

Les clauses de bad leaver et good leaver

Description

La clause de bad leaver et de good leaver, lorsqu'elle est insérée dans un [contrat de pacte d'associés](#), elle doit être rédigée avec précaution. Cette clause concerne en effet les hommes clés de la société, c'est-à-dire ceux exerçant une fonction opérationnelle dans la société.

La clause de bad leavers est l'une des clauses pouvant être insérées dans un pacte d'associés au même titre que :

- la [clause de retrait ou de sortie garantie](#) ;
- la [clause de buy or sell](#) ;
- la [clause de liquidité](#) ;
- la [clause d'anti-dilution](#) ;
- la [clause de ratchet](#) ;
- la [clause de cession forcée](#) ;
- la [clause de drag along](#) ;
- la [clause léonine](#) ;
- la [clause de droit de sortie conjointe](#) ;
- la [clause d'agrément](#) ;
- ou encore la [clause de préemption](#).

Toutes ces clauses vont avoir des buts différents et permettre de renforcer certaines obligations ou de définir certains avantages pour des associés ou encore de définir la marche à suivre en cas de situation exceptionnelle (départ d'un associé, dissolution de l'entreprise, etc.).

[Modèle de pacte d'associés avec clause de bad leavers, good leavers](#)

[Créer ma SAS en ligne](#)

[Modèle de statuts de SAS](#)

Qu'est-ce qu'une clause de good leaver/bad leaver ?

Une clause de good leaver/bad leaver peut être insérée dans les statuts de la société. Mais elle est le plus souvent décidée lors de la rédaction du pacte d'associés. Pour rappel, le pacte d'associés est une convention en vertu de laquelle les associés de la société décident de l'organisation et du fonctionnement de la société. Le pacte

d'associés constitue un acte distinct des statuts.

La clause de good leaver, bad leaver est une clause inspirée du droit anglo-saxon, prévoyant le rachat et donc [le transfert des parts sociales](#) des associés sortants accompagnée d'un mécanisme de sanction ou de récompense selon les situations. Ce type de clause fait partie des pratiques de management package puisqu'intervenant généralement dans les opérations de Leverage Buy Out (LBO). Pour mémoire, le LBO est un [rachat d'une entreprise](#) par le biais d'une [holding SAS](#). La clause de bad leaver ne doit pas être confondue avec une [clause d'exclusion](#).

En France, les clauses de bad leaver/bad leaver sont considérées comme des **promesses unilatérales de vente d'actions**. C'est pourquoi, elles sont régies par le [nouvel article 1124 du Code Civil](#) encadrant le régime des promesses unilatérales de vente.

Zoom : La clause de good leaver/bad leaver peut être incluse directement au sein des statuts. Vous pouvez ainsi faire appel à un professionnel tel que LegalPlace pour la rédaction de vos statuts lors de la [création de votre SAS](#). A un prix réduit, nos équipes se chargent de rédiger des statuts adaptés à vos exigences, en y incluant des clauses spécifiques. Nous vous permettons ainsi de créer une société conforme à votre vision.

Le principe de la clause de bad leaver

La clause de good leaver/bad leaver est, en principe, exigée par les investisseurs de la société. Elle permet de **maintenir les hommes clés au sein de la société pendant une certaine durée**, mentionnée dans les dispositions de la clause. Les hommes clés de la société sont, par définition, les fondateurs et les associés exerçant des fonctions opérationnelles au sein de la société (Président et directeur général par exemple).

En vertu de la clause de bad leaver, l'associé sortant avant la date prévue de départ est considéré comme un « mauvais partant ». Celui-ci est donc sanctionné : en application de la clause de bad leaver, ses parts sociales sont rachetées par les autres associés à un prix défavorable, c'est-à-dire en-deçà de leur valeur vénale.

Attention ! Les conditions de détermination du prix de rachat des parts sociales doivent être déterminées à l'avance dans les dispositions de la clause de bad leaver.

La clause de bad leaver est notamment destinée aux **hommes clés licenciés pour faute grave ou pour faute lourde**. Pour rappel, une faute grave est considérée par la

jurisprudence comme une violation des obligations contractuelles du salarié d'une importance telle que le maintien du salarié dans la société, en tenant compte du délai de préavis, est impossible. La faute lourde est le type de faute la plus grave justifiant un licenciement : il s'agit d'une intention de nuire directement à l'employeur ou à la société. En cas de contentieux, l'intention de nuire sera appréciée souverainement par les juges prud'homaux.

Bon à savoir : La clause de bad leaver est également déclenchée **en cas de démission** de l'homme clé (fondateur ou associé exerçant une fonction opérationnelle par exemple).

Attention ! Le « bad leaver » ne peut pas s'opposer au rachat de ses parts sociales.

Quid du « good leaver » ?

Il n'existe aucune obligation légale de coexistence entre la clause de bad leaver et la clause de good leaver. Néanmoins, en pratique, cela est très fréquent. En effet, comme la clause de bad leaver implique des sanctions, il convient de récompenser les « good leavers », c'est-à-dire les hommes clés respectant les dispositions fixées entre les associés.

Le « good leaver » est l'associé considéré comme celui ayant accompli les objectifs fixés dans la clause. En particulier, cela signifie que l'homme clé est resté au moins toute la durée mentionnée dans la clause de good/bad leaver.

En vertu de la clause de good leaver, si un associé est considéré comme un « bon partant », alors il sera récompensé et pourra céder ses parts sociales à un prix avantageux.

Attention ! Il convient de rédiger la clause de good leaver avec précaution, notamment en précisant les conditions de départ des hommes clés. En effet, un « good leaver » est le fondateur ou l'associé qui quitte la société [en cas de décès](#), de problèmes de santé, d'incapacité mais également en cas de désaccords sur les décisions et les orientations stratégiques de la société.

Les conditions de validité de la clause de good leaver/bad leaver

Les clauses de good leaver/bad leaver étant plutôt contraignantes, elles doivent respecter certaines conditions pour être valables d'un point de vue juridique.

En particulier, les clauses de bad leaver et good leaver doivent prévoir :

- **une durée d'application** : il convient de mentionner la durée pendant laquelle les hommes clés doivent rester dans la société pour être qualifiés de « good leaver » ;
- **la détermination du prix de rachat** : pour ce faire, il est possible de recourir à divers mécanismes tels que **faire appel à un expert** pour fixer le prix de rachat des parts sociales de l'associé sortant, **déterminer le prix en fonction de la dernière augmentation du capital** de la société ou, le cas échéant, recourir à un expert. Cette option peut être utile notamment en cas de contentieux, conformément à [l'article 1843-4 du Code Civil](#). Enfin, il est possible d'**utiliser une formule précise** permettant de fixer le prix de rachat des parts sociales de l'associé sortant. Dans ce cas, la formule doit être expressément mentionnée dans les dispositions de la clause de good/bad leaver insérée dans le pacte d'associés ;

Exemple de formule : $6 \times \text{EBITDA} - \text{Dette}$, en définissant précisément le calcul de l'EBITDA et de la dette.

Bon à savoir : Dans le cas d'une clause de bad leaver, il est également possible de prévoir une **décote unique** ou une **décote progressive** du prix de rachat des parts sociales selon, par exemple, le nombre d'années qu'est resté l'homme clé dans la société avant de la quitter.

- **les conditions de qualification d'un bad leaver et d'un good leaver** : en principe, le licenciement pour faute grave ou pour faute lourde ainsi que la démission permet de qualifier un homme clé de « bad leaver ». A contrario, un fondateur ou un associé avec des fonctions opérationnelles dans la société ayant accompli les objectifs fixés dans les dispositions de la clause sera qualifié, en pratique, de « good leaver » ;
- **les conditions de mise en œuvre de la clause de bad leaver** : il convient notamment de décrire précisément la procédure d'application de ladite clause.

Modèle de clause de good leaver, bad leaver

Voici un exemple de rédaction de clause de good leaver, bad leaver basée sur une détermination du prix par une formule ainsi qu'une décote progressive (selon le nombre d'années pendant lequel l'associé partant est resté dans la société).

« Personne(s) Clé(s) désigne la (les) personne(s) suivante(s) :

- ____, exerçant à la date des présentes la fonction de ____ ;
- ____, exerçant à la date des présentes la fonction de ____ . »

« Article __ : Cessation des fonctions

La cession au titre de ladite promesse sera réalisée moyennant un prix par Titre :

- en cas de good leaver, _____ (détermination du prix) ;
- en cas de bad leaver intervenant avant le __/__/__ inclus (date de cessation de fonction de l'homme clé), calculé sur la base de ____% (pourcentage de décote), _____ (détermination du prix) ;
- en cas de bad leaver intervenant entre la date visée à l'alinéa précédent et le __/__/__ (inclus) (date de cession de fonction de l'homme clé), calculé sur la base de ____% (pourcentage de décote), _____ (détermination du prix) ;
- en cas de bad leaver intervenant après la date visée à l'alinéa précédent, _____ (détermination du prix). »

Les sanctions prévues en cas de non-respect de la clause de good leaver/bad leaver

En cas de violation de la clause de good leaver/bad leaver, des sanctions dissuasives sont prévues. En effet, tout manquement aux dispositions du pacte d'associés est répréhensible par la loi. En particulier, si la preuve de la violation du pacte d'associés est rapportée, alors la victime du préjudice peut prétendre à **l'octroi de dommages et intérêts**.

Dans certains cas, il est même possible d'exiger **l'exécution forcée** de la clause de good leaver, bad leaver.

La licéité de la clause de bad leaver : jurisprudence

La clause de bad leaver étant coercitive, la question se pose de la licéité de ce type de clauses dans un pacte d'associés. La jurisprudence est par ailleurs plutôt prolifique à ce sujet.

Clause de bad leaver et droits fondamentaux de l'associé

En ce qui concerne la clause de bad leaver, se pose la problématique de sa compatibilité avec les droits fondamentaux accordés aux associés d'une société.

En premier lieu, **le droit de demeurer associé** est un principe indispensable du droit des sociétés. Néanmoins, la jurisprudence a admis la possibilité d'inclure des clauses de bad leaver. Comme la cette clause entraîne, de facto, une privation du droit de demeurer associé, il est essentiel que celle-ci respecte l'intérêt général ainsi que les contraintes stipulées dans ses dispositions.

La clause de bad leaver peut également porter atteinte au **droit de propriété des associés**. En effet, la clause de bad leaver, en obligeant l'associé sortant à céder ses parts sociales à un prix moindre, obéit à une logique de sanction. L'associé dit « bad leaver » n'a alors aucune garantie, ce qui peut être considéré comme une violation du principe de droit de propriété des associés, comme cela fut relevé par [la chambre commerciale de la Cour de Cassation dans un arrêt du 3 février 2015](#). Dans le même arrêt, la licéité de la clause fut néanmoins confirmée.

Attention ! Toute clause portant atteinte à un droit fondamental est frappée de nullité. C'est pourquoi, il convient de rédiger la clause de bad leaver avec précaution.

Bon à savoir : La clause de bad leaver n'est pas considérée comme une clause d'exclusion, comme le démontre [un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 29 septembre 2015](#).

Clause de bad leaver et droit du travail : les droits de l'associé salarié

En vertu de [l'article L1331-2 du Code du Travail](#), toute clause prévoyant des sanctions pécuniaires est réputée non écrite. Or, la clause de bad leaver, puisque stipulant une obligation de rachat de parts sociales à un prix désavantageux, peut être appréciée comme une sanction pécuniaire à l'égard de l'associé salarié de la société. Cette problématique est soulevée par un [arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 7 juin 2016](#). Dans cet arrêt, la Cour de Cassation rappelle que seules les sanctions disciplinaires à l'encontre des salariés sont visées par [l'article L1331-2 du Code du Travail](#). De facto, la clause de bad leaver ne constitue pas une violation des dispositions de cet article et reste parfaitement légale pour les associés salariés.

Il existe par ailleurs un risque de requalification de la clause de bad leaver en clause pénale. Pour rappel, une **clause pénale** est une clause en vertu de laquelle le montant de dommages et intérêts est prévu à l'avance en cas de manquement à des obligations contractuelles. Néanmoins, peu de décisions prétorienne démontrent ces

aléas.

Attention ! En cas de décote abusive, le juge peut réviser le prix de rachat des parts sociales de l'associé sortant.

Clauses de good leaver, bad leaver : les précautions à prendre

Ne pas référer à [l'article 1843-4 du Code Civil](#) dans les dispositions de la clause

Pour garantir une sécurité juridique optimale, il vaut mieux éviter de référer à cet article, qui fait souvent polémique en matière de fixation du prix de cession des titres dans le cadre d'une clause de good leaver, bad leaver. Si les associés ont décidé de faire appel à un expert ou de fixer le prix selon une formule pré-établie, il est conseillé de citer [l'article 1592 du Code Civil](#) encadrant le recours à un tiers en cas de désaccord sur la détermination du prix.

Clause de bad leaver et associé salarié : attention !

En raison de [l'article L1131-3 du Code du Travail](#), il convient de rédiger avec précaution la clause de bad leaver s'appliquant à des associés salariés de la société. Pour ce faire, vous pouvez utiliser notre modèle de [pacte d'associés](#) conforme à la loi en vigueur.

Toutefois, d'après [un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 7 juin 2016](#), il a été jugé qu'un salarié qui investit dans la holding qui contrôle la société employeuse n'est désormais plus protégé par les dispositions du Code du Travail dans le cas de la mise en application d'une clause de bad leaver.

Renforcer contractuellement la clause de good leaver/bad leaver

Afin de se prémunir contre les risques de violation de la clause de good/bad leaver, il peut être judicieux de renforcer la sécurité juridique des dispositions de ladite clause. En particulier, le nantissement des titres peut être une option intéressante afin de rendre ces derniers quasi-indisponibles jusqu'à la levée de l'option.

Bon à savoir : N'oubliez pas de rendre la société partie au pacte d'associés afin de pouvoir lui opposer les droits résultant de la clause de good leaver/bad leaver. Par ailleurs, comme vu précédemment, la clause de good leaver/bad leaver est régi

par le régime des promesses unilatérales consacré par le nouvel [article 1124 du Code Civil](#) créé par la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1er octobre 2016. À cet effet, la clause de good leaver/bad leaver a été renforcée contractuellement et obéit désormais à un encadrement juridique strict.

À noter : La [violation ou non respect d'une stipulation du pacte d'associés ou actionnaires est sanctionnée](#) selon le droit commun des violations fautives des obligations contractuelles, à savoir par la condamnation de celui qui n'a pas respecté ses engagement au paiement de dommages-intérêts.