



## La nouvelle qualification jurisprudentielle de la clause de « *bad leaver* » en clause pénale

**Résumé :** Dans un arrêt du 21 juin 2023, la Chambre commerciale de la Cour de cassation qualifie, sous la forme d'un obiter dictum, la clause dite de « *bad leaver* » en clause pénale prévoyant une décote du prix de cession des droits sociaux par l'associé auquel est reproché un comportement fautif causant son départ forcé, et lui applique le régime de la révision judiciaire. Le changement notionnel est d'une très grande importance pratique dans les opérations d'acquisitions de sociétés.



**Rémi SEILER**

Etudiant en M2 Droit bancaire et financier



**Edgar PRESCHÉZ**

Etudiant en M1 droit bancaire et financier



**Julius TORTEVOIX**

Etudiant en M1 droit bancaire et financier

### Cass. Com., 21 juin 2023, n°21-21.875

En l'espèce, le directeur général d'une SAS avait promis de vendre ses actions à d'autres associés en cas de révocation de ses fonctions. La promesse unilatérale de vente stipulait que les actions seraient cédées à un prix unitaire égal au prix unitaire de souscription, avec une décote de 1 %. Elle ajoutait que si la révocation était décidée pour faute grave, il y aurait « une réfaction de 20 % » sur le prix de souscription des titres, donc sur le prix de cession.

Révoqué pour faute grave parce qu'il avait exercé une action en justice contre la société, le dirigeant contestait ladite faute. Au sein d'un attendu de principe, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel et énonce au visa de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que la révocation d'un dirigeant de société ne saurait, à peine de

porter atteinte à une liberté fondamentale, être fondée sur la circonstance que ce dernier a introduit une action en justice à l'encontre de la société. En effet, le contenu du texte précise que : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* ». Par extension de cet arrêt applicable au dirigeant social, il est certain que l'on ne pourra pas exclure un associé au seul motif qu'il aurait assigné la société.

Le dirigeant chercha, en outre, à échapper aux dispositions de la promesse relatives au prix. Toutefois, dans un pourvoi incident, les bénéficiaires de cette clause de décote conditionnée reprochaient aux juges du fond d'avoir réduit son taux à 1 %. Au visa de l'ancien article 1152 du code civil - devenu depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1231-5, alinéa 2 du Code précité. Seule la cour d'appel de Rennes<sup>1</sup> avait jusqu'alors eu l'occasion de qualifier une clause de *bad leaver*

<sup>1</sup> CA Rennes, 17 févr. 2015, n° 13/03647

de clause pénale révisable comme telle par le juge - la Haute juridiction désapprouve les juges du fond, auxquels elle fait le reproche d'avoir réduit le montant de la clause pénale stipulée dans la promesse unilatérale de vente en retenant que les conditions de la cession, déjà très avantageuses, consenties par le promettant justifiaient la très substantielle réduction pratiquée, alors qu'il lui appartenait de rechercher si elle était manifestement excessive en considération du préjudice subi par les bénéficiaires de la clause.

En effet, le caractère manifestement excessif d'une clause pénale s'apprécie par rapport au préjudice subi par le bénéficiaire de la clause<sup>2</sup>. La référence à l'économie du contrat est dépourvue de tout effet. Pour ce motif, l'arrêt est sur ce point cassé.

En rappelant les conditions de la modération des clauses pénales, la Cour de cassation admet qu'une clause de décote conditionnée, aussi appelée clause de *bad leaver*, puisse être qualifiée de clause pénale.

### **I – La qualification de la clause de *bad leaver* en clause pénale**

La Cour de cassation entérine la qualification de clause pénale pour une clause de *bad leaver*, et lui applique le régime de la révision judiciaire. Ces clauses sont celles par lesquelles les parties prévoient à l'avance que le prix de cession des titres sociaux sera fixé dans certaines hypothèses, en tenant compte d'une pénalité qui prendra la forme d'une décote du prix de cession des droits sociaux. Sont essentiellement concernées par ces mécanismes, le rachat des titres détenus par des associés exclus de la société, à raison de leur comportement défaillant, ou les associés, qui perdant leur qualité de salarié par l'effet d'un licenciement pour faute, sont contraints de céder leurs titres sociaux.

Toutefois, cette situation ne présente aucun caractère dolosif, car la clause est signée au moment de l'entrée dans la société et non lors de la cession des titres. L'associé concerné accepte, en connaissance de cause, de prendre un risque qu'il est à même d'apprécier, ou en tout cas d'évaluer avec une précision suffisante. Il accepte par avance le risque financier.

