



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2021-PCR-02 du 29 juillet 2021
relative à des pratiques de la Société Gemini
en matière de facturation

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* » et ses articles Lp. 441-3 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 22 mars 2021 ;

Vu le courrier du 23 mars 2021 notifiant à la Société Gestion-Exploitation Mines de Nickel (ci-après « la société Gemini ») le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021 ;

Vu les observations formulées par la société Gemini par courrier en date du 24 avril 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le service juridique de l'Autorité et les représentants de la société Gemini 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 règles de facturation 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 Gestion-Exploitation Mines de Nickel (ci-après « la société Gemini »), active dans le secteur minier.

Les échantillons de factures de la société Gemini émises en 2019 et 2020 montrent que la société a omis de faire apparaître de façon systématique la date à laquelle le règlement doit intervenir, le prix unitaire hors taxe, les conditions d'escompte et le taux des pénalités exigibles en cas de retard de paiement. Or, chacune de ces mentions fait partie des éléments obligatoires devant figurer sur la facture, comme le prévoit expressément l'article Lp. 441-3 du code de commerce. Le procès-verbal constate donc que la société Gemini est en infraction et rappelle que cette pratique est passible d'une sanction administrative dont le montant ne peut excéder 45 millions F. CFP pour une personne morale et, le cas échéant, d'une sanction de publicité.

Dans ses observations, la société Gemini explique se trouver dans une situation très spécifique, n'ayant qu'un seul client, la société Nickel Mining Company (NMC), et reconnaît « *les problèmes purement formels (...) que présentent [ses] factures* » qui n'ont jamais posé de difficulté à la société NMC. Elle démontre les avoir mises en conformité avec les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce dès qu'elle s'est rendue compte d'être en infraction à la réception du procès-verbal.

Dans cette décision, l'Autorité rappelle que la volonté du législateur en matière de facturation entre professionnels est « *d'assurer, au travers d'obligations formelles, la transparence dans les échanges économiques et de favoriser une concurrence saine et loyale* ». Il importe en effet que « *la nature de la prestation et ses caractéristiques puissent être mises en rapport avec le prix pratiqué en contrepartie, et par-là même favoriser une négociation commerciale la concernant* ». L'Autorité précise également que la facture est un document autonome et que « *les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent* », comme le souligne la jurisprudence constamment rappelée de la Cour de cassation. Elle souligne enfin que, même en cas de franchise de taxe comme en l'espèce, le code de commerce et le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie imposent de préciser sur la facture la mention : « *Opération réalisée en franchise de taxe conformément à l'article LP. 506-2 ou LP. 506-3 du code des impôts* ». De la même manière, même si la société Gemini n'accorde pas d'escompte, elle doit le préciser sur ses factures.

En l'espèce, l'Autorité constate que la société Gemini ne conteste pas avoir enfreint les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce. L'Autorité considère qu'en l'espèce, les manquements relevés à l'encontre de la société Gemini ne revêtent pas un caractère grave et n'ont causé aucun dommage à son seul client ni de dommage à l'économie. En effet, la société Gemini se trouve dans une situation tout à fait particulière, n'ayant aucun autre client que la société NMC ni aucun concurrent à ce jour sur les sites miniers de la société NMC où elle opère. Dès lors, le risque que l'omission de certaines mentions obligatoires sur ses factures aient pu porter atteinte à une concurrence saine et loyale peut être écarté. De plus, le fait que les prestations de service de la société Gemini soient réglées le plus souvent par des « *paiements en avance* » de la part de la société NMC en vertu de leur contrat permet d'écarter le risque de retards de paiement qui résulteraient de l'omission de la date de règlement et du taux de pénalité exigible en cas de retard de paiement.

L'Autorité constate par ailleurs que la société Gemini est une PME dont l'activité dépend exclusivement de sa relation commerciale avec la société NMC. Elle a pleinement coopéré depuis le début de la procédure d'enquête engagée par le service d'instruction en novembre 2019 en transmettant ses factures adressées à la société NMC, celle-ci faisant également l'objet d'une procédure d'enquête parallèle. Pour autant, la société Gemini n'a pas été informée des irrégularités sur ses factures relevées par le procès-verbal avant sa notification le 22 mars 2021 et ne disposait d'aucun service juridique ou de ressources en interne susceptibles de l'alerter, en amont, sur le

risque d'être poursuivie à ce titre. L'Autorité constate enfin que la société Gemini a immédiatement engagé une démarche de mise en conformité de ses factures dès la notification de son procès-verbal d'infraction le 23 mars 2021, comme le montre les factures émises entre avril et juillet 2021, transmises lors de la séance.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité considère qu'il n'y a pas lieu de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Gemini mais lui enjoint de modifier ses factures pour se conformer parfaitement aux dispositions de l'article Lp. 441-3 en faisant apparaître la date de règlement attendue conformément à l'article Lp. 443-2 du code de commerce. L'Autorité lui enjoint également de modifier les articles 8.2 et 8.3 de l'avenant n°1 au contrat n° NMC-ASR-209 du 1^{er} février 2013 afin de prévoir un délai de paiement de trente jours à compter de la date d'émission de ses factures périodiques et récapitulatives. Ces injonctions doivent être mises en œuvre dans les trente jours suivant la notification de la présente 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 de l'infraction et le respect du contradictoire	5
A. Le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021	5
B. La procédure contradictoire	7
II. Discussion	8
A. Sur l'absence de date de règlement	8
1. Les moyens soulevés en défense	8
2. La réponse de l'Autorité	8
B. Sur l'absence de mention du prix unitaire hors taxe	10
1. Les moyens soulevés.....	10
2. La réponse de l'Autorité	10
C. Sur l'absence de mention des conditions d'escompte et du taux de pénalités exigibles	11
1. Les moyens soulevés.....	11
2. La réponse de l'Autorité	11
III. L'appréciation des sanctions	12
DÉCISION	13

I. La procédure de constatation de l'infraction et le respect du 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 visé par l'article Lp. 450-2 du code de commerce 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 Gemini est une société active dans le secteur l'exploitation minière 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 Gemini des dispositions du Titre IV relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence, du Livre IV du code de commerce.
4. L'article Lp. 441-3 du code de commerce encadre strictement la facturation des entreprises et énonce les éléments devant impérativement y figurer. Il y est notamment prévu au troisième alinéa et suivants que :

«*La facture numérotée doit mentionner les éléments suivants :*

- *le nom des parties ainsi que leur adresse ;*
- *la date de la vente ou de la prestation de service ;*
- *la quantité ;*
- *la dénomination précise du bien ou de la prestation de service ;*
- *le prix unitaire des produits et marchandises vendus ;*
- *le prix unitaire hors taxe ainsi que le taux et le montant de la taxe correspondante pour les prestations de service soumises, le cas échéant, à une taxation ;*
- *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ;*
- *le prix de vente détail maximum licite lorsqu'il résulte des dispositions d'une réglementation des prix particulière en vigueur ;*
- *la somme nette totale à payer.*

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé »

En cas de facture récapitulative, tout document commercial intermédiaire ou document d'accompagnement (bordereau de livraison) doit mentionner l'ensemble des obligations ci-dessus en ce qui concerne la formation du prix ainsi que le prix total » (soulignements ajoutés).

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 02 : Extrait Kbis Gemini, cotes 12-14. La société Gemini est une société par actions simplifiée, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nouméa sous le numéro 575 233 depuis le 30 juillet 2002, sise 26-28 rue des Frères Terrasson Baie de Numbo - BP 994 98845 Nouméa.

5. En cas d'infraction à ces dispositions, les sanctions encourues sont prévues à l'article Lp. 441-4 du même code :

« I- Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8 500 000 F CFP pour une personne physique et 45 000 000 F CFP pour une personne morale le fait :

- de ne pas délivrer de facture dans les conditions, telles que précisées à l'article Lp. 441-3,
- de délivrer une facture ne comportant pas les mentions obligatoires prévues par les dispositions de ce même article,
- de ne pas détenir de factures dans le cadre d'achat de produits, marchandises ou services, en application de l'article Lp. 441-3. »

6. A l'examen des dix dernières factures de la société Gemini à sa cliente la société Nickel Mining Company (ci-après « la société NMC »), telles que transmises au service d'instruction de l'Autorité le 13 novembre 2019, et des neuf dernières factures³ de la société Gemini, transmise le 12 mars 2021, 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 transparence des relations commerciales.

