

La réforme du droit tunisien des Sociétés

(La loi du 16 mars 2009)

Mahmoud Anis BETTAIEB,
Avocat au Barreau de Tunis,
Avocat au Barreau de Paris chez Karila, Société d'avocats

Par une loi en date du 16 mars 2009 le législateur a encore modifié sa législation relative aux sociétés commerciales¹.

Cette nouvelle réforme s'articule principalement autour de trois grands axes. L'introduction de plus de souplesse dans la constitution et la gestion des sociétés, l'instauration de plus de contrôle et de rigueur dans la gestion et l'introduction du droit de communication et d'accès aux documents des associés.

- Introduction de plus de souplesse dans la constitution et la gestion des sociétés
- Introduction de plus de rigueur et de contrôle
- Introduction du droit de communication et d'accès aux documents

1. Introduction de plus de souplesse

Deux grandes modifications ont permis d'introduire plus de souplesse dans la gestion. L'introduction des pactes d'actionnaires et la suppression de l'obligation de recourir à la publicité des actes dans les journaux.

A. L'introduction du pacte d'actionnaires

La nouvelle réforme a enfin reconnu le droit des actionnaires de recourir aux pactes.

La nouvelle loi introduit la possibilité pour les associés et les actionnaires de faire des pactes d'actionnaires. La loi précise que ces pactes ne doivent pas être contraires aux dispositions statutaires.

Le nouvel article 3 alinéa 3² prévoit désormais que « *Aucune preuve n'est admise entre associés contre les statuts.*

¹ Le code des sociétés a déjà été amendé à plusieurs reprises, loi du 5 janvier 2009, loi du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique, loi du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité financière, loi du 27 juillet 2005, loi du 26 janvier 2005 et la loi du 5 janvier 2009.

Toutefois, les pactes conclus entre associés en raison de la société sont valables et obligent leurs parties lorsqu'ils se limitent à régir des droits qui sont propres à ceux-ci et qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions des statuts. »

Rappelons que le pacte d'actionnaires est un document complémentaire aux statuts de la société permettant aux actionnaires ou à certains d'entre eux d'organiser leurs relations au sein de la société (conditions de sortie, clauses de protection,...). Il a l'avantage d'être confidentiel alors que les statuts sont accessibles à tous et peut par ailleurs ne concerner qu'une partie des actionnaires.

B. La suppression de l'obligation de publier les actes sociaux dans les journaux

De même, la loi supprime l'obligation de publicité dans les journaux. Désormais, la publicité des actes sociaux sera uniquement une publicité dans le journal d'annonces légales (le Journal Officiel de la République Tunisienne).

L'article 15 alinéa 2 du C.S.C est modifié comme suit : *« La publicité est faite par une insertion au Journal Officiel de la République Tunisienne et ce, dans un délai d'un mois à partir soit de la constitution définitive de la société, soit de la date du procès verbal ou de la délibération de l'assemblée générale constitutive de la société. »*

2. Introduction de plus de rigueur et de contrôle

Après un âpre débat à l'Assemblée et les réserves du patronat tunisien, les dispositions concernant l'extension de la responsabilité des gérants et dirigeants sociaux ont pu être adoptées. Les nouvelles dispositions prévoient qu'en cas de règlement judiciaire ou de faillite, le gérant et le dirigeant de droit ou de fait peut être condamné à supporter les dettes sociales à raison de sa responsabilité dans la situation. Il peut aussi se voir interdire la direction des sociétés et / ou l'exercice du commerce. Les sociétés anonymes doivent être désormais gérées et gouvernées avec de nouvelles règles se rapportant à la transparence. Des nouvelles dispositions relatives à l'évitement des conflits d'intérêts, aux opérations soumises à autorisation, approbation et audit, et des opérations interdites et libres, ont été ajoutées (article 200 nouveau)

A. Plus de rigueur pour les conventions entre la S.A et ses dirigeants

Les dirigeants de la société anonymes doivent la servir et non pas s'en servir. Et c'est là le but de la réforme de 2005 qui avait organisé le régime des conventions entre la société et ses dirigeants.

Le nouvel article 200 C.S.C énonce le principe selon lequel les dirigeants doivent éviter le conflit d'intérêts : *« 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.*

² L'ancien alinéa prévoyait que « Entre les associés, aucun moyen de preuve n'est admis contre et outre le contenu de l'acte de société »

Ils doivent déclarer par écrit tout intérêt direct ou indirect qu'ils ont dans les contrats ou opérations conclus avec la société ou demander de la mentionner dans les procès-verbaux du conseil d'administration.

L'article 200 du C.S.C a aussi été modifié. Désormais quatre catégories d'opérations existent. Les opérations permises mais qui sont soumises à autorisation, à approbation et à audit, les opérations interdites, et les opérations libres.

a. Les opérations soumises à autorisation, à approbation et à audit

Le nouvel article élargit la liste des personnes avec lesquelles toute convention doit être soumise à autorisation³. Désormais « (...) Toute convention conclue directement ou par personne interposée entre la société, d'une part, et le président de son conseil d'administration, son administrateur délégué, son directeur général, l'un de ses directeurs généraux adjoints, l'un de ses administrateurs, l'un des actionnaires personnes physiques y détenant directement ou indirectement une fraction des droits de vote supérieurs à dix pour cent, ou la société la contrôlant au sens de l'article 461 du présent code, d'autre part, est soumise à l'autorisation préalable de conseil d'administration.(...) »

Sont également soumises à autorisation les conventions ou ses personnes sont indirectement intéressées. En effet, la loi prévoit que « (...) Sont également soumises à autorisation préalable les conventions conclues entre la société et une autre société lorsque le président directeur général, l'administrateur délégué, l'un des directeurs généraux adjoints ou l'un des administrateurs est associé (...), gérant, directeur général, administrateur ou, d'une façon générale, dirigeant de cette société. L'intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. (...) »

Mises à part ces conventions, le nouvel article 200 précise certaines conventions qui même si elles ne sont pas conclues avec l'un des dirigeants ou des associés, doivent obligatoirement être soumises à autorisation.

« (...) sont soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration, à l'approbation de l'assemblée générale et à l'audit du commissaire aux comptes, les opérations suivantes :

- la cession des fonds de commerce ou d'un de leurs éléments, ou leur location à un tiers, à moins qu'elles ne constituent l'activité principale exercée par la société ;
- l'emprunt important conclu au profit de la société dont les statuts fixent le minimum ;
- la vente des immeubles lorsque les statuts le prévoient ;
- la garantie des dettes d'autrui, à moins que les statuts ne prévoient une dispense de l'autorisation, de l'approbation et de l'audit dans la limite d'un seuil déterminé. Les dispositions ci-dessus ne s'appliquent pas aux établissements de crédit et d'assurance. (...) »

La loi instaure aussi une obligation d'information sur le PDG, le DG ou l'administrateur délégué, « Chacune des personnes indiquées à l'alinéa 1 ci-dessus doit informer le président-directeur général, le directeur

³ L'ancien article 200 ne concernait que : le président, le directeur général, les directeurs généraux adjoints ou les membres du conseil d'administration

général ou l'administrateur délégué de toute convention soumise aux dispositions du même alinéa, dès qu'il en prend connaissance.

Le président- directeur général, le directeur général ou l'administrateur délégué doit informer le ou les commissaires aux comptes de toute convention autorisée et la soumettre à l'approbation de l'assemblée générale.

Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial sur ces opérations, au vu duquel l'assemblée générale délibère.

L'intéressé qui a participé 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 régime de ces conventions est plus ou moins resté le même puisque la non approbation de ces conventions ne vaut toujours pas annulation ou interdiction de la convention mais entraîne « simplement », la mise à la charge de l'intéressé des conséquences et de la responsabilité⁴.

La nouvelle loi introduit aussi un contrôle sur les indemnités des dirigeants pour l'exercice ou la rupture de leurs fonctions. Désormais ces conventions doivent aussi faire l'objet d'une autorisation⁵.

b. Les opérations interdites⁶

Le législateur tunisien est intervenu par cette nouvelle réforme du droit des sociétés pour mettre fin à des pratiques qui étaient plus que douteuses, mais pas interdites. Ainsi et avec le nouvel article 200 du C.S.C, les dirigeants de la société et ses actionnaires ainsi que leurs ascendants et descendants, et toute personne interposée, ne peuvent plus avoir de traitement de faveur, à savoir ils ne peuvent plus obtenir d'emprunts, ou d'avances, de découverts en compte, ...⁷

⁴ Article 200, Al. 4, « *Les conventions approuvées par l'assemblée générale, ainsi que celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour dol. Les conséquences préjudiciables à la société de ces conventions sont mises à la charge de l'intéressé lorsqu'elles ne sont pas autorisées par le conseil d'administration et désapprouvées par l'assemblée générale, la responsabilité est mise à la charge de l'intéressé et des administrateurs, à moins qu'ils n'établissent qu'ils n'en sont pas responsables.* »

⁵ Article 200 al 5 : « *Les obligations et engagements pris par la société elle-même ou par une société qu'elle contrôle au sens de l'article 461 du présent code, au profit de son président-directeur général, directeur général, administrateur délégué, l'un de ses directeurs généraux adjoints, ou de l'un de ses administrateurs, concernant les éléments de leur rémunération, les indemnités ou avantages qui leurs sont attribués ou qui leurs sont dus ou auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la cessation ou de la modification de leurs fonctions ou suite à la cessation ou la modification de leurs fonctions, sont soumis aux dispositions des sous-paragraphes 1 et 3 ci-dessus. En outre de la responsabilité de l'intéressé ou du conseil d'administration le cas échéant, les conventions conclues en violation aux dispositions ci-dessus peuvent, le cas échéant, être annulées lorsqu'elles causent un préjudice à la société »*

⁶ Dans sa version initiale, celle de la loi n°2005-65 du 27 juillet 2005, l'article 200 avait pris ses distances par rapport à l'article 78 du code de commerce, en supprimant la catégorie des conventions interdites. Les voilà « réapparaître » avec la réforme du 16 mars 2009.

⁷ Article 200, III, « *A l'exception des personnes morales membres du conseil d'administration, il est interdit au président-directeur général, au directeur général, l'administrateur délégué, aux directeurs généraux adjoints et aux membres du conseil d'administration ainsi qu'aux conjoint, ascendants, descendants et toute personne interposée au profit de l'un d'eux, de contracter sous quelle que forme que ce soit, des emprunts avec la société, de se faire consentir par elle une avance, un découvert en compte courant ou autrement, ou d'en recevoir des subventions, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers, sous peine de nullité du contrat.*

La sanction de telles pratiques est la nullité de l'acte.

c. Les opérations libres

Les dirigeants et les associés des sociétés anonymes peuvent toutefois avoir des conventions avec la société si ces opérations sont des opérations courantes conclues à des conditions normales. On pourrait citer le cas d'une banque qui devrait pouvoir donner des crédits à ses actionnaires, ses dirigeants... dans des conditions normales.

Ces conventions devront toutefois être communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration, au directeur général, ou à l'administrateur délégué.

La liste détaillée de ces conventions est communiquée aux membres du conseil d'administration et/ou aux commissaires aux comptes, ces opérations sont auditées selon les normes d'audit d'usage⁸.

B. Le droit des associés d'intenter l'action sociale

Dans un souci de permettre une gestion plus saine et un contrôle accru des associés, le législateur tunisien a ramené le minimum légal pour intenter l'action sociale du quart au dixième du capital social.

Désormais, il suffit aux associés détenant le 1/10 du capital social, individuellement ou collectivement de saisir les tribunaux compétents⁹.

Rappelons que l'action sociale vise à réparer le préjudice subi par la société et à reconstituer le patrimoine social en cas de faute commise par un ou plusieurs dirigeants¹⁰.

En principe, l'action sociale doit être exercée par les représentants légaux de la société. En pratique elle ne l'est que rarement, et c'est pour cette raison que le législateur a permis l'exercice de l'action sociale par les associés.

Le code des sociétés commerciales ne prévoit pas d'interdiction de ce qui est communément appelé les clauses d'avis et les clauses d'agrément.

L'interdiction prévue à l'alinéa précédent s'applique aux représentants permanents des personnes morales membres du conseil d'administration.

A peine de nullité du contrat, il est interdit à tout actionnaire, à son conjoint, ses ascendants ou descendants ou toute personne interposée pour le compte de l'un d'eux, de contracter sous quelle que forme que ce soit, des emprunts avec la société, de se faire consentir par elle une avance, un découvert en compte courant ou autrement, ou d'en recevoir des subventions afin de l'utiliser pour la souscription dans les actions de la société. »

⁸ Article 200, IV : « Les dispositions du paragraphe II ci-dessus ne s'appliquent pas aux conventions relatives aux opérations courantes conclues à des conditions normales. Les dispositions du paragraphe III ne s'appliquent pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales par les établissements de crédit.

Cependant, ces conventions doivent être communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration, au directeur général, ou à l'administrateur délégué. Une liste détaillée de ces conventions est communiquée aux membres du conseil d'administration et au ou aux commissaires aux comptes, ces opérations sont auditées selon les normes d'audit d'usage. »

⁹ Article 118 al. 2 : « Les associés représentant le dixième du capital social peuvent, en se groupant, intenter l'action sociale contre le ou les gérants responsables du préjudice. »

¹⁰ Merle (P), « Droit commercial », Dalloz, 5^e Ed., Paris, 1996, p.410.

En effet, devraient être réputées non écrites les clauses des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale (clause d'autorisation). De même, aucune décision de l'assemblée générale, en particulier le vote du quitus, ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute comprise dans l'accomplissement de leur mandat¹¹.

L'action se prescrit par trois ans, mais la loi ne précise pas le point de départ qui serait ou bien la date du fait dommageable, ou bien la date de sa découverte s'il a été dissimulé.

On aurait souhaité voir un délai plus long pour les crimes à l'instar de la loi française¹².

C. La responsabilité étendue aux gestionnaires de droit ou de fait : responsabilité aggravée

Lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les gérants, les dirigeants de fait, le président directeur général, les directeurs généraux, les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil d'administration ou tout autre dirigeant de fait, peuvent voir leur responsabilité engagée.

Le tribunal pourra décider que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie par le ou les dirigeants, avec ou sans solidarité. Il peut aussi décider l'interdiction à la personne condamnée.

Celui qui intente l'action en comblement du passif devra prouver l'existence d'une faute de gestion et le lien de causalité entre cette faute et l'insuffisance d'actif¹³.

Il est à préciser que le tribunal peut condamner tout administrateur, bien qu'il n'ait pas la qualité de commerçant. La nouvelle réforme n'apporte pas plus de précisions. La même disposition de la loi française précise que s'est l'administrateur qui aura disposé des biens de la société comme de ses biens propres, ou poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société

Le nouvel article 121 prévoit que « Lorsque le règlement judiciaire ou la faillite fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire, du syndic de la faillite ou de l'un des créanciers, décider que les dettes de la société seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité et jusqu'à la limite du montant désigné par le tribunal, par le ou les gérants ou tout dirigeant de fait. Il peut aussi interdire à la personne condamnée la direction des sociétés ou l'exercice d'une activité commerciale pour une période fixée dans le jugement.

Le gérant de droit ou de fait n'est exonéré de la responsabilité que s'il apporte la preuve qu'il a apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la faillite. »

Il en est de même pour les dirigeants des sociétés anonymes¹⁴.

¹¹ Cela est clairement précisé par la législation française, (art. L.246. du code de commerce), mais ne l'est pas encore en droit tunisien.

¹² Article L225-254 du code de commerce : « L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans. »

¹³ Merle (P), *op. cit.*, p.414.

D. Instauration d'un seuil minimum pour les Assemblées Générales Extraordinaires

Avant la réforme, les statuts pouvaient prévoir que les décisions de modification des statuts pouvaient être prises avec moins des trois quarts des voix. Désormais les statuts ne peuvent plus prévoir un seuil en dessous de $\frac{3}{4}$.¹⁵

Cette modification des seuils appelle deux remarques. Tout d'abord, elle marque le triomphe de la conception institutionnelle de la société. En effet, si l'on était resté dans une conception contractuelle, le pacte social ne pourrait être modifié qu'à l'unanimité des cocontractants. Les nécessités de la vie sociale l'ont emporté sur le respect des conventions, avec toutefois la possibilité pour les associés de prévoir une plus grande majorité.

Ensuite, l'associé ou le groupe d'associés qui détient plus du tiers des voix, pèse d'un très grand poids dans la société puisqu'il dispose de la minorité de blocage : toute modification des statuts suppose son accord. Reste qu'il n'est pas à l'abri d'une action intentée par les dirigeants sociaux pour abus de minorité¹⁶.

Il est aussi possible pour les statuts de prévoir un seuil supérieur aux $\frac{3}{4}$.

3. Introduction du droit de communication et d'accès aux documents

Les associés et les actionnaires des sociétés disposent en vertu de cette nouvelle législation d'un droit d'accès aux documents sociétaires¹⁷.

De même les actionnaires détenant un certain pourcentage du capital (individuellement ou collectivement) peuvent poser des questions écrites au sujet de tout acte ou fait susceptible de mettre en péril les intérêts de la société¹⁸.

¹⁴ L'article 214 nouveau prévoit que « Lorsque le règlement judiciaire ou la faillite fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, à la demande de l'administrateur judiciaire, du syndic de la faillite ou de l'un des créanciers, décider que les dettes de la société seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité et jusqu'à la limite du montant désigné par le tribunal, par le président-directeur général, le ou les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil d'administration ou tout autre dirigeant de fait. Il peut aussi interdire à la personne condamnée la direction des sociétés ou l'exercice de l'activité commerciale pour une période fixée dans le jugement.

Les personnes indiquées ci-dessus ne sont exonérées de la responsabilité que si elles établissent qu'elles ont apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal (...) »

¹⁵ L'alinéa suivant a été supprimé de l'article 131 « Toutefois, les statuts peuvent prévoir une majorité inférieure. Toute clause statutaire exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite. »

¹⁶ L'abus de minorité peut se traduire par une décision sociale obtenue par surprise ou par une action en justice abusive (abus positif). L'abus le plus fréquent est celui qui consiste à bloquer toute modification du pacte sociale en refusant de voter les décisions.

¹⁷ Article 11 : « Tout associé a le droit de participer aux assemblées générales. Il bénéficie d'un nombre de voix proportionnel aux apports et actions qu'il détient. Il a le droit à tout moment de l'année, soit personnellement soit par un mandataire, de consulter et de prendre copie de tous les documents présentés aux assemblées générales tenues au cours des trois derniers exercices. L'associé peut également obtenir copie des procès verbaux des dites assemblées.

L'associé vote personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant pour la totalité de ses parts et actions. Il ne peut donner mandat de vote sur une partie de ses parts ou actions.

Les documents cités aux alinéas précédents doivent être mis à la disposition de tous les actionnaires dans un endroit déterminé dans les statuts.

Ils peuvent être consultés pendant les horaires habituels de travail à la société.

Les droits fondamentaux de l'associé ne peuvent être réduits ou limités par les stipulations des statuts ou les décisions des assemblées générales. »

La nouvelle loi supprime aussi les parts de fondateurs et instaure la possibilité pour les actionnaires détenant une fraction ne dépassant pas 5% du capital des SA, de se retirer de la société et d'imposer à l'actionnaire qui détient le reste du capital d'acheter les actions à un prix fixé par expertise judiciaire. Les sociétés bénéficient d'une période d'une année pour régulariser leur situation.

¹⁸L'article 284 prévoit désormais que « Tout actionnaire détenant au moins cinq pour cent du capital de la société anonyme lorsqu'elle ne fait pas appel public à l'épargne, ou détenant une participation au capital au moins égale à un million de dinars, a le droit d'obtenir, à tout moment, des copies des documents sociaux visés à l'article 201 du présent code, des rapports des commissaires aux comptes relatifs aux trois derniers exercices, ainsi que des copies des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices. Les actionnaires réunis détenant cette fraction du capital ont le droit de se faire communiquer les documents cités et de se faire représenter par un mandataire pour exercer ce droit en leur nom. »