



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Recommandation n° 2021-R-01 du 25 mars 2021

concernant le projet de délibération relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la décision n° 2021-SO-01 du 25 janvier 2021 par laquelle l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« Autorité ») s'est saisie d'office du projet de délibération du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi du pays n°2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de commerce et notamment son article Lp. 462-4 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale adjointe, le rapporteur entendus lors de la séance du 26 février 2021 ;

Après en avoir délibéré le même jour, est d'avis de présenter les observations qui suivent :

Résumé

Par décision n° 2021-SO-01 du 25 janvier 2021, l'Autorité s'est saisie d'office concernant le projet de délibération du gouvernement relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce. Cette auto-saisine est fondée sur l'article Lp. 462-4 du code de commerce qui prévoit que l'Autorité « *peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence* » et en regard du fait que le projet de délibération a notamment pour objectif de « *permettre l'ouverture à la concurrence de la profession* ».

L'Autorité a déjà eu l'occasion d'analyser l'organisation de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie (auparavant mandataire-liquidateur), dans son avis n° 19-A-01 relatif à la demande d'avis de la CPME-NC ainsi que dans son avis n° 19-A-05 sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

Dans le cadre du présent avis, qui analyse à la fois les modalités de rémunérations des professions de mandataire judiciaires (chargés de représenter les intérêts des créanciers) et d'administrateurs judiciaires (chargés d'assister ou de remplacer les dirigeants pour faciliter la poursuite de l'exploitation) ainsi que les conditions d'accès à la profession, l'Autorité a pris soin de consulter à nouveau toutes les parties prenantes.

Lors de l'examen de la situation concurrentielle, l'Autorité a constaté que l'organisation et le fonctionnement de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie avaient conduit à l'émergence d'un monopole de fait problématique pour les usagers, tandis que l'existence d'une seule étude d'administrateur judiciaire sur le territoire ne cristallise pas les mêmes critiques sur le coût des procédures et la durée en traitement des dossiers, principalement parce que le recours à un mandataire judiciaire est plus limité.

Les chiffres recueillis au cours de l'instruction montrent que les procédures collectives sont en augmentation depuis 2018 même si cette tendance s'est inversée en 2020, principalement en raison des diverses aides Covid-19, de façon comparable à la métropole. Toutefois, cette baisse conjoncturelle n'est pas de nature à remettre en cause la nécessité d'insuffler davantage de concurrence au sein de la profession de mandataire judiciaire, d'autant que les organisations professionnelles disent anticiper une augmentation du nombre de procédures à l'issue des mesures d'accompagnement économique.

Les recommandations émises par l'Autorité en faveur d'une réforme de l'organisation et de l'exercice de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie dans ses avis n° 2019-A-01 et n° 2019-A-05 sont donc toujours d'actualité, pour celles qui n'ont pas encore été mises en œuvre ou partiellement mises en œuvre par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

Le projet de délibération examiné dans le cadre du présent avis s'inscrit dans le prolongement de ces recommandations et tend à réduire les coûts des procédures collectives et les barrières à l'entrée à la fonction de mandataire judiciaire.

S'agissant des modalités de rémunération des mandataires de justice, le premier article du projet de délibération envisage (i) la révision à la baisse du droit fixe lié à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, (ii) le remplacement du droit proportionnel de 5 % en cas de contestations de créances par un barème dégressif et (iii) la révision à la baisse du plafond maximal de rémunération relatif aux créances allouées aux mandataires judiciaires.

L'Autorité constate en premier lieu que le gouvernement n'a pas consacré au niveau législatif le principe d'orientation vers les coûts des tarifs des mandataires et que le projet de délibération ne mentionne toujours pas expressément ce principe alors qu'il est indispensable en matière de tarifs réglementés. L'Autorité estime donc qu'il est important de compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant, au sein de la « Section 1 : De la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur », un article liminaire énonçant le principe d'une orientation vers les coûts en s'inspirant de la rédaction des articles L. 444-2 et R.444-5 du code de commerce de l'Etat (**recommandation n° 1**).

L'Autorité revient également sur la nécessité d'organiser la révision périodique des tarifs en Nouvelle-Calédonie. L'Autorité propose en conséquence de compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant une clause de révision périodique des tarifs réglementés selon une fréquence quinquennale (**recommandation n° 2**).

La révision à la baisse du droit fixe lié à l'ouverture de la procédure, par le biais d'une rémunération forfaitaire, en fonction du nombre de salariés de l'entreprise, est conforme aux recommandations de l'Autorité, de même que la suppression du droit proportionnel de 5 % alloué aux mandataires judiciaires concernant la contestation des créances. Toutefois, l'inscription des créances salariales dans l'assiette de rémunération des mandataires en cas de contestation de créances est en contradiction avec le droit métropolitain et les recommandations antérieures de l'Autorité, d'autant qu'aucun élément ni aucune spécificité économique locale ne justifie un tel choix. L'Autorité suggère donc de supprimer les créances salariales de l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances et d'engager une réflexion avec l'ensemble des parties prenantes pour évaluer selon quelles modalités une affiliation à un fonds de garanties sur les salaires local ou métropolitain serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation (**recommandation n° 3**).

Pour éviter le risque de « sur-rémunération » en cas de contestation de créances, l'Autorité propose de privilégier un droit fixe plutôt que la rémunération proportionnelle dégressive prévue à l'article R. 663-14 du code de commerce, dont le montant exact - hors créances salariales - sera précisé dans l'arrêté à venir (**recommandation n° 4**).

La révision à la baisse du plafond maximal des droits relatifs aux créances alloués aux mandataires judiciaires à 7 millions F.CFP (contre 12 millions précédemment) s'inscrit dans le bon sens mais n'apparaît pas vraiment pertinent puisqu'un seul dossier par an dépasse ce seuil. L'Autorité propose donc d'abaisser le plafond en s'inspirant du modèle polynésien qui prévoit un plafond maximal de 2 millions de F.CFP puisque seule une dizaine d'affaires par an dépasse ce seuil en Nouvelle-Calédonie (**recommandation n° 5**).

Par ailleurs, l'Autorité regrette de n'avoir pu analyser l'arrêté du gouvernement déterminant les barèmes et montants prévus des émoluments des mandataires et invite donc le gouvernement à lui transmettre sans délai le projet d'arrêt fixant les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice, qui devront respecter le principe général d'orientation vers les coûts (**recommandation n° 6**).

Enfin, l'Autorité constate que l'article 4 du projet de délibération ne prévoit pas une entrée en vigueur rapide de l'arrêté précité, ce qui est de nature à conduire au maintien d'une situation de « rente injustifiée » sans limite. Elle recommande donc de fixer dans la délibération le délai dans lequel l'arrêté d'application devra être adopté qui pourrait être de trois mois, pour une entrée en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (**recommandation n° 7**).

S'agissant de l'organisation et du fonctionnement des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, le deuxième article du projet de délibération vient compléter le cadre législatif existant, principalement en établissant les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission des mandataires, en précisant la procédure d'examen des candidatures à la fonction de mandataires de justice, en établissant le cadre dans lequel un mandataire de justice peut être poursuivi disciplinairement et en fixant les obligations et règles comptables qui s'imposent aux mandataires de justice.

Dans son analyse, l'Autorité insiste sur la nécessité de garantir la transparence, de façon générale, de l'action de la commission des mandataires en prévoyant que ses décisions soient motivées et rendues publiques (**recommandation n° 8**).

En matière d'examen des candidatures, elle recommande en outre de compléter le code de commerce pour fixer un délai maximal de six mois entre la demande d'inscription des candidats et la décision de nomination ou non par la commission (**recommandation n° 9**).

Sur les seuils de désignation des administrateurs judiciaires, l'Autorité constate que ce seuil de désignation est supérieur en Nouvelle-Calédonie (seuil de 50 salariés) par rapport à la métropole (seuil de vingt salariés) et ce, sans adéquation avec la réalité du tissu économique calédonien composé essentiellement de TPE et de PME. L'Autorité préconise donc de modifier la délibération n° 352 et de fixer le seuil de désignation des administrateurs judiciaires adaptés à la réalité du tissu économique calédonien, qui pourrait être de 20 salariés (**recommandation n° 10**).

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après)

SOMMAIRE

Résumé	2
Introduction	5
I. Rappel du contexte économique et juridique	7
A. La réglementation applicable	7
1. La loi du pays n°2020-2 du 20 janvier 2020.....	7
2. La délibération n° 244 du 18 décembre 1991	8
3. La délibération n° 352 du 18 janvier 2008.....	8
B. La situation concurrentielle.....	8
C. Les données chiffrées des procédures collectives en Nouvelle-Calédonie	10
D. Les suites données à l’avis n° 2019-A-01 et à l’avis n° 2019-A-05 de l’Autorité	12
II. Le projet de délibération relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce	15
A. Les objectifs et le contenu du projet de délibération	15
1. Les objectifs	15
2. Le contenu	15
3. Les nouvelles modalités de rémunération envisagées concernant les mandataires de justice	15
4. Les précisions apportées concernant l’organisation et le fonctionnement des professions d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire	16
B. L’analyse concurrentielle.....	18
1. Sur la rémunération des mandataires judiciaires et des administrateurs judiciaires	18
2. Sur les conditions d’accès à la profession de mandataire de justice	31
3. Sur les seuils de désignation des administrateurs judiciaires	33
III. Conclusion et recommandations	33

Introduction

1. Par décision n° 2021-SO-01 du 25 janvier 2021¹, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« Autorité ») s'est saisie d'office concernant le projet de délibération relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « projet de délibération »)².
2. Cette décision de saisine d'office a été transmise au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « le gouvernement ») et au congrès de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « le congrès »)³.
3. La saisine de l'Autorité est fondée sur l'article Lp. 462-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce ») lequel dispose que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. (...)* ».
4. Dans son communiqué du mardi 1^{er} décembre 2020, le gouvernement indique, à propos du projet de délibération, que « *ce texte a pour objectif de permettre l'ouverture à la concurrence de la profession, de réviser à la baisse les tarifs et de faciliter le rebond des entrepreneurs* »⁴.
5. L'Autorité est donc compétente, au titre de l'article Lp. 462-4 du code de commerce, pour se prononcer sur ce projet de délibération lequel comprend à la fois des dispositions concernant les modalités de rémunération et des dispositions afférentes à l'organisation et au fonctionnement de la profession de mandataire de justice.
6. Dans son rapport au congrès, le gouvernement relève « *qu'à la différence du texte d'origine, le présent texte fixe uniquement le cadre et les principes de calcul de la rémunération accordée et renvoie à un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le soin de déterminer les barèmes et les montants précis des émoluments* »⁵.
7. Dans le cadre de cette auto-saisine, l'Autorité n'a malheureusement pas pu avoir connaissance du projet d'arrêté mentionné dans le projet de délibération malgré plusieurs demandes au Gouvernement.
8. L'Autorité a déjà analysé l'organisation de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie, appelé auparavant mandataire-liquidateur, dans l'avis n°19-A-01 relatif à la demande d'avis de la Confédération des petites et moyennes entreprises de la Nouvelle-Calédonie sur l'organisation et l'exercice de la profession de mandataire-liquidateur (ci-après « l'avis n°2019-A-01 ») et, dans une moindre mesure, dans l'avis n°19-A-05 du 6 décembre 2019 sur l'avant-

¹ Annexe 01, cotes 1-2.

² Le projet de délibération, le rapport au congrès et le tableau de consolidation sont accessibles via les liens suivants : <https://www.congres.nc/textes/projet-de-deliberation-relative-aux-mandataires-de-justice-et-modifiant-les-livres-vi-et-viii-du-code-du-commerce-applicable-en-nouvelle-caledonie-rapport-n-94-gnc-du-01-12-2020/>.

³ Annexe 03, cotes 5-6. En l'espèce, l'Autorité a été destinataire du projet de délibération et s'attendait à être officiellement saisie par le gouvernement sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce lequel dispose que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est obligatoirement consultée par le congrès, sur toute proposition de loi du pays et de délibération et par le gouvernement sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté instituant ou renouvelant un régime ayant directement pour effet : (...)3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Dans son guide d'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs, l'Autorité précise d'ailleurs que : « *La réglementation des prix peut revêtir diverses formes : la fixation d'un prix minimum ou d'un prix maximal ou la réglementation de certaines composantes ou modalités de fixation du prix* » (§186) (soulignement ajouté). En l'absence de saisine par le gouvernement, l'Autorité s'est saisie d'office sur le fondement de l'article Lp. 462-4 du code de commerce.

⁴ Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Communiqué du mardi 1^{er} décembre 2020. Disponible via le lien suivant : https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/2020.12.01_cp_mesures_du_plan_de_soutien_a_la_croissance_economique.pdf.

⁵ Le texte d'origine est la délibération n° 244 du 18 décembre 1991 relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise.

projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne (ci-après « l'avis n°2019-A-05 »)⁶.

9. Dans le cadre de son auto-saisine sur le projet de délibération, l'analyse de l'Autorité s'est appuyée sur l'avis n°19-A-01 et l'avis n°2019-A-05.
10. En outre, l'Autorité a interrogé les acteurs et les différents intervenants concernés afin de recueillir leurs observations sur le texte. Ont ainsi été interrogés :
 - La CPME-NC, à l'origine du précédent avis n°2019-A-01 de l'Autorité ;
 - La FINC laquelle regroupe et fédère des entreprises qui peuvent être concernées par des procédures collectives⁷ ;
 - Le MEDEF-NC lequel regroupe et fédère des entreprises susceptibles d'être concernées par des procédures collectives⁸ ;
 - Maître A., la mandataire judiciaire en exercice ;
 - Monsieur H., expert-comptable au sein de la société CAF, commissaire aux comptes au sein de la société Audit BF, désigné mandataire judiciaire *ad hoc* ces dernières années par le président du tribunal mixte de commerce de Nouméa (ci-après « TMC ») ;
 - Le cabinet CBF associés, lequel exerce la fonction d'administrateur judiciaire en Nouvelle-Calédonie ;
 - La compagnie régionale des commissaires aux comptes, instance représentative de la profession de commissaires aux comptes dont le président (ou son représentant) siège au sein de la commission des mandataires de justice (ci-après la « commission »)⁹ ;
 - La chambre du commerce et de l'industrie (ci-après la « CCI »), laquelle « *représente et défend les intérêts de ses ressortissants issus des secteurs du commerce, de l'industrie et des services* »¹⁰ et dont le président (ou son représentant) siège au sein de la commission ;
 - La chambre des métiers et de l'artisanat (ci-après la « CMA ») laquelle représente et défend les intérêts des entreprises artisanales, et dont le président (ou son représentant) siège au sein de la commission.
11. Par ailleurs, il convient de rappeler que lorsqu'elle est consultée pour avis, l'Autorité ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général. Dans ce cadre, il ne lui appartient pas d'apprécier ni de qualifier des comportements individuels sur un marché au regard des articles Lp. 421-1 ou Lp. 421-2 du code de commerce, pas davantage de définir les marchés pertinents concernés. Seule une saisine contentieuse donnant lieu à une procédure contradictoire, permettrait d'apprécier la licéité d'une pratique aux regards des dispositions susmentionnées.
12. Après avoir rappelé le contexte économique et juridique de cette auto-saisine pour rendre une recommandation sur le projet de délibération (I), le présent avis décrit le projet de délibération et procède à son analyse concurrentielle (II).

⁶ Avis n° 2019-A-01 du 22 février 2019 relatif à la demande d'avis de la Confédération des petites et moyennes entreprises de la Nouvelle-Calédonie sur l'organisation et l'exercice de la profession de mandataire-liquidateur et Avis n° 2019-A-05 du 6 décembre 2019 sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

⁷ La FINC a indiqué qu'elle adoptait « *la position de la CPME-NC* » (annexe 13, cotes 81-83).

⁸ Le MEDEF-NC a indiqué qu'il n'avait « *pas de remarques ou d'observations particulières à émettre sur le projet* » (annexe 10, cotes 56-57).

⁹ En dépit de plusieurs relances, la compagnie régionale des commissaires aux comptes n'a pas renseigné le questionnaire qui lui a été soumis par l'Autorité (annexe 16-1, cotes 156-160).

¹⁰ <https://www.cci.nc/role-et-missions>

I. Rappel du contexte économique et juridique

13. A titre liminaire, il sera rappelé que l’Autorité a déjà analysé l’organisation de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie - appelé auparavant mandataire-liquidateur - dans l’avis n°2019-A-01 et, dans une moindre mesure, dans l’avis n°2019-A-05¹¹.
14. Par ailleurs, dans son examen, l’Autorité a englobé, tout à la fois, la profession réglementée de mandataire judiciaire et celle d’administrateur judiciaire.
15. En effet, le projet de délibération concerne les mandataires de justice, c’est à dire à la fois :
 - Les mandataires judiciaires qui représentent les intérêts des créanciers et procèdent, le cas échéant, à la liquidation de l’entreprise ;
 - Les administrateurs judiciaires qui assistent ou remplacent les dirigeants pour faciliter la poursuite de l’exploitation¹².
16. Il est donc utile de rappeler, de manière synthétique, la réglementation applicable aux mandataires de justice (A), la situation concurrentielle (B), les données chiffrées liées aux procédures collectives en Nouvelle-Calédonie (C), ainsi que les suites données aux avis n° 2019-A-01 et n° 2019-A-05 précités de l’Autorité (D).

A. La réglementation applicable

17. En Nouvelle-Calédonie, comme en métropole, les professions d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire sont des professions réglementées. Les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires n’ont pas le statut d’officiers publics et ministériels, mais de mandataires de justice. Ils interviennent exclusivement en vertu d’une décision judiciaire et principalement dans le cadre des procédures de prévention et de traitement des entreprises en difficulté au titre d’un mandat de justice.
18. Sur le territoire calédonien, les procédures collectives sont régies par le Livre VI du code de commerce dont les dispositions reprennent en grande partie les dispositions du Livre VI du code de commerce de l’Etat, intitulé : « *Des difficultés des entreprises* » lequel régit les procédures collectives en métropole¹³.
19. Les textes qui régissent spécifiquement les professions d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire sont les suivants :
 1. **La loi du pays n°2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l’économie calédonienne (ci-après la « loi du pays »)**
20. La loi du pays a modifié le régime des professions réglementées d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, regroupées sous le terme générique de mandataires de justice. Ce cadre législatif est codifié au sein du livre VIII du code de commerce intitulé : « *De certaines professions réglementées* ».

¹¹ Avis n° 2019-A-01 du 22 février 2019 relatif à la demande d’avis de la Confédération des petites et moyennes entreprises de la Nouvelle-Calédonie sur l’organisation et l’exercice de la profession de mandataire-liquidateur et Avis n° 2019-A-05 du 6 décembre 2019 sur l’avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l’économie calédonienne.

¹² Voir notamment l’Avis n° 19-A-09 de l’Autorité métropolitaine du 11 avril 2019 relatif aux tarifs des professions réglementées du droit en outre-mer §14. La fonction de commissaire à l’exécution du plan peut être exercée aussi bien par l’administrateur judiciaire en fonction, s’il y en a un, que par le mandataire judiciaire. Le commissaire à l’exécution du plan est celui qui est désigné par le tribunal qui adopte le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Les administrateurs et mandataires judiciaires peuvent également intervenir dans les procédures de prévention (mandat *ad hoc* et conciliation).

¹³ A l’article L. 930-1, 6° du code de commerce de l’Etat, il est néanmoins prévu que le livre VI est applicable en Nouvelle-Calédonie, à l’exception des articles L. 622-19, L. 625-9 et L. 670-1 à L. 670-8.

21. Le projet de délibération a vocation à compléter ce cadre législatif par l'adoption de dispositions réglementaires relatives, d'une part, aux modalités de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires et, d'autre part, aux modalités d'organisation et de fonctionnement de la profession de mandataire de justice.

2. La délibération n° 244 du 18 décembre 1991 relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise, modifiée successivement par les délibérations n° 437 du 29 novembre 1993, n° 210/CP du 15 octobre 1997, n° 095 du 8 août 2000 et n° 85/CP du 2 avril 2009 (ci-après la « délibération n° 244 »)

22. La délibération n° 244 comprend toute une série de dispositions afférentes, à la fois, à l'organisation et au fonctionnement des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire et à leurs modalités respectives de rémunération.

23. Les tarifs des prestations des mandataires de justice sont ainsi règlementés par la délibération n°244 selon des règles inchangées depuis 1997.

24. Il y a lieu de relever que le projet de délibération abroge la quasi-intégralité des dispositions de la délibération n° 244¹⁴.

3. La délibération n° 352 du 18 janvier 2008 portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises (ci-après la « délibération n° 352 »)

25. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises est applicable sous certaines réserves en Nouvelle-Calédonie depuis le 1^{er} janvier 2006. Cette loi a été suivie, pour son application en métropole, du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, dont quelques dispositions de la compétence de l'Etat ont été déclarées applicables à la Nouvelle-Calédonie.

26. S'agissant des dispositions réglementaires, sur le fondement de la compétence locale en matière de procédure civile, le congrès a adopté la délibération n° 352. Ce texte fixe notamment les conditions de désignation et de rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur.

27. A ce titre, dans le cadre de sa réponse au questionnaire l'administrateur judiciaire, Maître G., a rappelé que « *la prévention (mandat ad hoc, conciliation) est toujours sous utilisée par les dirigeants* »¹⁵.

28. En l'espèce, le projet de délibération ne modifie aucune disposition de la délibération n° 352.

B. La situation concurrentielle

29. L'Autorité a déjà analysé, de façon approfondie, l'organisation de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie dans son avis n°2019-A-01. A cette occasion, l'Autorité a considéré que l'organisation et le fonctionnement de cette profession a conduit à l'émergence d'un « *monopole de fait* »¹⁶, depuis près de vingt ans, lequel n'est justifié ni par l'absence de candidats à la fonction, ni par le volume d'activité à traiter sur le territoire, ce qui pèse lourdement sur les entreprises soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁷.

30. Si la loi du pays a repris partiellement certaines recommandations formulées par l'Autorité dans ses avis n° 2019-A-01 et n° 2019-A-05, les constats opérés dans les avis précités sont toujours

¹⁴ L'article 3 abroge les articles 9 à 66 devenus sans objet. Seuls subsistent au sein de ce texte les articles 6 à 8 relatifs aux inspections des professionnels organisées par le parquet général près la cour d'appel de Nouméa. La loi du pays a déjà abrogé les articles 1 à 5 de la délibération n° 244.

¹⁵ Annexe 06, cotes 22-30.

¹⁶ Avis n° 2019-A-01 précité §96 à §110.

¹⁷ *Idem* précité §130.

d'actualité. En effet, la situation de « *monopole de fait* » perdure en Nouvelle-Calédonie, puisque Maître A. est toujours la seule mandataire judiciaire en exercice.

31. Cette situation n'est manifestement pas satisfaisante pour les usagers, à savoir les entreprises en difficulté et leurs créanciers. Plusieurs acteurs interrogés ont d'ailleurs clairement critiqué le coût et la durée des procédures collectives.
32. Ainsi, la CMA a insisté sur le fait « *qu'une très grande majorité des entreprises artisanales qui utilisent notre dispositif REBOND (accompagnement des entreprises en difficulté) se plaignent des tarifs élevés et disproportionnés des procédures et notamment dans la procédure de redressement* » et de ce que : « *Des entreprises (1')ont déjà informé de frais de procédures parfois équivalents aux dettes qu'elles ont à solder* »¹⁸.
33. Pour sa part, la CCI a critiqué : « *le droit sur les créances contestées, qui peut s'avérer ruineux alors même que les diligences sont parfois inexistantes* »¹⁹. Elle a également insisté sur la nécessaire « *amélioration des délais de traitement des dossiers des entreprises* », tout en précisant que « *le délai de traitement des dossiers n'est toutefois pas toujours imputable au mandataire de justice, le TMC pouvant être également engorgé dans les volumes de dossiers à suivre et à traiter* »²⁰.
34. S'agissant des administrateurs judiciaires, l'Autorité, dans l'avis n°2019-A-01, n'a pas analysé le fonctionnement de cette profession. Celle-ci ne cristallise pas les mêmes critiques de la part des entreprises en difficulté, notamment concernant le coût des procédures collectives et la durée de traitement des dossiers.
35. Sollicitée sur le point de savoir si « *certaines entreprises calédoniennes se sont plaintes auprès de la CCI du coût des procédures collectives et, en particulier, des modalités de rémunération des administrateurs judiciaires* », la CCI a répondu par la négative²¹.
36. L'une des explications réside dans le fait que le recours à un administrateur judiciaire est moins fréquent. En effet, si la désignation d'un mandataire judiciaire est systématique dans toute procédure collective ouverte par le TMC, la désignation d'un administrateur judiciaire n'est en revanche obligatoire que lorsque l'entreprise en difficulté réalise un chiffre d'affaires HT supérieur à 300 000 000 F.CFP, emploie plus de 50 salariés et bénéficie d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire²².
37. La CMA a indiqué, à ce titre, « *qu'étant donnée la taille des entreprises artisanales, il nous apparait qu'elles doivent être rarement concernées par l'intervention d'un administrateur judiciaire. C'est pour cette raison que nous n'avons pas d'information sur les rémunérations des administrateurs judiciaires* »²³.

¹⁸ Annexe 11, cotes 58-69.

¹⁹ Le MEDEF-NC, sans renseigner le questionnaire, a toutefois précisé : « *Nos adhérents ne nous ont pas saisi sur le cas précis de l'exercice des mandataires judiciaires ou leur rémunération* » (annexe 10 – côtes 56-57).

²⁰ Annexe 12, cotes 70-80.

²¹ *Ibid.*

²² L'article 53 de la délibération n° 352 du 18 janvier 2008 portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises, non codifié, dispose que : « *Les seuils fixés en application du quatrième alinéa de l'article L. 621-4 du code de commerce sont, pour le chiffre d'affaires hors taxes de 300 000 000 FCFP et pour le nombre de salariés de cinquante. Le montant du chiffre d'affaires est défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article 17 du décret du 29 novembre 1983 susvisé. (...)* ». Il convient de relever que le seuil relatif au nombre de salariés est supérieur à celui prévu en métropole. L'article R. 621-11 du code de commerce de l'Etat prévoit que : « *Les seuils fixés en application du quatrième alinéa de l'article L. 621-4 sont pour le chiffre d'affaires hors taxes de 3 000 000 euros et pour le nombre de salariés de vingt* ».

²³ Annexe 11, cotes 58-69.

38. Interrogé dans le cadre de l’instruction, le cabinet CBF ASSOCIES, par l’intermédiaire de Maître G., a indiqué être « *la seule étude [d’administrateur judiciaire] installée et structurée en NC* »²⁴.

C. Les données chiffrées des procédures collectives en Nouvelle-Calédonie

39. Dans l’avis n° 2019-A-01, l’Autorité a constaté « *le doublement du nombre de procédures collectives ouvertes en Nouvelle-Calédonie sur la période 2008-2017 par rapport à 2000-2007* »²⁵ et a relevé « *qu’en moyenne annuelle, le nombre d’ouvertures de dossiers est passé de 160 entre 2000 et 2007 à 267 entre 2008 et 2017, avec une tendance à la hausse à partir de 2015* »²⁶.
40. Les données chiffrées transmises par le président du TMC confirment cette tendance haussière du nombre de procédures collectives jusqu’en 2019.

**Tableau sur l’évolution du nombre d’ouverture de procédures collectives
(2018 - 2020)**

Années	NOMBRE D’OUVERTURES				Evolution (%)
	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire	TOTAL	
2018	11	130	246	387	
2019	15	107	278	400	+ 3,36 %
2020	6	83	175	264	- 34 %
Moyenne 2018-2020	32	320	699	1051	- 31,783 %

Source TMC²⁷

41. Ainsi, parmi les procédures collectives ouvertes par le TMC, la liquidation judiciaire demeure largement prédominante avec 66,5 % des procédures collectives entre 2018 et 2020 et le secteur du bâtiment reste le secteur le plus touché²⁸.
42. Interrogé sur la baisse du nombre d’ouverture de procédures collectives en 2020, le président du TMC a indiqué que celle-ci était la résultante de la crise sanitaire. Il a précisé que : « *Comme en métropole, où la baisse du nombre des procédures collectives est de l’ordre de 35 à 39 %, ici [en Nouvelle-Calédonie] elle est de l’ordre de 34 %, à raison de la crise du Covid et de ses effets d’aubaine en termes de PEG, reports de charges, aveuglement volontaire de la CAFAT et de la caisse de retraite sur les impayés, et, plus positivement, amélioration nette du chiffre d’affaires des petites entreprises par l’effet d’une clientèle captive plus importante* »²⁹.
43. En définitive, l’année 2020, marquée par la pandémie de Covid-19, a entraîné une baisse de 34 % du nombre de procédures collectives par rapport à l’année 2019.

²⁴ Annexe 06, cotes 22-30.

²⁵ Avis n° 2019-A-01 précité §131 à §149.

²⁶ *Idem* §142.

²⁷ Voir également l’annexe 14, cotes 84-111 (VC) et l’annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

Maître A. a transmis des données relativement similaires à celles du TMC. Le nombre annuel d’ouverture de nouvelles procédures collectives s’élève à 389 mandats en 2018, 400 mandats en 2019 et 264 mandats en 2020. Les données communiquées par Maître A. sont similaires sauf pour l’année 2018 aux données du TMC (387 mandats pour le TMC contre 389 mandats pour la mandataire judiciaire).

²⁸ Voir notamment <https://www.isee.nc/component/phocadownload/category/142-voir-plus-de-donnees?download=672:les-entreprises-en-liquidation-ou-en-redressement-judiciaire>. Voir également l’annexe 14, cotes 84-111 (VC) et l’annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

²⁹ Annexe 08, cotes 33-36.

44. Maître A. a confirmé la « chute du nombre d'ouvertures » en 2020, tout en précisant « qu'il est trop tôt pour estimer de façon exhaustive l'impact que cette baisse aura sur mon chiffre d'affaires compte tenu de l'importante latence existant entre l'ouverture d'un dossier et l'encaissement des émoluments »³⁰.
45. Maître A. a transmis ses données concernant le nombre annuel de procédures collectives en cours par catégorie sur la période 2018-2020.

Tableau du nombre annuel de procédures collectives
(2018 - 2020)

Années	NOMBRE DE MANDATS EN COURS					Evolution (%)
	Période d'observation ³¹	Plan de continuation ³²	Liquidation judiciaire	Rétablissement personnel ³³	TOTAL	
2018	26	188	864	2	1080	
2019	49	189	1205	2	1445	+ 33.8 %
2020	99 ³⁴	189	914 ³⁵	2	1204 ³⁶	- 16.68 %
Moyenne 2018-2020	58	189	994	2	1243	

Source : données Me A.

46. Au cours des trois dernières années, le chiffre d'affaires de l'Etude de Maître A. est le suivant :

Tableau du chiffre d'affaires du seul mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie
(2018 - 2020)

Années	Chiffre d'affaires (en FCFP)	Evolution (%)
2018	252 190 767 ³⁷	
2019	242 947 079 ³⁸	-3,67 %
2020	270 000 000 ³⁹	+11,14 %

Source : données Me A.

47. Il ressort de l'instruction qu'en ce qui concerne les perspectives pour 2021, la CPME-NC s'attend à une hausse du nombre de procédures collectives « avec l'échéance du remboursement

³⁰ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

³¹ Période ouverte par le jugement de sauvegarde ou de redressement judiciaire (jugement d'ouverture) au cours de laquelle est préparé un plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise.

³² Plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation afin de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

³³ Procédure de rétablissement destinée aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, qui n'ont pas de salarié et dont l'actif est inférieur à un certain seuil. Elle offre au débiteur une possibilité de rebondir rapidement en le faisant bénéficier d'un effacement des dettes, sans recourir à une liquidation judiciaire.

³⁴ Maître A. a précisé que : « L'augmentation du nombre de mandats [pour la période d'observation] est liée à dispositions juridiques exceptionnelles COVID-19 (prorogation des périodes d'observations de 4 mois) ». Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

³⁵ « dont près de 500 mandats qui pourraient être clôturés mais pour lesquels nous attendons soit que le Commissaire-Priseur fasse diligences, soit des certificats de non-opposition ni d'appel et/ou des changements de juges-commissaires de la part du greffe » selon Maître A.. Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

³⁶ Soit une hausse des mandats en cours de 11,48 % entre 2018 et 2020.

³⁷ Maître A. a précisé « dont une dépréciation pour risque pour un montant de 26.152.544 F.CFP » Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

³⁸ Maître A. a indiqué « qu'il a été comptabilisé en perte une somme de 14.060.359 FCFP de créances irrécouvrables en plus d'une dotation pour dépréciation des créances « douteuses » pour un montant de 14.478.734 F.CFP ». Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

³⁹ Maître A. a indiqué que : « Le travail de l'analyse du risque au titre de cet exercice n'a pas encore été réalisé ». Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

des PGE, l'échéance des reports de cotisations, et la crise politique du nickel enclenchée 2ème semestre 2020 »⁴⁰.

48. En matière de prospective, la CCI a reconnu avoir été informée d'une « diminution significative des demandes d'ouverture de procédure collective sur 2020, tout comme en métropole d'ailleurs », avant d'indiquer « qu'il convient toutefois de considérer cette tendance avec prudence, cette diminution pouvant être juste conjoncturelle, liée aux aides diverses Covid-19, qui ont permis aux sociétés de maintenir un peu artificiellement leur trésorerie. La perspective 2021 est incertaine, avec un nombre de procédures qui pourrait progresser à nouveau »⁴¹.
49. Ainsi, il ressort des éléments recueillis au cours de l'instruction que cette baisse significative du nombre de procédures collectives en 2020 est conjoncturelle et non structurelle. L'infléchissement de la courbe des procédures collectives n'est donc pas de nature à remettre en cause, sur le moyen et le long terme, l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité dans ses avis précédents et *in fine* la nécessité d'insuffler plus de concurrence au sein de la profession de mandataire judiciaire.

D. Les suites données à l'avis n° 2019-A-01 et à l'avis n° 2019-A-05 de l'Autorité

50. Aux termes de son avis n° 2019-A-01, l'Autorité a émis sept recommandations en faveur d'une réforme de l'organisation et de l'exercice de la profession de mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie.
51. En matière de rémunération des mandataires judiciaires, l'Autorité a constaté que : « Le mode de détermination de certains tarifs (droits proportionnels et droit fixe équivalent quelle que soit la taille de l'entreprise) ne rend pas compte du coût réel »⁴².
52. Sur la base de ce constat, elle a recommandé à l'ensemble des parties prenantes « d'engager une réflexion sur la révision des tarifs réglementés des prestations de mandataire-liquidateur » notamment dans l'optique de « viser une tarification assurant un équilibre entre couverture des coûts et rémunération raisonnable des mandataires-liquidateurs, en privilégiant une méthode consistant à orienter le revenu global des professionnels vers leurs coûts globaux majorés plutôt qu'une tarification à l'acte »⁴³.

⁴⁰ Annexe 04, cotes 7-10.

⁴¹ Annexe 12, cotes 70-80.

⁴² Avis n° 2019-A-01 précité §224.

⁴³ La recommandation n°7 formulée par l'Autorité dans son avis n° 2019-A-01 est rédigée comme suit :

« Engager une réflexion, impliquant l'ensemble des parties prenantes, sur la révision des tarifs réglementés des prestations de mandataire-liquidateur pour :

– prévoir expressément le versement d'un droit fixe au mandataire-liquidateur dans toute procédure collective afin d'éviter toute incitation à privilégier la liquidation judiciaire ;

– évaluer selon quelles modalités une affiliation auprès de l'association de garanties sur les salaires serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation ;

– viser une tarification assurant un équilibre entre couverture des coûts et rémunération raisonnable des mandataires-liquidateurs, en privilégiant une méthode consistant à orienter le revenu global des professionnels vers leurs coûts globaux majorés plutôt qu'une tarification à l'acte ;

Dans ce cadre, évaluer l'impact sur l'attractivité de la profession, la rémunération des mandataires-liquidateurs et sur les entreprises débitrices et leurs créanciers de :

– la suppression du droit proportionnel de 5 % sur la contestation des créances considéré comme sur rémunérateur par rapport à la mission réellement effectuée pour le remplacer par un droit fixe comme en métropole ;

– d'une éventuelle modulation du droit fixe de procédure en fonction de la taille et de l'effectif de l'entreprise concernée ».

Voir également avis n° 15-A-02 précité §676.

53. S'agissant de l'organisation et du fonctionnement de la profession, l'Autorité a formulé six recommandations destinées à encourager l'accès à la profession de mandataire judiciaire et à renforcer les garanties d'impartialité des membres de la commission territoriale⁴⁴.
54. A la suite de cet avis, l'Autorité a été saisie par le gouvernement sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.
55. L'article 17 de cet avant-projet prévoyait de modifier le Titre 1^{er} du livre VIII du code de commerce, intitulé « *De certaines professions réglementées* », pour codifier et unifier le statut des administrateurs et des mandataires liquidateurs, désormais nommés mandataires judiciaires, au sein des « *mandataires de justice* ».
56. En premier lieu, l'article 17 introduisait au sein du code de commerce un article Lp. 811-21 du code de commerce libellé de manière générique et rédigé comme suit : « *Une délibération fixe les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, qu'ils soient ou non-inscrits sur la liste, ainsi que les règles de prise en charge de la rémunération des personnes appelées par eux pour effectuer au profit de l'entreprise certaines tâches techniques non comprises dans les missions qui leur sont confiées* » (soulignement ajouté).
57. Dans l'avis n° 2019-A-05, l'Autorité a déploré le fait que la réforme n'encadrerait pas suffisamment la révision des tarifs réglementés pour lever tout risque de « *rente injustifiée* »⁴⁵. Elle a ainsi recommandé de sanctuariser, dans la loi du pays, le principe cardinal d'une orientation vers les coûts, conciliée à une rémunération raisonnable des mandataires judiciaires et ce, afin d'encadrer les modalités de rémunération qui seront fixées par voie de délibération⁴⁶.
58. Le gouvernement n'a toutefois pas suivi la recommandation formulée par l'Autorité. La lettre de l'article Lp. 811-21 du code de commerce, devenu l'article Lp. 811-19 du code de commerce, est ainsi restée inchangée⁴⁷.
59. En second lieu, l'article 17 introduisait également les articles Lp. 811-1 jusqu'à Lp. 813-4 au sein du code de commerce pour prévoir les conditions d'accès et d'exercice de la profession de mandataire judiciaire (comprenant une commission qui en établit notamment la liste ; les conditions d'inscription avec la possibilité d'une dispense ; la désignation, par le tribunal, des mandataires de justice ; les garanties de la représentation des fonds ; les conditions d'exercice et de retrait de la liste ; le contrôle ; la discipline et les missions et incompatibilités).
60. Dans son avis n°2019-A-05, l'Autorité a souligné le fait que la réforme ne levait « *malheureusement pas suffisamment les barrières à l'entrée à la fonction de mandataire judiciaire* »⁴⁸. Elle a émis quatre recommandations qui ont été partiellement reprises par le gouvernement.
61. Le tableau ci-après synthétise le suivi ou non, par le gouvernement, des recommandations formulées par l'Autorité dans l'avis n°19-A-05 :

⁴⁴ Avis n° 2019-A-01 précité §249 à §277.

⁴⁵ Avis n° 2019-A-01 précité §287 à §290.

⁴⁶ *Idem* §290 – En droit métropolitain, les principes de détermination des tarifs sont précisés au niveau législatif à l'article L. 444-2 du code de commerce de l'Etat lequel dispose notamment que : « *Les tarifs mentionnés à l'article L. 444-1 prennent en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs* ».

⁴⁷ L'article Lp. 811-19 du code de commerce prévoit « *qu'une délibération fixe les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, qu'ils soient ou non-inscrits sur la liste, ainsi que les règles de prise en charge de la rémunération des personnes appelées par eux pour effectuer au profit de l'entreprise certaines tâches techniques non comprises dans les missions qui leur sont confiées* ».

⁴⁸ Avis n° 2019-A-05 précité §254 à §286.

Tableau de suivi des recommandations formulées par l’Autorité dans l’avis n°19-A-05

Recommandations formulées par l’Autorité dans l’avis n°19-A-05	Loi du pays ⁴⁹
<p>Recommandation n° 10 : Afin d’élargir l’accès des candidats à la profession de mandataire judiciaire, modifier l’article Lp. 811-3 du code de commerce, et en particulier :</p> <ul style="list-style-type: none"> – le 5° afin de fixer le niveau de diplôme requis pour candidater à la fonction de mandataire judiciaire par la voie diplômante tout en renvoyant à un arrêté l’établissement de la liste de ces diplômes ou équivalence ; – le dernier alinéa relatif à la dispense d’examen pour valoriser l’expérience professionnelle, en distinguant le critère applicable aux administrateurs judiciaires fondé sur « <i>une expérience et une compétence suffisante en matière de gestion d’entreprise</i> » de celui applicable aux mandataires judiciaires qui pourrait être fondé sur « <i>une expérience et une compétence suffisante dans le domaine comptable, juridique ou financier, ou dans le domaine de l’administration, du financement, de la restructuration ou de la reprise d’entreprises</i> » tout en renvoyant à un arrêté pour définir le nombre d’années d’expérience requise selon la catégorie des professionnels concernés. 	<p>✓ La recommandation n°10 a été partiellement reprise par le gouvernement.</p> <p>L’article Lp. 811-3 du code de commerce distingue effectivement le critère applicable aux administrateurs judiciaires fondé sur « <i>une expérience et une compétence suffisante en matière de gestion d’entreprise</i> » de celui applicable aux mandataires judiciaires qui pourrait être fondé sur « <i>une expérience et une compétence suffisante dans le domaine comptable, juridique ou financier, ou dans le domaine de l’administration, du financement, de la restructuration ou de la reprise d’entreprises</i> ».</p> <p>L’article Lp. 811-3 du code de commerce ne renvoie pas à « <i>un arrêté l’établissement de la liste de ces diplômes ou équivalence</i> ». L’article Lp. 811-3 du code de commerce ne renvoie pas non plus à un arrêté pour définir le nombre d’années d’expérience requise selon la catégorie des professionnels concernés.</p>
<p>Recommandation n° 11 : Afin d’envoyer un signal politique clair pour mettre fin à la situation monopolistique de fait du mandataire judiciaire actuel et d’améliorer la transparence sur la nomination de mandataires judiciaires, compléter l’article Lp. 811-3 par un alinéa rédigé ainsi : « <i>La liste <u>des mandataires</u> de justice est rendue publique</i> » (soulignement ajouté).</p>	<p>✓ L’article Lp. 811-3 du code de commerce a été complété par l’alinéa mentionné ci-contre conformément à la recommandation de l’Autorité.</p>
<p>Recommandation n° 12 : Élargir le nombre de membres de la commission des mandataires de justice comme l’Autorité l’avait déjà proposé dans son avis n° 2019-A-01 (recommandation n°3⁵⁰).</p>	<p>✓ Dans sa version initiale l’article Lp. 811-1 du code de commerce réduisait le nombre de membres de 7 à 5.</p> <p>Le gouvernement a tenu compte de la recommandation de l’Autorité en élargissant le nombre de membres. Toutefois, la composition de la commission des mandataires de justice n’est pas totalement conforme à la recommandation de l’Autorité. A titre d’exemple, le président de la commission n’est pas un « <i>membre de la juridiction commerciale du premier degré désigné par le premier président de la cour d’appel de Nouméa</i> » mais le président du gouvernement ou son représentant.</p>
<p>Recommandation n° 13 : Afin de lever tout risque d’asymétrie d’information et de discrimination entre les candidats, insérer un nouvel article de loi disposant que : « <i>La procédure d’examen des candidatures à la fonction de mandataires de justice est précisée par arrêté. Les décisions de la commission des mandataires de justice sont motivées et rendues publiques après anonymisation</i> ».</p>	<p>✗ - Aucun article de loi n’a été inséré en ce sens.</p>

⁴⁹ Loi du pays n°2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l’économie calédonienne.

⁵⁰ Avis n° 2019-A-01 précité §258 : « *Recommandation n° 3* : Pour améliorer les garanties d’impartialité des membres de la commission territoriale, l’Autorité recommande de : – remplacer le « *président du tribunal mixte de commerce* » par un « *membre de la juridiction commerciale du premier degré désigné par le premier président de la cour d’appel de Nouméa* » ;

– préciser que le magistrat du siège de la cour d’appel de Nouméa, désigné par le premier président, « *ne soit pas le magistrat en charge de l’examen des appels dans les dossiers de procédure collective* » ;

– élargir la composition de la commission territoriale à deux nouveaux membres ayant la qualité de professeurs ou maîtres de conférences de droit, de sciences économiques ou de gestion, comme en métropole et en Polynésie française ;

– réglementer le fonctionnement de la commission en précisant les règles de nomination à la présidence, en fixant une durée de mandat limitée (comme en Métropole et en Polynésie française) et en prévoyant des conditions de quorum et de vote ».

II. Le projet de délibération relative aux mandataires de justice et modifiant les livres VI et VIII du code de commerce

A. Les objectifs et le contenu du projet de délibération

1. Les objectifs

62. Dans son communiqué du 1^{er} décembre 2020, le gouvernement indique que : « *Ce texte a pour objectif de permettre l'ouverture à la concurrence de la profession, de réviser à la baisse les tarifs et de faciliter le rebond des entrepreneurs* »⁵¹.
63. La *ratio legis* de ce projet de délibération s'inscrit dans le prolongement des recommandations formulées par l'Autorité dans son avis n°19-A-01 tendant à permettre plus de concurrence en réduisant les barrières à l'entrée à la fonction de mandataire judiciaire et les objectifs évoqués par le gouvernement répondent manifestement à une attente des acteurs et des différents intervenants interrogés⁵².

2. Le contenu

64. Le projet de délibération s'articule autour de cinq articles mais seuls deux articles prévoient des modifications substantielles :
- L'article 1^{er} codifie au sein de la partie réglementaire du livre VI du code de commerce, intitulé : « *Des difficultés des entreprises* », deux sections spécialement consacrées aux modalités de rémunération des mandataires de justice⁵³ ;
 - L'article 2 crée le titre I de la partie réglementaire du livre VIII du code de commerce, désormais intitulé : « *De certaines professions réglementées* »⁵⁴.

3. Les nouvelles modalités de rémunération envisagées concernant les mandataires de justice⁵⁵

65. La rémunération des mandataires de justice est composée à la fois de droits fixes et de droits proportionnels. Si les droits fixes ou tarifs forfaitaires/plafonds permettent d'assurer la prise en compte des coûts des procédures et une marge raisonnable au professionnel, les droits proportionnels, assis sur le montant des sommes recouvrées ou des actifs cédés par exemple, favorisent les incitations du professionnel⁵⁶.

⁵¹ Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Communiqué du mardi 1^{er} décembre 2020 - disponible via le lien suivant :

https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/2020.12.01_cp_mesures_du_plan_de_soutien_a_la_croissance_economique.pdf

⁵² Voir Annexe 04, cotes 7-10, annexe 05, cotes 11-21, annexe 06, cotes 22-30, annexe 1, cotes 58-69 et annexe 12, cotes 70-80.

⁵³ L'article 1^{er} du présent projet de délibération codifie au sein de la partie réglementaire du livre VI du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie deux sections spécialement consacrées aux modalités de rémunération des mandataires de justice, les uns intervenant dans le cadre des procédures collectives, « *Section 1 : De la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan et du mandataire judiciaire* », les autres intervenant dans le cadre de la procédure de rétablissement professionnel, « *Section 2 : De la rémunération du mandataire de justice en matière de procédure de rétablissement professionnel* ».

⁵⁴ Dans son rapport, le gouvernement relève que ces dispositions sont « *pour partie des dispositions nouvelles, pour ce qui concerne le fonctionnement de la commission des mandataires de justice, et pour partie la codification de dispositions de la délibération n° 244 du 18 décembre 1991 relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise pour ce qui concerne tout particulièrement la comptabilité des professionnels* ».

⁵⁵ Les principales différences afférentes à la rémunération des mandataires de justice entre la délibération n° 244 et le projet de délibération sont synthétisées à l'annexe 19 cotes 149-151.

⁵⁶ Avis n° 15-A-02 précité §645.

66. L’Autorité métropolitaine relève ainsi que : « *Les tarifs associent donc d’un côté des droits liés aux diligences réalisés par le professionnel, et de l’autre côté, des droits liés aux résultats de ces diligences* »⁵⁷.
67. L’article 1^{er} du projet de délibération ne remet pas fondamentalement en cause ce « *dispositif tarifaire à deux étages* »⁵⁸, mais procède à une modification substantielle des principes de tarification.
68. A ce stade, le projet de délibération fixe uniquement le cadre et les principes matriciels de calcul de la rémunération accordée aux mandataires de justice et renvoie systématiquement à un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le soin de déterminer les barèmes et les montants précis des émoluments.
69. Les principales novations identifiées par le service d’instruction concernant les tarifs sont les suivantes :
- La révision du droit fixe lié à l’ouverture de la procédure de sauvegarde⁵⁹, de redressement⁶⁰ et de liquidation judiciaires⁶¹ (articles R. 663-1 et R. 663-11 du code de commerce) ;
 - La suppression du droit proportionnel de 5% concernant les contestations de créances (article R.663-14 du code de commerce) ;
 - La révision des plafonds notamment celui concernant les créances (article R.663-15 du code de commerce).

4. Les précisions apportées concernant l’organisation et le fonctionnement des professions d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire

70. L’article 16 de la loi du pays introduit les articles Lp. 811-1 jusqu’à Lp .813-4 au sein du code de commerce, lesquels fixent un cadre précis concernant l’organisation et le fonctionnement des professions d’administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire.
71. Aussi, l’article 2 du projet de délibération a uniquement vocation à compléter ce cadre législatif.

a. La composition de la commission

72. Aux termes de l’article Lp. 811-1 du code de commerce, la commission se compose comme suit :
- Le président du gouvernement (ou son représentant) en est le président ;
 - Le président de la chambre des métiers et de l’artisanat (ou son représentant), membre ;
 - Le président de la chambre de commerce et d’industrie (ou son représentant), membre ;

⁵⁷ *Idem* §639.

⁵⁸ *Idem* §645.

⁵⁹ Pour rappel, la procédure de sauvegarde est réservée aux entreprises ou débiteurs personnes physiques qui ne sont pas en état de cessation des paiements, mais qui rencontrent des difficultés qu’ils ne peuvent surmonter, et qui sont de nature à les conduire à la cessation de leurs paiements (impossibilité de faire face au passif exigible avec l’actif disponible). L’objectif d’une procédure de sauvegarde est de permettre la poursuite de l’activité, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif, en procédant à une réorganisation de l’entreprise dans le cadre d’un plan arrêté par le tribunal.

⁶⁰ Pour rappel, le redressement judiciaire est une procédure judiciaire applicable aux commerçants, artisans, agriculteurs et personnes morales de droit privé en état de cessation des paiements. Comme la sauvegarde de l’entreprise, la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi, et l’apurement du passif.

⁶¹ Pour rappel, la liquidation judiciaire est une procédure judiciaire applicable aux personnes morales de droit privé, commerçantes ou non, aux personnes physiques commerçantes, aux artisans, et aux agriculteurs, dès lors qu’ils sont en état de cessation des paiements et que l’activité a cessé ou que le redressement apparaît manifestement impossible.

- Trois personnalités qualifiées en matière juridique ou économique, dont au moins un professeur en droit, économie ou gestion (désignées pour cinq ans par arrêté du gouvernement), membres ;
 - Le président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes (ou son représentant), membre.
73. Sur ce point, la CPME-NC a indiqué que : « *Composée de personnalités institutionnelles, représentants pour certains les entreprises, et de personnalités qualifiées, la nouvelle commission des mandataires de justice paraît apporter la garantie d'une plus grande objectivité et impartialité quant à ses décisions, car moins 'corporatiste'* »⁶².
74. Le mandataire *ad hoc*, Monsieur H., lui-même expert-comptable, a souligné « *qu'il manque pour une meilleure garantie d'impartialité un représentant désigné par l'ordre des experts comptables de Nouvelle Calédonie, les experts comptables étant parmi les plus proches du monde des entreprises et de la gestion quotidienne et des difficultés des entreprises (Alinéa 4) (...)* »⁶³.
75. La CCI a estimé « *qu'il faudrait inclure obligatoirement dans sa composition un membre de la magistrature et un membre de l'ordre des avocats. La profession est éminemment technique et il faudrait, pour le professionnel qui se présenterait et qui n'aurait pas le diplôme, que des professionnels du droit traitant de la matière soient à même de juger des capacités* »⁶⁴.
76. En tout état de cause, la composition de la commission étant fixée au niveau législatif, le projet de délibération ne peut modifier celle-ci.

b. Le fonctionnement de la commission

77. Il y a lieu de relever que l'article Lp. 811-1 du code de commerce renvoie à une délibération le soin de déterminer les modalités concrètes de fonctionnement de la commission.
78. Dans son rapport, le gouvernement souligne que : « *La commission des mandataires de justice a comme mission principale d'examiner les dossiers des candidats aux professions d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire. Sa seconde mission est d'ordre disciplinaire* »⁶⁵.
79. Dans le prolongement de l'article Lp. 811-1 du code de commerce, le projet de délibération établit, aux articles R.811-1 à R.811-5 du code de commerce, les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission⁶⁶.

c. La procédure d'examen des candidatures à la fonction de mandataires de justice

80. Le projet de délibération précise aux articles R.811-6 à R.811-12 du code de commerce la procédure d'examen des candidatures à la fonction de mandataires de justice (demande d'inscription, audition, décision de la commission etc...) ⁶⁷.

⁶² Annexe 04, cotes 7-10.

⁶³ Annexe 05, cotes 11-21.

⁶⁴ Annexe 12, cotes 70-80. La CCI ajouté que « *Ces missions nécessitent une expertise juridique toute particulière, le droit des procédures collectives étant très singulier et prévalant sur nombre de dispositions juridiques de base* ».

⁶⁵ Le rapport au congrès est accessible via le lien suivant : <https://www.congres.nc/textes/projet-de-deliberation-relative-aux-mandataires-de-justice-et-modifiant-les-livres-vi-et-viii-du-code-du-commerce-applicable-en-nouvelle-caledonie-rapport-n-94-gnc-du-01-12-2020/>.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

*d. La surveillance, la discipline et la comptabilité des mandataires de justice*⁶⁸

81. Le projet de délibération prévoit l'introduction au sein du code de commerce des articles R. 811-20 à R. 811-28 qui établissent le cadre dans lequel un mandataire de justice peut être poursuivi disciplinairement.
82. Par ailleurs, il convient de noter que le projet de délibération précise, par l'insertion au sein du code de commerce des articles R. 811-29 à R. 811-40, les obligations et règles comptables qui s'imposent aux mandataires de justice.

B. L'analyse concurrentielle

83. Pour mémoire, même si les professions juridiques réglementées échappent jusqu'à présent, pour l'essentiel, au livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et à la concurrence, l'Autorité est compétente pour se prononcer sur l'articulation entre les règles spécifiques qui les régissent et le fonctionnement de la concurrence. En effet, à l'instar de l'ensemble des professions réglementées, la profession de mandataire de justice constitue une activité économique puisqu'elle consiste à offrir des services aux entreprises⁶⁹.
84. Au cas présent, le projet de délibération sera examiné essentiellement à l'aune de la pratique décisionnelle de l'Autorité métropolitaine et des constats et recommandations déjà opérés par l'Autorité dans les avis n° 19-A-01⁷⁰ et n° 19-A-05⁷¹.

1. Sur la rémunération des mandataires judiciaires et des administrateurs judiciaires

a. La nécessité de fixer un principe général d'orientation vers les coûts dans le projet de délibération

85. Conformément à la recommandation de l'Autorité métropolitaine, dans son avis n° 15-A-02⁷², la grille de répartition normative en métropole, en matière de régulation des tarifs réglementés, est la suivante :
 - Le principe d'une orientation vers les coûts est défini au niveau législatif⁷³ ;
 - Les principes de tarification (c'est à dire le choix de la structure tarifaire entre les droits fixes, droits proportionnels ou bien encore l'assiette des droits...) sont définis au niveau d'un décret⁷⁴ ;
 - La déclinaison des principes tarifaires est fixée par le biais d'arrêtés ministériels⁷⁵.

⁶⁸ Les principales dispositions de la loi du pays et du projet de délibération afférentes à l'organisation et au fonctionnement des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire sont recensées au sein de l'annexe 20, cotes 152-155.

⁶⁹ Voir notamment avis n° 2019-A-01 précité §12.

⁷⁰ Avis n° 2019-A-01 précité.

⁷¹ Avis n° 2019-A-05 précité.

⁷² Avis n° 15-A-02 précité §677 à §679.

⁷³ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a modifié le code de commerce de l'Etat en insérant un titre IV bis après le titre IV du livre IV. L'article L.444-2 du code de commerce de l'Etat prévoit que « *Les tarifs mentionnés à l'article L. 444-1 prennent en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs* ».

⁷⁴ Décret n° 2016-230 du 26 février 2016 relatif aux tarifs de certains professionnels du droit et au fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice.

⁷⁵ Voir notamment l'arrêté du 28 mai 2016 fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs et l'arrêté du 28 février 2020 fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et aux liquidateurs.

86. En l'espèce, contrairement aux préconisations de l'Autorité⁷⁶, le gouvernement n'a pas consacré au niveau législatif, au sein de l'article Lp. 811-19 du code de commerce, le principe d'une orientation vers les coûts des tarifs⁷⁷.
87. Le projet de délibération ne mentionne toujours pas expressément le principe selon lequel les tarifs doivent être orientés vers les coûts que les professionnels supportent pour délivrer les prestations en cause, auxquels s'ajoute une rémunération raisonnable.
88. En l'état, il n'existe aucun texte en Nouvelle-Calédonie qui énonce une orientation générale en matière de modalités de rémunération des mandataires de justice.
89. A défaut d'être fixé au niveau de la loi du pays, le principe d'une orientation vers les coûts, selon une approche globale et non « *prestation par prestation* » ou « *acte par acte* », pourrait être inscrit dans la délibération et ce afin d'encadrer les barèmes et les montants précis des émoluments qui seront fixés par le biais d'un arrêté d'application.
90. Il serait ainsi possible de s'inspirer du libellé de l'actuel article L. 444-2 du code de commerce de l'Etat, lequel dispose que : « *Les tarifs mentionnés à l'article L. 444-1 prennent en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs* »⁷⁸.
91. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 1 : Compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant, au sein de la « *Section 1 : De la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur* », un article liminaire R. 663-1 du code de commerce énonçant le **principe d'une orientation vers les coûts en s'inspirant de la rédaction des articles L. 444-2 et R.444-5 du code de commerce de l'Etat.**

b. La nécessité de prévoir une clause de révision périodique des tarifs

92. A l'instar de l'Autorité métropolitaine⁷⁹, l'Autorité a recommandé, dans l'avis n° 19-A-01 d'introduire une clause de révision périodique des tarifs réglementés « *par exemple tous les 5 ans* »⁸⁰.
93. En l'espèce, ni la loi du pays ni l'actuel projet de délibération ne prévoient expressément une clause de révision périodique des tarifs réglementés, *a fortiori* selon une fréquence quinquennale.
94. En Nouvelle-Calédonie, la consécration du principe d'une révision périodique apparaît d'autant plus nécessaire que les tarifs des prestations des mandataires judiciaires n'ont, à date, pas évolué depuis 1997, soit depuis plus de 23 ans.

⁷⁶ Dans son avis n° 2019-A-05 du 6 décembre 2019 sur l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, l'Autorité a considéré que : « *Le principe d'orientation vers les coûts conciliée à une rémunération raisonnable des mandataires judiciaires devrait être inscrit dans la loi du pays pour encadrer les modalités de rémunération qui seront fixées par voie de délibération, comme c'est d'ailleurs le cas en métropole* ». Elle a ainsi formulé la recommandation suivante : « *Recommandation n° 14 : Compléter l'article Lp. 811-21 pour inscrire le principe d'une rémunération des mandataires judiciaires fondée sur la couverture des coûts majorée d'une marge raisonnable dont les modalités seront précisées par délibération du congrès* » (§290).

⁷⁷ L'article Lp. 811-19 du code de commerce dispose uniquement « *qu'une délibération fixe les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, qu'ils soient ou non-inscrits sur la liste, ainsi que les règles de prise en charge de la rémunération des personnes appelées par eux pour effectuer au profit de l'entreprise certaines tâches techniques non comprises dans les missions qui leur sont confiées* ».

⁷⁸ L'article R.444-5 du code de commerce de l'Etat dispose également que : « *Les tarifs régis par le présent titre prennent en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable* ».

⁷⁹ Avis n° 15-A-02 précité §680 à §684.

⁸⁰ Avis n° 2019-A-01 précité §285.

95. Interrogés sur ce point, les différents acteurs concernés se sont montrés, dans l'ensemble, favorables au principe de révision quinquennale, à l'exception de Maître A.⁸¹.
96. La CCI a estimé que : « *La révision du tarif tous les 5 ans semble pertinente, d'autant qu'un recul sera intéressant pour évaluer l'impact du nouveau tarif sur la profession des mandataires de justice et l'impact réel de la volonté d'ouvrir la profession* »⁸².
97. La CMA a indiqué que : « *Toute évolution qui concourt à limiter les frais de l'entreprise recueillent un avis favorable de la CMA. Ainsi, cette proposition nous semble pertinente* »⁸³.
98. En revanche, Maître A. a indiqué qu'il ne serait pas « *pertinent de revoir le tarif tous les 5 ans 'en fonction du marché' et ce d'autant que cela impliquerait une insécurité financière absolue pour les études qui ont besoin pour exercer leur activité de visibilité pour investir en personnel, en formation, en locaux, en logiciels et matériels informatiques* »⁸⁴.
99. Sur ce point, il y a lieu de relever qu'une révision des tarifs, selon une fréquence quinquennale, ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une refonte intégrale des tarifs tous les 5 ans mais plutôt d'ajustements et de correctifs à l'issue d'une étude fondée sur des données empiriques et des indicateurs macroéconomiques précis⁸⁵. Dès lors qu'elle fixe les principes de tarification, la délibération demeure un échelon normatif idoine pour fixer le principe d'une révision périodique des tarifs réglementés des mandataires judiciaires.
100. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 2 : Compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant, au sein de la Sous-section 4 : « *Dispositions communes à la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur* », **une clause de révision périodique des tarifs réglementés selon une fréquence quinquennale.**

c. Les nouvelles modalités de rémunération des mandataires de justice sont davantage orientées vers les coûts ce qui tend à limiter le risque de sur-rémunération par rapport à la mission réellement effectuée

101. Concernant les mandataires judiciaires, dans son avis n° 19-A-01, l'Autorité a insisté sur le « niveau élevé du droit fixe pour les petites entreprises » et sur la « dérive possible résultant du droit proportionnel en cas de contestation de créances »⁸⁶.
102. Sur ce point, les réponses aux questionnaires des différents acteurs concernés ont confirmé que ces deux émoluments cristallisent les critiques des entreprises en difficulté⁸⁷.
103. Le projet de délibération modifie à la fois les modalités de rémunération des mandataires judiciaires concernant le droit fixe (i) et la contestation des créances (ii) et révisé à la baisse les plafonds de rémunération concernant plusieurs diligences, notamment les droits relatifs aux créances (iii).

⁸¹ Voir notamment l'annexe 05, cotes 11-21 et l'annexe 06, cotes 22-30.

⁸² Annexe 12, cotes 70-80.

⁸³ Annexe 11, cotes 58-69.

⁸⁴ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

⁸⁵ Dans son avis n° 16-A-03 du 29 janvier 2016 concernant un projet de décret relatif aux tarifs de certains professionnels du droit et au fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice prévu par l'article 50 de la loi du 6 août 2015, l'Autorité métropolitaine a estimé que « *la périodicité courte (2 ans) prévue entre chaque révision tarifaire permettra tout en évitant des évolutions brutales d'opérer une trajectoire soutenue pour atteindre une tarification assurant une rémunération raisonnable. Elle permettra également de corriger les imperfections du dispositif dues à la faiblesse des données disponibles à la date de la présente réforme* » (§319). Un raisonnement similaire peut s'appliquer *mutatis mutandis* au cas d'espèce.

⁸⁶ Avis n° 2019-A-01 précité §215.

⁸⁷ Voir notamment l'annexe 12, cotes 70-80 et l'annexe 13, cotes 81-83.

(i) *La révision du droit fixe lié à l'ouverture de la procédure est conforme aux recommandations de l'ACNC*

104. Le droit fixe a vocation à rétribuer les mandataires de justice pour toutes les prestations qui ne font pas l'objet d'une rémunération spécifique.
105. Dans son avis n° 19-A-01, l'Autorité a formulé deux recommandations concernant le droit fixe :
- Prévoir expressément le versement d'un droit fixe au mandataire-liquidateur dans toute procédure collective afin d'éviter toute incitation à privilégier la liquidation judiciaire⁸⁸ ;
 - Moduler le droit fixe de procédure en fonction « *de la taille et de l'effectif de l'entreprise concernée* »⁸⁹.
106. En l'espèce, le projet de délibération s'inscrit dans le sillage des recommandations formulées par l'Autorité.
107. En premier lieu, l'article R. 663-11 du code de commerce, issu du projet de délibération, prévoit expressément le versement d'une rémunération forfaitaire fixe pour l'ensemble de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires⁹⁰.
108. En effet, *stricto sensu*, en vertu de l'article 31 de la délibération n° 244⁹¹, le droit fixe n'est pas versé au mandataire-liquidateur - dénommé désormais mandataire judiciaire - désigné dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire simple qui n'aboutit pas à une liquidation judiciaire.
109. En pratique, dans le cadre de l'instruction de l'avis n° 19-A-01, l'Autorité a relevé que le droit fixe était perçu même en cas de désignation du mandataire judiciaire dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure de redressement judiciaire, afin d'éviter une tendance à privilégier les procédures de liquidation judiciaire⁹².
110. Maître A. a d'ailleurs souligné à ce sujet que : « *Le tarif actuel prévoit les mêmes dispositions* » émettant plus généralement des doutes sur le fait « *que les modalités de rémunération du professionnel aient vocation à être un levier de 'protection' pour les entreprises en difficulté ou ses créanciers* »⁹³.
111. Le mandataire *ad hoc*, Monsieur H., a, quant à lui, indiqué que : « *Cette mesure unifie les procédures et fixe une rémunération mais cela renforce-t-il les garanties nécessaires à la protection des entreprises, je n'en suis pas convaincu* »⁹⁴.

⁸⁸ Recommandation n° 7 de l'Autorité : « *Engager une réflexion, impliquant l'ensemble des parties prenantes, sur la révision des tarifs réglementés des prestations de mandataire-liquidateur pour prévoir expressément le versement d'un droit fixe au mandataire-liquidateur dans toute procédure collective afin d'éviter toute incitation à privilégier la liquidation judiciaire* » (§285).

⁸⁹ Recommandation n° 7 de l'Autorité : « *Evaluer l'impact sur l'attractivité de la profession, la rémunération des mandataires-liquidateurs et sur les entreprises débitrices et leurs créanciers (...) d'une éventuelle modulation du droit fixe de procédure en fonction de la taille et de l'effectif de l'entreprise concernée* » (§285).

⁹⁰ L'article R. 663-1 du code de commerce relatif aux administrateurs judiciaires prévoit également le versement d'une rémunération forfaitaire fixe pour l'ensemble de la procédure de sauvegarde et de redressement.

⁹¹ L'article 31 de la délibération n° 244 prévoit que : « *Le représentant des créanciers, s'il est ensuite désigné comme liquidateur, reçoit pour l'ensemble de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires le droit fixe prévu à l'article 21. Si, dans une même procédure, un représentant des créanciers et un liquidateur distincts sont désignés par le Tribunal, le représentant des créanciers rétrocède au liquidateur la moitié de ce droit fixe* » (soulignement ajouté).

⁹² Avis n° 2019-A-01 précité §60 : « *Interrogé sur ce sujet lors de la séance, le président du tribunal mixte de commerce a précisé qu'en pratique Maître [A.] perçoit le droit fixe, même lorsqu'elle est désignée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure de redressement judiciaire afin d'éviter une tendance à privilégier les procédures de liquidation judiciaire* ».

⁹³ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

⁹⁴ Annexe 05, cotes 11-21.

112. Il y a toutefois lieu de relever que cette clarification est pertinente. La pratique actuelle consistant à verser un droit fixe dans tout type de procédure au mandataire judiciaire bénéficie désormais d'un fondement juridique univoque, l'article R.663-11 du code de commerce, ce qui renforce les garanties nécessaires à la protection des consommateurs *lato sensu* que sont les entreprises concernées par les procédures et leurs créanciers.
113. En second lieu, l'article R.663-1 du code de commerce prévoit que l'émolument sera fixé par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie « *en fonction du nombre de salariés de l'entreprise* »⁹⁵.
114. Ce faisant, le principe de modulation du droit fixe de procédure en fonction du nombre de salariés de l'entreprise permet de ménager, dans une certaine mesure, les intérêts des entreprises de taille modeste qui font l'objet d'une procédure collective.
115. Cette modulation est d'autant plus importante en Nouvelle-Calédonie que les entreprises concernées par les procédures collectives sont majoritairement des entreprises de petite taille avec peu d'actifs et peu de salariés⁹⁶.
116. Sur ce point, la CPME-NC s'est interrogée « *quant à l'opportunité de cette modification, sauf à ce qu'elle permette une rémunération plus faible qu'actuellement pour les plus petites entreprises* »⁹⁷.
117. Le mandataire *ad hoc*, Monsieur H., a indiqué qu'il faudrait une « *modulation du droit fixe en fonction de la taille de l'entreprise* » en précisant que « *le nombre de salariés peut être un critère, il pourrait y en avoir d'autres comme le chiffre d'affaires et le total du bilan (critères utilisés pour la désignation d'un commissaire aux comptes dans les SARL)* »⁹⁸.
118. S'agissant des administrateurs judiciaires, le Cabinet CBF Associés s'est montré « *favorable à cette adaptation du droit fixe à la taille d'une entreprise, afin justement de permettre à chaque entreprise de bénéficier de l'accompagnement d'un AJ* » mais « *à condition que les seuils d'intervention de l'AJ soient abaissés ou supprimés* »⁹⁹. Concernant l'incidence financière de la modulation, il a été ajouté que : « *La baisse du droit fixe aura un impact fort (...)* »¹⁰⁰.
119. La CMA a précisé qu'elle avait déjà « *alerté le gouvernement à plusieurs reprises (et notamment dans le cadre des consultations préalables à Loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne) sur le coût disproportionné des procédures au regard de la taille des entreprises artisanales (86 % des chefs d'entreprise travaillent seuls)* »¹⁰¹.
120. La CCI a estimé que : « *Sous réserve de ce que couvre exactement le droit fixe de procédure, sa modulation en fonction du nombre de salariés de l'entreprise semble pertinente, mais il n'est pas certain que ce seul critère soit un indicateur suffisamment efficace. Il existe en effet des entreprises à gros chiffre d'affaires qui recourent pour l'essentiel à la sous-traitance et, à*

⁹⁵ L'article R. 663-11, I du code de commerce dispose que : « *Le mandataire judiciaire reçoit pour l'ensemble de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires l'émolument prévu à l'article R. 663-1. II - Lorsqu'il est désigné en qualité de commissaire à l'exécution du plan, il est rémunéré conformément aux dispositions des articles R. 663-5 à R.663-10.*

III - S'il est ensuite désigné comme liquidateur, il ne peut, à ce titre, prétendre à l'émolument prévu au I.I ».

⁹⁶ Avis n° 2019-A-01 précité §134. Ce principe de modulation en fonction du nombre de salariés a également été retenu dans le projet de délibération concernant également la rémunération du commissaire à l'exécution du plan (article R.663-8-I du code de commerce dans sa version issue du projet de délibération). S'agissant du commissaire à l'exécution du plan, l'article 27 de la délibération n° 244 prévoyait déjà une telle modulation.

⁹⁷ Annexe 04, cotes 7-10.

⁹⁸ Annexe 05, cotes 11-21.

⁹⁹ Annexe 06, cotes 22-30 – S'agissant de la rémunération du commissaire à l'exécution du plan, Monsieur H. a émis les mêmes interrogations en indiquant que « *La rémunération fixée en fonction du nombre de salariés est un critère, mais que dire des entreprises qui font appel à beaucoup de sous-traitance ?* ».

¹⁰⁰ Annexe 06, cotes 22-30.

¹⁰¹ Annexe 11, cotes 58-69.

l'inverse, d'autres qui ont beaucoup de salariés et donc plus de charges, mais une marge très réduite (...) »¹⁰².

121. A cet égard, le mandataire judiciaire en exercice a précisé : « *Il est donc prévu une réduction sensible du montant du droit fixe qui passerait de 500 000 à 350 000 F pour l'essentiel des dossiers (moins de 10 salariés) et à 450 000 F pour les quelques dossiers employant plus de 10 salariés (assez peu nombreux en Nouvelle-Calédonie). (...) La réduction du droit fixe est celle qui sera la plus impactante.* »¹⁰³.
122. Si ces montants sont effectivement repris par l'arrêté du gouvernement, le droit fixe devrait baisser de 30 % pour la très grande majorité des entreprises calédoniennes (de moins de 10 salariés) et de 10 % pour les autres. Pour les entreprises de moins de 10 salariés, il restera supérieur de 25 % par rapport au droit fixe applicable en métropole (280 579 F. CFP) mais deviendra inférieur de 12,5 % par rapport à celui applicable en Polynésie-Française (400.000 F. CFP)
123. Si certains prônent la modulation du droit fixe en fonction du chiffre d'affaires comme pour les administrateurs judiciaires en métropole¹⁰⁴, le principe de modulation du droit fixe de procédure en fonction d'un seul critère (le nombre de salariés de l'entreprise) présente cependant l'avantage de prendre en considération la taille de l'entreprise sans complexifier de manière excessive les modalités de rémunération tout en ayant un effet très large sur la très grande majorité des entreprises concernées par une procédure collective.
124. Dans ce contexte, le projet de délibération est, en l'état, conforme aux recommandations formulées par l'Autorité dans son avis n° 19-A-01 précité et *in fine* à l'objectif de réduction des coûts des procédures collectives. Des correctifs pourront, le cas échéant, être apportés à l'issue d'une période quinquennale comme mentionné *supra*.

(ii) La suppression du droit proportionnel de 5% alloué aux mandataires judiciaires concernant la contestation des créances est conforme aux recommandations de l'ACNC

125. Pour rappel, la vérification du passif de l'entreprise en difficulté est effectuée dès l'ouverture d'une procédure collective afin de déterminer sa situation économique. Dans ce contexte, les créanciers, à l'exception des créanciers salariés¹⁰⁵, doivent obligatoirement déclarer les créances antérieures, nées avant l'ouverture de la procédure collective.
126. Le débiteur dispose de la faculté de contester les créances déclarées. Une lettre est adressée au créancier par le mandataire judiciaire pour lui notifier son désaccord concernant la créance

¹⁰² Annexe 12, cotes 70-80.

¹⁰³ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC) - Maître A. a précisé que : « *Dans plus de 90 % des dossiers, le droit fixe passera de 500 000 XPF à 350 000 XPF soit une baisse de 30 % de la partie de rémunération ayant le plus d'impact sur le chiffre d'affaires du cabinet, baisse sans précédent pour une profession réglementée et catastrophique pour la structure en place* ».

¹⁰⁴ L'article R.663-4 du code de commerce de l'Etat dispose « *qu'il est alloué à l'administrateur judiciaire, pour les diligences relatives au diagnostic de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire au titre de laquelle il a été désigné, un émoluments déterminé par un arrêté pris en application de l'article L. 444-3 en fonction du nombre de salariés employés par le débiteur ou de son chiffre d'affaires.*

Toutefois, lorsque le total du bilan mentionné au b du II de l'article R. 663-3 est supérieur ou égal à un seuil précisé par l'arrêté mentionné au premier alinéa, l'émoluments est déterminé uniquement en fonction de ce total de bilan ». L'article A663-4 du code de commerce précise que « *Lorsque le total du bilan du débiteur est inférieur à 3 650 000 €, cet émoluments varie en fonction du nombre de salariés employés par le débiteur ou du montant de son chiffre d'affaires (...). Lorsque le débiteur relève de deux tranches de rémunération différentes au titre respectivement du nombre de salariés employés et du montant de son chiffre d'affaires, il y a lieu de se référer à la tranche la plus élevée* ».

Cet émoluments est versé par le débiteur à l'administrateur judiciaire sans délai dès l'ouverture de la procédure.

¹⁰⁵ L'article L.622-24 du code de commerce de l'Etat dispose « *qu'à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat* » (soulignement ajouté).

déclarée au passif de la procédure collective. Le créancier doit répondre dans un délai de trente jours à compter de la réception de la lettre de contestation¹⁰⁶. Si le débiteur maintient la contestation, les parties sont convoquées devant le juge-commissaire pour qu'il tranche la contestation¹⁰⁷.

127. Dans le cadre de l'avis n° 19-A-01, l'Autorité a recommandé « *d'évaluer l'impact sur l'attractivité de la profession, la rémunération des mandataires-liquidateurs et sur les entreprises débitrices ou créancières de :*
- *la suppression du droit proportionnel de 5 % sur la contestation des créances (hors créances salariales) considéré comme sur-rémunérateur par rapport à la mission réellement effectuée pour le remplacer par un droit fixe comme en métropole* »¹⁰⁸.
128. En l'espèce, l'article R. 663-14 du code de commerce substitue au droit proportionnel de 5% une rémunération proportionnelles dégressive basée sur la différence entre le montant de la créance déclarée et celui de la créance définitivement admise. Cette rémunération sera établie selon un barème dégressif, arrêté ultérieurement par le gouvernement, établi par tranche et plafonné à 5 000 000 F.CFP.
129. Le libellé de l'actuel article R. 663-14 du code de commerce appelle plusieurs observations.
130. S'agissant de l'assiette, l'article R. 663-14 du code de commerce vise « *toute contestation de créance* » y compris les créances salariales.
131. Les créances salariales sont intégrées dans l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires. Ce choix s'inscrit à rebours :
- De la recommandation formulée par l'Autorité qui avait pris soin de préciser expressément que les créances salariales devaient être exclues du calcul de l'assiette de la rémunération¹⁰⁹ ;
 - Du droit métropolitain lequel prévoit un émolument fixe pour la contestation des créances à l'exclusion des créances salariales¹¹⁰.
132. Ainsi, l'article A .663-22 du code de commerce de l'Etat prévoit ainsi : « *qu'est fixé à 94,05 € [soit 11 223 F. CFP] l'émolument prévu à l'article R. 663-25 au titre de : 1° La contestation des créances autres que salariales dont l'admission ou le rejet a donné lieu à une décision du juge-commissaire inscrite (...)* » (soulignement ajouté).
133. Interrogé sur ce point, le mandataire *ad hoc*, Monsieur H., a indiqué : « *Je me pose la question sur les motivations réelles des écarts avec les textes métropolitains. Je suis pour rester assez proche des textes métropolitains sauf spécificités locales nécessaires. (...)* »¹¹¹.

¹⁰⁶ L'article L.622-27 du code de commerce de l'Etat dispose que « *S'il y a discussion sur tout ou partie d'une créance autre que celles mentionnées à l'article L. 625-1, le mandataire judiciaire en avise le créancier intéressé en l'invitant à faire connaître ses explications. Le défaut de réponse dans le délai de trente jours interdit toute contestation ultérieure de la proposition du mandataire judiciaire* ».

¹⁰⁷ Voir notamment <https://www.lettredurestructuring.com/P-29-678-P1-contestation-de-creance.html>

¹⁰⁸ Avis n° 2019-A-01 précité §282. En métropole, le droit proportionnel de 5 % en cas de contestation de créances a été supprimé en 2004 en ce qu'il constituait « *une anomalie économique* » « *à l'effet contreproductif* » étant donné son caractère sur-rémunérateur par rapport à la prestation réalisée. Dans son avis n°15-A-02, l'Autorité a constaté que, depuis la suppression de ce droit proportionnel de 5%, les contestations de créances étaient désormais moins nombreuses (§983).

¹⁰⁹ Avis n° 2019-A-01 précité §282 : « *Il pourrait être utile d'évaluer l'impact sur la rémunération des mandataires-liquidateurs d'une part et sur les entreprises débitrices d'autre part, de la suppression du droit proportionnel de 5 % sur la contestation des créances (autres que salariales) pour le remplacer par un droit fixe sur la contestation des créances (autres que salariales)* » (soulignement ajouté).

¹¹⁰ Article R.663-25 du code de commerce de l'Etat : « *Il est alloué au mandataire judiciaire un émolument déterminé par un arrêté pris en application de l'article L. 444-3 :*

1° *Pour la contestation des créances autres que salariales, par créance dont l'admission ou le rejet a donné lieu à une décision du juge-commissaire inscrite sur l'état des créances mentionné à l'article R. 624-8 (...)* ».

¹¹¹ Annexe 05, cotes 11-21.

134. La CCI a précisé « *qu'on peut s'interroger sur ce qui justifie cette spécificité, les créances salariales, souvent incontestables et incontestées, émanant de la gestion de la société* »¹¹².
135. La mandataire judiciaire a avancé le facteur d'explication suivant : « *C'est un des seuls points sur lequel le Gouvernement a consenti à rémunérer des diligences qui ne l'étaient pas jusqu'à présent pour compenser 'un peu' la réduction globale des autres points du tarif* ».
136. Elle a ajouté que : « *Cette rémunération est parfaitement justifiée quand on sait que le mandataire local défend (le plus souvent seul, faute de fonds disponibles au dossier pour rémunérer un Avocat, les intérêts de la liquidation dans le cadre des instances encore en cours devant le Tribunal du Travail, instances bien souvent éminemment complexes, et défend également l'entreprise liquidée en cas de recours des salariés sur l'état des créances salariales. Cette défense est cruciale pour les autres créanciers. Si le mandataire ne défend pas le dossier, les créances salariales peuvent être fixées à des montants exorbitants et injustifiés et absorber la totalité de l'actif puisque les salariés bénéficient d'un super privilège qui les fait passer avant toute autre créance. Cette rémunération nouvelle n'aura aucun impact sur les salariés dont les créances sont, quoi qu'il en soit, réglées en priorité avant toute autre créance y compris les honoraires du mandataire (contrairement à la Métropole où il existe un Fonds de Garantie des Salaires)* »¹¹³.
137. En l'état, aucun élément recueilli au cours de l'instruction ne justifie objectivement l'intégration des créances salariales dans l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances sauf à « *compenser* », selon les propres termes de la mandataire judiciaire, la révision à la baisse des tarifs impulsée par le projet de délibération.
138. Le choix d'inclure les créances salariales dans l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances interroge, dès lors que les créances salariales bénéficient, en matière de procédures collectives, d'un régime dérogatoire au droit commun lequel est fixé au niveau législatif¹¹⁴.
139. Certes, comme l'a rappelé Maître A., il existe une réelle spécificité locale en Nouvelle-Calédonie, comme en Polynésie française, dès lors que les mandataires judiciaires ne peuvent cotiser au Fonds de garantie des salaires (FNGS), géré par l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS) qui permet, si nécessaire, de garantir le paiement des créances salariales lorsque la trésorerie de l'entreprise faisant l'objet de la procédure est insuffisante. Sur ces territoires ultra-marins, l'Autorité a constaté, dans son avis n° 19-A-01, que « *la rémunération des mandataires-liquidateurs passe systématiquement après le paiement des créances salariales superprivilégiées* »¹¹⁵.
140. Toutefois, au lieu d'assimiler la créance salariale à une créance ordinaire, il serait préférable, comme l'Autorité l'avait déjà recommandé dans l'avis n° 19-A-01, que « *les pouvoirs publics se rapprochent de l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés afin d'envisager la possibilité de s'affilier par convention, pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation, lequel a notamment un impact sur la capacité des mandataires-liquidateurs à recouvrer leurs émoluments* »¹¹⁶. Si cette option n'était pas envisageable, une autre solution pourrait être d'envisager la création d'un fonds de garantie propre à la Nouvelle-Calédonie.

¹¹² Annexe 12, cotes 70-80.

¹¹³ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

¹¹⁴ A titre d'exemple, en matière de déclaration des créances, l'article L.622-24 du code de commerce de l'Etat dispose « *qu'à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat* » (soulignement ajouté).

¹¹⁵ Avis n° 2019-A-01 précité §222.

¹¹⁶ *Idem* §280.

141. Il s'agirait d'une solution médiane qui permettrait de ménager à la fois les intérêts des salariés et ceux des mandataires judiciaires¹¹⁷.
142. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 3 : Supprimer les créances salariales de l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances et ce quel que soit le choix de la structure tarifaire et **engager une réflexion avec l'ensemble des parties prenantes** pour évaluer selon quelles modalités une affiliation auprès d'un fonds de garantie métropolitain ou local serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation.

143. Concernant *stricto sensu* le choix de la structure tarifaire, il convient de noter que l'Autorité, dans l'avis n° 2019-A-01, avait préconisé la suppression du droit proportionnel de 5 % entre le montant déclaré et le montant définitivement admis pour le remplacer par un droit fixe comme en métropole afin d'éviter d'éventuels effets d'aubaine consistant à procéder à des déclarations particulièrement élevées.
144. Ainsi, l'article A. 663-22 du code de commerce de l'Etat prévoit un émolument fixe de 11 223 F. CFP (94,05 €). Or, en l'espèce, le projet de délibération prévoit que les émoluments des mandataires judiciaires sont calculés selon un tarif proportionnel dégressif.
145. La substitution du droit proportionnel intangible de 5 % par une rémunération proportionnelle dégressive ne réduit pas totalement le risque, identifié par l'Autorité dans l'avis n° 2019-A-01, de « *sur-rémunération* » par rapport à la mission réellement effectuée¹¹⁸.
146. Le fait que l'article R. 663-14 du code de commerce plafonne l'émolument alloué au mandataire judiciaire à hauteur de 5 000 000 de F.CFP (soit 41 900 euros) pourrait toutefois être de nature à limiter les dérives tarifaires liées à l'absence de droit fixe.
147. A ce titre, la CPME-NC a expressément précisé « *qu'un droit fixe à l'image de la métropole aurait été préférable* » même si « *la mise en place d'un barème dégressif est préférable au droit proportionnel de 5% actuellement en vigueur* »¹¹⁹.
148. La CCI a estimé « *qu'il est difficile de se prononcer sans connaître le barème de dégressivité. Outre la dégressivité, ce droit devrait être fonction des diligences accomplies par le mandataire judiciaire pour la contestation. En effet, dans la pratique, souvent un simple courrier suffit, le créancier ne répondant pas dans le délai de 30 jours ou acquiesçant sans difficulté. Il n'y a pas d'audience, pas de procédure, pas d'écritures du mandataire et un simple courrier lui alloue 5 % de la créance contestée* »¹²⁰.
149. Partant de ce constat, la CCI a estimé que dans le cas d'un simple courrier de contestation « *un honoraire forfaitaire très peu élevé semblerait suffisant, à l'instar de ce qui se fait en métropole* »¹²¹.
150. En définitive, parmi les différents acteurs interrogés, seule Maître A. a critiqué le principe même de la suppression du droit proportionnel de 5 %¹²². Elle a estimé que : « *Les particularités de l'exercice de la profession en Nouvelle Calédonie justifient un tarif supérieur à celui de la métropole et donc le maintien plein et entier des 5 %. Outre que le coût de la vie est bien plus*

¹¹⁷ Conformément à la Recommandation n°7 formulée par l'Autorité dans son avis n°19-A-01 précité (§285).

¹¹⁸ Avis n° 2019-A-01 précité §285.

¹¹⁹ Annexe 04, cotes 7-10 La CPME-NC a également souligné qu'elle se satisfaisait « *de l'établissement d'un plafond au-delà duquel la rémunération ne peut excéder* ».

¹²⁰ Annexe 12, cotes 70-80.

¹²¹ *Idem*.

¹²² Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

élevé en Nouvelle Calédonie, il existe des particularités locales qui pèsent lourdement sur les frais généraux d'un cabinet de mandataire judiciaire et qu'on ne retrouve pas en métropole »¹²³.

151. Maître A. a souligné que la suppression du droit proportionnel de 5 % a été compensée en métropole par la rémunération de certaines diligences spécifiques. Elle a fait état notamment :
- De la cession des actifs mobiliers corporels et immobiliers corporels et incorporels de l'entreprise (entre 4,703 % et 0,941% du montant des actifs)¹²⁴ ;
 - De l'émolument fixe pour chaque instance introduite devant le conseil de prud'hommes (94,05 euros)¹²⁵ ;
 - De l'émolument fixe prévu en matière d'actions engagées en cas de faillite personnelle et d'interdiction de gérer (300 euros)¹²⁶.
152. S'agissant de la réalisation d'actifs immobiliers et mobiliers, la mandataire judiciaire a insisté sur le fait qu'en métropole, la rémunération proportionnelle dégressive s'applique à « *chaque actif* » vendu, contrairement à la Nouvelle-Calédonie. Toutefois, l'Autorité ne relève pas de différence – s'agissant de l'assiette - entre le libellé de l'article R. 663-29 du code de commerce de l'Etat et du nouvel article R. 663-17 du code de commerce concernant respectivement la métropole et la Nouvelle-Calédonie¹²⁷.
153. Concernant les deux autres diligences, l'Autorité note effectivement que celles-ci ne font pas l'objet d'une rémunération spécifique en Nouvelle-Calédonie, contrairement à la métropole.
154. Toutefois, pour prolonger ce parallèle avec les dispositions métropolitaines, l'Autorité constate qu'il existe en métropole un plafond général en matière de rémunération qui recouvre l'intégralité des diligences, ce qui n'est pas le cas dans l'actuel projet de délibération. Ainsi, dès lors que le total de la rémunération calculée selon le tarif excède 9 millions de F. CFP (75 000 euros HT), la rémunération du mandataire judiciaire est alors déterminée en fonction des diligences accomplies, comme pour les administrateurs judiciaires, par un magistrat de la cour d'appel désigné par le premier président, sans pouvoir être alors inférieure à ce montant¹²⁸.
155. En tout état de cause et notwithstanding la rétribution de certaines diligences spécifiques en métropole, l'Autorité a déjà constaté que de manière générale « *les tarifs réglementés pratiqués en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française sont plus élevés qu'en métropole* »¹²⁹.
156. Aussi, dans une optique d'orientation des tarifs vers les coûts, comme indiqué *supra*, il ressort de l'instruction que la suppression du droit proportionnel de 5 % est bien fondée.
157. Au vu des développements qui précèdent et des réactions des acteurs concernés, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 4 : Privilégier un droit fixe plutôt que la rémunération proportionnelle dégressive prévue à l'article R. 663-14 du code de commerce en cas de contestation de créances, dont le montant exact - hors créances salariales – devra être précisé dans l'arrêt à venir.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Article R.663-29 du code de commerce de l'Etat.

¹²⁵ Article R.663-25 du code de commerce de l'Etat.

¹²⁶ Article R.663-31-1 du code de commerce de l'Etat.

¹²⁷ L'article R. 663-17, II du code de commerce prévoit notamment « *qu'un émolument proportionnel, fixé selon le même barème, est alloué au liquidateur au titre de la réalisation d'actifs immobiliers et mobiliers incorporels en fonction du montant du prix de chacun des actifs cédés* » (soulignement ajouté).

¹²⁸ Article R663-31 du code de commerce de l'Etat.

¹²⁹ Par ailleurs, il est intéressant de relever que dans son avis n°19-A-09 du 11 avril 2019 relatif aux tarifs des professions réglementées du droit en outre-mer, l'Autorité a constaté « *qu'aucune majoration n'est prévue dans ces départements [Guadeloupe, Martinique et Guyane] pour les professions d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire* » (§36). Il en va de même à Mayotte (§41).

(iii) *La révision à la baisse du plafond des droits relatifs aux créances alloués aux mandataires judiciaires*

158. Pour rappel, l'article 35 de la Délibération n° 244, toujours applicable, dispose que : « *Si l'ensemble des droits alloués au représentant des créanciers, en application des articles 32 à 34 excède 12.272.715 F.CFP, la rémunération due au-delà de ce montant est arrêtée, sur proposition du Juge-Commissaire, par le Président du Tribunal Mixte de Commerce* » (soulignement ajouté).
159. Conformément à l'objectif général de « *révision à la baisse des tarifs* » mis en exergue par le gouvernement dans son communiqué, le projet de délibération modifie le plafond des droits relatifs aux créances avant fixation d'un montant, sur proposition du juge-commissaire, par le président du TMC.
160. Ce plafond concerne les diligences suivantes :
- La vérification des créances autre que salariales ;
 - L'établissement des relevés des créances salariales ;
 - La contestation des créances y compris les créances salariales.
161. A titre de comparaison, en Polynésie française, ce plafond est fixé à 2 000 000 F.CFP. Le plafond des droits relatifs aux créances avant fixation d'un montant par le juge-commissaire est ainsi supérieur de plus de 10 000 000 F.CFP en Nouvelle-Calédonie par rapport à la Polynésie française¹³⁰.
162. En l'espèce, le plafond envisagé par le projet de délibération est désormais de 7 000 000 F.CFP (soit 58 660 euros) ce qui est sensiblement inférieur au plafond précédent de 12 272 715 F.CFP (soit 102 845 euros)¹³¹.
163. De manière générale, le niveau des plafonds fixé dans le projet n'a pas suscité de réactions de la part des différents acteurs concernés¹³², à l'exception de la CPME-NC a indiqué se satisfaire « *de l'établissement d'un plafond au-delà duquel la rémunération ne peut excéder* »¹³³.
164. Interrogée sur ce nouveau plafond, la mandataire judiciaire a indiqué que : « *Ce seuil des 7 millions F.CFP a été dépassé en moyenne 1 fois par an depuis 5 ans, soit 5 fois. Abaisser le seuil au-delà duquel la taxe bénéficie d'un double contrôle est de nature à rassurer les justiciables* » avant d'ajouter que « *Ce seuil me semble donc pertinent* »¹³⁴.
165. A l'issue du projet de délibération, l'Autorité note néanmoins que le plafond règlementaire serait toujours plus de trois fois supérieur à celui applicable en Polynésie française alors qu'aucun élément ne justifie cette différence qui peut peser sur les entreprises en difficulté. En outre, l'intérêt d'un plafond n'a de sens que s'il a vocation à s'appliquer ce qui n'est pas vraiment le cas s'il est fixé à hauteur de 7 millions F. CFP puisqu'une seule affaire par an dépasse ce plafond en pratique. A cet égard, la fixation d'un plafond identique ou proche de celui applicable en Polynésie-Française pourrait s'avérer plus pertinent étant précisé que seule une dizaine d'affaires par an excèdent le montant global de 2 000 000 F.CFP.

¹³⁰ Article 16 de l'arrêté n° 296 CM du 14 mars 1991 fixant le tarif des administrateurs judiciaires en matière commerciale et des mandataires liquidateurs.

¹³¹ L'article R.663-15 du code de commerce issu du projet de délibération prévoit ainsi que « *Si l'ensemble de la rémunération du mandataire judiciaire, en application des articles R. 663-12 à R. 663-14 et R. 663-18 excède 7.000.000 F CFP, la rémunération due au-delà de ce montant est arrêtée, sur proposition du juge-commissaire, par le président du tribunal mixte de commerce* ».

¹³² Outre le plafond des droits relatifs aux créances, le projet de délibération prévoit « *qu'en matière de recouvrement d'actif et réalisation d'actif, le plafond avant fixation d'un montant, sur proposition du juge-commissaire, par le président du tribunal mixte de commerce est de 7.000.000 F CFP (article R.663-17 du Code de commerce) au lieu de 12.272.715 F CFP (article 37 de la délibération n° 244 du 18 décembre 1991)]* ».

¹³³ Annexe 04, cotes 7-10.

¹³⁴ Annexe 14, cotes 84-111 (VC) et annexe 16, cotes 116-143 (VNC).

Montant global de la rémunération du mandataire judiciaire	inférieur à 2 millions F.CFP	supérieur ou égal à 2 millions F.CFP, mais inférieur à 3 millions F.CFP	supérieur ou égal à 3 millions F.CFP, mais inférieur à 4 millions F.CFP	supérieur ou égal à 4 millions F.CFP, mais inférieur à 5 millions F.CFP	supérieur ou égal à 5 millions F.CFP, mais inférieur à 6 millions F.CFP	supérieur ou égal à 6 millions F.CFP	global
nombre de procédures collectives (2019)	527	7	3	1	0	1	539
nombre de procédures collectives (2020)	582	6	0	1	0	2	591

Source : Maître A., mandataire judiciaire

Recommandation n° 5 : Réduire le plafond maximal de la rémunération globale du mandataire judiciaire en fonction des spécificités locales en s'inspirant du plafond applicable en Polynésie-Française (2 millions F. CFP).

d. La nécessité de fixer, dans l'arrêté à venir, les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice conformément à l'objectif initial de révision à la baisse des tarifs

166. Ainsi qu'il a été précédemment exposé, contrairement à la délibération n° 244, le projet de délibération renvoie systématiquement à un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le soin de déterminer les barèmes et les montants précis des émoluments¹³⁵.
167. Le fait que la définition des principes tarifaires et la déclinaison de ceux-ci soient prévues respectivement au sein du projet de délibération et son arrêté subséquent est conforme à la grille de répartition normative évoquée notamment par l'Autorité métropolitaine dans l'avis n° 15-A-02¹³⁶.
168. Toutefois, sans examen de l'arrêté, l'évaluation de l'impact précis du texte, objet du présent rapport, notamment sur le coût des procédures collectives, se trouve nécessairement limitée¹³⁷.
169. La CPME-NC a d'ailleurs relevé que : « *L'ensemble des barèmes tarifaires et émoluments étant fixé par arrêté du gouvernement dont nous n'avons pas été destinataires, il nous est impossible de nous prononcer sur les potentiels effets de la réforme vers une réduction du coût des procédures collectives pour les entreprises* »¹³⁸.
170. Maître G., du cabinet CBF Associés, a indiqué concernant la thématique de la « rémunération » : « *pas d'observation en attendant le projet d'arrêté fixant les barèmes* »¹³⁹.
171. La CCI a estimé « *qu'il est difficile d'évaluer précisément l'impact sur les entreprises des précisions réglementaires apportées par ce projet de délibération, notamment en ce qui concerne les modalités de rémunération des mandataires de justice, sans connaître les termes de l'arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie auquel il est fait référence* »¹⁴⁰.
172. La CMA a confirmé que l'attente concernant l'arrêté d'application est importante de la part des différents acteurs. S'agissant du droit fixe lié à l'ouverture de la procédure évoqué *supra*, elle a ainsi indiqué « *qu'il est essentiel que le barème soit établi sur des tranches assez « fines » en*

¹³⁵ Voir notamment le rapport au congrès de la Nouvelle-Calédonie.

¹³⁶ Avis n° 15-A-02 précité §678 et §679.

¹³⁷ L'Autorité devra d'ailleurs être saisie par le gouvernement sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce. L'Autorité pourrait, le cas échéant, se saisir d'office également pour analyser le projet d'arrêté sur le fondement de l'article Lp. 462-4 du code de commerce. L'article Lp. 411-1 du code de commerce dispose en effet que « *Les projets d'arrêté du gouvernement portant fixation ou approbation des prix et tarifs réglementés sont transmis préalablement à leur adoption, pour information à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie* ».

¹³⁸ Annexe 04, cotes 7-10.

¹³⁹ Annexe 06, cotes 22-30.

¹⁴⁰ Annexe 12, cotes 70-80.

soulignant « *qu'il faudrait selon nous prévoir une tarification spécifique pour les entreprises sans salarié. Ainsi, les premiers niveaux du barème pourraient, par exemple, se décomposer en : - 0 salarié - 1 à 5 salariés - 6 à 10 salariés - 11 à 20 salariés Enfin, nous espérons que l'arrêté devant fixer le barème spécifiera un droit fixe minimum inférieur à 500 000 Frs* »¹⁴¹.

173. Dans ce contexte, les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice fixés par l'arrêté devront être établis conformément au principe mentionné *supra* et ce afin de ne pas obérer l'objectif initial de révision à la baisse des tarifs.
174. En tout état de cause, il conviendrait d'évaluer l'impact des barèmes et les montants précis des émoluments qui seront fixés par le biais d'un arrêté, afin de préserver l'incitation des professionnels à atteindre les meilleurs résultats, et en particulier pour qu'ils recouvrent un montant de créances élevé, et de veiller au respect de l'objectif initial de révision à la baisse des tarifs¹⁴².
175. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 6 : transmettre sans délai le projet d'arrêté fixant **les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice** qui devraient être fixés conformément au principe général mentionné *supra* **d'orientation vers les coûts.**

e. La nécessité de fixer une date butoir pour l'adoption et l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions afférentes à la rémunération des mandataires de justice

176. L'Autorité relève que l'article 4 du projet de délibération prévoit que : « *La rémunération des mandataires de justice intervenant dans des procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur de l'arrêté d'application mentionné à l'article R. 663-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie reste régie par les dispositions antérieurement applicables.* » (soulignement ajouté).
177. Or, le maintien d'un niveau élevé des tarifs règlementés en Nouvelle-Calédonie, non révisés depuis 1997, est susceptible de conduire à une situation de « *rente injustifiée* »¹⁴³.
178. Dans ces conditions, l'arrêté devrait pouvoir être adopté dans les plus brefs délais, suivant la délibération, afin que le régime antérieur de rémunération, basé sur la délibération n° 244, ne soit pas prolongé pendant un temps trop long, nécessairement au détriment des entreprises en difficulté. Une durée de trois mois après la publication au journal officiel de la délibération, par exemple, est susceptible de constituer une échéance raisonnable.
179. Au vu de ce qui précède, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 7 : Fixer, dans la délibération, le délai dans lequel l'arrêté d'application devra être adopté et entré en vigueur : « *L'arrêté d'application mentionné à l'article R. 663-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie est adopté dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente délibération et entre en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* ».

¹⁴¹ Annexe 11, cotes 58-69.

¹⁴² Voir notamment l'avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 précité §975 : « *L'Autorité recommande : - Une évaluation de l'impact des seuils choisis et des taux correspondant pour la rémunération des mandataires judiciaires en termes d'incitation des professionnels* ».

¹⁴³ Avis n° 2019-A-01 précité §278.

2. Sur les conditions d'accès à la profession de mandataire de justice

a. La nécessité de motiver et publier l'intégralité des décisions de la commission afin de renforcer la transparence de son action

180. Le projet de délibération prévoit l'insertion au sein du code de commerce d'un article R. 811-10 rédigé comme suit : « *La commission, hors la présence du rapporteur, décide de l'inscription ou du refus de l'inscription. Les décisions de refus doivent être motivées, de même que les décisions d'inscription prises sur le fondement de l'avant dernier alinéa de l'article Lp. 811-3* »¹⁴⁴.
181. Cette exigence de motivation des décisions de refus de la commission est un gage de transparence¹⁴⁵.
182. La CPME-NC a précisé « *qu'en cas de refus, nous estimons opportun d'instaurer une étape contradictoire, avec droit de réponse sur avis provisoire de l'intéressé avant décision définitive* »¹⁴⁶. Elle a également indiqué que : « *Nous pouvons regretter que la décision motivée de la commission ne soit pas rendue publique* »¹⁴⁷.
183. Interrogé sur ce point, le mandataire *ad hoc*, Monsieur H., a indiqué que : « *Cela semble adapté. Et il est bien d'avoir une motivation pour les décisions prises et il est bien de prévoir ce qui se passe en cas de partage des voix* »¹⁴⁸.
184. Maître G. du cabinet CBF Associés a, quant à lui, indiqué, sans plus de précisions, que : « *La deuxième partie du texte est un garde-fou nécessaire mais pas suffisant* »¹⁴⁹.
185. La CMA a rappelé « *qu'il semble important que les échanges au sein de la commission restent confidentiels et que les motivations du refus soient présentées comme celles de la commission* »¹⁵⁰.
186. La CCI a précisé qu'elle n'avait « *pas d'observations sur ce point en particulier, mais prévoir un délai pour que la commission se prononce serait pertinent* »¹⁵¹.
187. Il ressort de ce qui précède que l'exigence de motivation et de publicité des décisions de la commission contribue à renforcer la transparence de la procédure de sélection.
188. Ainsi, le champ *ratione materiae* de l'alinéa 2 de l'article R. 811-10 du code de commerce pourrait être étendu à l'intégralité des décisions de la commission. Au surplus, toutes les décisions de la commission devraient être rendues publiques après anonymisation.
189. La motivation et la publicité de l'intégralité des décisions de la commission apparaît, en effet, d'autant plus importante qu'il résulte de la lecture de l'article Lp. 811-18 du code de commerce que la commission est compétente en matière de retrait, d'interdiction temporaire et de discipline, ce qui n'était pas le cas pour l'ancienne commission territoriale.
190. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

¹⁴⁴ L'avant dernier alinéa de l'article Lp. 811-3 du code de commerce vise l'accès à la profession de mandataire judiciaire par la voie professionnelle.

¹⁴⁵ Dans l'avis n° 18-A-11 précité, l'Autorité métropolitaine a notamment considéré « *qu'une information des candidats non nommés sur les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus offrirait une garantie de transparence sur les critères retenus par la commission* » (§128).

¹⁴⁶ Annexe 04, cotes 7-10.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Annexe 05, cotes 11-21 - Concernant la problématique du partage des voix évoqué par Monsieur H., il convient de préciser que l'article R. 811-3 du code de commerce issu du projet de délibération prévoit que « *Les décisions de la commission des mandataires de justice sont prises à la majorité des membres présents. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante* ».

¹⁴⁹ Annexe 06, cotes 22-30.

¹⁵⁰ Annexe 11, cotes 58-69.

¹⁵¹ Annexe 12, cotes 70-80.

Recommandation n° 8 : Afin de favoriser la transparence de l'action de la commission, remplacer l'alinéa 2 de l'article R.811-10 du code de commerce par le contenu suivant : « *Les décisions de la commission sont motivées et rendues publiques après anonymisation* ».

b. La nécessité de fixer un calendrier précis concernant les différentes étapes de l'instruction afin de favoriser la transparence et la célérité de la procédure d'examen des candidatures

191. Dans son avis n° 18-A-11 relatif aux créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'Autorité métropolitaine a indiqué « *qu'il semblerait relativement aisé, compte tenu du faible nombre de candidats, d'apporter à échéances plus régulières une information plus précise sur l'état d'avancement de leurs demandes, les dates de réunions de la commission de classement et les dates prévisionnelles de nomination* »¹⁵².
192. Dans le cadre de l'avis n° 2019-A-01, l'Autorité a proposé « *d'instaurer une communication claire présentant les différentes étapes d'examen des candidatures par la commission territoriale (calendrier de dépôt des candidatures, calendrier d'examen des candidatures et procédure à suivre, date prévisionnelle de la décision de la commission)* »¹⁵³.
193. En l'espèce, si le projet de délibération précise, aux articles R. 811-6 à R. 811-12 du code de commerce, les différentes étapes de l'instruction des candidatures, aucun calendrier n'est prévu notamment s'agissant du délai entre le dépôt des pièces justificatives par le candidat et la date de son audition, ou bien encore du délai entre la séance et la notification de la décision au candidat¹⁵⁴.
194. Le seul délai mentionné est celui entre la convocation pour l'audition et la séance qui, aux termes de l'article R. 811-8 du code de commerce, est de « *quinze jours* ».
195. L'absence de fixation d'un calendrier précis concernant les différentes étapes de l'instruction est susceptible d'opacifier la procédure de recrutement, ce qui pourrait dissuader certains candidats potentiels.
196. Interrogée sur ce point, la CCI s'est d'ailleurs montrée favorable à la fixation d'un calendrier précisant la date d'examen des candidatures et la date prévisionnelle de la décision de la commission¹⁵⁵.
197. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 9 : Afin de favoriser la transparence et la célérité de la procédure d'examen des candidatures, prévoir à l'article R. 811-7 du code de commerce un **délai maximal de six mois entre la demande d'inscription du candidat et sa décision de nomination ou non par la commission.**

¹⁵² Voir notamment Avis n° 18-A-11 du 25 octobre 2018 relatif à la liberté d'installation et à des recommandations de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation §129 à §133.

¹⁵³ Avis n°2019-A-01 précité §251.

¹⁵⁴ A titre d'exemple, s'agissant des personnes qui justifient avoir acquis, dans un Etat membre des communautés européennes autre que la France ou un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, une qualification suffisante pour l'exercice de la profession de mandataire judiciaire, l'article R.812-17 du code de commerce de l'Etat dispose « *qu'à la réception du dossier complet d'une personne mentionnée à l'article R. 812-15, un récépissé lui est délivré. La commission nationale se prononce par décision motivée dans un délai de quatre mois à compter de la délivrance du récépissé* ».

¹⁵⁵ La CMA n'a émis aucun avis sur la question (Annexe 11, cotes 58-69).

3. Sur les seuils de désignation des administrateurs judiciaires

198. Il y a lieu de relever que, dans le cadre de l'instruction, Maître G. a déploré que :« *Les seuils de désignation d'un AJ ne sont pas modifiés, ce qui est dommage car toutes les entreprises de plus de 5 salariés pourraient bénéficier de l'accompagnement d'un AJ* »¹⁵⁶.
199. Maître A. a confirmé le fait que « *contrairement à la Métropole où un administrateur judiciaire est souvent désigné à l'ouverture de la procédure collective, la désignation de l'étude de Maître G., qui dispose d'une étude secondaire localement, est peu fréquente* »¹⁵⁷.
200. En ce qui concerne les modalités de désignation des administrateurs judiciaires, l'Autorité constate que le seuil de désignation en fonction du nombre de salariés est fixé en métropole et en Nouvelle-Calédonie respectivement à 20 salariés et à 50 salariés. Le seuil de désignation, fixé par la délibération n° 352, est ainsi supérieur en Nouvelle-Calédonie par rapport à la métropole et ce, sans adéquation avec la réalité du tissu économique calédonien composé essentiellement de TPE et de PME.
201. Un alignement sur le seuil métropolitain s'agissant du nombre de salariés pourrait être envisagé. Une telle recommandation dépasserait toutefois le cadre de la présente auto-saisine relative au projet de délibération dès lors qu'elle impliquerait une modification de la délibération n° 352 susmentionnée.
202. Au vu des développements qui précèdent, l'Autorité propose la recommandation suivante :

Recommandation n° 10 : Modifier la délibération n° 352 pour fixer des seuils de désignation des administrateurs judiciaires adaptés à la réalité du tissu économique calédonien, qui pourrait être à partir de 20 salariés.

III. Conclusion et recommandations

203. Il ressort de l'instruction que le projet de délibération, objet du présent avis, s'inscrit globalement dans la double perspective établie par le gouvernement de « *réviser à la baisse les tarifs* » et, dans une moindre mesure, de « *permettre l'ouverture à la concurrence de la profession* »¹⁵⁸.
166. En ce qui concerne les tarifs, il y a lieu de relever que les nouvelles modalités de rémunération des mandataires judiciaires instituées par le projet de délibération sont davantage orientées vers les coûts, ce qui tend à limiter *in fine* le risque de « *rente injustifiée* »¹⁵⁹.
167. Si la seule mandataire judiciaire en exercice a déploré l'approche retenue dans ce texte et ses potentielles conséquences négatives sur son étude, il sera souligné que la baisse des tarifs réglementés n'est pas nécessairement synonyme d'une baisse générale des revenus. En effet, cette nouvelle donne pourrait inciter ce mandataire judiciaire – et les éventuels nouveaux entrants – à apporter davantage leurs concours aux procédures préventives, comme le mandat *ad hoc* ou la conciliation, insuffisamment mobilisées en Nouvelle-Calédonie et pour lesquels les tarifs ne sont pas régulés¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Annexe 06, cotes 22-30.

¹⁵⁷ Annexe 14, cotes 84-111 : Maître A. a précisé que : « *Cette spécificité tient à plusieurs motifs : l'absence durant des décennies d'un administrateur judiciaire en nom sur le Territoire et la taille des entreprises calédoniennes* ».

¹⁵⁸ Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Communiqué, mardi 1er décembre 2020 - Disponible via le lien suivant : https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/2020.12.01_cp_mesures_du_plan_de_soutien_a_la_croissance_economique.pdf.

¹⁵⁹ Avis n° 2019-A-01 précité §287 à §290.

¹⁶⁰ L'article 40 de la délibération n° 352 prévoit que : « *Les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et de l'expert mentionnées à l'article L. 611-14 du code de commerce comprennent les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions* ».

168. En ce qui concerne l'organisation de la profession, le projet de délibération complète la loi du pays en précisant les conditions d'accès et d'exercice de la profession de mandataire judiciaire, ce qui est de nature à accroître la transparence de la procédure d'examen des candidatures et à créer des conditions favorables à l'émergence de nouveaux candidats¹⁶¹.

169. Toutefois, l'Autorité propose de compléter ce texte afin :

- D'une part, d'encadrer plus précisément les modalités de rémunération des mandataires de justice, de réviser à la baisse certains émoluments ainsi que le plafond maximal de rémunération des mandataires de justice et de veiller à une application effective de ceux-ci dans les plus brefs délais ;
- D'autre part, de renforcer davantage la transparence des décisions de la commission et du processus d'instruction des candidatures afin de réduire *in fine* les barrières à l'entrée de la profession de mandataires de justice.

170. En résumé, l'Autorité formule les recommandations suivantes :

Recommandation n° 1 : Compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant, au sein de la « *Section 1 : De la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur* », un article liminaire R.663-1 du code de commerce énonçant le principe d'une orientation vers les coûts en s'inspirant de la rédaction des articles L. 444-2 et R.444-5 du code de commerce de l'Etat.

Recommandation n° 2 : Compléter l'article 1^{er} du projet de délibération en insérant, au sein de la Sous-section 4 : « *Dispositions communes à la rémunération de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur* », une clause de révision périodique des tarifs réglementés selon une fréquence quinquennale.

Recommandation n° 3 : Supprimer les créances salariales de l'assiette de calcul de la rémunération perçue par les mandataires judiciaires en matière de contestation des créances et ce quel que soit le choix de la structure tarifaire et engager une réflexion avec l'ensemble des parties prenantes pour évaluer selon quelles modalités une affiliation auprès d'un fonds de garantie métropolitain ou local serait envisageable pour sécuriser à la fois les salariés des entreprises calédoniennes et limiter les risques de dégradation de l'actif en procédure de liquidation.

Recommandation n° 4 : Privilégier un droit fixe plutôt que la rémunération proportionnelle dégressive prévue à l'article R. 663-14 du code de commerce en cas de contestation de créances, dont le montant exact - hors créances salariales – devra être précisé dans l'arrêté à venir.

Recommandation n° 5 : Réduire le plafond maximal de la rémunération globale du mandataire judiciaire en fonction des spécificités locales en s'inspirant du plafond applicable en Polynésie-Française.

Recommandation n° 6 : transmettre sans délai le projet d'arrêté fixant les barèmes et les montants précis des émoluments des mandataires de justice qui devraient être fixés conformément au principe général mentionné *supra* d'orientation vers les coûts.

Recommandation n° 7 : Fixer, dans la délibération, le délai dans lequel l'arrêté d'application devra être adopté et entré en vigueur : « *L'arrêté d'application mentionné à l'article R. 663-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie est adopté dans un délai de trois mois*

L'article 41 de la délibération n°352 précise que : « *L'accord du débiteur sur les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur ou de l'expert est consigné par écrit préalablement à leur désignation. Il est annexé à l'ordonnance de désignation* ». Voir également l'avis n° 2019-A-01 précité §284 et l'annexe 06, cotes 22-30.

¹⁶¹ La CPME-NC a toutefois indiqué que : « *Si la délibération a le mérite de préciser les étapes, procédures modalités d'instruction des candidatures d'inscription par la commission, cela n'a peu d'effet à notre sens sur l'attractivité de la profession* » (annexe 04, cotes 7-10).

à compter de l'entrée en vigueur de la présente délibération et entre en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ».

Recommandation n° 8 : Afin de favoriser la transparence de l'action de la commission, remplacer l'alinéa 2 de l'article R.811-10 du code de commerce par le contenu suivant : « *Les décisions de la commission sont motivées et rendues publiques après anonymisation* ».

Recommandation n° 9 : Afin de favoriser la transparence et la célérité de la procédure d'examen des candidatures, prévoir à l'article R. 811-7 du code de commerce un délai maximal de six mois entre la demande d'inscription du candidat et sa décision de nomination ou non par la commission.

Recommandation n° 10 : Modifier la délibération n° 352 pour fixer des seuils de désignation des administrateurs judiciaires adaptés à la réalité du tissu économique calédonien, qui pourrait être à partir de 20 salariés.

Délibéré sur le rapport oral de M. Clément Echard, rapporteur et l'intervention de Mme Sylvanie Fournier, rapporteure générale adjointe, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Walid Chaiehloudj, membres.

La secrétaire de séance,

La présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre