

## LES POLITIQUES AU CONTACT DU DROIT DES SOCIETES

(Lecture dans les articles 17, 18 et 20 de la loi 2018-46 du 1<sup>er</sup> août 2018, relative à la déclaration des biens et des intérêts et à la lutte contre l'enrichissement illicite et le conflit d'intérêts)

Sami Frikha  
Avocat à la Cour de cassation  
Juillet 2020

§ I L'interdiction de cumul entre mandat politique et activités privées.....	7
A) L'interdiction de cumul entre mandat politique et activité professionnelle privée.....	7
B) L'interdiction de cumul entre un mandat politique et un mandat d'administration d'une société privée .....	8
C) L'interdiction de cumul d'un mandat politique et d'appartenance à une assemblée délibérante d'une société privée .....	10
§ II Le sort des parts sociales ou actions détenues dans une société privée.....	11
A) Le champ d'application de l'article 18.....	11
B) La cession de la gestion des parts sociales et actions à un tiers .....	13
§ III L'incapacité spéciale de contracter avec l'Etat, les collectivités publiques locales, établissement publics et entreprises publiques.....	28
A) Distinction entre l'incompatibilité de l'art 17 et l'incapacité spéciale de contracter de l'article 20.....	28
B) Extension implicite de l'incapacité spéciale de contracter.....	29
Conclusion.....	29

**Résumé :** Les marchés publics des bavettes barrières, de transport routier du phosphate ou de traitement des déchets, une suite d'affaires qui auraient pu passer, ces derniers mois, pour des faits divers, si ce n'étaient les personnes qui étaient indirectement en cause : certains députés et le chef du gouvernement. En raison de leur participation au capital des sociétés privées contractantes, certains y voient un manquement aux prescriptions des articles 17, 18 et 20 de la loi n°2018-46 du 1<sup>er</sup> août 2018, relative à la déclaration des biens et des intérêts et à la lutte contre l'enrichissement illicite et le conflit d'intérêts. Au moment où nous nous sommes mis à écrire ces lignes, nous ambitionnons simplement à faire connaître le grand public ces trois dispositions. Mais l'approfondissement nous mène à la conclusion qu'elles méritent d'être connues davantage par les autorités chargées de leur application, voire même du législateur dont l'œuvre demeure inachevée. Non seulement les articles 17, 18 et 19 méritent d'être réécrits mais aussi ils *exigent* l'édition d'une autre loi qui donne à l'institution de la fiducie, qui est au centre du débat sur la violation de l'article 18, un régime achevé au triple plan juridique, comptable et fiscal.

1. La loi n°2018-46 du 1<sup>er</sup> août 2018, relative à la déclaration des biens et des intérêts et à la lutte contre l'enrichissement illicite et le conflit d'intérêts, consacre certaines dispositions intéressant le droit des sociétés. Il s'agit des articles 17, 18 et 20. Les deux premiers sont applicables au président de la République, son directeur de cabinet et ses conseillers, au chef et membres du gouvernement, leurs chefs de cabinets et leurs conseillers, aux présidents des collectivités publiques locales, aux présidents et membres des instances constitutionnelles et au président et membres de la Cour constitutionnelle. L'article 20 tout en ayant un lien ténu avec les articles 17 et 18, a un champ d'application légèrement différent. Il vise le président de la République, son directeur de cabinet et ses conseillers, le chef et les membres du gouvernement, leurs chefs de cabinets et leurs conseillers, le président de l'ARP, son directeur de cabinet et ses conseillers et les députés, les présidents des collectivités publiques locales et les membres des conseils des collectivités publiques locales. En somme, le nombre des personnes visées est important. Leur sécurité juridique et l'intérêt public commandent que les dispositions qui leur sont applicables soient claires, cohérentes et efficaces.
  
2. Le député M. Yacine Ayari, indépendant, a annoncé courant du mois de juin 2020 avoir déposé deux plaintes au pôle judiciaire économique et financier contre le chef du gouvernement, M. Elyes Fakhfakh, l'accusant de conflit d'intérêts et d'enrichissement illicite<sup>1</sup>. Il lui reproche la détention d'une participation dans une société commerciale, elle-même membre dans un groupement d'intérêt économique déclaré, le mois d'avril 2020, adjudicataire d'un marché public dont l'appel d'offres a été lancé le mois d'octobre 2019. L'auteur des plaintes estime que le chef du gouvernement a commis une infraction à la loi n°2018-46 du 1<sup>er</sup> août 2018 qui exige, à l'article 18, des personnes visées qu'elles confient la gestion de leurs titres de participation à un tiers dans d'un délai de 60 jours à partir de leur nomination. Or dans le cas du chef du gouvernement, le décret Présidentiel portant sa nomination ainsi que celle des membres du gouvernement date du 27 février 2020. Il est également reproché à l'intéressé la violation de l'article 20 de la même loi en raison de son intérêt indirect dans le marché public attribué le mois d'avril 2020.
  
3. Les plaintes ont été, nous nous n'en doutons pas, médiatisées. Pour nous en tenir aux seules déclarations des institutionnels, nous citons les propos du Président de l'INLUCC qui a affirmé que le chef du gouvernement se trouve dans une

---

<sup>1</sup> <https://atlasinfo.fr/tunisie-accuse-de-conflit-dinteret-le-premier-ministre-dement.html> Le nombre des plaintes n'est pas précis. Certains journaux écrivent qu'il y a eu trois plaintes. Dans un post publié sur sa page sur le réseau social Facebook, le député accuse le Chef du gouvernement de de conflit d'intérêts, d'enrichissement illicite, d'abus de pouvoir, de délit d'initié et de blanchiment d'argent. <https://www.businessnews.com.tn/affaire-elyes-fakhfakh-yassine-ayari-se-rend-a-linstance-de-lutte-contre-la-corruption.520,99806.3>

situation non conforme à la loi sur la déclaration de patrimoine et des intérêts et la lutte contre l'enrichissement illicite et le conflit d'intérêts<sup>2</sup>. A l'occasion, l'INLUCC a rendu un communiqué qui après avoir repris en substance les articles 17, 18, 19 et 20, a appelé tous ceux qui sont tenus à l'obligation de déclaration de biens et intérêts de l'informer des mesures prises par eux en application de la loi et a renouvelé l'appel au chef du gouvernement d'accélérer l'édiction du décret d'application de la loi 2018 devant définir les données contenues des déclarations de biens et intérêts sujettes à la publication<sup>3</sup>. M. Mohamed Abbou, ministre de la Fonction publique, de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption a de sa part annoncé l'ouverture d'une enquête.

4. Dans un passé récent, une affaire similaire s'est déclenchée à la suite d'un projet de marché public pour la fourniture de bavettes barrière à conclure de gré à gré entre la Pharmacie centrale de Tunisie et une société contrôlée par un député. L'article 20 a été invoqué pour soutenir l'irrégularité de l'opération<sup>4</sup>. De même le ministre de la Fonction publique, de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption, a déclaré avoir envoyé trois correspondances à certaines entreprises publiques les invitant à mettre fin à des marchés de transport conclus avec deux députés<sup>5</sup>.
5. Hasard de calendrier ou non, la révélation qu'à faite le député M. Yacine Ayari a coïncidé avec le passage du chef du gouvernement devant l'ARP pour faire le bilan du Gouvernement au terme d'une période de 100 jours de sa formation. Nombreux sont les députés qui ont pris la parole pour dénoncer une situation de conflit d'intérêts et d'enrichissement illicite. Plusieurs d'entre eux ont estimé que le chef du gouvernement a commis une infraction en n'ayant pas réalisé la cession de la gestion de ses titres de participation dans le délai imparti ; il n'a pas au surplus respecté l'interdiction de conclure un marché avec l'Etat, un établissement ou entreprise publique ou une collectivité publique locale. Une commission parlementaire, dont la présidence sera dévolue à un député de l'opposition, sera chargée de mener une enquête sur l'affaire<sup>6</sup>. Le député, auteur

---

<sup>2</sup> <https://www.leconomistemaghrebin.com/2020/06/20/soupcons-de-prise-illegale-dinterets-fakhfakh-cede-ses-actions/>

<sup>3</sup> Allusion faite à l'alinéa dernier de l'article 8 de la loi n°2018-46.

<sup>4</sup> <https://www.tap.info.tn/fr/Portail-%C3%A0-la-Une-FR-top/12580067-coronavirus-le>

<sup>5</sup> <https://tunisnow.tn/%D8%B9%D8%A7%D8%AC%D9%84-%D9%85%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%B9%D8%A8%D9%88-%D8%AA%D9%85%D9%86%D8%B9-%D9%87%D8%B0%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D8%A6%D8%A8-%D9%85%D9%86-%D9%86%D9%82/>

<sup>6</sup> <https://www.mosaiquefm.net/fr/actualite-national-tunisie/760997/affaire-fakhfakh-une-commission-d-enquete-a-l-arp>

de la plainte, a assuré que le chef du gouvernement sera en prison le mois de septembre prochain<sup>7</sup>. Il fait allusion à l'article 34 de la loi qui punit d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 2.000 dinars, la violation des articles 17, 18 et 19.

6. Le chef du gouvernement s'est expliqué devant les députés sur cette affaire et a assuré avoir cédé ses titres de participation à une société faisant partie d'un groupement d'entreprises qui traite avec l'Etat<sup>8</sup>. Il a annoncé l'intention du gouvernement de présenter un projet de loi destiné à clarifier l'article 20 de la loi qui, littéralement interprété, ne vise que les personnes physiques énumérées à l'article 18 de la loi en leur interdisant de commercer avec l'Etat, les établissements et entreprises publiques et les collectivités publiques locales<sup>9</sup>.
7. Ces faits nous amènent à nous interroger sur les critères devant être utilisés pour les apprécier. Il y a dans l'absolu deux critères : celui de la légalité et celui de la légitimité. Le premier fait appel aux normes légales positives et l'autre fait appel à la morale, notamment, dans notre cas, la morale politique. Il arrive que les deux approches mènent à des jugements de valeur convergents : un fait est tout à la fois légal et légitime ou illégal et illégitime. Mais des fois, les jugements divergent : un fait est légal mais illégitime ; illégal mais légitime. Les normes, toutes confondues, évoluent par une sorte de dialectique entre quatre pôles opposés : légalité, illégalité, légitimité, illégitimité. Le passage d'un pôle à l'autre marque une zone intermédiaire pleine d'incertitudes.
8. Il est essentiel que les personnes qui discutent de la valeur d'un acte ou d'un fait se mettent d'accord sur le critère de jugement. Chaïm Perelman, théoricien contemporain de la rhétorique, considère que le point de départ de toute argumentation efficace est l'accord de l'auditoire sur les prémisses mobilisées par l'énonciateur. En l'absence d'accord, un dialogue des sourds s'instaure. Celui qui invoque, tour à tour et d'une manière éclectique, des arguments empruntés à des champs normatifs différents n'échappe pas à la critique : il commet le "pêché" de l'opportunisme ou entretient l'amalgame.
9. Cela étant précisé, la discussion que nous nous proposons de mener dans cet article est d'ordre juridique. Puisqu'il est reproché au chef du gouvernement la

---

<sup>7</sup> <https://www.tunisienumerique.com/tunisie-yassine-ayari-fakhfekh-sera-en-prison-au-mois-de-septembre/>

<sup>8</sup> <https://www.webmanagercenter.com/2020/06/25/452749/situation-de-conflit-dinteret-jai-deja-cede-mes-actions-dans-la-societe-qui-traite-avec-letat-affirme-fakhfakh/>

<sup>9</sup> Vraisemblablement, le projet d'amendement devrait préciser le régime des opérations passées entre l'Etat, les établissements et entreprises publics ou une collectivité publique locale et des entreprises dans lesquelles les personnes visées ont des intérêts directs ou indirects.

violation de la loi, violation sanctionnée pénalement la discussion est nécessairement d'ordre juridique. L'intention des détracteurs du chef du gouvernement ou de ses sympathisants est peu importante. L'instrumentalisation de l'affaire à des fins politiques n'est pas exclue. Mais cela fait partie du jeu social. De toute façon nous ne pouvons que nous féliciter que même dans un conflit politique, le droit est l'instrument de régulation et de pacification des relations sociales.

**10.** Posant avant tout un problème juridique, la cause doit être située dans son cadre juridique général. Celui des dispositions de la loi 2018-46. Cette loi se caractérise par deux traits principaux : son caractère restrictif des libertés patrimoniales et l'aspect répressif de ses dispositions. Ces deux traits commandent le respect d'une posture interprétative dans la lecture des textes. D'une part, l'article 540 du Code des obligations et des contrats énonce que « les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendues au-delà du temps et des cas qu'elles expriment » D'autre part, en vertu de l'article 28 de la Constitution, « la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte de loi antérieur, hormis le cas d'un texte plus favorable à l'inculpé ». Ainsi, le principe de la légalité des délits et des peines commande à son tour une interprétation restrictive de la loi pénale. S'il est du pouvoir du juge pénal d'interpréter le sens d'une norme pénale, il ne peut la compléter sous prétexte qu'elle comporte une lacune.

**11.** D'une manière plus précise, ce sont les articles 17, 18 et 20 de la loi n°2018-46 qui sont applicables. Ces articles sont placés dans une section deuxième de la loi intitulée « de l'évitement du conflit d'intérêts ». L'expression n'est pas inconnue en droit tunisien. L'article 200 du Code des sociétés commerciales l'a déjà consacrée pour les sociétés anonymes<sup>10</sup>. Il a imposé à leurs dirigeants une obligation générale *d'évitement du conflit d'intérêts*. La portée précise de cette obligation n'est pas claire et le législateur a manqué l'occasion d'inviter les dirigeants à s'expliquer comment ils n'ont pas pu éviter le conflit d'intérêts en traitant avec la société<sup>11</sup>. L'article 200 a cependant ajouté des règles destinées à

---

<sup>10</sup> Voir également l'article 24 du règlement du Conseil du marché financier relatif aux sociétés d'investissement à capital risque approuvé par arrêté du ministre des Finances en date du 9 juin 2017.

<sup>11</sup> Voir sur ce principe, Bjorn Fasterling, Jean-Christophe Duhamel, *Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés*, *Revue internationale de droit économique* 2009/2 (t. XXIII, 2), p. 129 « Se conformer ou s'expliquer », traduction littérale de l'anglicisme très usité « comply or explain », est un mécanisme de transparence pivot de la gouvernance d'entreprise. Le mécanisme est tout aussi simple qu'astucieux : contraindre les sociétés à communiquer sur l'application qu'elles opèrent d'un code de bonne conduite en matière de gouvernance d'entreprise, et à se justifier des écarts aux dispositions de ce code. Ce faisant, il combine des principes de bonne conduite facultatifs et un régime de communication d'ordre public » ; add. Chantal Donzel-Taboucou, *Le principe « appliquer ou expliquer » en France ou le droit à l'auto-édiction normative*, *Revue des Sociétés*, 2015, p. 347.

prévenir le conflit d'intérêts. Ainsi a-t-il mis en place un dispositif destiné à rendre visible le conflit d'intérêts (des obligations déclaratives des dirigeants) et à objectiver un tant soit peu la conclusion d'une transaction entre la société et ses dirigeants ou ses actionnaires. Préférant, dans ce cas, la régulation du conflit d'intérêts plutôt que son interdiction, le législateur a mis en place un dispositif destiné à annihiler le pouvoir du dirigeant intéressé par l'action sur la décision de la société de conclure avec lui une convention. L'opération est alors soumise à une procédure de contrôle préalable et *a posteriori* par des organes sociaux au sein desquels l'intéressé ne peut pas prendre part au vote. En tout état de cause, sa responsabilité peut être mise en jeu lorsqu'il est établi que malgré le contrôle il a favorisé ses propres intérêts au détriment de ceux de la société<sup>12</sup>.

**12.** Dans la loi de 2018-46, le souci du législateur est de protéger des intérêts publics contre le risque de captation de la part des hommes politiques. Le but ultime de la loi est de lutter contre leur enrichissement illicite. Celui-ci, sanctionné pénalement, est défini à l'article 4 *in fine* de la loi comme étant « un accroissement important de la fortune de la personne soumise à la loi ayant tiré profit pour elle-même ou pour une personne avec laquelle elle est liée ou une augmentation visible de ses dépenses disproportionnées avec ses revenus et ne pouvant être justifiées par ses ressources légitimes »<sup>13</sup>. La règle entretient un lien de parenté avec des institutions classiques de droit fiscal où l'Administration fiscale peut taxer un contribuable selon les éléments de son train de vie ou l'accroissement de sa fortune. Les articles 42 et 43 du Code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et l'impôt sur les sociétés, permettent, en effet, de taxer les personnes physiques, qui, au vu de leur revenu imposable déclaré ne peuvent pas justifier leur train de vie ou l'accroissement de leur fortune. Pour le droit fiscal l'origine illicite du revenu est indifférente et l'impôt est toujours dû. Mais du point de vue de la moralité publique, l'enrichissement illicite mérite la répression pénale et la confiscation. Or comme il vaut mieux prévenir que guérir, le législateur a mis en place des règles de prévention de cette infraction grave. C'est toute la section deuxième de la loi qui se propose de fixer des mesures de

---

<sup>12</sup> Article 202 et 223 du Code des sociétés commerciales.

<sup>13</sup> La convention des Nations Unies contre la corruption, approuvée Tunisie par la loi n°2008-16 du 25 février 2008, énonce que : « Sous réserve de sa constitution et des principes fondamentaux de son système juridique, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, à l'enrichissement illicite, c'est-à-dire une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes ». Comme nous pouvons le constater l'article 20 de la convention réserve la conformité ou la compatibilité de l'incrimination avec la constitution ou les principes fondamentaux du système juridique de l'Etat. Le Canada et le Viet Nam ont estimé que l'incrimination est contraire à leurs constitutions ou principes fondamentaux et par conséquent n'instaureront pas d'infraction d'enrichissement illicite. Malgré l'absence de critères objectifs d'appréciation du seuil de l'enrichissement illicite, la question de la constitutionnalité de l'article 37 de la loi n°2018-46 n'a pas été posée en Tunisie.

prévention de l'enrichissement illicite. Leur analyse permet de les classer en deux catégories. La première est une sorte de norme générale de comportement comme celle en droit civil qui recommande d'agir avec prudence et diligence. Ainsi l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 25 de la loi énonce que « les agents publics qui soupçonnent être dans une situation de conflit d'intérêts doivent, selon le cas, faire une déclaration au supérieur hiérarchique ou à l'autorité de tutelle et s'interdire de prendre la décision ou participer à la prise de décision s'ils ont conscience que la prise de décision ou la participation les met en situation de conflit d'intérêts ». « L'agent public, ajoute l'alinéa deuxième du même article, doit signaler l'existence d'un risque de conflit d'intérêts chez toute autre personne relevant de sa compétence ». L'article 25 consacre donc une norme générale d'évitement du conflit d'intérêts. La loi n°2018-46 ajoute néanmoins des interdictions plus précises qui s'inscrivent dans la même logique d'évitement. Cette méthode législative n'est pas inconnue du droit pénal. Les infractions du code de la route ont pour but de prévenir les atteintes à l'intégrité physique d'autrui elles-mêmes sanctionnées par le code pénal. Les auteurs les désignent par l'expression d'infractions-obstacles. Les infractions-obstacles sont celles qui, comme leur nom l'indique, visent à éviter qu'un dommage ne se réalise.

13. Nous nous intéressons dans ce qui suit à certaines manifestations des interdictions de cumul édictées par l'article 17 de la loi n°2018-46 frappant certaines personnes dotées d'une fonction politique ou publique (§ I), à l'obligation qui leur est faite, dans l'article 18, de confier à des tiers la gestion de leur parts sociales ou actions qu'ils détiennent dans des sociétés privées (§ II) et à l'incapacité contractuelle prévue à l'article 20 ayant pour effet d'interdire de conclure de commercer avec l'Etat, les collectivités publiques locales et les établissements publics et entreprises publiques (§ III).

## § I L'interdiction de cumul entre mandat politique et activités privées.

14. L'article 17 de la loi pose entre autres des interdictions de cumul du mandat politique ou public avec des activités professionnelles (A), des mandats sociaux (B) ou d'appartenance à d'une assemblée délibérante (C).

### A) L'interdiction de cumul entre mandat politique et activité professionnelle privée

15. Le tiret troisième de l'article 17 interdit le cumul entre une charge politique ou publique et l'exercice de toute profession libérale, industrielle, commerciale ou toute autre activité rémunérée. Cette dernière interdiction s'applique, à notre avis, aux activités de services qu'elles soient exercées à titre indépendant ou salarié. Les activités agricoles ne sont pas, à notre avis, concernées par

l'interdiction mais, paradoxalement, les activités scientifiques, artistiques et littéraires le sont quand elles donnent droit à une rémunération.

## **B) L'interdiction de cumul entre un mandat politique et un mandat d'administration d'une société privée**

**16.**Le tiret quatrième de l'article 17 interdit à la personne visée d'être membre d'un organe d'administration d'une société privée. Il s'agit d'une incompatibilité dont certaines formes de sociétés commerciales connaissent déjà<sup>14</sup>. L'intérêt de l'article 17 est d'avoir posé une incompatibilité générale sans égard à la forme de la société.

**17.**La notion de société doit être entendue dans un sens large. Elle vise non seulement les sociétés commerciales mais aussi les sociétés civiles, les sociétés coopératives et les sociétés mutuelles.

**18.**La société est considérée privée quand elle n'est pas publique. Le critère de discrimination entre une société privée et une société publique doit s'apprécier en fonction de la loi en vigueur. En l'état actuel de la législation, les sociétés dites de caractère public sont celles qui répondent aux critères fixés par la loi n°89-9 du 1<sup>er</sup> février 1989, relative aux participations et entreprises publiques<sup>15</sup>. D'après l'article 8 nouveau<sup>16</sup> de cette loi, « sont considérées des entreprises publiques au sens de la présente loi :... les sociétés dont le capital est détenu par l'État, les collectivités locales, les établissements publics et les sociétés dont le capital est détenu entièrement par l'État à plus de 50% chacun individuellement ou conjointement<sup>17</sup>.

**19.**Chaque forme de société a un mode d'administration propre à elle. L'interdiction du cumul d'une fonction d'administration couvre toute fonction donnant pouvoir à l'intéressé de diriger l'entreprise en interne et d'engager la société avec les tiers. Dans une société anonyme de type classique, l'interdiction du cumul s'applique à la fonction de président-directeur général, président de conseil d'administration, directeur général et administrateur. Dans une société à conseil

---

<sup>14</sup> Voir article 193 du Code des sociétés commerciales.

<sup>15</sup> La loi n°96-74 du 29 juillet 1996 a modifié le titre de la loi n°89-9 du 1<sup>er</sup> février 1989 devenue loi relative aux participations, entreprises et établissements publics.

<sup>16</sup> Loi n°96-74 du 29 juillet 1996 modifiant et complétant la loi n°89-9 du 1<sup>er</sup> février 1989 telle que modifiée et complétée par la loi n°94-102 du 1<sup>er</sup> août 1994.

<sup>17</sup> Nous n'intéressons pas au deuxième tiret de l'article 5 qui déclare l'incompatibilité avec l'appartenance aux organismes, entreprises publiques et les sociétés à participation publique quelle que soit leur dénomination dans lesquels l'Etat ou les collectivités publiques locales participent à leur capital directement ou indirectement.

de surveillance et directoire, l'interdiction de cumul est sujette à interprétation. Dans un sens restrictif, elle s'étend aux seuls membres du directoire à l'exclusion de ceux du conseil de surveillance. Mais les adeptes d'une interprétation extensive peuvent soutenir que le conseil de surveillance a un rôle dans la gestion de la société dans la mesure où il peut être amené, soit en vertu de la loi soit en vertu des statuts, à donner des autorisations pour certaines opérations. De telles autorisations sans constituer des actes d'immixtion dans la gestion sont rattachées à la gestion. Pour résoudre la difficulté, on est tenté d'interpréter le quatrième tiret de l'article 17 à la lumière de l'article 256 du code des sociétés commerciales. Ce dernier texte prévoit que ne peuvent pas être membres du conseil de surveillance, les personnes, qui en raison de leur charge, ne peuvent exercer le commerce. Or toutes les personnes visées par l'article 17 de la loi n°2018-46 ne peuvent exercer le commerce et du coup ne peuvent être membres dans un conseil de surveillance d'une société anonyme. On en conclut, qu'en vertu de cet article 17, les personnes visées ne peuvent pas être chargées d'une fonction au sein du conseil de surveillance.

**20.** En réalité, le raisonnement qui consiste à compléter l'article 17 par recours à l'article 256 du Code des sociétés commerciales n'est pas valable. S'il est permis d'interpréter l'article 256 du code des sociétés commerciales à la lumière de l'article 17 de la loi de 2018, l'opération inverse n'est pas expressément prévue par la loi. Tout en aboutissant au même résultat, nous suggérons une autre méthode fondée sur une lecture de l'article 17 de l'intérieur. Celui-ci interdit tout à la fois à la personne visée d'être chargée d'une fonction au sein d'un organe d'administration et d'être membre dans une assemblée délibérante. Or pour être membre dans une assemblée délibérante, il faut avoir la qualité d'associé. Indirectement, nous allons le vérifier plus loin<sup>18</sup>, la personne visée par l'article 17 ne peut pas garder sa qualité d'associé. Or pour être membre dans un conseil de surveillance, il faut avoir la qualité d'actionnaire. Ainsi, la personne visée par l'article 17 ne pouvant justifier de la qualité d'actionnaire, ne peut être membre d'un conseil de surveillance. Les rédacteurs de l'article 17 auraient pu nous épargner une telle démonstration s'ils avaient expressément consacré l'interdiction d'être chargé de l'administration ou *de la surveillance* d'une société<sup>19</sup> et d'être membre d'une assemblée délibérante.

**21.** La question demeure posée de savoir si l'incompatibilité s'étend à la fonction d'administrateur ou de président d'un groupement d'intérêt économique (GIE). L'hésitation est permise car le GIE n'est pas une société.

---

<sup>18</sup> Voir *infra* n°58 et s.

<sup>19</sup> Un conseil de surveillance peut exister en dehors des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance.

22. Les fonds communs de placement en valeurs mobilières, les fonds communs de placement à risque, les fonds d'essaimage, et les fonds communs de créances ne sont pas des sociétés et ne sont pas gérés par des organes propres mais plutôt par des sociétés de gestion. Ils sont par définition non concernés par l'application de l'article 17.
23. Lorsqu'une cause d'incompatibilité survient en cours d'un mandat social n'y met pas fin de plein droit. L'intéressé doit démissionner. La règle est implicitement posée à l'article 18 de la loi selon lequel les personnes visées aux numéros 1, 2, 4, 6 et 8 en cas où elles administrent une société privée doivent charger un tiers pour le faire. Elles disposent d'un délai de 60 jours.
24. L'article 34 de la loi sanctionne pénalement la violation de l'article 17. La peine est encourue en cas d'acceptation du mandat malgré la cause d'incompatibilité ou en cas de poursuite du mandat après la survenance de la cause de l'incompatibilité.
25. Mais quelle est la sanction de l'incompatibilité au plan civil ? Nous estimons que la violation de l'incompatibilité prévue par la loi de 2018 n'entraîne pas la nullité de la nomination du point de vue du droit des sociétés. La sanction contre le dirigeant fautif ne peut résulter que de son statut particulier, en l'occurrence la loi n°2018-64.

### **C) L'interdiction de cumul d'un mandat politique et d'appartenance à une assemblée délibérante d'une société privée**

26. Le même tiret 4 de l'article 17 consacre une règle jusque-là inédite en droit tunisien des sociétés. Il interdit à la personne rentrant dans le champ d'application de l'article 17 d'être membre d'un organe délibérant d'une société privée. Le vocable organe délibérant désigne les assemblées générales d'associés, actionnaires, sociétaires ou coopérateurs. Ainsi malgré sa qualité d'associé, l'intéressé est frappé de l'interdiction d'accéder à l'assemblée générale ; il ne peut donc pas prendre parole aux débats ni, *a fortiori*, voter. Dans la logique de la règle, l'intéressé ne peut même pas agir comme mandataire d'un autre associé ou actionnaire.
27. Sous réserve de ce que nous allons voir quand nous commenterons l'article 18<sup>20</sup>, l'étendue de l'interdiction est sujette à interprétation lorsque la personne visée détient certaines catégories de valeurs mobilières, telles que des actions à dividende privilégié sans droit de vote ou des certificats d'investissement. Ces valeurs mobilières ne confèrent pas un droit de vote dans les assemblées

---

<sup>20</sup> Voir *infra* n°40.

générales d'actionnaires. Leurs titulaires sont cependant réunis au sein d'une assemblée spéciale et délibèrent sur des questions touchant à leurs intérêts collectifs. Rédigée en termes généraux, la disposition de l'article 17 s'applique, à notre avis, à ces assemblées spéciales.

**28.** Les titulaires des valeurs mobilières représentant des titres de créances quand bien même ils sont membres d'assemblées spéciales au sein des sociétés émettrices ne subissent pas l'interdiction de participer à ces assemblées spéciales. L'article 17 ne peut, à notre sens, être lu isolément de l'article 18.

**29.** La participation de l'intéressé à l'assemblée générale en violation de l'article 17 n'entraîne pas, en droit des sociétés, la nullité des délibérations de l'assemblée générale. La seule sanction est celle prévue à l'article 34 de la loi n°2018-64.

## **§ II Le sort des parts sociales ou actions détenues dans une société privée**

**30.** L'article 18 de la loi n°2018-64 traite du sort des parts sociales et actions détenues par une personne rentrant dans son champ d'application dans une société privée. Ces parts sociales ou actions peuvent représenter tout le capital de la société ou une partie seulement. Dans tous les cas, la personne visée doit en confier la gestion à un tiers. La simplicité de la formulation de la règle cache des difficultés dont il nous faut rendre compte. Ces difficultés ont trait à la définition du champ d'application de la disposition et à la détermination de ses modalités de mise en œuvre.

### **A) Le champ d'application de l'article 18**

**31.** La détermination du champ d'application de l'article 18 se fait à plusieurs critères, celui de la nature des parts sociales ou actions **(1)**, celui de la nature de la société émettrice **(2)**, celui de la nature du droit détenu sur les parts sociales ou actions **(3)** et celui, enfin, de la nature des droits conférés par les parts sociales ou actions **(4)**.

#### **1) La nature des parts sociales et actions concernées par la cession de gestion**

**32.** L'article 18 vise les parts sociales et actions. Ce sont des titres de capital de société. En effet, pour avoir la qualité d'associé il faut faire apport. Il existe trois types d'apports possibles. L'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie. Seuls les apports en numéraire et les apports en nature donnent droit à la détention des titres de capital appelés parts sociales ou actions. Les apports en industrie donnent droit à une part dans les dividendes et le boni de liquidation.

- 33.** La personnalité politique qui détient des parts sociales ou des actions est soumise à l'obligation de les confier à un tiers pour les gérer. Celui qui fait apport en industrie ne peut plus exercer aucune activité au sein de la société puisque le troisième tiret de l'article 17 interdit l'exercice de toute activité rémunérée. Les parts d'industrie sont donc hors champ d'application de l'article 18. A défaut d'accord sur le retrait de la société, celle-ci peut demander au juge d'exclure l'associé qui ne peut plus apporter son industrie<sup>21</sup>.
- 34.** Le terme parts sociales n'est employé que pour désigner les parts émises par une société à responsabilité limitée. Dans les sociétés de personnes, telles les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandite simples, le législateur utilise l'expression parts d'intérêts. Nous pouvons nous demander si elles rentrent dans le champ d'application de l'article 18. Par ailleurs en ne visant que les actions, la question se pose de savoir si les autres valeurs mobilières représentatives d'un titre de capital dans une société par actions, telles que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote et les certificats d'investissement, sont également visées par l'article 18. Une réponse positive s'impose si nous lisons l'article 18 en liaison avec l'article 17<sup>22</sup>.
- 35.** Les parts éventuellement détenues dans des fonds communs ne sont pas des actions quoiqu'elles soient des valeurs mobilières ; elles ne sont davantage des parts dans des sociétés. Elles sont hors champ d'application de l'article 18.
- 36.** L'article 18 ne s'applique pas aux titres de créances (obligations ordinaires, obligations convertibles ou titres participatifs).

## **2) La nature privée de la société émettrice**

- 37.** La cession de la gestion à un tiers n'est requise que s'il s'agit d'une participation dans une société privée. Est une société privée toute société qui n'est pas publique<sup>23</sup>. La société peut être à risque illimité, telles qu'une société civile, une société en nom collectif et un commanditaire dans une société en commandite.
- 38.** Aucune délimitation n'est prévue par la loi tenant compte de l'objet de la société émettrice des parts sociales ou des actions. Il peut donc s'agir d'une société ayant une activité opérationnelle ou une société holding ou une société d'investissement, telle qu'une SICAR voire même une SICAV. Nous pouvons nous

---

<sup>21</sup> Article 1263 du Code des obligations et des contrats.

<sup>22</sup> Voir *supra* n°27.

<sup>23</sup> Voir *supra* n°18.

interroger sur l'opportunité de l'extension du champ d'application à ces dernières sortes de sociétés<sup>24</sup>.

### 3) *La nature des droits sur les parts sociales et actions*

39. La situation peut se présenter sous une forme simple. La personne intéressée est propriétaire des parts sociales ou actions. La propriété est un droit réel principal qui confère à son titulaire le pouvoir de disposer de la chose, d'en jouir et en toucher les fruits. Mais il arrive que la personne visée ne soit qu'un copropriétaire ou titulaire d'un droit réel démembrement portant sur des parts sociales ou actions. La loi ne distinguant pas, l'article 18 a vocation à s'appliquer à toutes ces hypothèses d'indivision ou de titularité d'un droit réel démembrement.

### 4) *La nature des droits conférés par les parts sociales et actions*

40. L'article 18 ne distingue pas selon que les parts sociales ou actions donnent ou non un droit de vote. Tous ces titres de capital doivent être cédés à un gestionnaire pour compte.

## **B) La cession de la gestion des parts sociales et actions à un tiers**

41. L'article 18 exige que la gestion des titres de capital soit confiée à un tiers. Le tiers gestionnaire pour compte n'est cependant pas précisé **(1)**. A cette difficulté s'ajoute une deuxième ayant pour origine une différence sémantique dans la rédaction du premier et deuxième alinéa de l'article 18. Cette différence nous amène à nous interroger sur la nature de la relation de gestion pour compte qui s'établit entre la personnalité politique et le tiers **(2)**.

### 1) *La qualité du tiers gestionnaire pour compte*

42. L'article 18 impose que la gestion des titres de capital soit confiée à un tiers mais sans expliciter sa qualité. La question se pose de savoir si le choix de ce tiers est laissé à l'entière discrétion de l'intéressé. Peut-il confier la gestion à l'un de ses proches, un ami, une connaissance voire même un autre actionnaire ? La gestion ne doit-elle pas plutôt être confiée à une personne ayant vocation à être gestionnaire pour le compte d'autrui ?

43. Dans l'une de ses déclarations publiques, le président de l'INLUCC rappelle que « le chef du gouvernement était censé confier la gestion de ses actions à *quelqu'un d'autre* dans les délais imposés ». Ainsi, le président de l'IINIUCC ne semble pas comprendre du texte légal qu'il impose une limitation dans le choix du tiers gestionnaire pour compte. De son côté, le chef du gouvernement a annoncé

---

<sup>24</sup> Voir *infra* n°54 la solution du droit français.

devant les députés de l'ARP, avoir cédé volontairement ses *actions à une société faisant partie d'un groupement d'entreprises qui traite avec l'Etat pour éviter tout conflit d'intérêts*. Ainsi, le chef de gouvernement a choisi le tiers gestionnaire parmi les actionnaires de la société dans laquelle il détient une participation<sup>25</sup>. Que pouvons-nous penser de ces prises de position en droit ?

- 44.** La gestion pour compte des titres consistant en des valeurs mobilières ne peut être assurée que dans les conditions prévues à l'article 20 et suivant de la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières. Il y est prévu que « l'activité de gestion de portefeuilles de valeurs mobilières pour le compte de tiers est exercée par les établissements de crédit régis par la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001, relative aux établissements de crédit<sup>26</sup>, par les intermédiaires en bourse régis par la loi n° 94-117 susvisée et par les sociétés de gestion qui sont des sociétés anonymes ayant pour objet la gestion de portefeuilles de valeurs mobilières pour le compte de tiers ». Outre l'intérêt de recourir à des professionnels, le caractère exclusif d'activité est dévolu à ces entités en raison de leur soumission à des conditions d'agrément et d'organisation de nature à assurer une lutte efficace contre le blanchiment d'argent. Le monopole d'activité s'applique tout aussi bien à la gestion individuelle qu'à la gestion collective. Il n'existe pas de définition légale du concept de portefeuille de valeurs mobilières. La jurisprudence ne le définit pas non plus. Un auteur l'a défini comme étant « l'ensemble des valeurs mobilières détenues par une même personne *indépendamment des conditions de détention* »<sup>27</sup>. Ce qui veut dire qu'il peut couvrir des valeurs mobilières de placement ou de participation. Quand bien même les valeurs mobilières objet de la gestion pour compte soient émises par des sociétés fermées, le monopole légal s'exerce.
- 45.** Un contrat de gestion de valeurs mobilières conclu avec un organisme n'ayant pas qualité de gestionnaire pour compte est nul au plan civil.
- 46.** L'article 20 précité est impératif et sa violation est pénalement sanctionnée. En vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 25, « est puni d'un emprisonnement de seize jours à une année et d'une amende de deux mille à vingt mille dinars ou de l'une de ces deux peines, toute personne ou tout dirigeant de droit ou de fait d'un établissement qui exerce l'activité de gestion de portefeuilles de valeurs

---

<sup>25</sup> Dépêche de la TAP <https://www.tap.info.tn/fr/portail-barre-news/12816290-elyes-fakhfakh>

<sup>26</sup> La loi est abrogée et remplacée par la loi n°2016-48 du 11 juillet 2016, relative aux banques et aux établissements financiers.

<sup>27</sup> R. libchaber, Le portefeuille de valeurs mobilières, bien unique ou pluralité de biens, Defrénois 1997, art. 36465.

mobilières pour le compte de tiers sans avoir obtenu un agrément ou continue l'exercice de cette activité après le retrait de l'agrément. La sanction est portée au double en cas de récidive ».

47. Si on retient l'idée que la gestion pour compte est au sens d'une gestion déléguée, par mandat, le choix d'un quelconque tiers n'est pas conforme à l'article 20 de la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières. Le silence de l'article 18 sur la qualité du gestionnaire pour compte ne doit pas être considéré comme autorisant une liberté de choix. Le gestionnaire pour compte doit avoir qualité à le faire conformément au droit positif.

48. Néanmoins nous devons signaler qu'aucun texte ne prévoit pas un monopole pour la gestion pour autrui des titres autres que des valeurs mobilières. Le problème du choix du gestionnaire pour compte au sens de l'article 18 reste entier. En réalité, il y a une erreur dans la conception du texte. Ses rédacteurs n'ont pas fait une étude de son impact légal.

## 2) *La nature juridique de la relation de gestion pour compte*

49. Le gestionnaire pour compte est classiquement considéré comme un mandataire **(a)**. Or, une lecture attentive de l'article 18 nous conduit à sortir de ce cadre. Le législateur a innové en la matière en introduisant la gestion fiduciaire **(b)**. Sa constitution est soumise à des règles de publicité spécifique prévues par l'article 18 lui-même et par la loi régissant le registre national des entreprises **(c)**.

### a) *Le gestionnaire pour compte est un mandataire*

50. Le premier alinéa de l'article 18 oblige les personnes visées à confier la gestion de leurs parts sociales et actions à un tiers. Le texte n'est pas très explicite sur la nature de la relation qui s'établit entre la personne visée et le tiers gestionnaire. L'exposé des motifs de la loi ne permet d'en savoir plus<sup>28</sup>. Mais le renvoi que nous avons fait tout à l'heure à l'article 20 de la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières, nous oriente à chercher la réponse dans les textes d'application. Il s'agit du décret n°2006-1294 du 8 mai 2006, portant application des dispositions de l'article 23 de la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières. Ce décret fait à son tour renvoi à un règlement du Conseil du marché

---

<sup>28</sup> L'exposé des motifs du projet de loi 2018-46 indique, mais d'une manière générale, les ressources matérielles étrangères ayant inspiré le législateur. Il s'agit du droit français, du droit canadien, du droit jordanien, du droit marocain et du droit omanais. Aucune référence n'est faite aux pays de l'OCDE. Il aurait été mieux indiqué si la source matérielle est précisée article par article. L'interprétation de la loi serait facilitée.

financier pour « fixer les règles à respecter pour la sauvegarde des fonds des investisseurs et le bon déroulement des opérations ».

**51.** Usant de son pouvoir réglementaire, le Conseil du marché financier a édicté le règlement relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la gestion de portefeuilles de valeurs mobilières pour le compte de tiers<sup>29</sup>. L'article 130 de ce règlement prévoit que le gestionnaire fournit aux clients, avant qu'ils ne soient liés par une convention, les conditions « *du mandat* ». Dans un contrat de gestion pour compte, la société de gestion est un véritable mandataire pour la gestion du portefeuille de son client. Elle n'est pas un simple mandataire dans la transmission d'ordre d'achat et de vente donnés par le titulaire ni encore un conseil de ce dernier. « Dans un contrat de gestion pour compte, le client ne peut ou ne veut se préoccuper de la gestion de son portefeuille. Il s'en décharge totalement sur un gestionnaire à qui il confie un mandat de gestion. L'initiative des ordres d'achat ou de vente des instruments financiers qui composent le portefeuille émane alors du mandataire et non du client qui s'interdit en principe de s'immiscer dans la gestion. Le client ne peut donc reprocher au gestionnaire d'avoir procédé à des placements sans ordres spécifiques de sa part »<sup>30</sup>.

**52.** Dans ce schéma classique, le gestionnaire pour compte est un mandataire mais il ne peut détenir les titres objet de la gestion. En effet, en vertu de l'article 6 bis du décret n°2006-1294 du 8 mai 2006, portant application des dispositions de l'article 23 de la loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières, tel qu'ajouté par le décret n° 2009-1502 du 18 mai 2009, la société de gestion ne doit détenir ni les comptes titres ni les espèces de ses clients. Les titres et les espèces doivent être déposés au choix du client, auprès d'une ou plusieurs banques.

**53.** Ainsi si nous nous limitons au seul premier alinéa de l'article 18 de la loi n°2018-46, la personnalité politique visée par le texte est amenée à conclure deux contrats distincts : un contrat de dépôt de ses actions chez un teneur de compte et un contrat de mandat de gestion conclu avec une société de gestion<sup>31</sup>. Dans une telle configuration, les actions restent sa propriété quand bien même elles sont

---

<sup>29</sup> Approuvé par arrêté du ministre des finances du 29 janvier 2002. Des modifications lui ont été apportées. Elles ont été approuvées par arrêté du ministre des finances du 28 janvier 2007.

<sup>30</sup> Isabelle Riassetto, Gestion individuelle de portefeuille, Joly Bourse, date d'actualisation le 6/1/2011, n°008.

<sup>31</sup> Les parts sociales n'étant pas représentées par des titres ne peuvent faire l'objet d'un dépôt même si on admet qu'elles puissent être confiées à un gestionnaire pour compte.

déposées chez un teneur de compte et gérées pour son compte. Le mandat, *stricto sensu*, est fondé sur la notion de représentation<sup>32</sup>.

54. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 18 est une réplique légèrement modifiée de l'article 8 de la loi française n° 2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique. Il prévoit que les *instruments financiers* détenus par les membres du Gouvernement et les présidents et membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes intervenant dans le domaine économique *sont gérés dans des conditions excluant tout droit de regard de leur part pendant la durée de leurs fonctions*<sup>33</sup>. L'alinéa 2 ajoute « ces personnes justifient des mesures prises auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Le domaine d'application de la loi française est plus limité. Il ne concerne que les instruments financiers. L'expression *de gestion excluant tout droit de regard de la part des intéressés* pendant la durée de leurs fonctions est précisée par le décret n° 2014-747 du 1er juillet 2014 relatif à la gestion des instruments financiers détenus par les membres du gouvernement et par les présidents et membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes intervenant dans le domaine économique. Elle consiste en :

1° La détention, l'acquisition ou la cession de parts ou actions d'OPCVM ou de FIA, à l'exception des parts ou actions relevant de l'article L. 214-26-1 du code monétaire et financier et des parts ou actions de fonds professionnels spécialisés ou de fonds professionnels de capital investissement, régis par les articles L. 214-152 à L. 214-162 du même code. En d'autres termes, sont considérés comme remplissant la condition de gestion sans droit de regard, les placements indifférenciés ou par nature gérés par des tiers, tels que les SICAV.

2° La gestion sous mandat conclu avec une personne habilitée à offrir le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, dans les conditions prévues à l'article 3.

Constitue également une gestion sans droit de regard des instruments financiers définis à l'article L. 211-1 précité détenus par les personnes mentionnées au 2° de l'article 1er la conservation en l'état des instruments financiers qui ne sont pas

---

<sup>32</sup> Isabelle Riassetto, op. cit., n°18 écrit que : « le mandat de gestion n'est pas un simple contrat de mandat au sens du Code civil. Le gestionnaire ne se contente pas de conclure des actes juridiques pour le compte de son client. Aussi certains y voient un contrat d'entreprise présentant un caractère aléatoire ou un contrat de mandat mixte ».

<sup>33</sup> La solution est recommandée la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dans un rapport présenté au président français en 2011. Proposition n° 6, p. 116. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/114000051.pdf> Voir l'étude d'impact de la loi : <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-517-ei/pjl11-517-ei.pdf>

en rapport avec le secteur d'activité de l'autorité dont elles sont membres.

Le décret d'application de l'article 8 de la loi française est explicite quant à la nature de la relation liant le titulaire et le gestionnaire. Elle prend appui sur le contrat de mandat. Le mandat a cette particularité d'être exclusif. Il exclut toute possibilité pour une personne comprise dans le champ d'application de la loi de donner au mandataire, directement ou indirectement, et par quelque moyen que ce soit, des instructions d'achat ou de vente portant sur des instruments financiers. La règle d'exclusivité est une exception aux règles de droit commun du mandat<sup>34</sup>. Mais le texte ne semble pas s'opposer à ce que le mandant exerce un contrôle sur le mandataire. Il peut même le révoquer à condition de lui substituer un autre mandataire. La gestion déléguée n'interdit pas au mandant de demander au mandataire de lui fournir des liquidités pour un montant déterminé, dès lors que les instruments financiers cédés à cette fin sont choisis par le mandataire. Le mandant peut apporter de nouvelles liquidités ou de nouveaux instruments financiers au mandataire. Le changement du mandataire ou la modification de des termes du mandat donne lieu à une notification.

**55.** Même si l'article 18 de la loi tunisienne est inspiré de l'article 8 de la loi française, il s'en écarte. Il opte, sans que, il est vrai, le texte soit d'une clarté exemplaire, pour une gestion pour compte de nature fiduciaire.

b) Le gestionnaire pour compte est un agent fiduciaire

**56.** L'alinéa deuxième de l'article 18 ne s'inscrit pas dans une logique de pur mandat. Il énonce que « *la cession de la gestion* prévue à l'alinéa précédent est soumise au contrôle de l'Instance qui doit être tenue informée des mesures prises en son application ». Comme nous pouvons le constater, il n'impose pas de confier à un tiers la gestion mais plus fondamentalement, il impose sa « *cession* ».

**57.** L'expression est à première vue impropre car le verbe *céder* renvoie usuellement au transfert de la propriété d'un bien d'un patrimoine à un autre. Elle évoque dans le langage courant la vente d'une chose. Comment donc lire l'article 18 ?

**58.** La méthode d'interprétation exégétique, consacrée à l'article 532 du Code des obligations et des contrats, se double d'une autre basée sur le principe de la rationalité du législateur. Elle présume que le législateur énonce des règles dotées à la fois d'un sens utile et non contradictoire. Nous devons dans notre démarche interprétative respecter tout à la fois l'expression de la loi et postuler que son choix par le législateur est doté d'une certaine rationalité.

---

<sup>34</sup> Un mandat, même irrévocable, ne prive jamais le mandant du pouvoir d'accomplir lui-même les actes juridiques que le mandataire a pour mission de passer.

59. En respectant ces deux directives d'interprétation, nous nous trouvons devant deux sens possibles parmi lesquels il faut choisir. Le choix doit, au besoin, tenir compte des autres dispositions de la loi et, éventuellement, l'environnement dans lequel elle s'intègre, particulièrement celui du droit des sociétés.
60. Dans une première acception, la cession de la gestion signifie la cession des pouvoirs inhérents à la qualité d'associé ou d'actionnaire sans que ce transfert soit suivi de la cession du droit de propriété sur les titres. Dans une autre acception, la cession de gestion s'accompagne nécessairement d'un transfert de la propriété des titres sociaux aux gestionnaires pour compte.
61. Dans ses premières déclarations publiques, le président de l'INLUCC ne s'est pas aventuré dans l'explication de l'article 18. Il s'est contenté de reprendre l'expression légale en affirmant que « le chef de gouvernement était censé confier la gestion de ses actions à quelqu'un d'autre dans les délais imposés par l'INLUCC »<sup>35</sup>. Mais dans sa déclaration devant l'ARP, le chef du gouvernement a assuré avoir *cédé ses actions* en faveur d'une société faisant partie d'un groupement d'entreprises qui traite avec l'Etat »<sup>36</sup>. En marge de son audition, par la Commission de la réforme administrative, de la bonne gouvernance, de la lutte contre la corruption et de contrôle de la gestion de l'argent public (commission spéciale), le ministre de la Fonction publique, de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption a indiqué que le chef du gouvernement a cédé ses actions et les a confiées à une autre personne pour la gestion, conformément à l'article 18 de la loi n° 2018-46 du 1er août 2018, portant déclaration des biens et des intérêts, de la lutte contre l'enrichissement illicite et le conflit d'intérêt dans le secteur public »<sup>37</sup>. En rapportant les déclarations du chef du gouvernement, certains journaux écrivent que Fakhfakh a *vendu* ou *abandonné* ses actions. La vente impliquant la stipulation d'un prix, les langues se sont déliées. Certaines franges de l'opinion publique se sont mises à spéculer sur le prix de la transaction ; Elyes Fakhfakh, a-t-on dit, a dû valoriser ses titres en tenant compte de la valeur de rendement du marché public attribué<sup>38</sup>. Les réseaux sociaux ayant un effet viral sur de telles spéculations, le chef du gouvernement croyant bien agir en conformant son comportement à la loi est tombé de Charybde en Scylla.

---

<sup>35</sup> <https://www.businessnews.com.tn/chawki-tabib--elyes-fakhfakh-doit-ceder-la-gestion-de-ses-actions.534,99719,3>

<sup>36</sup> <https://www.tap.info.tn/fr/Portail-Titres-de-l-actualit%C3%A9/12816290-elyes-fakhfakh>

<sup>37</sup> <https://lapresse.tn/65905/conflit-dinterets-elyes-fakhfakh-decide-de-vendre-ses-actions/>

<sup>38</sup> <http://kapitalis.com/tunisie/2020/06/23/elyes-fakhfakh-a-t-il-attribue-un-marche-public-a-sa-propre-societe/>

- 62.** En pratique, on a compris que l'article 18 impose un transfert de la propriété des titres de participation à un tiers. Il ne s'agit donc pas d'une simple cession des prérogatives d'associé ou d'actionnaire. Si nous sommes tout à fait d'accord pour considérer que l'article 18 impose un transfert de la propriété des titres de participation, nous ne sommes pas certains aient saisis la nature et le régime juridique de l'opération.
- 63.** En réalité à travers l'article 18 de la loi n°46-2018, le législateur tunisien fait, comme Monsieur Jourdain, de la prose sans le savoir. Il a consacré en droit tunisien, mais sans le nommer, ce que d'autres systèmes étrangers désignent comme étant un *contrat de fiducie*. Il s'agit de transmettre à un tiers la propriété d'un bien dans un but déterminé. Dans notre cas, le but est celui de le gérer au profit du constituant de la fiducie. L'agent s'appelle le fiduciaire. La fiducie est connue surtout en droit anglo-saxon sous le vocable *trust*. Elle a été reçue en droit français<sup>39</sup>. Il l'a définie à l'article 2011 du Code civil comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires ». Le fiduciaire s'engage, le cas échéant moyennant rémunération, à gérer le bien qui lui est transmis pour le compte du constituant et à le lui rétrocéder à une date déterminée.
- 64.** La fiducie du droit français peut porter sur toutes sortes de biens y compris des parts sociales ou actions. « Le fiduciaire, considéré comme le propriétaire des droits sociaux, a la qualité d'associé... Il a droit aux dividendes et exerce le droit de vote pour les décisions collectives, sous réserve d'éventuelles limitations figurant au contrat de fiducie »<sup>40</sup>. Le contrat de fiducie appliqué à des titres de participation permet des réaliser des opérations diverses, telles que le portage des actions<sup>41</sup>, sécuriser des pactes d'actionnaires ou une convention de vote<sup>42</sup>, être un instrument de coopération ou une arme anti-OPA<sup>43</sup>. La fiducie est parfois utilisée pour se mettre hors champ d'application de certaines règles impératives.

---

<sup>39</sup> Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007.

<sup>40</sup> Bénédicte François, Fiducie – Constitution de la fiducie, Répertoire Sociétés, Dalloz, actualisation novembre 2019, n°43 et s.

<sup>41</sup> Brigitte Treille, Les conventions de portage, Revue des sociétés, 1997, p. 721.

<sup>42</sup> Reinhard Dammann, Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires, Bulletin Joly Sociétés, août 2008, p. 652 ; Didier Martin, L'effectivité des clauses relatives au transfert de titres, Bulletin Joly Sociétés, Juillet 2011, p. 617.

<sup>43</sup> Jacques Deege, Défenses anti-OPA, Joly Bourse, date d'actualisation mars 2020, n°210.

C'est le cas en matière de contrôle de concentration<sup>44</sup>. Les autorités boursières tirant les conséquences du transfert de propriété contrôlent le franchissement de seuils des sociétés faisant appel public à l'épargne en vérifiant si le fiduciaire n'agit pas de concert avec le constituant. Une présomption simple est posée en droit français quand le constituant est le bénéficiaire de la fiducie<sup>45</sup>. « Afin d'éviter que le fiduciaire ne soit présumé comme agissant de concert avec le constituant-bénéficiaire, les obligations au titre du contrat de fiducie devront éviter de caractériser un accord en vue de céder des titres, ou pour exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société (ou pour obtenir son contrôle). L'absence de concert ne pourra être retenue que si le fiduciaire bénéficie d'une certaine liberté »<sup>46</sup>.

**65.** Alors que dans tous ces usages, le contrat de fiducie est facultatif et l'instrument d'une politique financière pour le constituant, il devient, en vertu de l'article 18 de la loi n°2018-46, obligatoire. La personne rentrant dans le champ d'application de la norme doit, à défaut d'avoir pu réellement se désinvestir, céder la gestion de ses titres de participation à un tiers, c'est-à-dire constituer une fiducie sous peine de commettre une infraction pénale. Une certaine suspicion pèse sur l'homme politique qui risque d'utiliser ses droits sociaux à des fins contraires à la morale politique. Mais comme le mandat d'un homme politique est nécessairement limité dans le temps, et comme il ne s'agit pas d'exproprier un bien ou d'imposer une vente définitive, le législateur s'est limité à imposer une cession fiduciaire, provisoire, des parts sociales ou actions.

**66.** De la sorte, l'article 17 de la loi 2018-46, qui interdit à un homme politique d'être membre d'une assemblée délibérante trouve son sens dans l'obligation qui lui est faite de transférer fiduciairement la propriété de ses titres.

**67.** Les règles de droit des sociétés imposent à leur tour un tel transfert. On ne peut admettre une cession du droit de vote sans la cession de la propriété des titres

---

<sup>44</sup> François Barrière, La fiducie, Joly Sociétés, écrit à la note en bas de page "Lors des opérations Tetra Laval/Sidel et Schneider/Legrand en 2001, deux offres publiques d'acquisition impliquant des sociétés françaises et rentrant dans les seuils de contrôle de la concurrence communautaire, la presse a révélé que les actions acquises suite aux offres publiques et dans l'attente de l'éventuelle autorisation communautaire ont été, tant pour celles acquises par Tetra Laval SA que par Schneider, mises en trust, ce qui peut paraître déconcertant, les actions acquises étant régies par le droit français. La Commission européenne a depuis (le 2 mai 2003) institué un contrat-type de « trust » pour ce type d'opérations ».

<sup>45</sup> L art. L. 233-10, II, 5° du Code de commerce français présume le concert entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.

<sup>46</sup> François Barrière, Le fiduciaire-actionnaire, Revue des Sociétés, 2018, p. 428.

sociaux<sup>47</sup>. C'est le fiduciaire qui sera considéré par la société comme le véritable associé et exercera les prérogatives d'associés tant politiques (vote et droit d'information) que pécuniaires. Mais comme le gestionnaire pour compte dispose d'un droit de propriété finalisé, il devra respecter les obligations ou limitations des pouvoirs prévues dans le contrat. Dans ces conditions, l'expression employée par le législateur d'une cession de la gestion trouve sa valeur explicative. Il s'agit de réaliser une opération de fiducie-gestion.

**68.** La solution retenue par le droit tunisien est proche de celle consacré par le droit canadien dans la loi établissant des règles concernant les conflits d'intérêts et l'après-mandat pour les titulaires de charge publique. L'article 27 (1) énonce que sous réserve des paragraphes (9) et (10), il incombe au titulaire de charge publique principal, dans les cent vingt jours suivant sa nomination, de se dessaisir de ses biens contrôlés de l'une des façons suivantes :

- a. vente à un tiers avec qui il n'a aucun lien de dépendance
- b. dépôt dans une fiducie sans droit de regard.

**69.** La fiducie sans droit de regard signifie que :

- a) les biens placés en fiducie sont inscrits au nom du fiduciaire à moins qu'ils ne soient placés dans un régime enregistré d'épargne-retraite;
- b) le titulaire ne peut exercer aucun pouvoir de gestion ni de contrôle sur les biens en fiducie;
- c) le fiduciaire ne peut ni demander ni recevoir des instructions ou des conseils du titulaire au sujet de la gestion ou de l'administration des biens;
- d) la liste des biens en fiducie est annexée à la convention;
- e) la fiducie continue d'exister tant que le titulaire de charge publique principal qui l'a établie occupe son poste ; elle doit être dissoute dès qu'elle ne contient plus de biens ;
- f) le fiduciaire remet les biens en fiducie au titulaire dès que la fiducie prend fin;
- g) le fiduciaire ne doit fournir que les renseignements requis pour les déclarations exigées par la loi et les rapports périodiques sur la valeur globale de la fiducie, sans jamais fournir de renseignements concernant la composition de celle-ci;
- h) le titulaire peut toucher les revenus générés par la fiducie, y déposer ou en retirer des capitaux;
- i) le fiduciaire ne doit avoir aucun lien de dépendance avec le titulaire, et le commissaire doit en être convaincu;
- j) le fiduciaire doit être :
  - i. soit un fiduciaire public,

---

<sup>47</sup> Vincent Thomas, Fiducie sur titres sociaux : la qualité d'associé du constituant, Revue Lamy droit civil, n°168, mars 2019, p. 43 et s.

- ii. soit une société ouverte, telle qu'une société de fiducie ou de placement, qui a qualité pour s'acquitter des fonctions de fiduciaire,
  - iii. soit encore un particulier qui peut s'acquitter de ce genre de tâches dans le cadre de son travail;
- k) le fiduciaire est tenu de fournir au commissaire, le jour anniversaire de l'établissement de la fiducie, un rapport annuel écrit indiquant la nature, la valeur marchande et un rapprochement des biens de la fiducie, le bénéfice net de la fiducie de l'année précédente et, le cas échéant, les honoraires du fiduciaire.

**70.** La gestion fiduciaire sans droit de regard, n'interdit pas au constituant de stipuler des instructions générales d'investissement dans la convention de fiducie. Elles doivent être approuvées au préalable par le commissaire. Les instructions peuvent indiquer la répartition en pourcentage des sommes à investir dans diverses catégories de risque, mais elles ne peuvent faire état de secteurs particuliers d'activités économiques, sauf dans le cas où des dispositions législatives limitent le type de biens que le titulaire d'une charge publique peut posséder. Il est entendu qu'aucune instruction verbale n'est permise à l'égard d'une convention de fiducie sans droit de regard.

**71.** En vertu de l'article 18, l'INLUCC sera informée de la réalisation de l'opération de cession-gestion. Cette information lui permettra d'exercer un contrôle sur le contenu du contrat et examiner si les éventuelles limitations des pouvoirs du gestionnaire pour compte ne permettent pas d'éluder les obligations d'évitement du conflit d'intérêts. Dans les circonstances d'énonciation de la loi 2018-46, le gérant pour compte doit disposer d'une certaine liberté d'action, notamment dans l'exercice des droits politiques. Le constituant de la fiducie, en l'occurrence la personne visée à l'article 18, ne peut se réserver le droit de vote par certaines techniques juridiques telles qu'une location des titres sociaux, un prêt de consommation ou un démembrement de propriété. Il ne peut donner des instructions au gestionnaire. Mais il n'est pas interdit qu'il se réserve le droit de percevoir les dividendes<sup>48</sup>. L'INLUCC peut s'inspirer des règles posées par la loi canadienne pour définir l'étendue du contrôle qu'elle exerce sur la convention de fiducie-gestion.

**72.** La solution consacrée par l'article 18 est bonne. Elle peut recevoir des améliorations par un règlement administratif qui définit ses conditions d'application. Néanmoins une intervention législative est nécessaire pour fixer un cadre au contrat de fiducie<sup>49</sup>, que ce soit en droit privé, en droit comptable<sup>50</sup> ou

---

<sup>48</sup> Dans une société immobilière d'attribution, les parts sociales ou actions peuvent conférer à l'associé ou à l'actionnaire la jouissance de l'immeuble. La cession fiduciaire des parts sociales ou actions dans cette société est compatible avec le maintien de ce droit de jouissance.

<sup>49</sup> Il existe cependant situations fiduciaires particulières. Voir par exemple la loi n° 2000-92 du 31 octobre 2000, relative aux actes de cession ou de nantissement de créances professionnelles et à la mobilisation

en droit fiscal<sup>51</sup>. Pour s'en tenir au seul aspect de droit civil, il est impérieux de prévoir une règle légale énonçant que le patrimoine fiduciaire est un patrimoine distinct du patrimoine propre du fiduciaire<sup>52</sup>.

73. Le vide législatif que nous avons signalé au fond contraste paradoxalement avec le système de publicité légale de la cession fiduciaire prévue par la loi sur le registre national des entreprises.

### 3) *Publicité légale de la fiducie-gestion*

---

des crédits rattachés ; la loi n°2012-24 du 24 décembre 2012 relative à la convention de la pension livrée de valeurs mobilières et des effets de commerce, son décret d'application n° 2012-3416 du 31 Décembre 2012 fixant les conditions et les modalités de livraison des valeurs mobilières et des effets de commerce dans le cadre des opérations de pension livrée et la circulaire aux banques de la BCT n°2013-5 du 30 avril 2013 publiant l'accord cadre type régissant les opérations de pensions livrées. En revanche, la situation est indécise lorsqu'il s'agit de fonds mis par des tiers à la disposition des sociétés d'investissement à capital-risque pour être gérés pour leur compte (article 23 nouveau de la loi n°88-92 du 2 août 1988 relative aux sociétés d'investissement tel que modifié par le décret-loi n°2011-99 du 21 octobre 2011 portant modification de la législation applicable aux sociétés d'investissement à capital-risque et les fonds communs de placement à capital-risque et les conditions de leurs interventions. Les fonds peuvent être mis à la disposition de la SICAR soit par des investisseurs avertis soit par des investisseurs non avertis. Dans ce dernier cas, un règlement du CMF doit déterminer les conditions de protection de leurs. La nature du contrat de mise disposition des fonds n'est pas précisée. Nous pouvons songer à l'application de l'article 1195 du Code des obligations et des contrats relatif au contrat de commande. « La commande est le contrat par lequel une personne, appelée bailleur de fonds, remet un capital déterminé à une autre personne, dénommée gérant ou agent, lequel se charge d'employer ce capital dans le commerce, en son propre nom, mais pour le compte du bailleur de fonds, moyennant une quotité déterminée dans les bénéfices ». Voir note 52 *infra*.

<sup>50</sup> En droit français, les aspects comptables de la fiducie sont évoqués dans l'article 12 de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Le paragraphe IV de l'article renvoie à un règlement du Comité de la réglementation comptable (CRC).

<sup>51</sup> Le législateur français a prévu un mécanisme de neutralité fiscale. S'agissant des *impôts directs*, les résultats de la fiducie seraient compris dans le résultat du constituant. Les résultats de la fiducie seront déterminés et imposés selon les règles applicables à la nature de l'activité afférente aux biens ou droits en fiducie. Toutefois, lorsque le bénéficiaire est une entreprise, le résultat sera déterminé selon le régime qui lui est applicable (impôt sur les sociétés, bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices non commerciaux, bénéfices agricoles). Le transfert de biens et droits dans un patrimoine fiduciaire n'entraînera pas l'imposition des gains ou pertes afférents à la valeur réelle des droits dans le résultat de l'exercice du transfert. En revanche, ces gains ou pertes seront imposables lors de la transmission du contrat de fiducie par le constituant, ou lors de la cession des biens par le fiduciaire (articles 5 à 7). Pour la *taxe sur la valeur ajoutée*, la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire est organisée. Le fiduciaire sera le redevable de cette taxe assise sur son activité de fiduciaire (article 8). En matière de *fiscalité locale*, il appartiendra au fiduciaire d'acquitter la *taxe professionnelle* et la *taxe foncière* (article 9). <https://www.senat.fr/rap/106-011/106-0118.html>

<sup>52</sup> La règle est-elle implicitement admise dans l'article 1205 du Code des obligations et des contrats ? Il prévoit que "Le gérant peut se charger des affaires d'autres personnes, *pourvu qu'il les tienne distinctes les unes des autres* ....." La portée de la règle est indécise. S'agit-il d'une simple règle de droit comptable dans le sens où le gérant doit tenir des comptes distincts entre les différentes opérations commerciales qu'il entreprend pour le compte de ses commettants ? Où s'agit-il d'un véritable patrimoine d'affectation ?

74. L'article 18 de la loi n°2018-46 oblige les personnes rentrant dans le champ d'application du texte à tenir informée l'INLUCC des mesures par eux pour confier la gestion de leurs parts sociales et actions à un tiers. La loi est peu éloquente sur le rôle spécifique de l'Instance. L'information permet à l'Instance de vérifier la réalité de la cession et la nature des pouvoirs éventuellement réservés par le constituant s'ils ne sont pas de nature à remettre en cause, les objectifs de la loi. Il n'est pas exclu qu'elle étende son contrôle sur le gestionnaire pour compte pendant la durée du contrat.

75. Ce qu'il faut toutefois noter c'est que cette information spéciale à donner à l'INLUCC n'est pas exclusive d'une véritable publicité légale destinée à informer le public. Cette publicité est rendue obligatoire par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2018-52 du 29 octobre 2018, relative au registre national des entreprises. Ce registre a pour but de consolider la transparence dans les opérations économiques et financières à travers la centralisation des informations, données et documents concernant les personnes physiques, les personnes morales et les arrangements légaux opérant dans le domaine économique et les associations pour leur conservation et leur mise à la disposition du public et les institutions étatiques concernées par ces informations. L'expression arrangements légaux est définie à l'article 2 comme signifiant les fonds fiduciaires directs et autres arrangements légaux assimilés en ce compris « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires ». C'est une reprise mot par mot de l'article 2011 du Code civil française relatif à la définition de la fiducie.

#### *4) Les entraves à la cession fiduciaire de l'article 18*

76. Les personnes rentrant dans le champ d'application de l'article 18 doivent céder à un tiers gestionnaire pour compte les participations qu'elles détiennent dans des sociétés privées. La loi leur impartit un délai de 60 jours à compter de la date de leur nomination. Dans le cas particulier du gouvernement Elyes Fakhfakh, le délai a commencé à courir le 27 février 2020. La survenance de la crise sanitaire provoquée par le Covid-19 a eu pour effet de suspendre les obligations assorties d'un terme, y compris celle prévue à l'article 18<sup>53</sup>. Nous ferons abstraction de cette circonstance exceptionnelle pour nous atteler à l'étude du régime de droit commun instauré par l'article 18. Une lecture attentive du texte permet de relever que le législateur n'a pas tenu compte des contraintes juridiques pouvant entraver la cession fiduciaire qu'il impose. Une réécriture du texte s'impose d'urgence.

---

<sup>53</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret-loi n°2020-8 du 17 avril 2020, portant suspension des procédures et délais.

- 77.** Quand une personne décide librement de réaliser une cession fiduciaire de ses titres sociaux, elle doit se plier au régime légal applicable à ladite cession. Ce régime varie selon la nature du titre à céder.
- 78.** Par exemple, la cession par un associé en nom de ses parts d'intérêt nécessite le consentement unanime des autres associés<sup>54</sup>. La même règle est prévue dans la société en commandite simple<sup>55</sup>. Dans une société à responsabilité limitée, la cession des parts sociales à un tiers étranger à la société doit être autorisée par celle-ci par une délibération prise par la majorité des associés détenant les trois quart du capital<sup>56</sup>. Les statuts d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne peuvent comporter une clause d'agrément soumettant la cession d'actions à un tiers étranger à l'agrément de la société<sup>57</sup>. Dans tous ces cas, la cession fiduciaire peut heurter soit à un refus d'autorisation soit à un dépassement du délai de 60 jours pour la réaliser.
- 79.** Les titres à céder peuvent être indisponibles pour leurs titulaires en vertu d'un pacte d'actionnaires comportant une clause d'incessibilité ou en vertu d'un contrat de nantissement.
- 80.** Dans certaines sociétés, le capital social ne peut être réparti qu'entre des personnes physiques. C'est le cas des sociétés propriétaires de terres agricoles. Or une cession fiduciaire faite nécessairement à une personne morale contrevient à la loi et est frappée de nullité absolue<sup>58</sup>.
- 81.** Les rédacteurs de l'article 18 n'ont pas pensé à ses écueils et autres que nous n'avons pas recensés. Ils peuvent entraver ou rendre difficile la cession fiduciaire des titres de participation. Le législateur a raisonné comme si l'opération dépend exclusivement de la volonté du titulaire des titres sociaux. Un paradigme

---

<sup>54</sup> Article 56 du Code des sociétés commerciales.

<sup>55</sup> Article 75 du Code des sociétés commerciales.

<sup>56</sup> Article 109 du Code des sociétés commerciales.

<sup>57</sup> Article 321 du Code des sociétés commerciales.

<sup>58</sup> En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 97-33 du 26 mai 1997, modifiant la loi no 69-56 du 22 septembre 1969 relative à la réforme des structures agricoles, le droit de propriété des terres agricoles ne peut appartenir qu'aux personnes physiques de nationalité tunisienne, aux coopératives, aux personnes morales à caractère public, aux sociétés civiles et à responsabilité limitée dont tous les participants sont des personnes physiques de nationalité tunisienne et aux sociétés anonymes créées conformément aux dispositions de la loi n° 89-143 du 8 mars 1989 relative aux conditions d'exercice des activités agricoles par les sociétés anonymes. Cette dernière loi exige que le capital soit représenté par des titres nominatifs détenus par des personnes physiques de nationalité tunisienne. Ces solutions ne sont pas remises en cause par la loi sur l'investissement.

implicite gouverne cette pensée. Le statut de propriétaire conférant le pouvoir de disposer de la chose, le titulaire doit être en mesure de les céder et de conformer sa situation à l'injonction légale. Or lorsqu'il s'agit de légiférer et de prendre une nouvelle norme, il faut prendre soin de mesurer son *impact juridique*.

**82.** Nous devons être conscients de la différence de nature entre la constitution libre d'une fiducie et celle rendue obligatoire en vertu d'une loi. Dans le premier cas, le constituant agit dans une logique de gestion des éléments de son patrimoine. Il doit faire son affaire pour surmonter les différents obstacles à la cession fiduciaire qu'il envisage. S'il ne peut le faire, il ne constitue pas la fiducie et maintient la propriété de ses titres. Son rapport avec les sociétés dans lesquelles il détient une participation est une affaire strictement privée. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une cession fiduciaire obligatoire, l'intéressé est soumis à une double contrainte juridique : soit céder ses titres en violation des dispositions régissant les titres objet de cession soit ne pas les céder et commettre une violation.

**83.** Pour donner pleine efficacité au mécanisme impératif de l'article 18, une modification de la loi doit intervenir. Elle peut soit limiter le champ d'application de la disposition aux seuls titres de participation pour lesquels il existe un marché organisé de titres<sup>59</sup> ou ajouter une disposition qui libéralise la cession fiduciaire faite en application de l'article 18. A cette dernière fin, le législateur peut donner à L'INLUCC le pouvoir de vérifier l'applicabilité du texte et s'assurer que la cession fiduciaire n'est pas destinée à éluder les dispositions applicables à la cession des titres selon leur nature juridique.

**84.** L'article 18 sous une autre version doit aussi prévoir que la fiducie qui a pour objet des titres de participation antérieurement nantis, les droits du créancier nanti subissent le droit de suite entre les mains de celui au profit de qui le bien a été transféré. Plus délicate est, en revanche, la situation née de l'existence d'un pacte d'actionnaires entre le constituant et un tiers. Il n'est pas interdit de prévoir comme solution à l'article 18 une transmission de plein droit du pacte à l'agent fiduciaire<sup>60</sup>.

**85.** Ce n'est qu'avec de tels aménagements légaux que la cession fiduciaire obligatoire dans le délai imparti est praticable.

---

<sup>59</sup> C'est la solution choisie par le droit canadien.

<sup>60</sup> Une question similaire s'est posée à l'occasion de la confiscation des biens et avoirs en application du décret-loi n°2011-13 du 14 mars 2011. Il s'agit de savoir si les pactes d'actionnaires conclus par les titulaires des actions confisquées sont transmis à l'Etat. En principe, la réponse est négative. Voir notre article la confiscation des titres de participation issue du décret-loi n°2011-13 du 14 mars 2011, n°56 et s. <https://samifrikha.blogspot.com/2015/08/la-confiscation-des-titres-de.html>

### § III L'incapacité spéciale de contracter avec l'Etat, les collectivités publiques locales, établissement publics et entreprises publiques

**86.** Nous faisons une petite mise au point concernant une distinction classique entre l'incompatibilité consacrée dans l'article 17 et l'incapacité spéciale de contracter de l'article 20 **(A)** et nous cherchons comment le législateur a cherché à assurer une certaine articulation de ce dernier article avec la cession fiduciaire **(B)**.

#### **A) Distinction entre l'incompatibilité de l'art 17 et l'incapacité spéciale de contracter de l'article 20**

**87.** Il nous a été donné l'occasion de voir que l'article 17 interdit le cumul d'un mandat politique avec l'exercice de certaines activités professionnelles, telles que le commerce, l'industrie et une profession libérale. Nous avons écrit qu'il s'agit de la consécration d'une incompatibilité ; elle s'applique aux situations dans lesquelles une même personne exerce plusieurs activités professionnelles. La crainte que l'exercice d'une activité professionnelle basée sur la recherche du profit personnel nuise à l'activité politique tournée vers la recherche de l'intérêt général. L'homme politique doit consacrer son activité professionnelle au service de l'Etat et ses démembrements.

**88.** L'incompatibilité de l'article 17 ne doit pas être confondue avec l'incapacité de contracter posée à l'article 20 de la loi n°2018-460. « Il interdit aux personnes visées aux numéros 1, 2, 3, 6, et 7 de l'article 5 de la loi, de commercer au cours de leur mandat avec l'Etat, les collectivités publiques locales et les établissements ou entreprises publics ». Le champ d'application personnel de cet article est légèrement différent de celui des articles 17 et 18. C'est une incapacité spéciale de contracter fondée sur un motif de suspicion et de défiance à l'égard des personnes visées par la mesure. Cette solution n'est pas inconnue en droit commun. Le législateur pose à l'article 566 du Code des obligations et des contrats une incapacité d'acquérir des droits litigieux frappant les magistrats, greffiers, avocats, mandataires *ad litem*. Ils ne peuvent ni par eux-mêmes, ni par personne interposée, à peine de nullité, se rendre acquéreurs ou cessionnaires, à quelque titre que ce soit, en tout ou en partie, des droits litigieux qui sont de la compétence des tribunaux dans le ressort desquels ils exercent leurs fonctions. La vente en ce cas est nulle de plein droit ; la nullité en devra être prononcée à la requête de tout intéressé et même d'office.

**89.** Plusieurs personnes parmi celles visées par l'article 17 sont également visées par l'article 20. Le non-respect de l'incompatibilité est sanctionné pénalement en vertu de l'article 34. Au plan civil, les contrats conclus malgré l'incompatibilité ne sont pas nuls. Mais lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu malgré l'incapacité spéciale avec l'Etat, une collectivité publique locale, un établissement ou une entreprise

publique, la sanction pénale est doublée, en vertu de l'article 539 du Code des obligations et des contrats, d'une sanction civile par la nullité du contrat.

## **B) Extension implicite de l'incapacité spéciale de contracter**

**90.** Il est indéniable que l'article 20 n'édicte une incapacité spéciale de contracter qu'à l'égard de certaines personnes physiques en raison de leurs mandats politiques, mais il faut prêter attention à la rédaction de l'article 20 qui, tout au début, réserve le respect de l'article 18 de la même loi. Deux conséquences implicites découlent de cette réserve :

- une société dans le capital de laquelle l'homme politique détient une participation, ne peut conclure un marché public tant que cette participation n'a pas été encore cédée à un gestionnaire pour compte ;
- la société dans le capital de laquelle un gérant pour compte détient une participation peut valablement conclure un marché public.

**91.** En d'autres termes, l'article 20 étend implicitement l'incapacité spéciale de contracter aux sociétés dans lesquelles l'homme politique détient encore une participation pendant le délai qui lui est imparti pour opérer la cession de la gestion.

**92.** La mise en œuvre de l'articulation entre les articles 18 et 20 pose un épineux problème du fait que la mise en place d'une gestion pour compte nécessite une certaine durée et que parallèlement le marché public est à formation successive. On peut par exemple se poser la question de savoir à quel moment exact, l'incapacité de contracter doit-elle être appréciée ? Est-ce au moment de la présentation de la soumission, de l'ouverture des plis, l'évaluation des offres ou à la signature du marché ?

## **Conclusion**

**93.** Les dernières affaires ayant agité la scène politique en matière des conflits d'intérêts, ont le mérite de révéler que la loi n°2018-46 s'insère dans un environnement juridique inadéquat parce que lacunaire ne dotant pas la fiducie d'un cadre juridique, comptable et fiscal. Par ailleurs, un décret d'application de l'article 18 de la loi est souhaitable. Il précisera les modalités pratiques de la cession fiduciaire et l'étendue et la nature du contrôle exercé par l'INLUCC. Mais cette intervention réglementaire demeure insuffisante car il faut d'une part lever les obstacles juridiques à la mise en place de cette espèce particulière de fiducie-suspicion et d'autre part assurer une meilleure articulation entre la mise en place

de la gestion fiduciaire et l'incapacité spéciale de l'homme politique à commercer avec des entités publiques.

**Sami Frikha**