

« En toute entreprise, il n'y a rien de plus funeste que de mauvais associés. »
Eschyle

AU SOMMAIRE

Focus : Clauses de « good/bad leaver », les
bonnes pratiques

*

Actu : Le registre des bénéficiaires effectifs

*

Quelques jurisprudences

*

Et aussi...

Pour se remettre dans le bain des affaires en ce début d'automne :

- Où en est-on sur la rédaction des clauses de good et bad leavers ?
- Quelle est cette nouvelle obligation à laquelle vous ne pourrez échapper, nommée déclaration de bénéficiaires effectifs ?
- Et enfin, le meilleur de la jurisprudence corporate de l'été !

FOCUS : CLAUSES DE "GOOD/BAD LEAVERS", LES BONNES PRATIQUES

Les clauses de "leavers" conclues avec les membres du management, à l'occasion de la mise en place d'un plan d'actionnariat salarié ou lors d'opérations de changement de contrôle les associant au capital aux côtés du repreneur, sont usuelles et clés pour ce type d'opérations. Elles ont pourtant longtemps souffert d'un environnement juridique incertain.

Fort heureusement, elles bénéficient désormais d'un cadre jurisprudentiel clarifié et de nouvelles règles qui ont renforcé leur sécurité et sensiblement amélioré leur efficacité. Parmi ces nouvelles règles figurent le nouveau régime de l'expertise (ordonnance 2014-863 du 31 juillet 2014) et les principes issus de la réforme du droit des obligations (ordonnance 2016-131 du 10 février 2016) en matière de promesse unilatérale de vente et d'exécution forcée.

Ainsi, à condition d'être attentifs à certains principes et de prendre quelques précautions pour leur rédaction, les clauses de "leavers" sont un outil fiable et efficace.

Voici un rapide tour d'horizon des bonnes pratiques qu'il est recommandé d'appliquer en la matière.

Les clauses de
« good/bad leavers »
bénéficient
désormais d'un
environnement
juridique clarifié.

#1 Où loger la clause de "good/bad leaver" ?

L'engagement de cession de ses titres par le manager-associé est le plus souvent formalisé par une promesse unilatérale de vente ou prévu dans le pacte d'associés. Le bénéficiaire de l'engagement de cession est généralement l'associé majoritaire mais il peut aussi s'agir de la société émettrice elle-même (qui pourra alors acquérir les titres et les annuler ou se substituer tout personne). Dans ce dernier cas (société bénéficiaire) il faudra être attentif à l'application éventuelle de certains principes de droit du travail si le promettant est salarié (voir au 2 ci-dessous) et non mandataire social.

Par le passé, compte tenu de la jurisprudence sur les promesses unilatérales de vente (la Cour de Cassation avait jugé que la promesse était révocable par le promettant tant qu'elle n'avait pas été exercée), certains praticiens avaient pris l'habitude de formaliser l'engagement de cession par une clause d'exclusion statutaire. La réforme du droit des obligations par l'Ordonnance du 10 février 2016 ayant désormais posé le principe de l'irrévocabilité de la promesse unilatérale, il n'y a plus d'inconvénient à recourir à la promesse plutôt qu'à la clause d'exclusion qui présente une certaine lourdeur (vote en assemblée à la majorité, l'associé exclu devant prendre part au vote et être entendu).

#2 Quelles règles pour la classification des départs en "good" ou "bad leaver" ?

Le manager est en général tenu de céder ses titres dans tous les cas de départ (invalidité, retraite, démission, licenciement, etc.), la classification du départ en "good" ou "bad leaver" servant uniquement aux fins de prévoir un prix de rachat différent selon le cas de départ (le "bad leaver" subissant le plus souvent une décote par rapport au prix offert au "good leaver").

Il est fréquent de classer le licenciement pour faute parmi les départs "bad leaver". Or, toute classification qui distingue selon que le licenciement est intervenu avec ou sans faute encourt un risque de nullité sur le fondement du droit du travail qui prohibe les sanctions pécuniaires à titre disciplinaire. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation (Cass. com. 7 juin 2016 n°14-17.978) rendu à propos d'une promesse qui prévoyait une décote (à savoir coefficient de 0.5 appliqué au prix lui-même fixé par un expert) pour tout départ résultant d'un licenciement autre que pour faute. La Cour de Cassation a décidé que cette décote ne constituait pas une sanction pécuniaire prohibée parce qu'elle s'appliquait à tous les cas de licenciement autres que pour faute ce dont on peut déduire – a contrario - qu'une décote spécifique au licenciement pour faute encourrait, elle, la nullité sur ce fondement.

Aussi, il est recommandé de bannir les décotes applicables spécifiquement au licenciement pour faute. On pourra néanmoins distinguer entre des départs "good" et "bad leaver" à condition d'englober dans les "bad leaver" tous les cas de licenciement sans distinction (aux côtés de la démission qui, en général, est elle-même un cas de départ "bad leaver").

#3 Quels principes retenir pour fixer le prix des titres des "bad leavers" ?

Le principe d'une décote en cas de "bad leaver" n'est pas en soi critiquable. Elle doit cependant rester raisonnable. Une décote très forte pourrait en effet être sanctionnée par une requalification en prix dérisoire. Par ailleurs certains principes (sanction des avantages manifestement excessifs obtenus d'une personne en état de dépendance, sanction des déséquilibres contractuels significatifs) issus de la réforme du droit des obligations doivent conduire à éviter tout excès et à décrire dans les accords le contexte et l'intention des parties qui fondent le mécanisme de décote.

De plus, une attention particulière doit être portée aux clauses de bad leaver qui sanctionnent le non-respect par un manager d'une obligation de faire (par exemple le refus d'apporter ses titres en cas de sortie), car le juge peut les qualifier de clause pénale et décider de réviser à la hausse ou à la baisse le prix prévu au motif qu'il ne répare pas suffisamment, ou au contraire qu'il sanctionne trop lourdement l'auteur du manquement au regard du dommage réellement causé.

#4 Comment rédiger la clause de prix et d'expertise ?

Depuis l'Ordonnance du 31 juillet 2014, dès lors que l'engagement de céder est prévu dans un contrat (promesse ou pacte) les parties ne peuvent avoir recours à l'expert que si le contrat le prévoit expressément et l'expert sera tenu, si le contrat le prévoit, d'appliquer la méthode de détermination du prix prévue au contrat. Ainsi, le temps où les managers déçus pouvaient espérer obtenir la nomination d'un expert en vue de lui demander de fixer le prix selon sa propre méthode semble révolu.

#5 Comment assurer l'efficacité de la promesse en cas d'inexécution par le promettant ?

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a affirmé le droit du créancier d'obtenir en justice l'exécution forcée en nature par le débiteur de son obligation. Le bénéficiaire de la promesse de vente "good/bad leaver" pourra ainsi demander au juge de prononcer (le cas échéant sous astreinte) le transfert forcé de ses titres par le promettant.

A cet égard, pour pouvoir invoquer l'exécution forcée, il est recommandé de spécifier dans la promesse qu'en cas de contestation (par exemple sur la classification du départ par le promettant), celle-ci ne fera pas obstacle au transfert des titres qui devront être cédés sur la base d'un prix provisoire. Sans cette clause il est vraisemblable que le promettant pourra valablement s'opposer au transfert des titres jusqu'à ce qu'un jugement statuant sur la qualification du départ ait été rendu.

QUELQUES JURISPRUDENCES

Validité de la démission d'un dirigeant formulée au cours d'une assemblée annulée par la suite

Cass. Com. 8-7-2017 n°14-29.618 F-D, Y. c/Sté Weng se

Le gérant d'une SARL présente sa démission durant une assemblée générale. Estimant ensuite que l'assemblée générale a été irrégulièrement convoquée, il assigne la société et les autres associés en annulation de celle-ci et des actes subséquents et en paiement de divers dommages et intérêts. La Cour d'Appel de Paris fait droit à sa demande et considère que l'assemblée générale étant annulée, la démission de ses fonctions de gérant est annulée par voie de conséquence. L'arrêt est censuré par la Cour de Cassation qui dispose que sauf dispositions contraires des statuts, la démission d'un dirigeant de société, prononcée lors d'une assemblée générale annulée judiciairement, constitue un acte juridique unilatéral et produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société, ne nécessite aucune acceptation de la part de celle-ci et ne peut faire l'objet d'aucune rétractation.

Possibilité pour les associés d'une société d'obtenir réparation du préjudice causé par l'insuffisance de l'apport de l'un d'entre eux

Cass. Com 26-4-2017 n°15-28.09n M. c/ Sté Gras Savoye

Un associé qui est entré au capital d'une SAS en y apportant son activité de courtage acquiert ensuite le solde des titres des deux autres associés. Les cédants, estimant que le prix de la cession est sous-évalué du fait de la valeur insuffisante de l'apport de la société de courtage par rapport aux droits sociaux reçus en contrepartie, assignent l'acquéreur en paiement de dommages et intérêts.

La cour d'appel juge que les associés ne prouvent pas qu'ils aient subi un préjudice personnel et distinct de la société et que celle-ci est seule fondée pour agir en paiement de dommages-intérêts du fait du préjudice causé par la perte de valeur des droits sociaux. La Cour de Cassation censure cette décision jugeant que l'insuffisance des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société.

Application du statut des baux commerciaux au preneur d'un bail dérogatoire (bail de courte durée) s'étant maintenu dans les lieux à l'issue d'un terme contractuel inférieur au terme légal de trois ans

Cass. 3e civ. 8-6-2017 n°16-24.045 FS-PBI, G. c/ Sté TD Montargis

Les parties avaient conclu un bail dérogatoire de 4 mois le 14 juin 2010 et le locataire s'était maintenu dans les lieux avant de délivrer congé pour le 21 mai 2012. Le bailleur réclamait alors au locataire le paiement des loyers jusqu'au 13 octobre 2013 soutenant qu'à l'expiration du bail dérogatoire s'était opéré un nouveau bail commercial (en application de l'article L145-5 al 2). En appel, le preneur fait principalement valoir que le statut des baux commerciaux ne pouvait s'appliquer, puisqu'il n'était pas resté jusqu'au terme du délai légal de deux ans (délai de trois ans désormais) suivant la conclusion du bail dérogatoire. Il revendiquait par conséquent l'application de l'article 1738 du code civil réglant le sort des baux écrits expirés et prévoyant la conclusion d'un nouveau bail à durée indéterminée régi par les dispositions du seul code civil.

La Haute juridiction rejette cet argument en affirmant qu'un nouveau bail soumis au statut s'opère à l'échéance contractuelle d'un bail dérogatoire en cas de maintien dans les lieux du locataire, qu'elle qu'ait été la durée du bail dérogatoire ou du maintien dans les lieux.

Révocation d'un dirigeant et demande de rupture sans délai des liens avec la société : caractère vexatoire non reconnu

Cass. Com. 24-5-2017 n°15-21.633, O. c/ Sté Arbatax

Immédiatement après sa révocation, le président d'une SAS se voit retirer l'accès à son serveur ainsi qu'à son adresse électronique et sa ligne téléphonique est interrompue. Il doit également restituer sans délai sa voiture de fonction et quitter son logement de fonction dans le délai d'un mois. La Cour de Cassation juge que ces mesures sont inhérentes à la cessation de ses fonctions et ne portent pas atteinte de façon injustifiée à sa réputation et à son honneur compte tenu de ce qu'il a été averti plusieurs jours auparavant de cette cessation de fonctions.

De l'obligation pour le liquidateur de respecter les clauses du bail en cas de cession du bail

Cass.com 17-5-2017 n°15-27.140

Un commerçant mis en redressement judiciaire conclut une promesse synallagmatique de vente de son fonds de commerce établie par un huissier de justice et incluant le bénéfice d'un bail commercial. Suite à la conversion de la procédure en liquidation judiciaire, le liquidateur, avec autorisation du juge-commissaire, cède le fonds de commerce par acte sous seing privé en application de la promesse. Le bailleur des locaux dans lesquels est exploité le fonds refuse le renouvellement du bail sans indemnité à l'acheteur invoquant une clause du bail exigeant que la cession du bail soit établie par acte authentique. L'acquéreur, ayant fait l'objet d'une procédure d'expulsion, met alors en cause la responsabilité de l'huissier pour lui avoir fait perdre la chance d'acquiescer le bail. L'huissier appelle en garantie le liquidateur pour faute personnelle, lequel affirme que n'étant intervenu à l'acte de cession qu'en qualité de représentant du cédant, il n'avait pas à s'assurer de l'efficacité de l'acte, dont la rédaction avait été confiée à un professionnel. La Cour de Cassation rejette cet argument : le liquidateur judiciaire qui, dans ses fonctions de réalisation de l'actif, demande l'autorisation au juge-commissaire de céder le bail doit contrôler la conformité de l'acte de cession aux exigences du bail, même si cet acte est établi par un professionnel. En l'espèce, le liquidateur a été condamné à garantir l'huissier à concurrence de la moitié des condamnations prononcées au bénéfice de l'acquéreur.

Maintien du droit à indemnité pour l'agent commercial qui refuse de signer un nouveau contrat

Cass. com.21-6-2017 n°15-29.127 FS-PBI, Sté La Diffusion Sofradif c/ Sté Elsevier Masson

Un agent commercial est lié à une société d'édition par un contrat à durée déterminée. La société d'édition lui notifie le non-renouvellement de son contrat et entame en parallèle des négociations avec ce même agent en vue de la conclusion d'un nouveau contrat. L'agent commercial refuse ces nouvelles conditions et décide de ne pas conclure le contrat proposé. Un litige naît alors sur le fait de savoir si l'agent commercial a droit ou non à l'indemnité prévue par l'article L134-12 alinéa 1^{er} du Code de commerce dans le cas où il refuse la conclusion d'un nouveau contrat.

La Cour d'appel refuse l'octroi de ladite indemnité sur le fondement de l'article L134-13, 2^e au motif que cette indemnité n'est pas due lorsque « la cessation résulte de l'initiative de l'agent ». Saisie par un pourvoi de l'agent commercial, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et juge que le refus de conclure un nouveau contrat ne permet pas d'établir que l'agent est à l'initiative de la cessation du contrat. Dès lors, le droit à l'indemnité de l'article L134-12 alinéa 1^{er} est bien maintenu.

Arrêt à mettre en parallèle avec un arrêt du 23 février 2017 (Cass. Com. 23-2-2017 n°14-20.582) selon lequel l'agent commercial était en droit de demander le paiement de l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation d'un commun accord, sauf à prouver que la rupture avait été demandée par l'agent lui-même.

ACTU : LE REGISTRE DES BENEFICIAIRES EFFECTIFS

L'ordonnance du 1er décembre 2016 a instauré l'obligation de dépôt d'un document relatif aux bénéficiaires effectifs de la majorité des entités immatriculées aux Greffes de tribunaux de commerce, qui permet de déterminer qui les contrôle in fine.

Ce dispositif est entré en vigueur le 1er août 2017, étant précisé que les personnes morales immatriculées avant cette date disposeront d'un délai jusqu'au 1er avril 2018 pour se conformer aux nouvelles dispositions.

Quelles sont les entités concernées ?	<ul style="list-style-type: none">• Les sociétés et GIE ayant leur siège en France et jouissant de la personnalité morale ;• Les sociétés commerciales étrangères ayant un établissement en France ; et• Les autres personnes morales tenues à l'immatriculation auprès du RCS.
Comment déposer la déclaration ?	Un formulaire type a été mis au point par les Greffes. La déclaration peut être déposée spontanément ou lors de toute autre formalité.
Qu'est-ce que le bénéficiaire effectif ?	La ou les personnes physiques qui : <ul style="list-style-type: none">• soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25% du capital ou des droits de vote,• soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés.
Quand effectuer le dépôt ?	En tout état de cause, le dépôt doit être effectué, selon le cas : <ul style="list-style-type: none">• Dans les 15 jours de l'immatriculation au RCS ;• Dans les 30 jours de tout fait ou acte rendant nécessaire la rectification ou le complément du dépôt initial ; ou• Avant le 1er avril 2018 pour toutes les sociétés ou entités créées avant le 1^{er} août 2017.
Combien cela coûte-t'il ?	<ul style="list-style-type: none">• Dépôt de la déclaration lors de la demande d'immatriculation ou dans les 15 jours qui suivent : 24.71 € ;• Dépôt d'une déclaration modificative : 48.39 € ;• Dépôt de la déclaration pour les personnes morales immatriculées avant le 1^{er} août 2017: 54.32 €.
Quelles sont les sanctions ?	7.500 € d'amende et 6 mois d'emprisonnement. NB : <i>Certains greffes refusent de traiter les formalités qui leurs sont présentées si le dépôt de la déclaration des bénéficiaires effectifs de l'entité concernée n'a pas été effectué au préalable ou concomitamment.</i>

ET AUSSI

CHANGEMENT DE NOM DES MARCHES ALTERNEXT ET LE MARCHÉ LIBRE

Euronext a pris plusieurs mesures innovantes pour faciliter l'accès au marché pour les valeurs moyennes, avec effet au 19 juin 2017.

Notamment Euronext modifie les noms de ses marchés :

- Le Marché Libre devient Euronext Access et offre une porte d'entrée pour les entreprises qui souhaitent bénéficier d'un accès simplifié à la Bourse.
- Alternext devient Euronext Growth, marché dédié aux valeurs moyennes, avec des règles de cotation adaptées aux spécificités des PME.

Euronext annonce également le lancement d'un nouveau compartiment Euronext Access+ dédié aux start-ups et PME en croissance. Ce nouveau compartiment sera un tremplin vers les autres marchés d'Euronext et permettra aux entreprises de se préparer à de nouvelles étapes de croissance, notamment en termes de communication et de transparence.

L'ORDONNANCE REFORMANT LE DROIT DES CONTRATS EN ATTENTE DE RATIFICATION

L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 n'a toujours pas, à ce jour, été ratifiée par le législateur. Si l'ordonnance n'est pas caduque, elle n'a pas, jusqu'à sa ratification, valeur législative. Un projet de loi de ratification de l'ordonnance, n'y apportant aucune modification, a été



www.adamas-lawfirm.com

Lyon +33 (0)4 72 41 15 75

Paris +33 (0)1 53 45 92 22

Bordeaux : +33 (0)5 57 83 73 16

Denis SANTY – Associé – denis.santy@adamas-lawfirm.com

Jean-Marie TOCCHIO – Associé – jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com

Hervé LE BLANC – Associé – herve.leblanc@adamas-lawfirm.com

Marie-Christine COMBES – Counsel – marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com