

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Yanick Corminboeuf | Le : 8 mai 2023

Départ d'un employé actionnaire de la société : Les clauses good leaver / bad leaver qu'il faut prévoir contractuellement

1. Introduction

Dans la pratique, il arrive fréquemment que des [sociétés \(start-ups, PME, grandes entreprises\)](#) accordent des parts sociales à certains employés en guise de motivation, ainsi que dans le but d'accorder une participation directe au résultat de la société par le biais de la perception de dividendes. Dans ce cadre-là, il est souhaitable de conclure par la même occasion un pacte d'actionnaire avec l'employé à qui la société confère des actions propres, ou du moins de prévoir des clauses contractuelles dans le contrat de travail visant à régler ce qui en advient des actions en cas de départ de l'employé de la société.

Dans le cadre de conventions d'actionnaires, il est primordial de prévoir une clause good leaver / bad leaver, laquelle règle le sort des actions conférées à l'employé en cas de départ de l'entreprise de celui-ci. Dans la pratique, ces clauses peuvent prendre des formes très variées, et bien qu'elles se ressemblent, les clauses diffèrent selon les juridictions.

2. Good leaver

Il s'agit en premier lieu de définir les termes de good leaver et bad leaver dans la clause contractuelle. Les sociétés sont en principe libres de choisir les définitions, en respectant toutefois les limites de la liberté contractuelle.

En principe, le good leaver est un employé qui :

- part à la retraite ;
- est licencié ou démissionne suite à une maladie grave ou suite au décès de l'employé ;
- est licencié due au fait que sa position au sein de la société devient obsolète, et sans faute de la part de l'employé, par exemple suite à une fusion, un licenciement collectif, ou une évolution technologique rendant le poste en question obsolète ;
- demeure dans l'entreprise pour une durée minimale déterminée contractuellement.

La conséquence est qu'en cas de survenance d'un cas de figure good leaver, les parts sociales détenues par le good leaver sont rachetées par la société à la valeur réelle, ou du moins à un prix favorable.

3. Bad leaver

En ce qui concerne les cas de survenance bad leaver, ces derniers sont en pratique souvent définis en

fonction de ce qui constitue un motif de licenciement avec juste motif au sens de [l'art. 337 CO](#), mais peuvent également comprendre des cas moins graves.

Des exemples sont notamment les cas de figure suivants :

- Licenciement suite à une faute grave ;
- Licenciement suite à la commission d'une infraction pénale ;
- Violation d'une clause de non-concurrence ;
- Violation des conditions de la convention d'actionnaires ;
- Démission de l'employé avant une date prédéfinie contractuellement.

Concernant la démission volontaire, il n'existe aucun consensus dans la pratique, en ce sens que certaines sociétés considèrent ce comportement comme un cas de good leaver, tandis que d'autres estiment qu'il s'agit d'un cas de bad leaver.

La conséquence contractuelle d'un cas de bad leaver se solde par le fait que les parts sociales de l'employé sont rachetées par la société, les autres actionnaires ou associés à un prix défavorable, inférieur à la valeur vénale.

4. Dispositions légales à prendre en considération dans la rédaction des clauses

Se pose la question de savoir si les clauses de bad leaver sont assimilables à des clauses pénales au [sens de l'art. 160 CO](#), et si le juge a la faculté de modifier les clauses bad leaver qu'il estime excessives [au sens de l'art. 163 al. 3 CO](#).

En principe, tel devrait être le cas pour les constellations où l'employé commet une violation contractuelle. Ainsi, la clause bad leaver pourrait être assimilée à une peine conventionnelle, car l'on se trouve en présence d'une peine contractuelle typique, qui doit avoir un effet préventif.

Le Bundesgerichtshof allemand a également estimé que les clauses bad leaver pouvaient être contraire aux mœurs (sittenwidrig) voire nulles (nichtig), notamment dans un cas où un employé bad leaver a été dédommagé à une valeur dérisoire pour 49.6% des actions de qu'il détenait dans la société.

Dans tous les cas, il est préférable de faire preuve de mesure dans [l'élaboration de ces clauses, et de les faire rédiger par des professionnels](#), tout en tenant compte du cas individuel et concret.

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/depart-dun-employe-actionnaire-de-la-societe-les-clauses-good-leaver-badbrleaver-quil-faut-prevoir-contractuellement/>