Les organes de la société anonyme sont traditionnellement considérés comme étant spécialisés et hiérarchisés. Le conseil d'administration, qui aux termes de l'article 197 du Code des sociétés commerciales « est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans les limites de l'objet social », est conçu comme un organe intermédiaire entre l'assemblée générale des actionnaires qui se réunit généralement une fois par an et la direction générale qui incarne le pouvoir permanent au sein de la société[1] .

Le rôle du conseil d'administration a fait l'objet depuis la fin du siècle dernier, d'un grand débat qui a permis de faire la distinction entre ce qui relève de la gestion d'une part et ce qui relève de l'administration d'autre part, même si les frontières entre les deux notions ne sont pas toujours sûres. Il est aujourd'hui admis que la gestion quotidienne de la société appartient à la direction générale, alors que le conseil d'administration « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre », selon les termes utilisés par le législateur français depuis la loi du 15 mai 2001

Théoriquement, tout administrateur est par définition indépendant, sachant qu'il n'est pas nommé par la direction générale et qu'il n'est nullement placé dans l'exercice de ses fonctions sous le contrôle et la direction du management. Il est plutôt placé dans une position hiérarchiquement supérieure, puisque c'est le conseil d'administration qui nomme le PDG, le DG et le DGA. C'est aussi le conseil qui fixe leur rémunération et qui est habilité à les révoquer « à tout moment » selon les termes de l'article 208 du C.S.C.

Dans la pratique, l'indépendance de l'administrateur est souvent susceptible de plus et de moins. L'observation des faits, tant en Tunisie qu'à l'étranger, nous enseigne que certains administrateurs sont réellement indépendants et qu'ils exercent leur mandat, sans qu'ils soient dominés ou même influencés par la direction générale. Ils peuvent ainsi demander des comptes et exprimer des critiques, sans redouter une réaction négative de la part de ceux qui sont aux commandes de la société. En revanche, certains administrateurs ne sont nommés que pour « meubler le conseil » et faire apparaître celui-ci comme un organe collégial dont la composition est conforme à la loi. Dans certaines sociétés anonymes à caractère familial, certains administrateurs (le fils, la fille, le gendre, l'épouse du maître de l'affaire ou propriétaire effectif), ne sont parfois que des figurants qui signent la feuille de présence et le P.V de la réunion, en s'abstenant de jouer un rôle quelconque dans l'administration de la société. Parler d'indépendance à leur égard, relèverait ainsi de la fiction. Pourtant, ces administrateurs fantoches sont censés avoir des obligations vis-à-vis de la société et sont soumis à un régime sévère de responsabilité civile et pénale, surtout en cas de règlement judiciaire ou de faillite de la société (article 214 du C.S.C régissant l'action en comblement du passif, article 220 du C.S.C sur la responsabilité civile et article 223 du C.S.C sur la responsabilité pénale des administrateurs)[2].

Partant de ce constat de diversité des sociétés anonymes dont certaines n'ont, en fait, d'anonyme que la forme sociale, on peut se demander si l'indépendance de l'administrateur est un impératif majeur en droit des sociétés ?

L'indépendance de l'administrateur n'apparaît pas comme étant une règle générale et absolue, devant présider à la nomination des administrateurs et à leur mandat dans toutes les sociétés anonymes. Cette indépendance qui relève de la bonne gouvernance, est certes souhaitable dans certaines sociétés, mais elle ne saurait être générale et absolue. Il est même permis de se demander si elle est souhaitable dans les PME dont le capital est concentré entre les mains d'une personne ou d'une famille ; ce qui nous conduit à nous interroger d'abord sur l'opportunité de l'indépendance (I).

L'indépendance qui n'est prescrite par la loi que dans certaines sociétés et uniquement pour un nombre limité des membres du conseil d'administration (deux administrateurs), semble en outre avoir des contours parfois incertains.

> *« Cette indépendance évoque d'ailleurs une indépendance voisine qui est exercée sur les comptes, à savoir celle des commissaires aux comptes »*

Ces contours mériteraient d'être précisés, même si la loi a fixé des critères négatifs pour déterminer qui n'est pas indépendant (II).

I) Opportunité de l'administrateur indépendant

L'administrateur indépendant qui a été conçu à l'origine dans un contexte autre que le contexte économique tunisien, pour répondre à un besoin spécifique aux grandes entreprises, ne doit pas être considéré comme une panacée (A). Dans la grande majorité des sociétés anonymes de notre pays, ce dont on a réellement besoin, c'est d'assurer la représentation des actionnaires minoritaires au conseil d'administration (B).

A) L'administrateur indépendant : un besoin spécifique

En effet, il n'est pas inutile de rappeler que c'est dans la doctrine anglo-américaine de la corporate governance que la notion d'administrateur indépendant a vu le jour[3]. Cette naissance est le fruit d'une réflexion critique sur le rôle du conseil d'administration dans les grandes sociétés américaines où le manque d'indépendance de certains administrateurs en fait parfois des auxiliaires du management, se bornant à entériner ses décisions, sans prendre du recul par rapport à ce qui leur est présenté pour approbation. Pour contrecarrer la toute puissance du management, on a préconisé la désignation de certains administrateurs indépendants d'une part et de doter d'autre part le conseil d'administration de certains comités spécialisés (comité des rémunérations, comité d'audit etc…), ayant pour mission de préparer d'une manière efficace et approfondie le travail du conseil. L'exigence d'une plus grande indépendance des administrateurs a également prospéré suite à certains scandales retentissants (Enron) dont la responsabilité a été imputée notamment aux défaillances des administrateurs, peu indépendants vis-à-vis de ceux qui ont commis des abus et conduit la société à la faillite.

L'exigence d'une plus grande indépendance des administrateurs a fait tâche d'huile dans de nombreuses législations et notamment en Grande Bretagne et même en Chine populaire, théoriquement communiste. Il ne s'agit pas d'une espèce de mode qui serait suivie par les législateurs pour montrer que leur système juridique est moderne et à la pointe du progrès, mais d'une adaptation de la règle de droit à la réalité sociaux économique qu'elle est appelée à régir.

L'idée est de tenir compte de la dimension de l'entreprise, de son actionnariat et du secteur dans lequel elle opère, pour conférer à son organe d'administration l'efficacité requise. Concrètement, le besoin de doter la société d'administrateurs indépendants se manifeste particulièrement dans les grandes entités où l'exercice solitaire du pouvoir s'avère dangereux. Dans ces sociétés, un contrôle sévère s'impose et ce contrôle ne peut être réel que s'il est exercé par des personnes jouissant d'une indépendance réelle par rapport au management.

De même, dans les sociétés dont les titres sont cotés en bourse[4], la protection de l'épargne publique impose non seulement la transparence financière, mais également l'exercice d'un contrôle indépendant sur la gestion, à travers un conseil qui présente des garanties suffisantes quant à son indépendance. Cette indépendance évoque d'ailleurs une indépendance voisine qui est exercée sur les comptes, à savoir celle des commissaires aux comptes[5].

En revanche, dans les PME et d'une manière générale dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, l'administrateur indépendant ne semble pas répondre à un besoin réel des actionnaires, ni même à un besoin quelconque de l'Etat. En effet, les actionnaires (souvent les membres d'une même famille ou des personnes qui se connaissent bien) préfèrent occuper eux-mêmes les postes d'administrateurs ou désigner à ces postes des cadres compétents (directeur de la production, directeur commercial, directeur financier ou autres personnes ayant une compétence éprouvée dans la gestion de l'entreprise). Le profil recherché est le plus souvent celui du conseiller capable d'enrichir la réflexion et de participer à l'élaboration d'une stratégie, beaucoup plus que celui du censeur indépendant conduisant des investigations. Ce que les actionnaires attendent ainsi de l'administrateur est qu'il participe à une œuvre collective qui aide la direction générale dans

1 **Voir : Yves Guyon, Droit des affaires, T.I, n°330 et la bibliographie citée.**

2 **Voir : Slaheddine. Mellouli et Sami. Frikha ; Les sociétés commerciales, 2013, p.179 et s.- p. 189.**

3 **Voir notamment : André Tunc, Le gouvernement des sociétés, Revue internationale de droit comparé, 1994, 59 ; Yves. Guyon ; Répertoire Dalloz, Sociétés, V° Corporate governance ; Alain Couret, la recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées, le rapport Bouton ; Bull. Joly 2002, 1126 ; Daniel. Hurstel et Thomas. Bieder ; Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ; Revue des sociétés, 1995, 633.**
On consultera également : Nadhir Ben Ammou ; le droit des sociétés anonymes à la lumière des principes de la corporate governance ; Mélanges Mohamed Zine, p. 209 et s. Voir surtout p. 236.

4 **En Tunisie, la liste des sociétés cotées en bourse peut être consultée sur le site de la BVMT : http://www.bvmt.com.tn**

5 **L'on sait en plus que le commissariat aux comptes obéit à des règles particulières dans les sociétés dont les titres sont cotés et dans les institutions financières.**

6 **Article 196 du C.S.C. Voir sur ce point : Imed. Laribi, le cumul de mandat social et d'un contrat de travail dans les sociétés anonymes, Revue Tunisienne de Droit 2001, p.1.**

inistrateur indépendant

Youssef KNANI
Agrégé des facultés de droit
Avocat à la Cour de cassation
B.K & Associés

relative aux nouvelles régulations économiques. Bien que l'organe d'administration soit selon la même loi, habilité à « se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société » et à régler par ses décisions les affaires qui la concerne, le conseil d'administration est aussi chargé de procéder « aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ». Le législateur français a en conséquence mis à la charge du président ou du directeur général l'obligation de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le rôle de surveillance et de contrôle que le conseil d'administration est appelé à jouer vis-à-vis du management, ne peut cependant être réel et efficace que si les administrateurs se trouvent dans une situation où ils peuvent s'exprimer librement, prendre leur distance vis-à-vis de la direction générale et agir dans l'intérêt de la société.

son travail de conception, en évitant l'exercice solitaire du pouvoir dans un domaine où les délibérations sont souvent très utiles. Le législateur semble lui-même sensible à cette réalité dans la mesure où il a prévu sous certaines conditions le cumul entre les fonctions d'administrateur et celles de salarié de la société[6].

Le cumul présente un avantage appréciable en ce qu'il exprime l'appartenance à l'entreprise. Le cadre compétent et dévoué peut, en siégeant au conseil d'administration, apporter à la société non seulement sa connaissance de la réalité quotidienne de la société dans laquelle il travaille, mais aussi ses propositions concrètes pour améliorer ses résultats, résoudre ses difficultés et contribuer, de concert avec les autres administrateurs et la direction générale à l'élaboration de sa stratégie et de sa politique sur les plans techniques, social et économiques. Ainsi, l'appartenance à l'entreprise s'avère beaucoup plus bénéfique que l'indépendance à son égard.

En outre, dans les sociétés anonymes fermées (sociétés familiales ou PME), faire appel à des administrateurs indépendants n'est pas sans risque. Bien que l'administrateur soit soumis au secret professionnel et bien que la loi l'oblige à exercer ses fonctions avec la diligence requise d'un mandataire loyal[7], il n'est pas exclu qu'il tire un avantage des informations qu'il reçoit au sein du conseil pour les exploiter dans un dessein personnel ou en les communiquant à des tiers qui pourraient en bénéficier. En Droit américain des sociétés, la notion de corporate opportunity empêche un administrateur de saisir une opportunité qui se présente à la société (marché, offre ou autre), pour la détourner à son profit. Le Professeur Robert Charles Clark écrit à ce sujet que « l'outside director may not use the corporation's ressources, including its information, to develop or acquire personal business opportunities »[8].

Néanmoins, si tous les administrateurs appartiennent d'une manière ou d'une autre à l'entreprise (même société ou même groupe), il est à craindre que le rôle qu'ils sont appelés à jouer en matière de contrôle du management devienne inefficace et que le conseil devienne en fait soumis à la direction générale. Dans certaines sociétés, le charisme et la personnalité dominante du directeur général peut conduire les administrateurs à adopter un comportement docile ou même servile à son égard. D'où la nécessité de corriger les abus en combinant selon le cas l'appartenance et l'indépendance.

B) Administrateur indépendant ou représentant de la minorité

Dans les sociétés où il existe des actionnaires majoritaires et des actionnaires minoritaires, il est permis de se demander si le vrai problème ayant trait à la composition du conseil d'administration, n'est pas celui de la représentation des minoritaires au sein de cet organe. Le plus souvent, ce que les actionnaires minoritaires demandent, ce n'est pas de doter la société d'administrateurs indépendants, mais que les actionnaires majoritaires s'accaparent la totalité des sièges. Le système juridique tunisien permet un tel abus, car l'article 190 du C.S.C dispose que « les membres du conseil d'administration sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire ... » qui statue à la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés, selon l'article 278 du même code. Cette majorité peut donc nommer tous les administrateurs, sans que les actionnaires minoritaires puissent s'y opposer et sans qu'ils soient représentés au sein du conseil.

> *« La question préliminaire qui se pose à la lecture des textes, est celle de savoir si l'administrateur indépendant peut être une personne morale ? »*

Pour remédier aux inconvénients de ce système (one vote per share ou straight voting) le Droit américain a mis en place un système dit cumulative voting qui consiste pour chaque actionnaire à multiplier le nombre d'actions qu'il possède et qui sont dotées du droit de vote par le nombre de sièges à pourvoir. Le nombre total ainsi obtenu (nombre d'actions X nombre de sièges à pourvoir) peut être utilisé cumulativement pour voter en faveur d'un candidat déterminé ; ce qui donne une chance aux actionnaires minoritaires d'être représentés au sein du conseil. Au lieu d'utiliser les droits de vote que l'actionnaire détient pour chaque candidat séparément, comme c'est le cas en Droit tunisien, l'actionnaire va pouvoir utiliser cumulativement ses droits de vote (nombre d'actions X nombre d'administrateurs à élire) pour un seul ou même deux candidats si cela est mathématiquement possible[9].

A titre d'exemple, si la société au capital de 900 mille dinars, divisé en 900 mille actions d'une valeur nominale d'un dinar chacune, comprend deux groupes d'actionnaires, un groupe majoritaire ayant 600 mille actions (Groupe A) et un groupe minoritaire ayant 300 mille actions (Groupe B) ; dans le système actuel qui existe en Tunisie, si le nombre des sièges d'administrateur à pourvoir est égal à 3, le groupe majoritaire peut obtenir tous les sièges. En revanche, dans le système du vote cumulé ou cumulative voting, le groupe majoritaire qui totalise 18 000 voix (600 000 X 3) sur 27 000 (900 000 X 3), ne peut élire que 2 administrateurs. Le groupe B peut donc avec ses 900 000 voix (300 000 X 3), élire 1 administrateur et être ainsi représenté au conseil d'administration.

La présence d'un ou de plusieurs administrateurs représentant les actionnaires minoritaires peut conduire les administrateurs représentant les actionnaires majoritaires à faire très attention pour que les décisions du conseil soient dans l'intérêt exclusif de la société et éviter qu'elles ne comportent un abus de majorité. De plus, les administrateurs représentant la majorité hésiteront beaucoup à faire preuve de suivisme vis-à-vis de la direction générale quand ils savent que les administrateurs représentant les actionnaires minoritaires sont très attentifs à leur comportement. D'où l'importance de revoir le mode de nomination des administrateurs en Tunisie pour protéger les actionnaires minoritaires et conférer plus d'efficacité au contrôle exercé par le conseil sur le management. Une telle réforme est à notre avis plus urgente et plus impérieuse que celle qui a été réalisée en imposant des administrateurs indépendants. Son caractère impérieux se justifie par le fait qu'elle concerne toutes les sociétés anonymes et pas seulement celles qui relèvent du secteur financier[10] ou dont les titres sont cotés en bourse[11].

Notre appréciation nuancée de l'opportunité de l'administrateur indépendant, appelle aussi de notre part un certain nombre d'interrogations sur les contours exacts de cette notion.

II) Les contours de la notion d'administrateur indépendant

La lecture de l'article 190 bis du C.S.C in fine (loi n°2019-47[12]), permet de constater que le législateur a défini l'administrateur indépendant d'une manière négative en disposant : est considéré comme indépendant, l'administrateur qui n'est pas lié à la société, à ses actionnaires ou à ses dirigeants par des liens de nature à compromettre son indépendance dans ses prises de décisions ou à le placer dans une situation effective ou potentielle de conflit d'intérêt.

Cette définition rejoint celle qui a été adoptée en 2016 dans l'article 47 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers. Celle-ci a cependant précisé dans le dernier paragraphe de l'article 47 que « la banque centrale de Tunisie fixe les critères déterminant la qualité d'indépendance ».

La question préliminaire qui se pose à la lecture des textes, est celle de savoir si l'administrateur indépendant peut être une personne morale ?

L'on sait qu'en règle générale, une personne morale peut être administrateur (article 191 du C.S.C) ; mais la spécificité de l'administrateur indépendant, ci-dessus décrite, doit-elle nous conduire à réserver cette fonction aux seules personnes physiques ?

La réponse n'est pas aisée, car d'un côté on pourrait considérer qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas ; mais d'un autre côté, l'indépendance ne peut être valablement et concrètement appréciée que pour les personnes physiques. De plus, en

7 Article 198 du C.S.C.
8 Robert Charles Clark, Corporate Law ; Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc. 38e édition; p.252
9 Voir comme exemple chiffré les développements et appréciations de Robert Charles Clark, op.cit, p.362 et 363.
10 Loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016, article 47.
11 Article 190 bis du C.S.C
12 Loi 2019-47 du 29 mai 2019 relative à l'amélioration du climat d'investissement, JORT n° 47 du 11 juin 2019