Londres, dans *Les Echos* du 11 janvier 2011.

Evolution du taux d'inflation¹ (« *Consumer Price Index* » ou « *CPI* », inflation hors coûts immobiliers – emprunts immobiliers, impôts locaux, assurance, etc.):

CPI inflation 4.0%, RPI 5.1%



Annual inflation rates - 12 month percentage change

¹ (« *Consumer Price Index* » ou « *CPI* », inflation hors coûts immobiliers – emprunts immobiliers, impôts locaux, assurance, etc.)



Chômage septembre-novembre 2010: 7,9%, soit 2,5 million de chômeurs.

Le chômage continu à la hausse et le seuil psychologique de 2,5 millions est maintenant atteint.

Salaires horaires minimum

Ces salaires minimum ont de nouveau augmenté en octobre 2010.

- Apprentis: 2,50 £
- 18 - 20 ans: 4,92 £
- 16 - 17 ans: 3,64 £
- 21 ans et plus: 5,93 £

Nouveauté, les tranches d'âge ont été modifiées:

- tranche supérieure abaissée à 21 ans - au lieu de 22 ans;
- tranche 18-21 ans passe de 18 à 20 ans;
- tranche 16-18 ans est remplacée par une tranche de 16-17 ans.

A noter qu'un salaire horaire a été introduit pour les apprentis de moins de 19 ans ou 19 ans et plus en première année de contrat d'apprentissage.

Nombre de jours de congés-payés: 28 jours - y compris 8 jours fériés officiels²

2011 comptera un jour chômé supplémentaire, 29 avril, jour du « *Royal Wedding* », déclaré « *public holiday* » par le gouvernement. En raison de la proximité des fêtes de Pâques, nous connaissons alors trois semaines successives écourtées fin avril et début mai.

Le(s) chiffre(s) du jour : ½% / -½%

C'est d'une part le taux de base bancaire, maintenu pour le 22^e mois consécutif à ce record historiquement bas; et d'autre part le chiffre provisoire de 'croissance négative' pour le dernier trimestre 2010.

- Les partisans d'une remontée du taux commencent à faire entendre leur voix au sein du Comité de Politique Monétaire de la Banque d'Angleterre. Ce dernier vote chaque mois sur la baisse, le maintien ou la hausse de ce taux. Le débat se fait de plus en plus vif entre les partisans du

² 1^{er} janvier (le 2 janvier est aussi férié en Ecosse) ; Vendredi Saint ; lundi de Pâques ; premier et dernier lundi de mai ; dernier lundi d'août, Noël ; lendemain de Noël (« *Boxing Day* ») ; à noter que les 1^{er} janvier, Noël et *Boxing Day* sont automatiquement reportés (et donc chômés) s'ils tombent un weekend – cela a été le cas en 2010 et le sera en 2011.



maintien des taux bas, pour supporter une économie convalescente en rendant l'emprunt plus abordable et en stimulant la consommation, et ceux qui voient le danger inflationniste persister – l'inflation de 3,7% est bien au-delà de l'objectif de 2% de la Banque. Le consensus semble s'établir sur une remontée progressive du taux directeur à l'automne 2011, mais cette date pourrait être avancée si l'inflation persistait dans sa courbe ascendante.

- La rechute de l'économie – contraction de ½% – a été une mauvaise surprise. Le chiffre, bien qu'encore provisoire, vient confirmer que la reprise est fragile. Il influera certainement sur le raisonnement du Comité de Politique Monétaire de la Banque d'Angleterre dans son attitude sur le niveau du taux de base bancaire dans les mois à venir.



Droit immobilier – Le saviez-vous ?

Le droit immobilier est sans doute la discipline du droit anglais la plus éloignée du droit civil, tant ses concepts et ses usages sont éloignés de nos repères habituels. Ndf démarre donc une série d'articles qui introduiront au cours des prochains numéros les concepts parfois mal appréhendés et les expressions obscures, le plus susceptible d'engendrer incompréhensions et malentendus – et donc erreurs potentiellement coûteuses !

1. Résiliation anticipée

- 1.1 Il est parfois possible de négocier avec le propriétaire des clauses de résiliation anticipée, pour mettre fin à un bail en en donnant notification formelle au propriétaire. Ce mécanisme en apparence simple et qui offre une plus grande souplesse au locataire, est sujet à un certain formalisme qu'il faut respecter, sous peine d'en annuler l'effet.
- 1.2 Cette résiliation est systématiquement soumise à préavis, souvent 6 mois. Le locataire doit donc être vigilant et prévoir un système d'alerte pour ne pas manquer la date de préavis – quelques heures de retard peuvent suffire à annuler l'effet du préavis. C'est parfois difficile de le faire avec rigueur avec plusieurs années d'avance – la résiliation peut être prévue seulement au bout de 5 ans. Il faut donc disposer d'un bon système de gestion de ce risque – souvent en conservant centralement la ou les dates de résiliation pour tous les baux de la société.
- 1.3 L'exercice par un locataire de la possibilité de résilier le bail par anticipation est généralement soumis à d'autres conditions que le simple préavis. Une condition habituelle est que le loyer soit payé jusqu'à la date où le locataire quitte effectivement les locaux. En apparence anodine, cette condition peut dissimuler un piège. En effet, si le loyer est payé trimestriellement d'avance (cas le plus fréquent) et que la date de libération des locaux coïncide avec la date où le trimestre suivant est dû (le « *quarter day* », dont les dates habituelles sont les 25 mars, 24 juin, 29 septembre et 25 décembre), cela peut signifier que le locataire doit automatiquement au propriétaire un trimestre complet de loyer à la date même où il quitte les locaux, sans droit à remboursement. Sauf clause expresse contraire, le loyer devient automatiquement exigible au *quarter day*. La vigilance s'impose donc dans la rédaction de la clause de résiliation anticipée.



2. « *Reversionary leases* »

- 2.1 Un bail peut prendre effet le jour même où il est accordé, même si la date du bail lui-même commence formellement à une date ultérieure. La date de prise d'effet est celle à laquelle le locataire prend possession des locaux et devient responsable du loyer et toutes autres obligations. Ce type de bail est connu sous le nom de « *reversionary lease* ».
- 2.2 Un « *reversionary lease* » qui commencerait plus de 21 ans dans le futur n'est pas legal.
- 2.3 Un bail accordé pour une durée supérieure à 7 ans doit être enregistré au cadastre (« *Land Registry* »). Toutefois, si c'est un « *reversionary lease* » et qu'il commence plus de 3 mois après la signature, le bail doit être enregistré, même s'il est d'une durée inférieure à 7 ans.

3. Sous-bail

- 3.1 Si un locataire négocie un bail avec un tiers pour l'occupation des locaux qu'il occupe, il s'agit d'un sous-bail (« *sublease* » ou « *underlease* »). Il est alors important que le sous-bail prenne fin avant le bail supérieur (« *superior lease* »).
- 3.2 Les baux anglais contiennent souvent des restrictions – location de tous les locaux, pas uniquement une partie de ceux-ci (le principe du « tout ou rien ») – ou prohibition totale à la sous-location. Il convient de vérifier ce point dès le début de la négociation, il sera trop tard une fois le bail signé. Même si elle est autorisée, la sous-location est soumise à l'approbation formelle du propriétaire, sous la forme d'un acte – « *licence to sublet* » ou « *licence to underlet* ».
- 3.3 S'il reste au bail 5 années à courir et que le locataire tente de négocier un sous-bail d'une durée supérieure à 5 ans, cette opération sera automatiquement requalifiée en transfert de bail.
- 3.4 S'il reste au bail d'un locataire 5 années à courir, que ce locataire a un « *reversionary lease* » (voir 2 ci-dessus) qui commence dans cinq ans et que ce dernier essaie de négocier un sous-bail pour une durée supérieure à 5 ans, cette opération sera également qualifiée de transfert de bail.
- 3.5 Si le locataire d'un bail de 10 ans, avec option de résiliation anticipée à 5 ans, accorde un sous-bail d'une durée supérieure à 5 ans et exerce la résiliation anticipée, le sous-bail prendra fin à la date à laquelle le bail supérieur prendra fin.



Principes de base de l'« Administration »

Notre dernier numéro examinait le « CVA » – « *Company Voluntary Arrangement* » – mécanisme par lequel une société en difficulté rééchelonne ses dettes en passant un accord avec ses créanciers. Si la société n'arrive toujours pas à sortir d'une situation périlleuse, l'étape suivante est bien souvent le placement en « Administration ». Il arrive aussi que la société soit placée directement sous ce statut, sans passer par un CVA, ou que l'Administration précède un CVA.

1. Que signifie le terme « Administration » ?

Il s'agit d'une procédure par laquelle une société qui est insolvable ou a de fortes chances de le devenir, peut être réorganisée ou vendre ses actifs au profit de ses créanciers. Un membre d'une profession réglementée (« *Licensed Insolvency Practitioner* ») est nommé en qualité d'Administrateur. Il prend le contrôle de la société en lieu et place de ses mandataires sociaux avec pour objectif de :

- 1 tenter d'assurer la survie de la société;
- 2 obtenir pour les créanciers de la société dans son ensemble un meilleur résultat que ce qui serait obtenu si la société était mise en liquidation;
- 3 vendre des actifs de la société dans le but d'effectuer une distribution aux créanciers garantis ou privilégiés.

A noter, l'Administrateur ne pourra mettre en œuvre les deuxième et troisième objectifs que si le premier objectif n'est pas réalisable.

1.1 « Going concern » et « pre-pack »

Il est d'usage que la société en Administration continue d'exercer ses activités commerciales pendant un certain temps avant que l'Administrateur n'en vende tout ou partie. Il s'agit alors de vendre la société « *as a going concern* », c'est-à-dire comme entreprise en exercice. Il est également de plus en plus courant que la vente des actifs de la société soit convenue avant que la société ne soit mise en Administration. Cette vente est alors conclue immédiatement après la mise en Administration. Il s'agit là d'un « *pre-pack administration* ».



Typiquement, les mandataires sociaux d'une société en difficulté identifient un repreneur et un Administrateur et concluent un accord tripartite pour garantir un futur à la société, puisque la simple mise en Administration de la société ne garantit pas que des repreneurs soient identifiés.

1.2 Délais

La période d'Administration d'une société ne doit pas dépasser une année calendaire, sauf à ce que les créanciers ou la Cour n'accorde un délai supplémentaire. En pratique, une société peut rester en Administration pendant plus d'un an, et il n'est pas inhabituel que cette période dure plusieurs années.

1.3 Dividende versés aux créanciers

Bien qu'une société puisse sortir d'administration une fois les actifs vendus par l'Administrateur pour continuer d'exercer une activité commerciale, en pratique, le produit de la vente des actifs est versé aux créanciers préférentiels de la société, souvent par un liquidateur nommé ultérieurement. Dans ce cas, les créanciers ordinaires peuvent recevoir un pourcentage de leur créance, appelé « dividende », mais ce montant est souvent très faible, 1%-2% de la créance, parfois rien. Les créanciers préférentiels quant à eux sont désintéressés grâce à la vente des actifs nantis. S'ils ne reçoivent pas la totalité de leur créance de cette manière, ils sont traités au même titre que les créanciers ordinaires pour le reliquat de cette créance.

2. Différentes voies d'accès à la mise en Administration

L'Administration d'une société peut se faire par le biais d'une requête auprès de la Cour ou par une procédure évitant la Cour (« out-of-court route »). Cette deuxième option est moins coûteuse, plus rapide et moins lourde, alors que la requête auprès de la Cour est appropriée pour les Administrations plus complexes et de grande envergure.

2.1 Requête auprès de la Cour

Pour que la Cour puisse émettre une Ordonnance d'Administration Judiciaire (« Administration Order »), le requérant devra démontrer que:

- la société n'est pas en mesure de payer ses dettes, ou il y a de fortes chances que ce soit le cas;
- l'Ordonnance d'Administration Judiciaire aura les effets escomptés – voir 1,2 & 3 au paragraphe 1 ci-dessus.



La requête peut être effectuée par une des personnes suivantes :

- la société;
- les mandataires sociaux (par décision du conseil d'administration prise à majorité simple);
- le ou les créanciers - y compris les créanciers potentiels.

Le seul moyen par lequel un créancier pourra initier la nomination d'un Administrateur sera par le biais de la requête à la Cour. Le créancier pourra se contenter d'avoir de solides arguments à l'appui de sa demande – pas forcément des preuves irréfutables que la société est insolvable ou a de fortes chances de le devenir. Une créance impayée suffit parfois à appuyer une telle requête.

Une notification doit être remise à toute personne qui a nommé ou qui est en droit de nommer un Administrateur Judiciaire (« *Administrative Receiver* »), ou au détenteur d'un nantissement ouvrant droit à nommer un Administrateur Judiciaire. Ces derniers ont le droit d'intervenir lors de la requête à la Cour, et en particulier un droit de veto dans certaines circonstances. Les détenteurs d'un tel nantissement peuvent faire nommer un autre Administrateur, ou même dans certaines circonstances faire bloquer purement et simplement cette tentative de nomination – ces circonstances sont sujettes à restrictions depuis l'entrée en vigueur de la loi « *Enterprise Act 2002* ».

Une Ordonnance d'Administration Judiciaire sera prononcée si la Cour se satisfait que :

- la société est insolvable ou a de fortes chances de le devenir ; et
- l'Ordonnance a de bonnes chances de voir l'Administration produire les effets escomptés – voir 1,2 & 3 au paragraphe 1 ci-dessus.

Si le requérant est le détenteur d'un nantissement lui donnant une préférence, il n'aura pas à démontrer que la société n'est pas en mesure de payer ses dettes. La Cour doit toutefois se satisfaire que le type de nantissement du requérant lui donne bien ce droit et que cet instrument est bien devenu exécutoire.



2.2. Procédure simplifiée – « out of court »

Cette option est ouverte à :

- La société ou ses mandataires sociaux ; ou
- Le détenteur d'un nantissement préférentiel.

Il existe certaines restrictions à l'utilisation de la procédure « *out-of-court* », pour empêcher que l'Administration ne soit utilisée comme un outil simple et rapide pour tenter de désintéresser les créanciers en période de difficulté. Toutefois, ces restrictions ne s'appliquent pas quand la requête à la Cour est effectuée par la société ou ses mandataires sociaux.

Comme pour la procédure auprès de la Cour, une notification doit être remise à toute personne en droit de nommer un Administrateur, ou détenteur d'un nantissement ouvrant droit à nommer un Administrateur, pour demander leur accord formel écrit pour sa nomination. A l'expiration du délai de validité de cette notification, un avis de nomination devra être enregistré auprès de la Cour, le jour et l'heure de cet enregistrement étant le point de départ officiel de la nomination de l'Administrateur.

3. Principal effet de l'Administration – le moratoire

Lors de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance d'Administration, toute demande pré-existante pour la dissolution de la société est automatiquement déboutée (ou suspendue si la nomination de l'Administrateur est effectuée par le détenteur d'un nantissement lui donnant cette prérogative).

Si la société est déjà en Administration Judiciaire (« *Administrative Receivership*»), la Cour ne l'autorisera que si la personne qui a fait procéder à cette nomination y consent. L'Administrateur Judiciaire devra démissionner à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance.

Si la société est déjà en liquidation lorsque la Cour prononce l'Ordonnance d'Administration Judiciaire, elle mettra fin également à la liquidation et au mandat du liquidateur.

Un des aspects les plus attractifs de la procédure d'Administration est qu'elle ouvre dans la plupart des cas une période de moratoire statutaire qui met la société à l'abri de ses créanciers. Les poursuites des ces derniers sont alors gelées, permettant à l'Administrateur de se concentrer sur la réorganisation de la société et de la vente de ses actifs sans avoir à gérer les tentatives de créanciers privilégiés de faire valoir leurs droits. Aucune procédure d'insolvabilité ne pourra être engagée, ni aucune procédure juridique (poursuites judiciaires, exécution, saisie) – ou continuée si elle est en cours – contre la société ou tout bien de la société, sans l'accord préalable de



l'Administrateur ou l'autorisation de la Cour.

L'Administrateur Judiciaire pourra alors profiter du calme imposé par le moratoire pour mettre en place un CVA ou élaborer un plan d'action mûrement réfléchi pour disposer des actifs de la société.

Il est toutefois important de noter que ce moratoire n'empêche pas la rupture d'un contrat qui incorporerait le droit pour le cocontractant de mettre fin au contrat si une société est placée en Administration (clause standard dans les contrats commerciaux). L'Administrateur peut alors avoir besoin de négocier avec les fournisseurs/clients importants qui disposeraient de tels contrats pour les convaincre de continuer à traiter avec la société.

4. Le rôle de l'Administrateur

Un Administrateur est membre d'une profession réglementée – il est un « Licensed Insolvency Practitioner ». Il est doté de pouvoirs importants lui permettant de poursuivre l'activité commerciale de la société et de vendre ses actifs. Les trois fonctions clés de l'Administrateur :

- contrôler les actifs de la société;
- préparer des propositions pour approbation par les créanciers;
- mettre en œuvre ces propositions une fois approuvées.

Il est tenu d'exercer ses fonctions dans l'intérêt de tous les créanciers, avec toute la diligence et l'efficacité que lui permettent les circonstances.

Ses frais sont généralement couverts par la société qu'il administre.

5. Vente de l'activité commerciale

Comme mentionné ci-dessus, bien que le but principal de l'Administration soit la poursuite de l'activité de la société, en pratique, la société est souvent vendue « *as a going concern* », souvent par le biais d'un « *hive down* » : l'activité commerciale est transférée à une filiale nouvellement créée, celle-ci est ensuite revendue à un acheteur. Cette procédure présente non seulement des avantages fiscaux ; elle permet aussi de laisser dans la société en Administration ceux des actifs peu attractifs, et dans certains cas des passifs de la société, qui peut alors être dissoute.



6. Le « prepack », une pratique peu encadrée et parfois abusée

Dans une administration de type « *prepack* » (voir 1.1 ci-dessus), la vente de l'activité et/ou des actifs est organisée avant que l'Administrateur ne soit formellement nommé. Ces « *prepack* » sont quelque peu controversés, parce que les créanciers ordinaires n'ont pas à être alertés de sa mise en place, ce qui les écarte automatiquement d'un possible vote sur la proposition de « *prepack* ». Il n'existe également aucune structure statutaire pour encadrer cet instrument ; l'Administrateur n'a aucune obligation d'obtenir l'approbation préalable et formelle de la Cour ou des créanciers pour tous ses actes, comme ce serait le cas dans le cadre d'une Administration normale.

La principale critique adressée au « *prepack* » est que la société peut être assez facilement revendue à ses actionnaires d'origine, ce qui leur permet de se débarrasser de certains actifs 'encombrants' ou de ses dettes. Cet expédient, qui permet certes de ne pas honorer des créances, ne résout souvent pas les problèmes de fonds d'une société en difficulté. Une restructuration passant par une Administration formelle est souvent nécessaire si la société doit survivre sur le long terme.

7. Quelques conseils pratiques aux créanciers

7.1 Actifs

Le moratoire automatique imposé une fois que la société entre en Administration signifie qu'il n'est généralement pas possible pour un créancier d'entamer ou de continuer des poursuites contre la société ou ses actifs. Il existe des exceptions, et en pratique, les contentieux mettant en cause des actifs autres que purement monétaires obtiendront plus souvent gain de cause, ce qui est rarement le cas pour les contentieux purement monétaires. On pense en particulier à des biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété – un créancier a livré des produits à la société et peut parfois les récupérer s'ils n'ont pas encore été vendus.

7.2 Limitations de temps

Souvent, la meilleure option pour un créancier est de soumettre les détails de ses créances à l'Administrateur par le biais d'un Etat des Créances (« Proof of Debt ») et d'attendre que l'Administrateur l'approuve. Toutefois, comme les limites de temps sur les créances continuent de courir pendant la période d'Administration, il peut être judicieux pour un créancier :

- soit d'obtenir de l'Administrateur une reconnaissance formelle des dettes de la société – qui a pour effet de redémarrer la période de limitation;
- soit d'obtenir une suspension totale de cette limitation (« stay of limitation »), minimisant ainsi le risque que la créance devienne caduque car ayant dépassé la limite de temps.



7.3 Comité de Créanciers

Il est parfois utile de se faire nommer comme membre de ce groupe, qui rassemble en général les créanciers les plus importants en valeur. Bien que l'Administrateur ait un devoir légal de rendre-compte régulièrement aux créanciers de la société de ses travaux, être membre d'un Comité de Créanciers permet d'accéder à des d'informations plus détaillées sur la gestion de l'Administration, voire travailler plus étroitement avec l'Administrateur et donc avoir une certaine influence auprès de lui.

8. L'Administration, une option plus attractive que la liquidation

L'Administration n'est qu'une des nombreuses procédures formelles impliquant une société en situation financière critique. Bien qu'elle puisse éventuellement mener à la liquidation de la société, son activité commerciale peut être sauvegardée, en tout ou partie, par la vente ou un « *hive down* »³ à un tiers.

L'Administration a aussi l'énorme avantage d'imposer un moratoire statutaire qui protège la société de la plupart des recours de ses créanciers, lui octroyant le temps nécessaire à se rétablir et assurer une certaine pérennité à sa valeur commerciale. Elle représente aussi une option pragmatique et attrayante dans de nombreux cas, car elle donne la possibilité d'accéder à l'Administration soit par recours à la Cour (utile pour une Administration complexe et d'envergure importante), soit par la voie plus informelle de l'« *out-of-court* » (solution rapide, flexible et moins coûteuse).



Joanna Ford

Solicitor

t: +44 (0)1892 506 040 | e: joanna.ford@crippslaw.com

³ Voir « 5. Vente de l'activité commerciale » ci-dessus.



Le concept de négociations « without prejudice », pilier incontournable de la méthode de règlement des conflits en droit anglais

Le terme « *Without Prejudice* » (« *WP* ») est utilisé de manière extensive en droit anglais dans le cadre des contentieux commerciaux et en droit social. Cette expression parfois mal comprise est pourtant l'expression d'un concept fondamental de droit anglais dans le règlement des conflits de la vie quotidienne des affaires. Nous en expliquons ici la signification, puis nous examinons des développements de jurisprudence récente en droit social.

WP - Genèse et raison d'être

Le terme *WP* recouvre des déclarations écrites ou orales faites au cours de discussions entre les parties d'un litige. L'expression figure alors en tête des communications qu'elle entend couvrir.

De telles discussions ne peuvent être admises comme preuve devant les tribunaux dans le cadre d'un contentieux. Des discussions *WP* sont donc officieuses. Leur objectif est de faciliter les échanges entre parties adverses, libérées des contraintes du contentieux formel, pour leur permettre de trouver un compromis à l'amiable. Le tout sans avoir à craindre que ces discussions ne viennent 'polluer' le conflit officiel en affaiblissant la position de la partie qui les initie, au cas où ces tentatives de compromis seraient utilisées contre elle devant les tribunaux.

Un arrêt de jurisprudence important en la matière est ***Unilever plc v The Procter & Gamble Co (2000)***. Il formalisa le principe qu'il existe des avantages à permettre aux parties de faire des propositions – voire des concessions – visant à résoudre un conflit à l'amiable, sans la crainte que ce qui est dit ou écrit ne puisse être utilisé contre elles dans un procès. Cet arrêt a aussi encadré les conditions de validité des discussions *WP*.

Il est d'usage que les parties dans un litige expriment clairement, oralement ou par écrit, leur intention d'une discussion *WP*, et ce en amont de leur discussion. Toutefois, l'utilisation du terme *WP* en soi ne garantit pas automatiquement la protection *WP*. Pour en bénéficier, une tentative réelle de compromis doit avoir eu lieu.



Il existe ainsi des conditions préalables pour qu'une discussion WP ait réellement lieu:

- 1 l'existence d'un vrai litige en amont des déclarations *WP*;
- 2 le principe *WP* ne peut s'appliquer pour dissimuler un faux témoignage, du chantage ou toute manœuvre « clairement inappropriée ».

Application en droit social – Procédure *WP* en aval (et en parallèle) – de la procédure officielle

Un employeur qui entend licencier un salarié voudra souvent s'entendre à l'amiable sur les conditions de départ, alternative souvent préférable à une procédure longue et aux aléas d'un contentieux toujours possible. L'utilisation de discussions *WP* est alors appropriée, mais l'employeur ne peut pas engager la discussion sur cette base sans avoir au préalable entamé un processus de licenciement officiel, respectant une procédure formelle. Dans l'arrêt *BNP Paribas v Mezzotero* (2004), l'employeur avait commis l'erreur d'entamer des discussions *WP* sans informer formellement sa salariée au préalable qu'elle faisait l'objet d'une mesure de licenciement. Le tribunal de prud'hommes avait jugé que les propositions faites par l'employeur à sa salariée n'étaient pas couvertes par le sceau du *WP*, puisqu'il n'y avait pas officiellement de conflit.

L'approche correcte consiste à entamer une procédure de licenciement classique, en respectant la procédure prescrite avant d'engager des discussions *WP*. Outre s'assurer que ces négociations seront bien couvertes par la protection du statut *WP*, ce qui est essentiel, cette approche a aussi l'avantage de laisser à l'employeur la latitude de poursuivre une procédure de licenciement officielle en parallèle, si les négociations amiables n'aboutissent pas. Il a ainsi 'deux fers au feu', et il démontre indirectement au salarié qu'il est sur de sa position, puisqu'il ne craint pas d'en passer par une procédure officielle s'il le faut.

Faux témoignage, chantage ou manœuvre « clairement inappropriée »

Le concept *WP* ne peut pas s'appliquer dans ces situations, c'est-à-dire quand il y a une intention manifeste de contourner la loi ou d'induire délibérément l'autre partie en erreur.

Parallèlement, on a pu observer une forte augmentation des contentieux sur la base de la discrimination, pour deux raisons:



- 1 ce motif peut être invoqué par un salarié sans contrainte de temps, contrairement au licenciement abusif, qui exige que le salarié ait au moins un an d'ancienneté, ou le licenciement économique – deux ans d'ancienneté;
- 2 les dommages et intérêts pour discrimination ne sont pas plafonnés, contrairement à ceux relatifs aux autres motifs de recours.

Il est devenu coutumier qu'un salarié invoque systématiquement la discrimination, souvent pour renforcer sa position de négociation, plutôt que pour une raison de fonds. La question s'est posée de savoir si ce grief pouvait échapper aux négociations *WP*. Un arrêt récent est venu clarifier l'interprétation de situations parfois très subjectives.

L'arrêt de jurisprudence **Woodward v Santander UK plc 2010** confirma que le terme « *Without Prejudice* » ne pouvait être utilisé pour dissimuler toute manœuvre « clairement inappropriée ».

Diana Woodward était employée par Abbey National plc (maintenant Santander UK plc) entre 1991 et 1994. Elle fut licenciée en novembre 1994 et engagea des poursuites contre son employeur pour discrimination sexuelle et licenciement abusif. Ce litige fut réglé en novembre 1996. La recherche d'emploi qui suivit son licenciement étant restée peu fructueuse, Diana Woodward, qui sollicitait Santander pour toute demande de référence pour un emploi potentiel, conclut que ces références – qu'elle imagina négatives – l'empêchaient de trouver un nouvel emploi. Elle engagea donc de nouvelles poursuites contre Santander. Ce faisant, elle chercha à utiliser des preuves émanant de négociations *WP* datant de 1996, en particulier le refus d'Abbey à l'époque de lui fournir une référence (pratique courante dans un tel accord à l'amiable). Son argumentation se fonda en particulier sur l'état d'esprit qu'elle qualifia de vexatoire et revanchard de la part d'Abbey à l'époque des négociations *WP*, ce qui entacherait de nullité le caractère *WP* de ces mêmes négociations. En conséquence, une brèche importante pouvait s'ouvrir dans le concept de négociations *WP*, la discrimination y échappant potentiellement, en tout ou partie. En l'occurrence, les références fournies par l'ancien employeur de Diana Woodward n'étaient en rien fallacieuses, mais une demande de référence n'avait pas été suivie d'effet à la suite d'une simple erreur administrative.

Le tribunal de Prud'hommes conclut en l'espèce que l'employeur n'avait pas délibérément tenté de nuire à son ex-salariée et n'était donc pas coupable d'une manœuvre « clairement inappropriée ». Le tribunal en conclut aussi que le principe *WP* s'appliquait bien aux cas de discrimination, dans les mêmes conditions que pour tout autre grief.



Il en ressort que tout employeur doit s'assurer avant d'entamer une discussion qu'il entend être WP :

- qu'une procédure a bien été entamée, qui est le signe qu'un conflit existe bel et bien et que le salarié en a été notifié formellement ;
- que le terme « Without Prejudice » précède toute discussion et figure sur toute communication avec le salarié concerné;
- que toute tentative de faux témoignage, chantage ou manœuvre « clairement inappropriée » rendraient la protection WP inopérante.



Laurence Cook

Legal Assistant

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



Nos Références


Advised
Canadian Group
**Processia
Solutions Inc.**
in its complex acquisition of a
majority stake in UK based
IP3 Technologies Ltd




Advised
French research company
Staphyt
in its acquisition of a
majority stake in
Oxford Plant Sciences
one of the largest biological
testing facilities in the UK



Advised
Nicolas
in the disposal of
Oddbins
and its 175 stores across
England, Scotland
and Ireland to
Ex Cellar Investment



Advised
**Trans Global Group
Limited**
on the purchase of
**Transtar Freight
Forwarders Limited**




Advised on the acquisition of
teenage magazine Bliss by
Panini UK Limited
from
**EMAP Consumer
Media Ltd**



Advised
Goldshield Group plc
on a planned demerger
of part of its group



Advised Swiss multinational
**Geberit
International BV**
on the sale of Geberit (UK)
Limited and its wholly own
subsidiary Geberit Limited to
the Polypipe Group
for £42.5 million



Advised
UbiFrance
in the set up of the their new
UK HQ



Advised
Feedback plc
on a share placing




Cripps Harries Hall LLP
Wallside House
12 Mount Ephraim Road
Tunbridge Wells
Kent TN1 1EG

T: +44 (0)1892 515 121
F: +44 (0)1892 544 878
E: reception@crippslaw.com
DX: 3954 Tunbridge Wells
www.crippslaw.com

London Office
53 Chandos Place
London WC2N 4HS
T: +44 (0)20 7930 7879