

Revue

N° 6 / 2018

DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

L'administrateur indépendant en droit des affaires Tunisien *Walid BEN SALAH*

La qualité de la règle de droit et le droit international public *Montassar CHERIF*

Les étrangers vulnérables en droit tunisien *Hanen BEN OTHMAN*

Le corps de l'enfant : entre dignité et marchandisation *Mouna KETATA*

L'insertion professionnelle des handicapés *Ahmad BOUZOUITA*





Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse
École Doctorale Droit et Sciences Politiques



Revue

DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Directeur Fondateur

Doyen **Lotfi TARCHOUNA**

Professeur des universités

Directeur de l'École doctorale «Droit et sciences politiques»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Sous la direction de

Asma Ben Abdallah

Professeure des universités

Doyenne de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Coordinateur

Mohamed Bouguerra Chaabane

Maître assistant en droit privé

Vice-doyen et directeur des études
à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Édition 2022

DROIT & POLITIQUE

Revue **DROIT & POLITIQUE**

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

ISSN : 2233-2812

Première édition - Tunis 2022

© Droits d'édition, d'impression et de distribution réservés à :

ÉDITIONS LATRACH



95, Avenue de Londres - 1000 Tunis

Tél. : (+216) 71 24 11 23 // Fax : (+216) 71 33 04 90

E-mail : contact@latrach-edition.com

www.latrach-edition.com

Mise en page et couverture : Rochdi BOUDAYA

Revue

DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Directeur fondateur : **Lotfi TARCHOUNA**

Professeur des universités

Directeur de l'Ecole doctorale «Droit et sciences politiques»

Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Comité Scientifique

Professeurs Émérites

Ahmed ESSOUSI | Mohamed Ridha JENAYAH |

Professeurs de Droit Privé

Nabil BEN AICHA | Houda TALEB ALI | Fathi HAMDI |

Anas BOUKAMCHA | Iheb BEN REJEB | Inès AMOURI |

Walid BEN SALAH |

Professeurs de Droit Publics

Jamel DIMASSI | Lotfi TARCHOUNA | Sami JAMEL |

Amine MAHFOUDH | Montassar EL OUARDI | Abderrazak MOKHTAR |

Noomen NCIRI | Abdelkader FATHALLA | Taoufik GHANNAY |

Asma BEN ABDALLAH | Montassar CHERIF | Jalila BOUZOUITA |

Awatef TROUDI | Abessalam FATNASSI | Rym ABBES |

Karim CHAYATA | Fadoua MASMOUDI | Sana Bahri |

Adresse

Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse:

Bld. Chedli Bouzakoura - Cité Erriyadh - 4023 Sousse - République Tunisienne

DROIT & POLITIQUE



SOMMAIRE

L'administrateur indépendant en droit des affaires Tunisien	7
<i>Walid BEN SALAH</i>	
La qualité de la règle de droit et le droit international public	27
<i>Montassar CHERIF</i>	
Les étrangers vulnérables en droit tunisien	49
<i>Hanen BEN OTHMAN</i>	
Le corps de l'enfant : entre dignité et marchandisation	93
<i>Mouna KETATA</i>	
L'insertion professionnelle des handicapés	113
<i>Ahmed BOUZOUITA</i>	

L'administrateur indépendant en droit des affaires Tunisien

Walid Ben Salah

Maître de conférences à la Faculté de Droit
et Des Sciences Politiques de Sousse.

La mauvaise gouvernance qui a caractérisé la gestion des affaires publiques en Tunisie a eu un impact dévastateur sur les finances publiques et a plombé toute possibilité de croissance économique. Une des solutions qui ont été explorées afin de palier à cette mauvaise gestion a consisté dans la mise en place de gouvernements comptant en leur sein des membres « technocrates » et indépendants. Grâce à leur compétence technique, ceux-ci seraient mieux à même que les hommes politiques à diriger les ministères dont ils ont la charge. Du fait de leur indépendance, ils ne seraient pas enclins à favoriser une partie politique par rapport à une autre et sauraient ainsi gouverner avec l'intérêt de l'Etat comme seul objectif.

C'est à peu près la même conception des choses qui prévaut chez les partisans de la théorie de la Corporate Governance. Afin d'améliorer le fonctionnement du conseil d'administration des sociétés commerciales, cette doctrine préconise le recours à des comités spécialisés et aux administrateurs indépendants.

Les dernières décennies ont connu l'émergence d'un véritable déséquilibre entre les pouvoirs de la direction générale et ceux du conseil d'administration. L'objectif annoncé de la Corporate governance est de redonner son lustre au conseil d'administration et de le pousser à remplir sa quadruple mission légale : définir la stratégie de l'entreprise, désigner les principaux organes sociaux, contrôler la gestion et, dans les sociétés cotées, veiller à la qualité de l'information fournie aux actionnaires ainsi qu'au marché⁽¹⁾.

(1) Guyon Y, « Répertoire de droit des sociétés, Corporate governance », Dalloz, février 2000.

D'ailleurs, un peu partout par le monde, la tendance est à donner de plus en plus de place aux administrateurs indépendants. Ainsi, en Grande Bretagne, le rapport Cadbury ainsi que d'autres rapports et études recommandent qu'un plus grand rôle soit accordé aux administrateurs indépendants. Aux Etats-Unis, le rôle modeste imparti à l'administrateur indépendant dans les règlements de la NYSE (New-York Stock-Exchange) a laissé place, à la suite du scandale Enron, à une exigence faite aux sociétés américaines de voir une majorité d'administrateurs indépendants siéger au sein du conseil d'administration. La Chine aussi n'est pas restée en marge de ce mouvement, la Securities Regulatory Commission (CSRC), a exigé en 2001 qu'au moins un tiers des administrateurs des sociétés cotées soient indépendants.⁽²⁾

Le concept d'administrateur indépendant est donc un concept largement adopté dans la pratique anglo-saxonne de la corporate governance. Et même dans d'autres pays à la tradition juridique civiliste, ce concept trouve un large écho. Ainsi, en France, les premiers rapports dédiés au gouvernement d'entreprise, ont consacré bon nombre de dispositions à l'administrateur indépendant et à sa définition.

La Tunisie, en revanche, est longtemps restée en dehors de cette tendance internationale. En effet, aucune loi ne fait allusion aux administrateurs indépendants. Il est vrai que le concept d'administrateur indépendant peut sembler incongru dans le contexte tunisien marqué par la prédominance des entreprises familiales.

La première reconnaissance officielle de l'administrateur indépendant émane d'un texte de nature réglementaire. La circulaire de la Banque Centrale de Tunisie aux établissements de crédit n°2011-06 du 20 mai 2011 qui a pour objet le renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit est venue imposer aux établissements de crédit de nommer au sein de leur conseil d'administration au moins deux membres indépendants et au

(2) Clarke, Donald C., «Three Concepts of the Independent Director», Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 32, No. 1, pp. 73-111, 2007; GWU Legal Studies Research Paper No. 256; GWU Law School Public Law Research Paper No. 256. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=975111>.

plus un membre dirigeant⁽³⁾. Également, cette circulaire exige pour tout établissement de crédit côté à la Bourse des Valeurs Mobilières de Tunis, de nommer au sein de son conseil d'administration un membre représentant les intérêts des actionnaires personnes physiques autres que les actionnaires principaux tels que définis par l'article 40 de la loi n°2001-65⁽⁴⁾. Le contenu de cette circulaire a été partiellement intégré au sein de la nouvelle loi n°2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers.

Il reste qu'en dehors des banques et des établissements financiers, la nomination d'administrateurs indépendants est une pratique peu courue par les sociétés tunisiennes cotées en Bourse⁽⁵⁾.

Une situation due au fait que les entreprises tunisiennes sont pour la plupart des sociétés familiales où les dirigeants risquent leur propre argent. Toujours est-il que cette situation est préjudiciable aux droits des actionnaires minoritaires.

Au contraire, en France une progression de la proportion d'administrateurs indépendants est relevée. En 2005, l'Autorité des Marchés Financiers indiquait dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise que 76% des sociétés étudiées et 95% des sociétés du CAC 40 comprenaient un ou plusieurs administrateurs

(3) Article 12 de la circulaire de la Banque centrale de Tunisie aux établissements de crédit n°2011-06 du 20 mai 2011 renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit.

(4) L'article 40 de la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, prévoit que « Lorsqu'il apparait que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de Banque centrale de Tunisie invite les principaux actionnaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire ». A la lecture de cet article, on a du mal à dégager une définition claire de ce qu'entend la Circulaire par « actionnaires principaux ». Tout au plus, on peut déduire que les actionnaires principaux sont ceux qui peuvent être invités par le gouverneur de la BCT à fournir à l'établissement dont la situation le justifie le soutien qui lui est nécessaire.

(5) Selon une étude menée en 2002, 89,1 % des sociétés tunisiennes cotées en Bourse ne comptent pas d'administrateurs indépendants au sein de leur conseil d'administration. Alors que pour 95,7% d'entre-elles, la notion d'administrateur indépendant n'a pas été définie par la société ou le conseil d'administration, "Etude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie», mai 2002, disponible sur le site : www.cmf.org.tn, annexe 22.

indépendants, ceux-ci constituant près de 46% de l'ensemble de leurs administrateurs. En 2009, 90% des sociétés étaient dotées d'administrateurs indépendants. Toutefois, le pourcentage d'administrateurs indépendants sur l'ensemble des administrateurs stagne à 46%⁽⁶⁾.

Du fait de l'exigence d'une meilleure gouvernance, l'administrateur indépendant devrait, dans un futur proche, prendre une place de plus en plus importante au sein des conseils d'administrations des plus importantes sociétés anonymes tunisiennes, suivant en cela la tendance internationale et répondant ainsi à une demande pressante des investisseurs étrangers.

Mais cette incorporation de plus en plus fréquente des administrateurs indépendants suscite des interrogations quant à leur capacité à améliorer le fonctionnement des conseils d'administration. D'où la principale interrogation de cette recherche : le recours à ces administrateurs est-il de nature à améliorer la gouvernance des sociétés anonymes tunisiennes ?

10 Ces interrogations sont légitimes car la notion d'administrateur indépendant demeure difficile à cerner (I). De même, l'incorporation d'administrateurs indépendants suscite des doutes quant à l'efficacité du recours à cet outil de la corporate governance (II).

I- Une notion difficile à cerner

La notion d'indépendance est difficile à cerner. Compliquée à définir, elle est relative car cette qualité dépend tout autant du caractère que de la situation objective de l'administrateur⁽⁷⁾. De même, l'indépendance a plusieurs facettes : il est possible de distinguer l'indépendance fonctionnelle et l'indépendance intellectuelle.⁽⁸⁾ Cette notion est d'autant plus difficile à déterminer dans le contexte tunisien où la nomination d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des sociétés tunisiennes est une pratique

(6) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », Répertoire sociétés Dalloz, octobre 2010, §25.

