



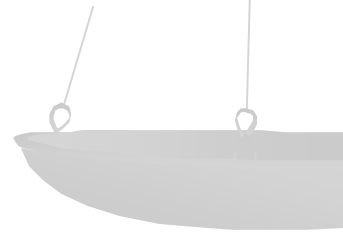
C A B I N E T

G H A Z O U A N I

A V O C A T S

مكتب الغزواني للمحاماة

www.c-ghazouani.com



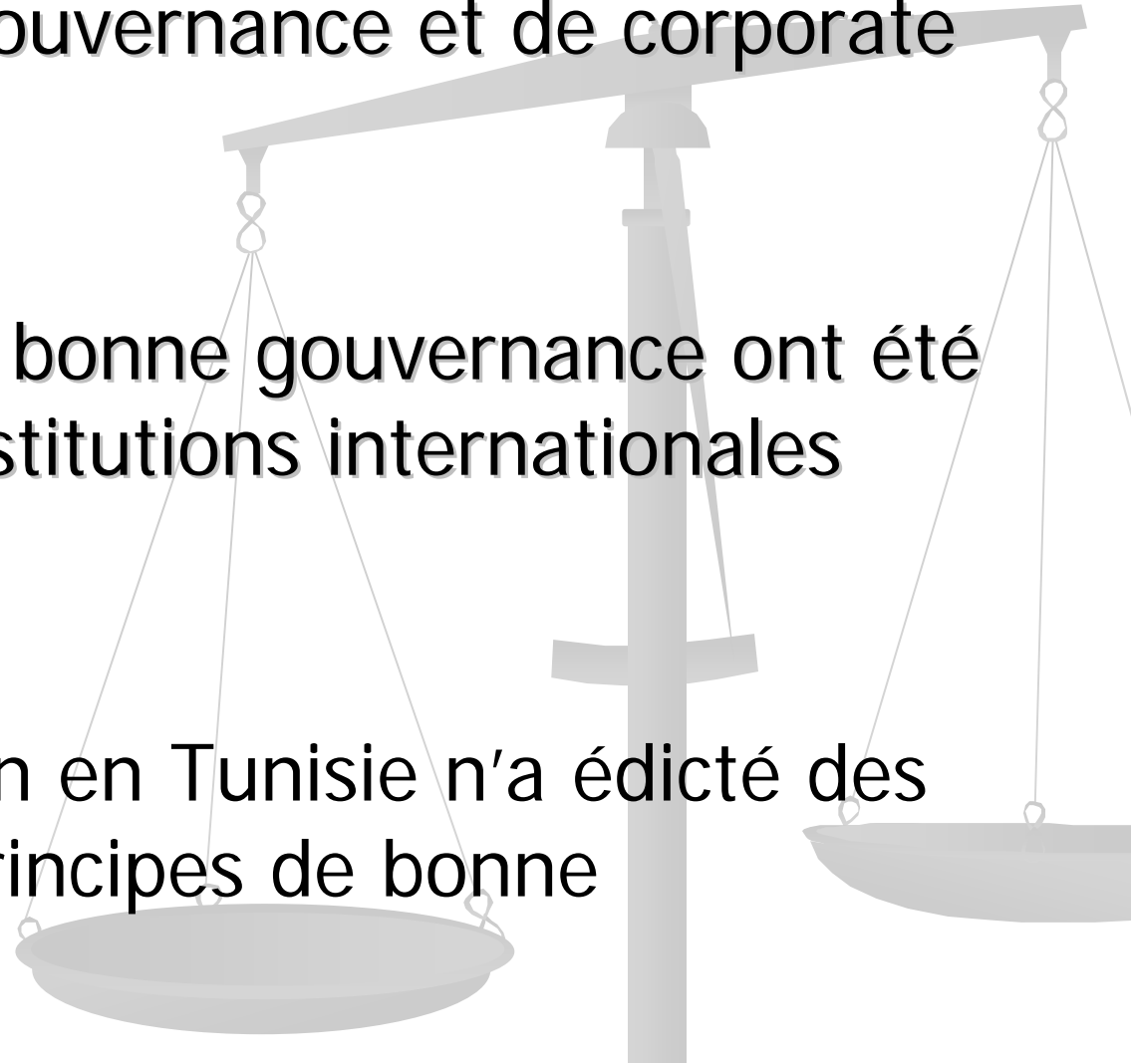
LE STATUT JURIDIQUE DES ORGANES DE GOUVERNANCE DE LA SOCIETE ANONYME

Maître Chiheb GHAZOUANI

(Conférence Gouvernance et performance, Hôtel le
Palace Gammarth, 22 septembre 2006)

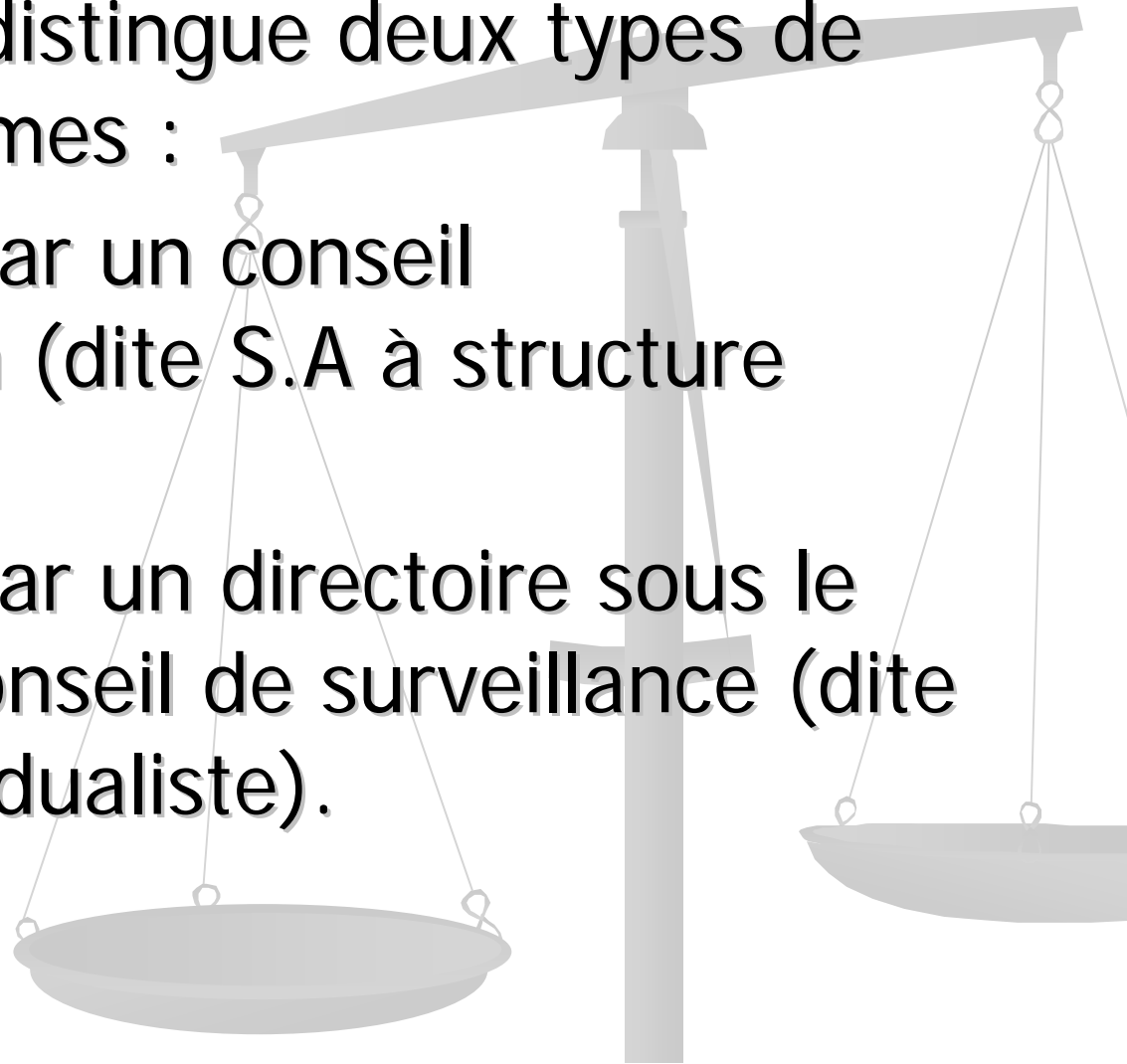
INTRODUCTION

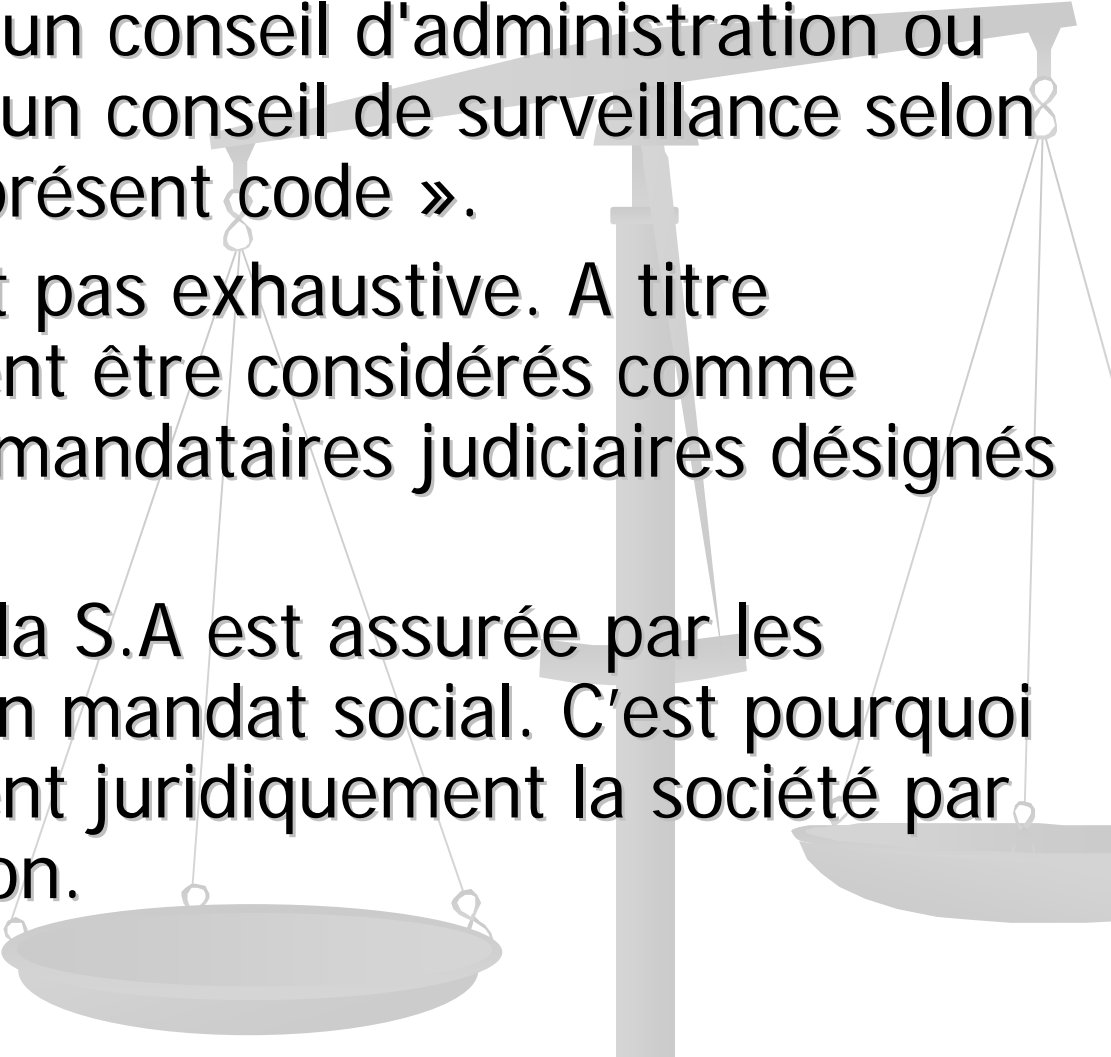
- Les notions de gouvernance et de corporate governance
- Des principes de bonne gouvernance ont été posés par des institutions internationales (OCDE, IFA ...)
- aucune institution en Tunisie n'a édicté des normes et des principes de bonne gouvernance.



La loi tunisienne distingue deux types de Sociétés Anonymes :

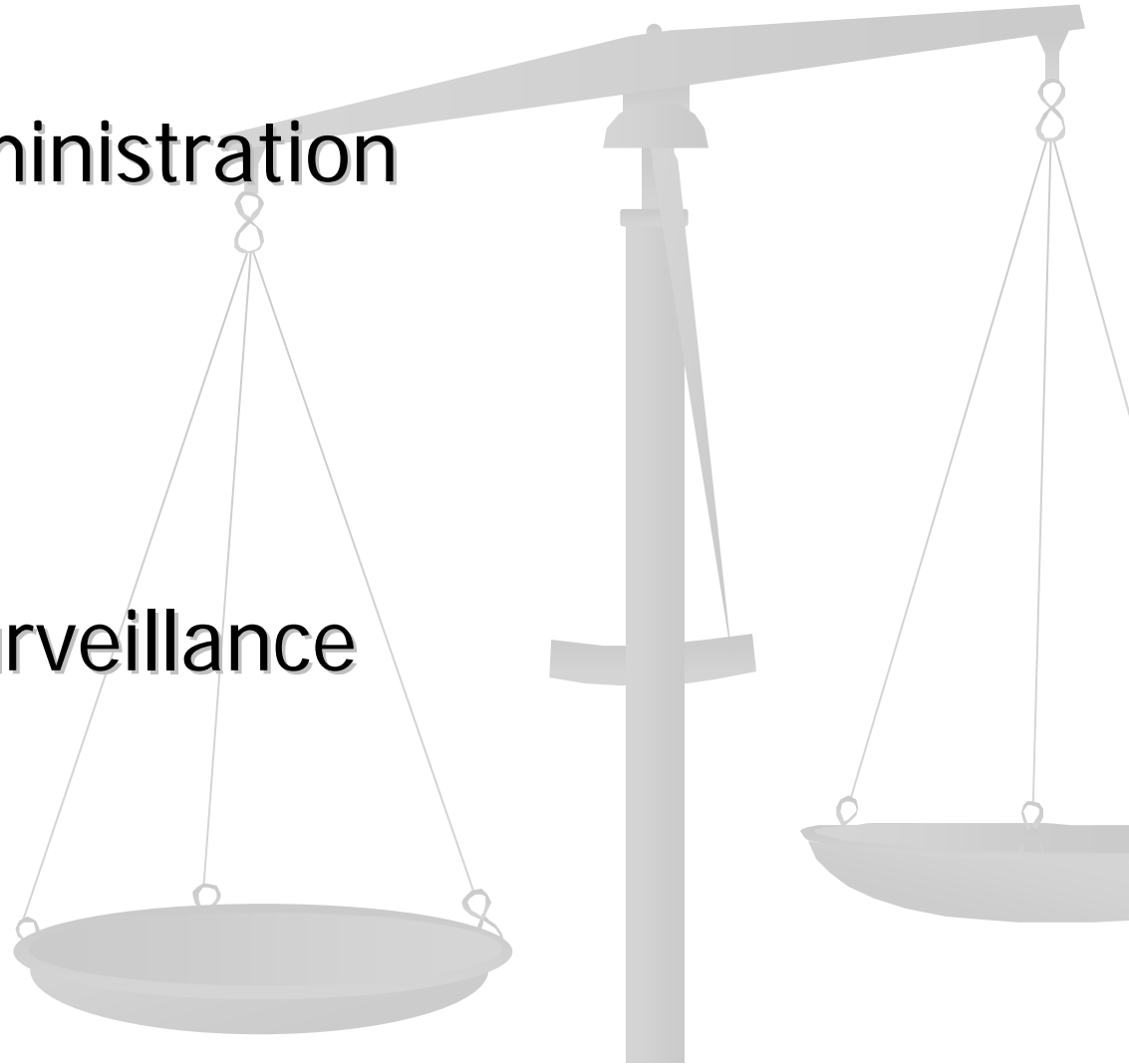
- La S.A dirigée par un conseil d'administration (dite S.A à structure moniste)
- La S.A dirigée par un directoire sous le contrôle d'un conseil de surveillance (dite S.A à structure dualiste).



- 
- L'Article 188 du CSC dispose : « La société anonyme est administrée par un conseil d'administration ou par un directoire et un conseil de surveillance selon les dispositions du présent code ».
 - Mais cette liste n'est pas exhaustive. A titre exceptionnel, peuvent être considérés comme administrateurs les mandataires judiciaires désignés par le juge.
 - La gouvernance de la S.A est assurée par les organes investis d'un mandat social. C'est pourquoi ces organes engagent juridiquement la société par leurs actes de gestion.

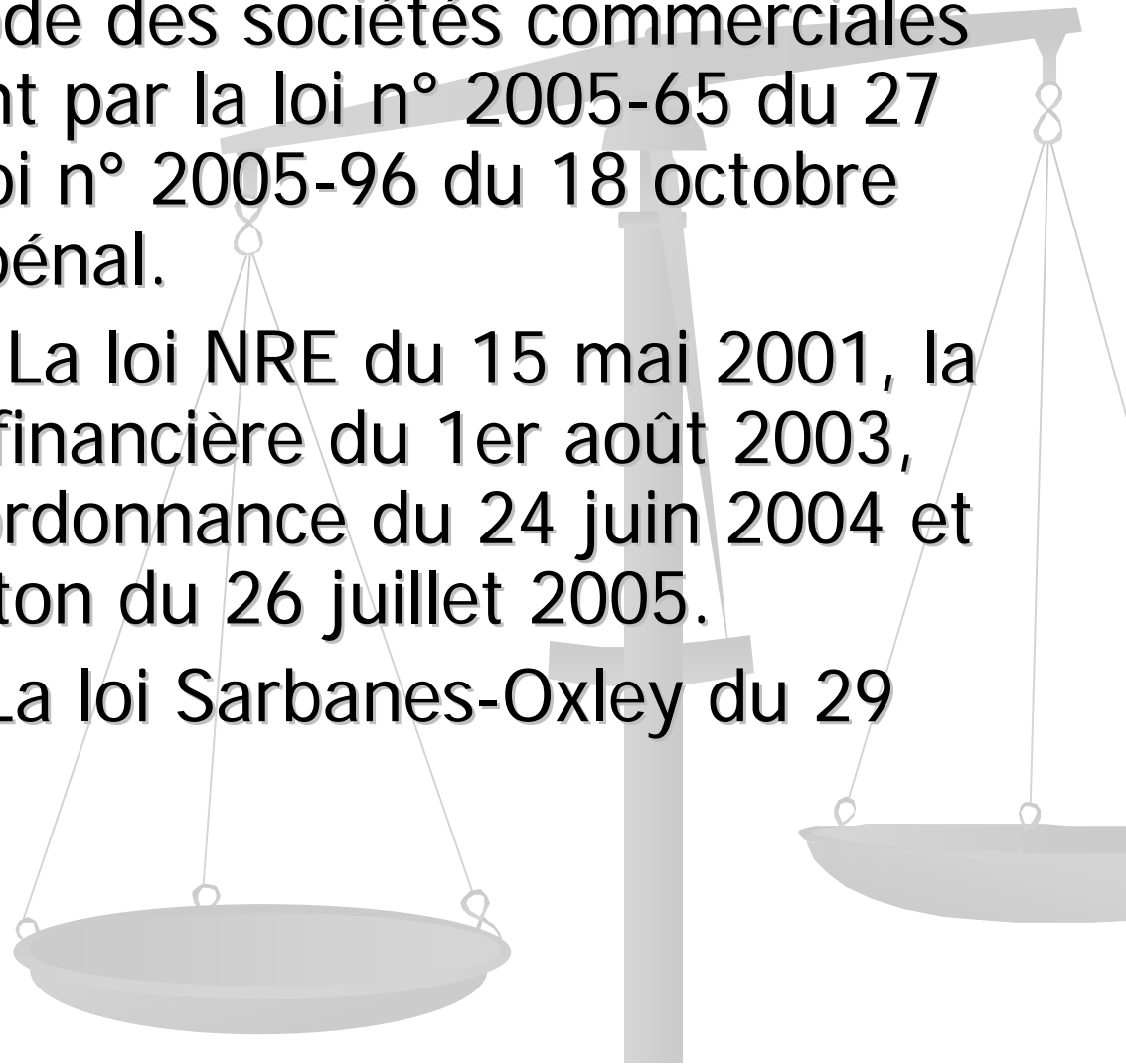
Composition légale des organes de gouvernance

- Le conseil d'administration
- Le directoire
- Le conseil de surveillance



Le droit applicable en matière de gouvernance

- En Tunisie : Le Code des sociétés commerciales modifié récemment par la loi n° 2005-65 du 27 juillet 2005 et la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005 et le Code pénal.
- Le droit français : La loi NRE du 15 mai 2001, la loi sur la sécurité financière du 1er août 2003, complétées par l'ordonnance du 24 juin 2004 et la loi Clément-Breton du 26 juillet 2005.
- Droit américain : La loi Sarbanes-Oxley du 29 juillet 2002.



PLAN

- I. L'étendue du mandat social des organes de gouvernance de la S.A**
- II. La responsabilité des organes de gouvernance de la S.A**



I. L'étendue du mandat social des organes de gouvernance de la S.A

A. Pouvoirs

B. Devoirs



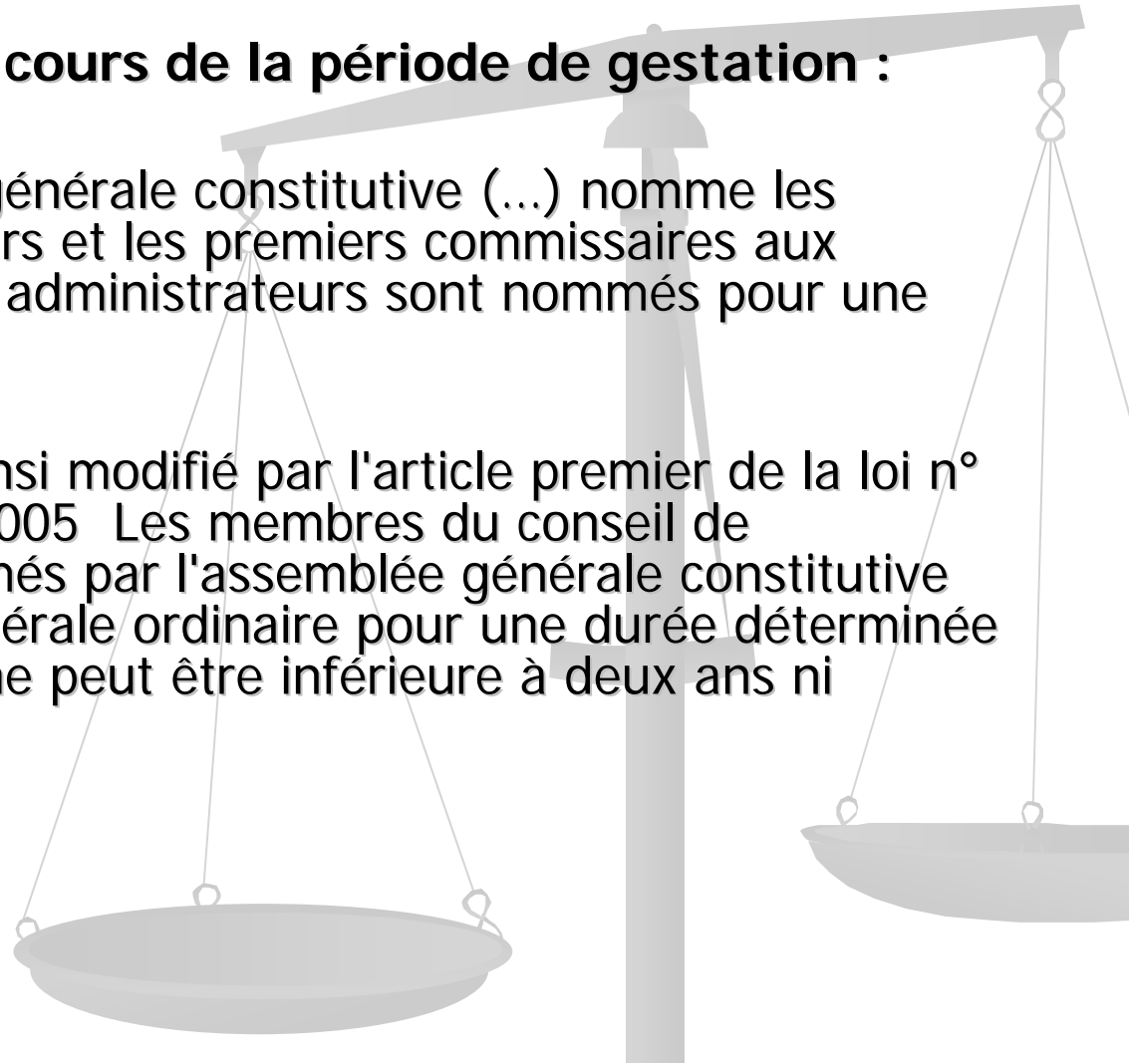
A. Pouvoirs

1. Nomination

■ a. La nomination au cours de la période de gestation :

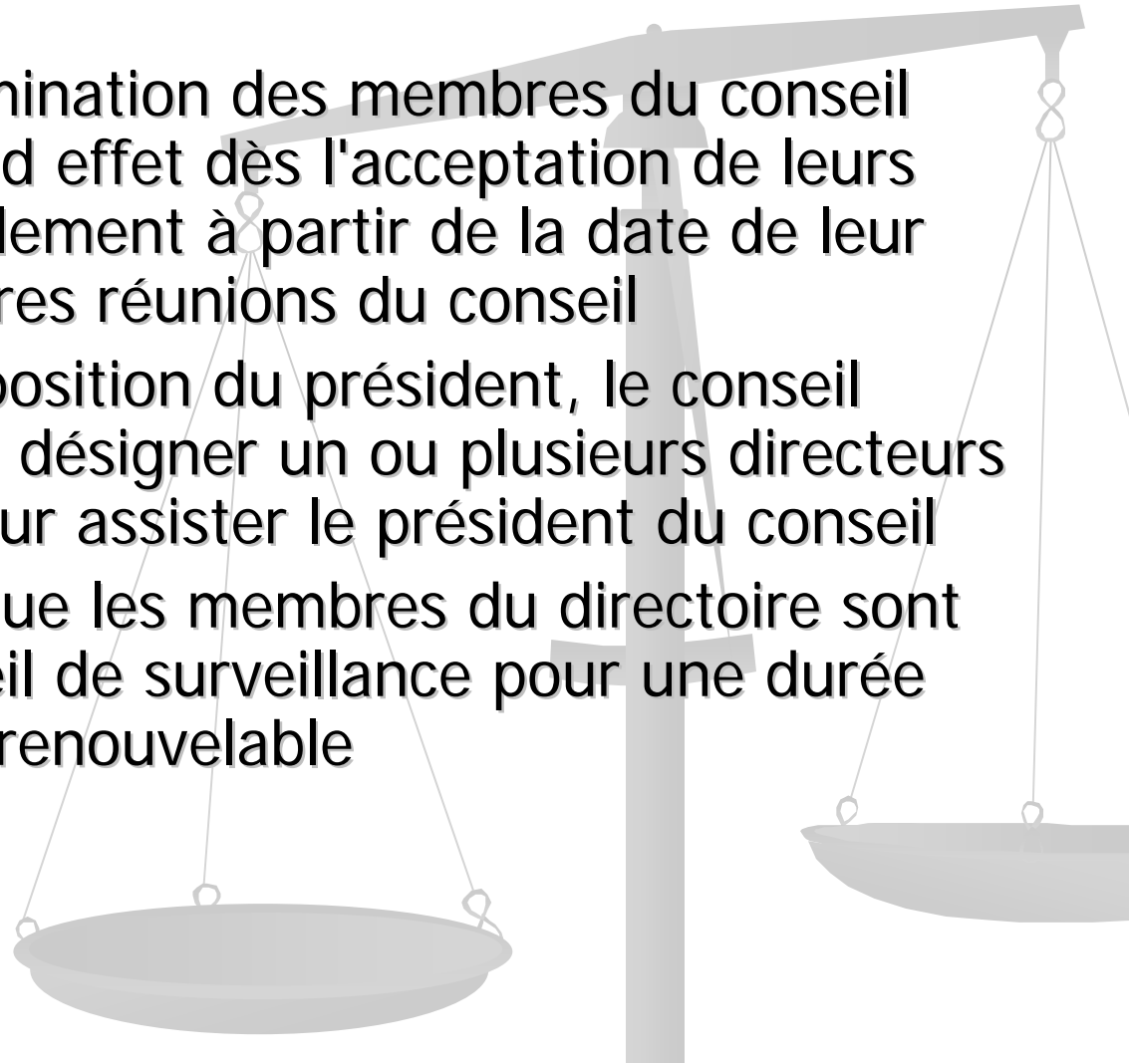
Article 172 - L'assemblée générale constitutive (...) nomme les premiers administrateurs et les premiers commissaires aux comptes. Les premiers administrateurs sont nommés pour une durée de trois années.

Article 239 - Note Alinéa ainsi modifié par l'article premier de la loi n° 2005-65 du 27 juillet 2005 Les membres du conseil de surveillance sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire pour une durée déterminée par les statuts, et qui ne peut être inférieure à deux ans ni supérieure à six ans.



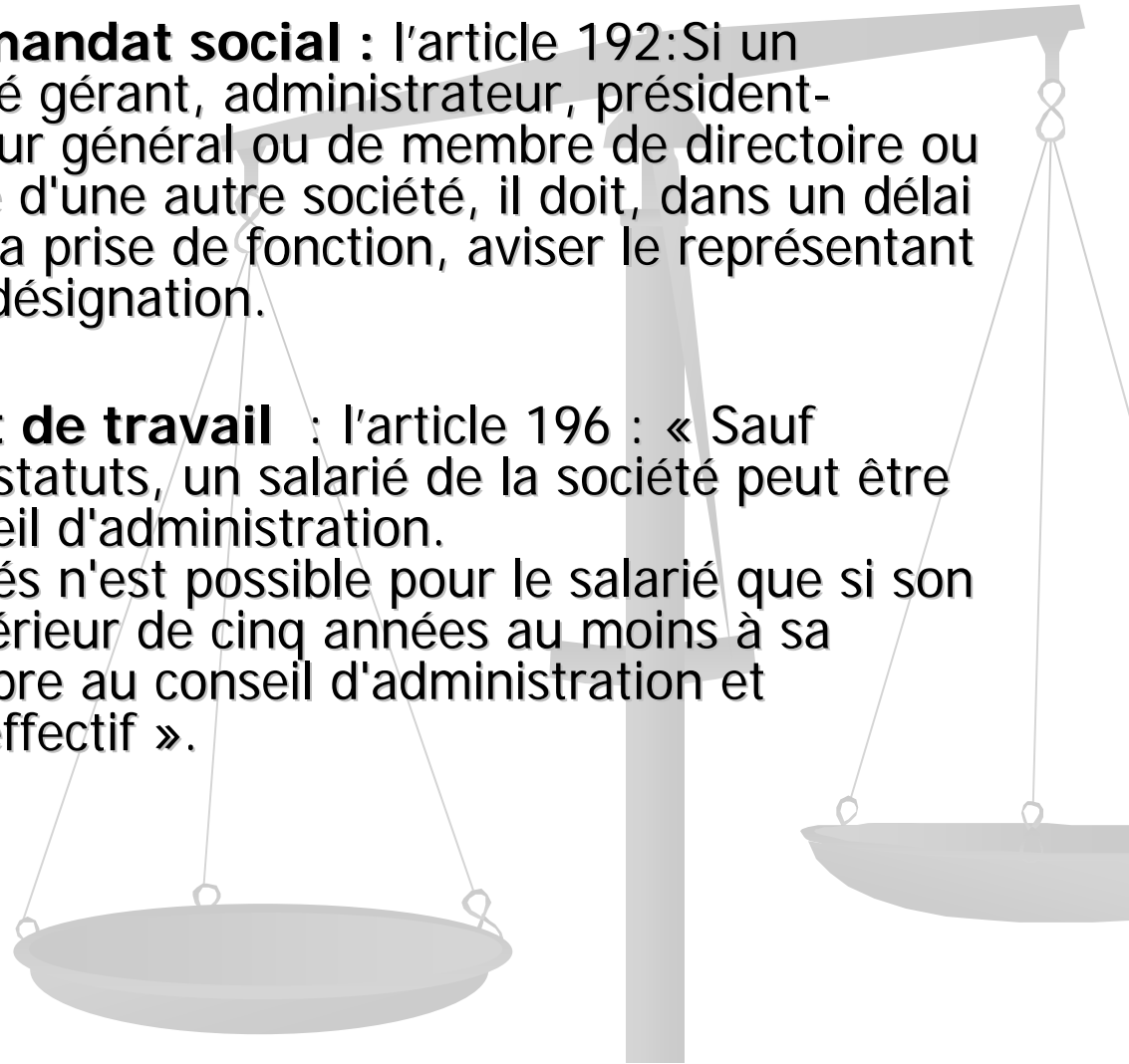
b- La nomination au cours de la vie sociale :

- L'Article 194 : La nomination des membres du conseil d'administration prend effet dès l'acceptation de leurs fonctions et éventuellement à partir de la date de leur présence aux premières réunions du conseil
- Article 212 : Sur proposition du président, le conseil d'administration peut désigner un ou plusieurs directeurs généraux adjoints pour assister le président du conseil
- l'article 226 précise que les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance pour une durée maximale de six ans renouvelable



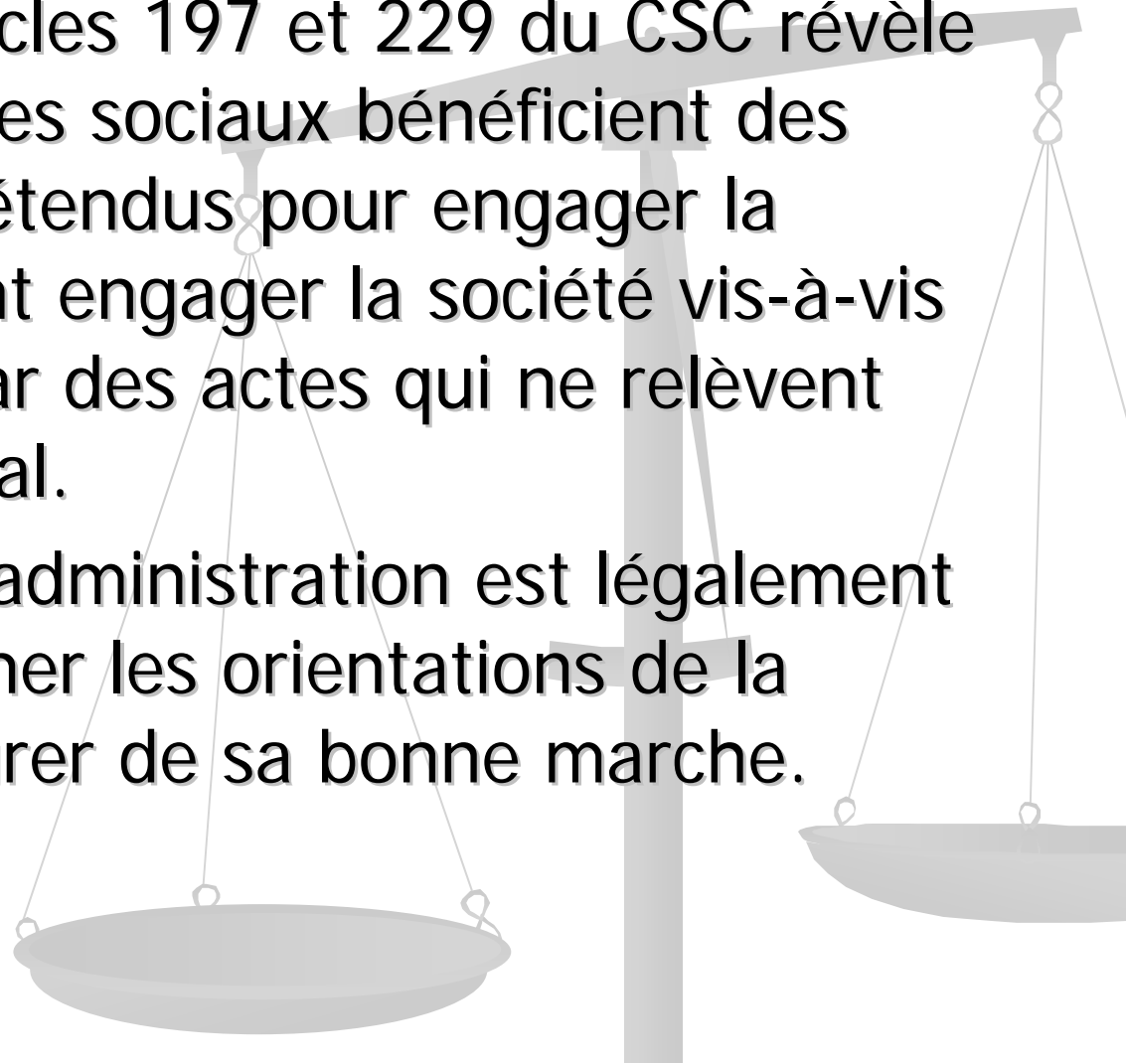
c- Le cumul des mandats au cours de la vie sociale

- **Cumul avec un autre mandat social** : l'article 192: Si un administrateur est nommé gérant, administrateur, président-directeur général, directeur général ou de membre de directoire ou de conseil de surveillance d'une autre société, il doit, dans un délai d'un mois à compter de sa prise de fonction, aviser le représentant légal de la société de sa désignation.
- **Cumul avec un contrat de travail** : l'article 196 : « Sauf disposition contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé membre au conseil d'administration.
Le cumul des deux qualités n'est possible pour le salarié que si son contrat de travail est antérieur de cinq années au moins à sa nomination comme membre au conseil d'administration et correspond à un emploi effectif ».



2. Étendue des fonctions

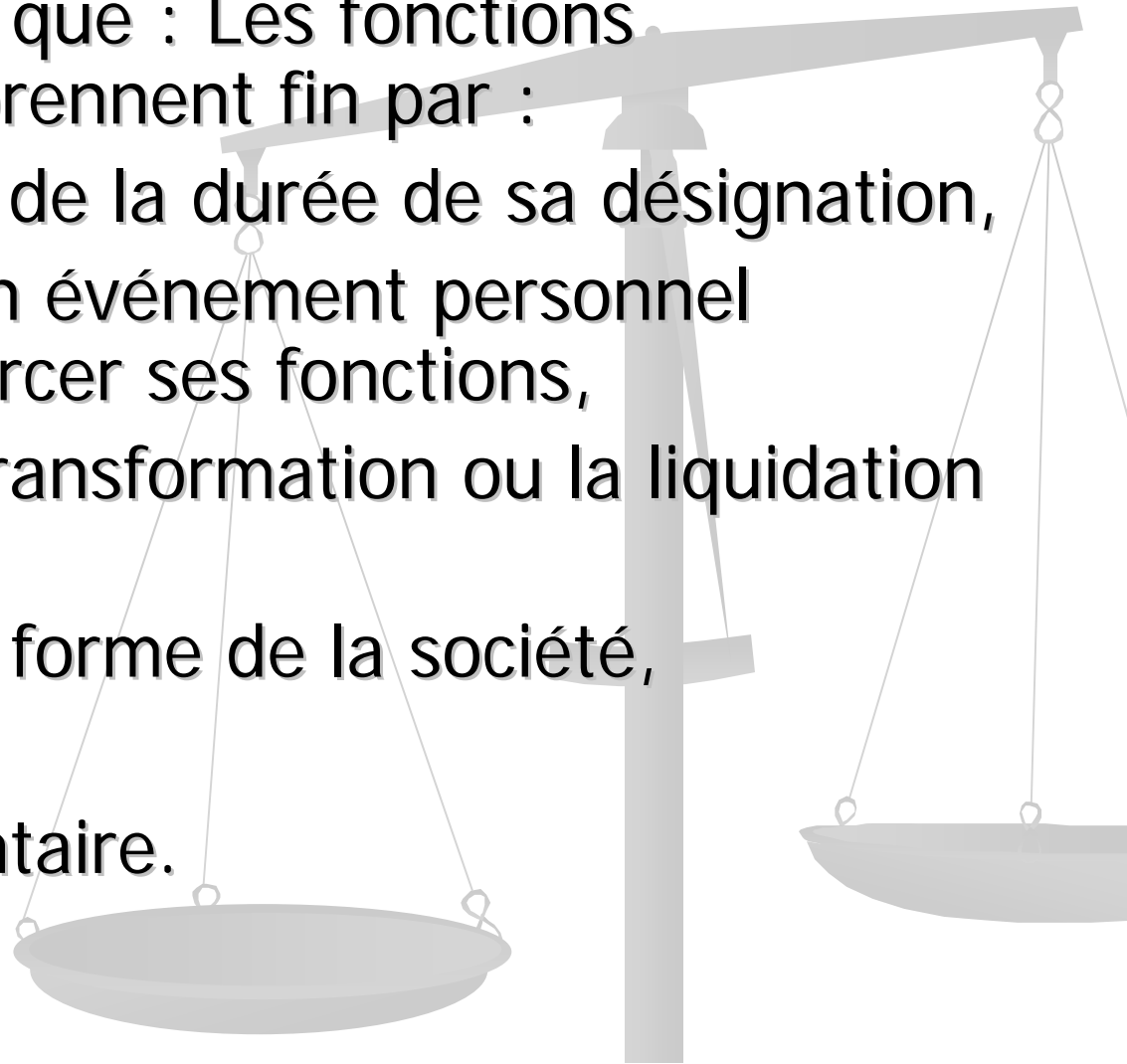
- La lecture des articles 197 et 229 du CSC révèle que les mandataires sociaux bénéficient des pouvoirs les plus étendus pour engager la société, ils peuvent engager la société vis-à-vis des tiers même par des actes qui ne relèvent pas de l'objet social.
- Ainsi, le conseil d'administration est légalement habilité à déterminer les orientations de la société et à s'assurer de sa bonne marche.



3. La fin des fonctions

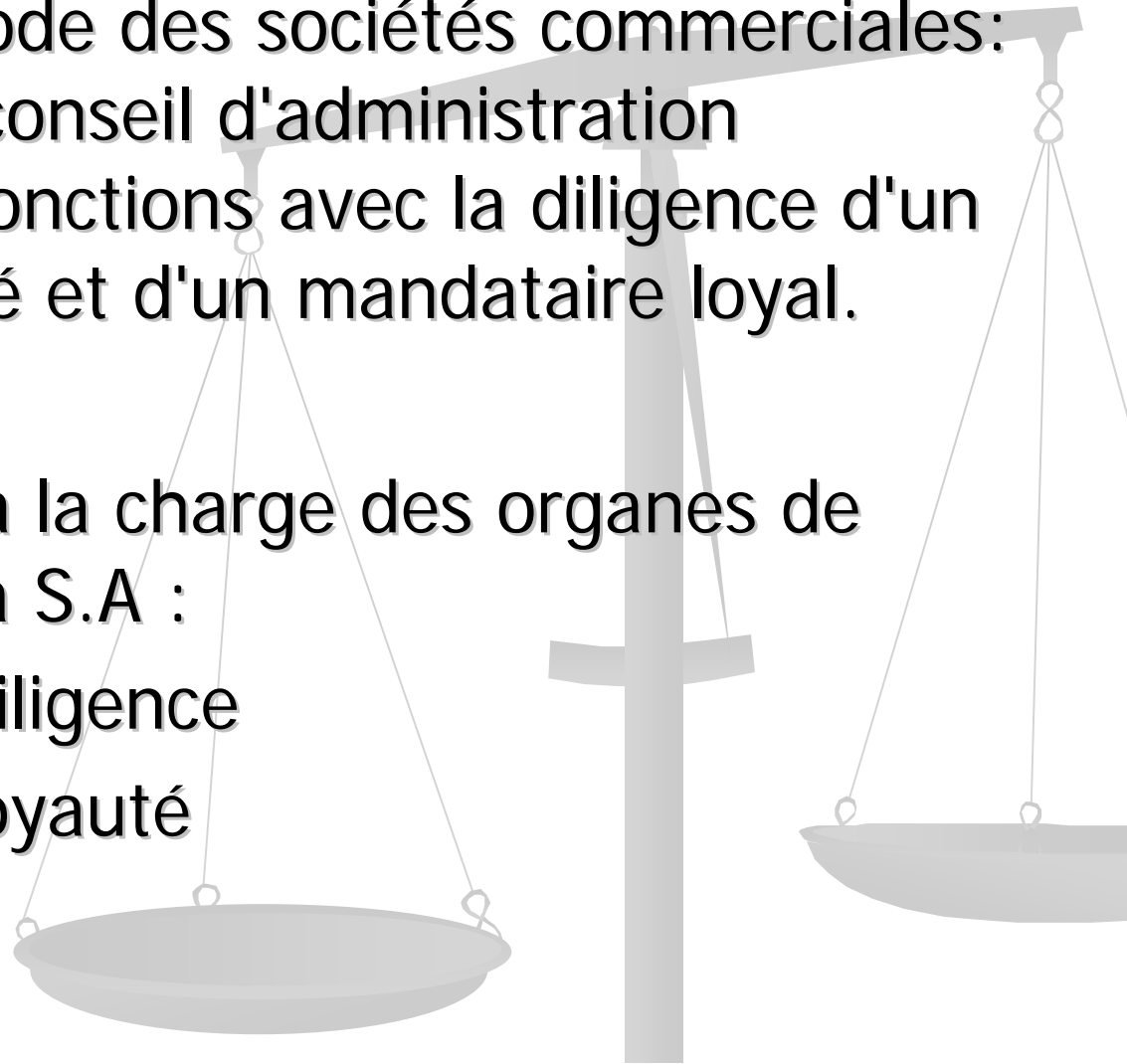
L'Article 219 précise que : Les fonctions d'administrateur prennent fin par :

- l'arrivée du terme de la durée de sa désignation,
- la survenance d'un événement personnel l'empêchant d'exercer ses fonctions,
- la dissolution, la transformation ou la liquidation de la société,
- modification de la forme de la société,
- la révocation,
- la démission volontaire.



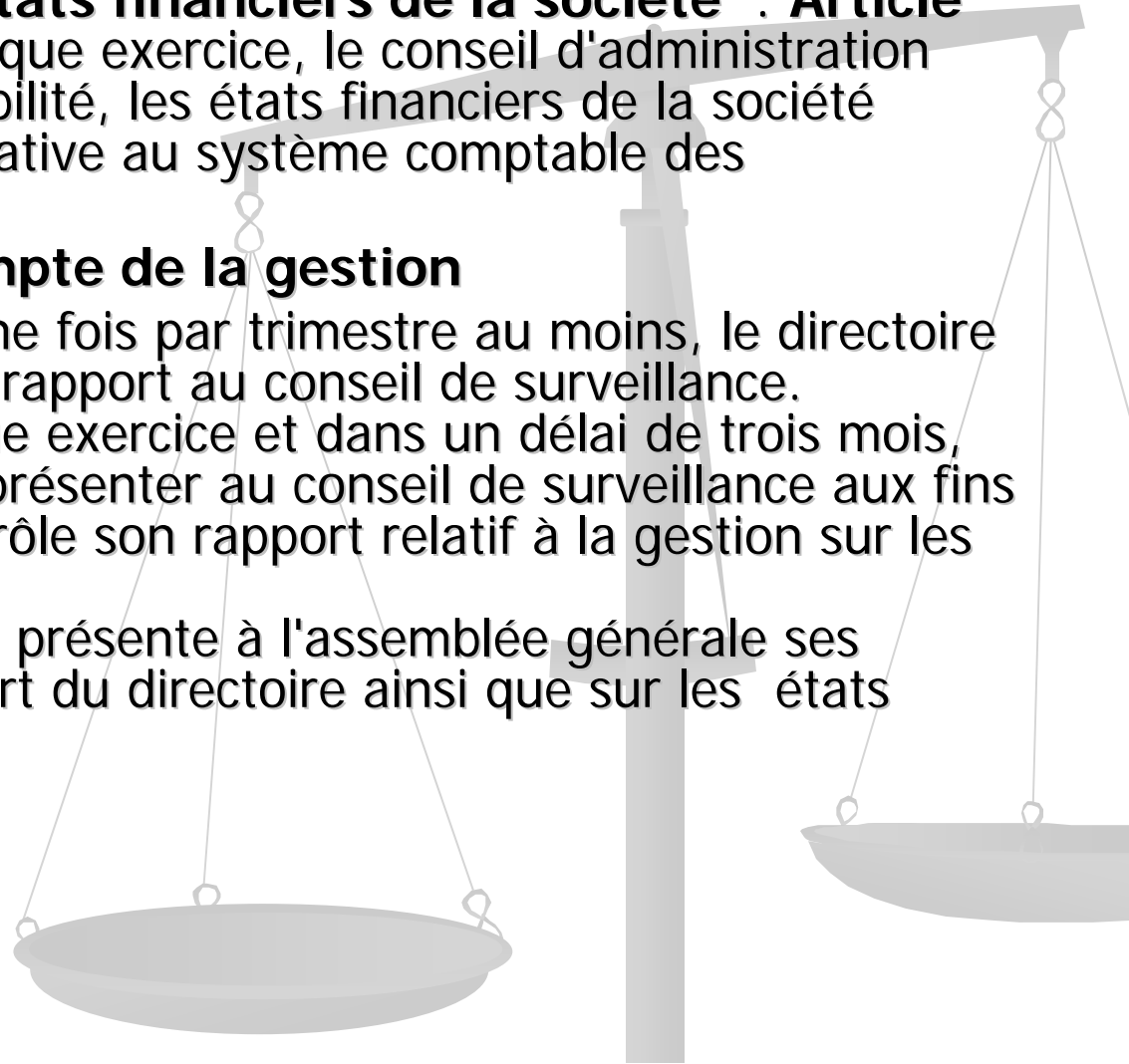
B- Devoirs

- L'article 198 du Code des sociétés commerciales:
Les membres du conseil d'administration exerceront leurs fonctions avec la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal.
- Deux obligations à la charge des organes de gouvernance de la S.A :
 - L'obligation de diligence
 - L'obligation de loyauté



D'autres devoirs sont rappelés par le CSC afin d'assurer une meilleure transparence et ainsi une meilleure gouvernance de la SA., citons :

- **Le devoir d'établir les états financiers de la société : Article 201** : A la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration établit, sous sa responsabilité, les états financiers de la société conformément à la loi relative au système comptable des entreprises.
- **Le devoir de rendre compte de la gestion**
 - **Article 235** alinéa 3 : Une fois par trimestre au moins, le directoire est tenu de présenter un rapport au conseil de surveillance. Après la clôture de chaque exercice et dans un délai de trois mois, le directoire est tenu de présenter au conseil de surveillance aux fins de vérification et de contrôle son rapport relatif à la gestion sur les comptes de l'exercice. Le conseil de surveillance présente à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les états financiers de l'exercice.



- **Le devoir de contrôle qui pèse sur le conseil de surveillance :**

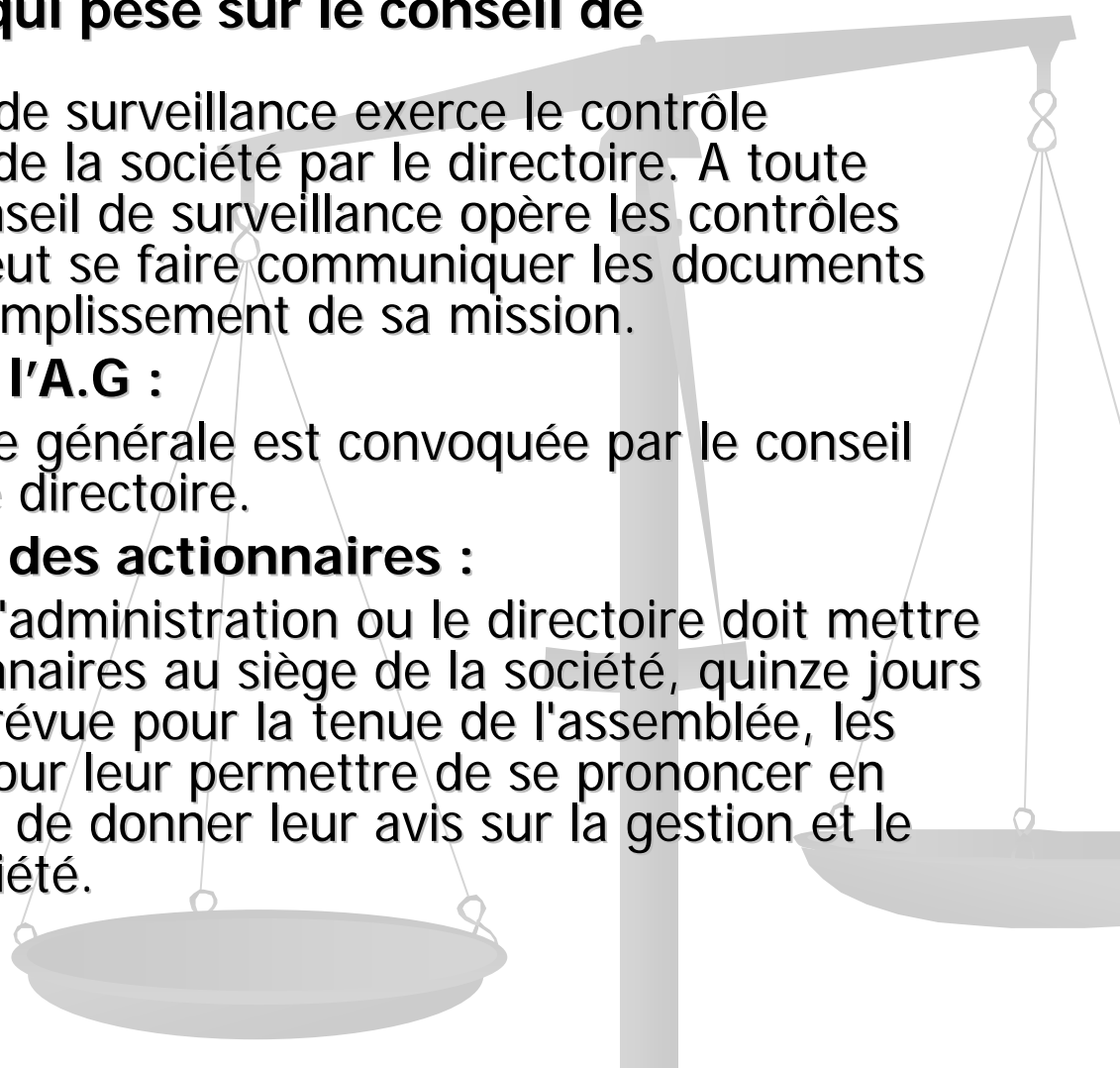
Article 235 - Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. A toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission.

- **Le devoir de convoquer l'A.G :**

Article 277 - L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou par le directoire.

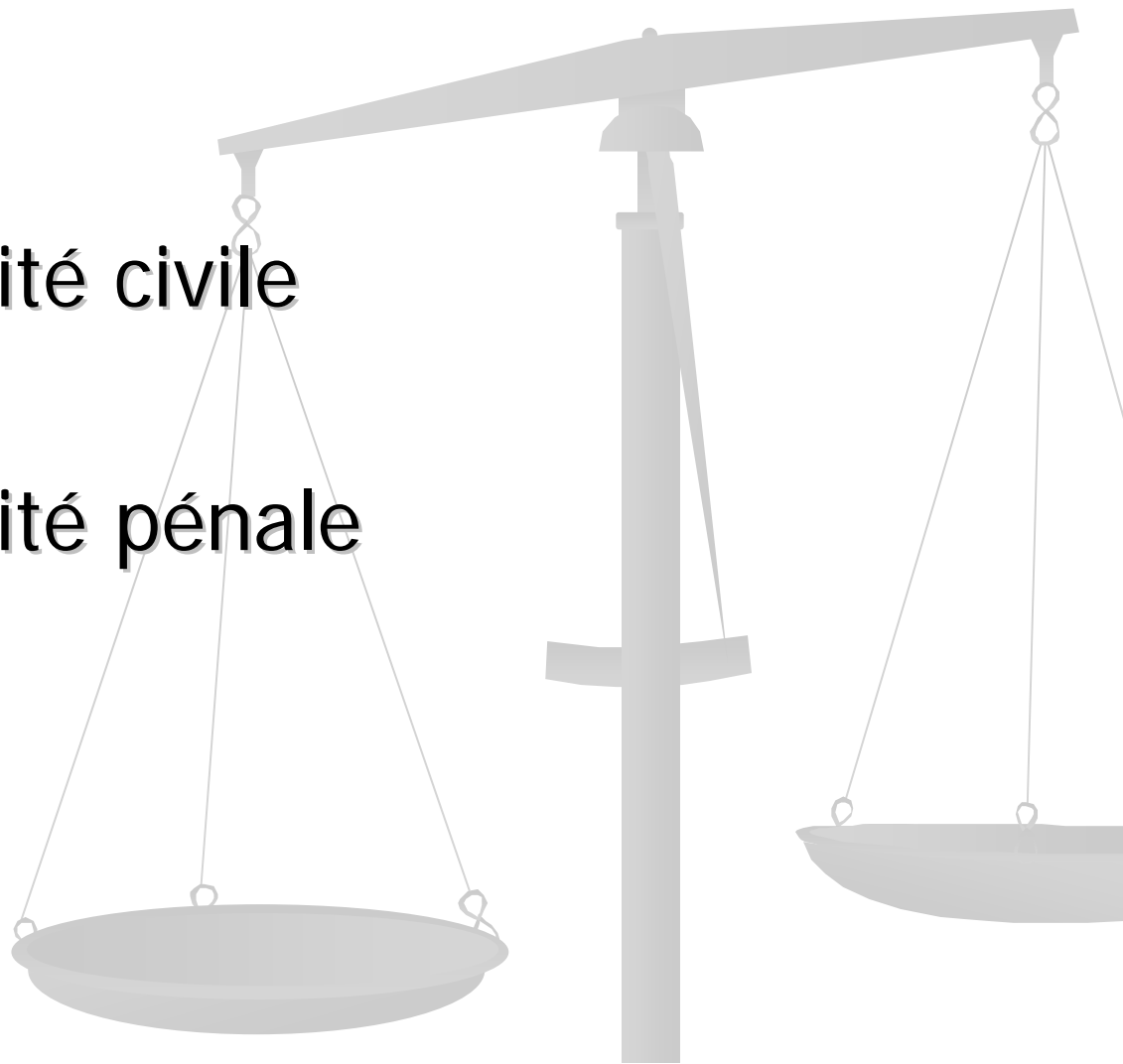
- **Le devoir d'information des actionnaires :**

Article 280 - Le conseil d'administration ou le directoire doit mettre à la disposition des actionnaires au siège 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.



II. La responsabilité des organes de gouvernance de la S.A

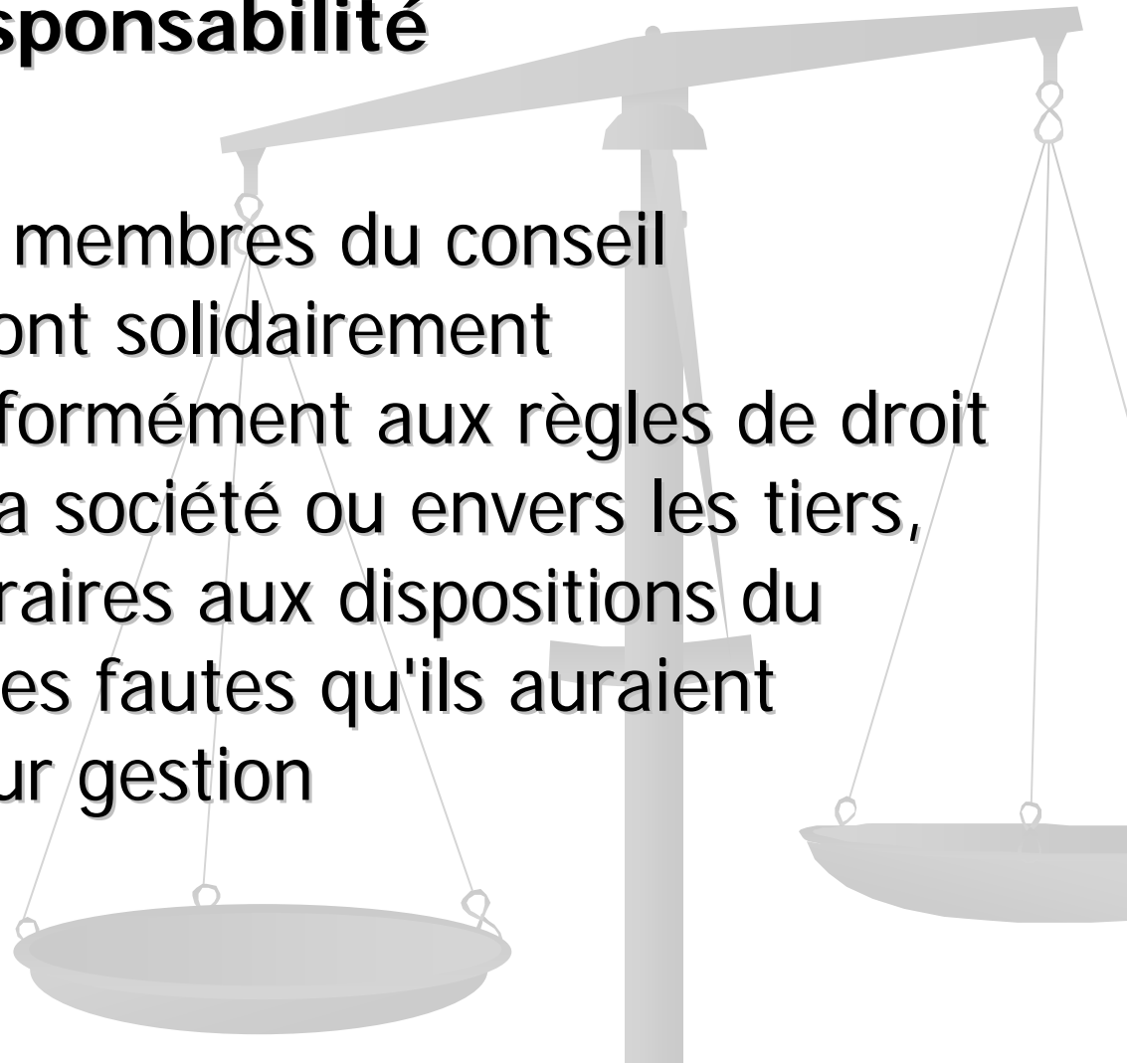
- A. La responsabilité civile
- B. La responsabilité pénale



A- La responsabilité civile

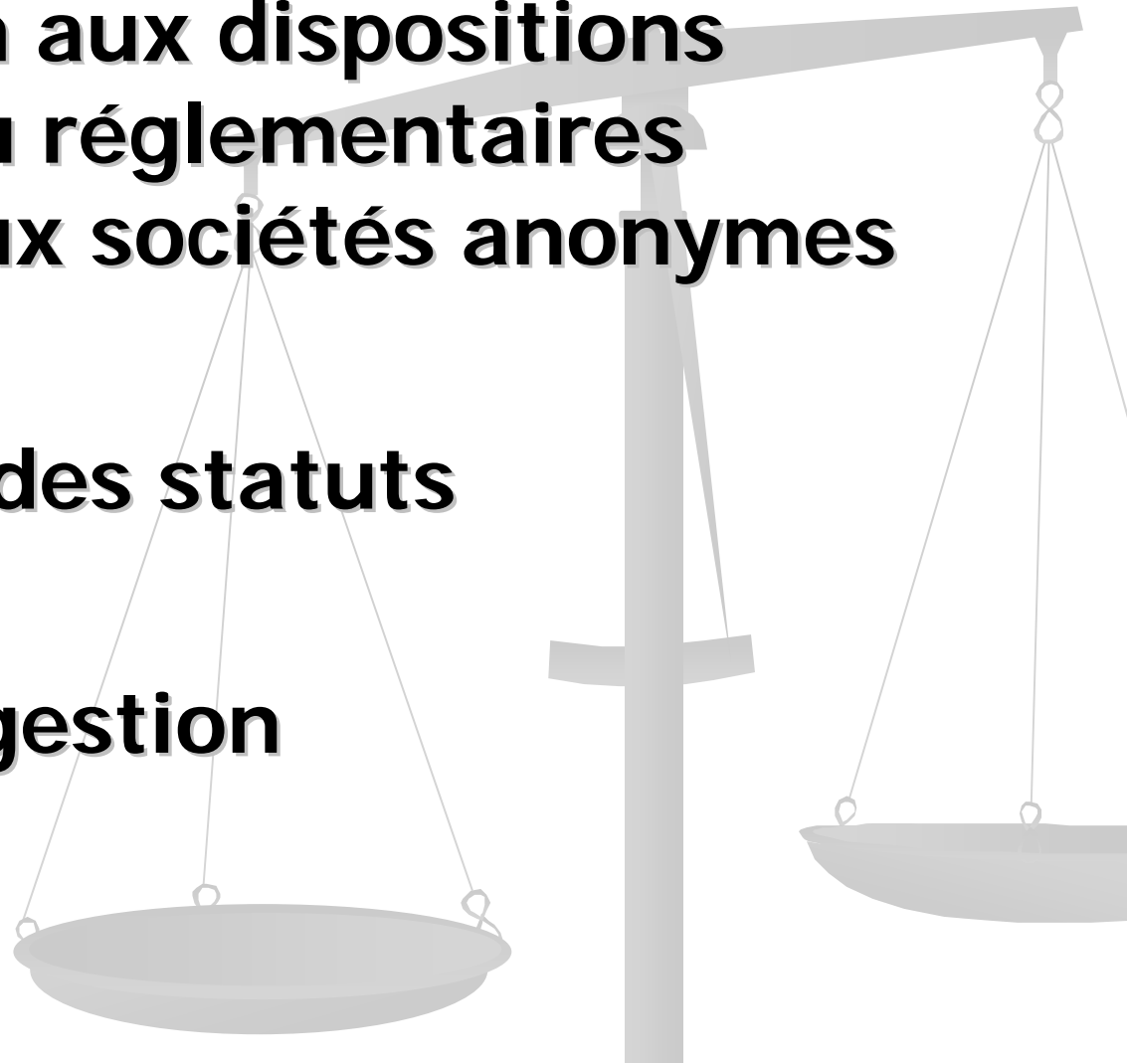
■ 1. Les cas de responsabilité

Article 207 - Les membres du conseil d'administration sont solidairement responsables, conformément aux règles de droit commun, envers la société ou envers les tiers, de leurs faits contraires aux dispositions du présent code ou des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion



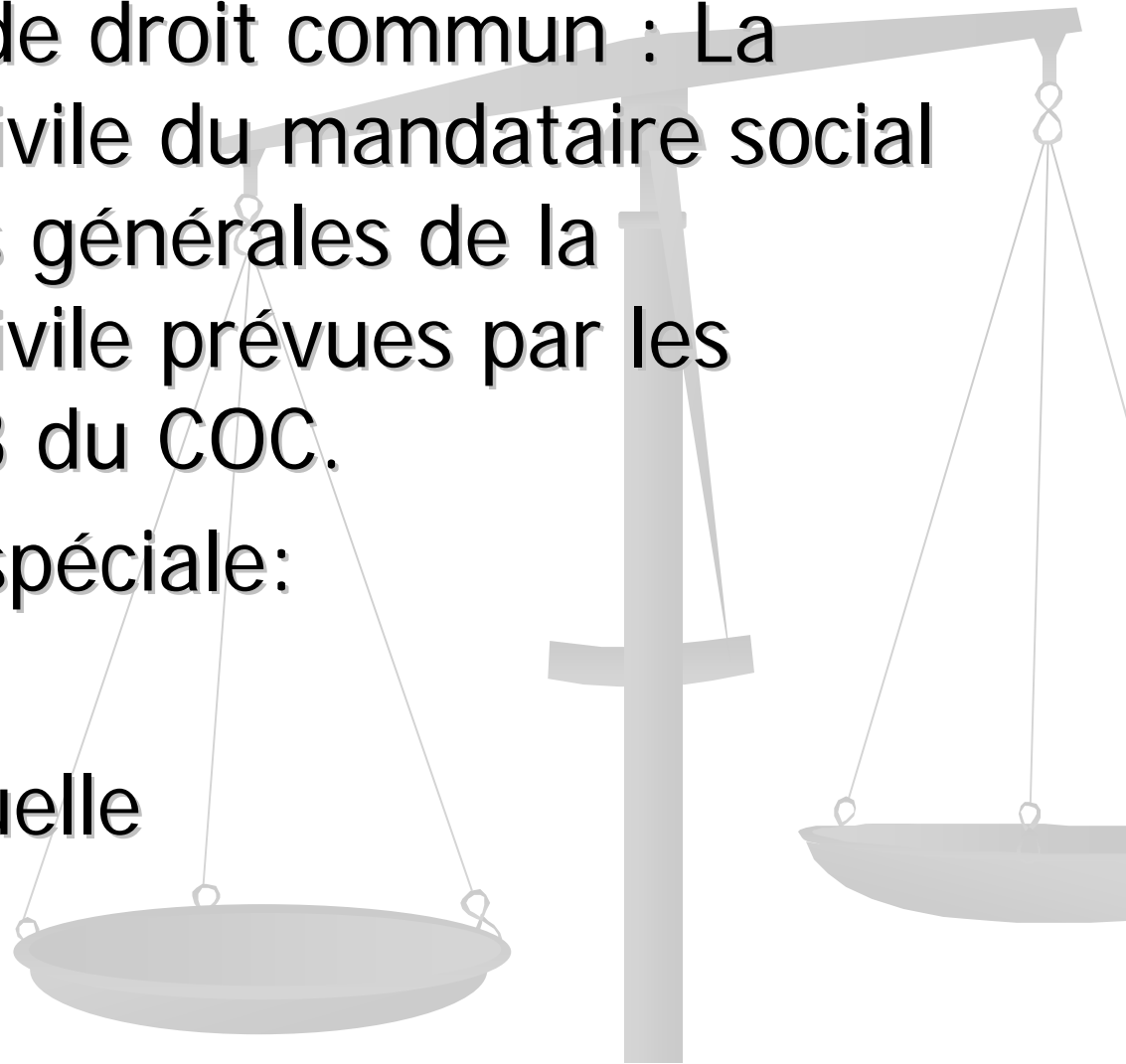
Les cas de responsabilité :

- Une infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes
- une violation des statuts
- une faute de gestion



b. L'action en responsabilité

- Responsabilité de droit commun : La responsabilité civile du mandataire social obéit aux règles générales de la responsabilité civile prévues par les articles 82 et 83 du COC.
- Responsabilité spéciale:
 - action sociale
 - action individuelle

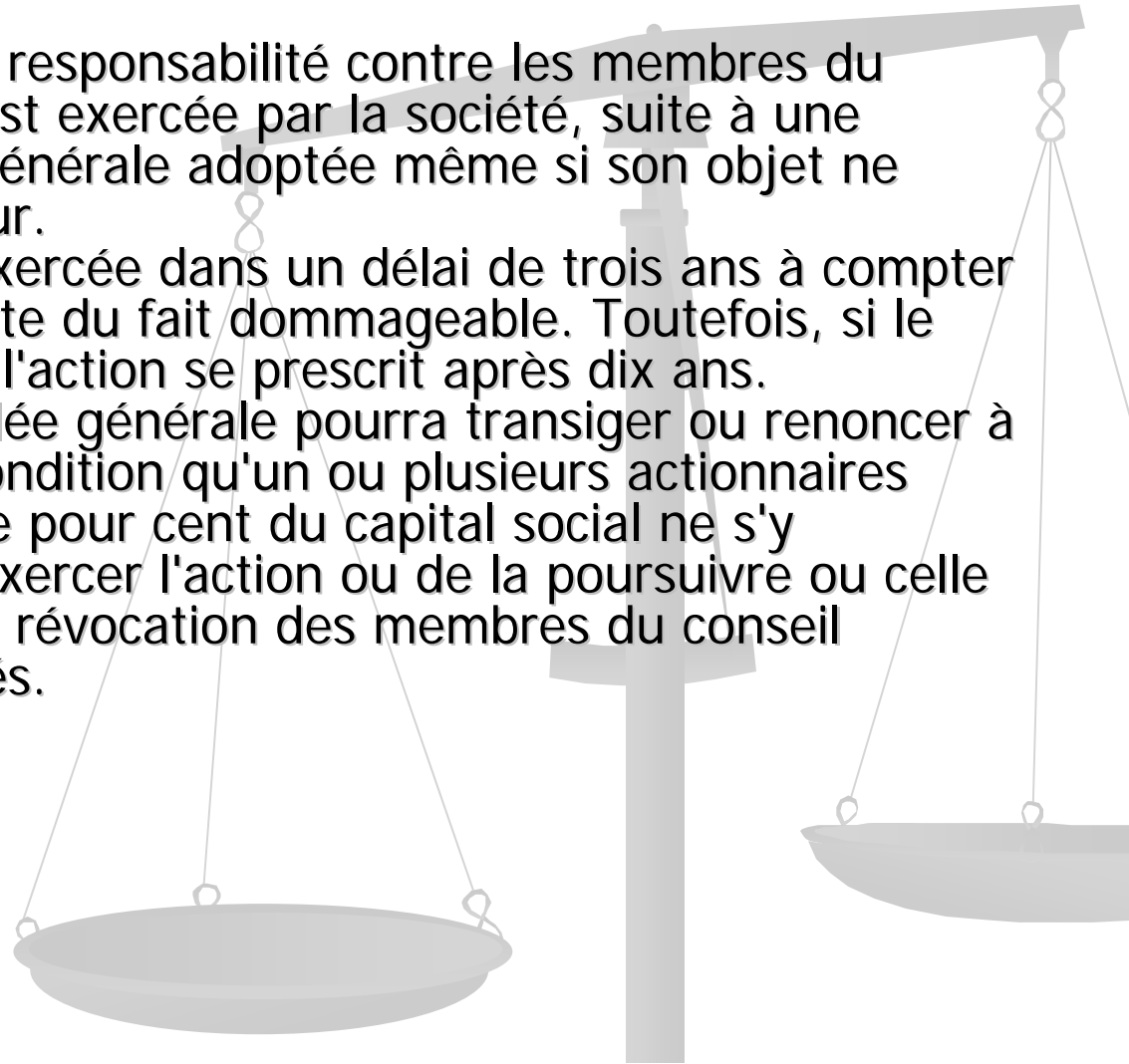


■ Actions sociales :

Article 220 : L'action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration est exercée par la société, suite à une décision de l'assemblée générale adoptée même si son objet ne figure pas à l'ordre du jour.

Cette action devra être exercée dans un délai de trois ans à compter de la date de la découverte du fait dommageable. Toutefois, si le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit après dix ans.

A tout moment, l'assemblée générale pourra transiger ou renoncer à l'exercice de l'action, à condition qu'un ou plusieurs actionnaires détenant au moins quinze pour cent du capital social ne s'y opposent. La décision d'exercer l'action ou de la poursuivre ou celle de transiger entraînera la révocation des membres du conseil d'administration concernés.





- **L'action en comblement du passif :**

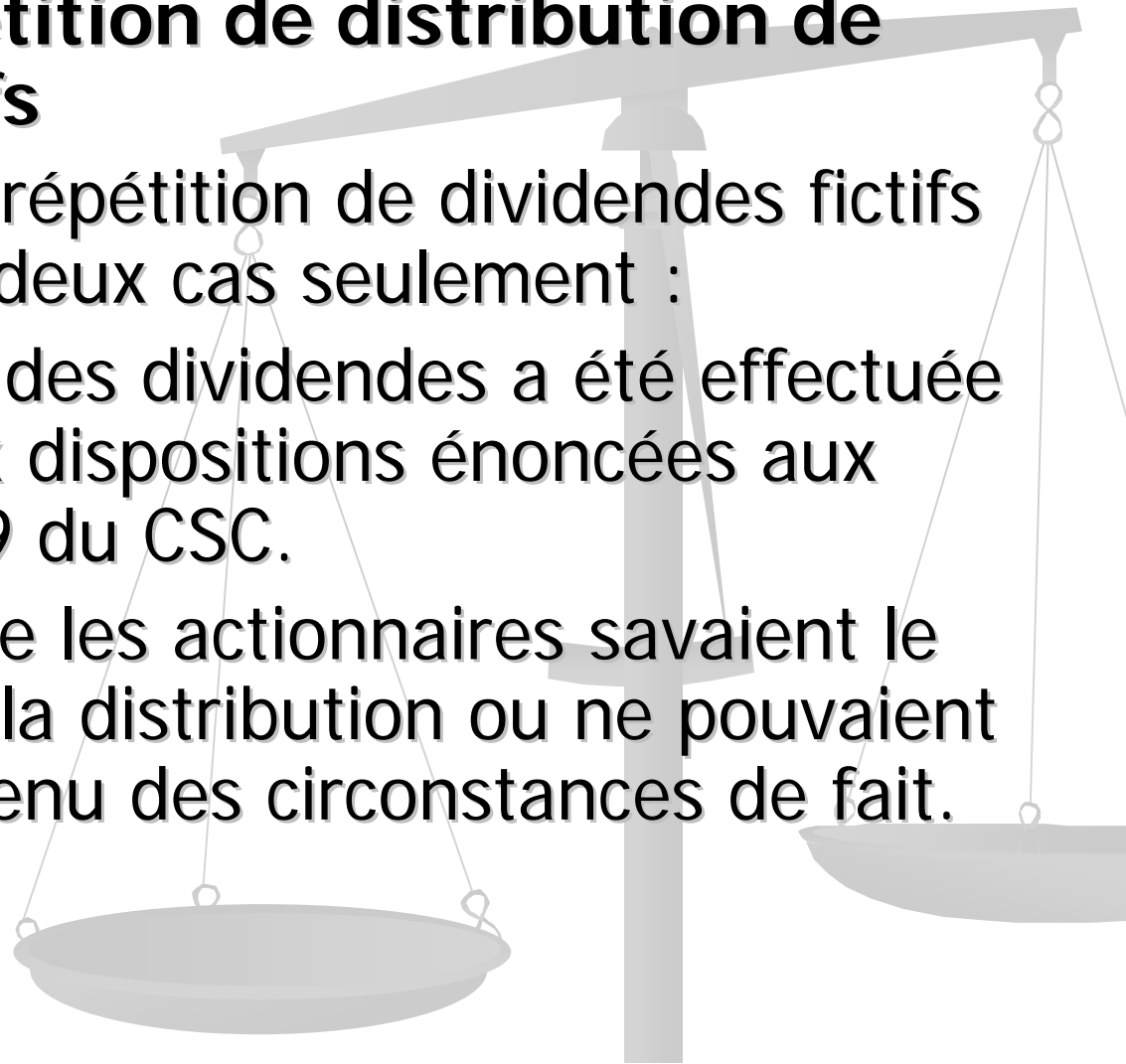
Article 214 et Article 254 - : L'action en comblement de l'insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la faillite.

Pour dégager leur responsabilité et échapper au comblement de l'insuffisance d'actif, les personnes citées ci-dessus doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion de la société toute l'activité et toute la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal.

■ **L'action en répétition de distribution de dividendes fictifs**

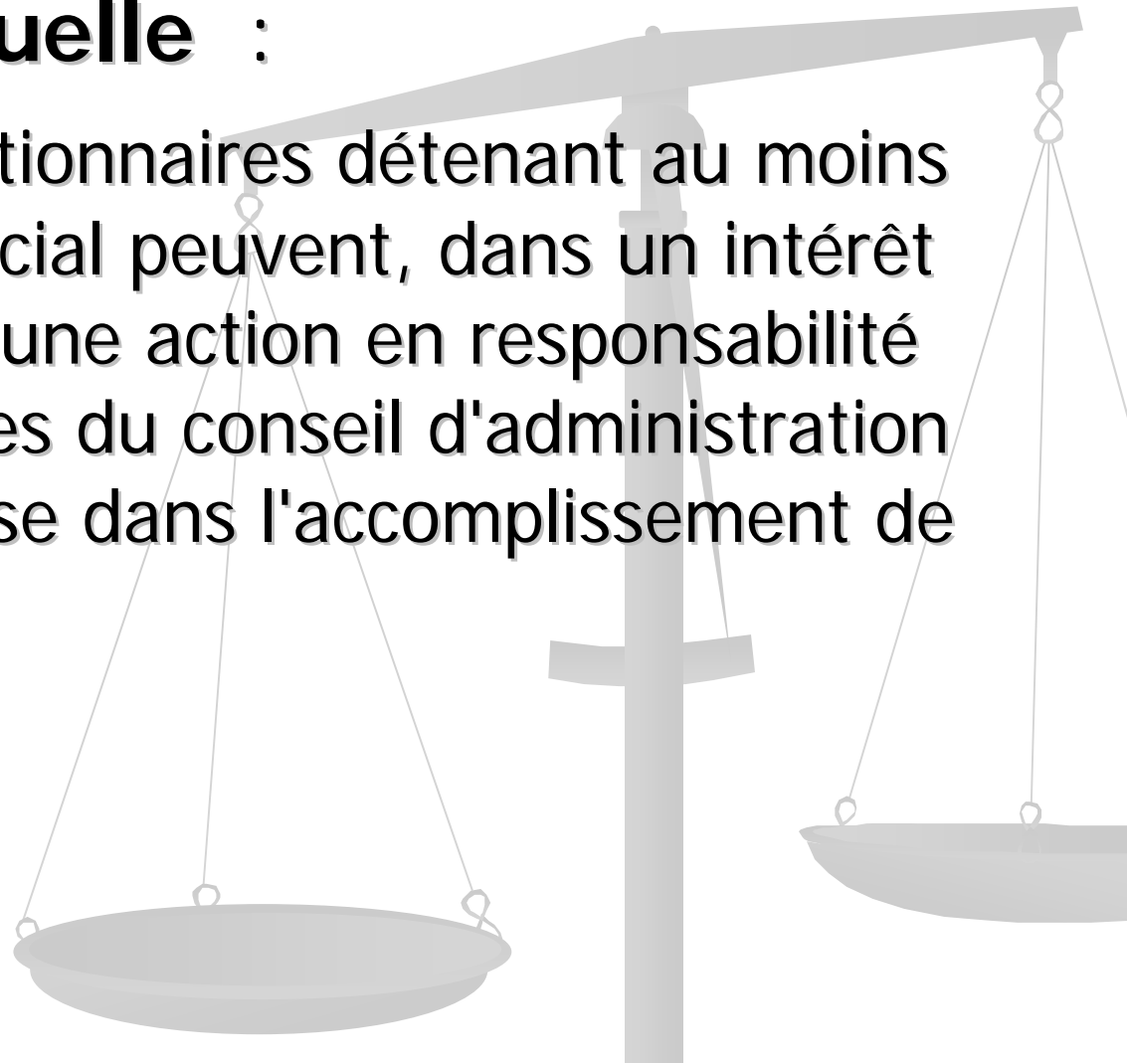
L'action sociale en répétition de dividendes fictifs est possible dans deux cas seulement :

- Si la distribution des dividendes a été effectuée contrairement aux dispositions énoncées aux articles 288 et 289 du CSC.
- S'il est établi que les actionnaires savaient le caractère fictif de la distribution ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances de fait.



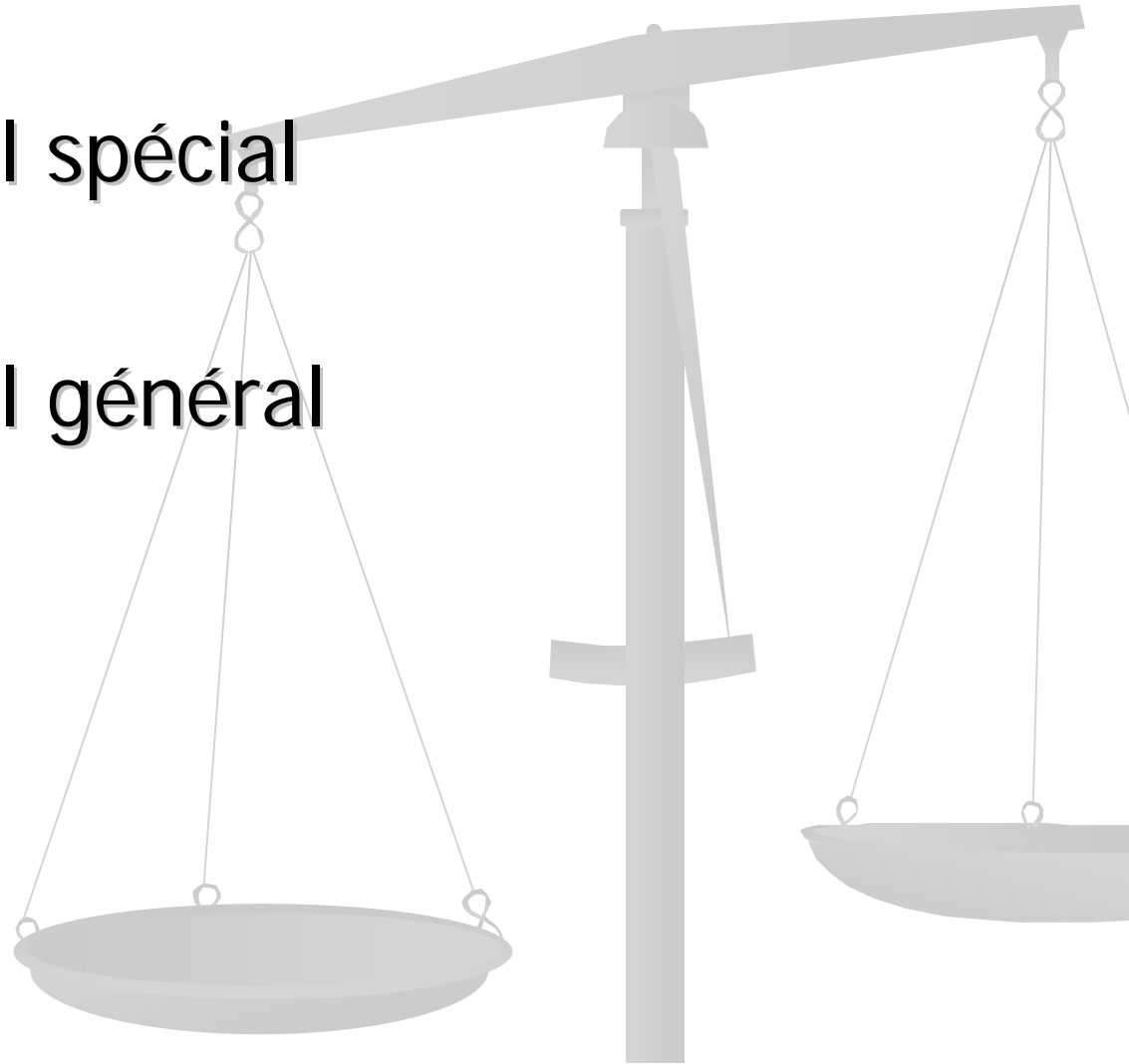
■ **Action individuelle** :

Un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 15% du capital social peuvent, dans un intérêt commun, exercer une action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration pour faute commise dans l'accomplissement de leur fonction.



B. La responsabilité pénale

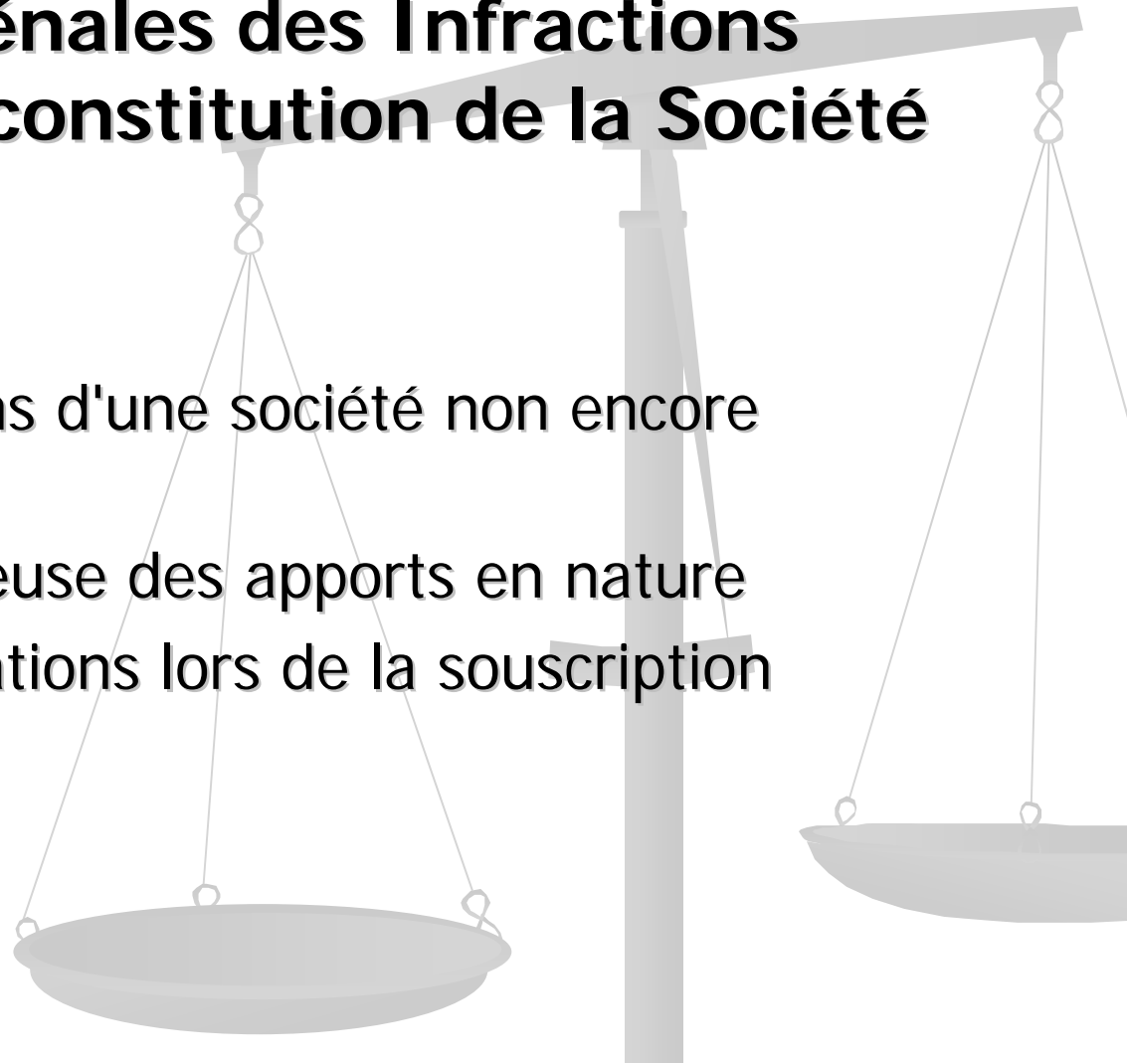
- 1. Le droit pénal spécial
- 2. Le droit pénal général



1. Le droit pénal spécial

a- Sanctions pénales des Infractions Relatives à la constitution de la Société Anonyme

- L'émission d'actions d'une société non encore constituée
- Majoration frauduleuse des apports en nature
- Les fausses déclarations lors de la souscription

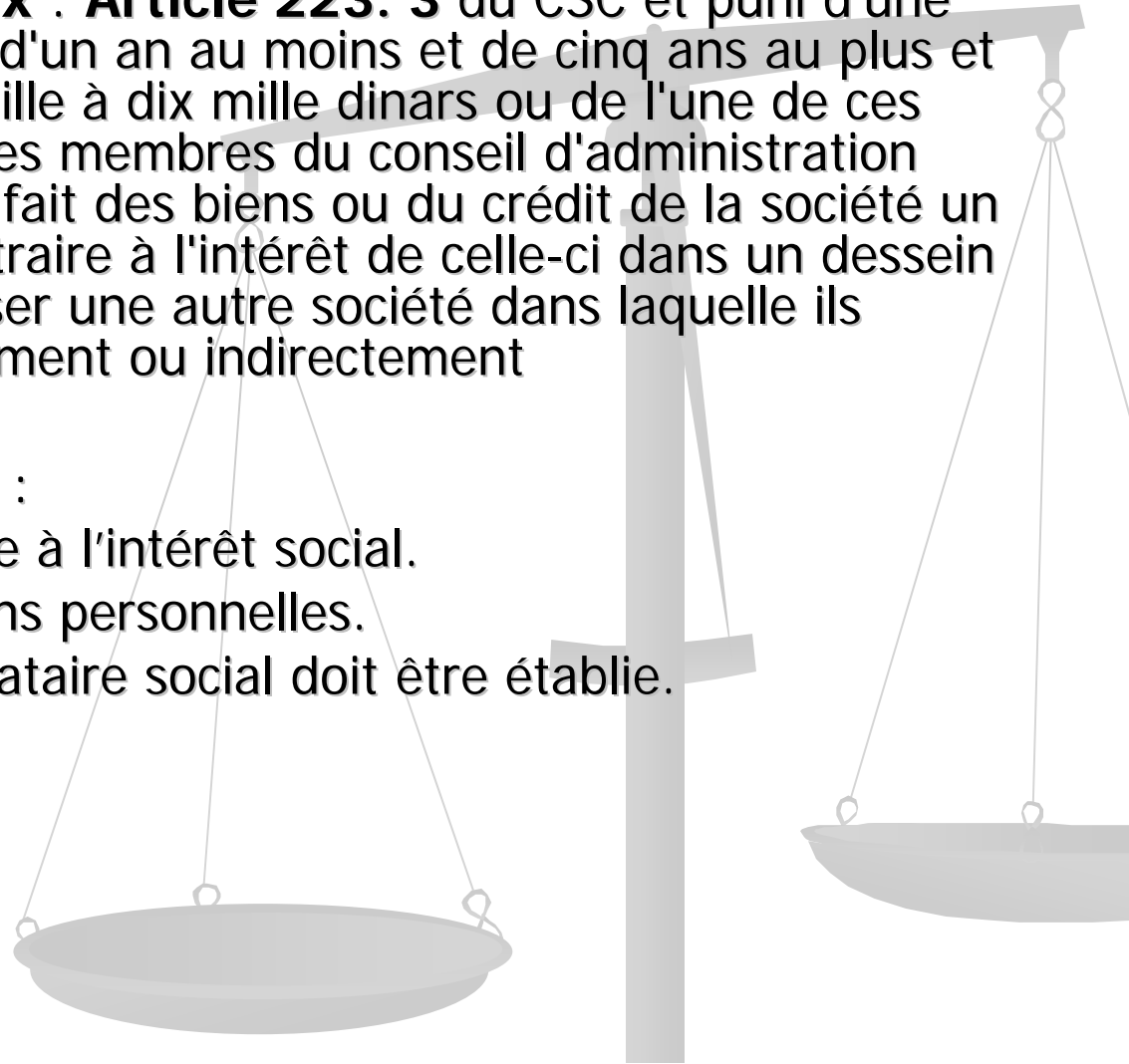


b- Sanctions pénales des Infractions au cours de la vie sociale

- **L'abus de biens sociaux : Article 223. 3** du CSC et puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de deux mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines seulement: les membres du conseil d'administration qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci dans un dessein personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement

Trois conditions cumulatives :

- L'usage doit être contraire à l'intérêt social.
- Il doit être opéré à des fins personnelles.
- La mauvaise foi du mandataire social doit être établie.



Autres sanctions pénales :

Article 222 - Est puni d'une amende de cinq cents à cinq mille dinars, le président directeur général, ou le directeur général, ou le président de séance qui n'aura pas établi le procès verbal, ou ne détient pas au siège social de la société un registre spécial contenant les délibérations du conseil d'administration.

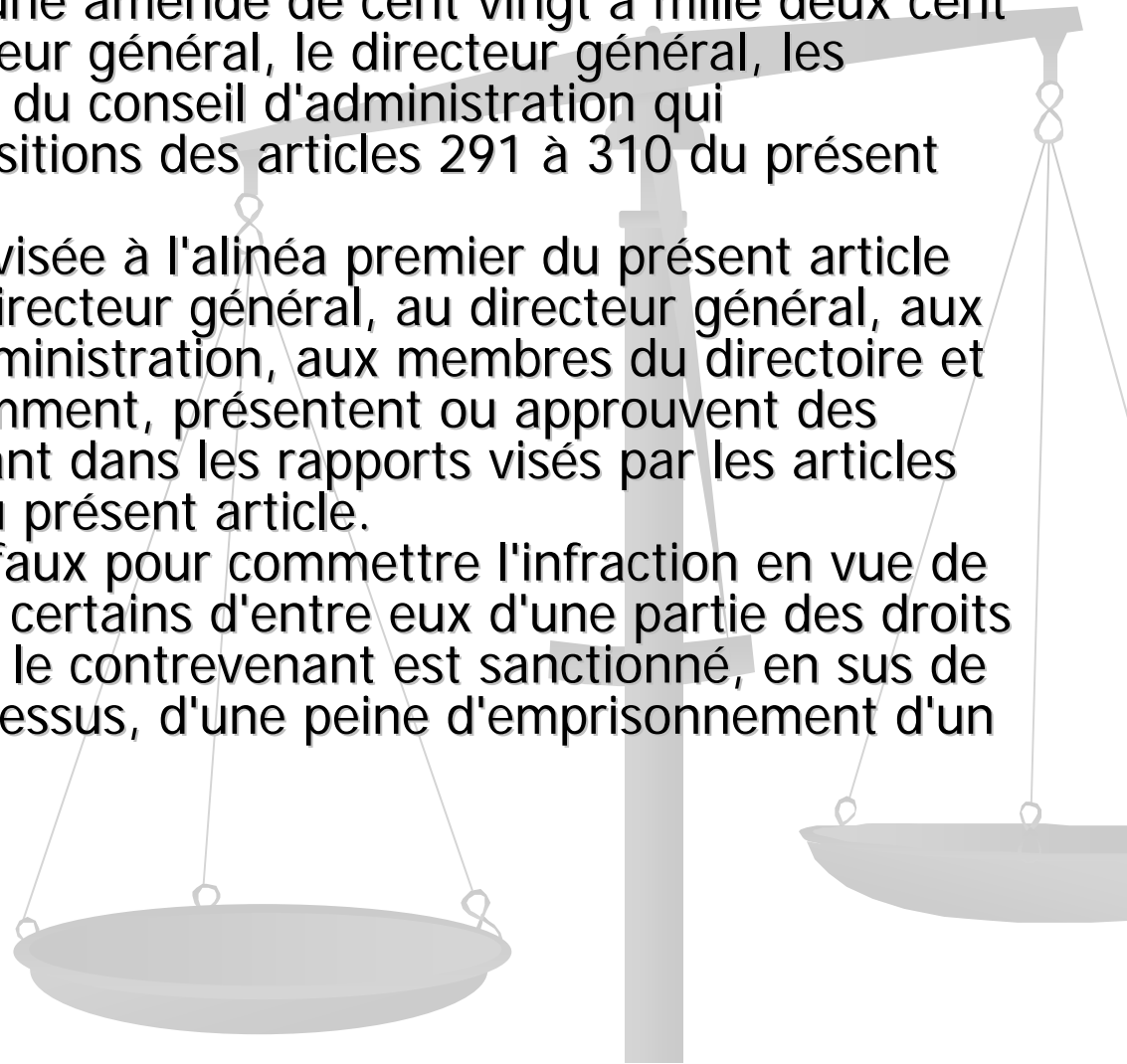
Article 223 - Sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de deux mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines seulement:

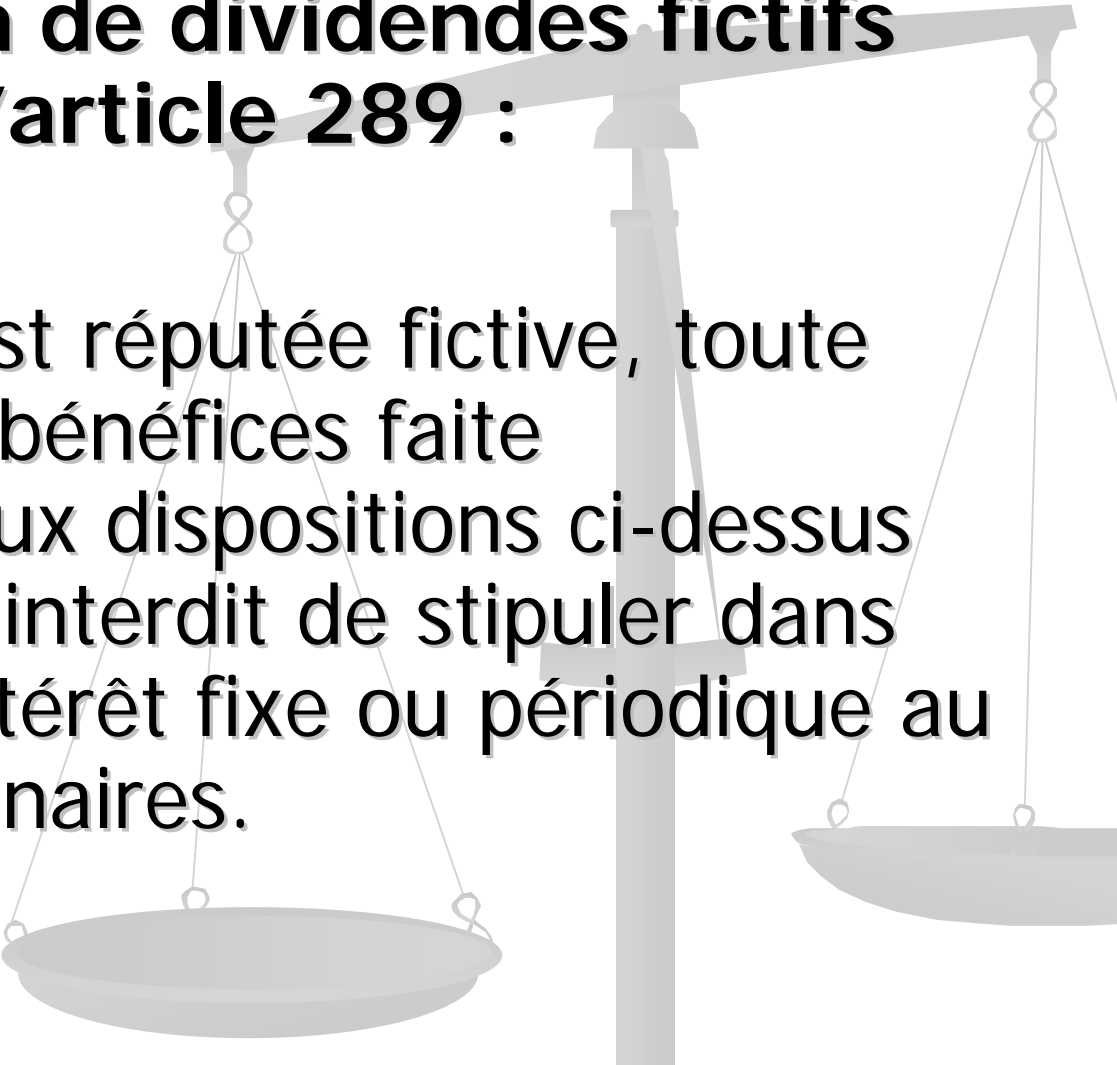
- les membres du conseil d'administration qui en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs.
- les membres du conseil d'administration qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société.
- 4. les membres du conseil d'administration qui, de mauvaise foi, ont fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société dans un dessein personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque.

Article 313 - Sont punis d'une amende de cent vingt à mille deux cent Dinars le Président-directeur général, le directeur général, les membres du directoire et du conseil d'administration qui contreviennent aux dispositions des articles 291 à 310 du présent code.

La sanction de l'amende visée à l'alinéa premier du présent article s'applique au président-directeur général, au directeur général, aux membres du conseil d'administration, aux membres du directoire et aux contrôleurs qui, sciemment, présentent ou approuvent des mentions inexactes figurant dans les rapports visés par les articles cités à l'alinéa premier du présent article.

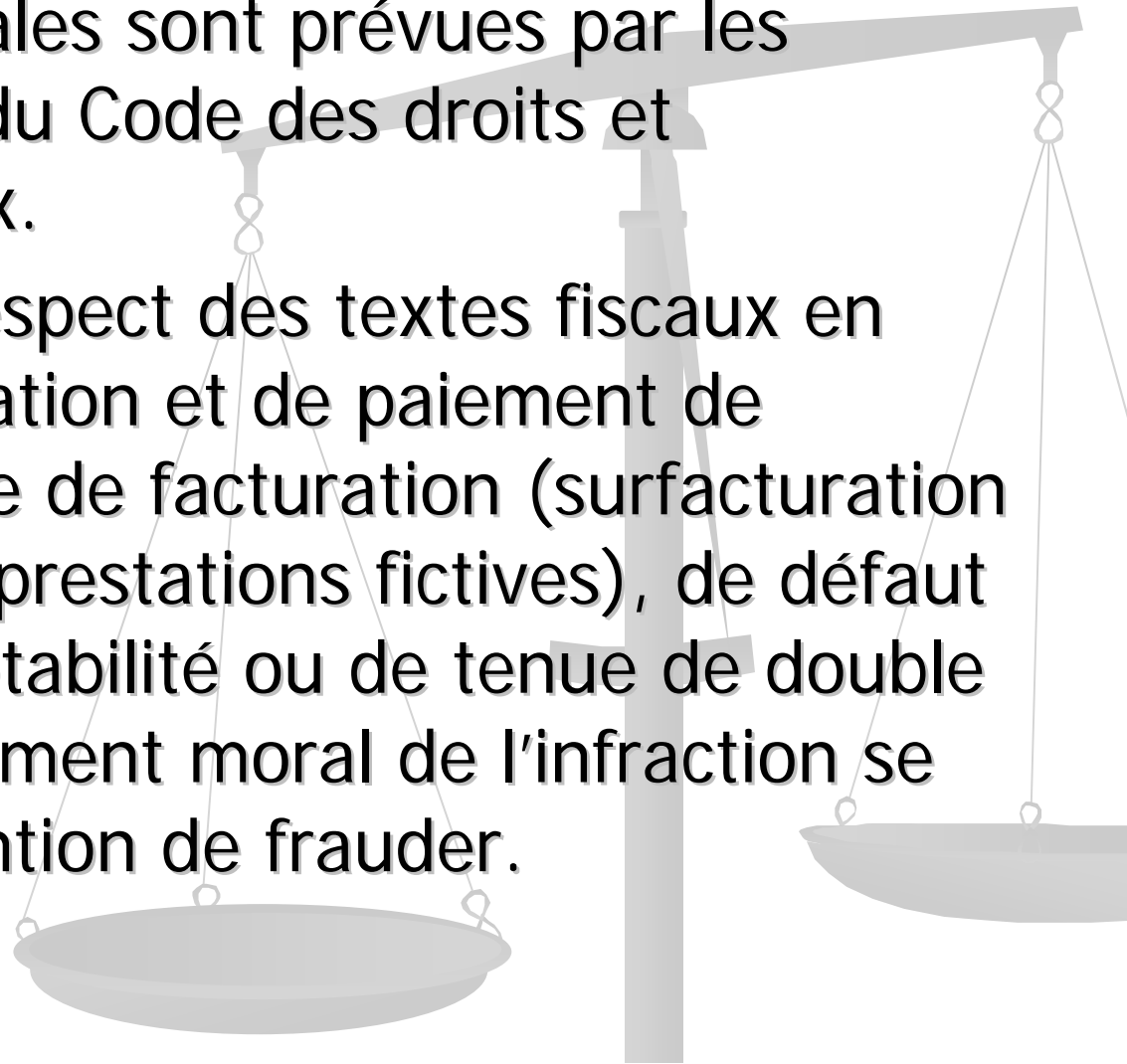
Et s'il est fait recours au faux pour commettre l'infraction en vue de priver les actionnaires ou certains d'entre eux d'une partie des droits qu'ils ont dans la société, le contrevenant est sanctionné, en sus de ce qui est mentionné ci-dessus, d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans.



- 
- **La distribution de dividendes fictifs est visée par l'article 289 :**
 - **Article 289 :** Est réputée fictive, toute distribution des bénéfices faite contrairement aux dispositions ci-dessus énoncées, il est interdit de stipuler dans les statuts un intérêt fixe ou périodique au profit des actionnaires.

c- Sanctions pénales prévus par les textes fiscaux

- Les sanctions fiscales sont prévues par les articles 81 à 111 du Code des droits et procédures fiscaux.
- Exemples : non respect des textes fiscaux en matière de déclaration et de paiement de l'impôt, en matière de facturation (surfacturation ou facturation de prestations fictives), de défaut de tenue de comptabilité ou de tenue de double comptabilité. L'élément moral de l'infraction se trouve dans l'intention de frauder.

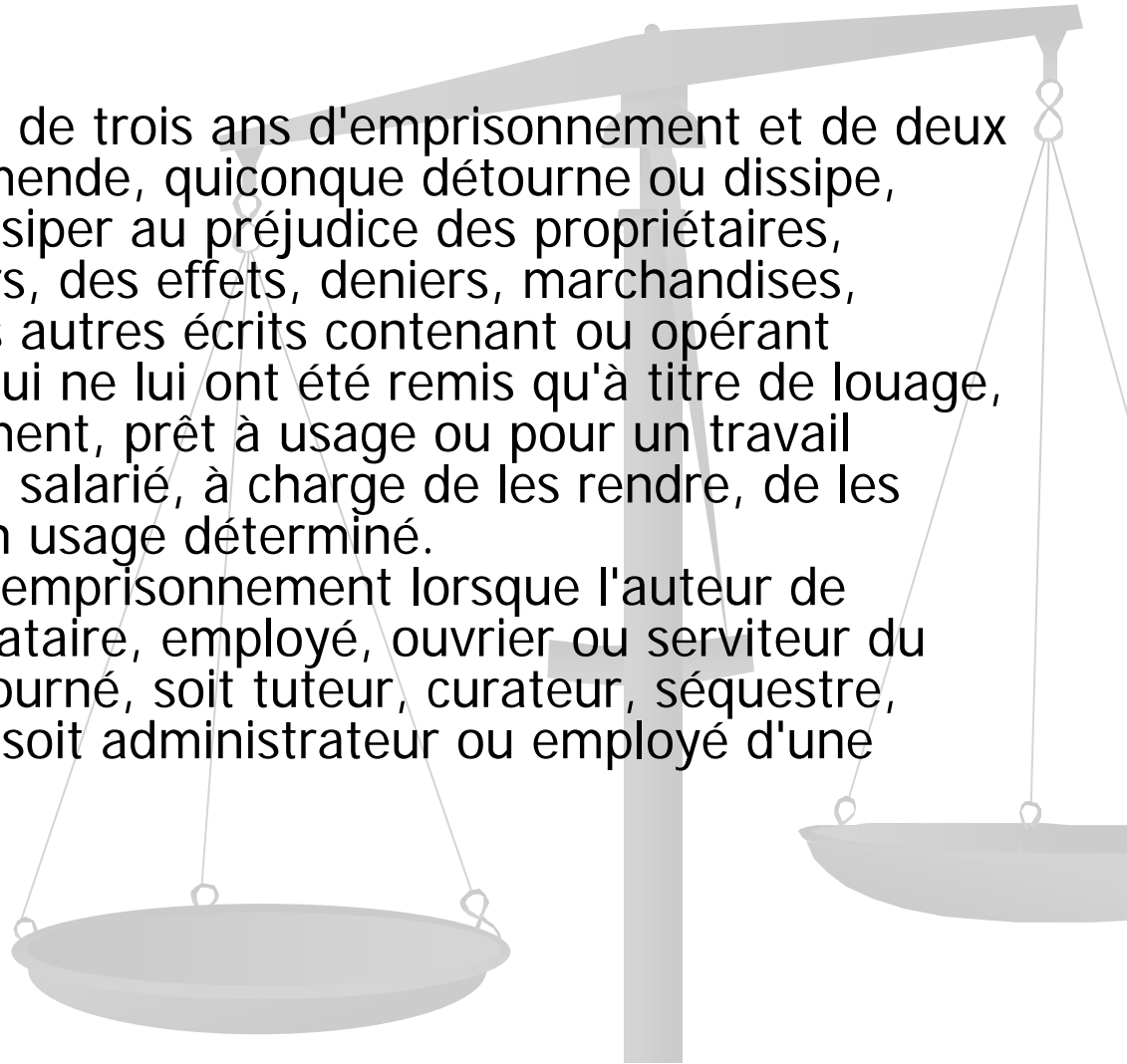


2. Le droit pénal général

L'abus de confiance :

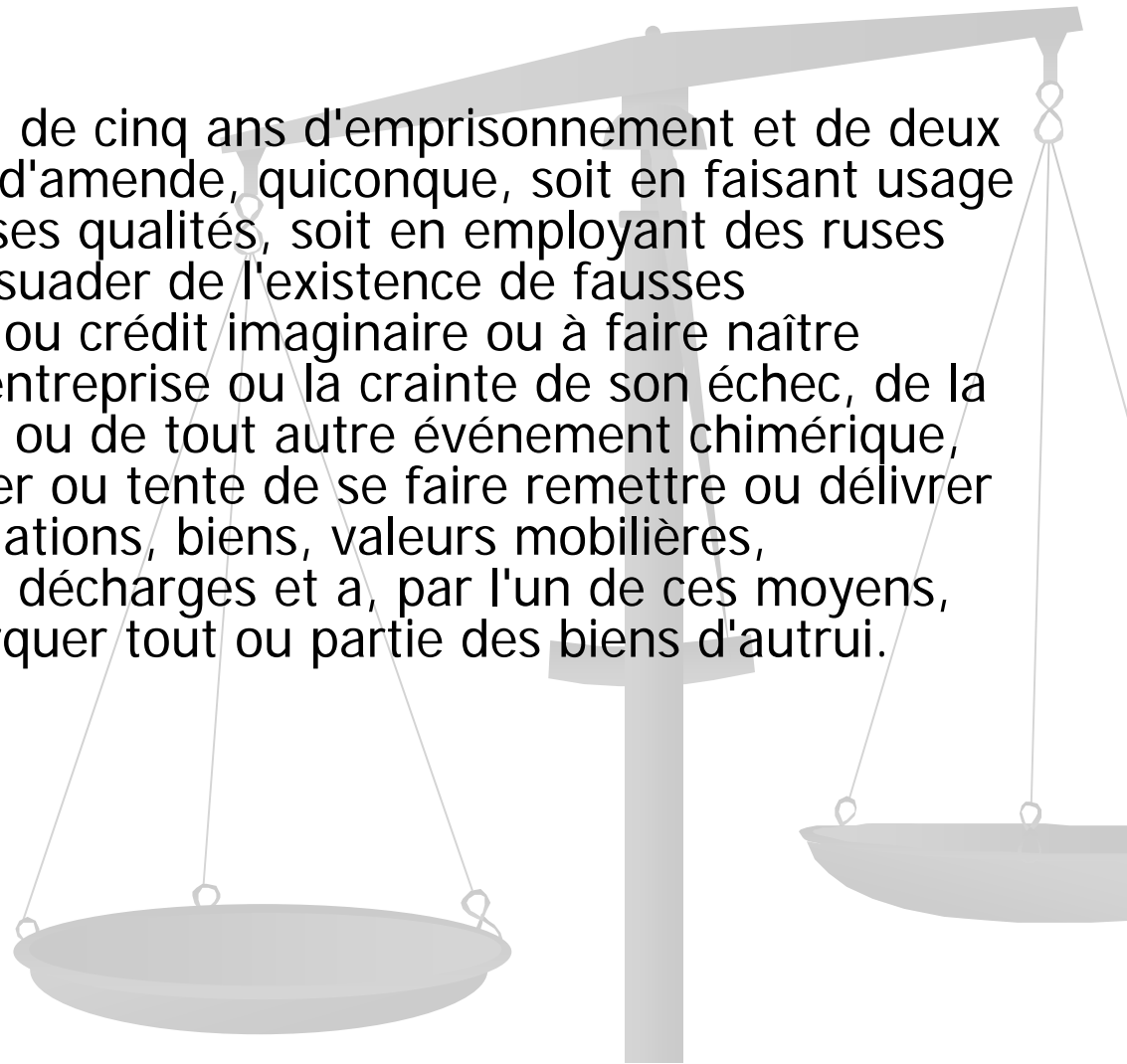
Article 297 C.P: Est puni de trois ans d'emprisonnement et de deux cent quarante dinars d'amende, quiconque détourne ou dissipe, tente de détourner ou dissiper au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui ont été remis qu'à titre de louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage ou pour un travail déterminé, salarié ou non salarié, à charge de les rendre, de les présenter ou d'en faire un usage déterminé.

La peine est de dix ans d'emprisonnement lorsque l'auteur de l'infraction est, soit mandataire, employé, ouvrier ou serviteur du possesseur de l'objet détourné, soit tuteur, curateur, séquestre, administrateur judiciaire, soit administrateur ou employé d'une fondation pieuse.



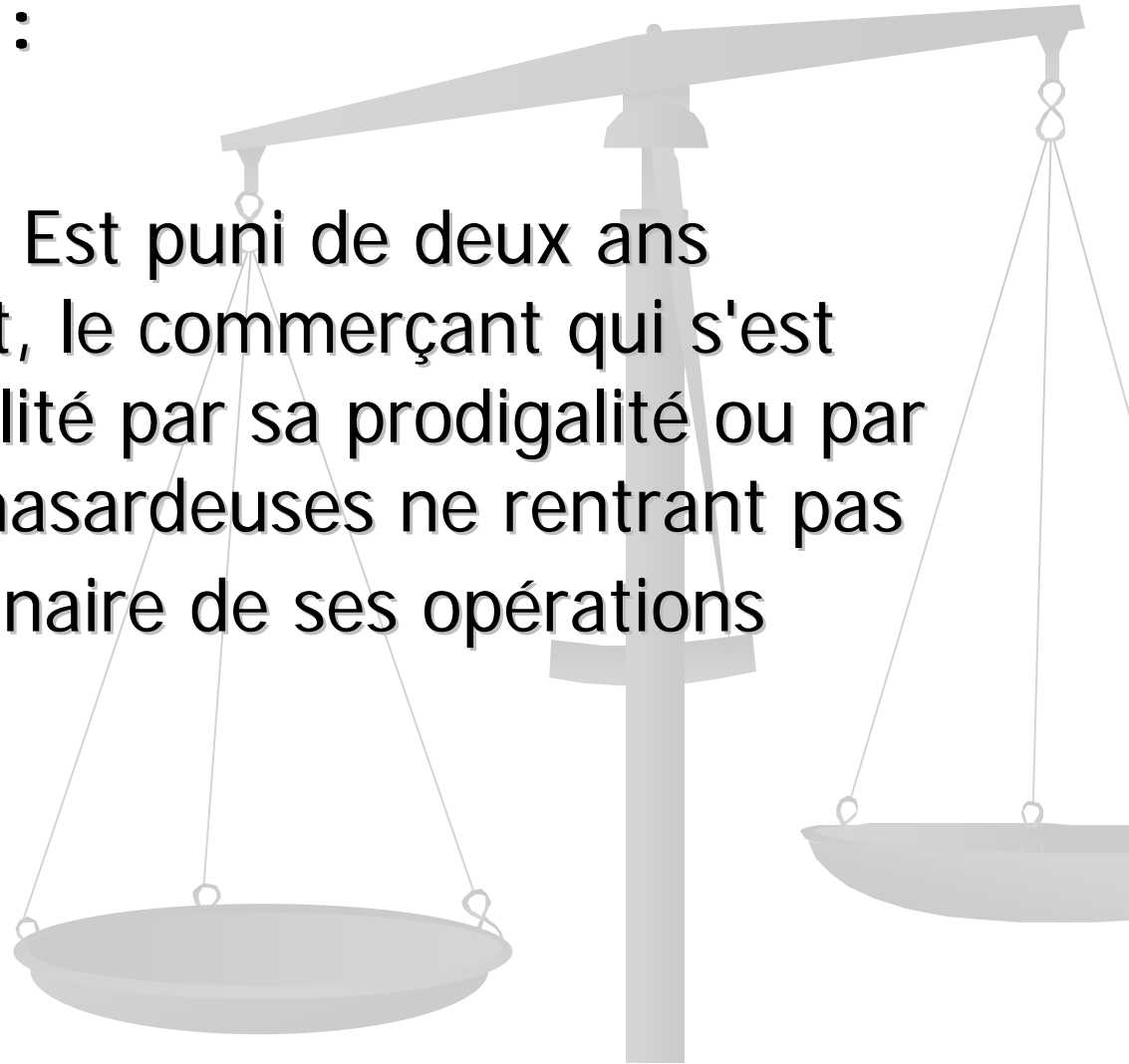
L'escroquerie

Article 291 C.P: Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de deux mille quatre cents dinars d'amende, quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des ruses ou artifices propres à persuader de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou crédit imaginaire ou à faire naître l'espoir du succès d'une entreprise ou la crainte de son échec, de la survenance d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se fait remettre ou délivrer ou tente de se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, biens, valeurs mobilières, promesses, quittances ou décharges et a, par l'un de ces moyens, extorqué ou tenté d'extorquer tout ou partie des biens d'autrui.



La banqueroute :

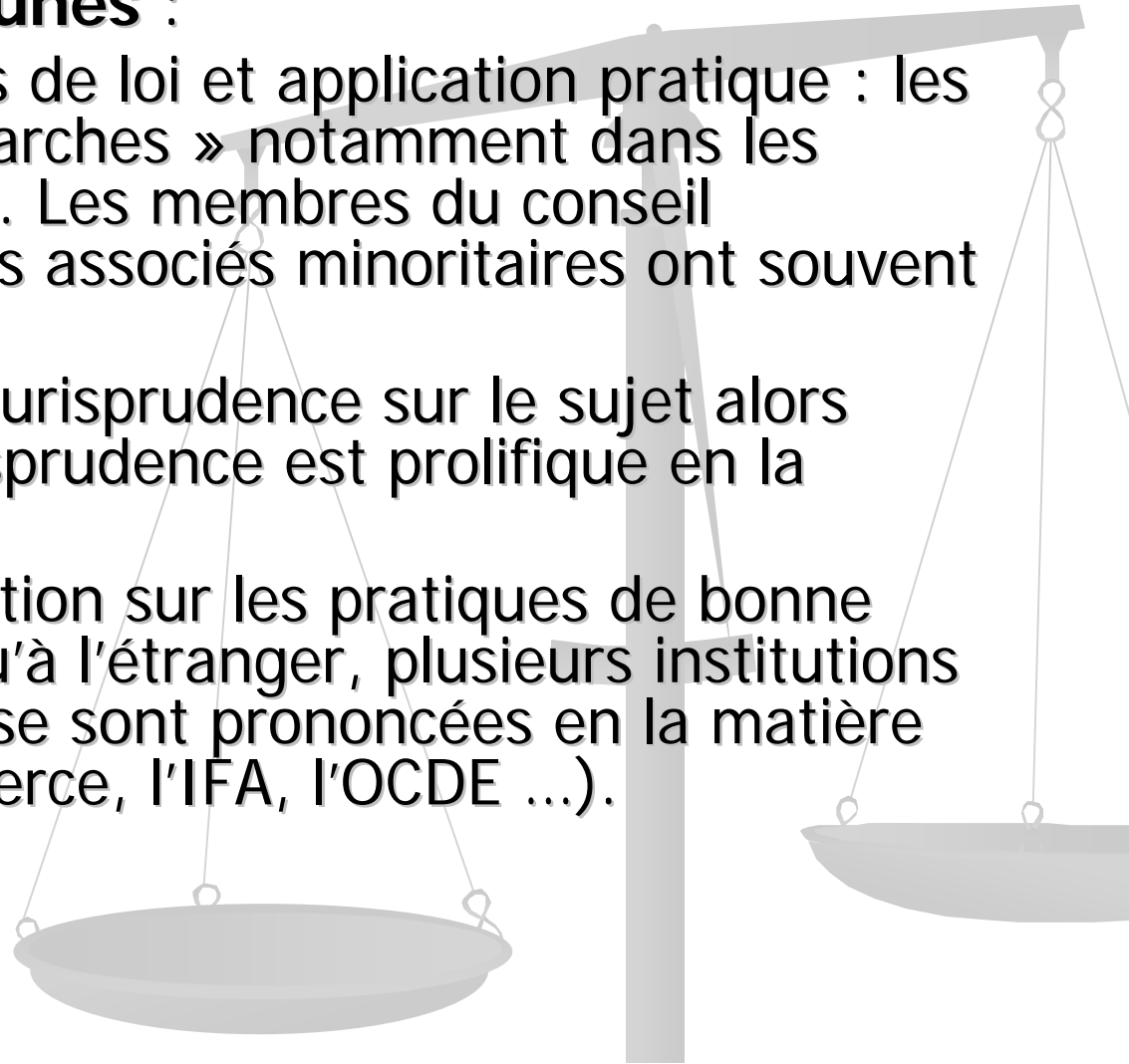
Article 290 C.P : Est puni de deux ans d'emprisonnement, le commerçant qui s'est réduit à l'insolvabilité par sa prodigalité ou par des spéculations hasardeuses ne rentrant pas dans le cercle ordinaire de ses opérations



Conclusion : Recommandations pour une meilleure gouvernance des entreprises tunisiennes

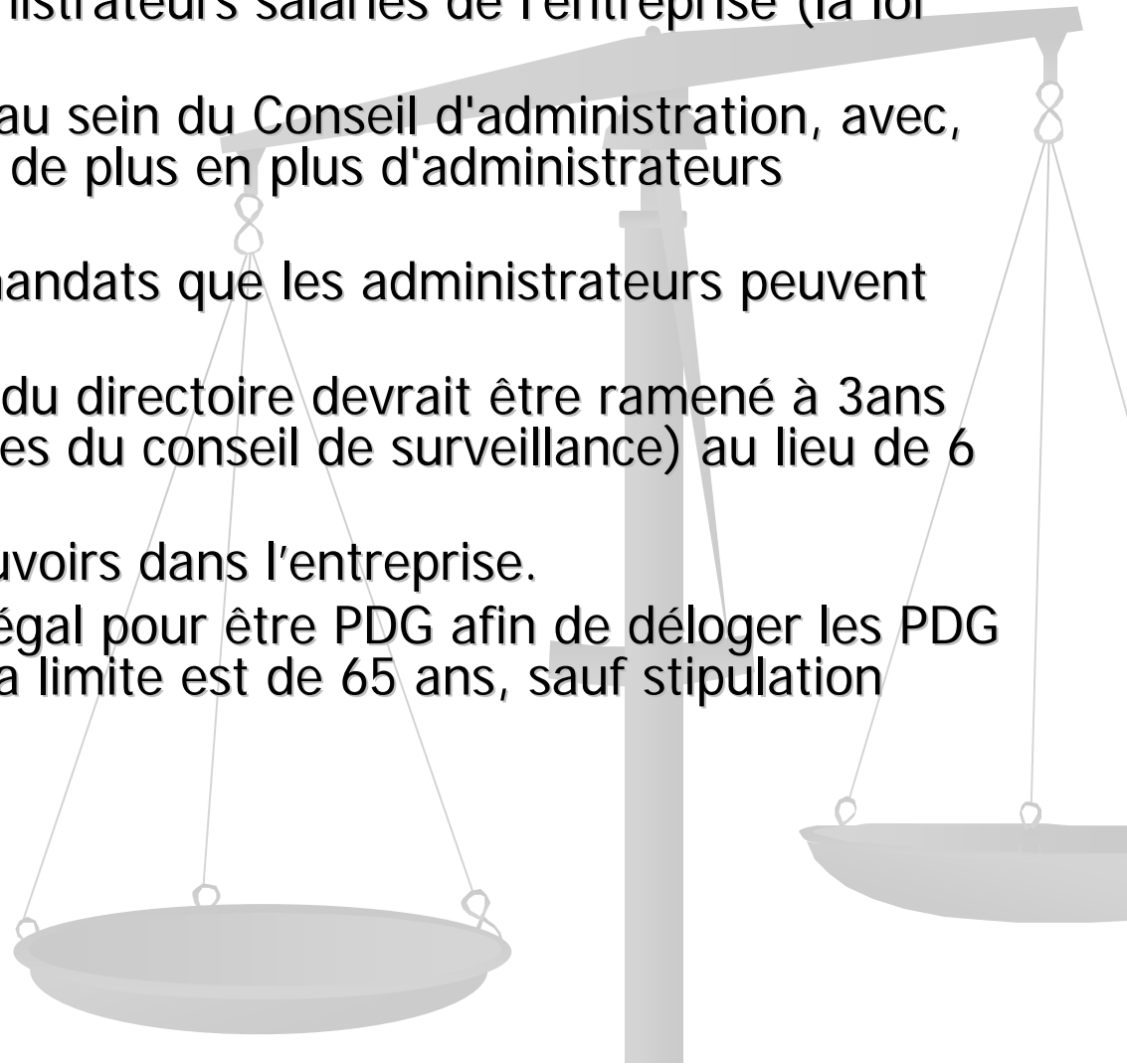
Les problèmes et lacunes :

- Disparité entre textes de loi et application pratique : les PDG sont des « patriarches » notamment dans les entreprises familiales. Les membres du conseil d'administration et les associés minoritaires ont souvent un rôle de figurants.
- Peu de décisions de jurisprudence sur le sujet alors qu'en Europe, la jurisprudence est prolifique en la matière.
- Aucune recommandation sur les pratiques de bonne gouvernance alors qu'à l'étranger, plusieurs institutions publiques et privées se sont prononcées en la matière (Chambres de commerce, l'IFA, l'OCDE ...).



Une meilleure gouvernance de l'entreprise :

- Limiter le nombre d'administrateurs salariés de l'entreprise (la loi Française le limite à 1/3).
- Équilibrage des pouvoirs au sein du Conseil d'administration, avec, par exemple, la présence de plus en plus d'administrateurs indépendants
- Diminuer le nombre de mandats que les administrateurs peuvent cumuler.
- Le mandat des membres du directoire devrait être ramené à 3ans (comme celui des membres du conseil de surveillance) au lieu de 6 ans, actuellement.
- Plus de délégation de pouvoirs dans l'entreprise.
- Prévoir une limite d'âge légal pour être PDG afin de déloger les PDG inamovibles (en France, la limite est de 65 ans, sauf stipulation contraire des statuts).



une meilleure transparence de la gestion :

- Renforcer le rôle des comités d'audit mis en place par la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005
- La publicité des pactes d'actionnaires
- L'extension de la procédure d'approbation des conventions réglementées conclues entre la société et ses dirigeants
- Une participation active des actionnaires minoritaires aux assemblées
- La possibilité pour les actionnaires de poser des questions aux administrateurs à tout moment de l'année
- Une meilleure transparence des salaires et des indemnités perçus par les administrateurs et alignement de leurs rémunérations sur le résultat de l'entreprise

Instituer de nouvelles actions en justice :

- La reconnaissance du droit d'agir en justice pour les associations agréées d'actionnaires