Le principal apport de cette solution est la qualification de clause pénale retenue pour la clause de *bad leaver*, qualification qui ouvre la voie à sa modération judiciaire.

### **II – Le régime applicable à la clause de *bad leaver* qualifiée de clause pénale**

Le pouvoir de modification du contrat accordé au juge pourrait atteinte à la force obligatoire du contrat. Cependant, l'alinéa 1er de l'article 1231-5 du Code civil et anciennement 1152 du même Code restreint ledit pouvoir puisqu'il rappelle que « *lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ». Le pouvoir accordé au juge de modérer ou de majorer la pénalité contractuelle est conçu comme exorbitant du droit commun des contrats car sa conception a pour but d'éviter les excès. C'est pourquoi, il est essentiel de constater une peine « *manifestement excessive* ». L'excès est une disproportion. La clause pénale étant réputée fixer un montant de dommages et intérêts, il s'agit nécessairement du préjudice effectivement subi par le créancier qui est la mesure de l'excès. Se conformant à la jurisprudence passée<sup>3</sup>, la Chambre commerciale de la Cour de cassation invite, dans le présent arrêt, les juges à « *rechercher si la peine prévue était manifestement excessive en considération du préjudice réellement subi par les bénéficiaires de la clause* ».

<sup>2</sup> Cass. com., 11 février 1997, n° 95-10.851

<sup>3</sup> Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10.851

La clause de *bad leaver* ayant la qualification et par conséquent le régime de la clause pénale, il apparaît opportun de s'interroger sur la situation où un associé cède ses titres après avoir été licencié.

### III- Des incertitudes demeurant à l'égard des salariés

La solution retenue par la Haute juridiction est source d'incertitude dans le cas où l'associé concerné cède ses titres après avoir été licencié. La nouvelle qualification de la clause de *bad leaver* pourrait s'apparenter à une sanction pécuniaire infligée au salarié. D'autant plus que l'article L. 1331-2 du Code du travail prohibe de telles clauses. Néanmoins, la Chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas encore rendu d'arrêt en ce sens puisque dans un arrêt du 7 juin 2016<sup>4</sup> elle a soutenu que la clause d'un pacte d'actionnaires entre un salarié, actionnaire de la société qui l'emploie, et la société mère, prévoyant la promesse de la cession de l'intégralité de ses actions en cas de perte de son statut d'employé, peu important la raison. En cas de licenciement non disciplinaire, le prix de cession, déterminé par un expert et dégradé d'un coefficient 0,5, n'est pas considéré comme une sanction pécuniaire prohibée. En effet, la clause ne vise pas à punir un comportement fautif du salarié selon l'employeur, mais s'applique uniformément dans tous les cas de licenciement non disciplinaire.

### IV – En conclusion

La Cour de cassation<sup>5</sup> a déjà affirmé que « *constitue une clause pénale [...] la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ». Ainsi l'objet d'une clause pénale est la fixation forfaitaire des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution d'une obligation. Les parties au contrat

consentent à échapper à l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts et garantir l'exécution du contrat.

La qualification de clause pénale correspond difficilement à une clause de décote, dont l'objet est de définir les modalités de calcul du prix de cession. En effet, même si cette décote est conditionnée et dépend du comportement du cédant, il ne s'agit pas de sanctionner le manquement à une obligation résultant de la promesse de cession mais de sanctionner un comportement défini comme fautif par le contrat. Pour autant, l'indivisibilité contractuelle entre le pacte d'associé et la promesse unilatérale permet d'appréhender une faute contractuelle exogène à la promesse mais incontestablement inhérente à l'ensemble contractuel. Dans cette occurrence, la décote ne pourrait-elle pas être constitutive d'une peine forfaitaire ? C'est dans ce sens que la Cour de cassation semble s'orienter.

En outre, une telle faute cause un préjudice à la société, non aux bénéficiaires de la promesse. Dès lors, que la clause de *bad leaver* est une clause pénale, il convient d'expliquer que le préjudice subi par la société puisse être réparé par le biais d'une réduction du prix de cession des titres de l'associé fautif, dont profitent seuls les associés bénéficiaires de la promesse. La qualification de clause pénale pourrait être alors inopportune en pratique. Il appartiendra alors aux rédacteurs d'actes de veiller à anticiper ces difficultés de détermination du montant de la décote au prisme de l'excès et du préjudice subi par les cessionnaires ou la société. Une seule certitude : le juge s'invite désormais dans l'appréciation du montant de la clause de *bad leaver*.

<sup>4</sup> Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978

<sup>5</sup> Cass. 2e civ., 31 mars 2022, n° 20-23.284