(7) Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », Bulletin Joly Sociétés, 1 novembre 2002 n° 11, p.1126.

(8) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », Répertoire sociétés Dalloz, octobre 2010, §22.

récente. D'ailleurs, la difficulté est accentuée car il n'existe pas, en Tunisie, de définition légale de l'administrateur indépendant (A). Un certain nombre de critères, d'origine réglementaire ou doctrinale, permettent toutefois de cerner l'administrateur indépendant (B).

A- L'absence d'une définition légale

La législation tunisienne ne fait aucune allusion à la notion d'administrateur indépendant. Ni la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005, ni celle n°114-117 du 14 novembre 1994, encore moins le Code des sociétés commerciales ne définissent l'administrateur indépendant⁽⁹⁾.

Cette « carence » a été partiellement comblée par un texte d'origine réglementaire. La circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n°2011-06 du 20 mai 2011 relative au renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit a dans son article treize retenu six critères permettant de qualifier d'indépendant, un membre du conseil d'administration d'un établissement de crédit⁽¹⁰⁾. Par ailleurs, la nouvelle loi bancaire n°2016-48 considère dans son article 47 comme membre indépendant du conseil d'administration tout membre qui n'est lié avec la banque ou l'établissement financier par aucune relation susceptible de mettre en cause l'indépendance de sa prise de décision ou qui le rend dans une situation de conflit d'intérêt réelle ou potentielle. Les critères d'indépendance sont fixés par la Banque centrale.

Aussi, au-delà de cette définition réglementaire à la portée limitée, on peut relever la définition apportée par le Guide de bonnes pratiques de l'IACE⁽¹¹⁾ ainsi que celle retenue par un projet de modification du Règlement relatif à l'appel public à l'épargne du CMF, proposant l'insertion d'un titre intitulé : Règles de bonne gouvernance pour les sociétés faisant appel public à l'épargne⁽¹²⁾.

Pour les auteurs du Guide de bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes, « un administrateur indépendant est toute

(9) La législation tunisienne partage cette carence avec la législation française qui ne prévoit pas non plus de définition légale de l'administrateur indépendant.

(10) V. Infra (I-B).

(11) Institut Arabe des Chefs d'Entreprise.

(12) Disponible à l'adresse suivante :

http://www.cmf.org.tn/pdf/textes_ref/consul_public/regles_ape.pdf

personne libre de toute relation directe ou indirecte avec l'entreprise, les entreprises de son groupe ou de sa direction ».

Une définition similaire a été proposée par le projet de modification de son règlement relatif à l'appel public à l'épargne du CMF. Ce projet définit les administrateurs non exécutifs indépendants comme étant ceux qui « n'entretiennent aucune relation de quelle que nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement. ».

Ces définitions, sont quasiment identiques à celles qui prévalent en France. D'ailleurs, à l'instar de son homologue tunisien, le législateur français n'a pas défini l'administrateur indépendant et il faut recourir aux codes de bonne gouvernance pour obtenir cette définition. Ainsi, le rapport Bouton⁽¹³⁾ et le Code AFEP/MEDEF⁽¹⁴⁾ proposent une même définition consensuelle de l'administrateur indépendant : « un administrateur est 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 jugement ».

12

La notion de l'administrateur indépendant peut alors être dégagée. Subjectivement il s'agit d'une personne d'un calibre suffisant, qui dispose de l'autorité lui permettant de représenter un contre-poids. Objectivement, il doit s'agir d'une personne qui n'a pas de lien avec la direction, qui ne reçoit de la société aucune autre rémunération que celle qui correspond à ses tâches de contrôle, et qui n'est pas actionnaire. « La philosophie de cet administrateur est celle de la compétence technique. Au nom de sa connaissance de la gestion, de la finance et de la comptabilité, il sera installé pour contrôler le président et approuver ou critiquer sa gestion »⁽¹⁵⁾.

Ces définitions restent néanmoins vagues et ne permettent pas de déterminer avec précision les contours de cette notion. Le recours à

(13) Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées: la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit. n° 11, p 1126.

(14) Code AFEP/MEDEF, principe 8.

(15) Le Cannu P, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », Bulletin Joly Sociétés, 01 juillet 1995 n° 7-8, p. 637.

une multitude de critères permet de cerner l'indépendance requise pour qualifier le membre du conseil d'administration d'indépendant.

B- Une multitude de critères

Afin de qualifier plus précisément l'administrateur d'indépendant, plusieurs critères peuvent être retenus. Ainsi, il est utile de s'intéresser aux critères d'indépendance déterminés par la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n°2011-06 du 20 mai 2011 relative au renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit.

L'article 13 de cette circulaire qualifie d'indépendant, l'administrateur qui n'a pas des liens avec l'établissement au sens de l'article 23 de la loi n°2001-65 relative aux établissements de crédit⁽¹⁶⁾ et l'article 71 du code de prestation des services financiers aux non-résidents⁽¹⁷⁾. L'indépendant ne détient pas une participation directe ou indirecte dans le capital de l'établissement et n'agit pas pour le compte de client, fournisseur ou de prestataire de service

(16) L'article 23 de la loi n°2001-65 relative aux établissements de crédit considère comme personne ayant des liens avec l'établissement de crédit :

- tout actionnaire dont la participation excède, directement ou indirectement, 5 % du capital de l'établissement de crédit, ainsi que son conjoint, ses ascendants et descendants,
- le président-directeur général de l'établissement de crédit, le président du conseil d'administration, le directeur général, les membres du conseil d'administration, les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil de surveillance, les membres du directoire et les commissaires aux comptes ainsi que les conjoints des personnes susvisées, leurs ascendants et descendants,
- toute entreprise dont l'une des personnes visées ci-dessus est soit propriétaire, soit associée ou mandataire délégué ou dans laquelle elle est directeur ou membre de son conseil d'administration ou de son directoire ou de son conseil de surveillance.
- toute filiale ou toute entreprise dans laquelle l'établissement de crédit détient une participation au capital dont la proportion est telle qu'elle conduit à la contrôler ou à influencer de manière déterminante sur son activité.

(17) L'article 71 du code de prestation des services financiers aux non-résidents : Les opérations effectuées par le prestataire des services financiers non-résident sont soumises aux dispositions de l'article 200 du code des sociétés commerciales. Toutefois, les obligations mentionnées au sous-paragraphe I du paragraphe II de l'article 200 susvisé s'appliquent en cas de détention de droits de vote supérieurs à cinq pour cent.

Dans tous les cas, la Banque Centrale de Tunisie ou le Conseil du Marché Financier, selon le cas, doit être informé de toutes les opérations visées à l'article 200 susmentionné

significatifs de l'établissement. De même, il ne fait pas partie des salariés de l'établissement et doit ne pas avoir exercé depuis plus de 9 ans un mandat de membre représentant les intérêts des actionnaires dans ledit conseil. Celui-ci doit ne pas avoir exercé depuis plus de 6 ans un mandat de commissaire aux comptes dans l'établissement.

Aussi, il est précisé que le mandat des membres indépendants ne peut être renouvelé plus de deux fois⁽¹⁸⁾. La nouvelle loi bancaire n°2016-48 a réduit le nombre de mandats à un seul⁽¹⁹⁾.

Une autre exigence est prévue par l'article 17 alinéa 1 de la Circulaire et prévoit que « tout membre du conseil d'une banque ne peut être à la fois membre du conseil d'une autre banque et tout membre du conseil d'un établissement financier ne peut être à la fois membre du conseil d'un autre établissement financier ».

D'autres sources proposent des critères assez semblables à ceux-ci. Le projet de modification du Règlement relatif à l'appel public à l'épargne du CMF prévoit que pour être qualifié d'indépendant, l'administrateur ne doit pas détenir, directement ou indirectement, de participation dans le capital de la société⁽²⁰⁾. Il ne doit pas être actionnaire ou dirigeant d'une entité appartenant au même réseau que la société chargée des travaux d'audit et de comptabilité de la société dont il est administrateur. Il ne doit pas non plus être apparenté à une personne se trouvant dans l'une des positions mentionnées ci-dessus.

Dans le même registre, l'administrateur indépendant ne doit pas contrôler de quelle que manière que ce soit la société ou exercer une influence dominante sur elle ni être ou avoir été pendant les cinq derniers exercices représentant de la société ou de l'une de ses filiales ou d'une entité contrôlant la société ou capable d'exercer sur elle une influence considérable de quelle que manière que ce soit.

(18) Article 12 de la circulaire de la Banque centrale de Tunisie n°2011-06 du 20 mai 2011 relative au renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit.

(19) Article 47 de la loi n°2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et établissements financiers.

(20) Cette participation dans le capital ne permettant d'exercer une influence / un contrôle considérable sur la société et ne participant pas dans des pactes visant le contrôle de la société.

Aussi, il ne doit pas être ou avoir été pendant les cinq derniers exercices employé de la société, de l'une des filiales du groupe auquel appartient la société ou d'une entité qui contrôle la société et a des rapports financiers, professionnels, commerciaux ou contractuels quelconques avec elle. Enfin, il ne doit pas avoir occupé les fonctions d'administrateur pour plus de neuf ans pendant les 12 dernières années.

L'indépendance des administrateurs doit être contrôlée régulièrement, au moins annuellement. Les résultats de ce contrôle doivent être publiés dans le rapport de gouvernance de l'entreprise.

Pour sa part, le Guide de l'IACE retient six critères d'indépendance. L'administrateur indépendant ne doit pas être salarié ou mandataire social de l'entreprise ou d'une des entreprises du groupe. Il ne doit pas être lié, directement ou indirectement, à une entité ayant des liens commerciaux, financiers ou professionnels significatifs avec l'entreprise, l'une des entreprises du groupe ou avec l'un des actionnaires contrôleurs. Il ne doit pas recevoir, en dehors de sa rémunération en tant qu'administrateur ou membre de l'un des comités émanant du conseil d'administration, d'autres rémunérations de l'entreprise. De plus, il ne doit pas avoir un lien de subordination de n'importe quelle nature avec l'entreprise et ne peut pas être lié à une entité qui reçoit des dons, subventions ou fonds significatifs quelconques de l'entreprise. Aussi, l'indépendant ne doit pas avoir des liens de parenté avec un mandataire social.

De même, le Guide recommande de supprimer les situations d'administrateurs croisés, sans toutefois prendre la peine de définir ce qu'il entend par cette notion. Sur ce point, le Guide est plus complet que le projet du CMF et la Circulaire de la BCT. En effet, ceux-ci ne traitent de cette pratique qui veut qu'on retrouve dans les conseils d'administration de deux sociétés les mêmes personnes.

Néanmoins, le Guide de l'IACE, le projet du CMF et la Circulaire de la BCT omettent d'évoquer la pratique plus « sophistiquée » des administrateurs ou dirigeants « circulaires ». C'est-à-dire ceux qui « interviennent dans des sociétés apparemment sans lien et dans des fonctions a priori différentes, mais qui aboutit à une dépendance plus ou moins directement réciproque »⁽²¹⁾.

(21)Routier R, « De nouvelles pistes pour la gouvernance ? », Bulletin Joly

Les critères d'indépendance que préconise le Guide se rapprochent de ceux retenus par le rapport Bouton en France⁽²²⁾ et ce même si le rapport Bouton demeure plus complet dans la description des critères retenus⁽²³⁾. Une différence notable est néanmoins à retenir, le Guide de l'IACE ne retient pas de limitation de la durée du mandat de l'administrateur indépendant alors que le rapport Bouton préconise de ne pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans.

C'est bien dommage d'ailleurs, car l'alternance constitue un principe essentiel de la démocratie. Il aurait été plus éclairé, de prévoir une limite temporelle au-delà de laquelle un administrateur, ne pourrait plus être considéré comme indépendant.

Même s'il peut être soutenu que la moralité ne se perd pas forcément avec le temps. Et qu'un administrateur qui aurait siégé en toute indépendance jusqu'à la douzième année, ne perdrait pas cette indépendance à la treizième, du seul fait du temps écoulé. Il est évident qu'au bout de douze ans, un changement devient quasi-indispensable. Et ce n'est même pas une question de moralité ou de probité. Au bout d'un certain temps, la routine prend le dessus et la vigilance n'est plus la même, le sens de la critique se réduit inmanquablement. Un nouveau souffle et un nouveau regard sur la gestion de la société deviennent alors souhaitables.

Au-delà de la notion d'« administrateur indépendant » prévalant en Tunisie ou en France, on pourrait aussi prendre en compte la réflexion sur l'indépendance de l'administrateur conduite aux Etats-Unis par la New-York Stock-Exchange (NYSE).

Pour la NYSE, un administrateur ne peut être qualifié d'indépendant que si le conseil d'administration établit qu'il n'a

Sociétés, 01 juin 2003 n° 6, p 611 §7.

(22) Le rapport Bouton a proposé différents critères (ce rapport reprend certains critères retenus auparavant par le rapport Vienot I et en rajoute d'autres) que le comité et le conseil devraient examiner afin de qualifier un administrateur d'indépendant et de prévenir les éventuels risques de conflits d'intérêt entre administrateurs et direction. (Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit., p 1126.)

(23) Notamment, le rapport Bouton précise qu'un administrateur indépendant ne doit pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des cinq années précédentes

aucune relation matérielle avec la société cotée (directement ou en tant que partenaire, actionnaire ou membre d'une organisation qui a des relations avec la société). La société doit révéler ces preuves.

Cette relation matérielle, est appréciée par le conseil d'administration qui ne doit pas simplement se placer du point de vue de l'administrateur mais aussi à partir de celui des personnes ou organisations avec lesquelles l'administrateur est lié. Ces relations matérielles peuvent consister en des relations commerciales, industrielles, bancaires, de conseils, juridiques, comptables, charitables, familiales (entre autres).

Mais, tout conseil d'administration peut adopter et révéler d'autres critères⁽²⁴⁾ pour l'aider à déterminer l'indépendance d'un administrateur⁽²⁵⁾.

Finalement, l'administrateur indépendant doit non seulement être libre de toute relation avec l'entreprise, mais aussi n'ayant aucune relation d'affaires avec la société⁽²⁶⁾.

(24) D'autres critères sont pris en compte :

- Aucun administrateur anciennement employé par la société ne peut être considéré comme indépendant avant la fin d'une période de cinq ans suivant la fin de son emploi ;
- Aucun administrateur qui est, ou a été durant les cinq dernières années, affilié avec ou employé par un auditeur (présent ou passé) de la société (ou d'une de ses filiales) ne peut être considéré comme indépendant avant le terme d'une période de cinq ans suivant la fin de l'affiliation ou de la relation d'audit ;
- Aucun administrateur ne peut être considéré comme indépendant s'il est, ou a été au cours des cinq dernières années, membre d'un conseil d'administration dans lequel un membre exécutif de la société cotée était également membre d'un comité des rémunérations d'une autre société qui employait également l'administrateur ;
- Les administrateurs ayant des membres immédiats de leur famille dans les catégories précédentes sont également assujettis au respect du délai de cinq ans pour la détermination de leur indépendance.

Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit. p.1126.

(25) Ibid.

(26) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », op.cit. §22.

II- Une utilité contestée

Pendant longtemps, les administrateurs indépendants ont été perçus comme une solution pour beaucoup de problématiques posées par la gouvernance d'entreprises et leur utilité fut affirmée par de nombreux auteurs (A). Bien avant les scandales boursiers les plus retentissants, la Bourse de New York (NYSE) avait exigé la présence d'administrateurs indépendants au sein des comités d'audit⁽²⁷⁾. Ainsi, WorldCom et Enron comptaient en leur sein des administrateurs indépendants, ce qui n'a malheureusement ni amélioré leur transparence ni ne leur a évité la faillite. L'efficacité de ce dispositif est, depuis, régulièrement mise en doute (B).

A- Une efficacité controversée

La lecture du code des sociétés commerciales nous renseigne sur le mode de désignation du président directeur général de la société anonyme. En ce sens que ce sont les administrateurs qui désignent le président⁽²⁸⁾. Néanmoins, en réalité les choses ne se passent pas toujours ainsi. Bien trop souvent c'est le contraire qui se passe et c'est le président qui en pratique choisit les administrateurs. De ce fait, les administrateurs ne peuvent avoir une indépendance suffisante envers le président à qui ils doivent leur nomination au sein du conseil.

C'est cette réalité que devrait changer la pratique des administrateurs indépendants. Ainsi, la présence au sein des conseils d'administration de professionnels qualifiés et son ouverture à des personnes extérieures à la société est censée permettre de contrebalancer l'omnipotence du président. Du fait de leur indépendance, ces administrateurs seraient en meilleure posture que les autres pour critiquer le président de la société. Ils pourraient en outre, être mieux placés pour formuler des propositions pertinentes. Leur nomination est un gage d'impartialité et de sauvegarde des intérêts des actionnaires minoritaires⁽²⁹⁾.

(27) Clarke, Donald C., "Three Concepts of the Independent Director", Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 32, No. 1, pp. 73-111, 2007; GWU Legal Studies Research Paper No. 256; GWU Law School Public Law Research Paper No. 256. Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=975111>

(28) Article 208 du Code des sociétés commerciales.

(29) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », op.cit. §22.

Aussi, les actionnaires d'une société anonyme ne sont pas égaux. Ils ne disposent pas du même accès aux informations et n'ont pas tous des moyens leur permettant de suivre le travail des dirigeants. Ils ne peuvent tous peser de la même manière sur les stratégies adoptées et les résultats obtenus. En effet, un actionnaire de contrôle n'est pas dans la même situation qu'un actionnaire minoritaire. Le majoritaire est placé dans une situation qui lui permet de suivre le travail d'une direction qu'il a le pouvoir de nommer. Même si de la sorte la direction est alors davantage encadrée, le risque serait de voir l'actionnaire de contrôle privilégier ses intérêts par rapport à ceux de la société. Pour pallier ce risque, la doctrine de la gouvernance d'entreprise recommande la nomination au sein du conseil d'administration, dans le système moniste, ou du conseil de surveillance, dans le système dualiste, d'un certain nombre de membres extérieurs à la direction et -en présence d'un actionnariat de contrôle- indépendants par rapport à ce dernier. Ces administrateurs ou ces membres du conseil de surveillance auraient alors pour rôle de combler l'espace entre les actionnaires non informés et la direction qui, elle, est parfaitement informée, en surveillant cette dernière de plus près. Ils auraient aussi pour rôle d'éviter les conflits d'intérêts entre l'actionnaire de contrôle, la société et les actionnaires minoritaires.⁽³⁰⁾

19

Par ailleurs, le Guide de l'IACE indique que « cette indépendance est de nature à garantir sa liberté de jugement dans l'exercice de son mandat. L'administrateur indépendant veille à l'intérêt social de l'entreprise sans privilégier l'intérêt d'une catégorie particulière d'actionnaires par rapport à une autre et sans négliger les intérêts des autres parties prenantes. »⁽³¹⁾

Cependant, le recours aux administrateurs indépendants n'a pas que des partisans, plusieurs voix se sont élevées pour en critiquer l'apport. Certains médias n'hésitent pas à qualifier le concept d'« administrateur indépendant », d'illusion, de mythe ou encore de légende⁽³²⁾.

(30) LAMBRECHT Ph, « L'adaptation en Europe du gouvernement d'entreprise », Petites affiches, 12 février 2004 n° 31, P. 5

(31) Article 2.1.2 paragraphe 2 du Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes.

(32) Administrateurs indépendants : l'histoire d'une lucrative illusion 03/03/2009 <http://www.rue89.com/2009/03/03/administrateurs-independants-lhistoire-dune-lucrative-illusion>

Au-delà de ces articles de presse sans grande valeur scientifique, plusieurs auteurs ont exprimé leurs doutes quant à l'utilité de l'incorporation d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration.

Ainsi, il a été avancé que l'indépendance du conseil n'a pas été d'un grand secours face à la mauvaise gestion et aux fraudes aux Etats-Unis.

Par exemple, il y'a trente ans la SEC (Securities and Exchange Commission) a fait porter une part de la responsabilité de la faillite de « Penn Central Company » sur la passivité des administrateurs ne faisant pas partie de la direction.

Aussi, aucun conseil d'administration ne peut être plus indépendant que celui de la société « Amtrak », pourtant il l'a mené à la faillite. Il en est de même de la fameuse société Enron qui avait un comité d'audit parfaitement fonctionnel opérant dans le respect des réglementations de la SEC. D'ailleurs, le comité d'audit d'Enron était présidé par un professeur de comptabilité renommé et incluait un autre universitaire respecté.⁽³³⁾

20

Bien sûr, un nombre limité de défaillances ne prouve pas l'absence de succès. Mais les détracteurs du recours aux administrateurs indépendants, mettent en avant plusieurs études menées aux Etats-Unis sur l'effet des administrateurs indépendants sur la performance de l'entreprise. Ces études aboutissent à la conclusion qu'il n'y a pas de preuve solide suggérant que les administrateurs indépendants améliorent la performance de l'entreprise.

Plusieurs études ont abouti à la conclusion qu'il n'y a aucune relation entre la structure du conseil et la performance de l'entreprise^{(34), (35)}

(33)Larry E. Ribstein, "Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002", 28 J. CORP. L. 1, 27 (2002); Paul M. Healy & Krishna G. Palepu, "Governance and Intermediation Problems in Capital Markets: Evidence from the Fall of Enron" (Harvard Working Paper No. 02-27, Aug. 15, 2002), available at <http://ssrn.com/abstract=325440>.

(34)Dalton D & Daily C & Ellstrand A & Johnson J, "Meta-Analytic Reviews of Board Composition, Leadership Structure, and Financial Performance", Strategic Management Journal, Vol. 19, 269-290 (1998).

(35)Stephen M. Bainbridge, "A Critique of the NYSE's Director Independence Listing Standards" UCLA School of Law, Research Paper No. 02-15, 2002, available at http://www.ssrn.com/abstract_id=317121;

Certaines études, ont même décelé une corrélation négative entre l'indépendance du conseil et la performance de la société⁽³⁶⁾. Ainsi, une étude menée par Bhagat et Black a conclu que l'indépendance du Conseil n'améliore pas la performance de l'entreprise et peut même en réalité porter atteinte à sa performance⁽³⁷⁾. Cette étude qui a opéré une revue d'autres études en plus de recherches et conclusions propres aux auteurs, a conclu qu'il n'y a aucune preuve étayant l'affirmation selon laquelle une plus grande indépendance du Conseil mènerait à une meilleure performance de l'entreprise⁽³⁸⁾.

Il est vrai aussi qu'on peut arguer que l'indépendance risque d'être une incitation au désintérêt et à l'irresponsabilité. On peut, en effet, s'interroger sur ces administrateurs indépendants, professionnels de la gestion des sociétés : ne seront-ils pas des technocrates encore plus redoutables que beaucoup de dirigeants actuels ?⁽³⁹⁾

Par ailleurs, certains auteurs affirment qu'on assiste quelques fois à une radicalisation des positions au sein des conseils d'administration. Les administrateurs indépendants se sentiraient « surinvestis » d'une mission de défense des intérêts des actionnaires minoritaires. Ce qui amène les autres administrateurs à un comportement contraire et à se désintéresser de la défense du bien commun pour assumer plus librement un rôle de représentant d'une catégorie spécifique (actionnaire de contrôle ou salariés)⁽⁴⁰⁾.

(36) Anup Agrawal & Charles R. Knoeber, "Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems Between Managers and Shareholders", *Journal of financial and quantitative analysis*, 377, 394 (1996); Catherine M. Daily & Dan R. Dalton, "Board of Directors Leadership and Structure: Control and Performance Implications", *Entrepreneurship : Theory and practice* 65, 75 (Spring 1993).

(37) Sanjai Bhagat & Bernard Black, "The Non-Correlation Between Board Independence and Long-Term Firm Performance", *The Journal of corporation Law*. 231, 265 (2002).

(38) Clarke, Donald C., « Three Concepts of the Independent Director », *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 32, No. 1, pp. 73-111, 2007; GWU Legal Studies Research Paper No. 256; GWU Law School Public Law Research Paper No. 256. Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=975111>

(39) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », op.cit. §23.

(40) Mathez H, « Éditorial – En matière de gouvernance des sociétés cotées, la perfection n'est probablement pas de ce monde », *Bulletin Joly Sociétés*, 1 juin 2013 n° 6, p. 373.

A partir de là, il est légitime de s'interroger sur l'efficacité du recours à ces administrateurs car l'indépendance, qui n'est pas une fin en soi, ne mène pas forcément à l'efficacité. Il ne faut surtout pas perdre de vue l'objectif recherché, c'est-à-dire, le renforcement de la gouvernance des sociétés anonymes.

Cela étant dit, il est certain qu'un regard extérieur objectif et indépendant ne peut qu'être bénéfique pour la société anonyme. Car lorsqu'elle est rigoureusement encadrée, l'incorporation des administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration est susceptible d'en améliorer le fonctionnement.

B- Un encadrement nécessaire

Afin que le recours aux services des administrateurs indépendants produise des effets positifs, ceux-ci doivent être présents en nombre suffisant au sein des conseils d'administration. Ainsi, se pose la problématique de la proportion suivant laquelle les administrateurs indépendants doivent être présents dans les conseils d'administration des sociétés anonymes.

22

A cet égard, la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie aux établissements de crédit n°2011-06 du 20 mai 2011 qui a pour objet le renforcement des règles de bonne gouvernance dans les établissements de crédit impose aux établissements de crédit de nommer au sein de leur conseil d'administration au moins deux membres indépendants.

Le guide des bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes de l'IACE recommande, quant à lui, qu'au moins le tiers des membres du conseil d'administration soient indépendants.

Quant au projet de modification du règlement relatif à l'appel public à l'épargne du CMF, proposant l'insertion d'un titre intitulé : Règles de bonne gouvernance pour les sociétés faisant appel public à l'épargne. Celui-ci recommande d'assurer, dans la composition du conseil, un équilibre entre des administrateurs exécutifs, des administrateurs non exécutifs et des administrateurs non exécutifs indépendants. Pour ce projet, les administrateurs indépendants doivent représenter au moins la moitié du conseil.

En France, le rapport Vienot adopte une position prudente en recommandant la présence d'au moins deux administrateurs

indépendants dans les conseils des sociétés cotées, étant entendu qu'il appartient à chaque société de rechercher l'équilibre optimal de sa composition⁽⁴¹⁾. Le rapport Bouton commande, quant à lui, une parité entre administrateurs indépendants et autres au moins dès lors que le capital de la société est dispersé⁽⁴²⁾.

Aux Etats-Unis, concernant la proportion d'administrateurs indépendants dans les conseils d'administration la doctrine est assez en harmonie. Pour elle, dans des situations qui requièrent une décision spécifique du conseil d'administration, le résultat est plus bénéfique aux actionnaires quand le conseil est composé d'une majorité d'administrateurs indépendants.

Par exemple, une étude⁽⁴³⁾ a démontré que lorsqu'il s'agit de remplacer un président directeur général après de mauvaises performances de la société, les conseils d'administration à dominante indépendante sont plus enclins à remplacer le PDG peu performant.

De même, quand les performances de la société se détériorent de manière significative, les conseils à dominante indépendante sont plus enclins à faire table rase et à désigner un PDG extérieur à l'entreprise plutôt que de promouvoir un candidat interne.

Aussi, les conseils d'administration dominés par les indépendants ont tendance à mieux négocier lorsque leurs entreprises sont la cible d'OPA, ce qui entraîne des gains plus importants sur le prix de l'action pour les actionnaires de l'entreprise cible. Par ailleurs, toujours selon cette étude, les sociétés ont tendance à faire de meilleures acquisitions quand le conseil d'administration est dominé par les administrateurs indépendants.

Il est certain que cette question du nombre d'administrateurs indépendants est délicate à trancher. Il est malaisé de se prononcer à ce propos car il est difficile de donner une base scientifique

(41) Guyon Y, « Corporate governance, Répertoire de droit des sociétés », Dalloz, 2000.

(42) Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit. p. 1126.

(43) Shivdasani A et Zenner M, « Best Practices in Corporate Governance: What Two Decades of Research Reveals » p.5AUGUST 2002, www.kantakji.com/fiqh/Files/Companies/1137.pdf

permettant de fonder de manière convaincante un choix entre les diverses propositions avancées.

Par conséquent, il convient d'adopter sur ce point une position prudente, étant entendu qu'il appartient à chaque société de rechercher l'équilibre optimal de sa composition.⁽⁴⁴⁾

Toujours est-il que lorsque le nombre d'administrateurs indépendants est de deux comme le recommande la circulaire de la Banque centrale, le rôle de ces administrateurs risque de demeurer marginal. Leur présence risque alors de remplir un rôle plus esthétique qu'efficace. Dans ce cas la nomination d'administrateurs indépendants viserait plus à donner l'illusion d'une gouvernance saine que de peser réellement sur la gestion de la société.

D'autres problématiques sont à résoudre. Ainsi, la sélection des administrateurs indépendants doit être rigoureuse. Il ne faut en effet pas perdre d'esprit que l'indépendance n'est pas un objectif en soi. Celle-ci doit être accompagnée par d'autres qualités essentielles que sont la compétence et la disponibilité afin d'assurer un contrôle efficace de la direction de la société. Ainsi, en France, l'origine des administrateurs indépendants s'est diversifiée puisqu'elle compte des avocats, des consultants ou encore des universitaires⁽⁴⁵⁾.

Par ailleurs, la procédure de sélection des administrateurs est importante. En Grande-Bretagne, le *Code of Corporate governance* préconise la formalisation d'une procédure de recrutement, qui se traduit souvent par la mise en place d'un comité de nomination ou de sélection, ce que les sociétés cotées sur le marché boursier en France ont également fait⁽⁴⁶⁾.

D'ailleurs, augmenter la proportion d'administrateurs indépendants devrait poser autres que des difficultés de principe. Déjà en France, selon les experts, le « vivier »⁽⁴⁷⁾ des administrateurs

(44) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », op.cit., §23.

(45) Bouloc B, « La place de l'administrateur indépendant dans une société cotées - Un aspect vécu », in « La gouvernance des sociétés cotées face à la crise - Pour une meilleure protection de l'intérêt social » (Ouvrage collectif sous la direction de Magnier V), LGDJ, 2010, p. 103

(46) Magnier V, « Gouvernance des sociétés cotées », op.cit. §25 et 26.

(47) Option Finance, n° 705, 30 septembre 2002, p. 10 : « Gouvernement d'entreprise - À la recherche d'administrateurs indépendants » ; Junghans P, « Le business des administrateurs indépendants » : La Tribune, 9 octobre 2002, p. 28.

pouvant correspondre à ce profil est limité, surtout si on respecte de hauts standards de qualité⁽⁴⁸⁾.

Finalement, la pratique des administrateurs indépendants devrait être réglementée au sein du Règlement du Conseil du marché financier relatif à l'appel public à l'épargne. La notion d'administrateur indépendant devrait être clairement définie et la procédure de sélection des administrateurs indépendants devrait être précisée. Et ce afin d'éviter que le recours à l'administrateur indépendant n'ait que des effets esthétiques et qu'il ne vise juste à améliorer l'image de la société.

Il ne faut en effet pas se contenter des normes contenues dans les codes de bonne gouvernance. Ceux-ci échappent à toute contrainte étatique directe et comportent un risque d'application formelle de leurs recommandations.⁽⁴⁹⁾

(48) Couret A, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit. p. 1126 §19.

(49) Magnier V & Bonnet V & François B & Deckert K & Herkovisch M & Poulle J-B, « Réponse du réseau Trans Europe Experts à la Consultation publique de la Commission européenne : « Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union Européenne » », p. 39.