7. Dans le procès-verbal de constatation d'infraction du 22 mars 2021, il est ainsi reproché à la société Gemini « l'absence systématiquement des quatre mentions suivantes [sur ses factures] :

- la date à laquelle le règlement doit intervenir ;
- le prix unitaire hors taxe ;
- les conditions d'escompte ;
- le taux des pénalités exigibles »⁴.

8. L'ensemble des infractions constatées peut être synthétisé dans le tableau suivant :

Numéro de facture	Montant HT (en XPF)	Date de la facture	Date de règlement	Prix unitaire HT	Escompte	Taux de pénalités
1922	[Confidentiel]	30 sept. 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1921	[Confidentiel]	18 sept. 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1920	[Confidentiel]	31 août 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1919	[Confidentiel]	23 août 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1916	[Confidentiel]	31 juillet 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1915	[Confidentiel]	30 juin 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1914	[Confidentiel]	30 juin 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1913	[Confidentiel]	7 juin 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1912	[Confidentiel]	31 mai 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
1911	[Confidentiel]	30 avril 2019	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2101	[Confidentiel]	31 janv.2021	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2019	[Confidentiel]	31 décembre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2018 ⁵	[Confidentiel]	30 décembre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2017	[Confidentiel]	30 novembre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2016	[Confidentiel]	11 novembre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2015	[Confidentiel]	31 octobre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2014	[Confidentiel]	30 sept.2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2013	[Confidentiel]	29 sept.2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.
2012	[Confidentiel]	9 septembre 2020	Abs.	Abs.	Abs.	Abs.

³ La demande du service d'instruction portait sur les dix dernières factures de la société Gemini qui a transmis deux fois la même facture. Voir Annexe 01, cote 03 et Annexe 06, cote 35 à 45.

⁴ Annexe 01, cotes 4 et 5.

⁵ La société Gemini a transmis deux fois la même facture. Voir annexe 6, cotes 35 à 45.

9. Selon le procès-verbal, ces manquements ne permettent pas « *de garantir la transparence des relations commerciales entre la société Gemini et ses clients et, en particulier, le respect des prescriptions imposées par l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif à la législation d'ordre public sur les délais de paiement.* »⁶
10. En outre, le service d'instruction a constaté que les « *deux échantillons de factures contrôlées successivement, à plus d'un an d'intervalle, présentent des irrégularités similaires* » et considéré que les manquements identiques pour des clients différents, en l'espèce les sociétés NMC et Gemco, traduisaient « *l'existence, au stade de l'émission des factures, d'un non-respect généralisé du formalisme imposé par l'article Lp. 441-3 du code de commerce de la part de la société Gemini.* »⁷
11. Enfin, le procès-verbal précise que la durée du comportement litigieux est établie « *du 30 avril 2019, date d'émission de la première facture non-conforme jusqu'au 31 janvier 2021, date d'émission de la dernière facture non-conforme.* »⁸

B. La procédure contradictoire

12. 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.* ».
13. Le procès-verbal d'infraction établi le 22 mars 2021 par le service d'instruction a été notifié à la société Gemini le 23 mars 2021 par courrier de la Rapporteuse générale de l'Autorité⁹. 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 dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie¹⁰.
14. Par courrier en date du 24 avril 2021 et conformément aux dispositions de l'article Lp. 444-1, la société Gemini a adressé des observations écrites à l'Autorité¹¹.
15. Elle a également été entendue par l'Autorité lors de la séance du 8 juillet 2021 au cours de laquelle elle a présenté des observations orales et transmis des factures quasiment conformes aux dispositions de l'article Lp. 441-3 établies entre avril et juillet 2021.

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ Annexe 12, cotes 110-112.

¹⁰ *Ibid.* cote 111.

¹¹ Annexe 15, cotes 119-133.

II. Discussion

16. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que la facture constitue l'un des documents structurants de la relation entre le vendeur et l'acheteur et un outil essentiel pour assurer et garantir la transparence des relations entre professionnels. Les factures servent également d'outil pour détecter les abus et contrôler le respect des délais de paiement.
17. Dans son arrêt du 2 mai 2007, la Cour d'appel d'Amiens a précisé que la volonté du législateur en matière de facturation « *est d'assurer au travers d'obligations formelles, la transparence dans les échanges économiques et de favoriser une concurrence saine et loyale* »¹².
18. La société Gemini souligne dans ses observations écrites qu'elle a « *pris conscience, à la lecture, (du) procès-verbal des problèmes purement formels (et non de fond comme expliqué ci-après) que présentent (ses) factures* »¹³. Elle précise que « *l'activité exercée par GEMINI est très particulière* » et entend apporter des éclaircissements sur les manquements qui lui sont reprochés qui n'ont eu aucun effet sur sa relation avec sa seule cliente, la société NMC.

A. Sur l'absence de date de règlement

1. Les moyens soulevés en défense

19. S'agissant de l'omission de la date à laquelle le règlement doit intervenir, la société Gemini reconnaît que « *la date de règlement ne figure pas expressément sur les factures adressées à NMC* »¹⁴. Il en est de même pour l'unique facture adressée à la société Gemco et faisant partie du deuxième échantillonnage examiné par le service d'instruction de l'Autorité.
20. Pour justifier l'absence de date de règlement sur les factures adressées à la société NMC, la société Gemini explique que la date de règlement figure dans « *le contrat de tâcheronnage n°NMC-ASR-209 conclu le 1^{er} février 2013 entre GEMINI et NMC* »¹⁵ qui prévoit un paiement des factures « *dans les 30 jours de leur date de réception* »¹⁶. Elle souligne dans ce cadre que ses « *factures font expressément référence au 'contrat de tâcheronnage'* » passé avec la société NMC et qu'en conséquence « *NMC connaît les dates de règlement de nos factures même si cela n'était pas repris sur nos factures* »¹⁷.
21. Quant à la facture adressée à la société Gemco, la société Gemini précise d'emblée dans ses écritures que cette facture est « *très atypique puisqu'elle porte sur la vente d'un matériel d'occasion, ce qui ne rentre pas dans l'activité habituelle de GEMINI.* » Elle ajoute que la « *facture n° 2013 nous a été payée comptant lors de la remise du matériel à la société GEMCO* ». Elle soutient donc que l'absence de mention de la date de règlement n'a eu « *aucune incidence pratique pour cette facture.* »¹⁸

2. La réponse de l'Autorité

22. En métropole, la DGCCRF, chargée de veiller au respect des règles en matière de transparence commerciale et de délais de paiement, considère traditionnellement que : « *la notion de 'date' [de règlement] doit s'entendre du quantième du mois, du mois et de l'année auxquels le paiement doit être réalisé. L'omission de la date à laquelle le règlement doit intervenir [sur la facture]*

¹² Cour d'appel d'Amiens, n°406 du 2 mai 2007.

¹³ *Ibid.* cote 120.

¹⁴ *Ibid.* cote 121.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibid.* cote 120.

est un manquement formel particulièrement grave dès lors qu'il ne permet pas d'identifier le délai de paiement convenu entre les parties et de vérifier in fine le respect ou non des prescriptions imposées par la législation d'ordre public sur les délais de paiement »¹⁹.

23. La Cour de cassation a pour sa part posé le principe de l'indépendance de la facture par rapport au contrat qui les fonde en imposant que : « les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent »²⁰.
24. L'Autorité constate en l'espèce que les modalités de règlement des prestations effectuées par la société Gemini sont prévues par le contrat de tâcheronnage n° NMC-ASR-209 du 1^{er} février 2013 signé avec la société NMC de la manière suivante :
 - Les factures mensuelles liées à l'évacuation du minerai sont à régler, à titre d'avance, dans les 30 jours de leur date de réception (article 8.1.1), même si la prestation n'est pas réalisée en pratique ;
 - Des factures provisoires sont établies à l'issue de chaque opération de chargement de minéralier et doivent être réglées dans les 30 jours suivant leur date de réception par la société NMC (article 8.1.2) ;
 - Des factures définitives sont établies chaque semestre (le 30 juin et 31 décembre de chaque année) et ajustées en fonction des éventuels écarts de teneur en nickel dûment constatés à la réception des analyses de la Direction de l'Industrie, des Mines et de l'Energie (DIMENC). Elles doivent être réglées dans les 30 jours suivant leur date de réception par la société NMC (article 8.1.3).
25. Or, il n'est pas contesté que les trois types de factures émises par la société Gemini ne rappellent pas la date de règlement de la facture alors qu'il s'agit de l'une des mentions obligatoires de la facture prévues par l'article Lp. 441-3 du code de commerce.
26. Il en résulte que la société Gemini ne peut pas tirer argument du fait que ses factures établies à l'égard de la société NMC portent la mention « *contrat de tâcheronnage* » pour s'exonérer de cette obligation formelle.
27. Au surplus, l'omission de la date de règlement sur la facture ne permet pas de vérifier le respect ou non des règles relatives aux délais de paiement entre professionnels.
28. L'Autorité relève, à cet égard, que selon le contrat de tâcheronnage précité, toutes les factures établies par la société Gemini sont à régler dans un délai de trente jours à compter de leur « réception » par la société NMC.
29. Or, si l'article 8.1.1 du contrat de tâcheronnage conduit en pratique la société NMC à régler, en avance, par paiement mensuel, les prestations d'évacuation de minerai de la société Gemini alors même qu'elles n'ont pas été entièrement réalisées, les termes des articles 8.1.2 et 8.1.3 de ce contrat sont, en revanche, en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce dès lors que, dans ces deux hypothèses, les prestations ont bien été réalisées et devraient être réglées, s'agissant de factures périodiques et définitives, dans les trente jours suivant leur date d'émission par la société Gemini, et non pas leur date de réception par la société NMC.
30. L'Autorité rappelle en effet 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*

¹⁹ DGCCRF, Note de service no 5955, 5 août 1993, p. 4.

²⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 6 décembre 2006, n° 06-82834 et Chambre criminelle, 3 mai 2017, n°15-85875.

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.

31. L'Autorité précise, en outre, 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 par la DIMENC de la teneur en nickel des produits chargés par la société Gemini. 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.

B. Sur l'absence de mention du prix unitaire hors taxe

1. Les moyens soulevés

32. S'agissant de l'absence de mention du prix unitaire hors taxe, la société mise en cause avance que, sur les factures adressées à la société NMC, « *le prix unitaire hors taxe est indiqué sur les factures qui lui sont adressées* » et que le « *prix unitaire mentionné sur ces factures est un prix net de taxe car les factures bénéficient d'une franchise de taxe en application de l'article Lp. 506-2 du Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.* »²¹
33. La société Gemini expose ensuite les modalités de calcul de ses prestations, donnant lieu à facturation auprès de la société NMC. Elle souligne que : « *L'activité exercée par GEMINI est très particulière et conduit ainsi à des prix unitaires qui varient dans la facture définitive, établie par minéralier chargé, selon des règles clairement définies dans le Contrat de tâcheronnage.* » Pour ces raisons, elle considère « *que le prix unitaire est bien le prix résultant des calculs prévus dans ce contrat, et qui est celui qui figure sur (ses) factures.* »²²

2. La réponse de l'Autorité

34. L'Autorité tient à préciser qu'elle ne remet pas en cause le mode de calcul des prix des prestations d'évacuation de minerai et de chargement de minéraliers facturés par la société Gemini à la société NMC tel que prévu au contrat de tâcheronnage.
35. En revanche, l'Autorité rappelle que la mention du « *prix unitaire hors taxe ainsi que le taux et le montant de la taxe correspondante pour les prestations de service soumis, le cas échéant, à une taxation* » est obligatoire, en application de l'article Lp. 441-3 du code de commerce, afin de permettre aux acheteurs et aux autorités de contrôle d'appréhender le seuil de revente à perte, la revente à perte étant une pratique prohibée par l'article Lp. 442-2 du code de commerce²³.
36. En l'espèce, la franchise de taxe dont bénéficie la société Gemini dans le cadre de son activité est sans effet sur les règles de facturation en vigueur et ne saurait, en tout état de cause, la

²¹ Annexe 15, cote 121.

²² *Ibid.* cote 127.

²³ Voir notamment Cour d'appel de Versailles, 14^{ème} Chambre, Arrêt du 5 décembre 2007, Répertoire général n° 07/05927 : « *Considérant que la société SONYFRANCE qui se borne à soutenir que la pratique de l'avoir est admise, et que les avoirs sont émis dans un délai raisonnable permettant à l'acheteur de régler le prix exact, ne répond pas à la critique explicite de la société CONCURRENCE qui soutient ne pouvoir annexer à une facture un avoir pour justifier qu'elle satisfait à l'obligation qui lui est imposée sous peine de sanction pénale par l'article L 442-2 du code du commerce ; Considérant qu'il est indiscutable que le calcul du seuil de revente à perte est indispensable à l'activité normale d'un commerçant qui est légalement obligé de se référer à la facture d'achat et que la possibilité de justifier qu'il n'est pas en infraction doit lui être donnée par le vendeur des produits qu'il achète en vue de les revendre* ».

dispenser de faire figurer le prix hors taxe ou les mentions obligatoires prévues par la loi sur ses factures.

37. A cet égard, l'article Lp. 514-5 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie confirme explicitement que « *Les factures doivent obligatoirement comporter les mentions suivantes :* (...) »

5° *Pour chacun des biens livrés ou des services fournis, la quantité, la dénomination précise, le prix unitaire hors taxe, le taux de taxe applicable ;*

10° *Pour les opérations bénéficiant de la procédure d'achat en franchise, la mention « Opération réalisée en franchise de taxe conformément à l'article LP. 506-2 ou LP. 506-3 du code des impôts » (soulignements ajoutés).*

38. Or, les factures de la société Gemini mentionnent un prix unitaire sans signaler la franchise de taxe dont son activité bénéficie, en violation des dispositions prévues à l'article Lp. 441-3 du code de commerce et Lp. 514-5 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie.

C. Sur l'absence de mention des conditions d'escompte et du taux de pénalités exigibles

1. Les moyens soulevés

39. S'agissant de l'absence de mention des conditions d'escompte et du taux des pénalités exigibles, la société Gemini admet que ses factures ne font pas état des conditions d'escompte car elle « *n'accorde pas d'escompte pour paiement anticipé* »²⁴. Elle reconnaît également que « *le taux des pénalités exigibles n'est effectivement pas indiqué sur les factures* »²⁵ mais souligne que ces omissions n'ont eu aucun effet sur le respect, par la société NMC, des délais de paiement prévus au contrat de tâcheronnage.

2. La réponse de l'Autorité

40. L'Autorité rappelle que les conditions d'escompte et les pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture font partie des mentions devant obligatoirement figurer sur la facture, comme le souligne l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 2017 :

*« d'une part, les factures de prestation de service pour une activité professionnelle doivent comporter toutes les mentions prévues par l'article L. 441-3 du code de commerce sans qu'il soit nécessaire de se référer ni aux documents qui les fondent, ni à la législation applicable, d'autre part, le paiement avant la date limite est nécessairement un paiement anticipé ouvrant droit à l'escompte »*²⁶.

41. En l'espèce, s'il n'est nullement obligatoire pour la société Gemini d'octroyer un escompte pour paiement anticipé, elle a en revanche l'obligation légale d'en faire le rappel sur chacune de ses factures, en incluant, par exemple, la mention « *escompte : néant* », afin de garantir la transparence de ses relations commerciales²⁷.

²⁴ *Ibid*, cote 127.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2017, n°15-85875.

²⁷ Voir en ce sens, en métropole, la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.

III. L'appréciation des sanctions

42. L'article Lp. 444-1 du code de commerce précise qu'en cas d'infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du code de commerce constatés par un procès-verbal, l'Autorité peut :
- 1° enjoindre à toute entreprise de se conformer aux obligations mentionnées au titre IV, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite dans un délai raisonnable ;
 - 2° prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements prévus au titre IV. L'Autorité peut ainsi prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 45 millions de francs CFP au titre de l'article Lp. 441-4 du code de commerce pour avoir délivré des factures ne comportant pas les mentions obligatoires prévues par l'article Lp. 441-3 du même code.
 - 3° constater un non-lieu ou adopter l'une des décisions mentionnées à l'article Lp. 462-8 du code de commerce.
43. De plus, l'article Lp. 444-1 du code de commerce précise que les décisions de l'Autorité prises sur le fondement des articles Lp. 441-3 peuvent être publiées aux frais de la personne sanctionnée et préalablement informée de la nature et des modalités de la publicité envisagée. En l'espèce, la société Gemini a été informée du fait qu'elle pourrait faire l'objet d'une sanction de publication d'un communiqué de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie par courrier de la Rapporteuse générale du 23 mars 2021²⁸.
44. Les sanctions administratives susceptibles d'être prononcées en application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce le sont dans le respect du principe de proportionnalité et en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Pour déterminer la nature et le montant de la sanction, l'Autorité apprécie donc la gravité de la pratique et le dommage causé à l'économie calédonienne ainsi que le comportement et la situation individuelle de l'entreprise.
45. En l'espèce, l'Autorité constate que la société Gemini ne conteste pas avoir enfreint les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce comme le relève le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021.
46. L'Autorité admet que les manquements aux règles de facturation relevés à l'encontre de la société Gemini ne revêtent pas, en l'espèce, un caractère grave et qu'ils n'ont causé aucun dommage à l'économie. En effet, la société Gemini se trouve dans une situation tout à fait particulière, n'ayant aucun autre client que la société NMC ni aucun concurrent à ce jour sur les sites miniers de la société NMC où elle opère. Dès lors, le risque que l'omission de certaines mentions obligatoires sur ses factures aient pu porter atteinte à une concurrence saine et loyale peut être écarté. De plus, le fait que les prestations de service de la société Gemini soient réglées le plus souvent par des « *paiements en avance* » de la part de la société NMC en vertu de leur contrat permet d'écarter le risque de retards de paiement qui résulteraient de l'omission de la date de règlement et du taux de pénalité exigible en cas de retard de paiement.
47. L'Autorité constate par ailleurs que la société Gemini est une PME dont l'activité dépend exclusivement de sa relation commerciale avec la société NMC. Elle a pleinement coopéré depuis le début de la procédure d'enquête engagée par le service d'instruction en novembre 2019 en transmettant ses factures adressées à la société NMC, celle-ci faisant également l'objet d'une procédure d'enquête parallèle²⁹. Pour autant, la société Gemini n'a pas été informée des irrégularités sur ses factures relevées par le procès-verbal avant sa notification le 22 mars 2021

²⁸ Annexe 12, cote 111.

²⁹ Voir la décision de l'Autorité n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la société Nickel Mining Company en matière de délai de paiement.

et ne disposait d'aucun service juridique ou de ressources en interne susceptibles de l'alerter, en amont, sur le risque d'être poursuivie à ce titre. L'Autorité constate enfin que la société Gemini a immédiatement engagé une démarche de mise en conformité de ses factures dès la notification de son procès-verbal d'infraction le 23 mars 2021, comme le montre les factures émises entre avril et juillet 2021, transmises lors de la séance.

48. Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité considère qu'il n'y a pas lieu de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Gemini mais décide :
- de lui enjoindre de modifier ses factures pour se conformer parfaitement aux dispositions de l'article Lp. 441-3 en faisant apparaître la date de règlement attendue, correspondant au quantième du mois, au mois et à l'année auxquels le paiement doit être réalisé ;
 - de lui enjoindre de modifier l'avenant n°1 au contrat n° NMC-ASR-209 du 1^{er} février 2013 afin de prévoir un délai de paiement de ses factures périodiques et définitives ne pouvant excéder trente jours à compter de leur date d'émission.
49. Ces injonctions doivent être mises en œuvre dans les trente jours suivant la notification de la présente décision.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que la société Gemini a enfreint les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Article 2 : Il est enjoint à la société Gemini de modifier, dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision, ses factures pour se conformer parfaitement aux dispositions de l'article Lp. 441-3 en faisant apparaître la date de règlement attendue, correspondant au quantième du mois, au mois et à l'année auxquels le paiement doit être réalisé.

Article 3 : Il est enjoint à la société Gemini de modifier, dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la présente décision, l'avenant n°1 au contrat n° NMC-ASR-209 du 1^{er} février 2013, afin de prévoir un délai de paiement de ses factures périodiques et définitives ne pouvant excéder trente jours à compter de leur date d'émission.

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 Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, M. Walid Chaiehloudj, membre de l'Autorité.

La secrétaire de séance,



Flavienne Haluatr

La présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre