

Les composantes de la nouvelle réglementation sur la prévention des conflits d'intérêts et les conventions dans les Sociétés Anonymes à Conseil d'Administration

Présenté par Abderraouf YAICH

L'idée de soumettre certaines conventions à une procédure spéciale d'autorisation et d'approbation constitue certes une limitation au principe de la liberté contractuelle. Néanmoins, une telle procédure formaliste trouve sa justification comme un élément de réponse au risque de conflit d'intérêt qui fait craindre qu'un administrateur, à la fois mandataire de la société et co-contractant de cette dernière ayant un intérêt personnel, ne profite de sa double qualité pour obtenir des avantages injustifiés par rapport aux conditions du marché.

Au sens large, toute opération intervenant entre un administrateur et la société constitue une convention. Dans ce sens, les conventions dites réglementées, par opposition aux conventions interdites et aux conventions libres, regroupent une large palette d'opérations à savoir :

- des conventions déterminées en fonction de leur objet quelle que soit la personne contractante avec la société,
- la rémunération des dirigeants mandataires sociaux,
- des opérations réalisées dans le cadre d'un groupe de sociétés,
- des conventions déterminées en fonction des personnes impliquées (Président du Conseil d'Administration, Administrateurs, Directeur Général, Directeurs Généraux adjoints, Représentants de personnes morales administrateurs, Actionnaires personnes physiques détenant directement ou

indirectement une fraction des droits de vote supérieure à 10%, société contrôlante (mère) au sens de l'article 461 du CSC, société contractante dans laquelle un dirigeant de la société anonyme concernée (Président-Directeur Général, Directeur Général, Directeur Général Adjoint ou un administrateur) est associé tenu solidairement des dettes de la société, gérant, Directeur Général, Administrateur ou, d'une façon générale, dirigeant de cette société et toute personne interposée).

La nouvelle réglementation sur les conventions, qui se caractérise par une grande complexité, est assortie de nombreuses redondances, ambiguïtés, incertitudes voire même incohérences et a manqué d'analyse d'impact préalablement à son adoption pour en assurer la pertinence économique.

Une analyse d'impact de la réglementation préalable à l'adoption du texte, qui aurait été obligatoire dans les juridictions qui ont inspiré la réforme, aurait probablement conclu que le coût macro économique de la mesure est supérieur à l'avantage de protection des intérêts minoritaires dans les sociétés anonymes qu'elle vise. La complexité croissante du droit des sociétés anonymes fermées fait peser sur l'économie tunisienne le risque et le coût associés à cette complexité. Le nombre de sociétés anonymes fermées n'augmentera que très peu (ce qui est actuellement aisément observable) sans exclure le risque de voir les investisseurs fuir la forme de société anonyme lorsqu'une telle forme est évitable.

En fait, si un dispositif complexe pouvait trouver une justification pour les sociétés anonymes cotées en bourse, les autres sociétés anonymes devraient disposer d'un choix plus ouvert et d'une plus grande souplesse d'autant que les législations comparées offrent la possibilité de constituer des sociétés anonymes fermées essentiellement contractuelles telle que la société anonyme simplifiée (SAS) française (1) sans parler de l'Etat de Delaware aux Etats-unis.

La complexité du dispositif tunisien visant les conventions dans les sociétés anonymes se manifeste déjà à travers les sources qui l'ont inspiré. Ainsi, ce dispositif cumule le droit canadien et le droit français avec une touche de droit anglais, le tout agrémenté d'innovations tunisiennes relatives aux conventions réglementées en fonction de leur objet et à la généralisation de l'audit des conventions libres sans aucun égard à leur importance significative contrairement au droit français qui réserve la procédure aux conventions significatives ou à la non reprise de la disposition canadienne qui dispense de la déclaration des intérêts si le dirigeant a informé le conseil d'administration sur les postes occupés dans les autres sociétés et entreprises et surtout à la généralisation de l'application du dispositif français sur la rémunération des dirigeants à toutes les sociétés anonymes quand la France réserve ce dispositif aux sociétés ayant des titres négociés sur un marché réglementé. De même, le dispositif de droit des sociétés s'ajoute à l'obligation de respecter la norme comptable tunisienne n° 39 "Parties liées" ayant un objet proche.

Tout cela fait que le droit tunisien est plus exigeant et plus complexe en matière de conventions que le droit français et le droit canadien réunis alors que le tissu économique est sans commune mesure. Le législateur tunisien finira-t-il par se rendre compte qu'on ne sert pas nécessairement la bonne marche des affaires en soumettant toutes les sociétés anonymes, sans discernement et sans distinguer entre les sociétés cotées et celles qui ne le sont pas, à un régime juridique très contraignant.

À la législation des sociétés régissant les conventions s'ajoute une législation fiscale qui élève fortement le niveau du risque associé aux opérations intergroupes et aux opérations intervenant entre la société et ses dirigeants.

Face à la complexité du dispositif, le principe de prudence amène à appliquer la règle suivante : «en cas de doute, on n'exclue pas» ; on applique, par conséquent, la procédure régissant les conventions bien que le risque de contre-productivité économique lié à la nouvelle réglementation soit réellement percevable (2). De même, la recherche de plus de confort pour les dirigeants dicte de traiter toutes les incertitudes pouvant générer des situations de risques latents telles que celles liées à la validité de la qualification des conventions libres et au risque de considérer que les remboursements de frais ou les dépenses de missions et de voyages engagées par la société peuvent incarner les avantages en nature pour les mandataires sociaux.

Le nouveau régime de prévention des conflits d'intérêts et de gestion juridique des conventions dans la société anonyme qui se distingue par un souci de prévention débordant est composé de plusieurs systèmes qui se superposent au risque de générer une véritable redondance, à savoir :

- La déclaration des postes de direction (section 1).
- La déclaration des intérêts directs ou indirects (section 2).
- Les conventions dites réglementées (section 3).
- La rémunération des dirigeants (section 4).
- La déclaration des conventions libres et leur audit (section 5).
- Les conventions interdites (section 6).
- La régularisation des conventions réglementées n'ayant pas été soumises à l'autorisation préalable du conseil (section 7).
- La mission étendue du commissaire aux comptes dans le domaine des conventions (section 8).

(1) Selon Francis Lefebvre, «La SAS permet une grande souplesse dans son organisation et son fonctionnement, lesquels relèvent, pour l'essentiel, des statuts ; en outre, les associés peuvent, dans une large mesure, aménager comme ils l'entendent les conditions de leur entrée et de leur sortie de la société. Rien ne s'oppose non plus à ce que des tiers (banquier, principal fournisseur, etc...) interviennent dans le fonctionnement de la société sous la forme d'un droit de contrôle ou même d'un droit de vote pour certaines décisions».

(2) Le terme de réglementation est ici utilisé au sens de l'OCDE qui est aligné sur le sens du terme anglais «Regulation» qui signifie réglementation. Dans ce sens, le terme réglementation englobe la loi et les règlements issus des autorités étatiques autres que le législateur.

Section 1. La déclaration au conseil et l'information des actionnaires sur les fonctions de direction occupées par les administrateurs et le Président-Directeur Général ou le Directeur Général dans d'autres sociétés

Les administrateurs et le Président-Directeur Général ou le Directeur Général sont tenus de procéder à la déclaration des mandats de direction qui leur sont confiés dans d'autres sociétés.

Sous-section 1. Déclaration des fonctions de direction occupées par un administrateur dans d'autres sociétés et d'intérêts directs ou indirects

Aux termes de l'article 192 du CSC, l'administrateur de la Société Anonyme doit, dans un délai d'un mois à compter de sa prise de fonction, aviser le représentant

légal de la société de sa désignation au poste de gérant, administrateur, président-directeur général, directeur général ou de membre de directoire ou de conseil de surveillance d'une autre société. **Le représentant légal de la société doit en informer l'assemblée générale ordinaire des actionnaires dans sa réunion la plus proche.**

La société peut demander la réparation du dommage qu'elle a subi en raison du cumul de fonctions. Son droit à réparation se prescrit par trois ans à compter de la prise des nouvelles fonctions.

Cette obligation s'applique aux administrateurs personnes morales et à leur représentant permanent.

Les administrateurs peuvent utiliser le modèle suivant de déclaration des fonctions de direction occupées dans d'autres sociétés et de déclaration des intérêts directs ou indirects éventuels :

Déclaration des fonctions de direction occupées par un administrateur (1) (2) dans d'autres sociétés et d'intérêts directs ou indirects

(Application de l'article 192 et du paragraphe I de l'article 200 du Code des Sociétés Commerciales)

Monsieur le Président-Directeur Général ou le Directeur Général (SA),

En application des dispositions du paragraphe premier de l'article 192 du Code des Sociétés Commerciales, en vertu desquelles : «L'administrateur de la Société Anonyme doit, dans un délai d'un mois à compter de sa prise de fonction, aviser le représentant légal de la société de sa désignation au poste de gérant, administrateur, Président-Directeur Général, Directeur Général ou de membre de directoire ou de conseil de surveillance d'une autre société. Le représentant légal de la société doit en informer l'Assemblée Générale Ordinaire des actionnaires dans sa réunion la plus proche», je vous prie de bien vouloir porter à la connaissance de la prochaine Assemblée Générale Ordinaire que j'occupe, actuellement (3), les fonctions de direction (gérant, administrateur, Président-Directeur Général, Directeur Général, membre de directoire, membre de conseil de surveillance) dans les sociétés suivantes :

Désignation de la société	Fonction occupée	Date d'entrée en fonction	Durée des fonctions
1/			
2/			
3/			
4/			

De même, aux termes du paragraphe I de l'article 200 du code des sociétés commerciales, les dirigeants de la société anonyme doivent veiller à éviter tout conflit entre leurs intérêts personnels et ceux de la société et à ce que les termes des opérations qu'ils concluent avec la société qu'ils dirigent soient équitables. Ils doivent déclarer par écrit tout intérêt direct ou indirect qu'ils ont dans les contrats ou opérations conclues avec la société ou demander de le mentionner dans les procès-verbaux du conseil d'administration. Je déclare, en application des dispositions dudit paragraphe I de l'article 200 du CSC, qu'il résulte de mes fonctions de direction dans les autres sociétés et entreprises mentionnées ci-dessus des intérêts directs ou indirects dans les contrats et opérations conclus ou qui pourraient être conclus avec la société La présente déclaration vise, par conséquent, en plus de remplir l'obligation de déclaration des fonctions de direction dans d'autres sociétés dictée par l'article 192 du code des sociétés commerciales, à satisfaire à l'obligation de déclaration dictée par le paragraphe I de l'article 200 du code des sociétés commerciales de tout intérêt direct ou indirect dans les contrats et opérations conclus ou qui pourraient être conclus par la société avec les sociétés et entreprises énumérées ci-dessus.

Fait à, le

Signé :, Administrateur
au conseil de la société

(1) Administrateur personne physique, personne morale ou représentant permanent de personne morale.

(2) Dans la formule de séparation des fonctions de Président du conseil et de Directeur Général, la déclaration doit être aussi établie par le Directeur Général soumis aux mêmes obligations et responsabilités mises à la charge des membres du conseil d'administration ou de son Président en vertu des dispositions de l'article 218 du Code des Sociétés Commerciales.

(3) Ou «que je viens d'être désigné aux fonctions de direction».

Sous-section 2. Déclaration des fonctions de direction occupées par le Président-Directeur Général dans d'autres sociétés

Aux termes de l'article 209 nouveau du CSC, le président-directeur général de la Société Anonyme doit, dans un délai d'un mois à compter de sa prise de fonction, aviser le conseil d'administration de sa désignation au poste de gérant, administrateur, président-directeur général, directeur général ou de membre de directoire ou de conseil de surveillance d'une autre société. **Le conseil d'administration doit en informer l'assemblée générale ordinaire des actionnaires dans sa réunion la plus proche.**

La société peut demander la réparation du dommage qu'elle a subi en raison du cumul de fonctions. Son droit à réparation se prescrit par trois ans à compter de la prise des nouvelles fonctions (alinéa 2 de l'article 192 du CSC).

Les mêmes dispositions s'appliquent en vertu de l'alinéa 2 de l'article 218 du CSC au Directeur Général.

Le Président-Directeur Général ou le Directeur Général peuvent utiliser le modèle suivant de déclaration des fonctions de direction occupées dans d'autres sociétés et de déclaration des intérêts directs ou indirects éventuels :

Déclaration des fonctions de direction occupées par le Président-Directeur Général ou le Directeur Général (1)

dans d'autres sociétés et d'intérêts directs ou indirects

(Application de l'article 209 et du paragraphe I de l'article 200 du Code des Sociétés Commerciales)

Conseil d'administration de la Société Anonyme

En application des dispositions du paragraphe premier de l'article 209 (nouveau) du Code des Sociétés Commerciales, en vertu desquelles : «Le Président-Directeur Général de la Société Anonyme doit, dans un délai d'un mois à compter de sa prise de fonction, aviser le conseil d'administration de sa désignation au poste de gérant, administrateur, Président-Directeur Général, Directeur Général ou de membre de directoire ou de conseil de surveillance d'une autre société. Le conseil d'administration doit en informer l'Assemblée Générale Ordinaire des actionnaires dans sa réunion la plus proche», je vous prie de bien vouloir porter à la connaissance de la prochaine Assemblée Générale Ordinaire que j'occupe, actuellement (2), les fonctions de direction (gérant, administrateur, Président-Directeur Général, Directeur Général, membre de directoire, membre de conseil de surveillance) dans les sociétés suivantes :

Désignation de la société	Fonction occupée	Date d'entrée en fonction	Durée des fonctions
1/			
2/			
3/			
4/			

De même, aux termes du paragraphe I de l'article 200 du code des sociétés commerciales, les dirigeants de la société anonyme doivent veiller à éviter tout conflit entre leurs intérêts personnels et ceux de la société et à ce que les termes des opérations qu'ils concluent avec la société qu'ils dirigent soient équitables. Ils doivent déclarer par écrit tout intérêt direct ou indirect qu'ils ont dans les contrats ou opérations conclues avec la société ou demander de le mentionner dans les procès-verbaux du conseil d'administration. Je déclare, en application des dispositions dudit paragraphe I de l'article 200 du CSC, qu'il résulte de mes fonctions de direction dans les autres sociétés et entreprises mentionnées ci-dessus des intérêts directs ou indirects dans les contrats et opérations conclus ou qui pourraient être conclus avec la société La présente déclaration vise, par conséquent, en plus de remplir l'obligation de déclaration des fonctions de direction dans d'autres sociétés dictée par l'article 209 du code des sociétés commerciales, à satisfaire à l'obligation de déclaration dictée par le paragraphe I de l'article 200 du code des sociétés commerciales de tout intérêt direct ou indirect dans les contrats et opérations conclus ou qui pourraient être conclus par la société avec les sociétés et entreprises énumérées ci-dessus.

Fait à, le

Signé :

Le Président-Directeur Général

(1) Dans la formule de séparation des fonctions de Président du conseil et de Directeur Général, la déclaration doit être aussi établie par le Directeur Général soumis aux mêmes obligations et responsabilités mises à la charge des membres du conseil d'administration ou de son Président en vertu des dispositions de l'article 218 du Code des Sociétés Commerciales.

(2) Ou «que je viens d'être désigné aux fonctions de direction».

LA REVUE COMPTABLE ET FINANCIÈRE N° 88 - DEUXIÈME TRIMESTRE 2010

Section 2. La déclaration d'intérêts

En plus des dispositions de la norme comptable tunisienne n° 39 relative aux parties liées, en plus de la déclaration des postes de direction occupées et de l'information subséquente de l'assemblée générale, et en plus de l'obligation de soumettre les conventions dites réglementées à l'autorisation préalable du conseil ou d'informer le Président-Directeur Général ou le Directeur Général selon le cas de l'existence des conventions libres, l'article 200 nouveau du CSC impose aux dirigeants de la société anonyme de déclarer par écrit tout intérêt, bien qu'une telle déclaration soit déjà faite à travers la déclaration des fonctions de direction occupées, direct ou indirect qu'ils ont dans les contrats ou opérations conclus avec la société ou demander de mentionner ladite déclaration dans les procès-verbaux du conseil d'administration.

En plus de cette obligation formelle, l'article 200 nouveau du CSC énonce une règle générale mettant à la charge des dirigeants «de veiller à éviter tout conflit de leurs intérêts personnels et ceux de la société». Bien que cette phrase de l'article 200 nouveau puisse instituer le doute sur une volonté d'inciter les administrateurs pressentis à refuser la fonction d'administrateur proposé en cas de risque potentiel de conflits d'intérêt ou d'envisager la démission si le risque de conflit d'intérêt, avec une autre entreprise ou une autre société dans laquelle il a des intérêts,

naît en cours de mandat ou de limiter les opérations réciproques génératrices de conflits d'intérêts, qui sont fréquentes, particulièrement dans les groupes de sociétés, voire même sans lesquelles certaines filiales et certaines sociétés apparentées n'auraient pas d'activité ou sans lesquelles certaines prises de participations ou accords de coopération n'auraient pas lieu, l'objectif du législateur s'exprime clairement dans la phrase qui a suivi du dispositif à savoir : «et (veiller) à ce que les termes des opérations qu'ils concluent avec la société qu'ils dirigent soient équitables».

En fait, le législateur tunisien a repris un dispositif traduit du droit anglais qui consacre une formule qu'on retrouve dans certains codes de gouvernance et il aurait été plus simple de dire «en cas de conflit d'intérêt réel ou potentiel, les dirigeants doivent veiller à ce que les termes des opérations qu'ils concluent avec la société qu'ils dirigent soient équitables». Et d'ailleurs, même la reformulation proposée n'est pas exempte d'incertitudes et de doutes. En effet, qui peut prétendre être en mesure de définir l'équité dans toutes les situations et circonstances ? en sachant que toute incertitude du texte fait peser une lourde charge sur les dirigeants concernés liée aux spéculations possibles sur l'interprétation du texte.

Le dispositif général relatif à la gestion des conflits d'intérêts est inspiré du droit canadien (1). Or, le droit canadien se limite à l'obligation d'information du conseil

(1) Extrait de la loi canadienne sur les sociétés par actions «120. 1°- L'administrateur ou le dirigeant doit communiquer par écrit à la société ou demander que soient consignées au procès-verbal des réunions la nature et l'étendue de son intérêt dans un contrat ou une opération - en cours ou projeté - **d'importance** avec elle, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) Il est partie à ce contrat ou à cette opération ;
- b) Il est administrateur ou dirigeant - ou un particulier qui agit en cette qualité - d'une partie à un tel contrat ou à une telle opération ;
- c) Il possède un intérêt important dans une partie au contrat ou à l'opération.

2°- L'administrateur effectue la communication lors de la première réunion :

- a) Au cours de laquelle le projet de contrat ou d'opération est étudié ;
- b) Suivant le moment où il acquiert un intérêt dans le projet de contrat ou d'opération, s'il n'en avait pas lors de la réunion visée à l'alinéa a) ;
- c) Suivant le moment où il acquiert un intérêt dans un contrat ou une opération déjà conclu ;
- d) Suivant le moment où il devient administrateur, s'il le devient après l'acquisition de l'intérêt.

3°- Le dirigeant qui n'est pas administrateur effectue la communication immédiatement après :

- a) Avoir appris que le contrat ou l'opération - en cours ou projeté - a été ou sera examiné lors d'une réunion ;
- b) Avoir acquis un intérêt dans un contrat ou une opération déjà conclu ;
- c) Etre devenu dirigeant, s'il le devient après l'acquisition de l'intérêt.

4°- L'administrateur ou le dirigeant doit communiquer par écrit à la société ou demander que soient consignées au procès-verbal de la réunion la nature et l'étendue de son intérêt dès qu'il a connaissance d'un contrat ou d'une opération - en cours ou projeté - **d'importance** qui, dans le cadre de l'activité commerciale normale de la société, ne requiert l'approbation ni des administrateurs ni des actionnaires.

(Suite du renvoi 1 à la page suivante)

et d'approbation de la convention par le conseil et à ne recourir aux actionnaires que lorsque tous les membres du conseil sont intéressés sans instituer une procédure systématique d'approbation par l'assemblée générale au vu du rapport du commissaire aux comptes du type de celle retenue en droit français et reprise par le droit tunisien (conventions réglementées, libres et interdites).

Charger les entreprises tunisiennes d'un dispositif cumulant à la fois les formalismes institués par la législation canadienne et la législation française le tout majoré d'un ajout de législation spécifique à la Tunisie sans aucune distinction entre les sociétés cotées en bourse et les autres sociétés anonymes n'aurait probablement pas été validé si le projet avait été soumis à une procédure d'analyse d'impact de la réglementation (AIR) qui aurait obligatoirement accompagné l'adoption du projet de réglementation nouvelle aussi bien en France qu'au Canada.

Section 3. Les conventions réglementées

Les conventions réglementées sont celles qui ne sont ni libres ni interdites. Elles sont soumises à une procédure en six étapes :

Première étape : La personne concernée informe le Président-Directeur Général ou le Directeur Général ou l'administrateur délégué du projet de convention soumise à la procédure des conventions réglementées.

Deuxième étape : Autorisation préalable du conseil d'administration. Tout administrateur concerné ne participe pas au vote de ladite autorisation.

Troisième étape : Le Président-Directeur Général, le Directeur Général ou l'administrateur délégué informe le ou les commissaires aux comptes de toute convention autorisée.

Quatrième étape : Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial sur les opérations autorisées.

(Suite renvoi 1) 5°- L'administrateur visé au paragraphe 1° ne peut participer au vote sur la résolution présentée pour faire approuver le contrat ou l'opération, sauf s'il s'agit d'un contrat ou d'une opération :

- a) Portant essentiellement sur sa rémunération en qualité d'administrateur, de dirigeant, d'employé ou de mandataire de la société ou d'une personne morale de son groupe ;
- b) Portant sur l'indemnité ou l'assurance prévue à l'article 124 ;
- c) Conclu avec une personne morale du même groupe.

6°- Pour l'application du présent article, constitue une communication suffisante de son intérêt dans un contrat ou une opération l'avis général que donne l'administrateur ou le dirigeant d'une société aux autres administrateurs et portant qu'il est administrateur ou dirigeant - ou qu'il agit en cette qualité - d'une partie visée aux alinéas 1° b) ou c), qu'il y possède un intérêt important ou qu'il y a eu un changement important de son intérêt dans celle-ci et qu'il doit être considéré comme ayant un intérêt dans tout contrat ou opération conclu avec elle.

(6.1) Les actionnaires de la société peuvent consulter, pendant les heures normales d'ouverture de celle-ci, toute partie des procès-verbaux des réunions ou de tout autre document dans lesquels les intérêts d'un administrateur ou d'un dirigeant dans un contrat ou une opération sont communiqués en vertu du présent article.

7°- Un contrat ou une opération assujetti à l'obligation de communication prévue au paragraphe 1° n'est pas entaché de nullité, et l'administrateur ou le dirigeant n'est pas tenu de rendre compte à la société ou à ses actionnaires des bénéfices qu'il en a tirés, au seul motif que l'administrateur ou le dirigeant a un intérêt dans le contrat ou l'opération ou que l'administrateur a assisté à la réunion au cours de laquelle est étudié le contrat ou l'opération ou a permis d'en atteindre le quorum, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) L'administrateur ou le dirigeant a communiqué son intérêt conformément aux paragraphes 1° à 6° ;
- b) Les administrateurs de la société ont approuvé le contrat ou l'opération ;
- c) Au moment de son approbation, le contrat ou l'opération était équitable pour la société.

(7.1) Toutefois, même si les conditions visées au paragraphe 7° ne sont pas réunies, le contrat ou l'opération n'est pas entaché de nullité, et l'administrateur ou le dirigeant qui agit avec intégrité et de bonne foi n'est pas tenu de rendre compte à la société ou à ses actionnaires des bénéfices qu'il en a tirés, au seul motif que l'administrateur ou le dirigeant a un intérêt dans le contrat ou l'opération, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) Le contrat ou l'opération a fait l'objet d'une approbation ou d'une confirmation par résolution spéciale adoptée à une assemblée ;
- b) L'intérêt a été communiqué aux actionnaires de façon suffisamment claire pour en indiquer la nature et l'étendue avant l'approbation ou la confirmation du contrat ou de l'opération ;
- c) Au moment de son approbation ou de sa confirmation, le contrat ou l'opération était équitable pour la société.

8°- Le tribunal peut, à la demande de la société - ou d'un de ses actionnaires - dont l'un des administrateurs ou dirigeants ne se conforme pas au présent article, rendre une ordonnance d'annulation du contrat ou de l'opération selon les modalités qu'il estime indiquées et enjoindre à l'administrateur ou au dirigeant de rendre compte à la société de tout bénéfice qu'il en a tiré.

Cinquième étape : Le conseil d'administration inscrit la convention autorisée dans le projet des résolutions à soumettre à l'assemblée générale ordinaire annuelle.

Sixième étape : La convention est soumise à l'approbation de l'assemblée générale au vu du rapport du commissaire aux comptes. Tout actionnaire concerné ne participe pas au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

On dénombre cinq types de conventions dites réglementées marqués par de nombreuses redondances :

- Les opérations réglementées en raison des personnes intéressées directement ou indirectement.
- Les opérations réglementées en raison de leur objet.
- La rémunération des dirigeants sociaux soumise au régime des conventions réglementées.
- Les rémunérations exceptionnelles allouées aux administrateurs.
- Les opérations intergroupes de sociétés.

Il convient de noter que le régime des conventions en droit tunisien n'accorde aucune considération à l'importance significative des opérations (matérialité) à l'exception du régime applicable aux emprunts et à la garantie des dettes d'autrui. Ainsi, lorsqu'une opération remplit les conditions d'une convention réglementée, la procédure à 6 étapes s'applique abstraction faite du rapport coût-avantage. Il en est de même des conventions libres qui doivent faire l'objet de déclaration et d'audit quelle que soit leur importance significative.

Sous-section 1. Les conventions réglementées en raison des personnes intéressées

Constituent des conventions réglementées en raison des personnes intéressées, toutes conventions, autres qu'interdites et autres que celles relatives aux opérations courantes conclues à des conditions normales, conclues de façon directe ou par personne interposée ou intéressant de façon directe ou indirecte une des personnes suivantes :

- (1) Le Président du conseil d'administration ;
- (2) L'administrateur délégué du Président ;
- (3) Le Directeur Général ;
- (4) Un Directeur Général Adjoint ;

(5) Un administrateur ;

(6) Le représentant permanent d'un administrateur personne morale ;

(7) Un actionnaire personne physique détenant directement ou indirectement une fraction des droits de vote supérieure à 10% (la loi n'ayant pas défini ce qu'il faut entendre par détention indirecte, cette notion jette une incertitude très complexe à résoudre) ;

(8) Une société contrôlante au sens de l'article 461 du CSC (cet élément est en redondance avec l'article 475 du CSC) ;

(9) Toute autre société dans laquelle le Président-Directeur Général ou le Directeur Général ou l'administrateur délégué ou l'un des directeurs généraux ou l'un des administrateurs de la société est :

- associé tenu solidairement des dettes,
- gérant,
- Directeur Général,
- administrateur,
- ou, d'une façon générale, dirigeant de cette société (ce point vise les dirigeants de fait).

Il va de soi que désigner «le Président du conseil d'administration, l'administrateur délégué du président» constitue une redondance avec «l'un des administrateurs» puisque les premiers sont nécessairement administrateurs de la société.

Les personnes concernées par la convention ne participent pas au vote :

- de la résolution d'autorisation par le conseil d'administration,
- de la résolution d'approbation par l'assemblée générale au vu du rapport du commissaire aux comptes (sans prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité).

Sous-section 2. Les opérations réglementées en raison de leur objet

Le concept d'opérations réglementées en raison de leur nature ou objet sont une spécificité du droit tunisien.

Les opérations ci-après constituent des opérations réglementées soumises à :

- l'autorisation préalable du conseil d'administration,
- l'audit du commissaire aux comptes,
- et l'approbation de l'assemblée générale.

§ 1. La cession des fonds de commerce ou d'un de leurs éléments

Aux termes de l'article 189 du code de commerce, «font partie du fonds de commerce, les biens mobiliers affectés à l'exercice d'une activité commerciale. Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Il comprend aussi, sauf dispositions contraires, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds, tels que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, le matériel, l'outillage, les marchandises, les brevets, marques de fabrique, dessins et modèles, droits de propriété littéraire et artistique».

Pris au sens large, le respect de la disposition relative au fonds de commerce et à ses éléments serait handicapant. Aussi, les impératifs d'ordre pratique dictent-ils de limiter la procédure aux éléments essentiels du fonds de commerce, à savoir notamment :

- La clientèle ;
- Le droit au bail ;
- L'enseigne ;
- Le nom commercial ;
- Les brevets ;
- Les marques ;
- Les dessins et modèles ;
- Les autorisations administratives.

En revanche, il est généralement admis que les éléments corporels comprenant notamment le matériel et les marchandises constituent des éléments accessoires du fonds de commerce.

La procédure des conventions réglementées ne s'applique pas aux sociétés anonymes ayant pour activité principale le commerce de fonds de commerce. À notre meilleure connaissance, de telles sociétés anonymes n'existent pas en Tunisie.

§ 2. La location du fonds de commerce à un tiers

La procédure des conventions réglementées s'applique à la location-gérance du fonds de commerce et à la location d'un élément essentiel du fonds de commerce à un tiers.

En revanche, elle ne s'applique pas aux sociétés anonymes ayant pour activité principale la location de

fonds de commerce. À notre meilleure connaissance, de telles sociétés anonymes n'existent pas en Tunisie.

§ 3. L'emprunt important conclu au profit de la société lorsque les statuts fixent un montant à partir duquel l'opération est régie par la procédure des conventions réglementées

Cette convention réglementée de part sa nature et dont la nouvelle formulation arabe est exprimée sous la forme de condition «الإقتراض الهام متى حدّد العقد التأسيسي أدناه» pose la question en cas de défaut de fixation dans les statuts d'un montant minimum à partir duquel l'emprunt constitue une convention réglementée. Dans ce cas, il semblerait, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, que l'opération d'emprunt ne constitue pas de part sa nature une convention réglementée.

Un deuxième questionnement s'impose à savoir, que doit-on entendre par emprunt ? s'agit-il de tout emprunt bancaire qu'il soit sous forme de facilités de caisse (découvert), de financement de toute sorte (stocks, crédit de campagne, financement export, etc...) ou de crédit à moyen et long termes ? Le terme emprunt inclut-il le crédit leasing, les escomptes de papiers, etc... ?

De même, faut-il approcher le seuil du montant de l'emprunt en terme global (incluant la somme des emprunts ou emprunt par emprunt) ? Dans le cas où l'approche est globale, à partir du moment où un nouvel emprunt franchit le seuil fixé par les statuts, il constitue une opération soumise à la procédure des conventions réglementées.

Puisque les statuts pourraient, en s'abstenant de fixer un montant minimum, libérer l'endettement de la procédure des conventions réglementées, la résolution de la difficulté liée à l'étendue du terme emprunt viendrait de la rédaction même de la clause statutaire qui devrait fixer ce qu'il faut entendre par emprunt et s'il faut approcher la question de façon globale.

§ 4. La vente des immeubles lorsque les statuts le prévoient

Par immeuble, il faut entendre tout droit immobilier. Ce sont les statuts qui déterminent si la vente d'immeubles est soumise à la procédure des conventions réglementées.

Dans le silence des statuts, la vente d'immeubles ne constitue pas, de part sa nature, une opération soumise à la procédure des conventions réglementées.

§ 5. La garantie des dettes d'autrui, sauf dispense des statuts dans la limite d'un seuil qu'ils déterminent

La garantie des dettes constitue une convention interdite lorsqu'elle est donnée au Président-Directeur Général, au Directeur Général, à l'administrateur délégué, aux Directeurs Généraux Adjointes, à un administrateur personne physique y compris un représentant permanent de personne morale ainsi qu'à leurs conjoint, ascendants, descendants et toute personne interposée. Dans tous les autres cas, la garantie de dettes d'autrui constitue une opération soumise à la procédure des conventions réglementées. Néanmoins, les statuts peuvent dispenser l'opération de garantie de la procédure des conventions réglementées dans la limite d'un seuil déterminé.

La question se pose de savoir comment peut-on envisager la dispense dans les statuts : s'agit-il d'un seuil déterminé par tiers ou groupe de tiers, ou d'un seuil déterminé globalement ou les deux ?

La fixation d'un seuil par tiers est, à notre avis, nécessaire mais rien n'empêche aussi de fixer dans les statuts un deuxième seuil par groupe de tiers, ce qui constitue un deuxième plafond et même fixer un seuil global pour tous les tiers, ce qui constituera un troisième plafond. De même, le seuil doit-il être déterminé en montant ou peut-il, par exemple, être déterminé en pourcentage du chiffre d'affaires ? La réponse est clairement donnée par la version arabe du texte qui utilise le terme «مبلغ» c'est-à-dire «montant» au lieu du terme seuil utilisé dans la version française. Ainsi, le seuil doit être fixé obligatoirement en montant déterminé et on ne peut se limiter à fixer à un montant déterminable.

Sous-section 3. La rémunération des dirigeants mandataires sociaux

Aux termes de l'article 208 du CSC, «le conseil d'administration fixe la rémunération du Président-Directeur Général».

Aux termes de l'article 212 du CSC, «sur proposition du Président, le conseil d'administration peut désigner un ou plusieurs directeurs généraux adjoints pour assister le président du conseil. Le conseil détermine leur rémunération».

Bien que le code des sociétés commerciales ne contienne pas de dispositions expresses similaires pour

le Directeur Général et ses directeurs généraux adjoints, les mêmes règles devraient leur être applicables.

La règle disposant que la rémunération du Président-Directeur Général ou du Directeur Général et des Directeurs Généraux Adjointes soit fixée par le conseil entraîne que la situation juridique de la rémunération de ces dirigeants se différencie des conventions conclues entre la société et une entreprise appartenant au dirigeant ou qu'il dirige.

Néanmoins, le sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC applique le régime des conventions réglementées dans sa plénitude aux obligations et engagements de rémunération, d'indemnités et d'avantages de toutes sortes pris par la société elle-même et par ses filiales au sens de l'article 461 du CSC au profit de ses dirigeants. En fait, la nature particulière et distincte de la rémunération et des engagements financiers envers les dirigeants mandataires sociaux justifie que cet élément soit présenté dans un paragraphe autonome et distinct au lieu de l'insérer dans le sous-paragraphe 5 du paragraphe II intitulé "Des opérations soumises à autorisation, à approbation et à audit" de l'article 200 du CSC.

Ceci dit, le coût total de la rémunération, des indemnités et des avantages de toutes sortes au profit de chaque dirigeant mandataire social est passible de la procédure des conventions réglementées.

Les dirigeants énumérés par ledit sous-paragraphe 5 sont les suivants :

- le Président-Directeur Général,
- le Directeur Général,
- l'administrateur délégué,
- chacun des Directeurs Généraux Adjointes,
- chacun des administrateurs.

La nouvelle réglementation appelle les remarques suivantes :

(1) Le fait de soumettre la rémunération que perçoit un dirigeant de la société mère d'une société filiale au sens de l'article 461 du CSC à la procédure des conventions réglementées dans la société mère, et bien entendu chez la filiale si elle a la forme de société anonyme ou selon une procédure proche si elle a la forme de Sarl, entraîne que la rémunération versée par une filiale à un dirigeant commun avec la société mère doit faire l'objet de la même procédure aussi bien chez la mère

que chez la filiale soit une autorisation du conseil de chacune des deux sociétés et une approbation par chacune des deux assemblées ; ce qui dédouble la procédure.

Ce problème spécifique au droit tunisien provient du fait qu'en copiant la législation française, le législateur tunisien a étendu le dispositif à toutes les sociétés anonymes alors que la législation française le limite aux sociétés anonymes dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Or, lorsque la mère est cotée en bourse, la filiale ne l'est pas et par conséquent, la rémunération dudit dirigeant commun échappe à la procédure des conventions réglementées chez la filiale non cotée en droit français, ce qui évite le dédoublement redondant de la procédure de contrôle par l'assemblée générale des filiales ayant la forme de société anonyme.

(2) La rémunération des administrateurs ne peut être que :

- La rémunération d'un administrateur salarié qui satisfait aux conditions de désignation au conseil d'administration bien que cette rémunération soit liée à son statut de salarié antérieur à sa désignation en tant qu'administrateur ;
- Les jetons de présence qui sont déjà fixés par l'Assemblée Générale ;
- Les rémunérations exceptionnelles de l'article 205 du CSC pour les missions ou mandats confiés aux

membres du conseil d'administration et qui sont régies en vertu dudit article par la procédure des conventions réglementées.

(3) Le fait de soumettre la rémunération individuelle d'un dirigeant à l'approbation de l'assemblée est une atteinte aux prérogatives du conseil d'administration qui est responsable légalement de sa fixation.

(4) Si l'information sur le coût de la rémunération individuelle d'un dirigeant est concevable pour une société cotée en bourse, le risque d'effets négatifs sur les sociétés non cotées en bourse ne semble pas avoir été pris en considération par le législateur.

À titre comparatif, la législation française qui a probablement inspiré le dispositif tunisien réserve l'application du régime des conventions réglementées à la rémunération des dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé uniquement (1). La législation française prévoit aussi, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, une description dans le rapport du Président du conseil d'administration des principes et règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux (article L. 225-37 du code de commerce français) (2) et un compte-rendu dans le rapport annuel de gestion des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sur

(1) Aux termes de l'article L. 225-42.1 du code de commerce français : «**Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé**, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42.

Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée.

L'autorisation donnée par le conseil d'administration en application de l'article L. 225-38 est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat.

La soumission à l'approbation de l'assemblée générale en application de l'article L. 225-40 fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. Cette approbation est requise à chaque renouvellement du mandat exercé par les personnes mentionnées au premier alinéa.

Aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut intervenir avant que le conseil d'administration ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions prévues. Cette décision est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit.

Les engagements correspondant à des indemnités en contrepartie d'une clause interdisant au bénéficiaire, après la cessation de ses fonctions dans la société, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ne sont soumis qu'aux dispositions du premier alinéa. Il en va de même des engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale, ainsi que des engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du même code.»

(2) Aux termes de l'article L. 225-37 du code de commerce français, le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non écrite.

À moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés.

(Suite du renvoi 2 à la page suivante)

la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social (Article 225-102.1 du code de commerce français) (1).

Sous-section 4. Les rémunérations exceptionnelles allouées aux administrateurs

Aux termes de l'article 205 du CSC, le conseil d'administration peut allouer des rémunérations exceptionnelles soumises à la procédure des conventions réglementées pour les missions ou mandats confiés aux membres du conseil d'administration.

La rémunération est exceptionnelle dans le sens où elle ne rémunère pas les activités relevant de l'exercice ordinaire de la fonction d'administrateur.

En effet, est exceptionnel selon le dictionnaire de l'académie française «ce qui est en dehors de l'ordinaire».

Après la réforme du 16 mars 2009, le régime de toutes les rémunérations allouées aux dirigeants est fixé par le sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC. Dans ce sens, les dispositions de

(Suite renvoi 2) Sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées aux articles L. 232-1 et L. 233-16 et sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs.

Sauf disposition contraire des statuts, la voix du président de séance est prépondérante en cas de partage.

Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration. Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102, L. 225-102-1 et L. 233-26, de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés. Sans préjudice des dispositions de l'article L. 225-56, ce rapport indique en outre les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général. Lorsqu'une société se réfère, volontairement, à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. Le rapport prévu au présent article précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités. Ce rapport présente en outre les principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3. Le rapport prévu au présent article est approuvé par le conseil d'administration et est rendu public.

(1) Aux termes de l'article L. 225-102-1, le rapport visé à l'article L. 225-102 rend compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice à chaque mandataire social, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant à l'attribution de titres de créances de la société ou des sociétés mentionnées aux articles L. 225-13 et L. 228-93.

Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé.

Ce rapport décrit en les distinguant les éléments fixes, variables et exceptionnels composant ces rémunérations et avantages ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis. Il indique également les engagements de toutes natures, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise de la cessation ou du changement de ses fonctions ou postérieurement à celles-ci. L'information donnée à ce titre doit préciser les modalités de détermination de ces engagements. Hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance des dispositions du présent alinéa peuvent être annulés.

Il comprend également la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires durant l'exercice.

Il comprend également des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Les dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 sont applicables aux informations visées au présent article.

Les dispositions des premier et troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par une société dont les titres sont admis aux négociations sur le marché réglementé. Ces dispositions ne sont, en outre, pas applicables aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

l'article 205 du CSC paraissent en redondance avec celles du sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC.

En fait, l'article 205 continue à présenter de l'intérêt en rapport avec l'article 206 du CSC qui dispose que «les membres du conseil d'administration ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération autre que celles prévues aux articles 204 (jetons de présence) et 205 (rémunérations exceptionnelles) du CSC».

Mais, en application de l'article 206 du CSC, l'énumération parmi les personnes concernées par le régime des rémunérations, fixé par le sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, des administrateurs sans préciser «administrateurs salariés» serait en droit sans aucun sens puisqu'il est interdit aux administrateurs en leur qualité de percevoir une rémunération autre que les jetons de présence (article 204 du CSC) et éventuellement une rémunération exceptionnelle pour les missions ou mandats qui leur sont confiés par le conseil d'administration (article 205 du CSC). La seule justification de l'inclusion des administrateurs, dans leur ensemble sans distinguer entre les administrateurs salariés qui sont concernés par les dispositions dudit sous-paragraphe 5 et les autres administrateurs à qui il est interdit de se trouver dans le champ d'application dudit sous-paragraphe 5, dans la liste des personnes concernées par le régime dudit sous-paragraphe 5, est l'excès de prudence du législateur. Mais, cet excès de prudence sème plutôt la confusion puisqu'il régit une hypothèse que l'article 206 du CSC interdit.

Sous-section 5. Les conventions de groupe

Aux termes de l'article 475 du CSC, «lorsque deux sociétés ou plus appartenant à un groupe de sociétés

ont les mêmes dirigeants, les conventions conclues entre la société mère et l'une des sociétés filiales ou entre sociétés appartenant au groupe sont soumises à des procédures spécifiques de contrôle consistant en leur approbation par l'assemblée générale des associés de chaque société concernée, sur la base d'un rapport spécial établi par le commissaire aux comptes à l'effet si la société concernée est soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes.

Le contrôle n'est pas obligatoire si la convention porte sur une opération courante conclue à des conditions normales».

La question que pose l'article 475 du CSC par rapport aux articles 200 nouveau et 202 du CSC est la suivante : l'autorisation préalable des conventions de groupe est-elle requise ?

Si l'on considère que l'article 475 constitue une disposition spéciale applicable aux groupes pouvant déroger à la disposition générale formulée par l'article 200 nouveau du CSC et aux dispositions de l'article 202 du CSC, on peut conclure qu'il résulte des termes de l'article 475 du CSC que le régime des conventions de groupe ne comporte pas d'autorisation préalable du conseil d'administration et se réduit à une procédure spécifique de contrôle consistant en l'approbation par l'assemblée générale de chaque société du groupe concernée sur la base d'un rapport spécial établi par le commissaire aux comptes de chaque société concernée soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes.

En revanche, si l'on considère que les dispositions de l'article 475 sont implicitement abrogées par l'article 200 nouveau qui régit aussi les conventions intervenant entre la société mère et ses filiales au sens de l'article 461 du CSC (1), l'autorisation préalable du conseil

(1) Le quiproquo introduit par la disposition relative aux groupes de sociétés de l'article 200-II-1 par rapport aux dispositions spéciales de l'article 475 du CSC qui régissent la même matière de façon différente proviendrait d'une mauvaise interprétation de la source d'inspiration constituée par l'article 225-38 du code de commerce français qui dispose : «Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L.233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable des conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise».

Francis Lefebvre (Sociétés 2010, § 8370) apporte les explications suivantes sur les conventions intéressant les actionnaires détenant plus de 10% des droits de vote : «La réglementation de l'article L.225-38 s'applique non seulement aux conventions conclues directement ou indirectement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses dirigeants, mais aussi à celles conclues avec :

- un actionnaire, personne physique ou morale, disposant de plus de 10% des droits de vote,
- toute société contrôlant une société actionnaire qui détient plus de 10% des droits de vote.»

d'administration reste requise. En effet, aux termes de l'article 200 nouveau du CSC, «toute convention conclue.... entre la société et la société la contrôlant au sens de l'article 461 du CSC est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration».

Malgré la contradiction entre deux textes régissant la même situation, concernant la société mère et ses filiales, les sociétés doivent appliquer, en l'état actuel des textes, la procédure dans sa plénitude comprenant l'autorisation préalable du conseil d'administration, même s'il est légitime de se poser la question de l'utilité d'avoir maintenu l'article 475 du CSC en dépit des nouvelles dispositions régissant, partiellement, la même matière de façon différente. Pire encore, le maintien de l'article 475 dans le code des sociétés commerciales, après la réforme du 16 mars 2009, est source d'erreur pouvant perturber la gestion juridique des groupes de sociétés lorsqu'on ne prête pas attention au fait qu'il a été implicitement abrogé, du moins partiellement en ce qui concerne les relations entre la société mère et ses filiales, par les nouvelles dispositions de l'article 200 nouveau du CSC.

De même, les conventions de groupe portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales échappent-elles à la procédure d'information du conseil et d'audit telle que prévue par le paragraphe IV de l'article 200 nouveau du CSC ?

La réponse s'appuie sur le même raisonnement que celui retenu pour savoir si les conventions de groupe sont soumises à l'obligation d'autorisation préalable du conseil d'administration.

La même remarque s'applique quant au fait que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 475 du CSC semblent implicitement, partiellement, abrogées par les dispositions du paragraphe IV de l'article 200 nouveau du CSC qui s'appliquent aux conventions libres conclues entre une société mère et sa filiale.

Sous-section 6. La procédure applicable aux conventions réglementées

Les conventions réglementées dans les sociétés anonymes suivent une procédure en six étapes :

- Information du représentant légal de la société du projet de convention ;

- L'autorisation préalable par le Conseil d'Administration ;

- Le représentant légal de la société informe le commissaire aux comptes de toute convention autorisée ;

- Le rapport du commissaire aux comptes sur les conventions, dit rapport spécial ;

- Le Conseil d'Administration inscrit la convention autorisée dans le projet de résolutions à soumettre à l'Assemblée Générale ;

- L'approbation de chaque convention par une résolution de l'Assemblée Générale Ordinaire.

§ 1. Information du représentant légal par la ou les personnes intéressées visées par le champ d'application de la loi du projet de convention réglementée

Aux termes du sous-paragraphe 3 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, chacune des personnes entrant dans le champ d'application de la loi sur les conventions réglementées doit informer le Président-Directeur Général ou le Directeur Général ou l'Administrateur Délégué de tout projet de convention réglementée dès qu'elle en prend connaissance.

La loi n'a pas précisé les modalités de l'information qui peut, par conséquent, prendre toute forme.

§ 2. Autorisation préalable par le Conseil d'Administration

Toute convention réglementée en raison de la personne intéressée, ou de son objet, ou portant sur la rémunération ou les avantages octroyés à un mandataire social ou intervenant entre la société mère et ses filiales au sens de l'article 461 du CSC, doit être soumise à l'autorisation préalable du Conseil d'Administration.

Aux termes de l'alinéa 4 du sous-paragraphe 1 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, l'intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. Il est, par conséquent, nécessaire de mentionner dans le procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration que l'intéressé n'a pas pris part au vote.

Il a été jugé en France (rapporté par Francis Lefebvre, sociétés commerciales 2010, § 8398 à 8400) :

1) «La simple connaissance par les administrateurs de l'existence de la convention ne peut pas être considérée comme valant autorisation préalable de leur part (Cass. soc. 8-12-1976 : Rev. sociétés 1977 p. 251 note Balensi). De même, la connaissance de la convention par tous les actionnaires ne permet pas de pallier l'absence d'autorisation (Cass. com. 12-12-2006, RJDA 5/07 n° 509)».

2) «L'autorisation ne vaut que pour la convention soumise au conseil d'administration : **une autorisation générale** et pour une durée indéfinie équivaldrait à une absence d'autorisation (CA Paris 23-11-1955 : GAZ Pal. 1956 1 p. 40)».

3) «La participation de l'administrateur intéressé au vote sur l'autorisation entraîne la nullité de celle-ci même si, abstraction faite de cette participation, le quorum et la majorité requis étaient largement atteints (CA. Aix 15-5-1990 : Dt. sociétés 1991 n° 279, Voir aussi Cass. com. 18-10-1994 : RJDA n° 1307)».

§ 3. Avis au commissaire aux comptes

Aux termes de l'alinéa 2 du sous-paragraphe 3 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, le Président-Directeur Général ou le Directeur Général ou l'administrateur délégué doit informer le ou les commissaires aux comptes de toute convention autorisée.

La loi n'a pas fixé de délai et n'a pas traité de l'obligation d'informer le commissaire aux comptes des conventions autorisées au cours d'un exercice précédent et qui se poursuivent au cours de l'exercice.

§ 4. Rapport spécial du commissaire aux comptes

Aux termes de l'alinéa 3 du sous-paragraphe 3 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial sur les opérations autorisées, au vu duquel l'Assemblée Générale délibère.

La loi n'a pas précisé le contenu du rapport dit spécial du commissaire aux comptes sur les conventions, ce sont les normes professionnelles qui doivent pallier à ce vide.

Il est généralement admis que le rôle du commissaire aux comptes est d'informer les actionnaires sans porter de jugement sur l'opportunité des opérations.

Selon une réponse ministérielle française rapportée par Francis Lefebvre (sociétés 2010, § 8405) «Les commissaires aux comptes doivent signaler dans leur rapport non seulement les conventions autorisées portées à leur connaissance, mais également toutes les conventions qui ne leur auraient pas été signalées et qu'ils auraient découvertes au cours de leurs investigations, que ces conventions aient été autorisées par le conseil ou non (Rep. Lebas : AN 8-3-1969 p. 595, n° 3575)».

§ 5. Inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale et insertion de la convention soumise à approbation dans le projet de résolutions présenté à l'Assemblée Générale

Pour convoquer l'Assemblée Générale, le Conseil d'Administration doit arrêter son ordre du jour (article 283 du CSC) et arrêter le projet de résolutions à soumettre au vote de l'Assemblée Générale.

De même, aux termes de l'article 280 du CSC, le Conseil d'Administration doit mettre à la disposition des actionnaires au siège social de la société, quinze jours au moins avant la date prévue pour la tenue de l'assemblée, les documents nécessaires pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause et de donner leur avis sur la gestion et le fonctionnement de la société.

La loi n'a pas précisé la portée des documents nécessaires. Le projet de résolutions soumises au vote de l'assemblée devrait faire partie des documents nécessaires pour se prononcer en connaissance de cause.

§ 6. Vote de l'Assemblée Générale

Aux termes du sous-paragraphe 3 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC, les conventions autorisées doivent être soumises par le représentant légal de la société à l'approbation de l'Assemblée Générale qui délibère au vu du rapport spécial du commissaire aux comptes.

La loi précise que «l'intéressé qui participe à l'opération ou qui y a un intérêt indirect ne peut prendre part au vote. Ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité».

Le terme "intéressé" est repris du texte de loi française régissant le régime des conventions (article L. 225-40 du code de commerce) (1).

Selon Francis Lefebvre (sociétés commerciales 2010, § 8416 et 8417) :

1) «Seul l'intéressé est exclu du droit de vote».

2) «Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation française que les dérogations légales à l'existence du droit de vote doivent être interprétées strictement (Cass. com. 9-2-1999 n° 398 : RJDA 5/99 n° 566 ; Cass. cal. 23-10-2007 n° 06-16537 : RJDA 1/08 n° 50)».

3) «L'actionnaire ne peut être dépouillé de son droit de vote que dans les cas prévus par la loi (Cass. com. 9-2-1999 : RJDA 5/99 n° 566, qui a annulé une clause statutaire étendant l'interdiction de voter aux conjoint, ascendants et descendants des intéressés)».

L'assemblée statue sur les conventions de façon distincte en fonction des personnes intéressées. Compte tenu de la privation du vote de l'intéressé ou des intéressés, le quorum et la majorité sont spécifiques pour chaque résolution et il convient de procéder à la vérification du quorum après déduction des actions des intéressés pour chaque résolution.

Section 4. Le nouveau régime applicable à la rémunération des dirigeants sociaux

La rémunération des dirigeants est régie par une procédure à cinq étapes. Elle couvre le coût total de la rémunération du dirigeant pour la société. Tous les dirigeants sont concernés et le non respect de la

procédure légale est assorti de sanctions qui peuvent être lourdes de conséquence pour le dirigeant et le conseil d'administration.

Sous-section 1. La procédure à cinq étapes applicable à la rémunération des dirigeants

Le régime juridique des rémunérations de dirigeants de sociétés anonymes, autres que les jetons de présence, suit une procédure à cinq étapes :

Première étape : Le conseil d'administration fixe la rémunération du dirigeant aussi bien les rémunérations versées par la société que celles versées par ses filiales au sens de l'article 461 du CSC, préalablement à tout versement. La rémunération doit être fixée en précisant de façon explicite tous ses éléments en espèces et en nature actuels et futurs, etc... S'il est membre du conseil d'administration, le dirigeant concerné ne participe pas au vote de la résolution du conseil fixant sa rémunération. Le respect de l'exclusion du dirigeant concerné du droit au vote doit être expressément mentionnée dans le procès-verbal du conseil d'administration.

Deuxième étape : Le Président-Directeur Général, le Directeur Général ou l'administrateur délégué informe le ou les commissaires aux comptes de la rémunération du dirigeant telle que fixée par le conseil d'administration.

Troisième étape : Le commissaire aux comptes inclut dans son rapport spécial la rémunération de chacun des dirigeants.

Quatrième étape : Le conseil d'administration inscrit la rémunération de chacun des dirigeants aussi bien dans la société dirigée que dans les autres sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article 461 du code des sociétés commerciales dans le projet des résolutions

(1) L'article L. 225-40 du code de commerce français dispose : «L'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable. Il ne peut prendre part au vote par l'autorisation sollicitée.

Le président du conseil d'administration donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale.

Les commissaires aux comptes présentent, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée, qui statue sur ce rapport.

L'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité».

à soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire annuelle.

Cinquième étape : La rémunération de chacun des dirigeants aussi bien dans la société dirigée que dans les autres sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article 461 du code des sociétés commerciales est soumise à l'approbation de l'assemblée générale annuelle individuellement, dirigeant par dirigeant. S'il est actionnaire, le dirigeant concerné ne participe pas au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Sous-section 2. Les rémunérations visées

Les rémunérations visées sont énumérées par le sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC et par l'article 205 du CSC. Les rémunérations sont de nature purement contractuelle pour les mandataires. Elles s'inscrivent dans le cadre du droit du travail pour les administrateurs salariés (1) ou peuvent avoir une nature mixte pour le Directeur Général ou le Directeur Général Adjoint non administrateur qui occupe une fonction salariée avant sa nomination en tant que dirigeant social.

Les jetons de présence sont fixés aux termes de l'article 204 du CSC par l'assemblée générale annuelle ordinaire, et il serait absurde, à notre avis, de les intégrer dans les rémunérations pour les soumettre à une nouvelle approbation par l'assemblée générale.

§ 1. Rémunérations énumérées par le code des sociétés commerciales

Sociétés versantes concernées : Sont concernés par la procédure chez la société anonyme, les rémunérations et engagements pris par la société anonyme elle-même et les rémunérations et engagements pris par ses filiales au sens de l'article 461 du CSC, quelle que soit leur forme.

Éléments de rémunérations énumérées : Les obligations et engagements concernant les éléments de :

- rémunération,
- indemnités et avantages attribués (notamment les avantages en nature de toute sorte (voiture, téléphone, logement, couverture maladie, assurance-vie, stoks-option, etc...),
- indemnités et avantages dus ou auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la cessation ou la modification de leurs fonctions ou suite à la cessation ou la modification de leurs fonctions (tels que parachute doré, avantages postérieurs au départ ou à la retraite, etc...),
- les rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil d'administration pour les missions ou mandats confiés aux membres du conseil d'administration.

§ 2. Spécificités des rémunérations versées au titre d'un mandat

Les mandataires ne sont pas régis par le code du travail. La rémunération qui leur est servie doit se conformer aux éléments fixés expressément par la résolution du conseil qui les détermine. Ainsi, un mandataire n'a pas droit aux indemnités de congés payés ou au treizième mois ou plus si ce n'est précisé expressément dans la résolution du conseil. De même, le mandataire social étant révocable ad nutum, sa révocation n'ouvre aucun droit à indemnité si ce n'est fixé dans l'acte définissant la rémunération contractuelle.

En revanche, quand la rémunération d'un mandataire est soumise aux cotisations sociales, le coût global de sa rémunération inclut les cotisations sociales. Il en est de même des taxes et impôts sur les rémunérations dues.

(1) Aux termes de l'article 196 du CSC, sauf disposition contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé membre du conseil d'administration.

Le cumul des deux qualités n'est possible que si son contrat de travail est antérieur de cinq années au moins à la nomination comme membre au conseil d'administration et correspond à un emploi effectif.

Toute nomination en violation des dispositions précédentes est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part le membre du conseil d'administration sus-indiqué.

§ 3. Personnes visées

Sont concernées par la procédure régissant les rémunérations des dirigeants, les personnes suivantes :

- Le Président-Directeur Général ;
- Le Directeur Général ;
- L'administrateur délégué ;
- Chacun des Directeurs Généraux Adjointes ;
- Les administrateurs percevant une rémunération exceptionnelle dans le cadre de l'article 205 du CSC ;
- Les administrateurs salariés.

§ 4. Possibilité de cumuler un mandat social avec un emploi salarié

Il convient de distinguer entre le cumul de la fonction d'administrateur et un contrat de travail et le cumul de la fonction de Directeur Général non administrateur ou de Directeur Général Adjoint non administrateur et un contrat de travail.

1- Cumul de la fonction d'Administrateur avec un emploi salarié : Le code des sociétés commerciales prévoit expressément la possibilité de cumuler la qualité de salarié et celle d'administrateur mandataire sous réserve de remplir les trois conditions suivantes :

- Le cumul n'est pas interdit dans les statuts ;
- Le contrat de travail est antérieur à cinq ans au moins à la date du cumul ;
- Le contrat de travail correspond à un emploi effectif.

Dans le cas d'un cumul licite entre la fonction d'administrateur et un emploi salarié, Francis Lefebvre apporte les précisions suivantes (Sociétés commerciales, 2000, § 7709) : «Les fonctions d'administrateur et de salarié vont donc coexister, chacune étant soumise à son régime propre. Notamment, le contrat de travail peut être modifié : promotion du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise, augmentation de sa rémunération, versement d'une allocation en cas de retraite au même

titre qu'au reste du personnel, etc. Toutefois, ces modifications apportées au contrat de travail entrent dans le champ d'application des dispositions relatives aux conventions conclues directement ou indirectement entre la société et l'un de ses administrateurs (Cass. soc. 8 décembre 1976. Rev.soc.1977.251 note Balensi ; Cass. soc. 5 novembre 1982, Bull. V n° 602 ; Cass. soc. 12 juillet 1990, BRJDA 1990/19 p. 11). Elles sont donc soumises à la procédure spéciale prévue en pareil cas.

Ces modifications ne doivent cependant pas être d'une nature et d'une importance telles qu'elles puissent être considérées comme ayant entraîné la conclusion d'un nouveau contrat se substituant à l'ancien. En effet, un administrateur en fonction ne peut pas obtenir un contrat de travail».

2- Cumul de la fonction de Directeur Général ou de Directeur Général Adjoint avec un contrat de travail : Selon Lamy sociétés (1986, § 3277) :

(1) « Cas du directeur général non administrateur : que le directeur général non administrateur soit déjà salarié de la société au moment de sa nomination ou qu'il le devienne ultérieurement, le cumul de la position salariale et du mandat social est possible à la condition d'être effectif et sincère».

Dans le même sens, Francis Lefebvre (Sociétés commerciales, 2000, § 8806) précise qu'un Directeur Général «peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition, s'il est administrateur, que soient respectées les règles relatives au cumul d'un contrat de travail et des fonctions d'administrateur. Il faut aussi que ce contrat soit réel et sérieux, ce qui implique les mêmes conditions (fonctions salariées déterminées, lien de subordination, rémunération distincte) que celles indiquées à propos des autres dirigeants sociaux».

(2) «Cas du directeur général administrateur : Si le directeur général est administrateur, le cumul des fonctions salariale et sociale est soumis aux règles relatives aux administrateurs salariés, spécialement à celle de l'antériorité de la position salariale.

Très nettement, la Cour de cassation française (Cass. soc., 17 novembre 1976, n° 75-40.815, J.C.F. (G.), 1977, II, n° 18672) affirme que le directeur général, administrateur, ne peut conclure de contrat de travail avec la société tant qu'il siège au conseil» (Lamy, Sociétés).

(3) «Cadre accédant à la direction générale - Sort du contrat de travail : Un mandat social essentiellement révocable est substitué au contrat de travail, lorsque les pouvoirs d'administration antérieurement confiés par ce contrat se trouvent englobés dans les attributions de directeur général, au moment de l'accession à ce poste, sans cumul de fonctions ni de rémunération distincte (Cass. soc., 3 mars 1976, n° 74-14.814).

Les fonctions exercées en qualité d'adjoint à la direction générale sont confondues avec les fonctions de directeur général, ce que confirme l'absence de toute distinction dans la rétribution (Cass. soc., 12 mai 1980, n° 78-16.265 ; C.A., Lyon, 19 octobre 1978 ; D., 1979, I.R., p. 80).

Si, après sa nomination comme directeur général, un directeur technique n'a perçu qu'une seule rémunération et si, à la suite de cette nomination, il a joui d'une entière indépendance dans l'accomplissement de ses fonctions, sans que le conseil ne se prononçât à l'égard du contrat de travail, il n'y a eu aucune convention ni élément caractérisant l'intention de maintenir ce dernier (Cass. soc., 14 mars 1979, n° 77-41.446» (Lamy, Sociétés).

(4) Solution consistant à suspendre le contrat de travail pendant la durée du mandat social : «Sur le plan pratique, force est donc d'insister sur l'opportunité de fixer nettement le sort du contrat de travail du cadre accédant à la direction générale.

Partant, si un cumul effectif n'est pas possible, la suspension du contrat de travail durant l'exercice de la fonction sociale pourrait être une recommandation profitable (cf. Cass. Soc., 15 mars 1983, n° 81-40.368 ; Rev. Soc., 1983, p. 353, note Chartier).

La suspension suppose que le contrat de travail appelé à être suspendu comporte des attributions déterminées et subordonnées, distinctes de la direction générale.

À défaut, elle est dépourvue de tout effet (C.A., Rennes, 14 janvier 1975, Bull. Joly, 1975, p. 29). D'autre part, la suspension du contrat de travail doit concerner le contrat initial. Il est hors de question qu'un nouveau contrat soit accordé au salarié.

Les modalités de remise en vigueur, à l'expiration du mandat social du contrat de travail suspendu, doivent être réglées avec soin, notamment au sujet du salaire» (Lamy, Sociétés).

§ 5. Modalités de présentation de la rémunération des dirigeants sociaux à l'approbation de l'Assemblée Générale Ordinaire Annuelle

La rémunération du dirigeant peut comprendre deux composantes :

- Les rémunérations servies par la société ;
- Les rémunérations servies par les autres sociétés contrôlées au sens de l'article 461 du CSC.

Chaque composante peut comprendre les éléments suivants :

- La rémunération nette en espèce courante ;
- L'intéressement net aux résultats ;
- Les avantages en nature (voiture de fonction, assurance-vie, prise en charge du téléphone, logement, eau, électricité, gaz, frais d'études et de scolarité, etc...) ;
- Les charges sociales et fiscales ;
- Les rémunérations exceptionnelles visées par l'article 205 du CSC ;
- Les stock-options ;
- Les engagements d'indemnité de départ ou de rupture (parachute doré) ;
- Les avantages postérieurs au départ.

Les stock-options, les engagements d'indemnité de départ ou de rupture (parachute doré) relèvent des cas d'école en Tunisie alors que les avantages postérieurs au départ se rencontrent rarement, notamment auprès

de quelques entreprises publiques et s'appliquent essentiellement au départ à la retraite.

En fait, les problèmes liés à la rémunération des dirigeants sont principalement des problèmes que l'on rencontre dans les pays riches qui ont développé un marché des dirigeants de haut calibre que les entreprises géantes se disputent. S'il arrive que des dirigeants perçoivent des rémunérations importantes en Tunisie, outre le fait que ce qui est important dans le contexte relatif de la Tunisie ne l'est pas dans le contexte international et que leur nombre est plutôt marginal, il s'agit généralement de dirigeants d'entreprises qui dégagent des bénéfices importants.

Ce qu'il faut souligner est que si les rémunérations élevées sont le reflet de la valeur de marché du dirigeant, il faut considérer qu'il s'agit d'un bon signe pour l'économie tunisienne. De même, lorsqu'un dirigeant a une valeur de marché élevée, s'il ne trouve pas une rémunération en Tunisie correspondant à sa valeur de marché, le risque est élevé de le voir partir. Or, ceux qui font la dynamique d'une économie, ce sont ses entrepreneurs et les dirigeants dont la compétence et l'efficacité sont valorisées par le marché.

Les composantes et éléments de la rémunération des dirigeants peuvent être présentés selon le modèle suivant :

De plus, nous recommandons, si les dirigeants estiment que cela pourra leur procurer plus de confort, de fournir les informations suivantes bien qu'elles ne soient pas couvertes par l'article 200-II-5 du CSC :

Informations supplémentaires :

Monsieur X

(en dinars)

	Dépenses engagées par la société	Dépenses engagées par la ou les société(s) contrôlée(s)	Total
Remboursements de frais professionnels engagés (1)			
Frais de missions et de voyages engagés (1)			
Taxe de voyage engagée (1)			
(1) Lorsqu'ils ne figurent pas parmi les avantages en nature.			

§ 6. Sanction liée au non respect du régime légal des rémunérations des dirigeants

Le sous-paragraphe 5 du paragraphe II de l'article 200 nouveau du CSC prévoit deux sanctions spécifiques applicables en cas de violation des dispositions régissant la rémunération des dirigeants.

1- Annulation de la rémunération : En cas de violation des dispositions régissant le régime juridique applicable aux rémunérations des dirigeants dans sa

Monsieur X

(en dinars)

	La Société		La ou les Société(s) contrôlée(s)			Total
	Référence de l'autorisation	Montant ou description	Références des autorisations		Montant ou description	
			Chez la mère	Chez la filiale		
Rémunération nette courante						
Intéressement net aux résultats						
Avantages en nature (1)						
Charges sociales et fiscales y compris les retenues à la source au titre de l'IRPP et les retenues à la source au titre des cotisations sociales						
Rémunérations exceptionnelles visées par l'article 205 du CSC						
TOTAL						
Engagements pris au titre de la cessation (fin ou rupture de mandat) ou la modification des fonctions						
Avantages postérieurs au départ						
Stock-options						
Autres						
(1) Préciser qu'il s'agit d'avantages en nature purement et simplement ou d'élément à usage mixte tel que la voiture de fonction.						



plénitude, les rémunérations versées ou dues peuvent être annulées lorsqu'elles causent un préjudice à la société.

Dans ce cas, le dirigeant est contraint de rembourser la société.

2- Responsabilité du dirigeant ou du conseil d'administration : En cas de violation des dispositions régissant le régime juridique applicable aux rémunérations des dirigeants dans sa plénitude, la responsabilité du dirigeant et celle du conseil d'administration est engagée, ce qui peut contraindre le dirigeant et les administrateurs à dédommager la société et, éventuellement, faire l'objet de poursuite pénale pour abus de biens sociaux ou abus de confiance.

Section 5. La déclaration des conventions libres et leur audit

Sont qualifiées de libres, les conventions autres qu'interdites et autres que celles qui sont réglementées de part leur objet et qui constituent à la fois des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Les conventions dites libres sont soumises à une procédure juridique simplifiée de communication au dirigeant représentant légal de la société et d'audit du commissaire aux comptes.

Les conventions libres doivent leur qualification de libres au fait qu'elles étaient dispensées de tout formalisme ; libres de tout formalisme.

En droit tunisien, les conventions libres échappaient à tout formalisme avant la loi du 16 mars 2009. Mais, depuis, elles ne le sont plus tout à fait bien que la nouvelle procédure pour les encadrer puisse être qualifiée de simplifiée. La législation tunisienne a copié sur ce point la nouvelle législation française en la rendant d'une application généralisée. En effet, si la législation française réserve la procédure d'information et d'audit aux conventions dites libres ayant une importance significative, le dispositif tunisien s'applique

à toute convention libre sans égard à son importance significative (1).

Par rapport aux conventions réglementées, les conventions dites libres ne sont soumises qu'à l'obligation de déclaration par la personne intéressée et d'audit. Elles restent, de ce fait, dispensées :

- d'autorisation préalable du conseil d'administration,
- de reporting détaillé et chiffré dans le rapport spécial du commissaire aux comptes,
- de vote d'approbation par l'Assemblée Générale Ordinaire Annuelle.

Mais, pour pouvoir être qualifiée de convention libre sous le contrôle du commissaire aux comptes, une convention doit correspondre à la fois à une opération courante et conclue à des conditions normales.

Opérations courantes : Selon Lamy sociétés (1986, § 3352) «par opération courante, il faut entendre des conventions entrant dans l'activité habituelle de la société, fixée par l'objet social». Selon la cour de cassation française (Cass. com. 1er octobre 1996, RJDA 1/97 n° 65 - rapporté par Francis Lefebvre, sociétés commerciales 2000, § 8359) «par opérations courantes, il faut entendre celles qui sont effectuées par la société dans le cadre de son activité ordinaire et, s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles».

Conditions normales : Selon Lamy sociétés (1986, § 3352), «Il faut comprendre les mots "conclues à des conditions normales" dans le sens de conditions commerciales générales, consenties aux clients extérieurs de la société, avec les mêmes avantages, au besoin, mais sans aucun privilège particulier, faussant les règles de neutralité commerciale».

Selon une réponse ministérielle française rapportée par Francis Lefebvre (sociétés commerciales 2000, § 8359) et Lamy sociétés (1986, § 3352), «Les conditions peuvent

(1) L'article L. 225-39 du code de commerce français dispose : «Les dispositions de l'article L. 225-38 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Cependant, ces conventions, **sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties**, sont communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration. La liste et l'objet desdites conventions sont communiqués par le président aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes».

être considérées comme normales lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par la société dans ses rapports avec les tiers de telle sorte que l'administrateur intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un fournisseur ou un client quelconque de la société. Il faut aussi tenir compte des conditions en usage pour les conventions semblables dans d'autres sociétés ayant la même activité» (Rep. Minist. Lebas, JO Déb. AN, 4 Avril 1969, p 870).

Les conventions normales se rapportent à la fois au prix (prix nominal, remise, ristourne, escompte, etc...) et aux conditions de règlement.

Faut-il informer l'assemblée des conventions libres ? Bien que la loi se limite à l'obligation d'information du conseil et à l'obligation d'audit par le commissaire aux comptes des conventions qualifiées de libre et ne va pas jusqu'à l'obligation de porter la liste des conventions dites libres à la connaissance de l'assemblée, il serait de pratique prudente, offrant plus de confort aux administrateurs, d'informer l'assemblée de la liste des conventions libres et de faire approuver leur qualification de conventions libres par ladite assemblée.

Section 6. Les conventions interdites

Le paragraphe III de l'article 200 nouveau du CSC institue deux types de conventions interdites :

- 1- Conventions interdites aux mandataires dirigeants personnes physiques ;
- 2- Conventions interdites avec tout actionnaire.

Sous-section 1. Conventions interdites aux mandataires dirigeants personnes physiques

Aux termes du paragraphe III de l'article 200 nouveau du CSC, à l'exception des personnes morales membres du conseil d'administration, il est interdit, sous peine de nullité absolue, aux personnes physiques dirigeants mandataires et leurs proches parents de :

- (1) contracter auprès de la société qu'elles dirigent, sous quelque forme que ce soit, des emprunts,
- (2) se faire consentir par la société qu'elles dirigent une avance, un découvert en compte courant ou autrement,
- (3) recevoir des subventions de la société qu'elles dirigent,

(4) ainsi que de faire cautionner ou avaliser par la société qu'elles dirigent leurs engagements envers les tiers.

L'interdiction s'applique aux personnes physiques suivantes :

- (1) Président-Directeur Général ;
- (2) Directeur Général ;
- (3) Administrateur délégué ;
- (4) Directeurs Généraux Adjointes ;
- (5) Administrateurs (personnes physiques) ;
- (6) Représentants permanents des personnes morales membres du conseil d'administration ;
- (7) Conjoint, ascendants et descendants des personnes indiquées ci-dessus ;
- (8) Toute personne interposée au profit de l'une des personnes indiquées ci-dessus.

En revanche, l'interdiction ne s'applique pas aux administrateurs personnes morales.

De même, aux termes de l'article 474 du CSC, nonobstant toute disposition contraire, il est permis d'effectuer des opérations financières entre les sociétés du groupe ayant des liens directs ou indirects de capital, dont l'une dispose d'un pouvoir sur les autres dû à la détention de plus de la moitié du capital social.

Sont considérées opérations financières, tout prêt au sens de la législation relative aux établissements de crédit, toute avance en compte courant ou garantie, quelles qu'en soient la nature et la durée.

Ces opérations ne peuvent être effectuées qu'aux conditions suivantes :

- 1- que l'opération financière soit normale et n'engendre pas de difficultés pour la partie qui l'a effectuée,
- 2- que l'opération soit justifiée par un besoin effectif pour la société concernée et qu'elle ne résulte pas de considérations fiscales,
- 3- que l'opération comporte une contrepartie effective ou prévisible pour la société qui l'a effectuée,
- 4- que l'opération ne vise pas la réalisation d'objectifs personnels pour les dirigeants de droit ou de fait des sociétés concernées.

Sous-section 2. Conventions interdites avec tout actionnaire

Aux termes de l'alinéa 3 du paragraphe III de l'article 200 nouveau du CSC (1), il est interdit, à peine de nullité absolue, à tout :

- actionnaire,
 - à son conjoint,
 - à ses ascendants,
 - à ses descendants,
 - ou à toute personne interposée pour le compte de l'une des personnes indiquées ci-dessus,
- de :
- contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts avec la société,
 - se faire consentir par elle une avance, un découvert en compte courant ou autrement,
 - ou d'en recevoir des subventions,
- et ce, **afin de l'utiliser pour la souscription dans les actions de la société.**

Section 7. Procédure de régularisation des conventions réglementées n'ayant pas donné lieu à autorisation préalable du Conseil d'Administration

Aux termes de l'article 202 du CSC, les conventions régies par la procédure des conventions réglementées qui ont été contractées sans l'autorisation préalable du Conseil d'Administration, peuvent faire l'objet d'annulation si elles entraînent des dommages à la société.

La nullité peut, néanmoins, être couverte par un vote de l'Assemblée Générale Ordinaire, intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes sur la convention en exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Comme tout vote sur les conventions, l'intéressé ne prend pas part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Parmi les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie, on peut notamment citer le cas où, en raison du nombre d'administrateurs intéressés, le conseil a été dans l'impossibilité de réunir le quorum ou la majorité requis pour autoriser la convention.

Selon la cour de cassation française (Cass. com. 10-5-1989 : Bull. civ. IV n° 149 ; Cass. com. 21-11-2000 : RJDA 3/01 n° 334 ; Cass. com. 20-11-2007 n° 06-18-621 : RJDA 2/08 n° 161, jugements rapportés par Francis Lefebvre, sociétés commerciales 2010, § 8442), la nullité n'est pas couverte si le rapport du commissaire aux comptes est insuffisant et notamment s'il n'expose pas les clauses essentielles de la convention litigieuse, ni les circonstances à raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.

Section 8. La mission étendue du commissaire aux comptes dans le domaine des conventions

La mission du commissaire aux comptes a été considérablement élargie au regard des conventions dans les sociétés anonymes.

Ainsi, les commissaires aux comptes sont chargés, aux termes de l'article 203 nouveau du CSC, de s'assurer, dans le cadre de leurs missions et sous leur responsabilité, du respect des dispositions des articles 200 nouveau et 202 du CSC.

Dans ce cadre, le commissaire aux comptes est investi d'une mission étendue d'audit et de reporting relative aux opérations et situations suivantes :

- Déclaration d'intérêt direct ou indirect (et de l'information sur les fonctions occupées par les dirigeants dans les autres sociétés) ;
- Respect de la procédure relative aux conventions réglementées y compris la procédure régissant la rémunération des dirigeants ;
- Procédure de régularisation relative aux conventions réglementées n'ayant pas fait l'objet d'autorisation préalable du conseil d'administration ;
- Absence de conventions interdites ;
- Audit des conventions libres.

Ainsi, la loi charge le commissaire aux comptes de non seulement veiller au respect des obligations de reporting (rapport spécial sur les conventions, révélation des irrégularités relevées et éventuellement révélation des faits délictueux) mais aussi à veiller au respect des dispositions légales relatives aux conventions par le Conseil d'Administration et le Président-Directeur Général ou le Directeur Général et à leur qualification pour distinguer entre les conventions réglementées et les conventions libres.

(1) Cette disposition est inspirée de l'article L. 225-216 Alinéa 1 du code de commerce français qui dispose : «Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts, ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers».