



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

**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**

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (formation restreinte),

Vu la saisine de la Confédération des petites et moyenne entreprises de la Nouvelle-Calédonie (ci-après la « CPME-NC »), enregistrée le 30 mai 2018, sous le numéro 18/0006 A, sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce »), d'une demande d'avis portant sur « *la présence d'un unique et seul mandataire judiciaire 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 applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale adjointe, le rapporteur, les représentants de la CPME-NC entendus lors de la séance de l'Autorité du 4 février 2019, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué, le président du tribunal mixte de commerce de Nouvelle-Calédonie, Maître [A.] mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie ainsi que Maître [J.], bâtonnier de Nouméa, entendus sur le fondement du deuxième alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce ;

Après en avoir délibéré le 4 février 2019, adopte l'avis suivant :

Sommaire

RESUME ET RECOMMANDATIONS	4
INTRODUCTION	8
I. L'ORGANISATION DE LA PROFESSION LIBERALE REGLEMENTEE DE MANDATAIRE-LIQUIDATEUR EN NOUVELLE-CALEDONIE A CONDUIT A UN MONOPOLE DE FAIT SUR LE TERRITOIRE DEPUIS L'ORIGINE QUI PERDURE	12
A. Une profession règlementée bénéficiant d'un monopole légal qui n'a pas connu d'évolution depuis de nombreuses années.....	12
1. Le monopole légal du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie.....	12
2. Les missions du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie	15
3. Les conditions d'accès à la profession en Nouvelle-Calédonie.....	17
a) Une inscription obligatoire sur la liste des mandataires-liquidateurs établie par la commission territoriale.....	17
b) Deux voies d'accès : l'examen national d'aptitude après l'accomplissement d'un stage professionnel ou la voie professionnelle	18
c) L'obligation de disposer d'une assurance et d'une garantie bancaire.....	20
4. Des tarifs règlementés par la Nouvelle-Calédonie.....	21
a) La rémunération des mandataires-liquidateurs lors des procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.....	21
(i) Un droit fixe de 500.000 FCFP à l'ouverture de la procédure, dont la base légale fait défaut en cas de redressement judiciaire et de sauvegarde non suivis d'une liquidation	22
(ii) Le droit fixe perçu pour les vérifications de créance	23
(iii) Le droit fixe perçu pour l'établissement des créances salariales.....	24
(iv) Un droit proportionnel de 5 % pour toute contestation de créance	24
(v) Le versement d'un droit proportionnel en cas de liquidation judiciaire pour tout recouvrement d'actif et toutes réalisations d'actif	24
(vi) Un plafond maximal des droits perçus arrêté par le Président du tribunal mixte de commerce	25
(vii) Le cas particulier de la rémunération du mandataire-liquidateur en cas de dossiers impécunieux.....	25
b) La rémunération spécifique du mandataire-liquidateur désigné commissaire à l'exécution du plan	26
5. Une profession placée sous la surveillance du ministère public mais hors du champ de compétence du Conseil national de la profession.....	27
B. L'exercice de la profession par un seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie	29
1. Un monopole de fait historique résultant d'un défaut de candidat.....	30
2. Une situation de monopole qui perdure malgré l'émergence de candidats localement... ..	33
a) Le rejet de la candidature de Maître [B.] par la commission territoriale en 2017.....	33
b) Les autres tentatives de candidatures	36
(i) La tentative de candidature de Maître [F.], ancienne collaboratrice de de Maître [K.] en 2004	36
(ii) Le double renoncement en 2009 et 2017 de Maître [E.] ancienne collaboratrice de Maître [A.].....	36
(iii) Le renoncement de Mme [D.], principale collaboratrice de Maître [A.], en 2017	37
3. ...et le doublement du nombre de procédures collectives ouvertes en Nouvelle-Calédonie sur la période 2008-2017 par rapport à 2000-2007	38
a) Panorama des défaillances d'entreprises en Nouvelle-Calédonie.....	38

b) Le doublement du nombre de procédures collectives sur la période 2009-2017 par rapport à la période 2000-2008.....	40
c) La comparaison avec la Polynésie française et d'autres tribunaux de commerce montre que le monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie n'est plus justifié.....	43
II. L'AVIS DE L'AUTORITE : DES EXTERNALITES NEGATIVES SUR L'ECONOMIE CALEDONIENNE LIEES A L'ORGANISATION ACTUELLE DE LA PROFESSION JUSTIFIANT UNE REFORME SUBSTANTIELLE DE LA REGLEMENTATION	46
A. Les conséquences sur l'économie locale de l'organisation actuelle de la profession de mandataire-liquidateur	47
1. Des délais moyens de procédure trois fois plus longs qu'en métropole	50
2. Des situations de conflit d'intérêts croissantes en raison de l'augmentation du nombre de dossiers ouverts	56
a) Des situations de conflit d'intérêts... ..	56
b) ... qui ne sont pas solutionnées de manière satisfaisante par le recours, sans base légale, à un mandataire ad hoc	57
3. Un risque de rente injustifiée du fait de tarifs réglementés plus élevés qu'ailleurs en l'absence de mandataires-liquidateurs concurrents.....	59
a) Des tarifs qui méritent d'être réglementés en raison de la nature des missions des mandataires-liquidateurs	59
b) Des tarifs réglementés plus élevés qu'en métropole et en Polynésie... ..	60
c) ... au bénéfice d'un seul mandataire-liquidateur en exercice	65
B. Les préconisations de l'Autorité pour renforcer la concurrence dans l'intérêt des justiciables	66
1. Promouvoir la nomination de nouveaux mandataires-liquidateurs en élargissant les conditions d'accès à profession	66
a) A court terme, encourager l'accès à la profession par la voie professionnelle et renforcer la transparence de la procédure de recrutement et les garanties d'impartialité des membres de la commission territoriale	68
b) A moyen terme, évaluer l'opportunité de créer un diplôme local d'aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d'un stage professionnel réalisé à l'extérieur du territoire	72
2. Supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur et mettre en œuvre la procédure de liquidation judiciaire simplifiée	73
3. Moderniser la réglementation tarifaire pour évoluer vers des modalités de rémunération orientées vers un meilleur rapport coût-efficacité.....	76

Résumé et Recommandations

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») a été saisie d'une **demande d'avis par la CPME-NC**, sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce, **relatif à l'organisation de la profession de mandataire-judiciaire en Nouvelle-Calédonie** caractérisée par l'existence d'un monopole de fait susceptible, selon la saisissante, de créer des conflits d'intérêts et de contribuer à l'allongement des procédures de liquidation judiciaire. De plus, le niveau élevé des tarifs réglementés ne serait pas justifié ni adapté, en particulier aux petites et moyennes entreprises placées en procédures collectives. Elle interroge donc l'Autorité sur l'existence de restrictions à l'accès à cette profession et au libre exercice de la concurrence au détriment des entreprises en difficulté et de leurs créanciers.

L'Autorité rappelle que **la profession de mandataire-judiciaire est une profession juridique réglementée** par la Nouvelle-Calédonie depuis la Délibération n° 244 du 18 décembre 1991 *relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise* qui précise que les mandataires-liquidateurs sont chargés par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder éventuellement à la liquidation d'une entreprise. Ne peuvent être mandataires-liquidateurs que les personnes inscrites sur une liste établie par une commission territoriale selon des critères déterminés. Il existe donc un **monopole légal pour assumer cette fonction**.

Bien que 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, la profession de mandataire-liquidateur, comme l'ensemble des professions réglementées, constitue une activité économique puisqu'elle consiste à offrir des services aux entreprises.

L'Autorité considère, à l'instar des autorités de concurrence métropolitaine et européenne, que **les restrictions à la concurrence posées par la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'accès et d'exercice de celle-ci, peuvent être justifiées, afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection**. Ces dernières ne vont pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des consommateurs, **c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet**.

En l'espèce, l'Autorité observe, en premier lieu, que **les caractéristiques spécifiques de l'organisation de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie ont conduit à l'exercice de cette fonction par un seul mandataire-liquidateur dès l'origine et que ce monopole de fait perdure**.

L'accès à la profession n'est pas soumis à un numerus clausus ni à un droit de présentation mais suppose d'avoir réussi l'examen national d'aptitude aux fonctions de mandataire-liquidateur après l'accomplissement d'un stage professionnel (d'une durée de trois à six ans) pour être inscrit sur la liste établie par une commission territoriale de sept membres désignés conformément à l'article 1^{er} de la Délibération n° 244 (voie diplômante). **Toutefois, la commission peut, par décision motivée, dispenser d'examen et de stage les personnes** titulaires des diplômes requis si celles-ci « *justifient d'une expérience et d'une compétence jugées suffisantes par la commission en matière de gestion d'entreprises* » (voie professionnelle). Les mandataires-liquidateurs doivent par ailleurs disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle et d'une garantie bancaire ou d'une assurance spécialement affectée au remboursement des fonds d'un montant minimum de 20 millions de F.CFP. Enfin, les tarifs des prestations des mandataires-liquidateurs sont entièrement réglementés selon des règles inchangées depuis 1997.

Il ressort de l'instruction qu'**historiquement, il n'y a jamais eu qu'un seul mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie**. A l'origine, une étude métropolitaine, la SCP [N&O], a ouvert un bureau annexe à Nouméa, avec une seule collaboratrice, mais elle a fait faillite en 1997. En l'absence de mandataire-liquidateur métropolitain ou local pour la remplacer, le législateur calédonien a modifié la Délibération n° 244 pour permettre, à titre transitoire, l'inscription sur la liste d'un expert-comptable (Maître [K.]) et réévaluer à la hausse le droit fixe versé à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire afin d'attirer des candidats. En 2000, Maître [A.], titulaire d'une maîtrise de droit et ancienne collaboratrice dans différentes études de mandataires-judiciaires en métropole et à Monaco pendant trois

ans et demi, puis collaboratrice de Maître [K] pendant huit mois, a proposé sa candidature à la commission territoriale pour accéder à la fonction par la voie professionnelle. Celle-ci a été acceptée le 18 juillet 2000. Rapidement après, Maître [K.] a demandé à ne plus être désigné par le tribunal mixte de commerce afin de se consacrer au traitement de son stock important de dossiers issu de la SCP [N&O] si bien que Maître [A.] s'est trouvée en situation de monopole de fait au début des années 2000, pour traiter 160 dossiers nouveaux par an en moyenne.

L'Autorité constate que **cette situation perdure alors qu'il ressort de l'instruction qu'au moins quatre professionnels du droit ont envisagé de devenir mandataire-liquidateur depuis 2004 sans pouvoir aboutir et que le nombre de dossiers de procédure collective a doublé sur la période 2008-2017 (2669 dossiers) par rapport à la période 2000-2007 (1279 dossiers).**

Selon les déclarations de trois des quatre professionnels concernés, les barrières à l'entrée sur ce marché tiendraient principalement au positionnement de Maître [A.] selon laquelle l'installation de nouveaux mandataires-judiciaires en Nouvelle-Calédonie ne serait ni opportune, ni justifiée, ainsi qu'à des critères de sélection subjectifs, la commission territoriale compétente ayant notamment exigé, à l'occasion de l'examen de la candidature de Maître [B.], « *l'engagement d'un exercice professionnel loyal et confraternel [à l'égard de Maître [A.]]* », non prévu par la Délibération n° 244.

Pour sa part, Maître [A.] considérait déjà, dans une note rédigée en 2009, que « *le nombre de dossiers ne justifie pas l'implantation d'une seconde étude (...)* », et que son étude « *s'est (...) toujours adaptée de manière réactive, pour ne pas dire proactive, aux besoins du tribunal, afin de répondre avec la plus grande réactivité aux mandats qui lui ont été attribués* ». Elle ajoutait qu'avec 160 à 180 dossiers par an, son étude se situait dans la moyenne inférieure des études métropolitaines et jugeait qu'aucun mandataire ne s'installe à moins de 150/180 dossiers par an en métropole, d'autant que la majorité des dossiers sont impécunieux. Interrogée de nouveau sur la pertinence de nommer d'autres mandataires-liquidateurs en 2018, Maître [A.] a maintenu ses arguments considérant que « *deux petites structures n'apporteront pas la même qualité de prestations au tribunal* » et que cela la conduirait à licencier la moitié de son personnel.

L'Autorité observe toutefois que le nombre moyen de dossiers ouverts chaque année depuis 10 ans a quasiment doublé, passant de 160 dossiers à 267 dossiers par an en moyenne, ce chiffre étant systématiquement supérieur à 300 dossiers par an depuis 2015. Par conséquent, le seuil de 150/180 dossiers par an susceptibles de justifier l'installation d'un nouveau mandataire apparaît systématiquement dépassé. A titre de comparaison, il ressort de l'instruction que **le nombre moyen de dossiers ouverts par mois par mandataire-liquidateur est 2,3 fois plus élevé en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie française depuis 2014 et cinq à quinze fois supérieur au nombre de dossiers attribués à des mandataires-judiciaires dans le ressort de tribunaux de commerce métropolitains** présentant des caractéristiques proches de celui de la Nouvelle-Calédonie, **ce différentiel s'expliquant principalement par le fait que, dans le ressort de ces tribunaux de commerce, exercent 3 à 6 mandataires-judiciaires concurrents pour un nombre de procédures collectives (dont des procédures impécunieuses) équivalent.**

L'Autorité en conclut que **le monopole de fait de Maître [A.] comme mandataire-liquidateur n'est plus justifié ni par l'absence de candidats à la fonction, ni par le volume d'activité à traiter en Nouvelle-Calédonie.**

En deuxième lieu, sans remettre en cause la qualité des services rendus par l'étude de Maître [A.], reconnue par le président du tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie notamment, l'Autorité constate que **l'évolution du tissu économique ces dix dernières années a conduit à une inflation des procédures collectives qui, associée à l'organisation actuelle de la profession de mandataire-liquidateur, produit, en soi, des effets néfastes sur le fonctionnement de l'économie.**

Ainsi, il apparaît que **le délai moyen des procédures de liquidation judiciaire est trois fois plus long en Nouvelle-Calédonie qu'en métropole (47 mois contre 16,3 mois)** en raison de plusieurs facteurs : l'existence d'un stock d'affaires anciennes « sinistrées » qui grèvent le délai moyen ; le monopole de fait de Maître [A.] qui rend impossible une répartition des dossiers entre plusieurs mandataires-liquidateurs ; l'incapacité à appliquer la procédure de liquidations simplifiée pourtant obligatoire depuis 2005 ; la présence d'un seul commissaire-priseur pour réaliser certaines opérations indispensables et, en cas de recours, l'encombrement de certains tribunaux en Nouvelle-Calédonie.

En outre, l'Autorité souligne le **risque croissant de situations de conflit d'intérêts** lié au monopole de fait du mandataire-liquidateur en raison de l'inflation des dossiers. Ce risque apparaît notamment quand Maître [A.] est désignée mandataire-liquidateur de deux entreprises ayant une créance l'une sur l'autre. Ce risque se manifeste également par le fait que Maître [A.] dispose nécessairement d'une connaissance exclusive de l'historique des difficultés d'entreprises depuis plus de quinze ans. Or, la nomination prétorienne d'un mandataire *ad hoc* par le président du tribunal de commerce en cas de conflit d'intérêts manque de base légale et accroît les frais de procédure sans éliminer totalement le risque de conflit d'intérêts.

Enfin, l'Autorité constate que **les tarifs règlementés des prestations de mandataire-liquidateur se situent à un niveau nettement plus élevé qu'en métropole et dans une moindre mesure qu'en Polynésie française**. Or, s'il existe divers facteurs susceptibles d'expliquer un niveau de tarif plus élevé qu'en métropole, tel n'est pas le cas par rapport à la Polynésie française, qui présente des caractéristiques proches. En tout état de cause, l'Autorité observe que les tarifs règlementés par la Nouvelle-Calédonie n'ont pas été révisés depuis 1997 **alors qu'ils étaient calqués sur ceux de la métropole, lesquels ont fait l'objet de nombreuses critiques conduisant le législateur national à les modifier et à les réviser à la baisse. Il est donc légitime de s'interroger sur l'existence d'un risque de rente injustifiée lié au niveau de rémunération dont bénéficie, par construction, le seul mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie, au regard du coût de revient des prestations qu'elle réalise**. A cet égard, en métropole, l'Inspection générale des finances (IGF) dénonçait déjà en 2013 « *un niveau moyen de rémunération relevant de la rente* » liés à des tarifs règlementés trop élevés. Or, le niveau de rémunération mensuelle de Maître [A.] se situe bien au-dessus de la moyenne des rémunérations de mandataires judiciaires observées par l'IGF.

L'Autorité en conclut que **la persistance d'un monopole de fait du mandataire-liquidateur** malgré l'absence de dispositions légales ou réglementaires limitant le nombre de professionnel et l'inflation des dossiers de procédures collectives **traduit l'existence de fortes barrières à l'entrée de cette profession réglementée en Nouvelle-Calédonie**. De plus, **l'accroissement du risque de conflit d'intérêts qui en résulte renforce la nécessité d'assouplir l'accès à la profession pour permettre au tribunal mixte de commerce de mieux répartir les dossiers entre les professionnels**. Enfin, **le niveau élevé des tarifs règlementés, parfois sans rapport avec le coût de revient des prestations, associé au monopole de fait du mandataire-liquidateur, est susceptible de conduire à une situation de rente injustifiée**.

Bien que le présent avis n'émane pas d'une saisine du gouvernement ou du congrès, l'Autorité formule **sept recommandations**, dans l'hypothèse où une réforme serait susceptible d'être engagée par les pouvoirs publics, **afin d'instiller plus de concurrence** au sein de cette profession tout en prenant en considération la particularité de cette profession liée à l'exercice d'une mission d'intérêt général qui doit être préservée ainsi que les spécificités de la Nouvelle-Calédonie.

Recommandation n° 1 : à court terme, afin de pouvoir **nommer rapidement au moins un autre mandataire-liquidateur**, privilégier la voie professionnelle :

– en simplifiant l'accès à la profession par la dispense d'examen des professionnels du droit ou du chiffre (avocats, huissiers de justice, commissaires-priseurs, greffiers du tribunal mixte de commerce, conseils juridiques, experts-comptables, commissaires aux comptes). Le critère actuel tenant à « la gestion d'entreprise » pourrait être utilement remplacé par des critères de sélection plus précis et adaptés à la nature de l'expérience professionnelle acquise et au nombre d'année d'expérience selon la catégorie des professionnels concernés ;

– en incitant les représentants des ordres professionnels concernés (barreau de Nouméa, OECCA, CRCCNC, chambre des huissiers de justice...) à développer de manière régulière des actions de communication sur les conditions d'accès à la profession et à mettre en place des dispositifs de formation professionnelle adaptés à la reconversion des professionnels du droit et du chiffre.

Recommandation n° 2 : Pour **améliorer la transparence de la procédure de recrutement** par la voie professionnelle, l'Autorité propose :

– 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) ;

– de rendre publiques les décisions anonymisées de la commission territoriale et de préciser dans le courrier de notification de la décision les modalités de recours possibles et les délais associés.

Recommandation n° 3 : Pour améliorer les garanties d'impartialité des membres de la commission territoriale et son fonctionnement, l'Autorité recommande de :

– remplacer, au sein de la commission territoriale, 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 ;

– améliorer 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.

Recommandation n° 4 : pour encourager les étudiants calédoniens à devenir mandataire-liquidateur à moyen terme, **évaluer l'opportunité de créer un diplôme local** d'aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d'un stage professionnel réalisé en dehors du territoire (d'une durée à définir). Ceci supposerait d'instaurer un partenariat avec le CNAJMJ et/ou avec les mandataires-liquidateurs installés en Polynésie française et d'impliquer, en amont, l'Université de la Nouvelle-Calédonie (filiale droit et économie), afin de préparer les étudiants à cet examen et les informer régulièrement des conditions d'accès à cette profession.

Recommandation n° 5 : supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur en prévoyant expressément la possibilité pour le tribunal mixte de commerce de nommer des mandataires « hors liste » parmi les « *personnes physiques justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière* », selon des critères d'incompatibilité adaptés au territoire, pour leur confier les dossiers de liquidation les plus simples, en s'assurant qu'ils puissent être éligibles au fonds d'indemnisation des dossiers impécunieux le cas échéant.

Recommandation n° 6 : se doter des moyens d'appliquer, dans les meilleurs délais, la procédure de liquidation judiciaire simplifiée dans les dossiers pour lesquels elle est rendue obligatoire par l'article L. 641-2 du code de commerce, pour accélérer le traitement de ces dossiers.

Recommandation n° 7 : 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 ouverture de 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 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 ;

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

Introduction

1. Par lettre du 30 mai 2018, enregistrée sous le numéro 18/0006 A, la Confédération des petites et moyenne entreprises de la Nouvelle-Calédonie (ci-après la « CPME-NC ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« Autorité »), sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce »), d'une demande d'avis portant « *autour de la présence d'un unique et seul mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie, en l'occurrence Maître [A.]* »¹.
2. Dans sa saisine, la CPME-NC précise que « *cette situation entraîne à [son] sens un préjudice à l'intérêt des clients désignés par le Tribunal Mixte de Commerce, justiciables, entreprises en procédures collectives, qui voit la durée de leur procédure ralentie par cette situation. De plus, nous notons que cette situation entraîne de potentielles situations de conflit d'intérêts lorsque l'unique mandataire représente deux entreprises en procédure collective et dont l'une est détentrice d'une créance auprès de l'autre* »².
3. Ainsi, la CPME-NC indique qu'elle s'interroge sur le point de savoir « *si la position monopolistique de fait de Maître [A.] sur le marché calédonien (...) ne représenterait pas une position dominante sous le coup de l'article Lp. 421-2* » du code de commerce. De plus, la CPME-NC se demande si « *les conditions d'accès à la profession et leurs mises en application ne représenteraient pas une limitation d'accès au marché et au libre exercice de la concurrence contrevenant ainsi à l'article Lp. 421-1 du même code* », qui prohibe les ententes anticoncurrentielles³.
4. Dans ce cadre, la CPME-NC pose trois questions à l'Autorité :
 - « *Me [A.] ne serait-elle pas dans une position dominante en raison qu'elle est l'unique mandataire judiciaire en Nouvelle-Calédonie ?*
 - *l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises sont-ils respectés en Nouvelle-Calédonie concernant la profession de mandataire judiciaire ?*
 - *l'intérêt du consommateur justiciable, entreprise en procédure collective, ne bénéficierait-il pas de l'inscription de nouveaux acteurs sur la liste des mandataires ?* ».
5. La demande d'avis de la CPME-NC a été formulée sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce prévoyant que l'Autorité peut donner son avis sur toute question de concurrence à la demande des organisations professionnelles et syndicales en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.
6. En l'espèce, la CPME-NC se présente comme une organisation syndicale patronale chargée de défendre les intérêts des PME et reconnue pour sa représentativité interprofessionnelle et territoriale en Nouvelle-Calédonie⁴. Elle déclare compter 1.080 adhérents de tous les secteurs d'activité confondus (artisans, bâtiments, industrie, commerce, services et santé)⁵. Lors de son

¹ Voir la saisine de la CPME du 30 mai 2018 (annexe n°1).

² Voir la saisine de la CPME du 30 mai 2018 (annexe n°1).

³ Voir la saisine de la CPME-NC du 30 mai 2018 (annexe n°1).

⁴ Voir la saisine de la CPME-NC du 30 mai 2018 (annexe n°1).

⁵ Voir le procès-verbal d'audition de la présidente de la CPME-NC du 27 juin 2018 (annexe n°9).

audition, la CPME-NC a précisé que sa demande d'avis porte plus largement sur « *l'organisation en Nouvelle-Calédonie de la profession réglementée de mandataire-liquidateur* »⁶. Elle a ainsi déclaré : « *Ce qui nous pose souci c'est aujourd'hui la désorganisation de cette profession liée à un seul mandataire ce qui fait que nos entreprises ne peuvent avoir un traitement rapide de leurs dossiers de procédure collective. Il n'y a pas d'accompagnement. Du coup, c'est la CPME qui est sollicitée pour assurer cet accompagnement. Le deuxième point, c'est le coût de cette procédure qui est exorbitant et qui rajoute à ce que doit déjà l'entrepreneur. Ce coût est a priori figé par la réglementation et il ne nous semble pas pertinent au regard de ce que doit l'entreprise. (...). L'autre difficulté est l'existence de conflit d'intérêts, la mandataire est à la fois du côté créancier et débiteur. Elle est seule (...)* ».⁷

7. Lors de la séance devant l'Autorité, la CPME-NC a ajouté que le monopole de fait de Maître [A.], unique mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, serait d'autant plus contestable que le nombre d'ouverture de dossiers de procédures collectives sur le territoire serait passé de 119 à 258 entre 2002 et 2014 (source IEOM) et atteindrait désormais 374 en 2017 (soit + 314 % sur quinze ans). En conséquence, la moyenne annuelle des ouvertures de procédures collectives serait passé de 193 dossiers par an entre 2002 et 2014 à 362 dossiers par an entre 2015 et 2017, alors même que le traitement de l'ensemble de ces dossiers ne peut actuellement être confié qu'à un seul mandataire judiciaire. Outre l'augmentation du risque de conflit d'intérêts qui en résulte, la CPME-NC s'inquiète de l'absence de statistiques concernant le taux de succès des procédures de sauvegarde et de redressement ouvertes et considère que la nomination d'au moins un autre mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, indépendant de Maître [A.], serait de nature à améliorer la qualité des services rendus aux entreprises, au bénéfice de l'ensemble de l'économie calédonienne, notamment en réduisant les délais de procédure en cas de liquidation judiciaire.
8. L'Autorité rappelle que selon la Direction des affaires juridiques du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (DAJ), « *la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de réglementation des professions libérales depuis le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957, pris en application de la loi n° 56-619 dite « loi cadre Defferre », compétence réaffirmée ensuite par la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976, dite « statut Stirn* »⁸. Cette compétence figure également dans la loi du 19 mars 1999⁹ en ces termes : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente (...) [pour] la réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels* ».
9. La profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie est une profession juridique libérale réglementée au titre de 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 »).
10. Selon l'article 1^{er} de la Délibération n° 244 précitée : « *Les mandataires liquidateurs sont les mandataires chargés par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder éventuellement à la liquidation d'une entreprise dans les conditions définies par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises* ». Le mandataire-liquidateur intervient donc dans le cadre d'un mandat de justice, lequel, en

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Voir annexe n° 19 B.

⁹ Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (articles 22, 15°).

Nouvelle-Calédonie est confié par le tribunal compétent pour traiter les procédures collectives, à savoir le tribunal mixte de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de première instance dans les autres cas (article L. 621-2 du code de commerce). Un mandataire-judiciaire est systématiquement désigné par le juge dans le jugement d'ouverture de la procédure collective (article L. 621-2 du code de commerce). Il existe donc un monopole légal pour exercer les fonctions de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie.

11. L'accès à la profession de mandataire-liquidateur est subordonné à l'inscription des candidats sur une liste établie par une commission territoriale alors qu'en métropole cette inscription relève d'une commission nationale (voir *infra*). Actuellement, en Nouvelle-Calédonie deux mandataires-liquidateurs sont inscrits sur cette liste mais depuis 2003 seul un d'entre eux est désigné dans le cadre des nouvelles procédures collectives ouvertes. En effet, Maître [K.], qui a été inscrit sur la liste des mandataires-liquidateur en janvier 1998 a demandé en 2003 au tribunal mixte de commerce de ne plus être désigné dans de nouveaux dossiers, afin de se consacrer à son stock. Dans les faits, depuis plus de quinze ans, Maître [A.] se trouve donc en situation de monopole pour assurer les fonctions de de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie.
12. Bien que 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, la profession de mandataire-liquidateur, comme l'ensemble des professions réglementées, constitue une activité économique puisqu'elle consiste à offrir des services aux entreprises. Elle obéit à des contraintes particulières qui peuvent se justifier au regard de la mission d'intérêt général du mandataire-liquidateur mais qui peuvent se heurter au principe de libre concurrence.
13. A l'instar de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui s'est penchée à de nombreuses reprises sur les problématiques de concurrence liées aux professions règlementées¹⁰, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie considère que les restrictions à la concurrence posées par la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'accès et d'exercice de celle-ci, peuvent toutefois être justifiées, afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection. Ces dernières ne vont pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des consommateurs, c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet.
14. Comme l'a rappelé la Commission européenne dans un rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales du 9 février 2004¹¹, trois principales raisons peuvent justifier une réglementation de ces professions :
 - l'existence d'une asymétrie d'information entre les consommateurs et les prestataires de services. En effet, les prestataires doivent disposer d'un niveau élevé de compétences

¹⁰ Voir l'avis n°15-A-02 du 9 janvier 2015 de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques, que sont les notaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les commissaires-priseurs et les administrateurs et mandataires judiciaires et l'avis n° 10-A-14 du 29 juin 2010 relatif à l'assistance du greffier en chef en matière de vérification des comptes de tutelle par un huissier de justice.

¹¹ Commission européenne, rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM (2004) 83, du 9 février 2004.

techniques que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, aussi peuvent-ils éprouver des difficultés à évaluer la qualité des services qu'ils achètent. Les services offerts sont des « produits de confiance » dont la qualité ne peut être facilement déterminée par une observation préalable ni même, dans certains cas, par la consommation ou l'utilisation ;

– la production « d'effets externes ». Sur certains marchés, la prestation d'un service peut avoir une incidence sur des tiers et pas seulement sur le client qui achète le service. Au cas d'espèce, il va de soi que les prestations juridiques en cause, mal réalisées, seraient susceptibles d'avoir des conséquences négatives bien au-delà de leurs destinataires directs ;

– la notion de biens publics. Ces services des professions libérales sont considérés comme des biens publics présentant une valeur pour l'ensemble de la société. Pour la profession de mandataire-liquidateur, la bonne administration de la justice peut être considérée comme un bien public.

15. Il résulte de ce qui précède que l'Autorité est compétente pour examiner la demande d'avis formulée par la CPME-NC en ce que cette confédération est une organisation syndicale qui interroge l'Autorité sur une question de concurrence liée à l'examen de la situation de monopole de fait dans laquelle se trouve Maître [A.], mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, qui apparaît en rapport avec la défense des intérêts dont la CPME-NC a la charge.
16. L'Autorité rappelle en revanche qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis présentée sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce, de qualifier des pratiques au regard des articles Lp. 420-1 et Lp. 420-2 du code précité, une telle qualification relevant exclusivement de ses attributions contentieuses menées selon une procédure contradictoire. L'Autorité ne peut se prononcer, dans un avis, que sur des questions de concurrence d'ordre général.
17. Dans ce cadre, après avoir rappelé les caractéristiques spécifiques de l'organisation de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie qui ont conduit à l'existence d'une situation de monopole territorial de fait, l'Autorité examinera si les justifications qui ont présidé à l'existence de ce monopole de fait subsistent et sont toujours vérifiées (I). A défaut, elle examinera les conditions dans lesquelles il pourrait être envisagé d'ouvrir les conditions d'accès et d'exercice de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie et d'évoluer vers des modalités de rémunération de la profession orientées vers un meilleur rapport « coût-efficacité », afin d'instiller plus de concurrence au sein de cette profession, de nature à faire bénéficier les consommateurs, en l'occurrence les entreprises en difficulté et leurs créanciers, des gains attendus qui se répercuteront ainsi sur l'ensemble de l'économie. Ce renforcement de la concurrence doit naturellement être tempéré par la spécificité de cette profession liée à l'exercice d'une mission d'intérêt général qui doit être préservée, dans un territoire insulaire, qui, par nature, présente des contraintes particulières (II).

I. L'organisation de la profession libérale réglementée de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie a conduit à un monopole de fait sur le territoire depuis l'origine qui perdure

A. Une profession réglementée bénéficiant d'un monopole légal qui n'a pas connu d'évolution depuis de nombreuses années

1. Le monopole légal du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie

18. La profession de mandataire-liquidateur est une profession libérale règlementée créée par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui fit l'objet d'une réglementation particulière en Nouvelle-Calédonie dans le cadre de 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 »)¹².
19. Comme indiqué plus haut, aux termes de l'article 1^{er} de la Délibération n° 244, le mandataire-liquidateur intervient exclusivement dans le cadre d'un mandat de justice L'article 1^{er} de la Délibération n° 244 confère donc un monopole légal aux fonctions de mandataires-liquidateurs en Nouvelle-Calédonie. Cette profession est par ailleurs incompatible avec toute autre profession¹³.
20. Comme l'Autorité de la concurrence métropolitaine l'a rappelé, dans son avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées : « *Ces professions [administrateurs et mandataires judiciaires] n'ont pas le statut d'officiers publics et ministériels. Elles ont la qualité de mandataires de justice et interviennent exclusivement en vertu d'une décision judiciaire* »¹⁴.

¹² Dans une note datée de 2009 « *sur la profession de Mandataire Judiciaire* », Maître [A.], mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie, rappelle les origines de la profession : « *Le Syndic de faillite « ancêtre » de la profession de Mandataire Judiciaire, était chargé de représenter, dans le cadre d'une faillite, tant la masse des créanciers que le Débiteur dessaisi. Il gérait alors le patrimoine du débiteur (...). Les premiers Syndics remontent à l'époque de Colbert. Le Syndic était alors un créancier élu par le syndicat des créanciers (...). Le syndic était bénévole. En pratique, (...) les syndics étaient souvent des représentants de banquiers (...). A partir de 1938, le Syndic put être choisi en dehors de la masse et les Tribunaux Consulaires prendront alors l'habitude de désigner toujours les mêmes personnes, promues de la sorte au rang d'Auxiliaire de justice. La profession sera règlementée pour la première fois par le décret-loi du 20 mai 1955. Pour autant, à cette époque, même rémunérés, les syndics devaient pour la plupart d'entre eux, exercer une activité principale (...). Dans la loi du 25 janvier 1985, le législateur ayant pris conscience du caractère contradictoire des intérêts que les Syndics avaient à défendre, en a pris motif pour décider leur suppression et pour créer à leur place deux nouvelles professions rigoureusement incompatibles entre elles : celle d'administrateur judiciaire, chargé par décision de justice d'administrer le bien d'autrui, celle (...) de mandataire liquidateur, chargé par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder éventuellement à la liquidation de leur débiteur* » (annexe 18 F).

¹³ Voir l'article 3 de la Délibération n° 244.

¹⁴ Un officier public ou ministériel est une personne titulaire d'un office conféré par l'Etat et nommé par décision d'un ministre (voir la définition donnée par l'ISEE <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1117>). Il s'agit des notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et les greffiers des tribunaux de commerce.

Lors de son audition, Maître [A.] a confirmé que : « *Le mandataire-liquidateur a une mission de service public. Il représente un intérêt collectif, celui des créanciers* » et elle a indiqué qu'elle se considérait comme un auxiliaire de justice : « *J'ai une incompatibilité générale avec toute autre activité* »¹⁵.

21. En Nouvelle-Calédonie, le « mandataire-liquidateur » correspond au « mandataire judiciaire » en métropole, lequel a pour mission d'intervenir principalement dans le cadre de procédures de prévention et de traitement des entreprises en difficultés au titre d'un mandat de justice.
22. En métropole, l'appellation « *mandataire-liquidateur* » a été introduite par la loi du 25 janvier 1985 précitée, qui a dissocié les fonctions d'administrateur judiciaire¹⁶ de celles de représentant des créanciers incarné par le mandataire-liquidateur. Le « *mandataire-liquidateur* » a été par la suite successivement renommé « *mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises* »¹⁷ puis « *mandataire judiciaire au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises* »¹⁸ et enfin « *mandataire judiciaire* »¹⁹.
23. En Nouvelle-Calédonie, la dénomination de « *mandataire-liquidateur* » est celle adoptée par le législateur métropolitain en 1985 et, bien que celle-ci n'ait pas suivi l'évolution de la terminologie métropolitaine, la définition de cette profession correspond à celle figurant dans le code de commerce de l'Etat²⁰.
24. Interrogée sur la différence entre la profession de mandataire judiciaire en métropole et celle de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, Maître [A.] a indiqué : « *C'est une différence purement sémantique* »²¹. Cette position a été confirmée par la présidente de la chambre civile, commerciale et sociale de la Cour d'appel de Nouméa²².
25. Lors de son audition, Maître [B.], avocat au barreau de Nouméa et candidat non retenu à la profession de mandataire-liquidateur²³, a quant à lui précisé : « *L'organisation des professions libérales sont de la compétence de la Nouvelle-Calédonie depuis de très nombreuses années. (...) Quand la loi de 1985 est devenue applicable en Nouvelle-Calédonie ce n'est qu'en 1991*

¹⁵ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

¹⁶ L'administrateur judiciaire est chargé par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens. Il intervient dans des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire où il est chargé d'assister le dirigeant afin de trouver des solutions pour régler les difficultés de son entreprise et en préparer le redressement. Il établit un diagnostic complet de l'entreprise et met tout en œuvre pour tenter de la sauver et limiter le nombre de licenciements. L'administrateur judiciaire intervient également de manière privilégiée en matière de prévention des difficultés des entreprises (conciliation, mandat ad hoc)

¹⁷ Voir la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹⁸ Voir la loi n°2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce.

¹⁹ Voir la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

²⁰ Voir l'article 1^{er} de la Délibération n° 244 précité lequel reprend les termes de l'article L. 812-1 du code de commerce de l'Etat, qui prévoient pour la métropole que « *les mandataires judiciaires sont les mandataires, personnes physiques ou morales, chargés par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder à la liquidation d'une entreprise dans les conditions définies par le titre II du livre VI* ».

²¹ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

²² Voir le procès-verbal d'audition Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

²³ La candidature de Maître [B.] à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie a été rejetée par la commission territoriale en 2017 (voir *infra*).

que la profession de mandataire-liquidateur a été organisée. C'est toujours ce texte qui s'applique ici à une petite exception près concernant les modes d'accès à cette profession »²⁴.

26. Maître [A.], seule mandataire-liquidateur en exercice, a confirmé que le texte qui encadre l'exercice de la profession sur le territoire est « *la délibération de 1991 modifiée en 1997. Depuis il n'y a pas eu d'évolution. (...). En Nouvelle-Calédonie, le droit des procédures collectives s'est arrêté en 2005. La spécificité réside donc dans une vitrification du droit des procédures collectives en Nouvelle-Calédonie »²⁵.*
27. Il ressort donc de l'instruction que l'absence de modernisation de la réglementation de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie depuis 1997 soulève des difficultés.
28. A titre d'exemple, il existe une différence importante entre le statut du mandataire-judiciaire en métropole et celui du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie en ce qu'en métropole, les mandataires judiciaires ont perdu le monopole légal dans l'exercice de leurs fonctions depuis la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003. A cet égard, l'article L. 812-2 du code de commerce en vigueur prévoit de manière précise les conditions dans lesquelles le tribunal de commerce peut désigner comme mandataire judiciaire, une personne « *tiers* » (appelée « *mandataire hors liste* »), n'étant pas inscrite sur la liste nationale : « *Le tribunal peut, après avis du procureur de la République, désigner comme mandataire judiciaire une personne physique justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant les conditions définies aux 1° à 4° de l'article L. 812-3. Il motive spécialement sa décision au regard de cette expérience ou de cette qualification particulière.*

Les personnes visées à l'alinéa précédent ne doivent pas, au cours des cinq années précédentes, avoir perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rétribution ou un paiement de la part de la personne physique ou morale faisant l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel, d'une personne qui détient le contrôle de cette personne morale ou de l'une des sociétés contrôlées par elle au sens des II et III de l'article L. 233-16, ni s'être trouvées en situation de conseil de la personne physique ou morale concernée ou de subordination par rapport à elle. Elles doivent, en outre, n'avoir aucun intérêt dans le mandat qui leur est donné et n'être pas au nombre des anciens administrateurs ou mandataires judiciaires ayant fait l'objet d'une décision de radiation ou de retrait des listes en application des articles L. 811-6, L. 811-12, L. 812-4 et L. 812-9. Elles sont tenues d'exécuter les mandats qui leur sont confiés en se conformant, dans l'accomplissement de leurs diligences professionnelles, aux mêmes obligations que celles qui s'imposent aux mandataires judiciaires inscrits sur la liste. Elles ne peuvent exercer les fonctions de mandataire judiciaire à titre habituel »²⁶.

29. En revanche, en Nouvelle-Calédonie, aucune disposition similaire n'est prévue par la Délibération n° 244. Toutefois, comme l'a confirmé en séance le président du tribunal mixte de commerce, selon une « *création prétorienne* », pour traiter les procédures collectives, il s'arroge la possibilité de désigner à la place d'un mandataire-liquidateur inscrit sur la liste des mandataires-liquidateurs de la commission territoriale, un mandataire *ad hoc* dont les fonctions

²⁴ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

²⁵ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

²⁶ Voir l'article L.812-2 du code de commerce métropolitain.

sont fixées par le juge. Le recours à cette pratique a été confirmée par la présidente de la chambre civile, commerciale et sociale de cour d'appel de Nouméa qui a indiqué que deux experts-comptables sont actuellement, dans certains cas, désignés²⁷. Ainsi, Monsieur H., expert-comptable, désigné dans certains dossiers a expliqué que cette situation se retrouve en cas de conflits d'intérêts : « *Le TMC de Nouméa peut me désigner, en ma capacité de commissaire aux comptes, comme mandataire ad hoc en cas de carence de mandataire liquidateur. Je suis amené à être désigné mandataire ad hoc typiquement lorsque Me [A.] se retrouve avec deux sociétés ayant le même gérant et que ces sociétés sont placées en liquidation judiciaire. Dans ce cas, elle ne peut pas agir pour les deux au risque de s'attaquer elle-même. Elle doit donc demander la désignation au président du TMC d'un mandataire ad hoc dans le cadre d'une procédure collective* »²⁸.

30. L'Autorité en déduit que la pratique du tribunal mixte de commerce a conduit à détourner le monopole légal confiant la fonction de mandataires-liquidateurs aux seules personnes inscrites sur la liste établie par la commission territoriale, pour des raisons objectives tenant à la nécessité de lutter contre les conflits d'intérêts liés à l'existence d'un seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie depuis l'origine (voir *infra*), ce qui n'apparaît pas satisfaisant sur le plan juridique.

2. Les missions du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie

31. Sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, les procédures collectives sont régies par le Livre VI du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dont les dispositions reprennent en grande partie les dispositions du Livre VI du code de commerce de l'Etat, intitulé « *Des difficultés des entreprises* » qui régit les procédures collectives en métropole²⁹. La désignation d'un mandataire-liquidateur par le juge est systématique dans toute procédure collective ouverte par le tribunal mixte de commerce.
32. L'on distingue les procédures suivantes :

– la procédure de sauvegarde, procédure collective, donc publique, préventive, ouverte à la seule initiative du chef d'entreprise, afin de permettre à l'entreprise de continuer son activité, de maintenir l'emploi et d'apurer ses dettes, avant qu'elle ne soit en cessation des paiements³⁰;

– le redressement judiciaire, procédure collective de traitement des difficultés, obligatoire après une cessation des paiements, et tendant à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, l'apurement du passif et le maintien de l'emploi ; cette procédure s'ouvre par une période d'observation à l'issue de laquelle il est prévu un plan de redressement, un plan de cession ou l'ouverture d'une liquidation judiciaire si la situation de l'entreprise ne peut s'améliorer ;

²⁷ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

²⁸ Voir le procès-verbal d'audition de M. H. du 19 juillet 2018 (annexe n° 27).

²⁹ L'article L. 930-1, 6° du code de commerce de l'Etat prévoit néanmoins 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. L'article R. 930-1 du code de commerce de l'Etat prévoit également que les dispositions du livre VI sont applicables en Nouvelle-Calédonie à l'exception des articles R. 600-1, R. 600-2, R. 600-4 à R. 611-50, R. 621-1 à R. 663-40, R. 663-42 à R. 663-44, des deux premiers alinéas de l'article R. 663-45, des articles R. 663-47, R. 663-48 et R. 670-1 à R. 670-7.

³⁰ La cessation de paiements démontre l'impossibilité d'une société à faire face à son passif exigible avec son actif à disposition.

– la liquidation judiciaire, ouverte lorsque l'activité ne peut être poursuivie et que le rétablissement de l'entreprise est manifestement impossible, et dans laquelle il est mis fin à l'activité du débiteur, tout en s'assurant que les droits des salariés sont respectés et que les actifs de l'entreprise sont réalisés dans des conditions propres à assurer l'apurement du passif ; cette procédure peut, en principe, se décliner en liquidation judiciaire simplifiée, ouverte dans certaines hypothèses et qui obéit à une procédure plus courte et allégée qui n'est toutefois pas appliquée en Nouvelle-Calédonie en pratique (voir *infra*).

33. Les mandataires judiciaires représentent l'intérêt collectif des créanciers dans toutes les procédures collectives, dans lesquelles ils peuvent être conduits à réaliser les actifs, en distribuer le prix entre les créanciers et licencier les salariés. Ils interviennent dans toutes les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, dans lesquelles ils recueillent les déclarations de créances, vérifient le passif de l'entreprise, établissent les relevés de créances salariales, et consultent les créanciers à propos des propositions de règlement faites par l'entreprise en sollicitant leur avis. En l'absence d'administrateur judiciaire, ils assurent des missions dans le cadre de la poursuite des contrats en cours ou de la revendication de biens. Dans les procédures de liquidation judiciaire, ils assument les fonctions de liquidateur, et à ce titre vont aussi recouvrer les sommes dues au débiteur, céder les actifs mobiliers ou immobiliers, pour ensuite répartir les sommes recouvrées entre les créanciers selon leur rang et assurer leur paiement. Ils vont par ailleurs procéder aux licenciements économiques.
34. En pratique, Maître [A.], mandataire-liquidateur, a expliqué : « *Chaque lundi du mois, j'assiste (ou ma collaboratrice) à l'audience du tribunal d'ouverture des procédures collectives. J'y collecte des informations car le chef d'entreprise est présent. Je suis désigné à l'audience soit comme mandataire judiciaire pour les dossiers de sauvegarde ou de redressement, soit comme mandataire-liquidateur pour les dossiers de liquidation directe. J'en récupère entre 20 et 30 par mois. Je fais ensuite le bilan de l'actif et du passif de la société, je vérifie s'il y a des salariés à licencier. Quelques jours plus tard je vois le chef d'entreprise. S'il s'agit d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, mon rôle se limite à la vérification du passif et à la représentation de tous les créanciers au sein du tribunal. L'entreprise présente un plan sur plusieurs années (8, 10 ans...) et mon rôle est de vérifier si ce plan est conforme à l'intérêt des créanciers (...)* »³¹.
35. Selon Madame [D.], juriste collaboratrice au sein de l'Etude de Maître [A.], mandataire-liquidateur : « *Le travail consiste principalement à vérifier l'état du passif, engager les licenciements, ce qui prend 6 mois environ. (...) En procédure de liquidation, le débiteur « rend les clefs » et l'Etude s'occupe de vendre les actifs s'il y en a (...). A la fin du dossier, c'est-à-dire quand tous les actifs mobiliers et immobiliers sont vendus et qu'il n'y a plus de procédures judiciaires en cours, je déclenche les opérations de répartition qui se font sur requête. Le délai entre le dépôt de la requête et l'ordonnance rendue est de 3 ou 6 mois. Puis il faut compter 3 ou 4 mois pour la notification de l'ordonnance (...) Me [A.] et moi-même participons aux audiences du tribunal. Tous les 3eme et derniers lundis du mois nous assistons aux audiences de suivi des dossiers. Le 1^{er} lundi du mois nous assistons aux audiences portant sur les nouveaux dossiers. A la suite de quoi, une réunion d'information est organisée à l'Etude avec toute l'équipe pour évoquer les dossiers (...) Il y a un vrai échange qui se fait. Au cours de ces entretiens, j'explique le déroulement de la procédure en précisant que nous sommes le représentant des créanciers. Ensemble nous vérifions le passif de l'entreprise. J'évoque aussi*

³¹ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 Juillet 2018 (annexe n° 18).

la possibilité d'établir un plan de redressement. (...). Si les entreprises m'adressent un plan de sauvegarde ou de redressement je l'analyse (...) Ensuite, nous circularisons auprès des créanciers qui font connaître leur avis. Notre rôle se limite ensuite à vérifier le bon déroulement de ce plan »³².

36. Interrogé sur le rôle du mandataire-liquidateur dans les procédures collectives, Maître [B.], avocat et candidat non retenu à la profession de mandataire-liquidateur, a déclaré : « *La première mission est que lorsqu'une procédure collective est ouverte, le mandataire liquidateur est nommé systématiquement représentant les créanciers. Il est donc aussi chargé de la vérification des créances. Selon que la procédure va se poursuivre par un redressement ou une liquidation il sera nommé commissaire à l'exécution du plan et donc à ce titre chargé de la surveillance et de l'exécution du plan homologué par le tribunal. Si l'entreprise est mise en liquidation judiciaire, il sera nommé liquidateur et assurera donc le licenciement du personnel et la réalisation des actifs. Son objectif quand il est liquidateur est de rapporter le maximum d'argent. Il est susceptible de déclencher une procédure mettant en cause la responsabilité des dirigeants d'entreprise. Quand il est représentant des créanciers, il vérifie que les créances déclarées sont fondées sous le contrôle du juge commissaire. Quand il est commissaire à l'exécution du plan, il s'assure du bon paiement des redevances. Il faut bien noter qu'à aucun moment, il n'accompagne, l'entreprise même si c'est vendu comme cela. Ce n'est pas le rôle du mandataire liquidateur. Son rôle est de veiller aux intérêts des créanciers.* »³³.

3. Les conditions d'accès à la profession en Nouvelle-Calédonie

a) Une inscription obligatoire sur la liste des mandataires-liquidateurs établie par la commission territoriale

37. A l'article 1^{er} de la Délibération n° 244, il est prévu que : « *Nul ne peut être désigné en justice pour exercer les fonctions de mandataire-liquidateur dans une procédure de redressement judiciaire s'il n'est inscrit sur la liste établie à cet effet par la commission territoriale* ». L'accès à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie est ainsi subordonnée à l'inscription sur la liste établie par cette commission territoriale³⁴.
38. L'article 1^{er} de la Délibération n° 244 précise : « *Cette commission est réunie sur convocation de son président. Un magistrat du parquet général est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du gouvernement auprès de la commission territoriale et assurer l'instruction des demandes d'inscription en recueillant notamment tous avis utiles et nécessaires* ».
39. Aux termes du même article, la commission territoriale est composée de sept membres :
- « - un magistrat du siège de la cour d'appel désigné par le premier président ;
 - le trésorier- payeur-général ou son représentant ;
 - un membre du conseil de l'ordre des avocats du barreau de Nouméa désigné par le bâtonnier ;
 - un expert-comptable désigné par la chambre professionnelle des comptables libéraux ;
 - le président de l'association française des banques de Nouvelle-Calédonie ;

³² Voir le procès-verbal d'audition de Madame [D.] du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

³³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

³⁴ A noter cependant que l'article 1^{er} de la Délibération n° 244 ne parle que de procédures de « redressement judiciaire ».

- le président du comité des assurances de Nouvelle-Calédonie ;
- le président du tribunal de commerce ou son représentant ».

40. Depuis le 2 mai 2017, la commission territoriale est présidée par la présidente de la chambre civile, commerciale et sociale de la cour d'appel de Nouméa³⁵.
41. En métropole, l'inscription sur la liste des mandataires-liquidateurs relève d'une commission nationale³⁶. Les candidats ont alors vocation à exercer leur fonction sur l'ensemble du territoire national³⁷. Cependant, comme l'Autorité de la concurrence métropolitaine l'a souligné dans son avis n° 15-A-02 précité : « *de fait, aujourd'hui, malgré la compétence nationale des professionnels, et hormis quelques exemples de désignation « hors ressort », les juges désignent généralement des professionnels établis dans leur ressort* ».
42. La commission nationale comporte quant à elle dix membres. Sa composition est sensiblement différente de celle de la commission territoriale en Nouvelle-Calédonie, puisqu'elle comprend :
- « - un conseiller à la Cour de cassation, un membre du Conseil d'Etat ;
 - un membre de la Cour des comptes ;
 - un membre de l'Inspection générale des finances ;
 - deux magistrats du siège de l'ordre judiciaire ;
 un membre d'une juridiction commerciale ;
 - deux personnalités qualifiées en matière juridique, économique ou sociale ;
 - et deux professeurs ou maîtres de conférences de droit, de sciences économiques ou de gestion, désigné par le ministre de la justice »³⁸.
43. En Polynésie française, la liste des mandataires liquidateurs est établie par une commission régionale créée au siège de la cour d'appel de Papeete conformément à l'article 20 de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985. Les neuf membres de cette commission régionale sont :
- « - un magistrat du siège de la cour d'appel, président ;
 - un magistrat d'une chambre régionale des comptes dont le ressort correspond en tout ou partie à celui de la cour d'appel ;
 - un membre d'une juridiction commerciale du premier degré du ressort de la cour d'appel ;
 - un professeur de droit, de sciences économiques ou de gestion ;
 - deux personnes qualifiées en matière économique ou sociale ;
 - deux personnes inscrites sur la liste des mandataires-liquidateurs ;
 - une personne inscrite sur la liste des experts en diagnostic d'entreprise. »

b) Deux voies d'accès : l'examen national d'aptitude après l'accomplissement d'un stage professionnel ou la voie professionnelle

44. A l'article 2 de la Délibération n° 244, il est prévu que : « *Nul ne peut être inscrit sur la liste des mandataires-liquidateurs s'il ne remplit les conditions suivantes :*

1 - être de nationalité française ;

³⁵ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

³⁶ L'article L. 812-2 I du code de commerce de l'Etat dispose que : « *Nul ne peut être désigné en justice pour exercer les fonctions de mandataire judiciaire, s'il n'est pas inscrit sur la liste établie à cet effet par une commission nationale* ».

³⁷ Voir l'article L. 812-2-1 du code de commerce de l'Etat.

³⁸ Voir l'article L.814-1 du code de commerce d'Etat.

- 2 - être âgé de 25 ans révolus ;
- 3 - présenter des garanties de moralité suffisantes ;
- 4 - avoir subi avec succès l'examen national d'aptitude aux fonctions de mandataire-liquidateur après l'accomplissement d'un stage professionnel ;
- 5 - être titulaire de l'un des titres ou diplômes suivants : - maîtrise en droit - maîtrise des sciences économiques ou maîtrise de sciences de gestion, - être titulaire d'un diplôme revêtu du visa du ministre chargé de l'éducation nationale, délivré par un établissement d'enseignement supérieur de commerce et de gestion reconnu par l'État et autorisé à délivrer un tel diplôme.

Toutefois, la commission territoriale peut, par décision motivée, dispenser les personnes des conditions fixées au "4" ci-dessus si celles-ci justifient d'une expérience et d'une compétence jugées suffisantes par la commission en matière de gestion des entreprises ».

- 45. Il existe donc deux voies d'accès à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie.
- 46. La voie diplômante, à raison du succès à l'examen national d'aptitude aux fonctions de mandataire-liquidateur après passage de l'examen d'accès au stage professionnel et de l'accomplissement du stage, permet l'inscription automatique sur la liste des mandataires-liquidateurs établie par la commission territoriale. L'examen d'accès au stage professionnel ainsi que l'examen d'aptitude sont organisés annuellement par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ)³⁹. Les dates et lieux des épreuves sont fixés par le garde des sceaux, ministre de la Justice, et publiés quatre mois avant la date de la première épreuve au journal officiel de la République Française⁴⁰. L'article R. 812-8 du code de commerce de l'Etat prévoit que : « *La durée du stage est de trois ans au moins et de six ans au plus. Le stage consiste dans la pratique d'activité permettant d'acquérir une expérience suffisante dans le domaine des procédures collectives, en qualité de collaborateur d'un mandataire judiciaire et sous son contrôle direct* ». S'agissant de l'examen national d'aptitude, le nombre de places n'est pas limité mais les candidats ne peuvent s'y présenter plus de trois fois⁴¹.
- 47. La voie professionnelle, permet pour sa part l'inscription sur la liste des mandataires-liquidateurs par décision motivée de la commission territoriale, au regard « *d'une expérience et d'une compétence jugées suffisantes par la commission en matière de gestion des entreprises* ».
- 48. Il convient de souligner qu'à l'exception du premier bureau secondaire ouvert par une étude métropolitaine à Nouméa au début des années 1990, les mandataires-liquidateurs inscrits sur la liste de la commission territoriale en Nouvelle-Calédonie ont accédé à la fonction de mandataire-liquidateur par le biais de la voie professionnelle ou de dispositions règlementaires spécifiques⁴², aucun d'entre eux n'étant titulaire du diplôme national (voir *infra*).

³⁹ Voir les articles R. 812-5 et R. 812-12 du code de commerce d'Etat. Le CNAJMJ est un organisme à vocation « *quasi ordinal* » pour la profession d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire en métropole : <https://www.cnajmj.fr/fr/presentation/conseil-national/missions>

⁴⁰ Voir l'article A. 812-3 du code de commerce de l'Etat précité qui prévoit que : « *L'examen d'accès au stage professionnel de mandataire judiciaire est organisé au moins une fois par an.* » et que : « *L'examen d'aptitude à la profession de mandataire judiciaire est organisé au moins une fois par an* ».

⁴¹ Voir l'article R. 812-17 du code de commerce de l'Etat.

⁴² Voir le XII de l'article 2 de la Délibération n° 244 modifiée par la Délibération n° 210/CP du 15 octobre 1997, qui a permis la nomination de Maître [K.], précédemment expert-comptable.

49. A titre de comparaison, en métropole comme en Polynésie-française, il existe également deux voies d'accès à la profession de mandataire-judiciaire (diplômante et professionnelle), qui ont été récemment assouplies en métropole pour favoriser en amont la hausse du nombre de candidats.
50. En métropole, outre l'accès en raison du succès à l'examen national d'aptitude aux fonctions de mandataire-liquidateur après l'accomplissement d'un stage professionnel, un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions de compétence et d'expérience professionnelle donnant droit à une dispense de l'examen d'accès au stage professionnel, de tout ou partie du stage professionnel et de tout ou partie de l'examen d'aptitude aux fonctions d'administrateur judiciaire. Ce décret précise également les conditions d'expérience ou de stage requises pour l'inscription sur la liste établie par la commission nationale, en complément de la détention du diplôme. De plus, compte tenu du nombre insuffisant de mandataire-judiciaire en métropole et afin de favoriser en amont la hausse du nombre de candidats aux examens d'accès au stage de mandataire-judiciaire, une nouvelle voie d'accès à la profession de mandataire-liquidateur a été ouverte aux titulaires du diplôme de master mention « administration et liquidation des entreprises en difficulté » (voie dite « master ») par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »⁴³.
51. En Polynésie française, la commission régionale ne peut inscrire que les personnes présentant des garanties suffisantes, qui ont subi avec succès l'examen local d'aptitude aux fonctions de mandataire liquidateur après accomplissement d'un stage professionnel d'une durée d'un an ou deux selon le diplôme détenu et qui ont leur domicile professionnel dans le ressort de la cour d'appel de Papeete. Il est toutefois prévu que les avocats, les notaires, les commissaires-priseurs, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les conseils juridiques, les experts-comptables et les experts en comptabilité ayant exercé leur profession pendant cinq ans au moins peuvent être dispensés par la commission de tout ou partie des épreuves de l'examen d'aptitude ainsi que de tout ou partie du stage professionnel⁴⁴.

c) L'obligation de disposer d'une assurance et d'une garantie bancaire

52. Pour exercer son activité sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, le mandataire-liquidateur doit enfin bénéficier d'une assurance ou d'une garantie bancaire spécialement affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus pour un montant égal au moins à 20 millions de F. CFP conformément à l'article 4 de la Délibération n° 244.
53. En métropole, cette obligation se traduit par une adhésion obligatoire à la « *caisse de garantie* » nationale des mandataires-liquidateurs dont les ressources sont assurées par la cotisation annuelle des adhérents. La possibilité qui était offerte au mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie d'adhérer à cette Caisse de garantie ne lui est plus accordée depuis l'abrogation de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985⁴⁵.

⁴³ Voir l'article L. 812-3 du code de commerce de l'Etat.

⁴⁴ Délibération n° 90-37 AT du 15 février 1990 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise (JOPF du 1^{er} mars 1990, n° 9, p.324).

⁴⁵ Le titre 1er du livre VIII du code de commerce n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie.

54. Par ailleurs, étant responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu, comme en métropole, de souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle⁴⁶.

4. Des tarifs règlementés par la Nouvelle-Calédonie

55. La rémunération du mandataire-liquidateur de Nouvelle-Calédonie est règlementée par la Délibération n° 244. Il ressort de l'instruction que la rémunération du mandataire-liquidateur diffère selon qu'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire et de sauvegarde ou de liquidation judiciaire (a). Par ailleurs, en cas de désignation du mandataire-liquidateur comme commissaire à l'exécution du plan, une rémunération spécifique s'applique (b).

a) La rémunération des mandataires-liquidateurs lors des procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires

56. Cette rémunération se compose de droits fixes et de droits proportionnels. La présidente de la commission territoriale, a confirmé que : « *Tous les émoluments des mandataires sont soumis par la règlementation en vigueur au contrôle du président du tribunal ou son délégué. Il n'y a pas de remontée de difficultés* »⁴⁷.
57. En pratique, Maître [A.], mandataire-liquidateur, a indiqué : « *Le tarif est (...) spécifique et différent de celui actuellement en vigueur en métropole. (...) Je dois déposer ma demande de taxe en fin de mission auprès du juge commissaire. Ma rémunération se compose d'un droit fixe de 500 000 F (revalorisé en 1997). Et d'une partie variable :*

-un droit en fonction du nombre de salariés que j'ai à traiter :

+ un droit par créance vérifiée variable en fonction du montant de la créance

+un droit de 5 % sur les créances que j'ai réussi à faire rejeter du passif (calculé sur la différence entre le montant de la créance déclarée et le montant réellement admis)

+un droit sur le recouvrement d'actif dégressif (de 7 à 0,5 % sur tout ce qui est encaissé)

+une prime proportionnelle au montant du passif que je parviens à régler

+ des débours (timbres, photocopies, déplacement).

En redressement judiciaire et en sauvegarde ma rémunération se compose différemment : d'un droit fixe + le droit sur la vérification des créances.

+ cas de vente d'un bien mobilier ou immobilier grevé de sûretés je perçois les fonds correspondant à la créance privilégiée assis sur cette assiette et donc je perçois un droit proportionnel (similaire à un droit de recouvrement d'actif donc dégressif de 7 à 0,5 % de tout ce qui est encaissé). Mais cela concerne 1 à 2 dossiers par an »⁴⁸.

⁴⁶ Dans ce cadre, Maître [A.] bénéficie d'une garantie à hauteur de 300 millions de F.CFP Voir son procès-verbal d'audition du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

⁴⁷ Voir le procès-verbal d'audition d 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

⁴⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

(i) *Un droit fixe de 500.000 FCFP à l'ouverture de la procédure, dont la base légale fait défaut en cas de redressement judiciaire et de sauvegarde non suivis d'une liquidation*

58. 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 un droit fixe revalorisé à 500.000 F.CFP en 1997. Si dans une même procédure, un représentant des créanciers et un liquidateur distinct sont désignés par le Tribunal, le représentant des créanciers rétrocède au liquidateur la moitié de ce droit fixe* » (soulignements ajoutés)⁴⁹.
59. *Stricto sensu*, le droit fixe n'est donc pas versé au mandataire-liquidateur désigné dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire simple qui n'aboutit pas à une liquidation judiciaire. De la même manière, la délibération n° 244 ne prévoit pas le versement du droit fixe dans le cadre d'une procédure de sauvegarde dans la mesure où cette procédure a été introduite en 2000 dans le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie sans donner lieu à la révision de la Délibération n° 244.
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. Cela lui semble d'autant plus justifié qu'en métropole, il résulte des dispositions de l'article R. 663-18 du code de commerce que : « *Le mandataire judiciaire reçoit pour l'ensemble de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire un droit fixe de 2 500 euros [soit 298.128,42 F. CFP]. S'il est ensuite désigné comme liquidateur, il ne peut, à ce titre, prétendre au droit fixe. Si, dans une même procédure, un mandataire judiciaire et un liquidateur distinct sont désignés par le tribunal, le mandataire judiciaire reçoit l'intégralité du droit fixe prévu au premier alinéa et le liquidateur en reçoit la moitié* »⁵⁰.
61. Il faut souligner qu'en Polynésie française, le mandataire judiciaire perçoit « *pour l'ensemble de la procédure de redressement judiciaire et éventuellement de liquidation judiciaire le droit fixe prévu à l'article 2 [400.000 francs], minoré du tiers pour les procédures simplifiées. Si dans une même procédure, un représentant des créanciers et un liquidateur distinct sont désignés par le tribunal, le représentant des créanciers rétrocède au liquidateur la moitié de ce droit fixe* »⁵¹.
62. Lors de la séance, Maître [A.], mandataire-liquidateur, a précisé qu'il pouvait être déduit de la seconde phrase de l'article 31 de la Délibération n° 244 que le droit fixe est dû au représentant des créanciers désigné dans le cadre d'une procédure de redressement puisqu'il doit reverser la

⁴⁹ Contre 409.090 CFP précédemment.

⁵⁰ Il convient de préciser que l'arrêté du 27 février 2018 du ministre de la justice, et du ministre de l'économie et des finances fixant les tarifs réglementés applicables aux administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires et liquidateurs, qui est entré en vigueur au 1^{er} mars 2018 et prévoyant, notamment, une baisse généralisée de 2.5 % des tarifs des mandataires judiciaires a été annulé par un arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2018 (6^e et 5^e chambres réunies, n° 420243).

⁵¹ Article 12 de l'arrêté n° 296 CM du 14 mars 1991 fixant le tarif des administrateurs judiciaires en matière commerciale et des mandataires liquidateurs.

moitié du droit fixe perçu dans ce cadre au liquidateur qui pourrait ensuite être nommé par le tribunal.

63. Maître [B.], avocat au barreau de Nouméa et candidat non retenu à la fonction de mandataire-liquidateur, a indiqué : « *Actuellement cela fait l'objet d'une procédure devant le tribunal car le texte de cet article 31 tel qu'il est rédigé correspond au texte qui était rédigé dans le décret d'origine de 1985. Or, la jurisprudence de la cour de cassation jusqu'à un arrêt de 2003 a toujours affirmé que le droit fixe était toujours réservé aux seules fonctions de liquidateur et que le représentant des créanciers ne pouvait le percevoir que s'il était ensuite nommé liquidateur. Ainsi, si l'entreprise reste en redressement ce droit fixe n'est pas dû. Ce n'est qu'une modification du décret de 1985 qui a permis au représentant des créanciers de percevoir ce droit fixe. Mais ce décret de 2004 n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie mais en pratique Maître [A.] le perçoit.* »⁵².
64. Pour sa part, Maître [F.], avocate au barreau de Nouméa et ancienne juriste au sein de l'étude de Maître [K.], mandataire-liquidateur ayant cessé de traiter de nouveaux dossiers depuis 2003, a déclaré : « *Le mandataire-liquidateur est plus rémunéré en cas de liquidation judiciaire. Par exemple, si le débiteur possède un bien immobilier et qu'il serait possible d'établir un « petit » plan [de redressement judiciaire], le mandataire-liquidateur pourrait avoir tendance à l'écarter. Au niveau de la vérification du passif, une réflexion pourrait être menée sur la réglementation pour que le mandataire-liquidateur soit plus incité à le faire.* »⁵³.
65. L'Autorité constate donc que l'article 31 de la Délibération n° 244 pose des difficultés d'interprétation et pourrait avoir eu pour conséquence, depuis 1991, de conduire les mandataires-liquidateurs à privilégier l'engagement d'une procédure de liquidation judiciaire de l'entreprise afin de percevoir le droit fixe plutôt que de privilégier les procédures de redressement ou de sauvegarde qui visent à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Si la pratique actuelle conduit à accorder le droit fixe dans tout type de procédure afin d'écarter ce risque, son fondement juridique mériterait d'être consolidé pour renforcer les garanties nécessaires à la protection des consommateurs que sont ici les entreprises concernées par les procédures et leurs créanciers (voir *infra*).

(ii) Le droit fixe perçu pour les vérifications de créance

66. La rémunération du mandataire-liquidateur se compose de différents droits relatifs aux créances. Une fois que les créanciers, dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, ont adressé la déclaration de leur créance au mandataire-liquidateur dans le délai fixé⁵⁴, ce dernier établit la liste des créances déclarées, avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente, qu'il transmet au juge-commissaire.⁵⁵
67. A l'article 32 de la Délibération n° 244, il est prévu pour la vérification des créances autres que salariales un droit fixe par créance au bénéfice du mandataire-liquidateur de :
- 4.090 F.CFP par créance dont le montant est compris entre 6.818 F. CFP et 27 272 F.CFP ;

⁵² Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.], du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

⁵³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [F.], du 16 juillet 2018 (annexe n° 23).

⁵⁴ Article L. 622-24 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie.

⁵⁵ Article L. 624-1 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie.

– 6.818 F.CFP par créance dont le montant est supérieur à 27.272 F. CFP.

(iii) Le droit fixe perçu pour l'établissement des créances salariales

68. Pour l'établissement des relevés des créances salariales, le mandataire-liquidateur perçoit, aux termes de l'article 33 de la Délibération n° 244, un droit calculé selon le nombre de salariés que comprend l'entreprise faisant l'objet d'un redressement judiciaire.

Tableau comparatif des tarifs pour l'établissement des relevés des créances salariales

Nombre de salariés	Tarifs par salarié en F. CFP
De 1 à 9	13 636
De 10 à 19	10 909
De 20 à 49	8 181
De 50 à 89	8 181
De 90 à 99	6 818
De 100 à 199	5 454
De 200 à 499	4 090
Au-delà de 500	2 727

69. Il convient de souligner que le recours au Fonds de garantie des salaires (FNGS), géré en métropole 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 si la trésorerie de l'entreprise faisant l'objet de la procédure ne le permet pas, n'existe pas en Nouvelle-Calédonie. En conséquence, le remboursement des créances salariales, ayant un rang prioritaire, conduit souvent à réduire la possibilité pour le mandataire-liquidateur de se rémunérer sur les actifs de la société en raison de leur insuffisance.

(iv) Un droit proportionnel de 5 % pour toute contestation de créance

70. L'article 34 de la Délibération n° 244 prévoit la perception, pour toute contestation de créances⁵⁶, d'un droit proportionnel de 5 % calculé sur la différence entre le montant de la créance déclarée et celui de la créance définitivement admise.

(v) Le versement d'un droit proportionnel en cas de liquidation judiciaire pour tout recouvrement d'actif et toutes réalisations d'actif

71. En vertu de l'article 37 de la Délibération n° 244, pour tout recouvrement d'actif et toutes réalisations d'actifs, il est alloué au liquidateur une rémunération proportionnelle en fonction des tranches d'assiette, comme suit :

- Tranche de 0 à 5.000.000 [F. CFP] : 7%
- Tranche de 5.000.001 à 10.000.000 : 6 %
- Tranche de 10.000.001 à 27.272.700 : 4 %
- Tranche de 27.272.701 à 40.909.050 : 2 %
- Tranche de 40.909.051 à 81.818.100 : 1 %
- Tranche de 81.818.101 à 136.363.500 : 0,50 %
- Tranche de 136.363.501 à 272.727.700 : 0,50 %
- Tranche de 272.727.701 à 1.363.635.000 : 0,15 %.

⁵⁶ Autre que celles mentionnées aux articles 106 et 123 de la loi du 25 janvier 1985.

72. Lorsqu'il y a répartition au profit des créanciers, ce droit est majoré de :
- 15 % si la répartition libère entre 10 % et moins de 30 % des créances admises
 - 20 % si la répartition libère entre 30 % et moins de 50 % des créances admises
 - 30 % si la répartition libère entre 50 % et moins de 70 % des créances admises
 - 50 % si la répartition libère entre 70 % et moins de 100 % des créances admises.

(vi) Un plafond maximal des droits perçus arrêté par le Président du tribunal mixte de commerce

73. L'article 37 de la Délibération n° 244 prévoit 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* »⁵⁷.
74. Maître [A.], mandataire-liquidateur, a précisé : « *C'est arrivé 2 ou 3 fois depuis le début de mes fonctions. C'est souvent les dossiers où il y a de gros recouvrement. Là, le contrôle du tribunal est plus strict.* »⁵⁸.

(vii) Le cas particulier de la rémunération du mandataire-liquidateur en cas de dossiers impécunieux

75. Lorsque le produit de la réalisation des actifs de l'entreprise ne permet pas au mandataire-liquidateur de réunir une somme au moins égale à 178.769 francs⁵⁹, le dossier est déclaré « *impécunieux* » par décision du tribunal, sur proposition du juge-commissaire et au vu des justificatifs présentés par mandataire-liquidateur⁶⁰. Le jugement de constat d'impécuniosité permet au mandataire-liquidateur de solliciter le Fonds de Financement des Dossiers Impécunieux (FFDI), qui est géré par la Caisse des dépôts et Consignations⁶¹.
76. Ainsi, l'article L. 663-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie depuis 2005 dispose que « *Lorsque le produit de la réalisation des actifs de l'entreprise ne permet pas au liquidateur ou au mandataire judiciaire d'obtenir, au titre de la rémunération qui lui est due en application des dispositions de l'article L. 663-2, une somme au moins égale à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat, le dossier est déclaré impécunieux par décision du tribunal, sur proposition du juge-commissaire et au vu des justificatifs présentés par le liquidateur ou le mandataire judiciaire.*

La même décision fixe la somme correspondant à la différence entre la rémunération effectivement perçue par le liquidateur ou le mandataire judiciaire et le seuil visé au premier alinéa.

⁵⁷ Article 35 de la Délibération n° 244.

⁵⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

⁵⁹ 1500 euros (HT).

⁶⁰ Voir les articles L. 663-3 et R. 663-41 du code de commerce.

⁶¹ Depuis sa création en 2003, le FFDI permet de compenser en partie, au bénéfice des mandataires judiciaires, l'absence totale ou l'insuffisance de rémunération lorsqu'ils traitent des dossiers impécunieux. La somme versée au mandataire judiciaire est prélevée sur une quote-part des intérêts servis par la Caisse des Dépôts sur une partie des fonds des procédures collectives obligatoirement déposés à la CDC. Cette quote-part est spécialement affectée au FFDI géré par l'établissement public.

La somme versée au mandataire judiciaire ou au liquidateur est prélevée sur une quote-part des intérêts servis par la Caisse des dépôts et consignations sur les fonds déposés en application des articles L. 622-18, L. 626-25 et L. 641-8. Cette quote-part est spécialement affectée à un fonds géré par la Caisse des dépôts et consignations sous le contrôle d'un comité d'administration. Les conditions d'application du présent alinéa sont fixées par un décret en Conseil d'Etat. ». De plus, l'article R. 663-41 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie prévoit que « Le seuil mentionné à l'article L. 663-3 est fixé à la somme de 1 500 euros (HT). »

77. Maître [A.], mandataire-liquidateur, a précisé que depuis 2006, 1.296 dossiers ont été déclarés impécunieux par le tribunal mixte de commerce et indemnisés, ce qui correspondrait sur la période à environ la moitié des dossiers de liquidation⁶². Lors de son audition, la principale collaboratrice de Maître [A.], a confirmé : « En moyenne sur une année, il y a 15 à 25 nouveaux dossiers par mois dont 80 % sont des liquidations. Sur ces 80 % les 3/4 sont impécunieux. Ces dossiers impécunieux sont traités entre 1 à 2 ans mais l'Etude ne maîtrise pas totalement les délais. (...) »⁶³.
78. Ce chiffre est proche de celui constaté en métropole où près de 60 % des liquidations judiciaires seraient impécunieuses⁶⁴.

b) La rémunération spécifique du mandataire-liquidateur désigné commissaire à l'exécution du plan

79. Pour ses fonctions de contrôle et de surveillance, le Commissaire à l'exécution du plan perçoit une rémunération selon le taux de base prévu à l'article 27 de la Délibération n° 244. Le barème suivant est appliqué, étant précisé que le nombre de taux de base est fixé par le président du tribunal mixte de commerce, sur proposition du juge commissaire⁶⁵ :

Nombre de salariés à la date du jugement arrêtant le plan de cession ou de redressement	Nombre de taux de base (12.300 F.CFP)
de 0 à 19	5 à 10
de 20 à 49	7 à 15
de 50 à 99	12 à 25
de 100 à 199	20 à 40
de 200 à 299	30 à 60
de 300 à 499	40 à 80
de 500 à 749	60 à 100
de 750 à 999	80 à 120

Note : par exemple, si l'entreprise compte 10 salariés, la rémunération du commissaire à l'exécution du plan sera comprise entre 61.500 FCFP et 123.000 F.CFP.

⁶² Voir le courriel de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 17).

⁶³ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [D.], en date du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

⁶⁴ Voir le paragraphe 155 de l'avis n°15-A-02 précité qui explique qu'« en 2013 plus de 44 000 procédures de LJ ont été ouvertes [...] plus de 26 000 étaient impécunieuses. », soit environ 60 %.

⁶⁵ Article 27 de la Délibération n° 244.

5. Une profession placée sous la surveillance du ministère public mais hors du champ de compétence du Conseil national de la profession

80. Comme en métropole, la profession de mandataire-liquidateur est placée sous la surveillance du ministère public en Nouvelle-Calédonie. Le mandataire-liquidateur est soumis à des inspections diligentées par un magistrat du Parquet général, parfois assisté d'un commissaire aux comptes, auquel il ne peut opposer le secret professionnel⁶⁶.
81. S'agissant du contrôle financier, tous les ans, la comptabilité du mandataire-liquidateur est contrôlée par un commissaire aux comptes désigné par le Parquet général⁶⁷. Sur ce point, Maître [A.] a confirmé : « *Tous les ans j'ai un contrôle par le parquet et par la commissaire aux comptes* »⁶⁸.
82. En matière de contrôle disciplinaire, la délibération n° 244 du 18 décembre 1991 donne compétence au procureur général ou à la cour d'appel. La faute disciplinaire est définie comme « *Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse (...) même se rapportant à des faits extra professionnels donnent lieu à sanction disciplinaire.* ». Cette définition reprend substantiellement celle retenue par le code de commerce de l'Etat⁶⁹. Si les sanctions prévues par le texte calédonien sont le rappel à l'ordre, prononcé par le procureur général, la suspension et la radiation sont, quant à elles, prononcées par la cour d'appel sur proposition du Parquet. Ces peines peuvent être assorties d'astreintes pécuniaires fixées par la cour d'appel. L'action disciplinaire se prescrit par dix ans, comme en métropole⁷⁰.
83. Il faut néanmoins noter qu'en métropole, le contrôle disciplinaire relève de la « *Commission nationale d'inscription et de discipline* », compétente à l'égard des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires⁷¹. Elle est chargée à la fois de procéder à l'inscription sur les listes des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires mais aussi de statuer sur les poursuites disciplinaires engagées à leur encontre. Comme le souligne le CNAJMJ, « *l'originalité de la profession tient au fait qu'elle n'est pas organisée autour d'un ordre contrôlant l'accès des nouveaux membres et assurant la police disciplinaire. Au contraire, il a été décidé de maintenir ces professionnels dans un étroit lien de sujétion à l'égard des pouvoirs publics, c'est-à-dire essentiellement de la chancellerie sous l'égide de laquelle s'organise tant l'accès à la profession que son contrôle et l'exercice de l'action disciplinaire* »⁷².
84. Lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a justifié le fait que la Commission ne soit pas compétente en matière disciplinaire en raison de l'étroitesse du territoire : « *Vous me demandez si la commission territoriale a un pouvoir disciplinaire, je vous*

⁶⁶ Voir l'article 6 de la Délibération n° 244.

⁶⁷ Voir l'article 9 de la Délibération n° 244.

⁶⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] en date du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

⁶⁹ L'article L. 811-12 A dispose que « *toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits commis en dehors de l'exercice professionnel* »⁶⁹.

⁷⁰ Voir l'article L. 811-14 du code de commerce.

⁷¹ Avant l'ordonnance n° 2015-1287 du 15 octobre 2015 portant fusion de la Commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaire et de la Commission nationale d'inscription et de discipline des mandataires judiciaires il existait une commission distincte pour chacune des professions.

⁷² CNAJMJ, note de synthèse sur les professions d'administrateur judiciaire et mandataire judiciaire.

réponds par la négative. (...) L'aspect disciplinaire revient ici au parquet général (...). Je ne suis pas favorable à ce que cet aspect relève de la compétence de la Commission compte tenu de l'étroitesse du territoire. Il est important de dissocier ce qui relève de la désignation de ce qui est de l'aspect disciplinaire. Ici, il faut qu'on arrive à être autonome. On pourrait peut-être envisager de recourir au Conseil de l'ordre national mais dans l'absolu cela ne concernera pas plus de 2 ou 3 mandataires »⁷³.

85. A cet égard, il convient de souligner que, contrairement aux mandataires judiciaires en métropole, l'activité du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie n'est pas contrôlée par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires⁷⁴(CNAJMJ), dont la compétence n'a pas été étendue au territoire⁷⁵.
86. Le CNAJMJ contrôle tous les trois ans l'ensemble de l'activité du mandataire judiciaire⁷⁶ en métropole. Ces contrôles peuvent être occasionnels voire inopinés⁷⁷ et sont menés par deux mandataires judiciaires et par un commissaire aux comptes⁷⁸. Ces « règles professionnelles » sont communes aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires qui ne peuvent exercer leurs fonctions qu'à compter du jour où ils ont prêté serment⁷⁹. Ces règles professionnelles régissent les missions et l'activité des mandataires judiciaires. Elles contiennent des dispositions générales qui édictent des principes directeurs, mais aussi des dispositions relatives aux relations avec les autres professionnels, à la formation et aux stages, à la surveillance et au contrôle de l'activité, aux modalités d'exercice de la profession, à l'administration provisoires des études, à la cessation d'activités, à la rémunération et au compte-rendu de fin de mission ainsi qu'à l'harmonisation des méthodes comptables et de l'agrément des systèmes informatiques de tenue de la comptabilité. Le non-respect de ces règles peut entraîner des poursuites disciplinaires à l'initiative exclusive de l'autorité publique qui est la seule à disposer du pouvoir disciplinaire.
87. A ce sujet, Maître [A.], mandataire-liquidateur, a déclaré au cours de la séance regretter de ne pas pouvoir être affiliée au CNAJMJ, notamment pour mieux faire valoir ses droits ou assurer sa défense dans certaines occasions. Elle avait déjà indiqué, au cours de son audition : « j'ai cherché à m'y inscrire mais je n'ai pas réussi »⁸⁰.

⁷³ Voir le procès-verbal de Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

⁷⁴ Voir l'article L. 814-2 du code de commerce de l'Etat. Le CNAJMJ « est un établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, chargé d'assurer la défense des intérêts collectifs [des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires] ». Il veille « au respect de leurs obligations par les mandataires de justice, d'organiser leur formation professionnelle, de s'assurer qu'ils se conforment à leur obligation d'entretien et de perfectionnement des connaissances et de contrôler leurs études » (article L. 814-2).

⁷⁵ Selon le CNAJMJ, les administrateurs et mandataires judiciaire ne s'appliquent pas aux professionnels désignés par les autorités compétentes en Nouvelle-Calédonie (annexe n° 21 C). Maître [A.] dit d'ailleurs avoir tenté, sans succès, de s'inscrire au CNAJMJ (Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018, annexe n° 18).

⁷⁶ Voir l'article R. 814- 42 du code de commerce de l'Etat.

⁷⁷ Voir les articles R. 814-42 et R. 814-46 du code de commerce de l'Etat.

Ces contrôles peuvent être prescrits par le président du Conseil national, le procureur de la République, le procureur général, le garde des sceaux, le ministre de la justice les commissaires du Gouvernement près la Commission nationale d'inscription et de discipline, les magistrats inspecteurs régionaux ou le magistrat coordonnateur.

⁷⁸ Voir l'article R.814-45 du code de commerce métropolitain.

⁷⁹ Voir l'article R. 814-52 du code de commerce.

⁸⁰ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] en date du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

88. D'une manière générale, toutes les personnes auditionnées ayant été interrogées sur ce sujet ont regretté l'absence d'organisation ordinaire dans le domaine des mandataires-judiciaires en Nouvelle-Calédonie, notamment pour limiter les difficultés liées au conflit d'intérêts.
89. A titre d'exemple, Maître F, avocate au barreau de Nouméa et ancienne juriste au sein de l'étude de Maître K, mandataire-liquidateur ayant cessé de traiter de nouveaux dossiers depuis 2003, a déclaré : « *l'absence d'organisation professionnelle constitue un vrai manque. Ce sont les professionnels eux-mêmes qui sont le plus à même techniquement à pouvoir contrôler leurs confrères en l'occurrence le CNAJMJ car les professionnels connaissent mieux que quiconque les failles du système* »⁸¹.
90. De la même manière, Maître [B.], avocat au barreau de Nouméa⁸², a souligné, lors de son audition, que la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie reprend « *les missions du mandataire judiciaire en métropole* »⁸³, mais que « *Statutairement ce n'est pas la même profession* » (...). *Aujourd'hui, il y a un grand décalage avec la métropole : au niveau de l'accès à la profession et l'absence de rattachement au conseil national. Ici, il n'y a pas de prestation de serment et le port de la robe n'est pas prévu. Tout le système disciplinaire est différent de même que l'inspection. En fait, le texte est calqué sur celui de 1985 qui depuis a été réformé à plusieurs reprises* »⁸⁴.
91. En séance, le bâtonnier de Nouméa a lui aussi souligné la nécessité d'améliorer le dispositif de contrôle déontologique en proposant de réfléchir à une affiliation de la profession de mandataire-liquidateur auprès du CNAJMJ, par convention par exemple, pour un meilleur contrôle et une plus grande transparence par les pairs. L'Autorité observe qu'un tel conventionnement a été instauré en Polynésie Française.

B. L'exercice de la profession par un seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie

92. La Nouvelle-Calédonie est un petit territoire insulaire comptant près de 280.000 habitants. Cette caractéristique géographique est importante, en l'espèce, car elle est souvent mise en avant pour expliquer les raisons pour lesquelles historiquement il n'y a jamais eu qu'un seul mandataire-liquidateur en exercice en Nouvelle-Calédonie, faute de candidat (1).
93. La fonction de mandataire-liquidateur étant déjà placée en situation de monopole légal par la Délibération n° 244, le juge n'ayant pas la possibilité de désigner – légalement – un mandataire « hors liste », l'exercice de cette fonction par un seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, en fait, est susceptible de conduire à un risque d'engorgement des procédures au détriment des consommateurs, que sont les entreprises débitrices et leurs créanciers. Cette situation serait d'autant plus préjudiciable que le niveau des tarifs réglementés alimentant le revenu du seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie pourrait laisser supposer qu'il existe peut-être une rente induite par une régulation insuffisante.

⁸¹ Voir le procès-verbal de Maître [F.] du 16 juillet 2018 (annexe n° 23). Le contrôle de la profession est particulièrement important dans la mesure où, notamment, « *La qualité de mandataire-liquidateur inscrit sur la liste est incompatible avec l'exercice de toute autre profession. Il est en particulier interdit aux mandataires-liquidateur de faire des actes de commerce.* » comme le dispose l'article 3 de la Délibération n° 244.

⁸²La candidature de Maître [B.] à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie a été rejetée par la commission territoriale en 2017 (voir *supra*).

⁸³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

⁸⁴ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

94. Le monopole étant la forme la plus intense de restriction de concurrence, il est légitime de vérifier que les motifs qui ont conduit à l'existence de ce monopole de fait sont objectifs et subsistent toujours.
95. Or, au terme de l'instruction, l'Autorité constate que la situation de monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie perdure alors que plusieurs professionnels du droit locaux ont envisagé d'exercer la profession de mandataire-liquidateur (2) et que le nombre de procédures collectives a doublé sur la période 2008-2017 par rapport à la décennie précédente (3).

1. Un monopole de fait historique résultant d'un défaut de candidat

96. Dans une note relative à la profession de mandataire judiciaire rédigée en 2009, Maître [A.] explique que « *Deux syndics ont successivement officié en Nouvelle-Calédonie avant 1991 : Monsieur [L.] [et] (...) Monsieur [M.] qui a quitté le territoire en 91 pour la métropole (...). En 1991, suite au départ de Monsieur [M.], la SCP [N&O] qui avait une importante étude d'administrateur judiciaire à Nanterre et des bureaux dans l'outre-mer français, a installé un bureau secondaire en Nouvelle-Calédonie, où officiaient des collaboratrices salariées de l'étude. De 1991 à 1995, [Mme P.] a dirigé l'étude, date à laquelle elle a quitté le Territoire (...). De 1995 à 1997, l'étude a été dirigée par Madame [R]. Le 26 juin 1997, l'étude SCP [N&O] a été mise en liquidation judiciaire (...), suite à la mise en examen et l'incarcération de ses deux associés (...). Il faut noter également que Monsieur [S], Conseil juridique a également été désigné en qualité de mandataire judiciaire au cours de cette période mais a fini par donner sa démission. Maître [T], Huissier de justice, a donc reçu occasionnellement des mandats jusqu'en 2001 (...). En juin 1997, le bureau annexe de la SCP [N&O] a donc été fermé du jour au lendemain avec plus de 700 dossiers en souffrance. (...) Le 7 août 1997, Monsieur Dominique Bur, Délégué du Gouvernement pour la Nouvelle-Calédonie a rendu un rapport au Congrès sur la situation, concluant notamment à une nécessaire augmentation de la rémunération des Mandataires. Ainsi, par délibération n° 210 CP du 15 octobre 1997, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté une modification du tarif en augmentant le tarif de 420 à 500 000 XPF, ceci afin de susciter des candidatures (...). En janvier 1998, Monsieur [K.] est inscrit sur la liste des mandataires liquidateurs. (...) Il m'embauche en novembre 1998. Après 6 mois de collaboration, je démissionne pour aller travailler au sein du cabinet de Me [U] qui vient d'ouvrir son cabinet d'avocats. Un an plus tard, en 2000, une grève est déclenchée au Tribunal pour qu'un deuxième mandataire soit désigné. (...) Le 19 juillet 2000, la commission ad hoc (...) se réunit et au regard de mes conditions de diplômes et d'expérience professionnelle, m'inscrit sur la liste. (...) En 2001, Me [K] demande à ne plus être désigné dans les nouveaux dossiers jusqu'à nouvel ordre pour se consacrer à son stock (...)* »⁸⁵.
97. Lors de son audition, Maître [F.], avocate et ancienne juriste dans l'étude de Maître [K.], a précisé : « (...) Me [K] a été désigné dans des dossiers à partir de 1998 (...) Me [K] est diplômé d'HEC et expert-comptable. Il a été directeur de société du groupe Pentecost. Il a présenté sa candidature et il n'a eu aucune difficulté à obtenir une assurance (mais à cette époque les assureurs n'étaient pas organisés en pôle) (...) Maître [K] exerce en nom personnel. Me [K] a récupéré les dossiers de la SCP [N&O] (...) à la fin de 1998, l'Etude traitait 685 dossiers puis 1042 la fin de l'année 1999. (...) Quand il a récupéré les dossiers, il était seul mais il a embauché assez rapidement. En septembre 1998, Me [A] a d'ailleurs été sa collaboratrice.

⁸⁵ Voir annexe n° 18 G.

Quand je suis arrivée en juin 1999, on devait être 6 collaborateurs (...). La difficulté a été que les trois quarts des dossiers étaient impécunieux sans possibilité de se rémunérer (...). En 2001 ou 2002, l'Etude a commencé à être rentable. (...) A partir de 2005, Me [K.] a arrêté de prendre de nouveaux dossiers car c'était beaucoup trop de travail. Aujourd'hui, il lui en reste 3 »⁸⁶.

98. Ce dernier point a été confirmé par le président du tribunal mixte de commerce qui a indiqué par courrier que Maître [K.] « a demandé expressément à mes prédécesseurs, il y a plus de 10 ans, de ne plus être désigné dans les dossiers nouveaux compte tenu de son incapacité à clôturer rapidement une grosse masse de dossiers déjà anciens »⁸⁷.
99. Pour sa part, Maître [A.] a précisé : « J'ai exercé en tant que collaboratrice salariée auprès [d'un] mandataire judiciaire à Montpellier de 1993 à 1996 (ce qui fait 3 ans et demi). Il avait 9 personnes salariées mais les créances salariales étaient sous-traitées. J'ai été également collaboratrice à Monaco (...) de 1996 à 1998, étant précisé qu'en principauté de Monaco ce sont les experts comptables qui se répartissent les dossiers de procédure collective. J'ai été recrutée pour m'en occuper et je traitais environ 50 dossiers par an. Je suis arrivée en Nouvelle-Calédonie en 1998 où j'ai travaillé chez Me [K.] mandataire liquidateur un peu moins d'un an en qualité de collaboratrice salariée. J'ai démissionné au bout de 8 mois. A mon arrivée, il avait 6 salariés dont une partie était des salariés de l'ancien mandataire. Cela ne s'est pas bien passé. Après (...) je suis partie travailler [en] cabinet d'avocat pendant un an. Comme diplôme, j'ai une maîtrise en droit privé obtenue à Montpellier. En juillet 2000, j'ai présenté ma candidature pour être mandataire liquidateur (...) Il fallait, comme aujourd'hui, une maîtrise de droit et une expérience significative en matière de gestion d'entreprise. Dans ce cadre, j'ai été auditionnée par la commission. (...) J'exerce depuis juillet 2000, date de mon inscription sur la liste des mandataires judiciaires en Nouvelle-Calédonie »⁸⁸. En effet, par procès-verbal du 18 juillet 2000, la commission territoriale, après avis du commissaire du gouvernement a inscrit la SEARL de mandataire liquidateur [A.] sur la liste des mandataires liquidateurs près la cour d'appel de Nouméa, sans motivation particulière⁸⁹.
100. Lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a confirmé : « Maître [A.] se trouve en monopole de fait. L'autre mandataire n'est plus désigné. (...) il y a deux d'inscrits mais de fait, il n'y a qu'un seul mandataire liquidateur ».
101. Maître [B.], avocat au barreau de Nouméa et candidat non retenu à la profession de mandataire liquidateur, a confirmé « C'est un peu subtil, sur la liste, il y a officiellement deux mandataires liquidateurs : Me [A.] et Me [K.], ce dernier n'étant pas à la retraite et ayant encore quelques dossiers. Mais environ depuis 2001-2002, il ne s'est pas vu ou fait attribuer de nouvelles procédures (procédures d'ouverture) (...). De fait il n'y a qu'un seul mandataire dans le sens où [Maître A.] a tous les nouveaux dossiers depuis 2003 »⁹⁰.
102. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que depuis la création de la profession de mandataire-liquidateur en 1985, à l'exception des quelques années début 2000, il n'y a eu en pratique qu'une seule personne ayant la qualité de mandataire-liquidateur susceptible de se voir confier des dossiers de procédures collectives en Nouvelle-Calédonie. Depuis plus de quinze ans, si deux mandataires, Maître [K.] et Maître [A.], sont effectivement inscrits sur la liste établie par la commission territoriale, seule Maître [A.] est en charge des nouveaux dossiers. Elle se trouve,

⁸⁶ Voir le procès-verbal du 16 juillet 2018 (annexe n°23).

⁸⁷ Voir annexe n°6.

⁸⁸ Voir procès-verbal d'audition de Maître [A.], mandataire-liquidateur, du 3 juillet 2018 (annexe n°18).

⁸⁹ Voir la décision de la commission territoriale du 18 juillet 2000 (annexe n°18 B).

⁹⁰ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n°13).

de fait, en situation de monopole, le tribunal mixte de commerce n'ayant pas d'autre alternative à sa nomination dans tous les dossiers de procédure collective. Il faut en effet rappeler que, contrairement à la métropole, le droit local ne permet pas au président du tribunal mixte de commerce de nommer un mandataire « hors liste » (cf *supra*).

103. Cette situation de monopole de fait s'explique historiquement par l'absence de candidats en Nouvelle-Calédonie pour exercer la profession de mandataire-liquidateur. En effet, lorsque la profession a été créée en 1985, il a fallu rechercher une étude métropolitaine pour ouvrir un bureau secondaire à Nouméa, avec une collaboratrice à plein temps. Puis, après la faillite de cette étude, la délibération n° 244 a dû être modifiée pour permettre à Maître [K.], expert-comptable n'ayant aucune expérience de la profession, d'en assurer la fonction, dans la mesure où aucun calédonien n'avait passé l'examen national suivi du stage. Ainsi, la Présidente de l'ordre des experts-comptables en Nouvelle-Calédonie (OECCA) a rappelé : « *pour mémoire, et en l'absence de candidatures, un dispositif transitoire avait été instauré en 1997 (délibération n° 210 du 15 octobre 1997 modifiant la délibération n° 244 du 18 décembre 1991), pour prévoir la possibilité d'ouvrir temporairement la profession aux experts-comptables et commissaires aux comptes. Cette option était appropriée. Les missions des mandataires comportent différentes tâches qui s'inscrivent dans les domaines de compétence des experts-comptables. Certaines devraient même relever exclusivement des experts-comptables comme la mise à jour des comptabilités ou la préparation d'un plan de redressement.* »⁹¹. C'est dans ce cadre que M. [K.] est devenu mandataire-liquidateur en 1997 et qu'il a recruté Maître [F.], juriste à l'époque, et Maître [A.] comme collaboratrice en 1998. Enfin, Maître [A.] fut la seule candidate à se présenter devant la commission territoriale en 2000 et a été désignée mandataire-liquidateur au titre de l'accès par la voie professionnelle.
104. Maître [A.] a précisé, dans la note de 2009 précitée, les raisons justifiant sa situation de monopole de fait pour exercer la fonction de mandataire-liquidateur et pour écarter l'hypothèse de l'installation d'une seconde étude qui avait été envisagée par Maître [E.] à l'occasion du départ à la retraite de Maître [K.]⁹².
105. En premier lieu, Maître [A.] considérait que le risque de voir sa structure dans l'incapacité d'absorber de nouveaux dossiers à long terme n'est qu'hypothétique et non fondée : « *Le cabinet que je dirige s'est en effet toujours adapté de manière réactive, pour ne pas dire proactive, aux besoins du tribunal, afin de répondre avec la plus grande réactivité aux mandats qui lui ont été attribués (...)* ».
106. En deuxième lieu, Maître [A.] estimait que « *le nombre de dossiers ne justifie pas l'implantation d'une seconde étude (...) l'analyse qualitative des dossiers montre que l'augmentation numérique constatée en 2008 [226 dossiers contre 160 en moyenne entre 2000 et 2007] s'accompagne d'une stabilisation en 2009 et d'autre part d'une très mauvaise consistance des dossiers qui, de plus en plus, ne contiennent aucun actif, les entreprises ayant de plus en plus recours au leasing et à la défiscalisation pour s'équiper. En outre, il apparaît que cette récente augmentation soit dû en partie à une série d'assignation du Trésor, qui fait régulièrement ses « fonds de tiroirs » et assigne en liquidation tout un stock de débiteurs pour passer ses créances en perte (...). Cette inflation du nombre de dossiers est donc peut être artificielle et pourrait sans doute n'avoir aucun caractère pérenne* ».
107. En troisième lieu, Maître [A.] justifiait sa situation par le fait qu'avec environ 188 dossiers nouveau par an ouverts, elle se trouvait « *plutôt dans la moyenne inférieure* » des procédures

⁹¹ Courriel de la présidente de l'OECCA du 1^{er} février 2019 (annexe 32)

⁹² Voir annexe n° 18 G.

collectives ouvertes par les études métropolitaines (221 dossiers par an en moyenne). Elle soulignait également que la comparaison avec la métropole souffre du fait que l'absence de fonds de garantie des salaires en Nouvelle-Calédonie pose des difficultés financières puisque la plupart des procédures de liquidation conduisent à ce que la vente des actifs de la société soit absorbée par les créances salariales superprivilégiées, réduisant d'autant la possibilité pour le mandataire-liquidateur de prélever ses émoluments sur le produit de la réalisation des actifs, contrairement à la situation en métropole.

108. Enfin, Maître [A.] soulignait que : « *En métropole, aucun mandataire ne s'installe à moins de 150/180 dossiers par an* ». Compte tenu de « *l'équilibre fragile* » résultant tout à la fois de l'évolution du nombre de dossiers, de l'interdiction d'exercer une autre profession, d'assurer des prestations de qualité, de voir engager sa responsabilité en raison d'une prise de risque permanente, elle concluait que « *L'implantation d'une seconde étude conduirait à sanctionner lourdement l'étude actuelle* » voire à « *licencier à contrecœur une partie de mes salariés* ».
109. Interrogée de nouveau sur la pertinence de nommer d'autres mandataires-liquidateurs en Nouvelle-Calédonie à l'occasion de l'instruction du présent avis, Maître [A.] a maintenu les principaux arguments présentés en 2009 en répondant à cette question ainsi le 3 juillet 2018 : « *Pour moi, non. Il y a deux motivations dans ma réponse : d'abord, deux petites structures n'apporteront pas la même qualité de prestations au tribunal et mon étude peut aujourd'hui absorber n'importe quel dossier. Ensuite, s'il y avait un deuxième mandataire, je devrais alors licencier au moins six personnes de mon étude* »⁹³. Dans un courrier du 30 juillet 2018, Maître [A.] a précisé : « *J'estime que mon étude fournit à ce jour une prestation de haut niveau à la juridiction, je dispose d'un cabinet parfaitement structuré doté d'une équipe solidement formée qui fournit un travail de grande qualité. L'implantation d'un second professionnel conduira ma Searl à devoir réduire ses charges de façon drastique et me conduira à licencier la moitié de mon effectif. La qualité de traitement des dossiers et du stock risque donc d'être fortement dégradée. Plusieurs années seront en outre nécessaires au nouveau professionnel pour se structurer correctement. Chacune des 2 petites études n'auront pas suffisamment de moyens pour se doter en personnel hautement qualifié, en documentation et aucune des deux ne sera en mesure d'absorber un gros dossier, s'il s'en présente un* »⁹⁴.

2. Une situation de monopole qui perdure malgré l'émergence de candidats localement...

110. La particularité de cette situation de monopole de fait du mandataire-liquidateur aujourd'hui est que cette situation se maintient alors que plusieurs professionnels du droit en Nouvelle-Calédonie ont indiqué, au cours de l'instruction, avoir souhaité devenir mandataires-liquidateurs en raison de leur expérience professionnelle mais n'avoir pu aboutir pour différentes raisons.

a) Le rejet de la candidature de Maître [B.] par la commission territoriale en 2017

⁹³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n°18).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Voir l'annexe n° 18.

111. Le 6 juillet 2017, la commission territoriale, après avis du commissaire du gouvernement, a rendu une décision aux termes de laquelle elle a rejeté la candidature de Maître [B.], avocat au barreau de Nouméa, aux fonctions de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie (déposée au Parquet Général de Nouméa le 6 mars 2017 au titre de la dérogation aux conditions d'accès)⁹⁵.
112. Dans sa décision, la commission territoriale a rappelé l'avis du commissaire du gouvernement dans les termes suivants : « *La candidature de Maître [B.] semble recevable sous réserve de l'obtention du diplôme national d'aptitude à la profession et de l'apaisement du conflit qui l'oppose à Maître [A.]. Son inscription sur la liste nécessiterait par ailleurs qu'il justifie de se donner les moyens de clarifier aux yeux des justiciables son changement de statut professionnel et d'échapper aux risques de conflits d'intérêt décrits au regard notamment de l'exercice de la profession de mandataire judiciaire qui est envisagée par l'impétrant dans le cadre de sa SELARL actuelle, dans les mêmes locaux que ceux qu'il occupe en qualité d'avocat et des risques de confusion que cela peut engendrer à l'égard des justiciables* »⁹⁶.
113. Pour sa part, après avoir rappelé que « *l'intéressé doit démontré avoir acquis une expérience et un compétence suffisante en matière de gestion d'entreprise* », ⁹⁷ la commission territoriale interprète cette exigence comme « *la mise en œuvre des ressources de l'entreprise en vue d'atteindre les objectifs préalablement fixés dans le cadre d'une stratégie déterminée* » ; « *que cette compétence professionnelle spécifique induit une capacité à prendre en temps utile les mesures correctives nécessaires pour prévenir les difficultés et atteindre les objectifs fixés* » et « *que la justification d'une telle expérience et d'une telle compétence comme préalable à la dérogation au succès à l'examen national d'aptitude aux fonctions de mandataire judiciaire qui comporte une formation spécifique en matière d'économie et de gestion, participent à l'appréhension de l'objectif des missions des mandataires judiciaires qui induit une bonne faculté d'analyse des capacités de redressement de l'entreprise* »⁹⁸.
114. Elle en conclut que s'il « *est établi que Maître [B.] a acquis une expérience de 25 années d'exercice de la profession d'avocat avec une spécialisation particulière dans le contentieux des procédures collectives (...) le cursus professionnel de Maître [B.] permet de définir son expérience et sa compétence comme ressortant exclusivement du domaine du contentieux des procédures collectives mais aucunement du domaine du conseil aux entreprises particulièrement en ce qui a trait à la prévention des difficultés des entreprises* » ; que « *Maître [B.] limite l'exposé de la motivation première de sa demande d'inscription à la découverte récente du revenu et du chiffre d'affaires annuels de la société de mandataire judiciaire actuellement en place à Nouméa et en situation de quasi-monopole de fait selon lui, laissant augurer un possible partage du travail* »⁹⁹.
115. Enfin, la commission territoriale relève que si « *l'intérêt de la profession de mandataire liquidateur et l'intérêt des justiciables, commandent qu'au plan local, les missions d'ordre public qui leur sont confiées soient réparties entre plusieurs mandataires exerçant en toute indépendance* », « *l'inscription du ou des impétrants sollicitant une dispense d'obtention du*

⁹⁵ Voir la décision de la commission territoriale du 6 juillet 2017 (pièce n°3 de l'annexe n°1).

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

diplôme prévu comme une condition de recevabilité de la demande d'inscription par la délibération précitée, impose que soit acquises non seulement les compétences exigées par la délibération mais également l'engagement d'un exercice professionnel loyal et confraternel » et que « *ces exigences ne sont en l'espèce pas remplies et ne peuvent se déduire des seules déclarations de Maître [B.] qui a développé oralement devant la commission son désir de réorientation professionnelle par son aspiration à trouver un confort intellectuel et un confort de vie et a affirmé que la notion de confraternité est théorique, très volatile et qu'il y n'aura aucune coopération entre Maître [A.] et lui* »¹⁰⁰(soulignements ajoutés).

116. Lors de son audition, Maître [B.] a indiqué, à propos des conditions d'accès à la voie professionnelle et du fonctionnement de la commission territoriale : « *Le fait d'avoir une expérience suffisante en matière de gestion d'entreprise ne correspond pas aux fonctions de mandataire-liquidateur qui requièrent davantage de compétences juridiques. C'est un critère totalement imprécis qui m'a laissé assez amer dans la façon dont mon dossier a été abordé car à aucun moment la commission ne s'est intéressée réellement à connaître mon degré réel de connaissance. (...) Pour le fonctionnement, je n'ai rien à dire si ce n'est qu'il n'y a pas de contrôle réel de l'expérience, preuve en est que la candidature de Me [A.] a été retenue avec trois ou quatre ans de salariat sans avoir jamais géré une entreprise* »¹⁰¹.
117. Lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a précisé : « *Pour moi, cette commission a bien fonctionné dans le cadre de l'examen de la candidature de Me [B.]* »¹⁰² et a expliqué : « *c'est la personnalité de Maître [B.] qui a achoppé lors de l'examen de sa candidature (...). Maître [B.] est en conflit avec Me [A.]* »¹⁰³.
118. Pour sa part, le président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes a indiqué que : « *J'ai participé à plusieurs réunions de la commission territoriale avant la nomination de Maître [A.]. Il y a eu plusieurs candidatures mais le tribunal mixte de commerce était déjà réticent à nommer plusieurs mandataires (...). A mon sens, Maître [B.] avait toutes les compétences pour exercer ce métier et s'est vu recalé en raison de ses arguments vis-à-vis de la position dominante de Maître [A.]. On lui a reproché à l'époque son manque d'expérience en matière de « gestion d'entreprises » alors qu'il gérait bien son cabinet d'avocat.* »¹⁰⁴.
119. Il faut souligner que Maître [B.] a attaqué cette décision devant le tribunal administratif, lequel l'a débouté par jugement du 27 avril 2018¹⁰⁵ considérant que l'autorité qui l'avait prise avait compétence pour le faire, que la décision était suffisamment motivée en droit et en fait et ne portait pas atteinte au principe de transparence des décisions administratives, que la commission avait apprécié souverainement les compétences de Maître [B.], notamment en matière de gestion d'entreprise, de sorte que sa décision n'était entachée d'aucune erreur de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation. Enfin, le tribunal a écarté le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats considérant qu'il ne se trouvait pas dans la même situation que Maître [A.] lorsqu'elle a été inscrite par la commission territoriale en 2000 sur la liste des mandataires-liquidateurs et a rejeté le moyen tiré d'un détournement de pouvoir nullement établi.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Voir le procès-verbal d'audition du 29 juin 2018 (annexe 13).

¹⁰² Voir le procès-verbal d'audition du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Compte-rendu de l'entretien entre le président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes et la présidente de l'ACNC le 29 janvier 2018.

¹⁰⁵ Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, jugement n° 1700309.

b) *Les autres tentatives de candidatures*

(i) *La tentative de candidature de Maître [F.], ancienne collaboratrice de Maître [K.] en 2004*

120. Lors de son audition, Maître [F.], avocate inscrite au barreau de Nouméa depuis 2015, a indiqué : « (...) en 2004, j'ai déposé ma candidature. J'avais déjà 5 ans d'expérience en étude chez un mandataire liquidateur (l'Etude de Me [K.]). J'ai déposé mon dossier au parquet général (...) Il n'y a eu aucune difficulté sur ma candidature. J'ai été voir la BNC qui était également d'accord pour me financer et même sans caution, un emprunt de 3,5 millions pour le logiciel et matériel informatique et d'un découvert autorisé de 8 millions. En fait, la difficulté est venue des assurances. C'est un pool d'assurance composé de 3 assureurs (de mémoire GAN, AGF et peut être AXO) qui devait me fournir une garantie d'un montant de 20 millions de F et l'un d'entre eux n'a pas voulu donner son accord. J'ai attendu pendant 2 ans que la situation de l'assureur se débloque. Puis, j'ai décidé de retirer ma candidature pour aller travailler chez Me [B.]. (...) Quand j'ai voulu m'installer, j'avais prévu d'employer trois personnes : un juriste, un comptable et une secrétaire. Au total, avec moi, nous aurions été 4 personnes. Pour qu'une étude de cette dimension fonctionne, j'estime que son chiffre d'affaires doit être de 50 MF à l'année »¹⁰⁶.
121. Interrogée sur les freins à l'installation de nouveaux mandataires-liquidateurs sur le territoire, Maître [F.] a répondu : « depuis quelques années le frein c'est que Me [A.] cherche à conserver son monopole de fait »¹⁰⁷.
122. S'agissant de la possibilité de présenter une nouvelle candidature, Maître [F.] a précisé lors de son audition qu'actuellement elle « (...) ne ferme pas la porte »¹⁰⁸.

(ii) *Le double renoncement en 2009 et 2017 de Maître [E.], ancienne collaboratrice de Maître [A.]*

123. Au cours de l'instruction, il est apparu que Maître [E.], ancienne collaboratrice de Maître [A.], avait sérieusement envisagé d'être candidate avant d'y renoncer. Elle a expliqué : « Me [K.] avait vocation à partir dès 2001. Me [A.] prenait tous les nouveaux dossiers. Elle ne souhaitait pas qu'une 3^{ème} étude se crée et elle ne le voulait pas. Dans mon contrat de travail et de mémoire il était mentionné que je ne pouvais pas participer à une activité dans une 3^{ème} étude en tant que collaboratrice ni en tant que mandataire en titre (...). Il était donc clairement établi que je ne devais pas instaurer une concurrence à Me [A.]. L'idée selon Me [A.] est qu'on ne pouvait pas vivre à 3 études (...) L'accès la profession est totalement bloqué. A mon sens la Commission n'a pas le souhait de laisser accès à un second mandataire en Nouvelle-Calédonie sauf s'il s'agissait d'un mandataire en titre venant de métropole. (...) Il y a la nécessité de s'entendre avec l'autre mandataire. Je vois comme une difficulté pour des mandataires extérieurs de s'installer sur le territoire et le fait de ne pas savoir combien de dossiers seront attribués par le tribunal de commerce. C'est prendre un risque »¹⁰⁹.
124. Elle a ajouté : « Début 2009, j'ai proposé de présenter ma candidature pour remplacer [Maître [K.]]. Et là, Me [A.] n'a pas voulu. Je n'ai pas voulu être en conflit avec elle. Elle a rédigé un rapport qui date de 2009 où elle explique pourquoi il ne faut pas un second mandataire, lequel

¹⁰⁶ Voir le procès-verbal du 16 juillet 2018 (annexe n° 23).

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [E.] du 27 juillet 2018 (annexe n° 29).

a été largement diffusé et transmis à tous les membres de la commission (...). Me [A.] m'a dit qu'elle avait fait en sorte que je ne puisse m'installer. (...) Le président du TMC m'a dit que selon la commission il n'y aurait pas d'avocat qui serait susceptible d'être mandataire-liquidateur à cause des conflits d'intérêts (...) A l'époque, le parquet général nous avait expliqué que des sociétés civiles permettaient de mutualiser les charges. J'ai proposé d'être en SCP avec Me [A.] mais elle n'a pas voulu. Dans ces conditions, je suis partie en octobre 2009 »¹¹⁰.

125. Par ailleurs, elle a indiqué : « La question s'est reposée en 2017 ou 2018, quand Me [B.] s'est vu refuser sa candidature. J'ai été approchée par le président du TMC qui m'a demandé si j'étais toujours intéressée. Ce à quoi j'ai dit oui, mais pas contre Me [A.]. Il fallait une synergie avec elle. Il fallait qu'elle accepte le principe car deux mandataires qui s'opposent ce n'est pas envisageable pour moi. Clairement je n'ai jamais porté de candidature officielle »¹¹¹.
126. Interrogée sur les motifs de son refus lors de la séance, Maître [A.] a simplement expliqué qu'en 2009, elle n'était pas prête à s'associer avec Maître [E.] et qu'elle craignait encore de ne pas s'entendre avec Maître [E.] sur la gestion des moyens en cas de constitution d'une société civile de moyens. Elle a également confirmé que le tribunal mixte de commerce était hostile à la candidature d'avocats en raison des risques de conflits d'intérêt qu'ils présentent, ayant pu défendre telle ou telle entreprise dans le passé.

(iii) Le renoncement de Mme [D.], principale collaboratrice de Maître [A.], en 2017

127. Au cours de l'instruction, Mme [D.], principale collaboratrice de Maître [A.] a déclaré « L'année dernière, je me suis posée la question de devenir associée de Maître [A.] en rachetant une partie de ses parts. J'ai monté un début de dossier de candidature. J'ai préparé ma candidature en septembre/octobre 2017 mais je ne l'ai pas déposée. Je suis allée voir le procureur. Elle m'a dit que cette candidature n'aurait aucune chance de prospérer car cela viendrait renforcer la position d'une Etude déjà dans une position monopolistique. Je ne suis donc pas allée plus loin dans ma démarche »¹¹².
128. En séance, Maître [A.] a confirmé le fait que Mme [D.] serait certainement une très bonne mandataire judiciaire mais que le parquet considérerait qu'une association au sein de son propre cabinet renforcerait sa position quasi-monopolistique sans résoudre les risques de conflit d'intérêts dans la mesure où Mme [D.] connaît tous les dossiers de Maître [A.] Elle a précisé que Mme [D.] ne lui avait jamais fait part de son intention de s'installer à son propre compte.
129. Enfin, selon Maître [B.], il y aurait au moins un autre candidat potentiel, haut fonctionnaire, qui serait venu le voir début 2018 pour avoir des renseignements¹¹³.
130. L'Autorité en déduit qu'aujourd'hui la situation de monopole de fait de Maître [A.] n'est plus justifiée par l'absence de candidat potentiel à l'exercice de la profession de mandataire-liquidateur. Elle ne l'est plus non plus au regard de l'accroissement majeur du nombre de procédures collectives en Nouvelle-Calédonie depuis le début des années 2000 et plus encore depuis 2010.

¹¹⁰ Voir le procès-verbal d'audition du 27 juillet 2019 (annexe n° 29).

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Voir le procès-verbal d'audition du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

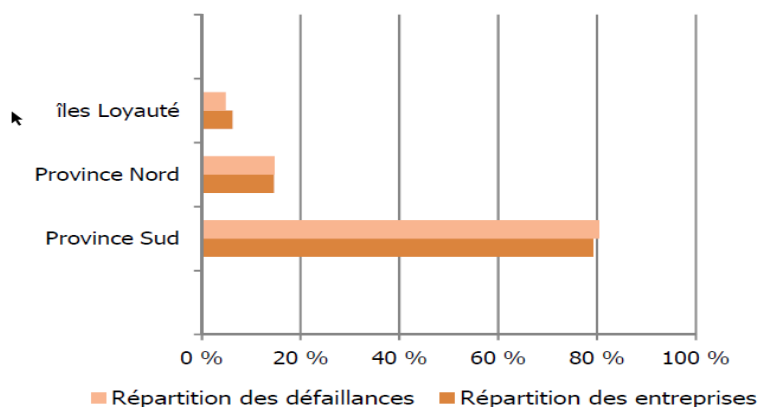
¹¹³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n°13).

3. ... et le doublement du nombre de procédures collectives ouvertes en Nouvelle-Calédonie sur la période 2008-2017 par rapport à 2000-2007

a) Panorama des défaillances d'entreprises en Nouvelle-Calédonie

131. Selon les données transmises par Maître [A.] et le tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie, 362 procédures collectives ont été ouvertes en 2017 sur le territoire pour un nombre estimé de 37.526 entreprises présentes dans le ressort du tribunal. Les défaillances d'entreprises concernent donc 0,9 % des entreprises actives sur le territoire.
132. La localisation des entreprises défaillantes suit globalement la répartition des entreprises par zone géographique et se porte donc majoritairement en province Sud¹¹⁴.

Répartition des entreprises défaillantes par zone géographique (année 2017)



Source : ISEE et ISPF (2016), IEOM

133. Selon les données transmises par l'IEOM, les secteurs d'activité les plus touchés par les procédures collectives sont, comme le souligne la CPME-NC dans sa saisine, le secteur du BTP (près d'un tiers avec 33 %), suivi par le secteur des services (presque un quart avec 23 %), puis ceux des industries et des transports (11 %), du commerce de détail (9 %), de l'hôtellerie et la restauration (6%), du commerce de gros (5 %), du commerce et de la réparation automobile (3 %), du transport routier de marchandise (3 %) et enfin de l'agriculture (1%)¹¹⁵.
134. L'essentiel des entreprises concernées par les procédures collectives sont des entreprises de petite taille avec peu ou pas de salariés. Dans un article publié dans le journal « *Made in n° 36 d'avril 2016* », il est indiqué : « *Les liquidations prononcées en grand nombre fin 2015 ne concernent que très peu de véritables entreprises disposant d'outils de travail, de salariés et ayant une activité. Le plus souvent, il s'agit d'entrepreneurs individuels ayant cessé toute activité depuis souvent des années, et n'ayant aucun salarié ni aucun actif* »¹¹⁶. Lors de son audition, Maître [A.] a confirmé ce point de la manière suivante : « *On a énormément de TPE.*

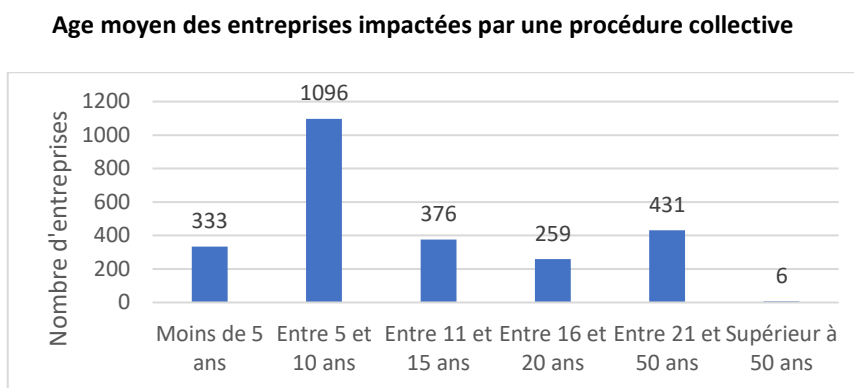
¹¹⁴ Note expresse de l'IEOM n° 242 Avril 2018 (Annexe n° 24 A) étant précisé que l'IEOM précise que le critère d'identification retenu dans son étude pour définir la notion d'entreprise « défaillante » est celui de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

¹¹⁵ Données IEOM (voir annexe n° 24).

¹¹⁶ Voir pièce n° 1 (annexe n° 12).

Environ 70 % des dossiers sont sans actifs, sans salariés »¹¹⁷. Mme [D.], principale collaboratrice de l'étude de Maître [A.], a précisé : « En Métropole, les mandataires-judiciaires sont dans un contexte internationalisé, avec des montages juridiques complexe, des sociétés mères. Ici les sociétés ont peu d'actifs, la situation est différente. Les entreprises sont de très petites entreprises »¹¹⁸.

135. Par ailleurs, selon les données de l'IEOM, les entreprises qui ont entre 5 et 10 ans d'existence, sont relativement plus impactées par les procédures collectives (43,82 %) que celles plus anciennes, comme le montre le graphique ci-dessous¹¹⁹.



Source : IEOM

136. Par comparaison, sur la période comprise entre 2009 et 2016, les entreprises défailtantes de Polynésie française sont 26 % à avoir moins de 5 ans d'âge, 26 % ont entre 6 et 10 ans, 20 % sont sur la tranche 11 à 15 ans, 23 % sur la tranche 16 à 25 ans et seulement 5 % ont plus de 25 ans¹²⁰.
137. Enfin, il faut relever qu'en Nouvelle-Calédonie, la procédure de liquidation judiciaire est prédominante parmi les procédures collectives ouvertes par le tribunal mixte de commerce, celle-ci représentant plus de 60 % des procédures collectives ouvertes entre 2010 et 2017¹²¹. A ce sujet, lors de son audition, Maître [G.], administrateur judiciaire à Nouméa, a déclaré : « La Nouvelle-Calédonie, c'est particulier car il y a une culture de la liquidation alors que je passe ma vie à prôner la prévention pour sauvegarder un maximum de chose. En Nouvelle-Calédonie, cette culture a du mal à être intégrée par les entreprises (...) »¹²².
138. M. [H.], expert-comptable, souvent nommé mandataire *ad hoc*, a confirmé pour sa part que : « Me [A.] voit parfois son intérêt en premier et pas celui du client. Elle est la seule à juger l'état des créances et elle est rémunérée sur cela. Parfois, on peut sortir le dossier de la liquidation judiciaire car in fine certaines liquidations coûtent de l'argent à la collectivité. Ce fut le cas, pour une entreprise dans laquelle la Province Nord était présente et où il a été pertinent de nommer un mandataire *ad hoc* et non Me [A.] qui aurait eu un intérêt à liquider la société. Dans ce cas précis, nous lui avons montré qu'il y avait une possibilité de ne pas

¹¹⁷ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] en date du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

¹¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [D.], en date du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

¹¹⁹ Données IEOM (voir annexe n° 24).

¹²⁰ IEOM, Agence de la Polynésie Française, Note expresse n° 220-Avril 2017 (annexe n° 20 B).

¹²¹ Informations transmises par le tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie (voir annexe n° 8).

¹²² Voir le procès-verbal de Maître [G.] du 17 juillet 2018 (annexe n° 26).

liquider la société et donc le président du TMC a donné son accord à la poursuite d'un plan de continuation de l'activité de la société plutôt que la proposition de Me [A]. »¹²³.

139. Toutefois, l'Autorité observe que la prédominance des liquidations judiciaires parmi les procédures collectives se retrouve aussi en Métropole, où les procédures de liquidation judiciaire constituent 68 % des procédures collectives ouvertes entre 2012 et 2017¹²⁴. A l'inverse, en Polynésie française, sur la période 2009-2016, 58 % des entreprises défaillantes ont fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et 42 % d'une liquidation judiciaire d'office. Ces chiffres doivent néanmoins être relativisés car la majorité des procédures ouvertes n'a pas trouvé d'issue favorable et une liquidation a finalement été prononcée pour 66% d'entre elles¹²⁵.

b) Le doublement du nombre de procédures collectives sur la période 2009-2017 par rapport à la période 2000-2008

140. Les statistiques recueillies au cours de l'instruction concernant les défaillances d'entreprises en Nouvelle-Calédonie remontent à l'année 2000 au plus tôt comme le montre le tableau ci-après.

¹²³ Voir le procès-verbal d'audition de M. [H.], mandataire *ad hoc*, du 19 juillet 2018 (annexe n° 27).

¹²⁴ Source : Deloitte, *L'entreprise en difficulté en France en 2017*, avril 2018.

¹²⁵ Note expresse de l'IEOM n° 220 avril 2017, *Les défaillances d'entreprises en Polynésie française* », (annexe n° 20 B.)

**Evolution du nombre de procédures collectives ouvertes
en Nouvelle-Calédonie depuis 2000**

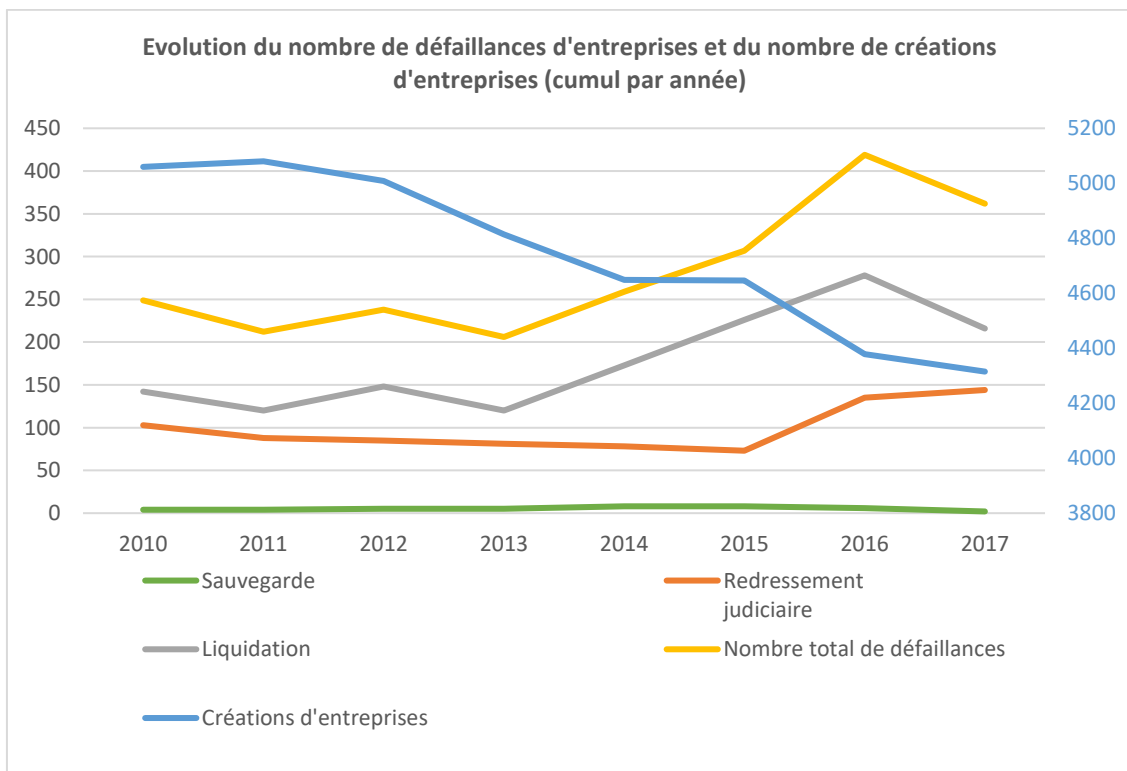
Année	Sauvegarde	Redressements judiciaires	Liquidations judiciaires	Nombre total d'ouvertures de dossiers de procédures collectives par an	Nombre moyen de dossiers ouverts par mois	Nombre de clôtures par an
2000	nc	nc	nc	200	16	nc
2001	nc	nc	nc	144	12	nc
2002	nc	nc	nc	119	10	nc
2003	nc	nc	nc	140	11	nc
2004	nc	nc	nc	169	14	nc
2005	nc	nc	nc	176	14	nc
2006	nc	nc	nc	151	12,5	nc
2007	nc	nc	nc	180	15	nc
Total 2000-2007	<i>nc</i>	<i>nc</i>	<i>nc</i>	1279	11,8	nc
2008	1	105	98	204	17	167
2009	3	94	116	213	17,8	185
2010	4	103	142	249	20,8	293
2011	4	88	120	212	17,7	236
2012	5	85	148	238	19,8	272
2013	5	81	120	206	17,2	289
2014	8	78	173	259	21,6	264
2015	8	73	226	307	25,6	191
2016	6	135	278	419	34,9	291
2017	2	144	216	362	30,2	238
Total 2008-2017	46	986	1637	2669	22,2	2426
<i>2018 (6 mois)</i>	<i>5</i>	<i>59</i>	<i>96</i>	<i>160</i>	<i>26,7</i>	<i>158</i>

Source : ACNC, Maître [A.], TMC ¹²⁶

141. Il ressort des données exposées dans le tableau ci-dessus que le nombre total d'ouvertures de dossiers a plus que doublé en l'espace d'une quinzaine d'années, passant d'un total de 1.279 dossiers ouverts entre 2000 et 2007 à 2.669 dossiers ouverts entre 2008 et 2017. Il s'ensuit que le nombre moyen de dossiers ouverts par mois est passé, sur les mêmes périodes, de 11,8 dossiers par mois à 22,2 dossiers par mois, pour un seul mandataire-liquidateur en exercice.
142. 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.

¹²⁶ Pour les données 2000-2008, voir la note de Maître [A.] établie en 2009 (annexe 18 G) ; pour les données 2008-2018, voir les annexes 2 et 3 transmises par Maître [A.] dans son courrier du 3 juillet 2018 (annexe 18). Ces données, plus précises que celles transmises par le greffe du tribunal mixte de commerce, recoupent néanmoins celles du TMC.

143. Depuis 2015, le nombre de dossiers ouverts dépasse en effet systématiquement les 300 dossiers par an, avec un pic à 419 dossiers ouverts en 2016 qui s'expliquerait selon certains acteurs du secteur par un dépôt massif de dossiers de liquidations à l'initiative du Trésor public. Maître [A.] a ainsi indiqué qu'en juillet 2018, son stock était de « 40 dossiers en période d'observation, 1.196 dossiers de liquidation judiciaire, 179 dossiers sous plan de redressement. Le stock actuel de liquidations judiciaires, important, est impacté par le pic d'ouverture de liquidations intervenu en 2016 et qui est purement conjoncturel, le Trésor public, créancier assignant, ayant un volume important de dossiers impécunieux à passer en non-valeur. Près de 400 de ces dossiers sont en phase de clôture »¹²⁷.
144. Ce phénomène a également été confirmé par le président du tribunal mixte de commerce. Ainsi dans un article de « La Dépêche de Tahiti », daté du 27 septembre 2016, il est indiqué : « à en croire le rapport d'activité du tribunal de commerce de Nouméa, l'année 2016 est celle de l'explosion des procédures de liquidations judiciaires. (...). Néanmoins, d'après le président du tribunal mixte de commerce cité dans l'article « Les chiffres de l'année 2015, ne sont pas significatifs. Mon prédécesseur que j'ai remplacé en 2014 imposait des limitations de recours à la Cafat et à la paierie de la Direction des services financiers, les deux principaux organes qui engagent des procédures judiciaires pour tenter de récupérer les prélèvements obligatoires impayés. J'ai pris le parti inverse »
145. L'Autorité constate néanmoins que d'autres raisons sont de nature à expliquer l'augmentation des défaillances d'entreprises en Nouvelle-Calédonie depuis 2014-2015, en particulier celles liées à la dégradation de la situation économique. Ainsi peut-on notamment constater que depuis cette période le nombre total de défaillance d'entreprises a progressé de 40 % et dépasse le nombre de créations d'entreprises comme le montre le graphique ci-après.



Source : ACNC, IEOM.

¹²⁷ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] en date du 3 juillet 2018 (annexe n° 18)..

146. En outre, les chiffres relatifs à la demi-année 2018 montrent que la tendance constatée depuis 2015 se poursuit avec une projection de 320 dossiers annuels. En conséquence, si le stock de dossiers en cours s'était réduit entre 2010 et 2014, il est reparti en forte hausse à compter de 2015.
147. L'Autorité en déduit que le seuil de 150 à 180 dossiers par an nécessaire, selon Maître [A.], pour justifier l'installation d'un ou plusieurs mandataires judiciaires sur le territoire, est dépassé chaque année depuis 2015.
148. La comparaison de la situation de monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie avec d'autres tribunaux de commerce présentant des caractéristiques communes confirme également que d'autres mandataires-liquidateurs pourraient avoir intérêt à s'installer même dans l'hypothèse d'un rebond économique.

c) La comparaison avec la Polynésie française et d'autres tribunaux de commerce montre que le monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie n'est plus justifié

149. Afin de mieux comprendre les justifications du monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a recherché des comparaisons avec la Polynésie française, qui présente les mêmes caractéristiques d'éloignement et/ou de population ainsi qu'avec le ressort de tribunaux de commerce métropolitains comparables au regard de la population d'entreprises concernées et du nombre de procédures collectives ouvertes.
150. Or, il faut souligner que dans chacun de ces territoires, il existe entre deux et six mandataires-liquidateurs en exercice pour traiter un volume de dossiers de défaillance d'entreprises relativement comparable.
151. Ainsi, compte tenu des données disponibles, il apparaît qu'en Polynésie française, alors que le nombre d'entreprises dans le ressort du tribunal de Papeete est 30 % plus faible qu'en Nouvelle-Calédonie, le nombre de défaillances d'entreprises observé entre le 1^{er} janvier 2014 et le 30 juin 2018 est beaucoup plus élevé (+ 66 %).
152. Néanmoins, le nombre moyen de dossiers ouverts par mandataire-liquidateur est 2,3 fois plus important en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie française en raison de la présence de 3 à 4 mandataires-liquidateurs concurrents installés à Tahiti pendant cette période¹²⁸ contre un seul en Nouvelle-Calédonie (12 dossiers par an par mandataire en moyenne en Polynésie française contre 28 dossiers pour Maître [A.] sur la période).

¹²⁸ Source : CNAJMJ <https://www.cnajmj.fr/fr/annuaire-profession/?profession=MJ&perso=physique&nom=&prenom=®ion=#directory>

Comparaison du nombre de procédures collectives ouvertes en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie entre le 1^{er} janvier 2014 et le 30 juin 2018

Du 1/1/2014 au 30/6/2018	Sauvegarde	Redressements judiciaires	Liquidations judiciaires	Nombre total d'ouvertures de dossiers de procédures collectives	Nombre de mandataires-liquidateurs	Nombre moyen de dossiers ouverts par mois par mandataire-liquidateur
Nouvelle-Calédonie (37.526 entreprises pour 278 000 habitants)	29	489	989	1507	1	28
Polynésie Française (26.670 entreprises pour 283 000 habitants)	27	448	2026	2501	4	12

Source : Maître [A.], IEOM¹²⁹, ACNC

153. De même, comme le montre le tableau ci-après, la comparaison avec le ressort des tribunaux de commerce métropolitains comprenant un nombre d'entreprises inscrites au registre du commerce et des sociétés comparable à celui observé en Nouvelle-Calédonie (Angers, Clermont-Ferrand, Nancy et Orléans) montre que le nombre d'ouverture de procédures collectives est bien plus élevé en Nouvelle-Calédonie sur la période 2008-2018 alors qu'il n'existe qu'une seule mandataire-liquidateur pour traiter l'ensemble de ces dossiers contre 3 à 6 mandataires-judiciaires chargés de ces procédures collectives dans les ressorts métropolitains étudiés.

¹²⁹ S'agissant des données relatives à la Nouvelle-Calédonie, voir le tableau précédent. S'agissant des données relatives à la Polynésie française, voir le courriel du 18 juillet 2018 de l'IEOM-NC en réponse au questionnaire de l'ACNC (annexe 24).

Comparaison du nombre de procédures collectives ouvertes entre 2008 et 2018 en Nouvelle-Calédonie (37.526 entreprises) et dans 4 ressorts de tribunaux de commerce métropolitains : Angers (39.065 entreprises, Clermont-Ferrand (36.539 entreprises), Nancy (33.200 entreprises) et Orléans (33.326 entreprises)

Année de début de procédure	Sauvegarde					Redressement judiciaire					Liquidation judiciaire directe				
	Angers	Clermont-Ferrand	Nancy	Orléans	Nouvelle-Calédonie	Angers	Clermont-Ferrand	Nancy	Orléans	Nouvelle-Calédonie	Angers	Clermont-Ferrand	Nancy	Orléans	Nouvelle-Calédonie
2008	0	3	0	0	1	23	47	40	9	105	51	92	133	18	98
2009	3	4	5	5	3	27	62	66	25	94	54	119	206	57	116
2010	2	5	0	6	4	23	50	44	36	103	59	98	161	86	142
2011	2	5	9	4	4	28	33	51	62	88	76	121	173	118	120
2012	4	7	8	6	5	23	52	84	76	85	700	140	142	131	148
2013	2	10	9	4	5	44	58	64	91	81	80	113	156	173	120
2014	13	13	1	3	8	50	50	71	64	78	102	128	146	153	173
2015	10	9	5	4	8	64	59	42	119	73	144	144	174	141	226
2016	1	7	0	3	6	51	64	54	62	135	126	144	131	114	278
2017	6	7	2	0	2	43	51	62	62	144	104	114	155	118	216
2018 (6 mois)	0	4	0	0	5	10	21	16	7	59	31	35	31	22	96
Total	43	74	39	35	51	386	547	594	613	1045	1527	1248	1608	1131	1733
Nombre de mandataires	6	3	3	5	1	6	3	3	5	1	6	3	3	5	1
Nombre total moyen de dossiers / mandataire entre 2008 et 2018	7	25	13	7	51	64	182	198	123	1045	255	416	536	226	1733

Source : CNAJMJ, ACNC

154. En outre, en raison de la présence de plusieurs mandataires judiciaires installés dans chaque ressort métropolitain étudié, le nombre moyen de dossiers attribués au seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie est cinq à quinze fois plus important que dans ces territoires métropolitains en raison de la présence de 3 à 6 mandataires judiciaires concurrents, comme le montre en détail la situation pour l'année 2017.

Comparaison du nombre de procédures collectives ouvertes en 2017 en Nouvelle-Calédonie et dans 4 ressorts de tribunaux de commerce métropolitains comparables

2017	Angers	Clermont-Ferrand	Nancy	Orléans	Nouvelle-Calédonie
Sauvegarde	6	7	2	0	2
Redressements judiciaires	43	51	62	62	144
Liquidations judiciaires directes	104	114	155	118	216
Total	153	172	219	180	362
Nombre de mandataires	6	3	3	5	1
Nombre annuel moyen de dossiers par mandataire	26	57	73	36	362
Nombre moyen de dossiers par mandataire par mois	2	5	6	3	30

Source : CNAJMJ, ACNC

155. Il en résulte que l'argument selon lequel le nombre de dossiers ouverts en Nouvelle-Calédonie serait insuffisant pour justifier l'installation d'autres mandataires-liquidateurs sur le territoire n'est pas pertinent au regard de la situation constatée en métropole ou en Polynésie française. Il laisse au contraire supposer que l'organisation actuelle de la profession conduisant au monopole de fait de Maître [A.], soit à l'origine d'inefficiences pour l'ensemble de l'économie locale, ce qu'il convient désormais de vérifier.

II. L'avis de l'Autorité : des externalités négatives sur l'économie calédonienne liées à l'organisation actuelle de la profession justifiant une réforme substantielle de la réglementation

156. Aux termes de l'instruction, le monopole de l'étude de Maître [A.] comme mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie n'apparaît pas justifié par l'absence de candidats réels ou potentiels pour accéder à la profession de mandataires-liquidateurs ni par le volume d'activité à traiter. Au contraire, la comparaison de l'évolution du nombre de procédures collectives en Nouvelle-Calédonie avec d'autres territoires comparables, comme la Polynésie française ou plusieurs ressorts de tribunaux de commerce métropolitains laisse augurer des risques d'inefficience sur le marché et d'externalités négatives. Rappelons en effet que les prestations de service rendues par les mandataires-liquidateurs, lorsqu'elles sont mal réalisées, peuvent avoir une incidence sur le débiteur qui paie le service mais également sur les tiers, à commencer par les créanciers de l'entreprise, et principalement les créanciers publics (Trésor public, CAFAT...).

157. En l'espèce, sans remettre en cause la qualité des services rendus par l'étude de Maître [A.], laquelle est reconnue par le président du tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie notamment, l'Autorité constate que l'évolution du tissu économique ces dix dernières années a conduit à une inflation des procédures collectives qui, en l'absence d'autres mandataires-liquidateurs que Maître [A.], produit, en soi, des effets néfastes sur le fonctionnement de l'économie calédonienne ou contribue à les renforcer (A).
158. Conformément à la pratique des autorités de concurrence métropolitaine et européenne en matière d'avis, l'Autorité présentera donc plusieurs recommandations pour accélérer le traitement des procédures collectives et évoluer vers des modalités de rémunération orientées vers un meilleur rapport coût-efficacité en instillant plus de concurrence au sein de cette profession au bénéfice des entreprises en difficulté et de leurs créanciers, tout en tenant compte de la spécificité de cette profession dans un territoire insulaire, qui, par nature, renforce les risques de rente et de conflits d'intérêt (B).

A. Les conséquences sur l'économie locale de l'organisation actuelle de la profession de mandataire-liquidateur

159. Dans le cadre de la présente saisine pour avis, la CPME-NC a identifié trois principaux risques sur le fonctionnement de l'économie calédonienne résultant de l'organisation actuelle de la profession de mandataire-liquidateur, qu'il convient d'analyser : un allongement excessif des procédures, un accroissement des conflits d'intérêt et un risque de rente au profit de ce seul opérateur sur le marché étant donné les tarifs règlementés en vigueur. Dans le cadre de l'instruction, plusieurs entreprises débitrices ont également fait état de difficultés liées à la longueur des procédures de liquidation judiciaire qu'elles imputent à l'existence d'un seul mandataire liquidateur.
160. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que des questions identiques ont été posées à l'Autorité de la concurrence métropolitaine par le ministre chargé de l'économie en 2014 « *dans le contexte de l'engagement de réformes visant notamment à libérer l'activité au bénéfice de la croissance, en particulier en mettant fin aux rentes excessives* »¹³⁰. Cette saisine ministérielle l'a donc conduite à examiner de manière détaillée le fonctionnement de la profession de mandataire-judiciaire et ses conséquences sur le jeu de la concurrence et sur les consommateurs en métropole dans le cadre de son avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015¹³¹.
161. Comme elle l'a rappelé au début de son avis, ces questions ne sont pas nouvelles. Ainsi, le rapport Armand-Rueff paru en 1960 avait déjà conclu que : « *Il est aisé de constater qu'en fait certaines législations ou réglementations économiques ont actuellement pour effet, sinon pour but, de protéger indûment des intérêts corporatifs qui peuvent être contraires à l'intérêt général et, notamment, aux impératifs de l'expansion. Tel est le cas lorsque législations ou réglementations ont pour effet de fermer abusivement l'accès à certains métiers ou certaines professions, de maintenir des privilèges injustifiés, de protéger, voire d'encourager des formes d'activité ou de production surannées, de cristalliser dans leur position des bénéficiaires de certains droits et de donner ainsi à certaines parties de l'économie française une structure en « offices », si répandue sous l'ancien régime* ». Plus récemment, la Commission pour la libération de la croissance, dite « *commission Attali* », est revenue, en 2008, sur ce sujet en insistant sur une nécessaire ouverture des professions réglementées. Puis, en mars 2013,

¹³⁰ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°15-A-02 du 9 janvier 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques, que sont les notaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les commissaires-priseurs et les administrateurs et mandataires judiciaires.

¹³¹ *Ibid.*

l'inspection générale des finances (IGF) a procédé à l'analyse économique du fonctionnement de 37 professions réglementées parmi lesquelles la profession de mandataire judiciaire. Dans son rapport, l'IGF a notamment constaté concernant les tarifs réglementés de ces professions, un « *déficit d'orientation des tarifs vers les coûts réels des professionnels* ». Elle a également souligné que : « *Les professions réglementées étudiées se distinguent par des niveaux élevés de rentabilité, de revenus et des évolutions qui ne trouvent, dans certains cas, pas d'autres explications que la réglementation en vigueur* »¹³². S'agissant plus particulièrement des mandataires judiciaires, l'IGF a dénoncé la longueur des procédures et, en particulier le temps consacré aux dossiers de liquidation « *à faible enjeux* » au détriment des dossiers plus importants¹³³ ainsi qu'un niveau de rémunération excessif résultant de tarifs réglementés inadaptés conduisant à un phénomène de rente.

162. Dans son avis n° 15-A-02 précitée, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a précisé sa méthode d'analyse des risques anticoncurrentiels résultant de la réglementation de certaines professions juridiques de la manière suivante : « *Ainsi, analysant des entreprises libérales soumises à des réglementations spécifiques pour des motifs d'intérêt général et de protection des consommateurs, c'est au regard de ce prisme de la vérification de la proportionnalité des restrictions de concurrence que l'Autorité s'attachera à formuler un diagnostic et des recommandations. La pesée de la proportionnalité des mesures restrictives de concurrence devra en particulier prendre en compte la capacité d'entrée sur le marché de nouveaux professionnels ou le niveau de rentabilité ou des revenus moyens assurés par les tarifs réglementés* »¹³⁴.
163. A l'issue de son analyse, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a émis plusieurs recommandations afin de permettre aux mandataires judiciaires de se concentrer sur les procédures nécessitant des compétences spécifiques et dont les enjeux sont les plus forts, et de renforcer la concurrence entre les professionnels quant à la qualité de leurs prestations, parmi lesquelles l'ouverture dans certains cas simples, des fonctions des liquidateurs aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs ; l'instauration d'une co-désignation obligatoire de plusieurs professionnels pour les procédures les plus importantes ; la mise en place d'initiatives pour développer les voies d'accès aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, en formation initiale et par le développement de dispenses au profit de professionnels dotés d'une expérience significative ; la modulation des droits fixes des mandataires et l'amélioration des modalités de paiement des mandataires de justice... A la suite de cet avis n° 15-A-02, des modifications législatives ont été opérées par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « *loi Macron* »¹³⁵ concernant la profession de mandataire judiciaire :

– en favorisant l'accès de nouveaux entrants à la fonction de mandataire judiciaire à travers une réforme de la voie professionnelle et la création d'un nouveau diplôme d'accès à la profession¹³⁶,

¹³² Voir le rapport de l'IGF, Les professions réglementées, rapport n° 2012 M 057, mars 2013.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Voir l'Avis n° 15-A-02, précité, point 9.

¹³⁵ Voir <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561&categorieLien=id>.

¹³⁶ Il s'agit de la voie intitulée « Master » (voir l'article 61 de la loi).

– en révisant les tarifs règlementés à la baisse¹³⁷,

– en ouvrant la possibilité aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs judiciaires d’assurer les fonctions de liquidateurs dans le cadre des liquidations judiciaires de faibles importances¹³⁸,

– en instaurant la co-désignation obligatoire de plusieurs professionnels pour les procédures les plus importantes¹³⁹.

164. Au niveau européen, le Parlement européen et le Conseil viennent d’adopter la Directive¹⁴⁰ (UE) 2018/958 du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l’adoption d’une nouvelle réglementation de professions, qui a pour objet « *d’établir des règles pour la conduite par les États membres des examens de la proportionnalité avant l’adoption de nouvelles réglementations professionnelles ou la modification de réglementations professionnelles existantes, en vue d’assurer le bon fonctionnement du marché intérieur tout en garantissant la transparence et un haut degré de protection des consommateurs* ». Aux termes de cette directive, il est prévu que : « *La présente directive devrait s’appliquer aux exigences limitant l’accès à une profession déjà réglementée ou à une nouvelle profession que les États membres envisagent de réglementer, ou son exercice* ».
165. Dans son préambule, il est mentionné que : « *Le libre choix de la profession est un droit fondamental. La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après dénommée « Charte ») garantit la liberté professionnelle ainsi que la liberté d’entreprise. (...) Les réglementations nationales organisant l’accès aux professions réglementées ne devraient donc pas constituer un obstacle injustifié ou disproportionné à l’exercice de ces droits fondamentaux* ». Par ailleurs, il est indiqué qu’« *il est de la compétence des États membres de décider des professions à réglementer et de la manière de les réglementer, dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité* » ».
166. Dans le cadre du présent avis, l’Autorité propose d’appliquer la même méthode d’analyse de la proportionnalité des restrictions de concurrence issues tant de la réglementation que du monopole de fait du mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie que celle suivie en métropole, à ceci près qu’elle tiendra compte des spécificités du marché calédonien, caractérisé par son étroitesse et son caractère insulaire.
167. Ces deux caractéristiques démographique et géographique ont ainsi pour effet de limiter d’autant plus l’accès de nouveaux entrants à la profession de mandataire-liquidateur – le « vivier » de candidats étant plus restreint qu’en métropole – et de favoriser les risques de conflits d’intérêt et de rente injustifiée de la part des professionnels concernés.

¹³⁷ Voir l’article 50 de la loi.

¹³⁸ Voir l’article 64 de la loi.

¹³⁹ Voir l’article 235.

¹⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0958&from=FR>.

1. Des délais moyens de procédure trois fois plus longs qu'en métropole

168. Lors de leur audition, les représentants de la CPME-NC ont estimé que : « *La lenteur du traitement des dossiers de procédures collectives* »¹⁴¹ résulte de la présence d'un seul mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie.
169. Selon Maître [A.], la durée moyenne de la procédure de liquidation judiciaire est de « *47 mois* »¹⁴². Lors de la séance, elle a précisé que si ce délai moyen peut sembler long par rapport à la métropole, il s'explique pour plusieurs raisons.
170. En premier lieu, même dans les procédures de liquidation les plus simples, Maître [A.] a précisé refuser de clôturer un dossier de liquidation avant sa date anniversaire considérant qu'il est dans l'intérêt des créanciers d'éviter qu'un entrepreneur défaillant « *peu scrupuleux* » ne reprenne la même activité quelques mois seulement après sa cessation d'activité.
171. En deuxième lieu, elle a indiqué qu'en règle générale le délai de clôture d'une procédure de liquidation est de 12 à 24 mois mais que le délai de 47 mois traduit notamment la reprise d'un stock d'affaires très anciennes issues de l'étude de la SCP [N&O] et de Maître [K.], ouvertes entre 1980 et 2000, qui grèvent le délai moyen. Selon les statistiques qu'elle a transmises, près de 180 dossiers « *sinistrés* » seraient encore en cours de procédure¹⁴³.
172. En troisième lieu, elle a expliqué qu'elle ne maîtrisait pas les délais de procédure qui dépendent également en grande partie de l'intervention du seul commissaire-priseur en Nouvelle-Calédonie et des contentieux portés devant les tribunaux (en cas de contestation de créances ou en cas de procédure prud'hommes notamment).
173. En quatrième lieu, elle ajoutée dans une note en délibéré que : « *mon Etude est à l'origine d'un nombre important d'assignations en responsabilité contre les dirigeants que je défends souvent seule, là où mes confrères métropolitains ne les engagent que s'ils disposent de fonds suffisants pour constituer Avocat. Ces procédures durent des années, les conseils des débiteurs sollicitant en permanence des délais afin de faire gagner du temps à leurs clients, ce qui est de bonne guerre, mais impactent également la durée moyenne des procédures* »¹⁴⁴.
174. En dernier lieu, elle a indiqué : « *Je n'ai pour ma part aucune raison de laisser des dossiers ouverts pendant des années sans motif légitime, puisque je suis réglée, tant de mes émoluments tarifés que de l'indemnité versée dans les dossiers impécunieux qu'en fin de dossiers, et même après leur clôture pour ces derniers* »¹⁴⁵.

¹⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition de la CPME-NC du 27 juin 2018 (annexe n° 9).

¹⁴² Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] en date du 3 juillet 2018 (annexe n° 18). Ce chiffre correspond à celui figurant dans le document transmis par Maître [A.] récapitulant l'ensemble des procédures collectives clôturées par son étude (annexe n° 18-C).

¹⁴³ Note en délibéré enregistrée le 13 février 2019 à la demande de Maître [A.].

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

175. Au cours de l’instruction, Mme [D.], la principale collaboratrice de Maître [A.] a confirmé que « *l’Etude ne maîtrise pas totalement les délais, comme par exemple en cas d’intervention d’un commissaire-priseur. Les facteurs extérieurs peuvent rallonger les délais.* »¹⁴⁶.
176. Interrogé sur la question des délais des procédures collectives, le président du tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie a indiqué que les durées moyennes des procédures n’étaient pas « *calculables* »¹⁴⁷, la question ne se posant d’ailleurs que pour les procédures de liquidations judiciaires. Il a ajouté, qu’en tout état de cause, le nombre de mandataire-liquidateur sur le territoire n’y changerait rien, les procédures de liquidations judiciaires étant « *aussi courtes que possibles* »¹⁴⁸. Selon lui, aucun grief ne peut être fait aux professionnels, le mandataire-liquidateur ayant toujours intérêt à réduire les délais en cas de liquidation au bénéfice des créanciers.
177. L’argument selon lequel les délais seraient toujours aussi longs même en présence de plusieurs mandataires-liquidateurs n’est pas partagé par le bâtonnier de Nouméa qui a expliqué lors de la séance que si certaines procédures de liquidation judiciaire donnent effectivement lieu à des recours susceptibles de retarder la clôture, cela ne concerne qu’un nombre limité de dossiers de sorte que la présence de plusieurs mandataires-liquidateurs sur le territoire calédonien serait de nature à accélérer le traitement de la plupart des autres procédures de liquidations judiciaires. Par ailleurs, il a souligné que la concurrence entre plusieurs mandataires-liquidateurs serait bénéfique à la promotion de « bonnes pratiques » et permettrait de dégager davantage de temps pour promouvoir les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire au bénéfice de l’ensemble de l’économie. Ce dernier point fait écho aux propos de Maître [G.], administrateur judiciaire à Nouméa, qui a regretté au cours de son audition une tendance à privilégier les liquidations judiciaires¹⁴⁹.
178. Enfin, la CPME-NC conteste le fait que le mandataire-liquidateur ait toujours intérêt à écourter les délais en cas de liquidation judiciaire puisque Maître [A.] a indiqué elle-même au cours de la séance, qu’elle préférerait attendre de clôturer à la date anniversaire de l’ouverture de la procédure de liquidation même si le dossier aurait pu l’être « *en trois ou quatre mois* », dans l’intérêt des créanciers selon elle.
179. L’Autorité observe pour sa part que le délai moyen de traitement des procédures de liquidation judiciaire en Nouvelle-Calédonie (47 mois) est trois fois supérieur à celui constaté en métropole (16,3 mois pour l’ensemble du territoire¹⁵⁰). Même si la reprise d’un stock ancien de dossiers grève certainement le délai moyen en Nouvelle-Calédonie par rapport à ceux constatés en métropole sans que l’on puisse en calculer précisément l’impact, il n’en demeure pas moins un écart anormalement élevé, en particulier si l’on compare la situation avec les tribunaux de commerce métropolitains présentant des caractéristiques proches (au regard du nombre d’entreprises inscrites au RCS et du nombre de dossiers ouverts), à ceci près que plusieurs mandataires judiciaires y exercent, ce qui permet de mieux répartir les dossiers à l’initiative du juge.

¹⁴⁶ Voir le procès-verbal du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

¹⁴⁷ Voir la réponse à la demande d’information du Président du TMC du 12 juin 2018 (annexe n°16).

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Voir le procès-verbal de CBF associés du 17 juillet 2018 (annexe n° 26).

¹⁵⁰ Voir le délai indiqué par la Chancellerie à l’Autorité de la concurrence métropolitaine dans son avis n° 15-A-02.

**Durée moyenne de traitement des procédures de liquidations judiciaires
entre 2007 et le 30 juin 2018**

	Nombre de mandataires judiciaires en exercice	Nombre de procédures liquidations judiciaires ¹⁵¹	Nombre moyen dossiers ouverts et traités par an	Délai moyen du traitement des procédures de liquidation judiciaire (en nombre de mois)
Angers	6	1 592	35	15
Clermont-Ferrand	3	1 398	57	13,5
Nancy	3	1 725	70	16,8
Orléans	5	1 134	70	14,5
Nouvelle-Calédonie (2008-2018)	1	1 733	164	47*

Source : CNAJMJ¹⁵², Maître [A.]¹⁵³

180. Dans son avis n° 15-A-02 précité, l’Autorité métropolitaine de la concurrence avait souligné que le délai moyen de traitement des procédures de liquidation judiciaire s’était considérablement raccourci en métropole entre 2006 et 2010 du fait de la mise en œuvre de la procédure de liquidation simplifiée¹⁵⁴, passant de 25,5 mois en 2006 à 16,3 mois en 2010 sur l’ensemble du territoire national.
181. En 2017, sur 43 700 procédures de liquidation judiciaire ouvertes en métropole, 23 402 l’ont été selon le régime simplifié, soit 53,6 % de l’ensemble des liquidations¹⁵⁵.

¹⁵¹ Il s’agit des liquidations directes non précédées par une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. *Dans un courrier du 7 mars 2019 adressé à l’Autorité postérieurement au présent avis, Maître [A.] a souligné que le délai de traitement de l’ensemble des procédures de liquidation judiciaire en Nouvelle-Calédonie, comprenant également celles précédées d’un redressement judiciaire, est bien de 47 mois. En revanche, elle a déclaré que le délai de traitement des seules procédures de liquidation judiciaire directes en Nouvelle-Calédonie visées dans le tableau mentionné au point 179, serait de 34 mois.

¹⁵² Voir annexe n° 21 C : le CNAJMJ précise qu’il s’agit de statistiques en date du 31 juillet 2018 qui peuvent évoluer rapidement en raison des mouvements des professionnels. Il indique également : « Pour calculer le nombre moyen de dossiers par professionnel et par an, j’ai d’abord fait une moyenne annuelle par professionnel en tenant compte, le cas échéant, des arrêts progressifs d’activité ou de de la récente implantation de certains. Puis j’en ai tiré une moyenne selon le secteur. Ce chiffre est donc à nuancer, principalement selon l’ancienneté de l’implantation du professionnel à mon avis (ceux étant relativement « nouveaux » ayant significativement moins de dossiers que leurs collègues). Il faut également considérer que certains professionnels ayant plusieurs bureaux peuvent avoir moins de dossiers à traiter dans un secteur donné que leur collègue exclusivement implanté dans ledit secteur. Concernant le délai moyen d’une liquidation judiciaire directe, il a été obtenu par construction également. Je considère qu’une procédure est terminée dès lors qu’elle disparaît des fichiers que me transmettent les différentes études. ».

¹⁵³ Voir les annexes 18 et 18 C.

¹⁵⁴ Introduction par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés.

¹⁵⁵ Voir le rapport sur le projet de loi PACTE n° 1237 de M. Roland Lescure, page 320, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r1237-tI.pdf>.

La procédure de liquidation judiciaire simplifiée

La procédure simplifiée, introduite par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises permet de clore rapidement la liquidation d'une entreprise si son actif ne comprend pas de bien immobilier et si le nombre de ses salariés et son chiffre d'affaires sont inférieurs à certains seuils. La liquidation judiciaire simplifiée présente l'avantage de limiter la vérification aux seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et aux créances résultant d'un contrat de travail et de vendre les actifs sans recours à une autorisation préalable du juge-commissaire. À tout moment, le tribunal peut toutefois décider de ne plus faire application des règles dérogatoires et adopter le régime général de la liquidation judiciaire, par décision spécialement motivée.

Modifiée depuis par deux ordonnances de 2008 et 2014¹⁵⁶, elle comporte désormais deux variantes :

– une procédure obligatoire, prévue par l'article L. 641-2 du code de commerce. Elle est ouverte pour une période initiale de six mois, éventuellement prolongée de trois mois. Elle concerne les micro-débiteurs, c'est-à-dire ceux qui ne détiennent pas de bien immobilier, n'ont pas plus d'un salarié et un chiffre d'affaires hors taxes inférieur ou égal à 300 000 euros ;

– une procédure facultative, prévue par l'article L. 641-2-1 du code de commerce. Elle est ouverte pour une durée initiale de douze mois, avec une possible prorogation de trois mois. Elle porte sur les débiteurs qui ne détiennent pas de bien immobilier, n'ont pas plus de cinq salariés et un chiffre d'affaires HT inférieur ou égal à 750 000 euros.

L'article 15 du projet de loi PACTE, en cours de discussion en métropole, prévoit de rendre cette procédure obligatoire dans tous les cas.

182. Pour autant, l'Autorité regrettait quand même « *un nombre insuffisant de mandataires judiciaires* », à savoir 306 mandataires liquidateurs répartis dans 244 études (plus 140 bureaux secondaires) pour traiter 64.000 procédures ouvertes (soit 209 dossiers par mandataire en moyenne par an contre 362 en Nouvelle-Calédonie en 2017 pour le seul mandataire-liquidateur), dont 44.000 procédures de liquidation judiciaire. Elle considérait en effet que : « *Le nombre de mandataires judiciaires est insuffisant pour assurer le traitement de l'ensemble des procédures collectives, et en particulier des procédures de liquidation judiciaire, d'autant que la présence des mandataires est obligatoire dans l'ensemble des procédures collectives, sauvegarde, redressement ou liquidation, y compris quand la désignation d'un administrateur judiciaire n'est pas imposée* ». Cette situation lui apparaissait d'autant plus critiquable « *que, dans certains départements, il n'existe aucun bureau principal de mandataire judiciaire, et dans de nombreux départements, un seul mandataire judiciaire est en exercice* ».
183. En l'espèce, sans remettre en cause les diligences de l'étude de Maître [A.] pour clore les dossiers dans les meilleurs délais compte tenu de sa charge de travail, l'Autorité constate que la circonstance qu'elle soit en situation de monopole de fait entraîne nécessairement un allongement de la durée des procédures de liquidations judiciaires, en raison de l'accumulation

¹⁵⁶ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

des dossiers ouverts. Cette situation de monopole de fait a été critiquée par certaines entreprises en situation de redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire durant l’instruction, regrettant le manque de disponibilité et de contrôle des situations individuelles. Or, même s’il existe des raisons objectives expliquant que la durée moyenne constatée en Nouvelle-Calédonie soit plus longue qu’en métropole, il ne peut être contesté que la situation ne pourra que s’aggraver au regard de l’augmentation du nombre de procédures collectives ouvertes ces dernières années.

184. A cet égard, l’Autorité s’est interrogée sur l’applicabilité de la procédure de liquidation simplifiée en Nouvelle-Calédonie étant donné les résultats très positifs qu’elle a eu sur la réduction des délais constatés en métropole.
185. Interrogée sur ce point, la Direction des affaires juridiques du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (DAJ) a précisé que cette procédure simplifiée était bien applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa version issue de l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et selon des seuils fixés par délibération du congrès ¹⁵⁷.
186. Bien qu’obligatoire lorsque le chiffre d’affaires hors taxe réalisé est inférieur à 90 millions de francs et que l’entreprise compte moins de cinq salariés¹⁵⁸, cette procédure n’est cependant pas appliquée en pratique, comme l’ont confirmé en séance le président du tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie et Maître [A.]. Selon cette dernière, la principale raison tient au fait : « *qu’en Nouvelle-Calédonie, le Greffe est public et dépend du Ministère de la Justice, peu doté en moyens matériels et humains. Il est donc encombré de façon chronique et un temps parfois extrêmement long (entre deux et huit mois) s’écoule entre le moment où je dépose ma requête et le jugement de clôture, délais qui n’ont pas d’équivalent en métropole où les greffes sont privés. Par ailleurs et pour les mêmes motifs d’encombrement du greffe, je ne sollicite plus de conversion en liquidation judiciaire simplifiée (qui me permettrait pourtant de*

¹⁵⁷ Voir le courriel de la DAJ du 7 janvier 2019 (annexe n° 32) aux termes duquel il est indiqué : « *1/La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises étend en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives du code de commerce relatives à la procédure de liquidation judiciaire simplifiée (Cf. art. 125). (...). La procédure de liquidation judiciaire simplifiée est par conséquent prévue au chapitre IV, du livre VI de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Cf. articles L. 644-1 à L. 644-6). 2/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 du 18 janvier 2008 portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises. Les conditions d’application de la liquidation judiciaire simplifiée sont prévues à l’article 223 de la section 2 intitulée « Des conditions d’application de la liquidation judiciaire simplifiée » de cette délibération ».*

¹⁵⁸ L’article 223 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 prévus par le second alinéa de l’article L. 641-2 du code de commerce, pour l’application de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, sont fixés, pour le chiffre d’affaires hors taxes à 90 000 000 FCFP et pour le nombre de salariés à 5. Le montant du chiffre d’affaires est défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l’article 17 du décret susvisé du 29 novembre 1983. Il est apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable. Le nombre de cinq salariés ne doit pas avoir été dépassé au cours des six mois précédant l’ouverture de la procédure.* ». La procédure de liquidation judiciaire est enfermée dans un délai maximum, en effet l’article L.644.5 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose qu’« *Au plus tard dans le délai d’un an à compter de la décision ayant ordonné ou décidé l’application de la procédure simplifiée, le tribunal prononce la clôture de la liquidation judiciaire, le débiteur entendu ou dûment appelé.* » Le juge peut exceptionnellement proroger la procédure pour trois mois.

me dispenser de lourdes diligences comme la vérification du passif et de clôturer dans les trois mois) car les délais d' enrôlement de mes demandes les rendaient parfaitement inutiles »¹⁵⁹.

187. Entendu sur ce sujet en séance, le président du tribunal mixte de commerce a confirmé que cette procédure de liquidation simplifiée avait été abandonnée, considérant pour sa part que la difficulté principale tenait au fait que, dans de nombreux cas, apparaissait finalement une contestation de créances conduisant à basculer dans le droit commun. Il a néanmoins indiqué qu'il pourrait être pertinent d'utiliser de nouveau cette procédure pour accélérer le traitement des liquidations judiciaires les plus simples.
188. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que le délai de traitement des procédures de liquidation judiciaire en Nouvelle-Calédonie est anormalement élevé ce qui s'explique à la fois par :
- l'existence d'un stock d'affaires anciennes « sinistrées » reprises par Maître [A.] à la suite de la SCP [N&O] et de Maître [K.] (environ 180 dossiers ouverts entre 1980 et 2000) ;
 - l'absence d'autres mandataires-liquidateurs que Maître [A.] rendant impossible une meilleure répartition des dossiers ;
 - l'incapacité à mettre en œuvre la procédure de liquidations simplifiée pourtant obligatoire depuis 2005 ;
 - la présence d'un seul commissaire-priseur pour réaliser les inventaires et les ventes en cas de redressement ou liquidation¹⁶⁰ ;
 - et pour les procédures de liquidations pour lesquelles des recours sont engagés, par l'encombrement de certains tribunaux en Nouvelle-Calédonie.
189. Il en résulte un dommage à l'économie calédonienne car l'allongement de la durée des procédures de liquidation retarde soit la clôture pour insuffisance d'actifs et le redémarrage de l'entrepreneur dans une nouvelle activité, soit la clôture avec répartition du boni de liquidation, qui elle-même prend encore du temps, d'autant plus que seul le titulaire de la fonction de mandataire-liquidateur peut le faire (et non l'un de ses collaborateurs). Comme l'ont souligné la CPME-NC et le bâtonnier de Nouméa, ces délais pèsent sur le fonctionnement global de l'économie calédonienne faute de réinjecter plus rapidement les fonds aux créanciers et de redonner une nouvelle chance aux entrepreneurs.
190. Cette analyse a été confirmée par le président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes qui considère que : « *L'introduction d'un second professionnel pourrait raccourcir les délais de procédures et améliorer les pratiques même si les procédures collectives sont très longues en raison de leur complexité. Les répartitions sont très lentes vis-à-vis des créanciers, ce qui impose la conservation d'importantes sommes d'argent sur un compte à la Caisse des*

¹⁵⁹ Note en délibéré enregistrée le 13 février 2019 à la demande de Maître [A.].

¹⁶⁰ Cette difficulté est renforcée depuis le décès du seul commissaire-priseur en exercice depuis 2018 même si un remplacement provisoire a été prévu.

dépôts et consignation, en attendant l'extinction des recours contre les créances (...)»¹⁶¹ Un nouveau mandataire pourrait néanmoins apporter un meilleur service car il aurait moins de dossier à traiter »¹⁶².

2. Des situations de conflit d'intérêts croissantes en raison de l'augmentation du nombre de dossiers ouverts

a) Des situations de conflit d'intérêts...

191. Dans sa saisine, la CPME-NC considère que la situation de monopole de fait de Maître [A.] « entraîne de potentielles situations de conflit d'intérêts lorsque l'unique mandataire représente deux entreprises en procédure collective et dont l'une est détentrice d'une créance auprès de l'autre ».
192. Il ressort de l'instruction que l'existence de conflits d'intérêt résultant de la situation de monopole de fait de Maître [A.] est confirmée par l'ensemble des personnes auditionnées sur ce sujet.
193. Selon la présidente de la commission territoriale, « Le problème à régler rapidement est celui du conflit d'intérêts dans les procédures collectives vu le nombre de dossiers traités. Le mandataire-liquidateur est le représentant des créanciers mais il représente aussi les débiteurs. Il a donc cette double mission. La conséquence de ce conflit d'intérêts c'est l'annulation de la procédure. Par exemple, récemment deux procédures ont été annulées car il n'y a pas eu de désignation d'un mandataire ad hoc »¹⁶³.
194. Selon Maître [E.], ancienne collaboratrice de Maître [A.], « c'est le fait que les dossiers d'une procédure durent longtemps, trois à quatre ans. Quand Me [A.] est nommée mandataire-liquidateur pour une société qui peut avoir des contentieux contre des sociétés tiers. Ces dernières peuvent ensuite elles-mêmes se trouver en procédure collective. Ce qui a pour conséquence : un dossier Me [A.] contre Me [A.]. Ces conflits sont gérés par le TMC qui désigne un mandataire ad hoc uniquement pour la procédure contentieuse de la société tiers ce qui ne résout rien car Me [A.] à la connaissance complète des deux dossiers et nécessairement des conflits d'intérêts puisque les deux dossiers ont des intérêts divergents. Mais systématiquement dans les décisions du TMC il est dit que le conflit d'intérêt n'est que virtuel ce qui veut dire que dans l'esprit de la juridiction il n'y a pas de conflits d'intérêts. »¹⁶⁴.
195. Monsieur [H.], expert-comptable, désigné en tant que mandataire-liquidateur *ad hoc* a indiqué : « Me [A.] peut être désignée pour fixer et lister les créances dans la configuration où deux

¹⁶¹ Sur ce point, Maître [A.] a confirmé la lenteur de la procédure et le fait qu'elle dispose d'un compte à la Caisse des dépôts et consignation, sur lequel elle dépose les fonds dont elle assure la gestion pour le compte des créanciers en attendant de pouvoir les distribuer lors de la clôture avec répartition. Ainsi, a-t-elle indiqué que pour l'année 2017 : « les montants qui transitent sur le compte professionnel de l'Etude représentent 3,452 milliards de francs dont 1,292 milliard distribués l'année dernière. Tout est déposé à la caisse des dépôts » (annexe 18).

¹⁶² Compte-rendu de l'entretien entre le président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes et la présidente de l'ACNC le 29 janvier 2018.

¹⁶³ Voir le procès-verbal du 13 juillet 2018 (Annexe n° 22).

¹⁶⁴ Voir le procès-verbal d'audition de Me [E.], ancienne collaboratrice de Me [A.], en date du 27 juillet 2018 (annexe n° 29).

sociétés sont gérées par le même gérant. Cela peut soulever un problème. Cela a d'ailleurs été dans le cas de M. [V.] et ses multiples sociétés »¹⁶⁵.

196. Interrogée sur ce point, Maître [A.] a déclaré que si elle pouvait être confrontée à des situations de conflits d'intérêts, cela représenterait « *moins de 10 dossiers par an. L'exemple type c'est lorsque je suis liquidateur d'une entreprise A puis quelques mois plus tard, je deviens liquidateur d'une entreprise B qui est en procédure contre l'entreprise A* »¹⁶⁶.
197. Sa principale collaboratrice, Mme [D.] a confirmé que : « *Ces dossiers sont très minoritaires. Cela représente moins de 10 dossiers par an. Dès que l'étude est désignée en tant que liquidateur, on se rend compte assez rapidement de ce conflit. On prend les devants et on prépare une requête auprès du président qui désigne par ordonnance, M. [H.]. Mais il ne sera pas possible de faire la même qualité que celle de notre étude. Ma perception du conflit d'intérêts dans l'étude de Me [A.] est qu'il n'y en a pas. Il n'y a pas de sujet* »¹⁶⁷.
198. Au surplus, Maître [B.] a souligné que la question du conflit d'intérêts ne s'arrête pas aux seuls cas où Maître [A.] est nommée mandataire-liquidateur dans deux dossiers où les entreprises ont des créances l'une sur l'autre mais plus généralement que les situations de conflit d'intérêts résultent du monopole de fait de Maître [A.] depuis de nombreuses années : « *toutes les entreprises passent par un seul mandataire liquidateur qui tient toute l'histoire des entreprises en difficulté depuis 15 ans et qui parfois peut se servir d'informations anciennes dans des dossiers qui ne sont pas concernés (...)* »¹⁶⁸.
199. L'Autorité ne peut que constater un réel risque de conflits d'intérêts résultant de la position monopolistique de Maître [A.]. Or, l'accroissement continu du nombre de procédures collectives ouvertes depuis quelques années renforce mécaniquement ces risques qui ne semblent pas levés de façon satisfaisante par la nomination de mandataires *ad hoc*.

b) ... qui ne sont pas solutionnées de manière satisfaisante par le recours, sans base légale, à un mandataire ad hoc

200. Comme l'a déjà souligné l'Autorité précédemment, contrairement au dispositif applicable en métropole, le président du tribunal mixte de commerce de la Nouvelle-Calédonie ne peut, légalement, désigner à la place d'un mandataire-liquidateur inscrit, un mandataire « *hors liste* » dont les fonctions sont déterminées par le juge, puisque l'article L. 812-2 du code de commerce métropolitain n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie. Pourtant, lorsqu'il est alerté d'une situation de conflit d'intérêts ou en cas de carence du mandataire-liquidateur, il nomme, de manière prétorienne, un mandataire *ad hoc*.
201. Lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a confirmé que : « *Peuvent être désignés comme mandataire ad hoc des experts judiciaires inscrits sur la liste des experts*

¹⁶⁵ Voir le procès-verbal d'audition de M. [H.], mandataire *ad hoc*, du 19 juillet 2018 (annexe n° 27).

¹⁶⁶ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n°18).

¹⁶⁷ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [D.] du 16 juillet 2018 (annexe n°25).

¹⁶⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n°13).

judiciaires de la cour d'appel de Nouméa. Il suffit qu'ils justifient de compétences et de connaissances en la matière et qu'ils acceptent la mission ».¹⁶⁹

Monsieur [H.], expert-comptable, mandataire *ad hoc* désigné dans « 90 % des cas »¹⁷⁰ a précisé que : « Le TMC peut désigner qui il veut en fonction de la problématique soulevée ». Selon lui, « Le TMC spécifie exactement les missions qui sont confiées dans une ordonnance. Cela peut être tous les pouvoirs sur la société ou simplement convoquer une assemblée générale. Cela dépend des situations, c'est très variable. (...) Les durées de missions de mandataire *ad hoc* sont assez courtes. Certaines 1 mois, 15 jours, 1 an voire beaucoup plus pour les liquidations. » Il a également indiqué qu'il pouvait être désigné « comme mandataire *ad hoc* en cas de carence du mandataire-liquidateur. (...) »¹⁷¹. Toujours selon Monsieur [H.], cette situation est inhérente à la situation en Nouvelle-Calédonie, « En Métropole le cas ne se pose pas puisqu'il y a plusieurs [mandataires-liquidateurs] par ressort d'un tribunal de commerce ».

202. Il ajoute que la rémunération du mandataire *ad hoc* en Nouvelle-Calédonie pose également des difficultés : « A la nomination du mandataire *ad hoc*, il n'y a pas de rémunération contrairement à la nomination de Me [A.] en tant que mandataire-liquidateur. (...) c'est un forfait à l'heure, qui varie entre 15 000 F CPF et 20 000 F CPF. Ce forfait a été fixé en accord avec la cour d'appel de Nouméa, à partir de la grille des experts près tribunal. Dans le cas où il faut réaliser une cession d'actifs, le mandataire *ad hoc* touche un pourcentage sur la vente. Une grille tarifaire est proposée au président. C'est un barème différent et un peu moins élevé que celui qu'applique Me [A.]. On fait une facture et le président du tribunal taxe la facture et la soumet aux parties qui acceptent ou pas. Ce n'est quasi rien. C'est plutôt zéro franc car la très grande majorité des dossiers qui me sont confiés sont des dossiers impécunieux »¹⁷².
203. Selon Maître [B.], avocat et candidat non retenu à la profession de mandataire-liquidateur, l'autre inconvénient de nommer un mandataire *ad hoc* est de renchérir le coût de la procédure car « les honoraires de ce mandataire *ad hoc* vont donc être mis à la charge de la procédure collective alors qu'il fait le travail du mandataire-liquidateur »¹⁷³. Ce point est également confirmé par M. [H.] qui a précisé : « Ce serait mieux qu'il y ait un second mandataire car finalement Maître [A.] touche 500 000 F CPF des deux côtés lorsqu'elle se retrouve en situation de conflit d'intérêts et qu'un mandataire *ad hoc* doit intervenir. S'il y avait deux mandataires-liquidateurs en titre, chacun toucherait ces 500 000 F CPF et ferait les procédures de son côté. Ces 500 000 F CPF sont souvent pris en charge par le gérant. »
204. L'Autorité ne peut que constater que la nomination prétorienne d'un mandataire « *ad hoc* » par le président du tribunal mixte de commerce n'est satisfaisante ni sur le plan juridique, ni sur le plan économique. De plus, elle ne résout pas nécessairement tous les risques de conflit d'intérêts et pose manifestement une difficulté en matière de rémunération puisque, contrairement aux mandataires-liquidateurs en exercice, les mandataires *ad hoc* nommés par le président du tribunal mixte de commerce ne touchent pas la même rémunération pour des fonctions

¹⁶⁹ Au moment de l'instruction, il y en avait deux exerçant la profession d'expert-comptable. Voir le procès-verbal d'audition du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁷⁰ Voir le procès-verbal d'audition de M. [H.], mandataire *ad hoc*, en date du 19 juillet 2018 (annexe n° 27).

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Voir le procès-verbal d'audition de M. [H.] du 19 juillet 2018 (Annexe n° 27).

¹⁷³ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

équivalentes et ne peuvent être indemnisés par le Fonds d'indemnisation des dossiers impécunieux, ce qui est de nature à limiter les candidatures spontanées.

205. L'Autorité en déduit que le meilleur moyen de lutter contre les risques de conflit d'intérêts qui ne manqueront pas d'augmenter au regard de l'évolution du nombre de procédures collectives ouvertes, serait d'élargir le nombre de mandataires-liquidateurs en exercice en veillant à ce qu'ils soient indépendants de Maître [A.] (voir *infra*). De ce point de vue, une association de deux mandataires-liquidateurs au sein de l'étude de Maître [A.], comme envisagé par Mme [D.], principale collaboratrice de Maître [A.] ne permettrait pas de résoudre les difficultés rencontrées et renforcerait le monopole de l'étude de Maître [A.] comme l'a souligné à juste titre le Procureur de la République à Mme [D.]¹⁷⁴.
206. L'Autorité remarque que cette conclusion s'est imposée de la même manière à la commission territoriale qui a considéré à l'occasion de la candidature de Maître [B.], bien qu'elle l'ait rejetée, que : « *l'intérêt de la profession de mandataire liquidateur et l'intérêt des justiciables, commandent qu'au plan local, les missions d'ordre public qui leur sont confiées soient réparties entre plusieurs mandataires exerçant en toute indépendance* »¹⁷⁵.

3. Un risque de rente injustifiée du fait de tarifs réglementés plus élevés qu'ailleurs en l'absence de mandataires-liquidateurs concurrents

a) Des tarifs qui méritent d'être réglementés en raison de la nature des missions des mandataires-liquidateurs

207. Dans son avis n° 15-A-02 précité, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé que : « *de manière générale, la réglementation des prix est utilisée pour répondre à une situation de monopole, soit de monopole résultant des conditions économiques elles-mêmes, (...) soit de monopole légal instauré dans un but d'intérêt général* » (soulignement rajouté).
208. En ce qui concerne les professions juridiques réglementées, l'Autorité a souligné que : « *Pour différentes raisons (asymétrie d'information entre l'usager et le professionnel sur la qualité des prestations, distinction entre le prescripteur et le payeur pour certains actes, objectif redistributif du tarif de certains actes), le législateur a écarté le principe d'une fixation des tarifs des professionnels par le libre jeu de la concurrence* »¹⁷⁶.
209. Elle a ajouté au sujet de la profession de mandataire judiciaire que, pour cette profession, la réglementation des prix est particulièrement justifiée et a souligné que : « *La nature même des missions des mandataires de justice dans les procédures collectives rend difficile toute concurrence en prix entre les professionnels, puisque c'est le tribunal qui désigne le professionnel, et arrête la rémunération, et qu'en définitive les frais de procédure seront imputés sur l'actif du débiteur en difficultés, sauf en cas de situation impécunieuse, dans laquelle le FFDI gérée par le Caisse des dépôts et consignations assurerait le paiement d'une partie des frais pour le liquidateur. Dans les procédures collectives, le prescripteur du professionnel n'est pas celui qui va payer la rémunération de ce professionnel. Par ailleurs, dans des procédures par définition judiciaires, l'exigence d'un égal accès devant la justice doit*

¹⁷⁴ Voir le procès-verbal d'audition du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

¹⁷⁵ Voir la décision de la commission territoriale du 6 juillet 2017 (pièce n°3 de l'annexe n°1).

¹⁷⁶ Voir l'avis n° 15-A-02 précité.

être prise en compte, et justifie, davantage sans doute que pour d'autres professions juridiques réglementées, qu'un tarif uniforme soit prévu. »¹⁷⁷.

b) Des tarifs réglementés plus élevés qu'en métropole et en Polynésie...

210. Selon l'Autorité de la concurrence métropolitaine : « Sur un marché ouvert à la concurrence où les prix sont libres, une fois le travail de ses collaborateurs rémunéré, une entreprise efficace couvre ses autres coûts et dégage une marge correspondant à la rémunération attendue par ses actionnaires, compte tenu du risque spécifique à son activité et des possibilités alternatives de placements qui s'offrent à eux. De façon analogue, des prix réglementés doivent être fixés à un niveau permettant de dégager une telle marge raisonnable, en évitant aussi bien un niveau excessif qui créerait une rente injustifiée qu'un niveau insuffisant qui conduirait à la raréfaction de l'offre. De plus, le mode de régulation des tarifs doit également inciter les professionnels à accroître leur efficacité en permettant aux plus innovants d'obtenir une rémunération plus importante. ». Elle en déduit que « La fixation administrative d'un prix (...) doit veiller à ce que le niveau du tarif ne conduise pas à des situations qui ne seraient pas observées sur un marché fonctionnant normalement, c'est-à-dire un prix inférieur aux coûts ou une marge excessive »¹⁷⁸.
211. Elle précise que : « Les principes applicables à la régulation des professions réglementées vont cependant devoir intégrer plusieurs spécificités. Premièrement, dans le cas des professions réglementées, la rémunération raisonnable doit couvrir tant les capitaux investis par le professionnel concerné que le travail qu'il réalise au sein de son étude ou de son office. Il est donc nécessaire de connaître le niveau de rémunération raisonnable du travail du professionnel considéré, en plus de la rémunération raisonnable de son capital. Deuxièmement, à la différence des industries de réseaux, caractérisées par un seul opérateur réalisant un nombre restreint de prestations, chacune des professions considérées comprend des centaines voire des milliers d'opérateurs effectuant chacun des dizaines d'actes différents. Cette diversité de situations et d'acteurs a deux conséquences. D'une part, il apparaît difficile de définir une rémunération fondée sur les coûts de chaque acte, d'autant que pour des objectifs redistributifs, il peut être souhaitable de maintenir une péréquation entre actes. D'autre part, plutôt que d'être basés sur les coûts de chaque acte, les tarifs réglementés pourront être orientés vers une moyenne des coûts globaux des offices et études : il s'agira alors, à partir de la structure tarifaire actuelle, d'évaluer la baisse des prix qui aboutit à un niveau de marge raisonnable. »
212. En effet, la fixation administrative des tarifs ne doit pas être en inadéquation avec les coûts de revient des prestations et engendrer des marges trop élevées, injustifiées au regard de la nature de ces prestations. L'objectif d'un tarif réglementé consiste au contraire à limiter la rente associée au monopole de la fonction ou de l'exercice d'une profession et d'inciter l'entreprise à réduire ses coûts au bénéfice des consommateurs.
213. Lorsque sont déterminés les tarifs en question, l'Autorité métropolitaine considère nécessaire de prendre en compte « le coût des services rendus par les professionnels, ne serait-ce que pour apprécier le niveau de rémunération des professionnels au regard des prestations offertes, et s'assurer que de telles rémunérations, payées par le justiciable, sont en adéquation avec les objectifs d'ordre économique et d'intérêt général des missions. À cet égard, une plus grande

¹⁷⁷ Voir l'avis n° 15-A-02 précité.

¹⁷⁸ *Ibid.*

transparence permettra de s'assurer qu'une réglementation des tarifs est bien nécessaire pour répondre à ces considérations d'intérêt général, et surtout que ces tarifs sont adaptés, proportionnés à ces exigences. »¹⁷⁹.

214. En l'espèce, l'instruction démontre que les tarifs réglementés pratiqués en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française sont plus élevés qu'en métropole, sauf s'agissant des tarifs relatifs au relevé de créances salariales, comme le montre le tableau récapitulatif ci-après. Ce tableau met également en évidence le fait que les tarifs réglementés en Nouvelle-Calédonie s'avèrent plus élevés ou équivalents à ceux pratiqués en Polynésie française.
215. De plus, certains tarifs réglementés de la profession de mandataire-judiciaire en Nouvelle-Calédonie sont très critiqués, en particulier du fait du niveau élevé du droit fixe pour les petites entreprises dont l'actif s'avère souvent insuffisant au paiement de ce droit et du fait de la dérive possible résultant du droit proportionnel en cas de contestation de créances.
216. Au sujet de ce droit de contestation de créance, une ancienne collaboratrice de Maître [A.] a déclaré : *« Aujourd'hui les tarifs sont obsolètes c'est notamment le cas du droit sur les contentieux de créance qui peut faire l'objet de montants démesurés. En effet, il s'agit de 5 % sur une action qui en réalité n'existe pas comme par exemple pour les sociétés de défiscalisation qui déclarent systématiquement leurs créances sur contrat à échoir. Elles sont contestées car elles ne sont pas antérieures à l'ouverture de la procédure et donc forcément rejetées mais le mandataire liquidateur percevra ce droit. En métropole ça n'existe plus »¹⁸⁰.*
217. Il convient en effet de souligner qu'en métropole, ce droit proportionnel a été remplacé par un droit fixe de 92,63 euros (soit 11.053 F.CFP) en raison de son « caractère contreproductif » contribuant à constituer « une rente » pour les mandataires judiciaires selon les termes employés par l'Inspection générale des finances (IGF) dans son rapport sur les professions juridiques règlementés en 2013¹⁸¹. L'IGF soulignait d'ailleurs que la réforme entreprise en 2004 en métropole restait critiquable en raison « d'une capture du régulateur » par les professionnels du secteur pour « maintenir la rémunération globale de la profession (en euros constants) » à travers la suppression du droit proportionnel de contestation de créances – unanimement contesté – compensée par une augmentation d'autres honoraires par la Chancellerie. L'IGF regrettait ainsi « l'absence de prise en compte des gains de productivité (...) au détriment des consommateurs ». D'une manière générale, l'IGF concluait à ce que cette profession est « caractérisée par une rentabilité et un niveau moyen de rémunération relevant de la rente ». A la suite de l'avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 15-A-02 précité, une révision générale à la baisse des tarifs de la profession de mandataire judiciaire a donc été engagée à partir de 2016 selon les principes énoncés précédemment.

¹⁷⁹ Voir l'avis n° 15-A-02 précité.

¹⁸⁰ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [E.] du 27 juillet 2018 (annexe n° 29).

¹⁸¹ <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2012-M-057-03-Tome2-pr.pdf>;

<i>(en FCFP)</i>	Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine	Nouvelle-Calédonie / Polynésie française	Nouvelle-Calédonie / métropole
Droit fixe	500 000	400 000	298 128	+ 25%	+ 67 %
Vérification de créance	4 090 si créance comprise entre 6 818 et 27 272	4000 si créance < 30 000	3 316 si créance comprise entre 4 773 et 17 900	+ 2% si créance < 27 272	+ 23 % si créance < 17 900 -26 % si créance comprise entre 17 900 et 27 272
	6 818 si créance > 27 272	6000 F si créance > 30 000	5529 si créance > 17900	+ 13,6 % si créance > 27 272	+ 23 % si créance > 27 272
Relevé de créances salariales	Tarif dégressif par salarié	Tarif dégressif par salarié	Tarif fixe : 13 264 par salarié		
De 1 à 9	13 636	13 000		+ 5 %	+ 2,8 %
De 10 à 19	10 909	11 000		- 1 %	-18 %
De 20 à 49	8 181	8 000		+ 22 %	-38 %
De 50 à 89	8 181	7 000		+ 16,8 %	-38 %
De 90 à 99	6 818	7 000		- 2,6 %	-49 %
De 100 à 199	5 454	5 000		+ 9 %	-59 %
De 200 à 499	4 090	4000		+ 2,25 %	-69 %
Au-delà de 500	2 727	3 000		- 9,1 %	-80 %
Contestation de créances	Droit proportionnel de 5 % calculé sur la différence entre le montant déclaré et le montant définitivement admis	Droit proportionnel de 5 % calculé sur la différence entre le montant déclaré et le montant définitivement admis	Droit fixe : 11 933 par jugement	Même montant	Montant pouvant être très supérieur en NC lorsque le différentiel dépasse 238 660

	Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine	Nouvelle-Calédonie / Polynésie française	Nouvelle-Calédonie / métropole
Recouvrement d'actifs et réalisation d'actifs	<p>Droit proportionnel</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tranche de 0 à 5.000 : 7% • Tranche de 5.000.001 à 10.000.000 : 6 % • Tranche de 10.000.001 à 27.272.700 : 4 % • Tranche de 27.272.701 à 40.909.050 : 2 % • Tranche de 40.909.051 à 81.818.100 : 1 % • Tranche de 81.818.101 à 136.363.500 : 0,50 % • Tranche de 136.363.501 à 272.727.700 : 0,50 % • Tranche de 272.727.701 à 1.363.635.000 : 0,15 %. <p>Lorsqu'il y a répartition au profit des créanciers, ce droit est majoré de :</p> <ul style="list-style-type: none"> • 15 % si la répartition libère entre 10 % et moins de 30 % des créances admises • 20 % si la répartition libère entre 30 % et moins de 50 % des créances admises • 30 % si la répartition libère entre 50 % et moins de 70 % des créances admises • 50 % si la répartition libère entre 70 % et moins de 100 % des créances admises. 	<p>Droit proportionnel</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tranche de 0 à 2.700.000 : 7% • Tranche de 2.700.001 à 8.200.000 : 6 % • Tranche de 8.000.001 à 27.300.000 : 4 % • Tranche de 27.300.001 à 41.000.000 : 2 % • Tranche de 41.00.001 à 82.000.000 : 1 % • Tranche de 82.000.001 à 136.000.000 : 0,50 % • Tranche de 136.000.001 à 273.000.000 : 0,50 % • Tranche de 273.000.001 à 1.363.000.000 : 0,15 %. • Au-delà de 1.363.000.000 : 0,10 % <p>Lorsqu'il y a répartition au profit des créanciers, ce droit est majoré de :</p> <ul style="list-style-type: none"> • 15 % si la répartition libère entre 10 % et moins de 30 % des créances admises • 20 % si la répartition libère entre 30 % et moins de 50 % des créances admises • 30 % si la répartition libère entre 50 % et moins de 70 % des créances admises • 50 % si la répartition libère entre 70 % et moins de 100 % des créances admises. 	<p>Droit proportionnel</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tranche de 0 à 1.789.000 : 5 % (recouvrement) et 4,5 % (répartition) • Tranche de 1.789.001 à 5.966.500 : 4 % (recouvrement) et 3,5 % (répartition) • Tranche de 5.966.501 à 17.899.500 : 3 % (recouvrement) et 2,5 % (répartition) • Tranche de 17.899.501 à 35.799.000 : 1,5 % (recouvrement) et 1,5 % (répartition) • Au-delà de de 35.799.001 : 1 % (recouvrement) et 0,75 % (répartition) 	Rémunération quasi-identique malgré des plafonds légèrement supérieurs en NC	Rémunération supérieure en NC

	Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine	Nouvelle-Calédonie / Polynésie française	Nouvelle-Calédonie / métropole
Plafond maximal des droits perçus au-delà duquel la rémunération est arrêtée par le président du tribunal	12 272 715	2 000 000	9 000 000	+ 613 %	+ 36,4 %
Rémunération spécifique à l'exécution du plan	Taux de base : 12.300 Nb salariés Nb de Taux de base de 0 à 19 5 à 10 de 20 à 49 7 à 15 de 50 à 99 12 à 25 de 100 à 199 20 à 40 de 200 à 299 30 à 60 de 300 à 499 40 à 80 de 500 à 749 60 à 100 de 750 à 999 80 à 120	Taux de base : 12.000 Nb salariés Nb de taux de base de 0 à 19 5 à 10 de 20 à 49 7 à 15 de 50 à 99 12 à 25 de 100 à 199 20 à 40 de 200 à 299 30 à 60 de 300 à 499 40 à 80 de 500 à 749 60 à 100 de 750 à 999 80 à 120	Taux de base : 12.000 Nb salariés Nb de taux de base de 0 à 5 5 de 6 à 19 10 de 20 à 49 20 de 50 à 149 40 > 150 50	Rémunération légèrement supérieure en raison d'un taux de base de 12.300 F contre 12.000 F en PF	Rémunération plus de fois supérieure en NC

Source : ACNC, Délibération n° 244 modifiée (NC), Délibération n° 90-37 AT du 15 février 1990 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise modifiée (PF) et code de commerce métropolitain.

c) ... au bénéfice d'un seul mandataire-liquidateur en exercice

218. Compte tenu du niveau plus élevé des tarifs réglementés en vigueur en Nouvelle-Calédonie par rapport à la Polynésie française et plus encore par rapport à la métropole, l'Autorité estime légitime de s'interroger sur l'existence d'un risque de rente injustifiée au regard du coût de revient des prestations réalisées, qui serait renforcé par le monopole de l'unique mandataire-liquidateur en exercice, seul à en être bénéficiaire.
219. A cet égard, l'Autorité relève que la conjonction des tarifs règlementés à un niveau élevé et du doublement du nombre de procédures collectives ouvertes en Nouvelle-Calédonie ces dernières années a permis à l'étude de Maître [A.] de doubler son chiffre d'affaires sur la période 2011-2017 (+ 97 %) et de multiplier par quatre son bénéfice net malgré l'augmentation de ses effectifs pour mieux faire face à l'évolution de son volume d'activité¹⁸². En outre, il ressort de l'audition de Maître [A.]¹⁸³ que son niveau de rémunération mensuelle se situe dans la fourchette haute des rémunérations de mandataires judiciaires observées en métropole par l'IGF alors que cette dernière dénonçait déjà, pour les mandataires judiciaires en métropole, « un niveau moyen de rémunération relevant de la rente » liés à des tarifs trop élevés¹⁸⁴.
220. Pour autant, il existe plusieurs facteurs susceptibles d'expliquer la fixation de tarifs réglementés à un niveau plus élevé en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française qu'en métropole.
221. En premier lieu, l'absence de candidat à la fonction de mandataire-liquidateur en 1997 a conduit les autorités calédoniennes à réévaluer à la hausse le droit fixe versé à l'ouverture de la procédure pour attirer des candidats.
222. En deuxième lieu, en Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française, les mandataires-liquidateurs 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 si la trésorerie de l'entreprise faisant l'objet de la procédure est insuffisante. En conséquence, en Nouvelle-Calédonie comme en Polynésie française, la rémunération des mandataires-liquidateurs passe systématiquement après le paiement des créances salariales superprivilégiées.
223. En dernier lieu, la rémunération tirée des relevés de créances salariales est souvent moins élevée qu'en métropole, non seulement du fait du droit fixe plus élevé en métropole que le tarif dégressif applicable sur les deux territoires insulaires mais également du fait que les entreprises défaillantes sur ces territoires comptent généralement moins de salariés que les entreprises défaillantes métropolitaines. En dernier lieu, il n'est pas contestable que le coût de la vie est plus élevé qu'en métropole.
224. Il n'en demeure pas moins 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

¹⁸² L'étude de Maître [A.] est passée de 6 à 12 collaborateurs entre 2009 et 2018 : 2 juristes salariés, 2 secrétaires, 1 coursier, 1 agent d'accueil (à temps partiel), un agent de maîtrise, une assistante, un comptable, une personne chargée du traitement de l'actif et de la réparation des dossiers de liquidation simple et une femme de ménage (annexe 18).

¹⁸³ Voir le procès-verbal d'audition du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

¹⁸⁴ En métropole, les revenus nets mensuels moyens des mandataires judiciaires ont été évalués à 25 723 euros en 2010 (soit 3 millions de F.CFP) par l'IGF, étant précisé que les 25 % les mieux rémunérés déclarent une rémunération mensuelle supérieure à 34 037 € (soit 4 millions de F.CFP) : voir l'annexe 3, page 41 du rapport précité : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2012-M-057-03-Tome2-pr.pdf>.

des diligences mises en œuvre et qu'en l'absence de toute concurrence, l'unique mandataire-liquidateur en exercice n'est pas incité, par la réglementation des tarifs en vigueur, à gagner en productivité et à améliorer la qualité des services rendus aux entreprises en difficulté et à leurs créanciers.

B. Les préconisations de l'Autorité pour renforcer la concurrence dans l'intérêt des justiciables

225. L'Autorité considère que l'organisation de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie, qui a abouti à un monopole de fait depuis le départ, lequel se maintient alors que le nombre de procédures collectives ouvertes a doublé et qu'il est dans l'intérêt des entreprises débitrices et de leurs créanciers de trouver les voies et moyens de redresser au plus vite la situation de l'entreprise ou de clore, dans les meilleurs délais, les liquidations judiciaires, est en soi préjudiciable à l'économie calédonienne.
226. Bien que le présent avis n'émane pas d'une saisine du gouvernement ou du congrès, il lui paraît pertinent de formuler des recommandations, dans l'hypothèse où une réforme serait susceptible d'être engagée par les pouvoirs publics, afin d'instiller plus de concurrence au sein de cette profession de nature à faire bénéficier les usagers des gains attendus qui se répercuteront sur l'ensemble de l'économie. Ce renforcement de la concurrence doit naturellement prendre en considération la spécificité de cette profession liée à l'exercice d'une mission d'intérêt général qui doit être préservée ainsi que les spécificités économiques, géographiques et démographiques de la Nouvelle-Calédonie.

1. Promouvoir la nomination de nouveaux mandataires-liquidateurs en élargissant les conditions d'accès à profession

227. La persistance d'un monopole de fait du mandataire-liquidateur malgré l'absence de dispositions légales ou réglementaires limitant le nombre de professionnels (tel un *numerus clausus* ou un droit de présentation) traduit l'existence de fortes barrières à l'entrée de cette profession réglementée en Nouvelle-Calédonie.
228. L'émergence de plusieurs candidats locaux ayant envisagé d'accéder à la profession de mandataire-liquidateur en raison de leur expérience professionnelle dans le domaine juridique depuis 2004 laisse néanmoins penser que les barrières naturelles liées à la géographie ou à la démographie de la Nouvelle-Calédonie sont surmontables.
229. Il paraît dès lors nécessaire de favoriser en amont les vocations pour augmenter le nombre de candidats par la voie diplômante et par la voie professionnelle et permettre ainsi, sur une échelle de temps pertinente, l'inscription sur la liste de nouveaux mandataires-liquidateurs qui entreraient en concurrence avec Maître [A.].
230. Lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a souligné qu'il est nécessaire en Nouvelle-Calédonie de susciter de nouvelles vocations pour avoir d'autres mandataires liquidateurs. A cet égard, elle a indiqué : « *L'existence d'un autre mandataire permet une remise en cause des pratiques quotidiennes ainsi qu'une saine concurrence (...). Vous me demandez s'il serait possible d'envisager qu'un cabinet métropolitain dépêche un salarié ici pour la fonction de mandataire liquidateur, je vous réponds positivement. Mais je ne sais pas si c'est la meilleure solution. C'est une solution de pis-aller. Il faudrait trouver des personnes ici. Il faut susciter des vocations en allant dans les écoles et l'université. Tout candidat devrait*

faire un stage en juridiction. (...) Faire connaître en amont la profession, ça pourrait être une mission de la Commission »¹⁸⁵.

231. Selon Maître [F.], il faudrait « *au minimum deux (mandataires-liquidateurs). Je ne sais pas s'il y a de la place pour trois. Mais toutes les études ne doivent pas forcément avoir la même taille »¹⁸⁶.*
232. Lors de son audition, Maître [B.] a, pour sa part, indiqué : « *Le nombre adapté je pense que cela serait trois si ce sont des personnes qui ne font que ça. Mais si on opte pour un système où il peut y avoir des mandataires occasionnels quatre serait un nombre adapté. Tahiti semble en avoir quatre »¹⁸⁷.*
233. Selon, Monsieur [H.], expert-comptable nommé mandataire *ad hoc* en Nouvelle-Calédonie : « *Ce serait mieux qu'il y ait un second mandataire car finalement [Maître A.] touche 500 000 F CPF des deux côtés lorsqu'elle se retrouve en situation de conflit d'intérêts et qu'un mandataire ad hoc doit intervenir. S'il y avait deux mandataires-liquidateurs en titre, chacun toucherait ces 500 000 F CPF et ferait les procédures de son côté. Ces 500 000 F CPF sont souvent pris en charge par le gérant. »*
234. Enfin, la présidente de l'ordre des experts comptables de la Nouvelle-Calédonie comme les présidents de la chambre des huissiers de justice et de la compagnie régionale des commissaires aux comptes de la Nouvelle-Calédonie ont confirmé qu'il serait pertinent de leur point de vue de nommer au moins un autre mandataire-liquidateur sur la liste territoriale.
235. Ainsi, la présidente de l'ordre des experts comptables de la Nouvelle-Calédonie a indiqué : « *l'OECCA de Nouvelle-Calédonie considère qu'au moins un mandataire supplémentaire serait nécessaire en Nouvelle-Calédonie ».* Elle a ajouté que : « *Une ouverture de la profession aux experts-comptables a donc du sens, qu'il s'agisse de la possibilité pour un expert-comptable de changer de fonctions et d'exercer à plein temps celles de mandataire, ou qu'il s'agisse de missions ponctuelles »¹⁸⁸.*
236. Pour sa part, le président de la chambre des huissiers de justice de la Nouvelle-Calédonie a indiqué qu'il était favorable à la nomination d'autres mandataires-liquidateurs « *au regard des chiffres que vous m'indiquez et notamment de la comparaison avec la Polynésie française (en termes de nombre de sociétés et de mandataires-liquidateurs) et avec la métropole (en termes de délais de traitement des dossiers), [...] afin de pouvoir accélérer le traitement des procédures notamment au bénéfice de l'entreprise concernée et de ses créanciers. Deux solutions sont possibles, soit la nomination d'un deuxième mandataire liquidateur, cela pourrait passer par un assouplissement des conditions d'accès à la voie professionnelle et par l'organisation d'un examen local à condition que celui-ci soit bien encadré et bien calibré, à l'instar de l'examen d'accès à la profession d'huissier de justice ou de commissaire-priseur, soit la nomination d'autres officiers ministériels pour certaines procédures, comme vous l'évoquez. A ce stade, je n'ai pas suffisamment d'éléments pour vous indiquer quelle solution serait la meilleure, mais si cela devait être la seconde, il est nécessaire qu'elle se fasse sous certaines conditions »¹⁸⁹.*

¹⁸⁵ Voir le procès-verbal d'audition du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁸⁶ Voir le procès-verbal d'audition du 16 juillet 2018 (annexe n°23).

¹⁸⁷ Voir le procès-verbal d'audition du 29 juin 2018 (annexe n°13).

¹⁸⁸ Courriel de la présidente de l'OECCA du 1^{er} février 2019 (annexe 32).

¹⁸⁹ Courriel du président de la chambre régionale des huissiers de justice du 1^{er} février 2019 (annexe 32).

237. L'Autorité considère en effet que l'augmentation du nombre de mandataires-liquidateurs en exercice devrait contribuer à éliminer les risques de conflits d'intérêt, accélérer le traitement des procédures de liquidation judiciaire et améliorer le service rendu aux entreprises en permettant aux mandataires liquidateurs de consacrer plus de temps au traitement des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire. En outre, si la concurrence entre mandataires-liquidateurs ne jouera pas sur les prix qui sont réglementés, elle pourra s'exercer sur la qualité et la rapidité des prestations rendues.
238. A court terme, l'Autorité recommande donc d'ouvrir l'accès à la profession de mandataire-liquidateur par la dispense d'examen au profit de professionnels du droit (anciens avocats, commissaires-priseurs, huissiers de justice, cadres juridiques) ou du chiffres (anciens experts comptables, commissaires aux comptes, cadres financiers), dotés d'une expérience professionnelle significative, en instaurant des critères de sélection des candidats clairs, précis, objectifs, non-discriminatoires et en modernisant la procédure de sélection pour la rendre plus transparente (a).
239. A moyen terme, l'Autorité propose de réfléchir à la possibilité de créer un diplôme local spécifique d'accès à la profession de mandataire-liquidateur, à l'instar du dispositif mis en place en Polynésie française, qui pourrait comporter un examen d'aptitude à la profession, assorti d'un stage professionnel d'une durée à définir, pour permettre aux étudiants locaux d'entrer plus facilement dans la profession (b).
- a) A court terme, encourager l'accès à la profession par la voie professionnelle et renforcer la transparence de la procédure de recrutement et les garanties d'impartialité des membres de la commission territoriale*
240. Il ressort de l'instruction que le critère retenu pour apprécier la candidature des professionnels à l'exercice de la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie – « *expérience et compétence jugées suffisantes en matière de gestion d'entreprise* » – est susceptible de constituer une barrière à l'entrée injustifiée.
241. Il ressort de l'instruction qu'en Nouvelle-Calédonie, il est nécessaire de disposer d'une formation juridique approfondie et de connaissances en matière de comptabilité pour pouvoir exercer de manière efficace la profession de mandataire liquidateur.
242. Dans sa note de 2009 précitée, Maître [A.] indique en effet : « *On ne s'improvise pas mandataire judiciaire. Il est absolument indispensable que toute personne prétendant être inscrite sur la liste ait suivi une formation pratique de trois ans au minimum au sein d'une étude de mandataire judiciaire, y compris pour une personne de formation juridique supérieure, un professionnel du droit comme un avocat, un huissier ou un notaire* »¹⁹⁰. Elle a précisé, lors de son audition, que : « *La comptabilité est une compétence nécessaire* »¹⁹¹.
243. Selon sa collaboratrice, « *Le cœur du métier c'est l'aspect juridique ce qui est différent pour l'administrateur judiciaire* »¹⁹². Cette vision est aussi partagée par Maître [G], administrateur judiciaire, pour qui « *l'administrateur judiciaire est plus financier que le mandataire-liquidateur* »¹⁹³.

¹⁹⁰ Voir annexe n° 18 G.

¹⁹¹ Voir le procès-verbal de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

¹⁹² Voir le procès-verbal d'audition de Mme [D.], du 16 juillet 2018 (annexe n° 25).

¹⁹³ Voir le procès-verbal de CBF associés du 17 juillet 2018 (annexe n° 26).

244. Lors son audition, Maître [F.] a indiqué : « *le texte ne prend pas en compte la réalité de la profession. Le critère lié à l'exigence de gestion des entreprises concerne d'avantage la profession d'administrateur judiciaire (...) Il y a plusieurs intervenants possibles sur un dossier : une personne qui a des compétences en comptabilité ; une autre qui a une compétence juridique notamment pour les ventes d'actifs, la vérification du passif, le licenciement et les sanctions. C'est 90 % de l'activité du mandataire. Il faut aussi savoir lire un bilan mais on ne demande pas au mandataire liquidateur de gérer l'entreprise car l'entrepreneur n'est pas dessaisi* »¹⁹⁴.
245. Selon la présidente de la commission territoriale, « (...) *cette référence à la « gestion d'entreprise » est appréciable [car] le mandataire-liquidateur se doit d'accompagner l'entreprise, de l'aider. Il doit évaluer si l'entreprise est viable ou pas. Il ne doit pas faire que de la réalisation d'actifs. Un critère important est celui de vérifier si le candidat a une expérience de gestion d'entreprise, de conseil en entreprise, en stratégie ; qu'il s'intéresse au tissu économique de la Nouvelle-Calédonie ; qu'il a aussi des connaissances en matière sociale et fiscale, en ressources humaines et en droit du travail. Il va obligatoirement être évalué sur ses aptitudes à avoir été par le passé investi dans la vie des entreprises* »¹⁹⁵. Elle considère néanmoins que « *Le texte est trop général. Il faut travailler là-dessus* »¹⁹⁶.
246. Selon Maître [B.], avocat et candidat non retenu par la commission territoriale pour devenir mandataire-liquidateur : « *Il n'y a pas de contrôle réel de l'expérience prouvée en est que la candidature de Me [A.] a été retenue avec trois ou quatre ans de salariat sans avoir jamais géré une entreprise* ». Il considère par ailleurs que : « *Le fait d'avoir une expérience suffisante en matière de gestion d'entreprise ne correspond pas aux fonctions de mandataire-liquidateur qui requièrent davantage de compétences juridiques. C'est un critère totalement imprécis qui m'a laissé assez amer dans la façon dont mon dossier a été abordé car à aucun moment la commission ne s'est intéressée réellement à connaître mon degré réel de connaissance* »¹⁹⁷.
247. De la même manière, tant le bâtonnier de Nouméa que le président de la chambre régionale des commissaires aux comptes de la Nouvelle-Calédonie ont mis en avant la nécessité « *d'objectiver et d'élargir* » les critères de compétences et d'expérience retenus par la commission territoriale.
248. L'Autorité observe que la même problématique s'est présentée en métropole et que l'Autorité de la concurrence métropolitaine, après avoir constaté « *le nombre très insuffisant de professionnels* », a recommandé « *d'attirer dans la profession des professionnels du droit et du chiffre compétents et expérimentés (anciens experts-comptables, commissaires aux comptes, cadres juridiques, administratifs et financiers...)* ». Cette recommandation a été suivie d'effet puisque la « loi Macron » du 6 août 2015 a instauré la voie « *master* » et permis au gouvernement d'élargir par décret les conditions d'accès à la profession de mandataire-judiciaire par le biais d'une dispense totale ou partielle d'examens et de stage professionnel en fonction des compétences et de l'expérience des candidats selon leur origine professionnelle.
249. L'Autorité considère elle aussi que pour inciter de nouveaux candidats à se présenter devant la commission territoriale, il conviendrait d'assouplir l'accès à la profession par la dispense d'examens au bénéfice des professionnels du droit et du chiffre (avocats, huissiers de justice, commissaires-priseurs, greffiers du tribunal mixte de commerce, conseils juridiques, experts-

¹⁹⁴ Voir le procès-verbal d'audition du 16 juillet 2018 (annexe n° 23).

¹⁹⁵ Voir le procès-verbal d'audition Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁹⁶ Voir le procès-verbal d'audition Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁹⁷ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

comptables, commissaires aux comptes) dotés d'un master et d'une expérience professionnelle significative. Pour ce faire, le critère actuel pourrait être supprimé et remplacé par des critères de sélection plus précis et adaptés en fonction de la nature de l'expérience professionnelle acquise et du nombre d'années d'expérience acquise selon la catégorie des professionnels concernés, sur le modèle retenu en métropole ou en Polynésie française. De plus, des actions de communication ciblées pourraient être mises en place et encouragées par les représentants des ordres professionnels concernés.

Recommandation n° 1 : à court terme, afin de pouvoir nommer rapidement au moins un autre mandataire-liquidateur, privilégier la voie professionnelle :

– en simplifiant l'accès à la profession par la dispense d'examen des professionnels du droit ou du chiffre (avocats, huissiers de justice, commissaires-priseurs, greffiers du tribunal mixte de commerce, conseils juridiques, experts-comptables, commissaires aux comptes). Le critère actuel tenant à « la gestion d'entreprise » pourrait être utilement remplacé par des critères de sélection plus précis et adaptés à la nature de l'expérience professionnelle acquise et au nombre d'année d'expérience selon la catégorie des professionnels concernés ;

– en incitant les représentants des ordres professionnels concernés (barreau de Nouméa, OECCA, CRCCNC, chambre régionale des huissiers de justice...) à développer de manière régulière des actions de communication sur les conditions d'accès à la profession et à mettre en place des dispositifs de formation professionnelle adaptés à cette reconversion.

250. Pour accompagner cette réforme, l'Autorité recommande également d'améliorer la transparence de la procédure de recrutement par la voie professionnelle et de renforcer les garanties d'impartialité des membres de la commission territoriale.

251. En effet, le faible nombre de candidats à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie peut s'expliquer par la circonstance que cette profession et ses modalités d'accès demeurent peu connues des étudiants et des professionnels. Il pourrait dès lors s'agir d'un point de vue économique d'une barrière à l'entrée liée à une asymétrie d'information. Ainsi, une plus grande publicité sur les possibilités d'accéder à la profession de mandataire-liquidateur pourrait permettre d'attirer des candidats plus nombreux. De la même manière, il pourrait être pertinent de rendre publiques les décisions de la commission territoriale afin que les candidats en connaissent les motivations et puissent se préparer au mieux pour présenter leur candidature.

Recommandation n° 2 : Pour améliorer la transparence de la procédure de recrutement par la voie professionnelle, l'Autorité propose :

– 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) ;

– de rendre publiques les décisions de la commission territoriale et de préciser dans le courrier de notification de la décision les modalités de recours possibles et les délais associés.

252. L'Autorité constate enfin qu'au terme de l'instruction, la composition et le fonctionnement de la commission territoriale pourrait être améliorée afin de renforcer les garanties d'impartialité des membres.

253. En effet, lors de son audition, la présidente de la commission territoriale a précisé : « *Il n'y a aucun texte spécifique pour désigner le président de cette commission. J'ai été désignée par*

ordonnance par le premier président de la CA de Nouméa (...) Sur le plan de la représentation professionnelle c'est satisfaisant. Ils proviennent de différents secteurs d'activité. Dans la pratique, il n'y a pas besoin de la modifier mais pour autant on peut y réfléchir (...) Je m'interroge sur la compatibilité de la mission du président de la Commission avec la mission du magistrat pour ce qui me concerne, destinataire de tout le contentieux des procédures collectives en appel. Il pourrait y avoir une présidence de la Commission tournante. Il faudrait peut-être que le président de la Commission ne soit pas un magistrat »¹⁹⁸. L'Autorité souligne que la même problématique se pose du fait de la nomination du président du tribunal mixte de commerce au sein de la commission territoriale alors qu'il est également destinataire de tous les contentieux des procédures collectives.

254. Par ailleurs, lors de son audition, Maître [F.], ancienne candidate à la profession de mandataire-liquidateur¹⁹⁹, a indiqué : « *Il y a peut-être une difficulté au niveau des membres de la Commission car il y a un membre issu des banques de Nouvelle-Calédonie alors que dans la profession de mandataire-liquidateur il y a l'aspect contestation de la créance dont possiblement celles des banques. Pour le membre issu des assurances mon exemple montre que cela peut être compliqué »²⁰⁰. Ce point de vue est partagé par Maître [B.], également ancien candidat²⁰¹, qui a expliqué : « *La Commission est composée étonnement avec la présence du comité des assurances et inversement par l'absence des chambres consulaires et de représentants de la Nouvelle-Calédonie »²⁰². A l'inverse, le Président de la compagnie régionale des commissaires aux comptes comme le bâtonnier de Nouméa et la Présidente de l'ordre des experts-comptables de la Nouvelle-Calédonie ont plutôt salué la présence de représentants des créanciers (banques et assurances) au sein de la commission.**
255. L'Autorité observe pour sa part que « *deux personnalités qualifiées en matière juridique, économique ou sociale* » sont également nommées dans les commissions compétentes de métropole et de Polynésie française de sorte que la nomination du président de l'association française des banques de Nouvelle-Calédonie et le président du comité des assurances de Nouvelle-Calédonie pourraient entrer dans cette catégorie. Néanmoins, le critère retenu en métropole et en Polynésie française a le mérite d'élargir le vivier des candidats possibles.
256. L'Autorité estime au demeurant plus urgent de réformer la composition de la commission territoriale pour limiter les risques de conflits d'intérêts des magistrats, comme souligné par la présidente de la commission. Pour ce faire, elle recommande donc de remplacer la nomination du « *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* » et de 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* ».
257. L'Autorité propose également d'élargir le nombre de membres de la commission pour inclure deux professeurs ou maîtres de conférences de droit, de sciences économiques ou de gestion comme en métropole et en Polynésie française de manière à diversifier les profils des examinateurs des candidats à la fonction de mandataire-liquidateur.

¹⁹⁸ Voir le procès-verbal d'audition de Mme [C.] du 13 juillet 2018 (annexe n° 22).

¹⁹⁹ Maître [F.] a finalement retiré sa candidature car l'un des assureurs n'a pas voulu lui donner son accord.

²⁰⁰ Voir le procès-verbal d'audition de Maître [F.] du 16 juillet 2018 (annexe n° 23).

²⁰¹ La candidature de Maître [B.] à la profession de mandataire-liquidateur en Nouvelle-Calédonie a été rejetée par la commission territoriale en 2017 (voir *infra*).

²⁰² Voir le procès-verbal d'audition de Maître [B.] du 29 juin 2018 (annexe n° 13).

258. Elle estime enfin nécessaire de clarifier les règles de fonctionnement de la commission.

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.

b) A moyen terme, évaluer l'opportunité de créer un diplôme local d'aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d'un stage professionnel réalisé à l'extérieur du territoire

259. A moyen terme, l'Autorité invite les pouvoirs publics à réfléchir à la pertinence de créer un diplôme local d'aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d'un stage professionnel à réaliser en métropole ou en Polynésie française pour favoriser l'émergence de jeunes professionnels calédoniens, tout en garantissant leur indépendance par rapport aux mandataires-liquidateurs en exercice en Nouvelle-Calédonie.

260. En effet, les étudiants engagés dans des études juridiques, comptables et financières en Nouvelle-Calédonie pourraient être intéressés par la profession de mandataire-liquidateur s'ils sont assurés de pouvoir l'exercer sur le territoire à l'issue de leurs études et de leur stage professionnel. L'Autorité souligne d'ailleurs qu'il existe déjà un diplôme local pour exercer la profession d'huissier de justice et de commissaire-priseur.

261. Si certaines personnes interrogées au cours de l'instruction craignent une « dévalorisation » de la profession du fait de la création d'un diplôme local, d'autres au contraire considèrent que le droit des procédures collectives en Nouvelle-Calédonie présente des particularités telles, par rapport au droit métropolitain avec lequel il est de plus en plus en décalage, qu'un diplôme local serait plus pertinent que le diplôme national, d'autant qu'aucun mandataire-liquidateur en exercice depuis les années 2000 n'a jamais passé ce diplôme.

262. A ce sujet, Maître [A.] a déclaré que : « *Compte tenu de la nature des dossiers j'estime qu'il faudrait au moins avoir effectué un stage dans un cabinet de mandataire de 3 ans. Ici, compte tenu de la nature des dossiers à traiter, je pense que l'examen national n'est peut-être pas*

nécessaire »²⁰³. Elle a précisé par courrier du 30 juillet 2018 soutenir de longue date l'émergence de jeunes mandataires judiciaires d'origine calédonienne en accueillant dans son Etude des étudiants envisageant cette vocation, ce qui démontre l'intérêt de la jeunesse locale pour le métier, même si jusqu'à présent aucun étudiant d'origine calédonienne ne s'est présenté à l'examen national²⁰⁴.

263. Maître [F.], ancienne candidate, a indiqué à propos de l'exigence du diplôme national : « *Il y a une partie importante qui concerne la comptabilité et l'analyse financière laquelle est assez pointue. Je ne suis pas certaine que ce soit adapté au territoire.* »²⁰⁵.
264. Dans la mesure où la création d'un diplôme local peut nécessiter un certain temps et qu'en tout état de cause les candidats admis à l'examen devront ensuite effectuer un stage professionnel, cette recommandation ne pourrait être effectivement mise en œuvre que dans quelques années. Elle supposerait également de s'engager dans un processus de conventionnement avec le CNAJMJ ou avec la Polynésie française pour organiser la possibilité pour les candidats de réaliser leur stage en dehors du territoire pour éviter les risques de conflits d'intérêts inhérents à la géographie et à l'économie du territoire calédonien. Elle supposerait enfin d'impliquer, en amont, l'Université de la Nouvelle-Calédonie (filière droit et économie) afin de former les étudiants à cet examen et les informer régulièrement des conditions d'accès à cette profession.
265. Pour autant, l'Autorité considère qu'il ne faut pas sous-estimer le fait que la création d'un diplôme local représenterait un coût supplémentaire pour la collectivité alors que le nombre de postes susceptibles d'être effectivement pourvus serait limité, et ce d'autant plus que de nouveaux mandataires-liquidateurs pourraient avoir été nommés par la voie professionnelle. C'est la raison pour laquelle, à ce stade, elle invite simplement les pouvoirs publics à engager une réflexion à ce sujet pour mesurer le bilan coût/avantage de cette proposition.

Recommandation n° 4 : pour encourager les étudiants calédoniens à devenir mandataire-liquidateur à moyen terme, évaluer l'opportunité de créer un diplôme local d'aptitude à la profession de mandataire-liquidateur assorti d'un stage professionnel réalisé en dehors du territoire, en prévoyant d'instaurer un partenariat avec le CNAJMJ et/ou avec les mandataires-liquidateurs installés en Polynésie française, et impliquer, en amont, l'Université de la Nouvelle-Calédonie (filière droit et économie), afin de préparer les étudiants à cet examen et les informer régulièrement des conditions d'accès à cette profession.

2. Supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur et mettre en œuvre la procédure de liquidation judiciaire simplifiée

266. Outre la nécessité d'augmenter le nombre de mandataires-liquidateurs inscrits sur la liste territoriale, l'Autorité recommande également d'introduire une base légale ou réglementaire offrant la possibilité pour le tribunal mixte de commerce, de nommer des mandataires « hors liste » parmi les « *personnes physiques justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière* », pour leur confier le traitement des dossiers de liquidation les plus simples et permettre, en conséquence, aux mandataires-liquidateurs inscrits sur la liste territoriale de se concentrer sur les dossiers à forts enjeux, en s'inspirant du dispositif prévu à l'article L. 812-2 du code de commerce métropolitain tout en l'adaptant aux spécificités du territoire.

²⁰³ Voir le procès-verbal de Maître [A.] du 3 juillet 2018 (annexe n° 18).

²⁰⁴ Voir le courrier de Maître [A.] du 30 juillet 2018 (annexe n° 18 F).

²⁰⁵ Voir le procès-verbal de Maître [F.] du 16 juillet 2018 (annexe n° 23).

267. Les dossiers susceptibles d'être confiés à des mandataires « hors liste » pourraient être les procédures de liquidation concernant des entreprises ne comptant aucun salarié et réalisant un chiffre d'affaires inférieur à un seuil fixé réglementairement. Ce pourrait être le seuil retenu en matière de liquidation simplifiée, soit 90 millions de F.CFP par an.
268. L'Autorité observe que le tribunal pourrait faire appel à des professionnels « hors liste » qui répondent aux exigences attendues dans ce type de procédures, puisque les huissiers, les commissaires-priseurs judiciaires ou encore les experts-comptables disposent d'une part d'ores-et-déjà de compétences de nature à leur permettre d'assurer de telles missions, moyennant le cas échéant une formation et l'acquisition de qualifications complémentaires, et d'autre part, offrent des garanties en termes de représentation des fonds.
269. Cette réforme permettrait également de remplacer la pratique actuelle consistant à nommer de manière prétorienne des mandataires *ad hoc*, pour qu'ils exécutent en tout ou partie les missions du mandataire-liquidateur, entraînant ainsi de moindres coûts procéduraux, puisque le mandataire « hors liste » qui serait nommé exercerait les mandats qui lui seraient confiés en lieu et place du mandataire-liquidateur en exercice, se conformant, dans l'accomplissement de ses diligences professionnelles, aux mêmes obligations que celles qui s'imposent aux mandataires inscrits sur la liste. Dans l'hypothèse où le conflit d'intérêts serait découvert après la nomination d'un mandataire titulaire, le dispositif calédonien pourrait prévoir son remplacement automatique par un mandataire « hors-liste » pour la suite de la procédure ainsi que le reversement de tout ou partie du droit fixe par le mandataire titulaire au profit du mandataire « hors liste ».
270. Interrogé sur le point de savoir si des huissiers de justice seraient intéressés par l'exercice de certaines missions de mandataire-liquidateur, en particulier s'agissant des procédures de liquidation judiciaire simplifiée, le président de la chambre des huissiers de justice de la Nouvelle-Calédonie a ainsi indiqué : « *« oui, il est possible que des huissiers de Nouvelle-Calédonie soient intéressés par l'exercice de certaines missions de mandataire-judiciaire, à condition toutefois :*
- *que ce système soit équilibré et n'aboutisse pas à une attribution aux huissiers des seuls dossiers impécunieux tandis que le(s) mandataire(s)-judiciaire(s) en place conserverai(en)t tous les dossiers les plus rentables ;*
 - *que les huissiers concernés puissent bénéficier d'une formation spécifique comme l'a proposé l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans son avis de 2015.*
 - *que le régime d'incompatibilité applicable en métropole soit assoupli pour la Nouvelle-Calédonie étant donné l'étroitesse du marché »*²⁰⁶.
271. De la même manière, la présidente de l'ordre des experts comptables de la Nouvelle-Calédonie a confirmé : « *Les experts-comptables pourraient être intéressés par une ouverture consistant à confier des procédures de liquidation simplifiée à des mandataires hors liste, y compris des jeunes professionnels qui pourraient y voir une expérience intéressante et l'occasion d'acquérir de nouvelles compétences ; toutefois, il faut veiller à ce que la rémunération soit attractive. Il ne s'agit pas de confier les seuls dossiers impécunieux aux mandataires hors liste, car il est évident que personne ne souhaiterait alors exercer cette activité. L'idée qui prédomine est en effet que ces « petites procédures » ne seraient pas suffisamment rentables au regard de l'investissement demandé. A minima, il faut s'assurer de toucher le droit fixe de 500.000 FCFP*

²⁰⁶ Courriel du président de la chambre régionale des huissiers de justice du 1^{er} février 2019 (annexe 32).

(tarif datant de 1997), y compris lorsque les actifs de l'entreprise sont insuffisants pour le couvrir, en ayant accès au fonds de financement des dossiers impécunieux. Il nous paraît inenvisageable de baisser le droit fixe si l'on souhaite attirer des mandataires hors liste, notamment experts-comptables, vers la prise en charge de procédures de liquidation simplifiée. »²⁰⁷.

272. L'Autorité en conclut qu'il conviendrait dans cette hypothèse de s'assurer qu'ils puissent être rémunérés selon les mêmes modalités que les mandataires-liquidateurs inscrits sur la liste territoriale, en veillant en particulier à ce qu'ils puissent être éligibles au Fonds d'indemnisation des dossiers impécunieux, les dossiers les plus simples étant le plus souvent des dossiers impécunieux. A défaut, ces professionnels n'auraient aucune incitation économique à se présenter comme candidat à la fonction de mandataire « hors liste » auprès du tribunal mixte de commerce.
273. Il conviendrait également, compte tenu des spécificités de la Nouvelle-Calédonie, d'adapter les conditions d'incompatibilité prévues en métropole afin de ne pas réduire de manière drastique le vivier de candidats tout en veillant à limiter les risques de conflit d'intérêts.

Recommandation n° 5 : supprimer le monopole légal de la fonction de mandataire-liquidateur en prévoyant expressément la possibilité pour tribunal mixte de commerce de nommer des mandataires « hors liste » parmi les « *personnes physiques justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière* », selon des critères d'incompatibilité adaptés au territoire, en s'assurant qu'ils puissent être éligibles au fonds d'indemnisation des dossiers impécunieux le cas échéant.

274. Dans le même sens, l'Autorité observe que la mise en place de la procédure de liquidation simplifiée en métropole a conduit à une réduction majeure du délai moyen de traitement des procédures de liquidation judiciaire et ne peut que regretter qu'elle ne soit pas mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie, alors qu'elle est obligatoire.
275. Elle encourage donc l'ensemble des acteurs de la procédure à trouver les voies et moyens permettant de mettre en œuvre la liquidation judiciaire simplifiée pour accélérer la procédure au bénéfice des entreprises débitrices et de leurs créanciers.
276. Elle observe d'ailleurs que l'essentiel des dossiers susceptibles d'être confiés à des mandataires « hors liste » relèveraient de cette procédure.

Recommandation n° 6 : se doter des moyens de mettre en œuvre, dans les meilleurs délais, la procédure de liquidation judiciaire simplifiée dans les dossiers pour lesquels elle est rendue obligatoire en application de l'article L. 641-2 du code de commerce.

277. En tout état de cause, l'Autorité précise que l'ouverture de la possibilité de nommer des mandataires « hors liste » devrait s'ajouter à l'élargissement du nombre de mandataire-liquidateur inscrits sur la liste territoriale et ne saurait suppléer efficacement à l'absence de concurrents de Maître [A.] car, comme le souligne M. [H.], expert-comptable et mandataire ad hoc, ce dispositif n'est pas facile à mettre en œuvre en raison de la difficulté de trouver des candidats présentant des garanties financières suffisantes et des conditions d'incompatibilité prévues pour éviter les risques de conflit d'intérêts : « *« Le mandataire ad hoc a les mêmes responsabilités que le mandataire-liquidateur (...). Ma responsabilité peut être engagée d'où*

²⁰⁷ Courriel de la présidente de l'OECCA du 1^{er} février 2019 (annexe 32).

la nécessité d'être assurée. Cela explique qu'aujourd'hui peu de personnes assurent cette mission car peu de personnes disposent de cette assurance en responsabilité (...) En pratique la désignation de professionnels par le tribunal [en métropole] est toutefois rarement utilisée, faute pour les professionnels « hors liste » de pouvoir présenter des garanties suffisantes à celles des mandataires, et en raison des risques des conflits d'intérêts »²⁰⁸.

3. Moderniser la réglementation tarifaire pour évoluer vers des modalités de rémunération orientées vers un meilleur rapport coût-efficacité

278. Compte tenu du fait que la réglementation actuelle ne prévoit pas expressément le versement du droit fixe dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire d'une part et qu'il n'est pas exclu que le niveau élevé des tarifs règlementés en Nouvelle-Calédonie, non révisés depuis 1997, combiné à l'existence d'un monopole de fait du mandataire-liquidateur, puisse conduire à la constitution d'une situation de rente injustifiée, d'autre part, l'Autorité recommande d'engager une réflexion pour réviser les tarifs règlementés des prestations de mandataire-liquidateur.
279. Cette réflexion devrait en premier lieu conduire à une réforme permettant expressément le versement d'un droit fixe au mandataire-liquidateur qu'il soit désigné dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, afin d'éviter toute incitation à privilégier la procédure de liquidation judiciaire et lever les doutes quant à la légalité de la pratique en vigueur.
280. Dans le cadre de cette réflexion, l'Autorité recommande aux pouvoirs publics de se rapprocher 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.
281. Cette réflexion sur la tarification pourrait en dernier lieu viser un meilleur équilibre entre couverture des coûts et rémunération raisonnable des mandataires-liquidateurs. Dans ce cadre, il est préconisé une méthode consistant à orienter le revenu global des professionnels vers leurs coûts globaux majorés plutôt qu'une tarification à l'acte étant donné le nécessaire équilibre à trouver entre les dossiers rentables et les dossiers impécunieux.
282. En particulier, 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) comme en métropole et d'une éventuelle modulation du droit fixe de procédure en fonction de la taille et de l'effectif de l'entreprise concernée, au regard des contraintes particulières de la Nouvelle-Calédonie.
283. En effet, comme l'ont souligné l'Autorité de la concurrence métropolitaine et l'IGF, 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 réalisée²⁰⁹. De plus, comme le souligne l'Autorité métropolitaine de la concurrence, le droit fixe est « selon le CNAJMJ, destiné à rémunérer des missions qui ne sont pas prises en compte dans le barème tarifaire par une tarification spéciale

²⁰⁸ Voir le procès-verbal d'audition de M. [H.], mandataire *ad hoc*, en date du 19 juillet 2018 (annexe n° 27).

²⁰⁹ Voir le rapport de l'IGF précité, pages 74 et 101, annexe 3 et l'avis n° 2015-A-02 précité, paragraphe 983.

(réception du débiteur, rapport de fin de période d'observation, présence aux audiences ...). Si on admet que c'est en effet sa finalité, il paraît alors pertinent de le moduler en considération de la taille de l'entreprise, et en particulier de le réduire pour les entreprises de petite taille, pour lesquelles ce droit peut absorber une part importante de l'actif, et de l'augmenter dans des procédures plus complexes »²¹⁰.

284. En tout état de cause, l'Autorité considère qu'une telle révision tarifaire mieux orientée vers les coûts ne signifierait pas nécessairement une baisse des revenus des mandataires-judiciaires, ces derniers ayant alors intérêt à apporter davantage leurs concours aux procédures non juridictionnelles (activité de conciliation ou consultations mentionnées à l'article 3 de la Délibération n° 244) où le tarif est libre et la prestation intellectuelle, indexée sur l'expertise spécifique et reconnue des professionnels, ce qui peut être fort rémunérateur et favoriser également la concurrence entre les mandataires-judiciaires.
285. Enfin, l'Autorité recommande d'introduire une clause de révision périodique des tarifs réglementés (par exemple tous les 5 ans) afin de tenir compte de l'évolution du marché (selon qu'un ou plusieurs mandataires se seraient installés) et de l'évolution macroéconomique (évolution du nombre de procédures collectives, inflation, coût de la vie...).

Recommandation n° 7 : 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.

²¹⁰ Voir l'avis n° 2015-A-02 précité, paragraphes 980-981.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Laubé, rapporteur, et de Mme Anne-Laure Vendrolini-Bonnabel, rapporteure générale adjointe, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Robin Simpson et Matthieu Buchberger, membres.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre