

ESSAI D'UNE APPROCHE JURIDIQUE DE LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE : ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES ¹

Chiheb GHAZOUANI ²

La transmission d'une entreprise familiale est un exercice très complexe car, outre les aspects purement financiers et institutionnels, elle revêt des aspects psychologiques et relationnels. En effet, « *l'entreprise familiale se définit comme étant une entreprise dans laquelle la présence d'un groupe d'actionnaires liés par le sang induit des comportements particuliers dans la gestion comme dans la gouvernance* » ³.

Dans un environnement de crise où on évoque de plus en plus les règles de gouvernance d'entreprise⁴, les entreprises familiales font l'objet de suspicion, du fait de cette particularité, et leur transmission soulève donc de nombreuses difficultés.

Lorsqu'on analyse l'actionnariat des sociétés tunisiennes cotées en bourse, on remarque très vite que la majorité de ces dernières sont des sociétés familiales créées par des patriarches et dont certaines ont été transmises plus tard à leurs enfants.

¹ Communication lors du colloque international tenu le mercredi 04 mars 2009 à l'hôtel Abou Nawas Tunis sur le thème de "La Succession, la transmission et la gouvernance de l'entreprise familiale : Etat des lieux et perspectives".

² Docteur en droit, associé Cabinet d'Avocats GHAZOUANI et universitaire.

³ Pascal VIENOT, « La gouvernance de l'entreprise familiale, genèse et points clés de l'ouvrage éponyme », Revue Française de Gouvernance d'Entreprise, Mai 2007.

⁴ Roland PEREZ, " La gouvernance de l'entreprise", La découverte, 2003 : La gouvernance d'entreprise est "*l'ensemble du dispositif institutionnel et comportemental concernant les dirigeants, depuis la structuration de leurs missions et leurs nominations, jusqu'au contrôle de leurs actions et aux décisions de régulation les concernant, au point que l'on a pu définir la gouvernance comme le management du management*".

Voir également :

- Kamel AYARI, Le gouvernement d'entreprise en droit tunisien, Revue Infos Juridiques, Février 2009 ;
- Slah HELLARA, Moez JOUDI, La gouvernance des entreprises familiales : un enjeu majeur pour l'économie tunisienne, Article à publier à la Revue Manager : "*l'opportunisme des dirigeants combiné à la passivité des administrateurs et aux dysfonctionnements des mécanismes de contrôle ont entraîné la déconfiture et la faillite de quelques fleurons de l'économie mondiale (...)*Au niveau des entreprises familiales, les problèmes se posent plus au niveau de la relation tripartite : famille, actionnaires minoritaires et dirigeants. Les intérêts divergents de ces trois principaux acteurs ont abouti dans un certain nombre de cas à des conflits majeurs qui se sont avérés néfastes pour le processus de création de valeur et pour les performances de l'entreprise. Une famille détenant la majorité du capital n'a pas forcément les mêmes intérêts et les mêmes attentes que des actionnaires minoritaires qui cherchent avant tout la rentabilité."

Par ailleurs, on note que la plupart des présidents des conseils d'administration et des directoires sont âgés de plus de 50 ans, voire de plus de 60 ans pour certains, et sont enclins à céder leur place dans la prochaine décennie.

La transmission des entreprises familiales est sans doute un moment clé de leur vie et la réussite de cette opération est un gage de leur survie. L'anticipation est considérée comme la clef de la réussite de la transmission et s'inscrit dans un cadre de bonne gouvernance de l'entreprise. Néanmoins, peu de patriarches anticipent leur succession et prennent des mesures assurant la pérennité de l'entreprise.

De nombreuses lois ont été promulguées en Tunisie afin d'améliorer la gouvernance des entreprises, les mécanismes de contrôle et la transparence de leur gestion⁵. Un projet de loi qui verra bientôt le jour aura vocation à opérer une refonte de la gouvernance de la SA et des conventions autorisées et interdites avec ses dirigeants.

C'est pourquoi il convient d'abord de faire l'état des lieux (I) avant d'aborder les perspectives (II).

I. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE : ETAT DES LIEUX EN DROIT TUNISIEN

Il convient tout d'abord d'opérer une distinction entre la transmission et la succession car les définitions managériales et juridiques sont différentes.

En effet, au sens managérial ou organisationnel, la succession désigne le processus de transmission des pouvoirs. La succession englobe ainsi la transmission.

A l'inverse, sur le plan juridique la succession est la transmission du patrimoine par cause de mort et c'est la transmission qui englobe la succession puisqu'elle s'opère du vivant ou à la mort du patriarche.

La transmission des entreprises se caractérise en droit tunisien par l'absence de règles générales. On retrouve seulement des textes éparpillés d'ordre général ou spécial⁶. Les modalités de transmission sont différentes selon qu'elle s'opère de manière imposée par le décès du patriarche (A) ou de manière choisie de son vivant (B).

A. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE A CAUSE DE MORT

Bien souvent, les patriarches ne pensent pas à préparer leur succession avant leur décès.

⁵ On peut citer :

- La loi n°2005-65 du 27 juillet 2005 et la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005, voir sur la question : Chiheb GHAZOUANI, Le statut juridique des organes de gouvernance de la SA, www.ghazouani-law.com/travaux
- La loi du 27 décembre 2007, Voir sur la question : Chiheb GHAZOUANI, la nouvelle réforme du Code des sociétés commerciales, Revue Infos Juridiques, Février 2008.

⁶ Pour une étude de ces textes, Voir :

- Kamel AYARI, La transmission des entreprises, conférence, 26 mars 2008, inédit.
- Faïçal DERBEL, Cadre juridique et fiscalité de la transmission d'entreprise, Colloque CTFCI – CJD & ATUGE, 2 février 2006, inédit.

Les héritiers se trouvent soumis aux règles générales de la succession de droit tunisien, elles mêmes influencées par le droit musulman. Les héritiers de sexe féminin recevront la moitié des actions léguées aux enfants mâles et dans ce cas l'épouse du patriarche en recevra le huitième.

Les héritiers doivent par ailleurs régler des droits de succession. La donation de titres est alors soumise au droit de mutation de 2,5% calculé sur la valeur vénale des titres. Cette valeur est déterminée en se référant le plus souvent à la valeur mathématique comptable, éventuellement ajustée pour tenir compte des plus-values latentes qui sont vérifiées et significatives⁷.

On note que La loi de finance pour l'année 2007 a apporté de nombreuses modifications à la législation relative aux successions au sein des entreprises. L'article 52 bis du Code des droits d'enregistrement et de timbre a institué de nouvelles et exonérations et prévoit désormais qu'est exonérée des droits d'enregistrement sur les successions, la transmission par décès de la totalité des immeubles et des meubles corporels et incorporels exploités au sein d'une entreprise ou d'une partie qui constitue une unité économique indépendante et autonome à condition :

- que les héritiers et légataires s'engagent à continuer l'exploitation de l'entreprise pour une période de trois ans au moins à compter du premier janvier de l'année qui suit l'année du décès,
- que les éléments d'actifs transmis soient inscrits à l'actif du bilan de l'entreprise à la date du décès.

Il est également prévu que les héritiers et légataires sont tenus de payer le droit d'enregistrement proportionnel exigible sur les successions majoré des pénalités de retard exigibles conformément à la législation en vigueur en cas d'arrêt de l'exploitation avant l'expiration de trois années à compter du premier janvier de l'année qui suit l'année du décès. Néanmoins, ces dispositions ne s'appliquent pas en cas d'arrêt de l'exploitation pour des raisons qui ne sont pas imputables aux héritiers ou légataires.

Ces nouvelles dispositions sont louables dans la mesure où les légataires exonérés des droits de succession pourront profiter de cette mesure pour injecter des liquidités dans l'entreprise et revoir les mécanismes de gouvernance afin d'assurer la pérennité de l'entreprise.

Enfin, la mesure qui prévoit le paiement des droits de successions majorés des intérêts si l'exploitation ne continue pas dans les 3 ans nous paraît logique surtout que les héritiers ne perdront pas le bénéfice de l'exonération si l'arrêt est dû à une crise économique ou à un cas de force majeure.

En revanche, la transmission choisie semble être la garantie d'une meilleure gouvernance de l'entreprise familiale.

⁷ Faïçal DERBEL, Cadre juridique et fiscalité de la transmission d'entreprise, op. cit.

B. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE DU VIVANT DU FONDATEUR PATRIARCHE

Il est recommandé dans les meilleures pratiques de gouvernance que le patriarche prépare sa succession de son vivant et choisisse une personne à qui il transmettra le pouvoir exécutif dans l'entreprise. Ce successeur peut être ainsi un membre de la famille ou un tiers.

Cependant, que le successeur soit ou non un membre de la famille, on retrouve les mêmes mécanismes et techniques juridiques de transmission de l'entreprise. Ces techniques sont souvent prévues par la loi mais ne sont pas toutes explorées par la pratique de la même manière qu'il existe encore des techniques consacrées par la pratique mais ignorés par la loi.

1. Les mécanismes légaux pratiqués en Tunisie

Les techniques prévues par la loi et éprouvées par la pratique du droit des affaires en Tunisie sont à la fois nombreuses et différentes.

a. L'élection du successeur par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale des actionnaires

Il s'agit de la technique la plus simple de la transmission des pouvoirs et sans doute la plus efficace et la plus répandue. Le conseil d'administration ou le directoire élit un président parmi ses membres pour succéder au patriarche. Cette élection peut se faire également par l'assemblée générale des actionnaires. Le patriarche choisit donc son successeur puisqu'il dispose de la majorité au sein de la société.

Ainsi exercée, la transmission de l'entreprise du vivant du patriarche peut s'opérer selon deux modalités :

D'une part, le patriarche peut transmettre l'entreprise à un dirigeant membre de la famille comme par exemple le cas de la famille Mulliez en France ou Ben Yedder en Tunisie.

D'autre part, le patriarche peut désigner une personne extérieure à la famille pour lui succéder. On peut citer le cas du Groupe Poulina en Tunisie.

Cette seconde option est sans doute la meilleure sur le plan de la gouvernance de l'entreprise dans la mesure où le successeur est le plus souvent un technocrate compétent plébiscité par la famille. Ce dernier est présumé être au dessus des querelles familiales et animé uniquement par l'intérêt social. Néanmoins, il reste sur un siège éjectable notamment après le départ du patriarche puisqu'il pourra être révoqué à tout moment par les nouveaux actionnaires⁸ ou par leurs représentants au

⁸ Article 190 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales : "*Les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués à tout moment par décision de l'assemblée générale ordinaire*".

Conseil d'administration⁹, ce qui peut engendrer des difficultés au niveau de la gouvernance de la société.

Cependant, il existe une technique juridique permettant de protéger le successeur indépendant et de le garder à l'abri des conflits d'intérêts des actionnaires. Il s'agit du pacte d'actionnaires dans lequel ces derniers peuvent prévoir de maintenir en place le successeur. Mais cette protection est limitée par l'article 208 in fine du CSC qui prévoit que : " *Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute stipulation contraire est réputée non écrite*".

Cette disposition légale d'ordre public prévaut sur le pacte d'actionnaires. Toutefois, les parties au pacte peuvent prévoir une clause pénale à la charge des actionnaires ayant exercé la révocation ad-nutum et ainsi contrevenu au pacte d'actionnaires. Cette clause pénale aura sans doute pour effet de limiter l'exercice de la révocation ad nutum, de maintenir le successeur indépendant à sa place et de préserver l'intérêt social.

b. La donation

Il s'agit ici pour le patriarche de donner des actions aux membres de la famille qu'il juge les plus aptes à reprendre l'entreprise familiale. Cette technique peut certes entraîner des inégalités de traitement entre les membres de la famille mais elle est néanmoins légale. Les donations sont en effet régies par les articles 200 et suivants du Code de Statut Personnel, et constituent des actes de libéralité qui doivent être, à peine de nullité, constatés par un acte notarié.

La donation de titres est alors soumise au droit de mutation de 2,5% calculé sur la valeur vénale des titres. Cette valeur est déterminée en se référant le plus souvent à la valeur mathématique comptable, éventuellement ajustée pour tenir compte des plus-values latentes qui sont vérifiées et significatives¹⁰.

Ce taux reste donc abordable contrairement à de nombreuses législations étrangères. En France, la transmission à titre gratuit reste onéreuse et ne permet pas à l'entrepreneur souhaitant se retirer de l'activité familiale de fournir les liquidités lui permettant ultérieurement de maintenir l'entreprise en marche. Par ailleurs, les opérations de donation soulèvent également des difficultés en cas de pluralité d'enfants : dissensions dans le cadre de la gestion de l'entreprise et volonté de certains enfants à être désintéressés de la structure familiale¹¹. Elles peuvent également être à l'origine de querelles familiales et d'actions judiciaires intentées par les membres mécontents de la famille.

Ces derniers peuvent demander au juge de requalifier l'opération en pacte sur succession future, surtout que ce pacte est illégal en Tunisie.

⁹ Article 208 du Code des sociétés commerciales : "*Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui a la qualité de président directeur général. Il doit être une personne physique et actionnaire de la société et ce, à peine de nullité de sa nomination. (...) Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute stipulation contraire est réputée non écrite*".

¹⁰ Faïçal DERBEL, Cadre juridique et fiscalité de la transmission d'entreprise, op. cit.

¹¹ Marie-Lorraine VOLAND, La transmission d'une entreprise familiale, <http://www.netpme.fr/cession-transmission-entreprise/1064-transmission-d-une-entreprise-familiale.html>

Face à ces difficultés, la cession à titre onéreux peut apporter quelques solutions.

c. La cession de parts ou d'action

La cession de titres est régie par les dispositions du Code des Sociétés Commerciales : les articles 109 et suivants pour les parts sociales des SARL et les articles 316 et suivants pour les actions de SA.

L'entrepreneur désirant transmettre le pouvoir peut envisager une cession à titre onéreux au profit exclusivement d'un enfant repreneur ou de plusieurs membres de la famille.

D'un point de vue fiscal, la cession à l'intérieur du groupe familial bénéficie d'une exonération depuis la promulgation de la loi de finances pour l'année 2007. En effet, les transmissions des entreprises intervenant suite à l'atteinte du propriétaire de l'entreprise de l'âge de la retraite ou suite à son incapacité de poursuivre la gestion de l'entreprise ou suite à son décès bénéficient d'un avantage prévu par l'article 53 bis du code de l'incitation à l'investissement ajouté par la loi de finance pour l'année 2007. *"Ces transmissions ouvrent droit au bénéfice des avantages fiscaux prévus par la législation en vigueur relatifs à la plus-value provenant de la transmission des entreprises sous forme d'actifs ou sous forme de transmission des participations ainsi qu'aux droits d'enregistrement exigibles au titre de la transmission des propriétés et à la déduction des bénéfices ou des revenus réinvestis dans le cadre des opérations de transmission susvisés."*

Ces **avantages fiscaux** sont prévus par l'article **11 bis** du code des droits d'enregistrement et de timbre : *"Est déductible du bénéfice imposable, la plus-value provenant de la cession totale des éléments de l'actif ou de la cession partielle des actifs constituant une unité économique indépendante et autonome et ce, pour les opérations de cession qui interviennent suite à l'atteinte du propriétaire de l'entreprise de l'âge de la retraite ou à son incapacité de poursuivre la gestion de l'entreprise"*.

Le bénéfice de cette déduction est subordonné à la satisfaction de trois **conditions cumulatives** :

D'abord, les actifs cédés doivent être inscrits au bilan à la date de la cession.

Ensuite, la production à l'appui de la déclaration annuelle de l'impôt de l'année de la déduction d'un état des actifs cédés mentionnant la valeur comptable nette des actifs, la valeur de cession et la plus-value ou la moins-value enregistrée.

Enfin, la poursuite par l'entreprise cessionnaire de l'exploitation de l'entreprise ou de l'unité acquise pendant une période de 3 ans au moins à compter du premier janvier de l'année qui suit celle de l'acquisition. Le non respect de cette condition entraîne le paiement par le bénéficiaire de la déduction de l'impôt non acquitté au titre de la plus-value déduite, majoré des pénalités de retard exigibles conformément à la législation en vigueur.

A l'instar des avantages accordés en cas de décès de l'entrepreneur, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'inobservation de cette dernière condition est due à des motifs qui ne sont pas imputables au repreneur.

d. La constitution d'une Holding

S'appuyant sur les articles 461 à 479 du Code des Sociétés Commerciales, le patriarche peut constituer une Holding¹² qui détient des participations directes ou indirectes dans toutes les sociétés du groupe.

Ainsi, chacun des membres de la famille reste à la tête d'une entreprise du groupe tout en détenant une participation dans la Holding. De ce fait, le décès ou la retraite du patriarche n'affectera pas la pérennité du groupe et la continuité de l'entreprise Holding qui possède en outre l'avantage de la consolidation des résultats¹³.

Ces dernières années, la constitution de la Holding de Poulina et d'Artès Renault en est une illustration.

Par ailleurs, la constitution de Holding peut avoir pour avantage d'agrandir le groupe familial sans nécessairement disposer des fonds propres équivalents au prix d'acquisition. La technique juridique consiste pour la Holding de contracter un emprunt bancaire. L'emprunt ainsi contracté sera remboursé grâce aux dividendes versés par les filiales à la holding. L'opération pourra même éventuellement être optimisée fiscalement si la holding et la cible constituent un groupe intégré fiscalement. Ce régime fiscal présente en effet l'avantage de pouvoir imputer les charges financières de la holding sur les résultats d'exploitation de sa filiale, ce qui revient en pratique à faire supporter le coût de l'emprunt aux filiales.

Une autre alternative consiste à donner aux enfants une partie des titres de la Holding et à vendre l'autre. L'entrée d'investisseurs dans le groupe familial pourrait être ainsi bénéfique dans la mesure où de l'argent frais est injecté dans la société et que l'investisseur extérieur veillera à améliorer la gouvernance de l'entreprise par la nomination d'administrateurs indépendants et par le respect des règles relatives à la transparence de la gestion.

Outre ces mécanismes de transmission, la loi tunisienne a prévu d'autres techniques que la pratique semble ignorer malgré leur intérêt.

¹² Article 463 du CSC : "*La société mère est dite holding lorsqu'elle n'exerce aucune activité industrielle ou commerciale et que son activité se limite à la détention et à la gestion des participations dans les autres sociétés.*

La société holding doit avoir la forme d'une société anonyme et mentionner sa qualité de holding dans tout document qui en émane".

¹³ Article 471 du CSC : "*La société mère ayant un pouvoir de droit ou de fait sur d'autres sociétés au sens de l'article 461 du présent code doit établir, outre ses propres états financiers annuels et son propre rapport de gestion, des états financiers consolidés conformément à la législation comptable en vigueur et un rapport de gestion relatif au groupe de sociétés*".

2. Les mécanismes prévus pas la loi Tunisienne mais méconnus de la pratique

Le Code des Sociétés Commerciales a prévu des types de sociétés qui semblent être complètement ignorés par la pratique. On pense notamment aux sociétés en commandite et plus spécialement aux **sociétés en commandite par actions**.

En effet, les sociétés en commandite par actions sont prévues par les articles 390 à 406 du Code des sociétés commerciales. Il s'agit d'une structure juridique originale dans laquelle on distingue deux types d'associés :

D'une part, *Les commanditaires* sont les actionnaires de la société, et ne sont responsables des dettes qu'à concurrence de leur participation au capital. Les actions sont nominatives. L'assemblée des commanditaires suit les mêmes règles que dans une société anonyme.

D'autre part, *Les commandités* ont le statut de commerçants et sont nommés par les commanditaires. Ils sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sur leurs biens propres. Ils peuvent être également commanditaires. L'assemblée des commandités suit les mêmes règles que dans une société en nom collectif.

La société est administrée par des *gérants* nommés par les commandités avec l'accord des commanditaires. Ils sont contrôlés par un conseil de surveillance composé de commanditaires

Le patriarche peut ainsi constituer une société en commandite par action afin de transmettre le pouvoir exécutif à ses enfants tout en intégrant des investisseurs extérieurs dans l'entreprise.

L'intérêt de cette forme sociale est de laisser le pouvoir exécutif aux mains des membres de la famille¹⁴ qui seront des actionnaires commandités et d'en priver les commanditaires investisseurs qui auront néanmoins le droit de toucher des dividendes. Les investisseurs pourront néanmoins contrôler de près la gestion des membres de la famille en étant membres du conseil de surveillance¹⁵.

En France, de nombreuses sociétés familiales ont adopté cette forme sociale. On peut en citer les groupes Lagardère, LVMH et Michelin.

3. Les mécanismes ignorés par la loi mais consacrés par la pratique

Les **pactes d'actionnaires** constituent les exemples types de ces mécanismes. Ces derniers sont des conventions conclues entre les membres de la famille et qui prévoient souvent le partage des pouvoirs entre ces derniers.

La loi tunisienne n'a pas envisagé expressément les pactes d'actionnaires mais ces conventions sont, à notre sens, légales et opposables à ceux qui les ont signées en application du principe général de l'effet obligatoire des contrats prévu par l'article 242

¹⁴ Article 396 du CSC : "*Toutes les décisions des assemblées générales à l'exception de celles relatives à l'approbation de la gestion et à la désignation des membres du conseil de surveillance, requièrent l'adhésion personnelle des commandités conformément aux règles fixées par les statuts*".

¹⁵ Article 397 du CSC : "*Le conseil de surveillance assure le contrôle permanent de la gestion de la société. Il dispose à cet effet des mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes*".

du Code des obligations et des contrats : "*Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi*".

Le pacte d'actionnaire est un mécanisme de transmission et de partage des pouvoirs qu'on retrouve souvent dans les rapports entre les membres des groupes familiaux tunisiens. Les actionnaires sont enclins à les signer dans les moments sensibles de la vie de l'entreprise notamment lorsque le patriarche décide de quitter la direction de la société ou que les associés décident de laisser entrer des investisseurs dans le capital de l'entreprise familiale. Ces pactes restent néanmoins secrets et le praticien ne découvre le plus souvent leur existence que lorsqu'un conflit éclate au sein de l'actionnariat de l'entreprise.

Parmi les clauses classiques des pactes d'actionnaires, on retrouve les clauses conférant un droit de préemption entre associés en cas de cession de parts ou de départ du fondateur ; les clauses de sortie conjointe et proportionnelles permettant aux minoritaires de vendre leur participation aux mêmes conditions financières que les majoritaires ; les clauses de obligeant les minoritaires à vendre leur participation si les majoritaires disposent d'une offre d'acquisition sur l'ensemble des titres de la société ; les clauses de limitation de pouvoir consistant à soumettre certaines décisions stratégiques (cession ou acquisition d'actifs, fusion, augmentation du capital, emprunt ...) à l'accord préalable des minoritaires malgré le fait que leur niveau de participation les prive d'une minorité de blocage¹⁶.

En pratique, le non respect d'un pacte d'actionnaires par l'un de ses signataires ne produira aucun effet à l'égard de la société, mais pourra donner lieu à une indemnisation sous forme de dommages-intérêts à la charge de la partie défaillante.

II. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE : PERSPECTIVES

Afin d'assurer une bonne transmission de l'entreprise familiale, que cette transmission touche uniquement le pouvoir exécutif ou qu'elle s'étend à une transmission partielle ou complète des actions ou des parts sociales, de nombreuses mesures peuvent être prises par la famille qui détient l'entreprise ou par les pouvoirs publics. C'est pour cette raison qu'on peut classer les perspectives permettant de réussir la transmission de l'entreprise en mesure subjectives (A) et en mesures objectives (B).

¹⁶ Olivier PAULHAN, Les clauses sensibles des pactes d'actionnaires, septembre 2001, <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique010925.shtml>

A. LES MESURES SUBJECTIVES

Les mesures subjectives peuvent être soit l'anticipation de la transmission des pouvoirs soit l'instauration d'un conseil de famille.

1. L'anticipation de la transmission des pouvoirs

Afin de réussir sa succession, le patriarche doit tout d'abord penser à l'anticipation de la transmission des pouvoirs. Ce principe de bonne gouvernance qui a pour finalité de limiter les conflits dans l'actionnariat familial est malheureusement souvent ignoré par la pratique. Pourtant, les techniques juridiques facilitant l'anticipation sont nombreuses. Deux techniques méritent d'être citées :

D'une part, la constitution d'une holding doublée de la signature d'un pacte d'actionnaires prévoyant le partage du pouvoir exécutif au départ du patriarche.

D'autre part, le patriarche peut céder la nue propriété des titres et en garder l'usufruit. Cette technique est prévue par les articles 142 et suivants du Code des droits réels¹⁷. Ainsi Le donateur la possibilité de conserver la jouissance des biens qu'il transmet et garder le pouvoir dans l'entreprise. Cette technique qu'on qualifie de **donation-partage** permet de faciliter le partage des biens, de prévenir les conflits qui peuvent opposer les héritiers et diminuer de manière sensible le coût d'une succession. Elle constitue un bon moyen pour le chef d'entreprise de régler de manière anticipée la transmission de son patrimoine, en tenant compte des souhaits et aptitudes de chacun. Il pourra ainsi transmettre l'entreprise familiale au candidat repreneur et les autres biens aux héritiers non repreneurs.

2. L'instauration d'un conseil de famille

Le conseil de famille est une technique purement pratique qui n'a pas de consécration juridique mais dont l'existence est révélée au grand jour en France et aux Etats-Unis.

Il s'agit pour les membres de la famille de se réunir en dehors du conseil d'administration pour décider des orientations futures de l'entreprise. Pour les économistes, la Gouvernance de Famille, dont l'organe peut être le Conseil de Famille, revêt une importance pratique considérable puisqu'elle traite de structure de patrimoine, de contrôle et de pouvoir. Elle formule des objectifs de rentabilité et arrête des plafonds de risques, qui seront repris par ses représentants au Conseil d'Administration¹⁸.

Le conseil de famille possède également l'avantage de régler les conflits d'intérêts entre les membres de la famille en dehors du cadre institutionnel et légal, ce qui a

¹⁷ Article 142 du CDR : "*L'usufruit est le droit d'user et jouir, comme le propriétaire lui-même, d'un bien appartenant à charge d'en conserver la substance*".

¹⁸ S. HELLARA, M. JOUDI, La gouvernance des entreprises familiales : un enjeu majeur pour l'économie tunisienne, op. cit.

pour finalité de les résoudre dans la discrétion et sans porter atteinte à la valeur de l'action qui pourrait en souffrir si la société est cotée en bourse.

En France, Groupe Mulliez est cité en exemple. Le groupe est en effet composé de 15 sociétés dont Auchan, dirigée chacune par une branche de la famille. Ces branches se réunissent au niveau d'une association de famille, en marge des dirigeants légaux, qui a pour missions de prendre les décisions stratégiques¹⁹.

Afin de donner une existence légale au conseil de famille, les membres peuvent signer un pacte de famille. Ce contrat organise les relations entre la famille et l'entreprise, de façon à régler la succession du chef d'entreprise et à assurer sa pérennité. Le but est d'établir un plan de transmission de l'entreprise, ainsi que les étapes et les modalités de sa réalisation, notamment quant aux pouvoirs de gestion et de direction, via l'insertion d'une clause d'agrément et de clauses de partage du pouvoir.

B. LES MESURES OBJECTIVES

Les mesures objectives de transmission de l'entreprise familiales peuvent revêtir de nombreuses formes.

1. Le recours à des administrateurs indépendants

Un administrateur est dit indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement²⁰.

Le recours à des administrateurs indépendants a pour finalité d'instaurer l'équilibre au sein de l'entreprise familiale et d'assurer une gestion saine par la prise de décisions objectives qui ne prennent en compte que l'intérêt social. Ainsi, la transmission de l'entreprise sera facilitée car l'administrateur indépendant est présumé au dessus des conflits familiaux. Il constitue donc une alternative non négligeable pour le patriarcat qui pensera à lui transmettre le pouvoir exécutif au lieu de le garder dans la famille. Cette démarche a été celle de Poulina en Tunisie et d'Axa en France.

Même si on retrouve quelques administrateurs indépendants dans les sociétés tunisiennes, cette pratique reste malgré son intérêt peu répandue et surtout méconnue de la loi.

En effet, même si l'article 189 alinéa 2 du CSC prévoit que : "*Sauf disposition contraire des statuts, la qualité d'actionnaire n'est pas requise pour être membre du conseil d'administration d'une société anonyme*", cette disposition ne consacre pas le statut de l'administrateur indépendant et permet aux associés de prévoir des dispositions statutaires qui l'écartent.

L'administrateur indépendant reste par ailleurs facilement révoquant par les associés majoritaires puisque l'article 190 alinéa 3 du Code des sociétés commerciales dispose

¹⁹ Le Figaro, 15 octobre 2007, disponible sur internet, www.lefigaro.fr

²⁰ Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton, 23 septembre 2002, http://www.technip.com/francais/pdf/Rapport_Bouton%20_FR.pdf

que : *"Les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués à tout moment par décision de l'assemblée générale ordinaire"*.

Le droit tunisien gagnerait sans doute à prévoir un statut légal à l'administrateur indépendant et à le protéger des conflits familiaux afin d'assurer une meilleure gouvernance et une transparence de l'entreprise et de privilégier l'intérêt social sur l'intérêt particulier de certains actionnaires.

2. La limite d'âge et de mandats

La limitation de l'âge légal d'exercice de la fonction de Président Directeur Général ou de Président du Directoire pourrait être une piste à explorer par le législateur afin de déloger les PDG inamovibles et d'assurer une meilleure transmission des pouvoirs.

De nombreux pays ont déjà adopté cette démarche. A titre d'exemple, en France, la limite est de 65 ans, sauf stipulation contraire des statuts. Et en l'absence de clause des statuts fixant une limite d'âge, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante-dix ans ne peut pas être supérieur au tiers des administrateurs en fonction

La même limitation pourrait par ailleurs s'appliquer aux mandats. Il s'agit de diminuer le nombre de mandats que les administrateurs peuvent cumuler. A titre d'exemple, le mandat des membres du directoire devrait être ramené à 3ans (comme celui des membres du conseil de surveillance) au lieu de 6 ans, actuellement²¹.

3. La délégation de pouvoirs dans l'entreprise

Même si on retrouve déjà quelques mécanismes permettant la délégation des pouvoirs au sein des Sociétés anonymes, ils restent insuffisants pour permettre la transmission des pouvoirs au sein de l'entreprise.

Les articles 212 et 217 du CSC prévoient la possibilité de désigner un ou plusieurs directeurs généraux adjoints²² mais la délégation de pouvoirs devrait être étendue à l'instauration des fonctions de directeur juridique et de directeur financier.

Par ailleurs, le PDG ne devrait pas avoir les pleins pouvoirs pour la désignation des postes clés de l'entreprise.

4. L'adoption de nouvelles formes juridiques et sociales

De nouvelles formes sociales facilitant la transmission des entreprises familiales devraient être exploitées par le législateur tunisien. On pense par exemple à

²¹ Article 226 du CSC : *"Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance pour une durée maximale de six ans renouvelable, sauf stipulation contraire des statuts"*.

²² Article 212 : *"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"*.

Article 217 : *"Le conseil d'administration peut faire assister le directeur général, sur demande de ce dernier, d'un ou de plusieurs directeurs généraux adjoints"*.

la Société par actions simplifiée SAS²³ qui offre des règles souples permettant un meilleur cadrage de l'opération de succession mais peu transparente au niveau de la gouvernance.

Il est également possible de citer la technique juridique de la fiducie par laquelle des personnes extérieures à la famille sont chargées de gérer l'entreprise pendant la minorité de ces derniers si le patriarche décède prématurément. On procède à la création de la fiducie par la signature d'une convention qui définit son patrimoine, son constituant ainsi que les bénéficiaires de celle-ci. On indiquera comme bénéficiaires tous les membres de la famille immédiate du propriétaire, de façon à laisser aux fiduciaires (les personnes chargées de l'administration de la fiducie) l'entière discrétion quant au choix ultime des personnes qui recevront les biens de la fiducie lors de sa liquidation.

Conclusion :

L'entreprise familiale en tant que source de création d'emploi et de richesse n'échappe pas aux règles de bonne gouvernance. Le respect de ces règles est d'autant plus impératif que la majorité des sociétés cotées en bourse en Tunisie sont des entreprises familiales. C'est pourquoi cette exigence relève impérieusement de l'ordre public économique.

Mais il est paradoxal de constater que la transmission de ces entreprises soit à cause de mort, soit du vivant du patriarche n'a pas été spécifiquement réglementée. Le recours au droit commun, en l'occurrence les règles du COC et du Code des sociétés commerciales est inévitable. Pourtant, de bonnes solutions ayant fait leur preuve dans d'autres pays sont envisageables. La désignation d'un administrateur indépendant constitue entre autres une garantie de bonne gestion et de l'intérêt social. Mais rien ne vaut une intervention du législateur pour adopter un régime adéquat de la transmission des entreprises familiales susceptible d'assurer leur pérennité.

²³ La société par actions simplifiée (SAS) est une forme de société commerciale définie par les articles L227-1 à L227-20 et L244-1 à L244-4 du Code de commerce français.