



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021
relative à des pratiques de la société Nickel Mining Company SAS
en matière de délais de paiement

L'Autorité de la concurrence de la 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 (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* », en particulier ses articles Lp. 443-1 à 443-3 et Lp. 444-1 et Lp. 444-2 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le procès-verbal d'infraction établi par le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») le 22 mars 2021 ;

Vu le courrier du 23 mars 2021 notifiant à la société Nickel Mining Company (ci-après « la société NMC ») le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021 ;

Vu les observations écrites et orales formulées par la société NMC respectivement le 21 mai 2021 et le 1^{er} juin 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le service juridique de l'Autorité et les représentants de la société NMC entendus lors de la séance du 8 juillet 2021 ;

Adopte la décision suivante,

Résumé

Dans le cadre d'une enquête d'office sur le respect des délais de paiement entre professionnels, le service d'instruction de l'Autorité a dressé un procès-verbal d'infraction le 22 mars 2021 à l'encontre de la société Nickel Mining Company (NMC), active dans le secteur minier.

Le procès-verbal d'infraction montre que les contrats passés par la société NMC avec sept de ses principaux fournisseurs prévoient des délais de paiement négociés contrairement aux dispositions des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce depuis près de sept ans dans certains cas. L'examen *in concreto* d'un échantillon de factures de 8 de ses 10 principaux fournisseurs entre 2019 et 2021 confirme que le règlement des sommes dues est compris entre 29 et 120 jours. Enfin, l'examen des comptes de l'entreprise NMC montre que le délai de règlement de ses fournisseurs est de 63 jours en moyenne entre 2017 et 2020. Ces pratiques contreviennent donc à la réglementation qui prévoit 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.

Dans ses observations recueillies conformément à la procédure prévue à l'article Lp. 444-1 du code de commerce, si la société NMC reconnaît que certains de ses contrats « *ne sont pas en complète adéquation avec les dispositions légales du code de commerce* », elle invoque sa bonne foi et sa démarche de mise en conformité depuis la réception de son procès-verbal d'infraction. Elle fait également valoir que le délai maximum légal de 30 jours à compter de la réalisation de la prestation serait incompatible avec les réalités du terrain du fait qu'elle dispose de 4 sites miniers éclatés sur le territoire qui rendent extrêmement difficiles le contrôle des prestations réalisées pour déclencher le paiement des factures, en particulier en matière de maintenance. Elle précise qu'elle veille néanmoins à régler en 10 jours maximum les nombreuses entreprises individuelles avec lesquelles elles travaillent grâce à un contrôle automatisé de leurs prestations, dans le domaine du roulage en particulier, afin de ne pas peser sur leur trésorerie.

L'Autorité rappelle qu'elle est chargée de l'application du cadre légal en vigueur et qu'en matière de délais de paiement, celui-ci implique que le point de départ du délai de règlement des factures soit la date de réalisation de la prestation ou de la livraison du bien et non la date de réception de la facture, ceci afin d'éviter au fournisseur de supporter le délai des procédures de validation internes de son client qui peuvent s'avérer longues et complexes. De plus, le respect du délai légal maximal de trente jours vise précisément à éviter des délais de paiement anormalement longs à l'origine de tensions sur la trésorerie et le besoin de fonds de roulement des fournisseurs. Les retards de paiement sont en effet de potentiels facteurs de défaillance d'entreprises et peuvent être à l'origine de distorsions de concurrence entre les fournisseurs selon leur assise financière.

L'Autorité rappelle en outre que les contrats de location de longue durée sont des prestations de service et donnent lieu à l'émission de factures périodiques qui doivent être réglées dans les conditions prévues à l'article Lp. 443-2 du code de commerce. L'Autorité souligne enfin que le cadre légal actuel autorise les entreprises du secteur minier à prévoir des conditions de règlement dérogatoires au délai légal de 30 jours dans le cadre d'un accord interprofessionnel approuvé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie si les spécificités du secteur le justifient.

S'agissant du montant maximal de la sanction encourue, l'Autorité admet l'argument de la société NMC selon lequel l'ensemble des retards de paiement relevés par le procès-verbal du 22 mars 2021, dans le cadre de son contrôle *in concreto*, révèle un manquement global consistant à « *ne pas respecter les délais de paiement fixés en application des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2* » au sens de l'article Lp. 443-3 du code de commerce, passible d'une amende administrative dont le montant maximal ne peut excéder 5 millions de francs CFP.

Pour évaluer le montant de la sanction, l'Autorité retient la gravité de la pratique et le dommage causé à l'économie, qui sont nécessairement importants étant donné la place de la société NMC dans le paysage minier calédonien. Toutefois, compte tenu de la démarche de mise en conformité engagée par la société NMC avant l'issue de la procédure, l'Autorité lui a accordé un abattement de 10 %, lequel a été porté à 20 % en raison de sa situation financière déficitaire ainsi que celle du groupe auquel elle appartient. En conséquence, l'Autorité lui inflige une sanction pécuniaire de 4 millions de francs CFP et lui enjoint de se mettre en conformité avec l'ensemble de ses fournisseurs et de publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, dans les trente jours suivant la notification de la décision.

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

Sommaire

Résumé	2
I. La procédure de constatation et la procédure contradictoire	4
A. Le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021	4
B. La procédure contradictoire	7
II. Discussion	8
A. Sur la procédure de contrôle suivie par le service d'instruction de l'Autorité	8
1. Les moyens soulevés en défense	8
2. La réponse de l'Autorité	9
B. Sur le mode de computation des factures	11
1. Les moyens soulevés en défense	11
2. La réponse de l'Autorité	12
III. Appréciation des sanctions	15
A. Sur la gravité de la pratique et le dommage à l'économie	15
B. Sur la démarche de mise en conformité de l'entreprise NMC	17
C. Sur la situation individuelle de la société	18
D. Sur la nature des sanctions retenues	18
DÉCISION	19

I. La procédure de constatation et la procédure contradictoire

1. En application des articles 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 applicable en Nouvelle-Calédonie, 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 du 22 mars 2021

2. La SAS NMC est une société active dans le secteur du nickel dont l'activité consiste en l'exploitation de titres miniers situés en Nouvelle-Calédonie².
3. 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 NMC des dispositions des articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du code de commerce, relatifs aux délais de paiement entre professionnels.
4. 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 ».

5. 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 ».

6. 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.*

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 ».

¹ Tiré de l'article L. 450-2 du code de commerce de l'Etat dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

² Annexe 02 : Extrait Kbis NMC, cotes 32-36. La société Nickel Mining Company est une société par actions simplifiée, immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis le 5 juillet 2006, sise 24 avenue Baie de Koutio - BP 66 - 98845 NOUMEA CEDEX 98800 Nouméa.

7. A l'examen des contrats entre la société NMC et ses principaux fournisseurs, 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.
8. Dans le procès-verbal de constatation d'infraction du 22 mars 2021, il est ainsi reproché à la société NMC le fait que les contrats conclus avec « *certaines de ses principaux fournisseurs comprennent des dispositions (...) [qui] contreviennent au respect des délais de paiement issus de la réglementation en vigueur* »³. Parmi les dix contrats correspondant aux 10 principaux fournisseurs de la société NMC, examinés par le service d'instruction de l'Autorité, sept d'entre eux font état de délais de paiement non-conformes. De plus, le contrôle *in concreto* des factures de ses huit principaux fournisseurs a démontré que le délai de paiement légal de 30 jours à compter de la livraison du bien ou de la réalisation de la prestation est quasi-systématiquement dépassé.
9. S'agissant du contrat pour la fourniture de gazole sur les sites miniers conclu entre la société NMC et la SAS TOTAL PACIFIQUE, il est mentionné à l'article 16 que « *le paiement des factures est établi à trente (30) jours de fin de mois à compter de la date de réception des factures* »⁴. Le contrôle des factures effectué par le service d'instruction de l'Autorité confirme qu'en pratique le délai de paiement entre la date d'émission de la facture et sa date d'échéance est compris entre 50 et 54 jours. Comme le souligne le procès-verbal : « *Il ressort ainsi des constatations effectuées que les délais de paiement pratiqués par la société NMC à l'égard de la SAS Total Pacifique, tels que résultant des factures transmises au service d'instruction, contreviennent aux délais de paiement définis par l'article Lp. 443-2 du code de commerce* »⁵.
10. S'agissant du contrat de tâcheronnage conclu entre la société NMC et la société GEMINI, l'article 8.1.2 de ce contrat prévoit que « *NMC s'engage à procéder au paiement de la facture dans les 30 jours de sa date de réception* »⁶. Le procès-verbal indique toutefois que « *L'examen concomitant des dates de règlement indiquées par la société GEMINI et des documents comptables met en évidence l'existence de retards significatifs et répétés dans le paiement des factures de la société GEMINI par la société NMC. Le délai de paiement entre la date d'émission de la facture et sa date de règlement est compris entre 27 et 65 jours* »⁷.
11. S'agissant du contrat de tâcheronnage conclu entre la société NMC et la société SERKA, il est mentionné à l'article 7 que « *la société s'engage à procéder au paiement des factures dans les 30 jours fin de mois de leur date de réception* »⁸. De plus, comme le précise le procès-verbal, « *L'examen des documents contractuels et des factures, corroboré par les documents comptables, met également en exergue des irrégularités en matière de délais de paiement* » puisque « *cinq factures sur dix, soit 50 %, ont été réglées dans un délai supérieur au délai légal de trente jours* »⁹.
12. S'agissant du contrat de maintenance conclu entre la société NMC et la société CALTRAC, l'article 7.3 du contrat stipule que « *le prestataire envoie une facture mensuelle (...). Paiement à 60 jours après la réception des factures (...)* »¹⁰. Le procès-verbal souligne donc que ce contrat prévoit : « *un délai de paiement de soixante jours soit le double du délai légal de trente jours fixé par l'article Lp. 443-2 du code de commerce* » et « *un mode de computation du délai à compter de la date de réception de la facture lequel n'est pas conforme à la lettre de l'article*

³ Annexe 01, cote 29.

⁴ Annexe 07, cote 69.

⁵ Annexe 01, cote 11.

⁶ Annexe 08, cote 89.

⁷ Annexe 01, cote 14.

⁸ Annexe 10, cote 56.

⁹ Annexe 01, cote 17.

¹⁰ Annexe 12, cote 273.

Lp. 443-2 du code de commerce et peut contribuer à retarder abusivement le point de départ du délai »¹¹. L'examen des factures transmises au service d'instruction permet également de constater que « Sept factures sur dix, soit 70 % de l'échantillon relevé, sont même réglées dans des délais supérieurs au délai contractuel de 60 jours »¹².

13. S'agissant du contrat de location simple conclu entre la société NMC et la SAS SALMON NC, il est prévu à l'article 7 que les factures sont réglées « au plus tard le 25 du mois +1 »¹³. Le procès-verbal relève que « le délai de paiement prévu contractuellement est donc de 25 jours fin de mois »¹⁴ mais que « sur l'échantillon examiné, quatre factures sur neuf, soit 44.44 % des factures transmises, ont été réglées dans des délais supérieurs aux délais de paiement légaux prévus par l'article Lp. 443-2 du code de commerce »¹⁵. Le procès-verbal constate « que la société NMC fixe et met en œuvre à travers son contrat de location avec la SAS SALMON NC des délais de paiement qui s'avèrent supérieurs au délai légal maximum de 30 jours visé à l'article Lp. 443-2 du code de commerce »¹⁶.
14. S'agissant du contrat pour la fourniture de carburant conclu entre la société NMC et la SNC SSP, l'article XI de ce contrat prévoit que « les factures du fournisseur seront payées à 30 jours fin de mois »¹⁷. Le procès-verbal constate que « L'examen des documents contractuels et des factures, corroboré par les documents comptables, confirme l'existence d'irrégularités manifestes en matière de délais de paiement » et que « 17 des 19 factures communiquées par la SNC SSP, soit 89,5 % de l'échantillon relevé, ne respectent pas le délai de paiement maximal entre professionnels fixé par la loi »¹⁸.
15. S'agissant du contrat de maintenance conclu entre la société NMC et la société LIEBHERR, l'article 3.2 du contrat stipule que « la facture est payée par virement bancaire à 60 jours date de réception de la facture »¹⁹. Comme le souligne le procès-verbal, le contrat prévoit « un délai de paiement de soixante jours soit le double du délai légal de trente jours » mais aussi « un mode de computation du délai à compter de la date de réception de la facture lequel n'est pas conforme à la lettre de l'article Lp. 443-2 du code de commerce et peut contribuer à retarder abusivement le point de départ du délai »²⁰.
16. Enfin, s'agissant du contrat de maintenance conclu entre la société NMC et la SAS COFELY SOCOMETRA, l'article 12.6 de ce contrat stipule que « le prestataire envoie une facture mensuelle. Paiement à 30 jours après l'émission des factures »²¹. Cependant, après avoir examiné les factures de la société Socometra à l'égard de la société NMC, le service d'instruction a relevé des « irrégularités manifestes en matière de délai de paiement », les conditions de paiement étant prévues à « 30 jours fin de mois ». De fait, comme le souligne le procès-verbal, « l'analyse in concreto des factures communiquées et des documents comptables montre que 100% des factures transmises ont été réglées dans un délai de 48 jours soit dans des délais supérieurs aux délais légaux »²² et de façon contradictoire avec les termes du contrat entre ces deux sociétés.

¹¹ Annexe 01, cote 20.

¹² *Ibid.* cote 22.

¹³ Annexe 13, cote 288.

¹⁴ Annexe 01, cote 22.

¹⁵ *Ibid.* cote 24.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Annexe 14, cote 298.

¹⁸ Annexe 01, cote 26.

¹⁹ Annexe 15, cote 320.

²⁰ Annexe 01, cote 27.

²¹ Annexe 11, cote 209.

²² Annexe 01, cote 20.

17. L'ensemble de ces constatations peut-être synthétisé par le tableau suivant, étant précisé que les contrats entre la société NMC et l'entreprise COTRANSMINE d'une part et la Société Le Nickel (SLN) d'autre part, également examinés par le service d'instruction de l'Autorité, sont apparus conformes à la réglementation en vigueur :

10 principaux Fournisseurs / Prestataires	Conditions de règlement	Article du contrat	Contrôle <i>in concreto</i>
TOTAL PACIFIQUE	30 jours fin de mois date de réception de la facture	Article 16 du contrat de fourniture	50 à 54 jours
GEMINI	30 jours date de réception de la facture	Article 8.1 du contrat de tâcheronnage	29 à 65 jours
SERKA	30 jours fin de mois date de réception de la facture	Article 7.1 du contrat de tâcheronnage	28 à 35 jours
CALTRAC	60 jours date de réception de la facture	Article 7.3 du contrat de maintenance	60 à 121 jours
SALMON NC	25 jours fin de mois date de facture	Article 7 du contrat de location simple	26 à 39 jours
SSP	30 jours fin de mois	Article XI du contrat de fourniture	29 à 59 jours
LIEBHERR NC	60 jours date de réception de la facture	Article 3.2 du contrat de prestation	51 à 84 jours
SOCOMETRA	30 jours date d'émission de la facture mensuelle	Article 12.6 du contrat de maintenance	48 jours
COTRANSMINE	30 jours date d'émission de la facture mensuelle	Article 7.2 du contrat-cadre de sous-traitance	30 jours maximum
SLN	90% de la facture provisoire avant le départ du minéralier, le solde 7 jours après date d'émission de la facture finale	Articles 5.11.1 b) et 5.11.2 b) du contrat	30 jours maximum

18. Le procès-verbal indique que « *les infractions sont, en outre, imputables à la société NMC en sa qualité d'acheteur. En effet, les comportements prohibés ayant été commis au nom et pour le compte de la société NMC, ils sont imputables à la personne morale.* »²³

B. La procédure contradictoire

19. Conformément aux dispositions du 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* ».
20. Le procès-verbal d'infraction établi le 22 mars 2021 par le service d'instruction a été notifié à la société NMC le 23 mars 2021 par courrier de la Rapporteuse générale de l'Autorité²⁴. La

²³ *Ibid.* cote 31.

²⁴ Annexe 47, cotes 27 à 29.

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 extrait de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie et sur son site internet pendant une durée de trois mois.

21. Un délai initial jusqu'au 26 avril 2021 lui a été accordé pour produire ses observations.
22. Par courrier en date du 7 avril 2021, la société NMC a sollicité auprès de la Rapporteuse générale un report du délai imparti²⁵ auquel il a été répondu favorablement le 8 avril 2021²⁶. Puis, un nouveau report a été sollicité le 3 mai et accordé à titre exceptionnel par rapport à la date butoir initiale²⁷. Le date limite pour la remise des observations orales et écrites a ainsi été fixée respectivement au 21 mai 2021 et au 1^{er} juin 2021.
23. Par courrier en date du 21 mai 2021 et conformément aux dispositions de l'article Lp. 444-1, la société NMC a formulé des observations écrites adressées à la Rapporteuse générale de l'Autorité²⁸. Elle a également été entendue par le service d'instruction le 1^{er} juin 2021²⁹.
24. Elle a enfin pu exposer ses arguments devant l'Autorité lors de la séance du 8 juillet 2021.

II. Discussion

25. La discussion porte sur la procédure de contrôle suivie par le service d'instruction de l'Autorité (A), ainsi que sur le mode de computation des factures mentionné dans procès-verbal d'infractions (B).

A. Sur la procédure de contrôle suivie par le service d'instruction de l'Autorité

1. Les moyens soulevés en défense

26. La société NMC s'étonne dans ses écritures « *du traitement qui lui est réservé eu égard au traitement appliqué aux autres sociétés du secteur* »³⁰.
27. Elle se dit en premier lieu surprise de la durée de la procédure de contrôle : « *le service d'instruction a procédé à un contrôle en octobre 2019 pour notifier un procès-verbal en mars 2021, soit près d'un et demi après le début du contrôle* »³¹. Lors de leur audition, les représentants de la société NMC ont expliqué : « *On a aussi considéré, comme le contrôle a été effectué en 2019 et qu'entre-temps on a vu le résultat des contrôles sur les sociétés métallurgiques contrôlées en 2020, tout en considérant que nos CGA [conditions générales d'achat] étaient conformes à la loi, qu'on était dans notre bon droit. Pendant un an et demi, on n'a pas eu de retour de l'Autorité ce qui nous a laissé croire que tout allait bien. Dès qu'on a reçu le procès-verbal de constat d'infraction, on s'est mis en conformité.* »³²
28. Elle constate en deuxième lieu que, dans le cadre des décisions n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020 et 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020 qui concernaient respectivement les sociétés Vale, KNS et la SLN, « *le service d'instruction a*

²⁵ Annexe 50, cote 1662.

²⁶ Annexe 51, cote 1664.

²⁷ Annexe 52, cote 1672.

²⁸ Annexe 54, cotes 1675 à 1773.

²⁹ Annexe 55, cotes 1774 à 1778.

³⁰ *Ibid.* cote 1677.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

procédé à un contrôle des CGA qui étaient appliquées à l'ensemble des fournisseurs des sociétés concernées, sans examiner les factures des principaux fournisseurs, et n'a donc retenu qu'une seule infraction »³³.

29. Or, selon la société NMC, le service d'instruction de l'Autorité lui a indiqué que « *chaque infraction relevée est susceptible de donner lieu à une amende administrative de 5.000.000 XPF ainsi qu'à la publicité de la sanction* »³⁴. En conséquence, elle fait valoir qu'« *il apparaîtrait assez injuste que NMC se voit sanctionnée à hauteur de 5 millions XPF par infraction constatée quand ces autres sociétés contrôlées se sont vues sanctionnées, en tout et pour tout, à hauteur de 4 millions XPF* »³⁵.
30. En troisième et dernier lieu, la société NMC regrette que les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie « *ne laissent aucune marge de négociation aux parties et les privent de toute liberté contractuelle, pourtant reconnue par le droit métropolitain* »³⁶. Elle invoque l'avis de l'Autorité n° 2021-A-01 du 1^{er} février 2021, rendu à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dans lequel « *l'Autorité reconnaît que le délai de paiement légal en vigueur en Nouvelle-Calédonie est difficile à respecter en pratique, puisqu'en moyenne, les délais de paiement fournisseurs seraient d'environ 45 jours selon l'estimation de la CCI-NC* »³⁷. Dans cet avis, la société NMC relève en outre que « *l'Autorité préconise au gouvernement de fixer le délai de paiement légal maximal à quarante-cinq jours suivant la date d'émission de la facture* »³⁸.

2. La réponse de l'Autorité

31. A titre liminaire, il convient de rappeler qu'en vertu du I de l'article Lp. 461-1 du code de commerce, 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 livre IV du code de commerce.
32. En l'état du droit en vigueur, les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce imposant à l'acheteur de payer son fournisseur dans un délai maximum de 30 jours à compter de la réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service, ont pour objet de protéger les fournisseurs contre d'éventuels délais de paiement excessifs qui pourraient mettre en péril leur trésorerie. En Nouvelle-Calédonie, ce délai maximum légal est un délai impératif qui ne peut être allongé même par la voie contractuelle³⁹, sauf à ce qu'un accord interprofessionnel dérogatoire soit proposé en ce sens au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie puis approuvé conformément au dernier alinéa de l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
33. En réponse aux arguments soulevés par la société NMC, l'Autorité rappelle en premier lieu que l'instruction en matière de pratiques commerciales restrictives n'est contrainte que par le délai de prescription de trois ans, prévu au I de l'article Lp. 444-2 du code de commerce. En conséquence, en l'espèce, le délai de « *près d'un an et demi après le début du contrôle* » n'est pas nature de à entacher la procédure engagée devant l'Autorité.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibid.* cote 1679.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibid.* cote 1680.

³⁷ *Ibid.* cote 1681.

³⁸ *Ibid.* cote 1682.

³⁹ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020, n° 2020-PCR-03 du 20 octobre 2020 et n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020.

34. Au contraire, la durée de la procédure d'instruction et le fait que d'autres entreprises aient été, entre-temps, sanctionnées pour des infractions en matière de délai de paiement par l'Autorité entre juin et décembre 2020, dont la société Shell en raison de son contrat avec la société NMC, aurait pu conduire cette dernière à se mettre en conformité avec la réglementation relative aux délais de paiement avant même l'établissement de son procès-verbal d'infraction en date du 22 mars 2021.
35. En deuxième lieu, il est exact que le courrier de notification du procès-verbal de la Rapporteuse générale du 23 mars 2021 indique que « *les infractions relevées dans ce procès-verbal sont susceptibles chacune de donner lieu à une sanction pécuniaire prononcée par l'Autorité, en application de l'article Lp. 443-3 du code de commerce* »⁴⁰.
36. Néanmoins, l'Autorité considère que le contrôle réalisé en l'espèce par le service d'instruction révèle un manquement global de la part de la société NMC aux règles relatives aux délais de paiement vis-à-vis de ses fournisseurs au sens de l'article Lp. 443-3 du code de commerce. Le nombre de contrats contraires aux dispositions des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce, la fréquence des retards de paiement et la durée de ce manquement sont autant de critères dont il sera tenu compte dans l'appréciation du montant de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à l'entreprise.
37. En troisième et dernier lieu, l'Autorité ne peut que rejeter le dernier argument de la société NMC qui conteste la pertinence du cadre légal en vigueur que l'Autorité est chargée d'appliquer.
38. D'une part, dans son avis n° 2021-A-01 du 1^{er} février 2021, l'Autorité a recommandé au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de maintenir le délai légal maximal de règlement des sommes dues à 30 jours mais de clarifier, en revanche, le point de départ de ce délai légal afin de retenir la date d'émission de la facture. Ce n'est que dans l'hypothèse où le gouvernement maintiendrait « *sa proposition d'allongement des délais de paiement légaux interentreprises malgré le risque de dégradation de la trésorerie des entreprises susceptibles d'en résulter* » que l'Autorité a suggéré, à titre subsidiaire, de « *prévoir un délai de paiement maximal à 45 jours suivant la date d'émission de la facture plutôt qu'un délai de 30 jours fin de mois* » et « *d'augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et de 5 à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l'instar des sanctions pécuniaires prévue en cas de non-respect des règles de facturation (article Lp. 441-4 en vigueur)* »⁴¹.
39. D'autre part, l'Autorité ne peut que constater que le projet de loi du pays portant cette réforme n'a pas été adopté par le congrès de la Nouvelle-Calédonie et qu'au surplus, les pièces du dossier démontrent que la société NMC règle systématiquement plusieurs de ses principaux fournisseurs (Total, Socometra, Caltrac, Liebherr) dans un délai compris entre 45 et 121 jours à compter de la date d'émission de la facture.
40. Enfin, comme elle l'a déjà indiqué dans ses précédentes décisions n° 2020-PCR-01, 2020-PCR-03 et 2020-PCR-04 relatives à des infractions en matière de délais de paiement dans le secteur minier, le cadre légal en vigueur autorise déjà les acteurs économiques d'un même secteur de proposer des délais de paiement plus longs par le biais d'un accord interprofessionnel approuvé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie afin de s'adapter aux spécificités éventuelles du secteur concerné.

⁴⁰ Annexe 47, cote 1651.

⁴¹ Voir l'avis n° 2021-A-01 du 1^{er} février 2021, recommandation n° 5.

B. Sur le mode de computation des factures

1. Les moyens soulevés en défense

41. Il ressort des observations écrites de la société NMC qu'elle « ne conteste pas que la formulation mentionnée dans certains contrats conclus avec des fournisseurs contrôlés n'est pas en complète adéquation avec les dispositions légales du code de commerce »⁴². Elle estime cependant que « cette formulation n'est pas en soi contraire aux dispositions de l'article Lp. 443-2 puisque la réglementation impose au fournisseur de 'délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou de la prestation du service' et qu'il y a donc en principe concomitance entre la date de la facture et la date de remise de la facture »⁴³.
42. Par ailleurs, dans ses observations écrites comme orales, la société NMC met en avant ses « procédures de contrôle interne strictes » pour justifier le mode de computation des factures : « c'est uniquement pour garantir le respect des normes comptables qui imposent l'enregistrement d'une facture pour permettre d'opérer un paiement. En effet, le process interne de NMC veut que la réception d'une facture, par le service comptabilité de NMC, est indispensable au déclenchement du paiement. »⁴⁴. Au cours de la séance, les représentants de la société NMC ont précisé que si le contrôle peut être automatisé sur certaines prestations de service régulières, comme le roulage, celui-ci s'avère en revanche beaucoup plus complexe en cas de prestations de maintenance, en particulier en cas de panne ou d'incident.
43. La société NMC revient également sur le mode de computation afférent aux contrats de tâcheronnage passés avec la société Gemini et la société Serka.
44. La société NMC relève dans ses écritures que « s'agissant du fournisseur GEMINI, il apparaît que le service d'instruction n'a pas appréhendé correctement la situation »⁴⁵. La société NMC fait en effet valoir que « le contrat de tâcheronnage conclu avec GEMINI prévoit que le paiement des prestations effectuées par GEMINI est mensualisé. Ces paiements mensuels constituent donc des avances. Les factures de GEMINI sont donc émises et réglées avant l'exécution des prestations. »⁴⁶. Les représentants de la société NMC ont précisé au cours de leur audition du 1^{er} juin 2021 que grâce au mécanisme de mensualisation « GEMINI bénéficie ainsi d'un paiement tous les mois au lieu de tous les trois mois »⁴⁷. Dès lors, la société NMC conteste l'infraction qui lui est reprochée dans ce cadre.
45. S'agissant du contrat passé avec la société Serka, la société NMC revient sur ses contraintes internes de validation et fait valoir qu'elle « s'est toujours efforcée de régler les factures dans le délai légal »⁴⁸. Elle ajoute que les « différentes 'infractions' relevées par le service d'instruction découlent en réalité essentiellement du calendrier des jours fériés ou de fêtes »⁴⁹.
46. La société NMC signale également n'avoir « pas compris le reproche fait par le service d'instruction » quant au contrat conclu avec la société Salmon NC pour la location d'engins de transport. La société NMC estime ainsi que le délai de « 25 jours à la date d'émission de la facture en fin de mois ne constitue pas une infraction. En effet, on parle d'un loyer et non d'une prestation. »⁵⁰.

⁴² Annexe 54, cote 1678.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibid.* cote 1678.

⁴⁵ *Ibid.* cote 1686.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Annexe 55, cote 1776.

⁴⁸ *Ibid.* cote 1687.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Annexe 55, cote 1777.

47. Enfin, selon la société NMC, le mode de computation des factures fait aussi débat dans le contrat passé avec la société Socometra. Elle précise que « *le délai contractuel de paiement est de 30 jours après émission des factures. Il est donc conforme à la réglementation. En revanche, il est vrai que le délai mentionné sur les factures émises par SOCOMETRA est de 30 jours fin de mois, sans que NMC ne soit à l'origine de cette demande. Après discussion avec le fournisseur, il apparaît que c'est le paramétrage de facturation du fournisseur qui a été mal renseigné par ce dernier.* »⁵¹ En conséquence, la société NMC conclut : « *Il paraît injuste de sanctionner NMC dans ce contexte. Nous sollicitons donc l'indulgence de l'Autorité eu égard à la sanction qu'elle pourrait prononcer à l'encontre de NMC au titre de cette infraction.* »⁵².
48. Concernant les délais de paiement très longs constatés à l'égard des sociétés Liebherr et Caltrac, les représentants de la société NMC ont souligné au cours de la séance que cette situation s'explique par la transmission tardive des factures de la part de ses fournisseurs après plusieurs relances malgré la réalisation de la prestation ou la livraison du bien, sans toutefois présenter d'éléments matériels au soutien de cet argument.

2. La réponse de l'Autorité

49. En premier lieu, il convient de rappeler que le premier alinéa de l'article Lp. 443-2 du code de commerce prévoit explicitement 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.* » et que l'article Lp. 441-3 du même code énonce que : « *Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service* ».
50. En principe, la date d'émission de la facture doit donc être concomitante à la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation et constitue le point de départ de computation du délai de trente jours, visé à l'article Lp. 443-2 du code de commerce, contrairement à la date de réception de la facture qui peut être postérieure.
51. En l'espèce, s'il est vrai que la date d'émission de la facture est susceptible de correspondre à la date de réception de la facture si celle-ci est transmise à l'acheteur le jour de la livraison du bien ou de la réalisation de la prestation comme le fait valoir la société NMC, il ressort des dix contrats versés au dossier que seuls les contrats avec les sociétés SLN, Cotransmine, Socometra mentionnant la date d'émission de la facture seraient alors conformes. En revanche, les sept autres contrats examinés prévoient en tout état de cause un point de départ du délai de paiement postérieur à la date de réalisation de la prestation ou de livraison du bien et un délai supérieur à 30 jours. En outre, il ressort de l'instruction que dans les faits, les délais de paiement à l'égard de la société Socometra est de 48 jours en moyenne⁵³ contrairement aux mentions figurant au contrat. Si l'Autorité admet que la société NMC ne peut pas être tenue pour responsable du paramétrage de l'outil informatique de son fournisseur, elle considère néanmoins qu'il appartient à la société NMC, en tant qu'acheteur, de respecter le délai de paiement légal, d'autant plus qu'il est rappelé dans le contrat passé avec la société Socometra.
52. En deuxième lieu, l'Autorité admet que le respect des procédures internes de vérification des factures des fournisseurs constitue une contrainte forte pour les entreprises, en particulier en cas de prestations de maintenance⁵⁴. Toutefois, comme elle a déjà eu l'occasion de l'indiquer

⁵¹ *Ibid.* cote 1689.

⁵² *Ibidem.*

⁵³ Voir annexe 01, cote 19.

⁵⁴ 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.* »

dans le cadre de décisions passées⁵⁵, cette circonstance ne peut justifier le non-respect des règles applicables en matière de délais de paiement qui restent obligatoires quels que soient la taille, les contraintes internes et le rôle économique des entreprises concernées. En outre, la mise en conformité des entreprises sanctionnées par l'Autorité, y compris dans le secteur minier⁵⁶, démontre que les process internes de contrôle peuvent être adaptés pour répondre aux exigences légales en matière de délai de paiement.

53. La société NMC le confirme également dans ses observations en évoquant ses efforts pour les « *petits prestataires miniers (roulage, transport de personnels, arrosages etc.) (qui) sont payés dans des délais très inférieurs au délai légal puisque le délai de paiement moyen de ces prestations minières est, en 2019 et 2020, d'environ 10 jours, date d'émission de la facture* »⁵⁷. Elle le confirme de nouveau en soulignant la mise en œuvre d'une démarche de mise en conformité de ses contrats, l'adaptation de ses procédures, le nouveau paramétrage de son logiciel de comptabilité et l'introduction d'un nouveau process de contrôle des factures depuis la réception du procès-verbal d'infractions du 22 mars 2021, au sein de la société NMC et de l'ensemble des sociétés du groupe auquel elle appartient, qui devraient lui permettre de respecter la règle en vigueur.
54. En troisième lieu, concernant le règlement des sommes dues au titre du contrat de location conclu avec la société Salmon NC, l'Autorité rappelle que la location est une prestation de services. L'article 1709 du code civil applicable en Nouvelle-Calédonie dispose ainsi que : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». La partie qui met à disposition la chose louée assure donc une prestation de location au profit de la partie qui dispose de la chose louée, en contrepartie d'un loyer. Les prestations sur une longue période, de type location, ne sont pas expressément prévues par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Pour autant, elles donnent lieu la plupart du temps et comme cela est le cas entre la société NMC et la société Salmon NC, à l'émission de factures périodiques, lesquelles doivent être réglées dans le délai prévu à l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
55. En quatrième lieu, l'Autorité constate en revanche que malgré un contrat de tâcheronnage avec la société Serka prévoyant un délai de règlement illégal, les factures versées au dossier font état de retards de paiement très légers par rapport au délai légal maximum qui résultent, selon toute vraisemblance de jours chômés ou non-ouvrés, comme le soutient la société NMC. L'Autorité en déduit que le délai de règlement à 30 jours fin de mois prévu dans l'ancienne version du contrat n'a manifestement pas porté préjudice à la société Serka.
56. De plus, l'Autorité admet que l'infraction relevée à l'encontre de la société NMC à l'égard de la société Gemini ne lui a causé aucun dommage et qu'elle n'a aucun impact sur le plan concurrentiel en raison de circonstances très spécifiques.
57. En effet, d'une part la société Gemini ne dispose actuellement d'aucun concurrent susceptible de réaliser les mêmes prestations qu'elle sur les sites miniers de la société NMC situés à Nakéty. D'autre part, les factures versées au dossier montrent que la société NMC procède le plus souvent à des paiements mensuels anticipés, en application d'un mécanisme de « *facturation mensuelle et avance sur paiement* »⁵⁸ prévu à l'article 8.1.1 de son contrat, alors même que les prestations de tâcheronnage n'ont pas encore été entièrement réalisées par la société Gemini. Comme cela a été clarifié au cours de la séance, ce dispositif d'avance sur paiement et de

⁵⁵ Voir les décisions n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020 et n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Annexe 54, cote 1680.

⁵⁸ Annexe 08, cote 89.

régularisation permet de préserver la trésorerie de la société Gemini dont l'activité est très variable dans l'année compte tenu des conditions météorologiques notamment.

58. L'Autorité rappelle toutefois qu'en application de l'article Lp. 514 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie : « *La facture peut être établie périodiquement pour plusieurs livraisons de biens ou prestations de services réalisées au profit d'un même acquéreur ou preneur et pour lesquelles l'exigibilité intervient au cours d'un même mois civil. Elle est alors établie au plus tard à la fin de ce mois.* ». Il en résulte que le délai de paiement des factures périodiques ne peut excéder trente jours à compter de la date d'émission de ces factures.
59. L'Autorité observe également que le mode de règlement de la société Gemini par la société NMC est complété, à l'article 8.1.2, par un mécanisme de « *facture au chargement* » qui est « *provisoire* » et qui permet également de palier la difficulté pratique liée à une rémunération de la prestation de chargement qui dépend de la teneur en nickel des produits transportés sur le minéralier, laquelle doit être contrôlée par la DIMENC après le départ du minéralier pour que la société Gemini puisse établir la facture définitive en application du point 8.1.3 de l'avenant.
60. L'Autorité reconnaît que, dans certaines situations, le prix peut ne pas être fixé au moment de l'enlèvement ou de la livraison de la marchandise mais est déterminé ultérieurement à partir d'éléments qui ne dépendent plus de la volonté des parties. Tel est le cas par exemple des contrats de vente se référant à une cotation ultérieure pour la détermination du prix, ou, lorsque, comme en l'espèce, le prix dépend du contrôle de l'administration calédonienne. La facture doit alors être émise dès que le prix est connu et être réglée dans les trente jours suivant l'émission de la facture.
61. L'Autorité en conclut que les termes du contrat de tâcheronnage entre la société Gemini et la société NMC relatifs à la facturation ne sont pas conformes dès lors qu'ils visent le délai de « réception » de la facture.
62. En cinquième et dernier lieu, les comptes annuels de la société NMC confirment qu'en pratique le délai moyen de règlement de ses fournisseurs, sur la période 2017-2020 est, selon la méthode de calcul INSEE retenue par la Banque de France⁵⁹, de 63 jours, soit deux fois plus que le délai légal, comme le montre le tableau ci-dessous :

Intitulé	2017	2018	2019	2020	
Total Dettes fournisseurs	2 472 678 869	2 788 386 259	2 268 663 586	2 471 134 091	2017-2020
Avances et acomptes versés sur commandes	205 371 238	240 763 950	50 064 423	128 925 574	
Total achats et charges externes	14 201 754 405	12 275 583 295	13 902 241 379	13 815 229 723	
Délai moyen de paiement en jours	57	75	57	61	63

63. Il s'ensuit que le manquement constaté par procès-verbal en l'espèce est largement généralisé et résulte du comportement délibéré de la société NMC de ne pas respecter les règles en matière de délais de paiement, depuis plus de sept ans pour certains contrats et jusqu'au mois de mai 2021, date à laquelle elle a signé les derniers avenants pour mettre ses contrats en conformité avec l'article Lp. 443-2 du code de commerce.

⁵⁹ Méthode de calcul INSEE : (Total Dettes fournisseurs - Avances et acomptes versés sur commandes) / (Total achats et charges externes /360), source : [rapport de l'observatoire des délais de paiements 2018](#), p. 129.

III. Appréciation des sanctions

64. Comme indiqué précédemment, le procès-verbal réalisé en l'espèce par le service d'instruction de l'Autorité révèle un manquement global de la part de la société NMC aux règles relatives aux délais de paiement vis-à-vis de ses fournisseurs. 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 NMC pour ce manquement est de 5 millions de francs CFP.
65. 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 NMC a été informée par la Rapporteuse générale du fait que la « *sanction de publicité pourra se faire sous la forme d'un communiqué portant extraits de la décision publié sur la page d'accueil du site internet de la société Nickel Mining Company pendant une durée de 3 mois et d'un communiqué portant extraits de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie.* »⁶⁰
66. Le montant des sanctions administratives prononcées par l'Autorité de la concurrence 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.
67. Pour déterminer le montant de la sanction en matière de violation des délais de paiement, l'Autorité tient compte de la gravité de la pratique, du dommage causé à l'économie et aux entreprises concernées, du comportement de l'entreprise au cours de la procédure et de sa situation individuelle.

A. Sur la gravité de la pratique et le dommage à l'économie

68. A titre principal, 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.
69. L'Autorité souligne en outre que les délais de paiement entre professionnels sont d'ordre public : il ne peut y être dérogé par voie contractuelle et ce même si les parties en sont d'accord. Ceci est confirmé par la pratique décisionnelle de l'Autorité⁶¹ de même que par une jurisprudence bien établie. Ainsi, dans un jugement du 2 septembre 2019, le Tribunal de commerce de Paris indique 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* »⁶².

⁶⁰ Annexe 47, cote 1651.

⁶¹ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020, n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020, n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020 et n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020.

⁶² Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

70. La circonstance que les délais de paiement prévus dans les contrats de la société NMC avec ses principaux fournisseurs relevaient, selon elle, « *d'une contrepartie commerciale, mutuellement agréée* »⁶³ n'est donc pas de nature à exonérer la société NMC de ses responsabilités.
71. L'Autorité estime cependant, comme elle l'a fait dans la décision n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 que la responsabilité des parties peut être partagée dans le cadre de la négociation et la signature d'un contrat bilatéral, dès lors que le risque de dépendance économique n'est pas à l'œuvre.
72. La société NMC assure dans ses observations écrites comme orales que les termes des contrats examinés dans le cadre de la présente procédure sont fixés « *d'un commun accord avec les fournisseurs concernés* »⁶⁴ et elle estime qu'« *il apparaît (...), s'agissant des groupes comme TOTAL et SSP, disproportionné de conclure que dispositions contractuelles ont été rédigées 'dans l'intérêt exclusif de NMC et au détriment' de ces fournisseurs.* »⁶⁵.
73. L'Autorité constate en effet que la société NMC a apporté la preuve dans ses écritures des relances effectuées en 2019 pour obtenir les factures de son fournisseur SSP⁶⁶. Ces pièces confirment que la société NMC est effectivement confrontée à des factures qui « *comportent des erreurs, donnent lieu à des corrections ou arrivent en retard* »⁶⁷ et qu'elle tâche de se conformer à l'obligation qui incombe à l'acheteur de réclamer la facture, comme le prévoit le deuxième alinéa de l'article Lp. 441-3 du code de commerce⁶⁸. De la même manière, l'Autorité constate que les retards de paiement à l'égard de la société Serka sont très légers et ne sont pas de nature à lui avoir causé un dommage.
74. Toutefois, si les fournisseurs de la société NMC peuvent tolérer, comme elle le soutient, des délais de paiement illégaux grâce à une « *assise financière* »⁶⁹ suffisante, il est certes possible d'écarter le risque de dépendance économique mais pas d'atténuer la gravité de la pratique reprochée à la société NMC car le non-respect des règles relatives aux délais de paiement fait naître un risque de distorsion de la concurrence à l'égard des fournisseurs ayant une assise financière plus limitée.
75. La société NMC soutient également que « *son intention n'est pas de léser les fournisseurs concernés* »⁷⁰, qu'elle n'a retiré aucun avantage en termes de trésorerie, ni en faisant valoir, par exemple, que le montant des factures payées avec retard était, dans certains cas, « *relativement modeste* »⁷¹.
76. Toutefois, il est de jurisprudence constante 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 résulte⁷². L'atteinte à l'ordre public économique est d'autant plus importante que la société NMC se prévaut d'un rôle et d'un statut particulier sur le marché calédonien puisqu'elle

⁶³ Annexe 54, cote 1683.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibid.* cote 1683.

⁶⁶ Annexe 54, cotes 1692 à 1773.

⁶⁷ *Ibid.* cote 1678.

⁶⁸ « *Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer.* »

⁶⁹ *Ibid.* cote 1680 : La société NMC affirme en outre que « *l'assise financière des fournisseurs susvisés leur permet d'accepter des délais de paiement dérogatoires dont ils savent, contrairement à ce qu'indique l'Autorité, qu'ils n'auront pas d'impact négatif sur leur trésorerie* ».

⁷⁰ *Ibid.* cote 1678.

⁷¹ *Ibid.* cote 1691.

⁷² CAA de Versailles. 7ème ch. 3 octobre 2019. N° 18VE00503

s'affiche, sur son site Internet, comme une « *entreprise pays participant au développement économique et social de la Nouvelle-Calédonie* » et comme un « *acteur du rééquilibrage* »⁷³. Dans ses observations écrites, elle indique également qu'elle « *compte 694 salariés et fait appel, sur l'ensemble du Territoire, à environ 1900 prestataires et fournisseurs* »⁷⁴.

77. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'adoption de clauses contractuelles contraires à la réglementation relative aux délais de paiement et leur mise en œuvre à l'égard de la majorité de ses principaux fournisseurs sont des pratiques graves qui ont pu porter atteinte à l'ordre public économique.

B. Sur la démarche de mise en conformité de l'entreprise NMC

78. Dans ses observations écrites du 21 mai 2021, la société NMC indique avoir « *pris la mesure de la gravité des sanctions qu'elle encourt et [avoir] entamé un process important et effectif de mise en conformité* »⁷⁵.
79. Elle met en avant sa bonne foi et l'absence de volonté de nuire, notamment au travers sa relation avec les « *'petits' prestataires miniers* »⁷⁶ qui peuvent bénéficier d'avances accordées par la société NMC « *avant la réalisation des prestations pour aider (ses) sous-traitants à faire face à leurs difficultés sans pour autant demander des contreparties.* »⁷⁷
80. De plus, la société NMC fait valoir dans ses observations écrites comme orales qu'elle s'est mise en conformité après avoir reçu le procès-verbal d'infractions du service d'instruction et qu'elle a « *amélioré, en lien avec ses fournisseurs, son processus de contrôle des factures pour garantir à ces derniers un délai de traitement et de paiement conforme aux dispositions légales (et contractuelles).* »⁷⁸
81. La société NMC ajoute enfin que « *l'enquête diligentée par le service d'instruction et les décisions rendues par l'Autorité ont eu un effet dissuasif sur NMC qui, après la résiliation du contrat TOTAL, a conclu avec MOBIL un contrat d'approvisionnement en carburant prévoyant des délais conformes à la réglementation, ce qui est de nature à atténuer sa responsabilité* »⁷⁹.
82. Pour sa part, l'Autorité déplore que la société NMC ait attendu le procès-verbal d'infractions dressé par le service d'instruction le 22 mars 2021 pour prendre conscience de la nécessité de se conformer aux dispositions légales en vigueur depuis 2014. Elle souligne à cet égard qu'en dépit de l'injonction prononcée à l'encontre de la société SSP dans la décision n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 de mettre en conformité ses documents contractuels avec la société NMC dans un délai d'un mois, il ait fallu plusieurs relances de la société SSP auprès de la société NMC pour obtenir la signature de l'avenant proposé en mars 2021.
83. L'Autorité retient néanmoins que la société NMC a finalement engagé une démarche de mise en conformité de la plupart de ses contrats et a révisé en profondeur ses procédures internes de contrôle et de traitement, après réception de son procès-verbal d'infractions mais avant l'issue de la procédure.
84. L'Autorité constate ainsi que la société NMC lui a bien transmis copie des avenants aux contrats non-conformes contrôlés par le service d'instruction à l'exception de ceux passés avec les sociétés Salmon et Gemini. A titre d'exemple, le contrat de tâcheronnage passé avec la société

⁷³ Voir le site Internet de la société NMC : <https://nmc.nc/>

⁷⁴ Annexe 54, cote 1677.

⁷⁵ Annexe 54, cote 1677.

⁷⁶ *Ibid.* cote 1680.

⁷⁷ Annexe 55, cote 1777.

⁷⁸ Annexe 54, cote 1680.

⁷⁹ *Ibid.* cote 1684.

Serka prévoit désormais au point 7.1⁸⁰ que : « *La facture, conforme aux exigences de NMC, sera payée par virement bancaire dans le délai prévu à l'article Lp. 443-2 du code de commerce applicable en Nouvelle Calédonie.* »⁸¹. La société NMC a également apporté la preuve des relances effectuées auprès de la société SSP en 2019 pour la communication de ses factures⁸².

85. Cette démarche de mise en conformité avant l'issue de la procédure devant l'Autorité méritera d'être prise en compte dans l'évaluation du montant de la sanction.

C. Sur la situation individuelle de la société

86. Dans ses observations écrites, la société NMC fait valoir que « *la trésorerie de la société [a été] déjà fortement impactée par :*
- *les intempéries du début d'année qui retardent les opérations de production mine et donc les exportations à destination de SNNC,*
 - *la situation sanitaire COVID qui a également fortement ralenti les opérations minières pendant la période de confinement,*
 - *la chute du gouvernement de la Nouvelle Calédonie qui devait se prononcer l'autorisation sollicitée par NMC d'exporter du minerai à destination de la société chinoise YICHUAN (et qui considère ce sujet comme n'entrant pas dans le champ des affaires courantes)*
- le tout impactant le chiffre d'affaires de NMC et donc sa trésorerie.»*⁸³.
87. Elle fait également état de « *la situation de la SMSP, actionnaire majoritaire de NMC, qui a sollicité et obtenu, le 17 mai 2021, du Tribunal Mixte de Commerce de Nouméa, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.* »⁸⁴
88. S'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 établie⁸⁵, il n'en demeure pas moins que la situation financière difficile de l'entreprise mérite, en l'espèce, d'être prise en compte dans l'évaluation du montant de la sanction.

D. Sur la nature des sanctions retenues

89. Compte tenu de la gravité de la pratique et du dommage à l'économie qui en résulte, l'Autorité considère que le non-respect des délais de paiement de la part de la société NMC depuis près de sept ans à l'égard de la majorité de ses principaux fournisseurs aurait pu justifier de lui imposer une sanction pécuniaire à son niveau maximal.
90. Néanmoins, compte tenu de sa démarche de mise en conformité depuis la constatation de l'infraction relevée par le service d'instruction jusqu'en séance, l'Autorité considère que le montant maximal de la sanction pécuniaire peut faire l'objet d'un abattement de 10 %. En outre, étant donné sa situation financière déficitaire en 2020, cet abattement est porté à 20 %.
91. En conséquence, l'Autorité décide que :
- La société NMC a enfreint les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce.

⁸⁰ La formulation initiale du point 7.1 du contrat entre la société NMC et la société Serka était : « *La Société s'engage à procéder au paiement des factures dans les 30 jours fin de mois de leur date de réception.* »

⁸¹ Annexe 54, cote 1701.

⁸² *Ibid.* cotes 1692 à 1773.

⁸³ *Ibid.* cote 1681.

⁸⁴ *Ibid.* cote 1680.

⁸⁵ TGI Bordeaux, 7 février 2005. Cité par le [rapport annuel 2006/2007](#) de la Commission d'examen des pratiques commerciales, page 57.

- Il est enjoint à la société NMC de mettre en conformité ses documents contractuels avec les sociétés Gemini et Salmon dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision ;
- Il est infligé à la société NMC une amende administrative de 4 millions de F. CFP en raison de la violation des dispositions relatives aux délais de paiement visées à l'article Lp. 443-2 du code de commerce ;
- Il est enjoint à la société NMC de publier, dans les 30 jours suivants la notification de la décision, un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, intitulé « **NMC sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021** ». 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.

DÉCISION

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

Article 2 : Une sanction pécuniaire de 4 millions de F. CFP est infligée à la société Nickel Mining Company.

Article 3 : Il est enjoint à la société Nickel Mining Company de mettre en conformité tous ses documents contractuels avec la réglementation en vigueur et d'en rendre compte à l'Autorité s'agissant des contrats passés avec les sociétés Salmon et Gemini dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision.

Article 4 : Il est enjoint à la société Nickel Mining Company de publier, dans les 30 jours suivants la notification de la décision, un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, intitulé « *NMC sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021* » 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.

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.

[LOGO]

NMC sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021

« Par décision du 29 juillet 2021, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a enjoint à la société Nickel Mining Company (ci-après, « la société NMC ») de mettre en conformité ses documents contractuels avec les règles relatives aux délais de paiement et lui a infligé une amende de 4 millions de francs CFP.

En l'espèce, la société NMC a établi et appliqué des contrats avec ses principaux fournisseurs prévoyant des conditions de règlement à « 30 jours fin de mois », à « 30 jours date de réception

de la facture » à « 60 jours date de réception de la facture » ou encore à « 25 jours fin de mois date de la facture » alors que l'article Lp. 443-2 du code de commerce, introduit par la loi du 14 février 2014, 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. L'examen des factures de la société NMC confirme que le règlement des sommes dues est compris entre 29 et 120 jours et que le délai moyen de règlement de ses fournisseurs est de 63 jours en moyenne entre 2017 et 2020.

Certains de ces contrats ont été en vigueur pendant plus de sept ans et jusqu'en mai 2021, date à laquelle la société a entamé une démarche de mise en conformité.

Article 5 : 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 Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président Monsieur Robin Simpson, M. Walid Chaiehloudj et Mme Nadège Meyer, membres de l'Autorité.

La secrétaire de séance,



Flavienne Haluatr

La présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre