



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020
relative à des pratiques de la société Koniambo Nickel SAS
en matière de délais de paiement

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (Le vice-Président statuant seul),

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 (ci-après « le code de commerce ») ;

Vu le livre IV du code de commerce et notamment son titre IV « *De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence* » et ses articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 et Lp. 444-1 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après : « l'Autorité ») ;

Vu le procès-verbal d'infraction établi par le service d'instruction de l'Autorité le 23 juin 2020 ;

Vu le courrier du 26 juin 2020 notifiant à la société Koniambo Nickel le procès-verbal d'infraction du 23 juin 2020 ;

Vu les observations formulées par la société Koniambo Nickel SAS Nouvelle-Calédonie par courrier en date du 27 juillet 2020 et lors de l'audition du 3 août 2020 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le service juridique de l'Autorité et les représentants de la société Koniambo Nickel entendus lors de la séance du 14 septembre 2020 ;

Adopte la décision suivante,

Résumé

Le 1^{er} janvier 2018, la société Koniambo Nickel SAS a adopté et mis en œuvre des conditions générales d'achat prévoyant au paragraphe « *Délais de paiement* » de la clause 6 intitulée « *Conditions financière* », des conditions de paiement « *à 30 jours fin de mois à compter de la date de réception de la facture conforme* ».

Dans le cadre d'une enquête d'office, le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a dressé un procès-verbal d'infraction le 23 juin 2020 constatant que cette pratique contrevenait aux dispositions des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce qui prévoient notamment que le délai maximal de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation sous peine d'une sanction administrative dont le montant ne peut excéder 5 millions de francs CFP pour une personne morale.

Dans ses observations recueillies conformément à la procédure prévue à l'article Lp. 444-1 du code de commerce, la société Koniambo Nickel SAS estime principalement que la réglementation calédonienne en vigueur méconnaît la réalité des grandes entreprises en raison des contraintes de vérification comptable auxquelles elles sont astreintes qui les empêchent de régler leurs fournisseurs en 30 jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation. Elle ajoute que la réglementation calédonienne porte une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle consacrée par la Constitution.

L'Autorité considère que le contenu de la réglementation qu'elle doit nécessairement appliquer relève du choix politique du Congrès de la Nouvelle-Calédonie et qu'il ne lui appartient pas d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce. En outre, l'Autorité rappelle qu'en vertu de ces mêmes articles : « *Le gouvernement peut également approuver par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné* ». L'Autorité en déduit qu'il existe déjà la possibilité pour une filière professionnelle de s'organiser pour définir par accord interprofessionnel des délais de paiement dérogoratoires le cas échéant.

L'Autorité rappelle que le non-respect des règles relatives aux délais de paiement constitue une pratique grave car elle a un impact direct sur la situation financière des fournisseurs. Des délais de paiement non-conformes aux règles en vigueur ou anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie et le besoin de fonds de roulement des entreprises, souvent couvert par un recours à l'endettement. Ils sont de potentiels signes de fragilité (relations fortement déséquilibrées avec le donneur d'ordres, dépendance à un petit nombre de clients...) et peuvent aussi être à l'origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.

Pour évaluer le montant de la sanction, l'Autorité a tenu compte de la gravité de la pratique, du dommage à l'économie et de la situation individuelle de l'entreprise. En conséquence, l'Autorité a infligé à la société Koniambo Nickel une sanction pécuniaire de 4 millions de francs CFP pour non-respect des règles relatives aux délais de paiement depuis le 1^{er} janvier 2018 et lui a enjoint de publier un communiqué à ses frais dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, dans les trente jours suivant la notification de la décision, conformément au IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce.

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

Table des matières

Résumé	2
I. La procédure de constatation et le contradictoire	4
A. Le procès-verbal d'infraction	4
B. La procédure contradictoire	5
II. Discussion	6
A. Sur les infractions reprochées	6
1. Sur le comportement de la société Koniambo Nickel	6
2. Sur le cadre légal des délais de paiement et le contrôle de l'Autorité	8
3. Sur La position de la société Koniambo Nickel en séance	10
B. Sur l'appréciation des effets induits et sur les sanctions	11
1. Sur la gravité de la pratique	11
2. Sur le dommage à l'économie	13
4. Sur la situation individuelle de la société.....	14
DECISION	16

I. La procédure de constatation et le contradictoire

1. En application des articles et Lp. 450-1 et Lp.450-2 du code de commerce, les agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie sont fondés à établir des procès-verbaux d'infraction qui sont transmis à l'autorité compétente ainsi qu'aux personnes intéressées. Aux termes de l'article L. 450-2 du code de commerce de l'Etat visé par l'article Lp. 450-2, les procès-verbaux « *font foi jusqu'à preuve contraire* »¹. Les personnes intéressées sont invitées à y répondre conformément à l'article Lp. 444-1 du code de commerce.

A. Le procès-verbal d'infraction

2. Dans le cadre d'une enquête d'office, le service d'instruction de l'Autorité a procédé à un contrôle du respect par la société Koniambo Nickel SAS² des dispositions des articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du code de commerce relatifs aux délais de paiement entre professionnels.
3. L'article Lp. 443-1 du code de commerce dispose que : « *Le délai de paiement est le délai compris entre la date de la remise de la marchandise à l'acheteur ou à son mandataire, qui l'accepte avec ou sans réserve et en prend possession, et la date d'échéance des délais respectivement fixés par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.*

La date de paiement effective est la date à laquelle le créancier a effectivement reçu les espèces, le chèque sous réserve d'encaissement ou la date qui résulte de l'échéance inscrite par le débiteur sur le billet à ordre ou la lettre de change ».

4. L'article Lp. 443-2 du même code dispose que : « *Le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.*

Toutefois, pour les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut fixer, par arrêté, des délais de paiement qui ne peuvent être supérieurs à 30 jours fin de mois.

Le gouvernement peut également approuver par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné ».

5. Enfin, l'article Lp. 443-3 du même code précise : « *Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 1 000 000 F CFP pour une personne physique et 5 000 000 F CFP pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement fixés en application des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2.*

¹ Tiré de l'article L450-2 du code de commerce de l'Etat, cité par l'article Lp.450-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

² Annexe 09 : Extrait Kbis Koniambo Nickel SAS, cotes 68-70. Koniambo Nickel est une société par actions simplifiée, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nouméa depuis le 4 novembre 2005, sise RTI Site de Vavouto, 98833 Voh BP 679, 98860 Koné.

Le montant de l'amende administrative encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article Lp. 444-1 du présent code ».

6. A l'examen des conditions générales d'achat (ci-après : « CGA ») de la société Koniambo Nickel, le service d'instruction de l'Autorité a considéré que la société se trouvait en situation d'infraction au regard des dispositions applicables en matière de délais de paiement entre professionnels.
7. Dans le procès-verbal de constatation d'infraction du 23 juin 2020³, il est ainsi reproché à la société d'avoir prévu dans ses CGA, au paragraphe « *Délais de paiement* » de la clause 6 intitulée « *Conditions financière* » : « *Sauf accord contraire et écrit des Parties, les délais de paiement sont de 30 jours fin de mois à compter de la date de réception de la facture conforme aux exigences citées ci-dessus, sous réserve de livraison des biens ou de réalisation parfaite des services visés au Bon de Commande* » (soulignement ajouté).
8. Le procès-verbal rappelle que, cependant « *en application des dispositions de l'article Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce, ci-dessus reproduites, tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'un règlement au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation* » (soulignement ajouté).

En outre, il est précisé que « *la SAS Koniambo Nickel tire avantage de cette pratique, en termes de solde de trésorerie, et ce au détriment de ses fournisseurs, eux-mêmes soumis au respect de la réglementation sur les délais de règlement. Une telle pratique constitue, vis-à-vis des fournisseurs, un avantage discriminatoire résultant du non-respect des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.* »

9. Le service d'instruction considère que « *la durée du comportement litigieux est établie du 1^{er} janvier 2018 jusqu'à la date du présent procès-verbal, période couverte par la demande initiale du service d'instruction concernant la communication des CGA pour les années 2018 et 2019* ».

B. La procédure contradictoire

10. Conformément aux dispositions du paragraphe IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce, « *Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, saisi par l'agent ayant constaté ces infractions ou manquements, informe par écrit l'entreprise mise en cause des sanctions encourues, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix. Il invite les parties à présenter, dans un délai d'un mois, leurs observations écrites et, le cas échéant, leurs observations orales. Un délai supplémentaire d'un mois peut être accordé par le rapporteur général dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article Lp. 463-2.* ».

³ Annexe 01 : Procès-Verbal Constat Infraction du 23 juin 2020 - Koniambo Nickel SAS, cotes 1-6

11. Le procès-verbal d'infraction établi le 23 juin 2020 par le service d'instruction a été notifié à la société Koniambo Nickel le 26 juin 2020 par courrier de la rapporteure générale de l'Autorité⁴. La société a été informée du fait qu'elle pouvait prendre connaissance du dossier et être assistée par le conseil de son choix. Elle a également été informée du montant maximal de la sanction pécuniaire encourue et du fait que l'Autorité pourrait également lui imposer une sanction complémentaire de publication d'un communiqué portant extraits de la décision publié sur la page d'accueil du site internet de la société et sur sa page Facebook pendant une durée de 3 mois ainsi que dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie.
12. Un délai initial jusqu'au 27 juillet 2020 lui a été accordé pour produire ses observations écrites et, le cas échéant, des observations orales.
13. Par courrier en date du 27 juillet 2020 et conformément aux dispositions de l'article Lp. 444-1, la société Koniambo Nickel a formulé des observations écrites adressées à la rapporteure générale de l'Autorité⁵.
14. Elle a également été entendue par le service instruction le 3 août 2020, cette présentation orale des observations ayant fait l'objet d'un procès-verbal d'audition⁶.

II. Discussion

15. Dans son courrier en date du 27 juillet 2020, la société Koniambo Nickel a fait part à l'Autorité de sa position quant aux infractions reprochées (A) et quant à l'appréciation de leurs effets (B).

A. Sur les infractions reprochées

16. Les observations de la société Koniambo Nickel sur les pratiques en cause tendent d'une part à exposer la position particulière de la société Koniambo Nickel (1) et d'autre part à contester le bien-fondé de la loi calédonienne en vigueur en matière de délais de paiement (2).

1. Sur le comportement de la société Koniambo Nickel

17. Dans ses observations orales et écrites, la société Koniambo Nickel a souhaité faire état, en premier lieu, de son rôle particulier en matière de développement économique dans la province Nord : « *Koniambo Nickel s'emploie à développer et favoriser, autant que possible, le recours à des fournisseurs de biens et de services locaux, en Nouvelle-Calédonie et particulièrement en Province Nord* »⁷. La société Koniambo Nickel déclare avoir affaire à [confidentiel] et évalue les retombées financières pour ces derniers à [confidentiel] pour l'année 2019.
18. La société Koniambo Nickel expose en outre les contraintes avec lesquelles elle compose et qu'elle s'engage à respecter : « *les processus comptables, les règlements internes et aussi les normes internationales relatives à la protection des données personnelles (RGPD), à la lutte*

⁴ Annexe 10 : Notification du PV Constat Infraction à Koniambo Nickel SAS, cotes 68-70.

⁵ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cotes 77-110

⁶ Annexe 14 : Procès-verbal d'audition du 3 août 2014, cotes 111-114.

⁷ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cote 79

contre le blanchiment d'argent et le terrorisme, à la compliance internationale, etc. »⁸ La conformité avec les normes internationales lui impose notamment le « processus Know Your Client » visant à « prévenir l'usurpation d'identité, la fraude fiscale, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme »⁹.

19. Selon elle, il découle de la mise en œuvre de ces « impératifs de paiement sécurisés un temps de traitement minimum pour un contrôle de qualité ». Elle ajoute que « quand cela est possible les factures sont traitées de suite mais parfois, le respect des normes ci-dessus demande un minimum de flexibilité quant aux délais de paiement des factures »¹⁰.
20. A cet égard, la société Koniambo Nickel estime que la réglementation en vigueur méconnaît la réalité des grandes entreprises : « Koniambo Nickel traite en moyenne 1700 factures par mois. Le traitement de ces nombreuses factures implique de respecter un processus de compliance stricte (KYC cité plus haut), visant à garantir le respect des lois et règlements applicables. Ainsi, une facture émise la veille du terme du délai de 30 jours ne peut en pratique pas être payée immédiatement par Koniambo Nickel. Imposer une telle obligation à Koniambo Nickel entraînerait des risques majeurs notamment en termes de détournement de fonds, prestations fictives.... Or il est évident que Koniambo Nickel ne peut en aucun cas prendre ce risque »¹¹.
21. En deuxième lieu, la société Koniambo Nickel assure qu'il n'est pas toujours possible de régler dans le délai de 30 jours à réception des marchandises ou exécution des prestations car, en dépit des relances qu'elle opère auprès des fournisseurs, « il n'est pas rare de recevoir tardivement les factures de nos fournisseurs, bien souvent au-delà du délai de 30 jours imposé par l'article Lp. 443-2 »¹².
22. A l'appui de cette déclaration, la société Koniambo Nickel produit en annexe de ses observations plusieurs courriers datés du 18 mai 2020, adressés à ses fournisseurs et évoquant la nécessité d'améliorer le délai de transmission de leurs factures ainsi que le souhait de la société Koniambo Nickel « d'améliorer [son] processus relié aux délais de paiement des factures ».¹³
23. De plus, la société Koniambo Nickel indique que « les factures arrivent parfois avec de nombreuses erreurs ; soit parce qu'elles ne correspondent pas à la prestation reçue, soit parce qu'elles ne font pas apparaître les mentions obligatoires exigées par l'article Lp. 441-3 du Code de Commerce. Dans cette situation, le paiement des factures est nécessairement retardé jusqu'à l'émission d'une facture conforme aux dispositions légales et réglementaires. Il est en effet inenvisageable de procéder au déblocage d'un paiement sans justificatif comptable conforme »¹⁴.
24. Pour ces raisons, la société Koniambo Nickel considère qu'il serait « disproportionné de [lui] faire porter la responsabilité d'un paiement hors délai »¹⁵.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* cote 80.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* cote 81.

¹² *Ibid.* cote 80.

¹³ *Ibid.* cotes 91 à 103.

¹⁴ *Ibid.* cote 81.

¹⁵ *Ibid.*

25. L'Autorité admet que le respect des processus de facturation et de contrôle interne constitue une contrainte forte pour les grandes entreprises¹⁶. Les éléments exposés par la société Koniambo Nickel mettent en évidence la multiplicité des obligations qui interviennent dans le processus de facturation.
26. Toutefois, cette circonstance ne peut justifier le non-respect des règles applicables en matière de délais de paiement qui restent obligatoires quelles que soient la taille et les contraintes internes des entreprises.
27. Par ailleurs, les pièces fournies par la société Koniambo Nickel concernant la relance faite à ses fournisseurs d'améliorer les délais de transmission des factures tendent effectivement à démontrer sa proactivité en la matière. Cependant, l'Autorité constate que la société Koniambo Nickel, sans pour autant contester dans ses observations la non-conformité de ses CGA au cadre légal en vigueur, n'a pas pris l'initiative de mettre en conformité ses documents contractuels avant la séance de l'Autorité.
28. Au contraire, elle indique que « *l'application sans exception du texte actuel et de ses impératifs de paiement entraînerait des conséquences importantes* » au détriment des petits fournisseurs, notamment en raison de la possible réduction du nombre de ses partenaires commerciaux et de l'instauration éventuelle de pénalités de retard¹⁷.

2. Sur le cadre légal des délais de paiement et le contrôle de l'Autorité

29. Dans ses observations, la société Koniambo Nickel s'interroge sur le point de savoir si « *en l'espèce, les obligations issues des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du Code de Commerce applicables en Nouvelle-Calédonie ne porteraient pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté contractuelle* ».
30. Citant l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁸ et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle estime que la liberté contractuelle énoncée à l'article 1101 du code civil¹⁹ découle de cette « *liberté fondamentale à valeur constitutionnelle* »²⁰ qui ne peut être limitée par le législateur que de façon proportionnée et justifiée.
31. Or, selon la société Koniambo Nickel, « *la réglementation actuelle va à l'encontre des usages commerciaux établis* »²¹. Elle constate que le texte antérieur à la Loi du Pays n°2014-7 du 14 février 2014 permettait aux entreprises calédoniennes d'aménager contractuellement le délai

¹⁶ Extrait du Bilan jurisprudentiel de la commission d'examen des pratiques commerciales. Année 2015
« *Les manquements les plus courants relevés pour [les grandes entreprises] sont dus à leurs procédures administratives ou comptables internes.* »

¹⁷ *Ibid.* cote 82.

¹⁸ Article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

¹⁹ Article 1101 du code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

²⁰ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cote 82.

²¹ *Ibid.* cote 83.

de paiement tandis que le texte métropolitain « *est adapté et flexible : il correspond à notre réalité opérationnelle sur le terrain* »²².

32. En calculant le délai de paiement « *à compter de la date réception de la facture* »²³, la société Koniambo Nickel considère donc que cet aménagement de la loi serait « *l'application au moindre mal d'une norme qui apparaît dépassée et inadaptée au monde des affaires, principalement pour les grandes entreprises comme KONIAMBO NICKEL SAS* »²⁴.
33. Par ailleurs, la société Koniambo Nickel ajoute qu'à sa connaissance, « *les juges calédoniens et français n'ont jamais eu à se prononcer sur le caractère impératif ou non de ce délai de paiement, alors qu'il est considéré comme impératif par l'ACNC* »²⁵.
34. Au regard de ces éléments, l'Autorité ne peut tout d'abord, que rejeter le moyen soulevé par la société Koniambo Nickel remettant en cause le bien-fondé de la loi calédonienne en matière de délais de paiement, qui dépasse le cadre de la présente affaire et relève de choix politique des élus calédoniens.
35. Le rôle de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est prévu au Titre VI du code de commerce qui dispose au I de l'article Lp. 461-1 que l'Autorité « *veille au libre jeu de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et au fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie.* » A cet égard, il lui revient de sanctionner le non-respect des normes calédoniennes en vigueur en matière de concurrence, y compris celles relatives aux délais de paiement prévues au chapitre III du Titre IV du code de commerce. En revanche, il ne lui appartient pas d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce.
36. L'Autorité rappelle en outre que les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce ont pour objet de protéger les fournisseurs contre d'éventuels délais excessifs qui leur seraient imposés par leur cocontractant. En conséquence, elle confirme qu'il ne peut être dérogé au délai légal maximum de trente jours, même par la voie contractuelle.
37. De même, le point de départ du délai de règlement des sommes dues fixé par la loi doit nécessairement être respecté, dans les faits comme dans les documents contractuels. Il ne peut y être dérogé par la voie contractuelle.
38. Il ressort en effet de la jurisprudence que les dispositions des livres II et IV du code de commerce sont d'ordre public, comme l'indique par exemple un jugement du Tribunal de commerce de Paris qui rappelle que les dispositions concernant les pratiques anticoncurrentielles et/ou restrictives de concurrence « *relèvent de l'ordre public et le Ministre de l'Economie et des Finances, garant de l'ordre public économique, a le pouvoir d'agir en répression de comportements contraires aux dispositions de ces livres* »²⁶. Il en est de même de l'Autorité sur le territoire calédonien.

²² *Ibid.* cote 87.

²³ *Ibid.* cote 81.

²⁴ *Ibid.* cote 87.

²⁵ *Ibid.* cote 82.

²⁶ Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

39. En l'espèce, le procès-verbal d'infraction émis par le service d'instruction de l'Autorité constate l'irrégularité des CGA de la société Koniambo Nickel en matière de délais de paiement, mises en œuvre depuis le 1^{er} janvier 2018.
40. L'Autorité relève que la société Koniambo Nickel n'a pas apporté, dans ses observations du 27 juillet 2020 ni au cours de son audition du 3 août 2020, d'éléments susceptibles de remettre en cause le constat établi par le procès-verbal du 23 juin 2020. Elle a, en revanche, confirmé que ses délais de paiement étaient nécessairement plus longs que le délai légal et ne s'est pas engagée avant la séance, à mettre fin aux pratiques qui lui sont reprochées.
41. L'Autorité observe que, contrairement aux opérateurs sanctionnés pour des pratiques analogues en matière de délais de paiement par décisions du 11 mai 2020²⁷ et du 31 août 2020²⁸, la société Koniambo Nickel n'a pas pris l'initiative de se mettre en conformité avec les dispositions des articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du code de commerce avant l'issue de la procédure.
42. Enfin, l'Autorité rappelle qu'en vertu de ces mêmes articles : *« Le gouvernement peut également approuver par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné »*. L'Autorité en déduit qu'il existe déjà la possibilité pour une filière professionnelle de s'organiser pour définir par accord interprofessionnel des délais de paiement dérogatoires aux délais légaux le cas échéant, ce que n'a pas initié la société KNS.

3. Sur La position de la société Koniambo Nickel en séance

43. Lors de la séance du 14 septembre 2020, la société Koniambo Nickel, dans ses propos liminaires, a :
- Sur le fond, d'une part maintenu que la réglementation calédonienne portait atteinte à la liberté contractuelle, observant que le code de commerce métropolitain prévoyait des possibilités d'aménagement contractuel dont elle allait demander au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de les transposer en droit local ; d'autre part fait valoir qu'étant une entreprise internationale, elle se heurtait à un conflit de normes entre ses obligations internationales et le droit calédonien fixant un délai strict à compter de la réception des marchandises ou l'exécution de la prestation, alors même que souvent les factures n'étaient pas produites concomitamment ou, très souvent, n'étaient pas conformes à la réglementation ;
 - Sur les sanctions, d'une part fait valoir l'impossibilité, à tout le moins, la grande difficulté de mise en conformité de plus de 800 contrats en cours dont les périodicités pouvaient s'échelonner entre 1 à 5 ans ce qui supposait une renégociation au cas par cas, d'autre part fait valoir que la publication d'une décision de condamnation la stigmatisant comme mauvais payeur, risquait de porter à sa réputation une atteinte disproportionnée surtout en cette période de difficultés financières à laquelle elle faisait face.

²⁷ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 relative à des pratiques de la société Vale Nouvelle-Calédonie SAS en matière de délais de paiement

²⁸ Voir la décision de l'Autorité n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020 relative à des pratiques de la société Dumez GTM Calédonie SAS en matière de délais de paiement.

44. A l'issue de la séance, sur le constat qu'en tout état de cause la loi calédonienne relative aux délais de paiement s'impose, la société Koniambo Nickel a indiqué qu'elle allait modifier pour l'avenir ses CGA, ses contrats d'achats de biens et ses contrats de prestation de services de manière qu'ils se trouvent en conformité légale.
45. Par courriels des 21 et 24 septembre 2020, la société Koniambo Nickel a transmis à l'Autorité :
- Les nouvelles CGA dont le paragraphe « *Délais de paiement* » de la clause 6 intitulée « *Conditions financière* » apparaît désormais conforme à l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
 - Les nouveaux modèles de contrats d'achats de biens et de contrats de prestation de services rappelant l'obligation du délai de paiement et conditionnant celui-ci à la réception d'une facture conforme aux prescriptions légales ;
 - Un courrier daté du 22 septembre 2020 à l'attention de ses cocontractants ayant pour objet le rappel des procédures de facturation (étant observé que ce mail procède uniquement à un rappel desdites règles mais ne contient aucune référence à l'article Lp. 443-2 sur le délai de paiement et son point de départ) ;
 - Et un courrier du 1^{er} septembre 2020 adressé au président du gouvernement aux fins de modification des textes calédoniens avec alignement sur la métropole.

B. Sur l'appréciation des effets induits et sur les sanctions

46. En cas de violation des règles relatives aux délais de paiement, l'article Lp. 443-3 du code de commerce précise que le montant maximal de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à la société Koniambo Nickel est de 5 millions de francs CFP.
47. De plus, l'article Lp. 444-1 du même code précise que la décision de l'Autorité prise sur le fondement de l'article Lp. 443-3 est toujours publiée aux frais de la personne sanctionnée préalablement informée de la nature et des modalités de la publicité envisagée. En l'espèce, la société Koniambo Nickel a été informée du fait qu'elle devrait publier un communiqué de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie et, le cas échéant, sur son site internet et sa page Facebook, par courrier de la rapporteure générale du 26 juin 2020²⁹.
48. Le montant des sanctions administratives prononcées par l'Autorité en application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce est évalué dans le respect du principe de proportionnalité et en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.
49. Pour déterminer le montant de la sanction, l'Autorité tient compte de la gravité de la pratique, du dommage causé à l'économie et de la situation individuelle de la société Koniambo Nickel.

1. Sur la gravité de la pratique

50. En vue d'atténuer la portée de son comportement fautif, la société Koniambo Nickel fait valoir dans ses observations que « *certaines sous-traitants sont payés dès réception de la facture qui*

²⁹ Annexe 10, Notification du procès-verbal de constat Infraction à Koniambo Nickel SAS, cote 69.

correspond parfois à quelques jours suivants la prestation ». Elle ajoute qu'elle est « *à l'écoute des demandes d'avance parfois utiles pour nos fournisseurs* »³⁰.

51. A l'appui de cette déclaration, elle produit un extrait d'un « *tableau de suivi interne du paiement des fournisseurs* » en indiquant qu'il s'agit d'exemples de fournisseurs ayant « *sollicité l'aménagement du délai de paiement en deçà de la limite légale* »³¹.
52. En outre, la société Koniambo Nickel invoque sa bonne foi et assure n'avoir « *jamais souhaité mettre en difficulté ses cocontractants* »³². Ainsi, selon elle, « *le fait de préciser que [son] délai de paiement commence à courir à compter de la réception d'une facture conforme se justifie exclusivement par la nécessité d'effectuer tous les contrôles internes et les vérifications d'usage* »³³. Les modèles de nouveaux contrats transmis maintiennent ce préalable de facture conforme aux prescriptions légales.
53. Conformément à une jurisprudence constante des autorités chargées du contrôle du respect des délais de paiement en métropole comme en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité rappelle, en premier lieu, que le non-respect des règles relatives aux délais de paiement constitue une pratique grave car elle a un impact direct sur la situation financière des fournisseurs. Des délais de paiement non-conformes aux règles en vigueur ou anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie et le besoin de fonds de roulement des entreprises, souvent couvert par un recours à l'endettement. Ils sont de potentiels signes de fragilité (relations fortement déséquilibrées avec le donneur d'ordres, dépendance à un petit nombre de clients...) et peuvent aussi être à l'origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.
54. L'Autorité constate, en deuxième lieu, que la société Koniambo Nickel a volontairement établi ses CGA et que celles-ci sont manifestement contraires à la loi depuis le 1^{er} janvier 2018 alors que cette grande entreprise dispose de ressources en termes d'expertise juridique et de connaissance des textes applicables.
55. Le « *tableau de suivi interne de paiement des fournisseurs* » précité démontre en outre que les procédures internes de la société Koniambo Nickel lui permettent de régler dans les 30 jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution des prestations, comme le prévoient les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
56. L'Autorité considère en troisième lieu que l'absence de volonté de nuire alléguée par la société ne saurait constituer un motif d'exonération de la sanction et que l'infraction est constituée dès lors que les délais ne sont pas respectés³⁴.
57. En dernier lieu, l'Autorité observe toutefois que, par comparaison aux pratiques sanctionnées par décisions n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 et n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020 en matière de délais de paiement précitées, l'infraction relevée en l'espèce a duré moins longtemps et le délai de paiement contractuel prévu était moins long, ce qui est de nature à atténuer la gravité de la pratique et, en conséquence, le montant de la sanction.

³⁰ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cote 88.

³¹ *Ibid.* cotes 85 et 86.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* cote 87.

³⁴ TGI Macon, 4 octobre 2006. Cité par le [rapport annuel 2007/2008](#) de la Commission d'examen des pratiques commerciales. Page 93.

2. Sur le dommage à l'économie

58. Dans ses observations du 27 juillet 2020, la société Koniambo Nickel indique suivre « *un Code de Conduite stricte* » et assure qu'il « *n'existe aucun avantage excessif ou discriminatoire* » dans sa relation avec ses fournisseurs ou sous-traitants³⁵.
59. En particulier, elle précise ne tirer « *aucun avantage de trésorerie de l'application de ses CGA dans leur rédaction actuelle* » et, contrairement à ce qu'indique le procès-verbal d'infraction, ne pas « *obtenir un surplus de trésorerie* » en raison de la mise en œuvre de ses CGA. Elle ajoute ne pas conserver « *ces sommes pendant un délai excessif* »³⁶.
60. Par ailleurs, la société Koniambo Nickel fait valoir que beaucoup de ses fournisseurs « *ne sollicitent pas l'application de leurs CGV, n'en ont pas, ou n'ont pas connaissance des normes applicables* »³⁷.
61. L'Autorité considère néanmoins que le préjudice subi par les cocontractants de la société Koniambo Nickel est établi dès lors que les dispositions des CGA litigieuses et leur mise en application a entraîné un délai de paiement supérieur à celui qui aurait dû résulter de l'application de la loi.
62. Ainsi, la jurisprudence considère que même si un acheteur ne tire qu'un avantage minime de la conservation des sommes pendant un délai excessif, cette circonstance est sans incidence sur les conséquences que ses retards de paiement répétés sont susceptibles d'emporter sur la situation financière de ses créanciers, et sur l'atteinte à l'ordre public économique qui en résulte³⁸. Quand bien même la société Koniambo Nickel n'aurait pas tiré d'avantages excessifs des dispositions en cause, cette circonstance n'efface pas le préjudice qui a pu être causé à ses fournisseurs.
63. Plus généralement, l'Autorité rappelle que le non-respect des délais de paiement légaux interentreprises est, sur le plan macroéconomique, une source de risque pour l'ensemble de l'économie calédonienne car il renforce le risque de crédit – les entreprises supportant des délais clients supérieurs à 30 jours portent une part significative du crédit bancaire à court terme – et qu'il comporte un risque de contagion des difficultés de trésorerie entre entreprises car les fournisseurs subissant des retards de paiement sont conduits, eux-mêmes, à décaler leurs propres échéances causant un cercle vicieux de manque de liquidités.
64. En l'espèce, l'impact de la pratique litigieuse sur le dommage à l'économie est renforcé par le fait que la société Koniambo Nickel est une grande entreprise ayant près de [confidentiel] fournisseurs différents. En outre, selon les informations transmises par la société, plus de la moitié de ses fournisseurs est composée d'entreprises locales³⁹. La majorité des fournisseurs de la société Koniambo Nickel sont donc des petites entreprises qui disposent potentiellement d'une faible trésorerie et peuvent être impactées de manière plus importante par des retards de paiement.

³⁵ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cote 88.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* cote 85.

³⁸ CAA de Versailles. 7ème ch. 3 octobre 2019. N° 18VE00503

³⁹ *Ibid.* cote 79.

65. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'adoption de CGA contraires à la réglementation relative aux délais de paiement et leur mise en œuvre ont nécessairement provoqué un dommage à l'économie étant donné la taille de la société Koniambo Nickel et le nombre de fournisseurs impactés par les retards de paiement.
66. L'Autorité souligne enfin que les CGA demeurent subsidiaires et ne peuvent primer sur les conditions générales de vente (ci-après « CGV ») du vendeur lorsque celles-ci existent, en application des dispositions de l'article Lp. 441-6 du code de commerce.
67. Or, comme l'indique la société mise en cause, de nombreux fournisseurs de la société Koniambo Nickel ne sollicitent pas l'application de leurs propres CGV, soit qu'ils n'en disposent pas, soit qu'ils ignorent la règle applicable en la matière. Les CGA de la société Koniambo Nickel ont donc été appliquées illégalement de manière quasi-systématique, causant nécessairement un dommage à l'économie.

4. Sur la situation individuelle de la société

68. Dans ses observations écrites en date du 27 juillet 2020, la société Koniambo Nickel expose sa situation financière de la façon suivante : « *KONIAMBO NICKEL est une société endettée avec un déficit cumulé actuel de [confidentiel]. Le cash reçu des ventes sert à ce jour à payer une partie de nos charges seulement, l'autre partie étant financée par la dette* »⁴⁰.
69. Les chiffres présentés par la société Koniambo Nickel démontrent en effet ses tensions financières : « *Nous avons des revenus annuels en 2019 s'élevant à [confidentiel] tandis que pertes sont de [confidentiel]. Chaque année nous avons besoin d'un complément de financement d'environ [confidentiel] pour financer l'activité hors financement* »⁴¹.
70. Ainsi, le paiement des fournisseurs de la SAS Koniambo Nickel est principalement assuré par « *un contrat de dette sur lequel KONIAMBO NICKEL effectue tous les mois des tirages afin de subvenir à ses coûts opérationnels* »⁴². A ce sujet, la société Koniambo Nickel précise encore que « *la dette est financée par l'actionnaire Glencore* »⁴³.
71. L'Autorité considère que ces éléments révèlent effectivement une situation financière déficitaire et des difficultés structurelles de la société Koniambo Nickel. Toutefois, il ressort d'une jurisprudence constante qu'une situation financière difficile ne constitue pas en elle-même un motif d'exonération de la sanction prévue par l'article Lp. 443-3 dès lors que la réalité de l'infraction est établie⁴⁴.
72. En outre, l'Autorité observe d'une part que si l'actionnaire Glencore PLC qui détient 49 % du capital de la société Koniambo Nickel a enregistré des pertes en 2019 (-1,5 milliards USD), elle était en situation excédentaire en 2018 (+ 2,6 milliards USD), ce qui lui a permis de constituer un fond de roulement de près de 2 milliards USD⁴⁵. D'autre part, le chiffre d'affaires de la Société Minière du Sud Pacifique (SMSP), actionnaire majoritaire de la société Koniambo

⁴⁰ Annexe 13 : Observations KNS reçues le 28 juillet 2020, cote 88.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ TGI Bordeaux, 7 février 2005. Cité par le [rapport annuel 2006/2007](#) de la Commission d'examen des pratiques commerciales, page 57.

⁴⁵ Source : rapport d'activité 2019 de Glencore PLC : <https://www.glencore.com/dam/jcr:79fd3300-ee50-4ee1-870d-6372274c71b5/glen-2019-annual-report-interactive.pdf>

Nickel (à hauteur de 51%), s'élève en 2018 à 116 millions F.CFP, en augmentation de + 84% par rapport à 2017⁴⁶.

73. Par ailleurs, les représentants de la société Koniambo Nickel sont revenus, lors de leur audition par le service d'instruction le 3 août 2020, sur le rôle particulier de l'entreprise au sein de la Province Nord, « *rôle d'accompagnement et de développement des entreprises environnantes.* » Ils rappellent que la société Koniambo Nickel est « *le plus gros employeur de la Province Nord* » et qu'il convient d'apprécier sa « *situation au regard de ce contexte spécifique en Province Nord.* »⁴⁷.
74. L'Autorité en déduit pour sa part que la place de la société Koniambo Nickel sur les marchés de la Province Nord justifie qu'elle soit exemplaire en matière de respect des délais de paiement, dans la mesure où elle est le principal acheteur des petites et moyennes entreprises intervenant dans le secteur minier. Ces PME sont en effet susceptibles de se trouver en situation de dépendance économique à son égard de sorte que tout retard de paiement de la part de leur principal acheteur est de nature à leur causer un préjudice particulièrement important.
75. Enfin, la société Koniambo Nickel fait valoir, tant dans des observations écrites qu'orales, qu'« *une publication engendrerait par ailleurs une atteinte disproportionnée à notre réputation et (...) notre image revêt une importance primordiale que ce soit en termes de recrutement ou en matière commerciale* »⁴⁸. Cette affirmation est réitérée par les représentants de la société lors de leur audition par le service d'instruction : « *la publication de la décision nous pose problème pour notre compétitivité à l'international, en particulier nos fournisseurs à l'international peuvent se questionner sur notre capacité à payer. Ce sont des fournisseurs qui analysent nos comptes et la situation de l'entreprise avant de s'engager avec nous. Or, pour certaines pièces nous avons des fournisseurs uniques, si un tel fournisseur ne nous livrait plus, cela poserait de gros problèmes à l'entreprise* »⁴⁹. Elle a renouvelé sa demande d'indulgence sur ce point lors de la séance.
76. L'Autorité rappelle que la sanction de publicité à la charge de l'entreprise est obligatoire en cas de non-respect des règles relatives aux délais de paiement en application du VI de l'article Lp. 444-1 du code de commerce et qu'il n'est donc pas possible d'y déroger. En effet, cette sanction de publicité permet en effet de conférer à la sanction un caractère dissuasif d'autant plus que lorsque le montant maximum de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à l'auteur de l'infraction est très faible, comme en l'espèce.
77. En l'espèce, l'Autorité considère qu'une publication dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* dans les trente jours suivant la notification de la décision est une sanction adaptée et proportionnée à l'infraction relevée à l'encontre de la société Koniambo Nickel à l'instar de celle prononcée à l'encontre de la société Vale Nouvelle-Calédonie, pour des pratiques analogues dans le même secteur d'activité, dans la décision de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 précitée.

⁴⁶ Source : rapport d'activité 2018 de la SMSP : https://smsp.nc/wp-content/uploads/2020/02/smsp_ra_2018.pdf

⁴⁷ Annexe 14 : Procès-verbal d'audition du 3 août 2020, cote 113.

⁴⁸ *Ibid.* cote 89.

⁴⁹ Annexe 14 : Procès-verbal d'audition du 3 août 2020, cote 114.

78. Pour l'ensemble de ces raisons, au regard de la gravité de la pratique constatée, du dommage à l'économie qui en résulte et de la situation individuelle de l'entreprise Koniambo Nickel, l'Autorité décide que :

- le montant de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de la société Koniambo Nickel est de 4 millions de francs CFP ;
- la société Koniambo Nickel doit publier, dans les 30 jours suivants la notification de la décision, un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, intitulé « **Koniambo Nickel sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020** » dans une police d'écriture de taille 14. Le communiqué pourra être suivi, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

DECISION

Article 1^{er} : Il est établi que la société Koniambo Nickel a enfreint les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Article 2 : Une sanction pécuniaire de 4 millions de francs CFP est infligée à la société Koniambo Nickel.

Article 3 : Il est enjoint à la société Koniambo Nickel de publier, dans les 30 jours suivant la notification de la décision, le communiqué ci-après dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*. Ce communiqué, intitulé « **Koniambo Nickel sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020** » pourra être suivi, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

Le texte du résumé devra être écrit en noir dans un encadré à fond blanc et devra être rédigé en police de taille de caractère 12 et comprendre le logo de l'entreprise.

« Par décision du 5 octobre 2020, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a infligé à la société Koniambo Nickel une amende maximale de 4 millions de francs pour non-respect des règles relatives aux délais de paiement.

En l'espèce, la société Koniambo Nickel a édicté, le 1^{er} janvier 2018, des conditions générales d'achat (CGA) imposant à ses fournisseurs des conditions de règlement à « *30 jours fin de mois à compter de la date de réception de la facture conforme* » alors que l'article Lp. 443-2 du code de commerce prévoit que le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.

Ces CGA ont été quasi-systématiquement appliquées à l'ensemble de ses fournisseurs jusqu'au 24 septembre 2020, date à laquelle la société Koniambo Nickel a modifié ses documents contractuels à la demande de l'Autorité à la suite de la séance.

Article 4 : La présente décision sera publiée sur le site internet de l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, après occultation du secret des affaires.

Délibéré par Mr Jean-Michel Stoltz, vice-président, statuant seul

Le Vice-Président,



Jean-Michel Stoltz