



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020
relative à des pratiques de la Société Le Nickel -SLN
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* » et ses articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 et Lp. 444-1 ;

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

Vu le procès-verbal d'infraction établi par le service d'instruction de l'Autorité le 15 octobre 2020 ;

Vu le courrier du 16 octobre 2020 notifiant à la Société Le Nickel-SLN (ci-après « la SLN ») le procès-verbal d'infraction du 15 octobre 2020 ;

Vu les observations formulées par la SLN par courrier en date du 28 octobre 2020 et lors de l'audition du 10 novembre 2020 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le service juridique de l'Autorité et les représentants de la SLN entendus lors de la séance du 3 décembre 2020 ;

Adopte la décision suivante,

Résumé

Le 1^{er} janvier 2018, la Société Le Nickel-SLN SA a adopté et mis en œuvre des conditions générales d'achat (CGA) prévoyant à l'article 6.2 « *Conditions de paiement* » une durée de paiement à « *30 jours calendaires, le 15 du mois suivant* » et, depuis le 1^{er} janvier 2019, à « *30 jours calendaires fin de mois* », ce délai commençant à courir « *à compter de l'approbation de la facture par le client* ».

Dans le cadre d'une enquête d'office, le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a dressé un procès-verbal d'infraction le 15 octobre 2020 constatant que cette pratique contrevient aux dispositions des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce qui prévoient que le délai maximal de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation sous peine d'une sanction administrative dont le montant ne peut excéder 5 millions de francs CFP pour une personne morale.

A titre de justification, la SLN a souligné que les contraintes particulières auxquelles le secteur minier est soumis, et en particulier le recours à de très nombreux sous-traitants présentant dans près de 30 % des cas des factures non conformes à la réglementation en vigueur, l'ont conduite à instaurer, jusqu'à sa récente mise en conformité, un processus de vérification et de paiement de l'ensemble de ses factures incompatible avec le délai légal maximal de 30 jours à compter de la livraison du bien ou de la réalisation de la prestation. Sans contester l'infraction qui lui était reprochée, la SLN a insisté sur le caractère trop restrictif de la réglementation, sa bonne foi et sur le processus de mise en conformité, non seulement sur le plan juridique mais également sur le plan opérationnel, qu'elle a engagé tout au long de l'année 2020 pour respecter désormais le délai légal maximal.

Au cours de la séance, la SLN a également démontré qu'elle avait pris l'initiative de modifier ses conditions générales d'achat sur d'autres points non conformes à la réglementation en vigueur non visés au procès-verbal, puisqu'elles excluaient jusqu'alors les conditions générales de vente de ses fournisseurs au mépris de l'article 441-6 du code de commerce, et prévoyaient notamment un taux de pénalité de retard inférieur à celui défini par les dispositions du même article.

Dans sa décision, l'Autorité a rappelé que le contenu de la réglementation qu'elle doit nécessairement appliquer relève du choix politique du Congrès de la Nouvelle-Calédonie et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier le bien-fondé des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce, étant précisé qu'un accord interprofessionnel dérogatoire aux délais de paiement légaux en vigueur est une option possible qui a toutefois été écartée par la SLN.

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

Pour évaluer le montant de la sanction, l'Autorité a tenu compte de la gravité de la pratique et du dommage causé à l'économie, qui sont nécessairement importants étant donné l'importance de la SLN dans le paysage économique calédonien. Toutefois, compte tenu de la coopération de la société et de sa mise en conformité 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 très largement déficitaire. En conséquence, l'Autorité a infligé à la SLN une sanction pécuniaire de 4 millions de francs CFP et lui a enjoint de publier un communiqué à ses frais dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, dans les trente jours suivant la notification de la décision, conformément au IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce.

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

Sommaire

Résumé	2
I. La procédure de constatation et le contradictoire	4
A. Le procès-verbal d’infraction	4
B. La procédure contradictoire	6
II. Discussion	6
A. Sur l’infraction constatée par procès-verbal	6
1. Sur le cadre légal des délais de paiement	7
2. Sur les contraintes de la SLN	9
B. Sur la démarche de mise en conformité de la société	10
C. Sur l’appréciation des sanctions	11
1. Sur la gravité de la pratique	12
2. Sur le dommage à l’économie	13
3. Sur la situation individuelle de l’entreprise.....	15
DECISION	16

I. La procédure de constatation et le 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, les procès-verbaux « *font foi jusqu'à preuve contraire* »¹. Les personnes intéressées sont invitées à y répondre conformément à l'article Lp. 444-1 du code de commerce.

A. Le procès-verbal d'infraction

2. Dans le cadre d'une enquête d'office, le service d'instruction de l'Autorité a procédé à un contrôle du respect par la SLN² des dispositions des articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du code de commerce relatifs aux délais de paiement entre professionnels.
3. L'article Lp. 443-1 du code de commerce dispose que : « *Le délai de paiement est le délai compris entre la date de la remise de la marchandise à l'acheteur ou à son mandataire, qui l'accepte avec ou sans réserve et en prend possession, et la date d'échéance des délais respectivement fixés par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.*

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

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

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

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

5. 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 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 05 : Extrait Kbis de la SLN, cotes 24-27. La SLN est une société anonyme immatriculée au registre du commerce et des sociétés (RCS) de Nouméa depuis le 16 septembre 1974, sise Pointe de Doniambo à Nouméa.

6. Cette sanction pécuniaire s'accompagne d'une sanction de publication prévue au VI de l'article Lp. 441-1 :

VI. - La décision prononcée par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut être publiée aux frais de la personne sanctionnée selon des modalités précisées dans la décision. La décision est toujours publiée lorsqu'elle est prononcée en application du VII de l'article Lp. 441- 6 ou de l'article Lp. 443-3. Toutefois, le rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit préalablement avoir informé la personne sanctionnée, lors de la procédure contradictoire fixée au IV, de la nature et des modalités de la publicité envisagée.

7. A l'examen des conditions générales d'achat (ci-après : « CGA ») de la SLN, 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 15 octobre 2020³, il est ainsi reproché à la société d'avoir prévu dans ses CGA 2018, à l'article « *Conditions de paiement* » que « *le paiement des factures dues et exigibles seront effectué (sic) par virement bancaire dans un délai de 30 jours calendaires, le 15 du mois suivant* ». Dans les CGA de 2019, la SLN avait prévu que « *Les paiements seront dus et exigibles à compter de l'approbation de la facture conforme par le Client, sous réserve que les conditions correspondantes définies à la Commande aient été totalement satisfaites. Le paiement des factures dues et exigibles seront effectué (sic) par virement bancaire dans le délai spécifié à la Commande ou à défaut dans un délai de trente (30) jours calendaires fin de mois, sous réserve de l'approbation de la facture* » (soulignements ajoutés).
9. Il y a lieu de relever d'une part que le délai de paiement entre professionnels ne peut pas être supérieur au délai de 30 jours fixé par l'article 443-2 du code de commerce, et d'autre part que le point de départ de ce délai ne peut pas être calculé à partir de la date d'approbation de la facture mais doit intervenir à compter de la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.
10. Or, le procès-verbal d'infraction souligne que la SLN ne peut ignorer la date de réception des marchandises ou d'exécution des prestations puisque ses CGA 2018 et 2019 « *stipulent à l'article 9.1 que « toute délivrance de fournitures et/ou prestations donne lieu à réception par le client* ». A l'article 4, il est précisé que : « *les dates et durées contractuelles stipulées à la commande sont impératives et sont un élément essentiel de la commande* » et à l'article 5, il est indiqué que : « *le non -respect par le fournisseur des dates contractuelles d'une commande (...) pourra être sanctionné d'une pénalité* ».
11. Le service d'instruction estime donc que la SLN a « *instauré une règle dans sa documentation contractuelle qui contrevient au respect des délais de paiement issus de la réglementation en vigueur* » et que « *ce manquement institutionnalisé par des CGA profite incontestablement à la société Le Nickel -SLN, en termes de solde de trésorerie, au détriment de ses fournisseurs, eux-mêmes soumis au respect de la réglementation sur les délais de règlement.*
- Une telle pratique constitue, vis-à-vis des fournisseurs, un avantage discriminatoire résultant du non-respect de dispositions légales prévues aux articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce applicables à la Nouvelle-Calédonie. »*

³ Annexe 01 : PV de constat de la Société Le Nickel du 15 octobre 2020, cotes 1-6

12. La durée du comportement litigieux est établie à partir du 1^{er} janvier 2018, période couverte par la demande initiale du service d'instruction concernant la communication des CGA, jusqu'à la date du procès-verbal, soit le 15 octobre 2020.

B. La procédure contradictoire

13. Conformément aux dispositions du paragraphe IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce, « *Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, saisi par l'agent ayant constaté ces infractions ou manquements, informe par écrit l'entreprise mise en cause des sanctions encourues, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix. Il invite les parties à présenter, dans un délai d'un mois, leurs observations écrites et, le cas échéant, leurs observations orales. Un délai supplémentaire d'un mois peut être accordé par le rapporteur général dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article Lp. 463-2.* ».
14. Le procès-verbal d'infraction établi le 15 octobre 2020 par le service d'instruction a été notifié à la SLN le 16 octobre 2020 par courrier de la rapporteure générale de l'Autorité⁴. La société a été informée du fait qu'elle pouvait prendre connaissance du dossier et être assistée par le conseil de son choix. Elle a également été informée du montant maximal de la sanction pécuniaire encourue et du fait que l'Autorité pourrait également lui imposer une sanction complémentaire de publication d'un communiqué portant extraits de la décision publié sur la page d'accueil du site internet de la société et sur sa page Facebook pendant une durée de 3 mois ainsi que dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie.
15. Un délai jusqu'au 16 novembre 2020 lui a été accordé pour produire ses observations écrites et, le cas échéant, des observations orales.
16. Par courrier en date du 28 octobre 2020 et conformément aux dispositions de l'article Lp. 444-1, la SLN a adressé des observations écrites à l'Autorité⁵.
17. Elle a également été entendue par le service instruction le 10 novembre 2020, cette présentation orale des observations ayant fait l'objet d'un procès-verbal d'audition⁶, puis en séance le 3 décembre 2020.

II. Discussion

18. La discussion porte sur les observations de la SLN quant à l'infraction qui lui est reprochée (A), sur la démarche de mise en conformité et sur la bonne foi dont elle se prévaut (B) ainsi que sur l'appréciation des sanctions encourues (C).

A. Sur l'infraction constatée par procès-verbal

19. La SLN ne conteste pas l'infraction qui lui a été reprochée mais a fait part à l'Autorité de son point de vue sur le cadre légal des délais de paiement en Nouvelle-Calédonie (1) en soulignant l'inadaptation des textes en vigueur au regard de ses contraintes particulières (2).

⁴ Annexe 06 : Notification du procès-verbal à la SLN le 16 octobre 2020, cotes 28-30.

⁵ Annexe 10 : Observations écrites 28 octobre 2020, cote 38-52

⁶ Annexe 11 : PV Audition : Observations orales 10 novembre 2020, cotes 53-56

1. Sur le cadre légal des délais de paiement

20. Dans ses observations, la SLN considère tout d'abord que « *les délais de paiement en Nouvelle-Calédonie sont nettement plus courts que la moyenne des délais de paiement mondiaux* »⁷. Elle cite à l'appui de cette déclaration une étude de la société Euler-Hermes⁸ qui évaluerait « *les délais de paiement moyens dans le monde à 66 jours nets* »⁹ ainsi qu'une étude de la CCI constatant que « *80 % des paiements seraient supérieurs à la limite légale fixée par le code de commerce* »¹⁰.
21. S'il est patent que la société Euler-Hermes a publié le 27 juillet 2020 une étude tendant à montrer que les délais de paiement moyens B2B dans le monde s'établissent en 2020 autour de 66 jours, il convient de préciser que ce délai a été augmenté de deux jours en raison de la crise sanitaire Covid-19 (passant de 64 à 66 jours). L'étude insiste d'ailleurs sur les besoins en liquidités des entreprises en cette occasion et sur les risques majeurs de faillite liés à l'allongement des délais de paiement¹¹. L'Autorité en déduit que son action pour lutter contre les troubles économiques générés par le non-respect des délais légaux de paiement apparaît pleinement fondée.
22. La SLN estime pour sa part que la loi calédonienne est « *stricte* » en comparaison avec la réglementation métropolitaine qui « *a pris le soin de préciser que, par exception, le délai pouvait aller au-delà des 30 jours, sans dépasser 60 jours à partir de la facturation (ou 45 jours fin de mois), si cela est précisé au contrat* »¹² (soulignement non-ajouté). La SLN ajoute que la loi métropolitaine fait ainsi « *preuve de davantage de souplesse* », le délai de 30 jours étant « *un délai supplétif, qui s'applique à défaut de délai convenu entre les parties* »¹³.
23. De son point de vue, « *le délai applicable en Nouvelle-Calédonie, en comparaison des pratiques internationales, est extrêmement difficile à respecter et à concilier avec les contraintes réelles pesant sur la SLN* »¹⁴, la souplesse métropolitaine tenant mieux « *compte des contraintes pesant sur les entreprises* »¹⁵.
24. Pour renforcer son propos, la SLN joint à ses observations un courrier du Syndicat des Industries et de la Mine de la Nouvelle-Calédonie (SIM) dont elle est membre, visant à « *alerter le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur les difficultés rencontrées pour l'application stricte de cette réglementation* »¹⁶.
25. Aux termes de ce courrier, le Président du SIM juge « *inatteignable et dangereux* » le délai prévu en matière de règlement entre professionnels en Nouvelle-Calédonie et sollicite « *un assouplissement législatif destiné non pas à généraliser l'augmentation des délais de paiement,*

⁷ Annexe 10, cote 40.

⁸ Société d'assurance-crédit détenue par le groupe Allianz.

⁹ Annexe 10, cote 39.

¹⁰ *Ibid.* cote 40.

¹¹ L'étude en question est consultable en ligne : https://www.eulerhermes.com/en_global/news-insights/economic-insights/Covid-19-to-increase-firms-liquidity-needs-to-a-record-USD8tn-as-payment-delays-and-inventories-surge.html

¹² Annexe 10, cote 40.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* cote 41.

¹⁶ *Ibid.* cote 42.

mais, comme en Métropole, à permettre à l'entreprise de pouvoir négocier et aménager les délais avec ses fournisseurs de bien ou de services »¹⁷.

26. En premier lieu, l'Autorité ne peut qu'écarter le moyen soulevé par la SLN faisant valoir le manque de souplesse de la loi calédonienne en matière de délais de paiement qui dépasse le cadre de la présente affaire et relève du choix politique des élus calédoniens.
27. Le rôle de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est prévu au Titre VI du code de commerce qui dispose au I de l'article Lp. 461-1 que l'Autorité « *veille au libre jeu de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et au fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie.* » A cet égard, il lui revient de sanctionner le non-respect des normes calédoniennes en vigueur en matière de concurrence, y compris celles relatives aux délais de paiement prévues au chapitre III du Titre IV du code de commerce. En revanche, il ne lui appartient pas d'apprécier le bien-fondé des articles Lp. 443-1 à 443-3 du code de commerce.
28. En deuxième lieu, l'Autorité rappelle qu'en vertu de ces mêmes articles : « *Le gouvernement peut également approuver par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné.* » Il existe donc une possibilité pour la SLN et ses partenaires de s'organiser pour définir par accord interprofessionnel des délais de paiement dérogeant aux délais légaux.
29. Toutefois, les représentants de la SLN ont fait savoir au service d'instruction lors de l'audition du 10 novembre 2020 qu'ils n'avaient pas initié cette démarche : « *Nous considérons que le contexte ne nous permet pas de négocier des accords de branche spécifiques en matière de délais de paiement.* »¹⁸. Au cours de la séance, les représentants de la SLN ont en effet expliqué [confidentiel] il leur paraissait peu probable que cette situation puisse évoluer dans un avenir proche.
30. En troisième lieu, l'Autorité considère que les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce ont pour objet de protéger les fournisseurs contre d'éventuels délais excessifs qui leur seraient imposés par leur cocontractant. Il en va de même pour le point de départ du délai de règlement des sommes dues, à savoir la date de la livraison du bien ou de la réalisation de la prestation, la facture devant être envoyée concomitamment.
31. Or, l'Autorité a déjà eu l'occasion de rappeler dans une décision 2020-03-PCR du 5 octobre 2020 que « *les dispositions des livres II et IV du code de commerce sont d'ordre public, comme l'indique par exemple un jugement du Tribunal de commerce de Paris qui rappelle que les dispositions concernant les pratiques anticoncurrentielles et/ou restrictives de concurrence 'relèvent de l'ordre public et le Ministre de l'Economie et des Finances, garant de l'ordre public économique, a le pouvoir d'agir en répression de comportements contraires aux dispositions de ces livres'. Il en est de même de l'Autorité sur le territoire calédonien* »¹⁹.
32. Ces dispositions d'ordre public ne peuvent donc être écartées.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Annexe 11, cote 55.

¹⁹ Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

2. Sur les contraintes de la SLN

33. Dans ses observations orales et écrites, la SLN a fait état de ses contraintes particulières en matière de délais de paiement. Elle évoque en premier lieu son « *processus de contrôle interne* » dont le but est de s'assurer « *du respect de (ses) obligations comptables et fiscales, mais aussi particulièrement pour la SLN, que le paiement rémunère bien une prestation qui a été effectivement réalisée* »²⁰.
34. Selon la SLN, cette contrainte de vérification rend difficile l'application stricte de la réglementation puisque son « *processus de contrôle interne (vérification comptable, fiscale, etc.) ne peut débiter que suivant la réception de la facture* ». Elle explique que « *de nombreuses prestations sont réalisées sur (ses) centres miniers où la facture constitue le seul moyen pour (la) société de s'assurer de la réalité de la prestation payée* »²¹. Or, elle estime qu'environ 30 % des factures qu'elle reçoit ne sont pas conformes à la réglementation calédonienne et qu'elle ne peut donc les régler dans le délai légal de 30 jours à compter de la réalisation de la prestation. Il en résulte un allongement des délais « *afin de recouper les différentes informations reçues, de demander des informations complémentaires éventuelles, de faire le lien entre (le) service comptabilité et les opérationnels sur le terrain* ».
35. En deuxième lieu, la SLN fait valoir qu'elle est confrontée à un « *retard quasiment systématique de l'envoi des factures par (ses) fournisseurs* »²². Consciente que la facture doit être en principe délivrée dès la réalisation de la vente ou de la prestation, comme le prévoit l'article Lp. 441-3 du code de commerce, la SLN constate en pratique que ses « *prestataires ne (lui) fournissent pas immédiatement leurs factures et ce, pour une multitude de raisons (manque de sophistication du prestataire, méconnaissance de cette obligation pesant sur lui, etc.)* ».
36. Elle ajoute n'avoir aucun contrôle sur la production effective des factures : « *Dans cette situation, la SLN peut certes réclamer cette facture à son fournisseur, mais ne dispose d'aucune force contraignante l'obligeant à la lui communiquer.* »²³ Les représentants de la SLN ont insisté sur ce point dans leurs observations orales du 10 novembre 2020 : « *La nécessité de production des factures est un vrai problème pour la SLN car certains fournisseurs, notamment les petits prestataires de la côte est, ne sont pas au fait de toutes ces procédures* »²⁴. A la suite de la séance, les représentants de la SLN ont d'ailleurs transmis à l'Autorité plusieurs pièces, factures et échanges avec les fournisseurs, démontrant effectivement les difficultés de la SLN à recevoir des factures conformes dans les délais.
37. En troisième lieu, les représentants de la SLN ont évoqué lors de leur audition par le service d'instruction les contraintes liées au fonctionnement comptable de leur société : « *notre fonctionnement comptable prévoit trois dates de paiement dans le mois : le 30 pour tous les fournisseurs locaux, le 10 pour les fournisseurs étrangers et un paiement intermédiaire le 15 pour permettre de payer les fournisseurs locaux qui nous ont amené leur facture en retard et ne pas les faire attendre jusqu'à la fin du mois* »²⁵.
38. En quatrième et dernier lieu, la SLN souligne son implication dans le tissu économique calédonien : « *A n'en pas douter, nous sommes à l'origine de la création de plusieurs bassins d'emplois autour de nos centres, répartis sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie,*

²⁰ Annexe 10, cote 40.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* cote 41.

²³ *Ibid.*

²⁴ Annexe 11, cote 55.

²⁵ *Ibid.*, cote 56.

et avons ainsi par notre activité, contribué à la création et au développement d'un grand nombre de PME »²⁶. La SLN met également en avant sa démarche de responsabilité sociale (RSE) pour expliquer l'intensification du « recours à des petites structures (...) ces dernières années »²⁷, [confidentiel].

39. Les représentants de la SLN ont d'ailleurs insisté dans leurs observations orales du 10 novembre 2020 sur les contraintes particulières induites par cette spécificité : « Contrairement à d'autres miniers comme KNS ou VALE, la SLN a des fournisseurs disséminés sur le territoire, ce qui complique la tâche pour obtenir des fournisseurs, dans les délais, les factures qui nous permettent de payer nos prestations. »²⁸
40. L'Autorité reconnaît que le respect des processus de facturation et de contrôle interne constitue une contrainte forte pour les grandes entreprises²⁹. Toutefois, comme elle l'a déjà indiqué, 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 entreprises³⁰. En outre, la mise en conformité récente de la SLN, comme des autres entreprises du secteur minier³¹, au respect du délai légal maximal démontre que les problématiques rencontrées ont pu être surmontées grâce à une mobilisation de l'ensemble des services juridiques, financiers, comptables et opérationnels des entreprises concernées à la suite des poursuites engagées devant l'Autorité.

B. Sur la démarche de mise en conformité de la société

41. Dans ses observations en réponse au procès-verbal qui lui a été adressé le 16 octobre 2020, la SLN reconnaît d'emblée que la formulation de ses CGA « n'était pas en complète adéquation avec les dispositions applicables au code de commerce »³².
42. La SLN ne conteste pas le grief retenu par le procès-verbal et souligne qu'elle a entamé une démarche de mise en conformité globale depuis le 30 décembre 2019, à la suite de la première demande d'informations du service d'instruction de l'Autorité.
43. Cette démarche l'a conduite, d'une part, à modifier ses CGA et l'ensemble de ses contrats particuliers et, d'autre part, à engager un processus de règlement de ses factures différent grâce à la mobilisation de l'ensemble de ses directions-support et des responsables opérationnels sur chacun de ces sites depuis la notification de son procès-verbal d'infraction en octobre 2020.
44. Ainsi, les nouvelles CGA adressées à l'Autorité par la SLN prévoient désormais à l'article 6.2 que : « (...) La facture, conforme aux exigences du Client, sera payée par virement bancaire dans le délai spécifié à la Commande ou, en toute hypothèse, dans le délai prévu par l'article Lp. 443-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Conformément à la loi

²⁶ Annexe 10, cote 42.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Annexe 11, cote 55.

²⁹ 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. »

³⁰ Voir la Décision n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 relative à des pratiques de la société Vale Nouvelle-Calédonie SAS en matière de délais de paiement (points 69-70).

³¹ *Ibidem* et Décision n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020 relative à des pratiques de la société Koniambo Nickel SAS en matière de délais de paiement.

³² Annexe 10, cote 39.

applicable, le Fournisseur sera tenu de transmettre au Service Compatibilité SLN sa facture le jour de la date de livraison des marchandises ou d'exécution de la prestation. »³³

45. Les CGA ont quant à elles été mises en conformité afin qu'elles soient « *désormais en complète adéquation avec la loi applicable [sur les délais de paiement]* »³⁴ depuis le 22 octobre 2020.
46. Si l'Autorité a effectivement constaté la mise en conformité des CGA de la SLN avec les dispositions légales en vigueur en matière de délais de paiement, elle a relevé que ce document contractuel, y compris dans sa nouvelle version transmise le 28 octobre 2020, méconnaissait le VI de l'article Lp. 441-6 du code de commerce en imposant au deuxième paragraphe du préambule :
- « Les CGA excluent les conditions de vente standard du Fournisseur, de quelque nature ou forme qu'elles soient, même si ces dernières sont mentionnées dans l'accusé réception signé par le Fournisseur »³⁵.*
47. Pour mémoire, il est prévu au VI de l'article Lp. 441-6 du code de commerce que :
- « Les conditions générales d'achat demeurent subsidiaires et sont susceptibles de contenir des dispositions techniques d'ordre matériel, administratif ou juridique.*
- Lorsqu'elles existent, les conditions générales d'achat ne sauraient primer sur les conditions générales de vente. »*
48. Alertés durant leur audition par le service d'instruction le 10 novembre 2020³⁶, les représentants de la SLN ont révisé l'ensemble des dispositions de leurs CGA pour se prémunir de tout risque de plainte pour déséquilibre significatif et ont fourni à l'Autorité une version amendée de leurs CGA respectant l'ensemble des obligations prévues en la matière par le titre IV du livre IV du code de commerce³⁷.
49. L'Autorité considère que ces différents éléments démontrent la démarche de coopération et de mise en conformité de la SLN avec les règles relatives aux CGA et aux délais de paiement prévues par le code de commerce avant l'issue de la procédure devant l'Autorité, ce qui méritera d'être pris en considération dans le cadre de l'appréciation des sanctions.

C. Sur l'appréciation des sanctions

50. En cas de violation des règles relatives aux délais de paiement, l'article Lp. 443-3 du code de commerce dispose que le montant maximal de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à la SLN est de 5 millions de francs CFP.
51. 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 SLN a été informée du fait qu'elle devrait publier un communiqué de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie et, le cas échéant, sur son site internet et sa page Facebook, par courrier de la rapporteure générale du 16 octobre 2020³⁸.

³³ Annexe 10, cote 49.

³⁴ *Ibid.* cote 39.

³⁵ Annexe 04, cote 19.

³⁶ Annexe 11, cotes 55 et 56.

³⁷ Annexe 22, cotes 128- 132.

³⁸ Annexe 6, cotes 28-30.

52. Le montant des sanctions administratives prononcées par l'Autorité en application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce est évalué dans le respect du principe de proportionnalité et en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.
53. Pour déterminer le montant de la sanction, l'Autorité tient compte de la coopération de l'entreprise incriminée (cf. *supra*), de la gravité de la pratique et du dommage causé à l'économie et de la situation individuelle de l'entreprise.

1. Sur la gravité de la pratique

54. En vue d'atténuer la portée de son comportement fautif, la SLN fait valoir dans ses observations qu'elle paye toujours ses fournisseurs dans les délais « *lorsque ce cela est matériellement possible* »³⁹. Elle ajoute qu'elle propose « *ponctuellement des aides diverses* » aux PME avec lesquelles elle travaille, notamment « *le développement de leurs activités (...) l'octroi d'avances exceptionnelles de trésorerie (...) l'actualisation à la hausse des prix pratiqués, alors même que les dispositions du contrat conclu avec nos prestataires nous garantissent un prix ferme et non-révisable pendant la durée du contrat* »⁴⁰.
55. Les représentants de la SLN ont d'ailleurs insisté sur cet élément lors de leur audition par le service d'instruction : « *La SLN peut également procéder à des paiements exceptionnels qui peuvent avoir lieu en urgence pour les petites structures afin d'éviter qu'elles se retrouvent dans des situations financières difficiles* »⁴¹.
56. Pour ces raisons, la SLN indique qu'elle « *a tout intérêt à procéder rapidement aux paiements de ses factures, puisque la bonne trésorerie de ses fournisseurs lui évite d'avoir, par la suite, à leur venir en aide en cas de difficulté* »⁴².
57. En outre, la SLN invoque sa bonne foi en indiquant : « *Cette formulation n'a jamais eu pour objectif de créer un avantage en termes de trésorerie pour la SLN* »⁴³ ni de « *créer un quelconque désavantage au détriment de nos fournisseurs* »⁴⁴ ni encore de « *créer une quelconque distorsion de concurrence par rapport aux concurrents de la SLN* »⁴⁵.
58. Conformément à une jurisprudence constante des autorités chargées du contrôle du respect des délais de paiement en métropole comme en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité rappelle, en premier lieu, que le non-respect des règles relatives aux délais de paiement constitue une pratique grave car elle a un impact direct sur la situation financière des fournisseurs. Des délais de paiement non-conformes aux règles en vigueur ou anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie et le besoin de fonds de roulement des entreprises, souvent couvert par un recours à l'endettement. Ils sont de potentiels signes de fragilité (relations fortement déséquilibrées avec le donneur d'ordres, dépendance à un petit nombre de clients...) et peuvent aussi être à l'origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.
59. L'Autorité constate, en deuxième lieu, que la SLN a volontairement établi ses CGA et que celles-ci sont manifestement contraires à la loi depuis le 1^{er} janvier 2018 alors que cette grande

³⁹ Annexe 10, cote 41.

⁴⁰ *Ibid.* cote 43.

⁴¹ Annexe 11, cote 56.

⁴² *Ibid.* cote 41.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* cote 42.

⁴⁵ *Ibid.* cote 43.

entreprise dispose de ressources en termes d'expertise juridique et de connaissance des textes applicables.

60. L'Autorité rappelle en troisième lieu que, conformément à sa jurisprudence constante, l'absence de volonté de nuire alléguée par la société ne saurait constituer un motif d'exonération de la sanction et que l'infraction est constituée dès lors que les délais ne sont pas respectés⁴⁶.
61. En dernier lieu, l'Autorité observe toutefois que la durée de l'infraction relevée en l'espèce est limitée à moins deux ans et que le délai de paiement contractuel prévu a été ramené de « *trente jours calendaires, le 15 du mois suivant* » en 2018 à « *trente jours calendaires fin de mois* » en 2019, ce qui est de nature à atténuer la gravité de la pratique.

2. Sur le dommage à l'économie

62. Dans ses observations du 28 octobre 2020, la SLN se dit « *consciente que le non-respect des délais de paiement peut provoquer de graves problèmes de trésorerie pour les petites et moyennes entreprises ainsi que pour les très petites entreprises* »⁴⁷.
63. Toutefois, elle considère que les délais de paiement dans le secteur public sont davantage susceptibles de fragiliser l'économie et les petits fournisseurs dans la mesure où « *le délai de paiement moyen est estimé à 66 jours dans le secteur public, contre 37 jours en moyenne dans le privé. Ainsi, les graves problèmes de trésorerie peuvent aussi s'expliquer par la grande différence de délai entre le secteur public et le secteur privé.* »⁴⁸
64. Par ailleurs, la SLN insiste sur le fait que ses CGA n'ont « *jamais eu pour objectif de faire courir un quelconque risque aux plus petites entreprises* »⁴⁹ et « *qu'il n'y a pas de volonté de faire de la trésorerie sur 'le dos' de (ses) fournisseurs, comme il a pu (le lui) être reproché* »⁵⁰.
65. Au contraire, la SLN insiste, dans ses observations écrites comme orales sur son rôle de moteur économique en Nouvelle-Calédonie : « *la SLN est un acteur économique important et a contribué à l'émergence d'entrepreneurs grâce à son action économique* »⁵¹. Elle ajoute : « *Nous cherchons toujours à privilégier les petites structures implantées localement plutôt que les grandes entreprises, afin d'en favoriser leur développement et ce, malgré les contraintes que cela implique parfois, puisque la qualité des prestations réalisées a nécessairement une incidence sur les résultats de notre activité* »⁵².
66. Enfin, la SLN constate que « *les autres entreprises minières et métallurgiques évoluant en Nouvelle-Calédonie avaient une formulation similaire à celle de nos anciennes CGAs. La SLN n'a donc retiré aucun avantage concurrentiel de ses CGAs* »⁵³.

⁴⁶ Voir les décisions de l'ACNC en matière de délais de paiement précitées et, en métropole, par exemple, TGI Macon, 4 octobre 2006. Cité par le [rapport annuel 2007/2008](#) de la Commission d'examen des pratiques commerciales. Page 93.

⁴⁷ Annexe 10, cote 42.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.* cote 43.

⁵⁰ Annexe 11, cote 56.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Annexe 10, cote 42.

⁵³ Annexe 10, cote 43.

67. L’Autorité considère néanmoins que le préjudice subi par les cocontractants de la SLN est établi dès lors que les dispositions des CGA litigieuses et leur mise en application a entraîné un délai de paiement supérieur à celui qui aurait dû résulter de l’application de la loi.
68. Ainsi, la jurisprudence considère que même si un acheteur ne tire qu’un avantage minime de la conservation des sommes pendant un délai excessif, cette circonstance est sans incidence sur les conséquences que ses retards de paiement répétés sont susceptibles d’emporter sur la situation financière de ses créanciers, et sur l’atteinte à l’ordre public économique qui en résulte⁵⁴. Quand bien même la SLN n’aurait pas tiré d’avantages excessifs des dispositions en cause, cette circonstance n’efface pas le préjudice qui a pu être causé à ses fournisseurs.
69. Comme elle a eu l’occasion de le souligner à l’occasion de ses décisions précédentes en matière de délais de paiement, l’Autorité rappelle que « *le non-respect des délais de paiement légaux interentreprises est, sur le plan macroéconomique, une source de risque pour l’ensemble de l’économie calédonienne car il renforce le risque de crédit – les entreprises supportant des délais clients supérieurs à 30 jours portent une part significative du crédit bancaire à court terme – et qu’il comporte un risque de contagion des difficultés de trésorerie entre entreprises car les fournisseurs subissant des retards de paiement sont conduits, eux-mêmes, à décaler leurs propres échéances causant un cercle vicieux de manque de liquidités.* »⁵⁵
70. En l’espèce, la SLN se prévaut d’une place particulière sur le marché calédonien : elle compte 2 200 emplois directs et dit générer par ailleurs 8 000 emplois « indirects et induits » sur le territoire, ce qui la positionne comme le « *premier employeur privé de Nouvelle-Calédonie* »⁵⁶.
71. L’Autorité estime donc que ce statut justifie que la SLN soit exemplaire en matière de respect des délais de paiement, d’autant plus que la SLN est un acheteur essentiel pour les petites et moyennes entreprises intervenant dans le secteur minier : « *la SLN a toujours été très soucieuse de ses fournisseurs qui sont essentiellement des petites, moyennes ou très petites entreprises* »⁵⁷ (soulignement ajouté).
72. Ces PME, qui disposent potentiellement d’une faible trésorerie, sont en outre susceptibles de se trouver en situation de dépendance économique à l’égard de la SLN. Tout retard de paiement de la part de leur principal acheteur est de nature à leur causer un préjudice particulièrement important. Les effets de la pratique litigieuse sur le dommage à l’économie sont donc renforcés par le fait que la SLN est une grande entreprise ayant des fournisseurs sur tout le territoire calédonien.
73. L’Autorité souligne enfin que les CGA demeurent subsidiaires et ne peuvent primer sur les conditions générales de vente (CGV) du vendeur lorsque celles-ci existent, en application des dispositions de l’article Lp. 441-6 du code de commerce.
74. Or, comme l’indique la société mise en cause, elle accepte « *les CGV de (ses) prestataires internationaux et celles de la majorité des prestataires locaux importants car ils posent cette condition à l’acceptation d’une relation avec la SLN. Les CGA se substituent aux CGV quand nous procédons par bons de commande* »⁵⁸. Ainsi, les petits fournisseurs sont davantage

⁵⁴ CAA de Versailles. 7ème ch. 3 octobre 2019. N° 18VE00503

⁵⁵ ACNC, décision n°2020-PCR-03, KNS.

⁵⁶ Voir le site internet de la SLN : <https://www.sln.nc/la-vision-de-la-sln>

⁵⁷ Annexe 10, cote 42.

⁵⁸ Annexe 11, cote 55.

exposés au risque d'être pénalisés et de se voir imposer les CGA de la SLN tandis que seuls les prestataires importants sont susceptibles de voir leurs CGV acceptées.

75. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'adoption de CGA contraires à la réglementation relative aux délais de paiement et leur mise en œuvre quasi-systématique à l'égard des petits fournisseurs calédoniens ont nécessairement provoqué un dommage à l'économie étant donné la taille de la SLN et le nombre de fournisseurs concernés par les retards de paiement.

3. Sur la situation individuelle de l'entreprise

76. L'examen des comptes annuels de la SLN démontre une situation financière extrêmement dégradée malgré des efforts notables pour réduire ses pertes nettes qui s'élèvent au 31 décembre 2019 à 9,6 milliards de francs CFP contre 17 milliards de francs CFP au 31 décembre 2016⁵⁹.
77. En outre, l'Autorité constate que l'actionnaire majoritaire de la SLN, le groupe Eramet, se trouve lui aussi dans une situation financière difficile avec des pertes nettes de 184 millions d'euros au 31 décembre 2019 (contre un bénéfice net de 53 millions d'euros en 2018 et de 203 millions d'euros en 2017)⁶⁰.
78. 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 établie⁶¹, il n'en demeure pas moins que cette circonstance est susceptible de justifier une réfaction de la sanction encourue, que l'Autorité estime en l'espèce à 10 %.
79. Pour l'ensemble de ces raisons, au regard 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 SLN aurait pu justifier de lui imposer une sanction pécuniaire à son niveau maximal. Néanmoins, compte tenu de sa démarche de mise en conformité avec le droit des pratiques restrictives de concurrence 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 très déficitaire, cet abattement mérite en l'espèce d'être porté à 20 %.
80. En conséquence, l'Autorité décide que :
- Le montant de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de la SLN est de 4 millions de francs CFP ;
 - La SLN doit publier, dans les 30 jours suivants la notification de la décision, un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, intitulé « **La SLN sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020** » dans une police d'écriture de taille 14. Le communiqué pourra être suivi, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

⁵⁹ Annexes 15 à 17, liasses fiscales de la SLN.

⁶⁰ Voir les chiffres financiers du groupe Eramet : <http://www.eramet.com/fr/investisseurs/chiffres-financiers>.

⁶¹ TGI Bordeaux, 7 février 2005. Cité par le [rapport annuel 2006/2007](#) de la Commission d'examen des pratiques commerciales, page 57.

DECISION

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

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

Article 3 : Il est enjoint à la SLN de publier, dans les 30 jours suivant la notification de la décision, le communiqué ci-après dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*. Ce communiqué, intitulé « **La SLN sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour non-respect des délais de paiement par décision n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020** » qui pourra être suivi, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

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

« Par décision du 18 décembre 2020, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a infligé à la SLN une amende de 4 millions de francs CFP pour non-respect des règles relatives aux délais de paiement depuis le 1^{er} janvier 2018.

En l'espèce, la SLN a édicté, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2018, des conditions générales d'achat (CGA) imposant à ses fournisseurs des conditions de règlement à « *trente jours calendaires, le 15 du mois suivant* » et à « *trente jours calendaires fin de mois* » du 1^{er} janvier 2019 au 22 octobre 2020, alors que l'article Lp. 443-2 du code de commerce prévoit que le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.

Ces CGA ont été quasi-systématiquement appliquées à l'ensemble de ses fournisseurs jusqu'au 22 octobre 2020, date à laquelle la société a pris l'initiative de modifier ses documents contractuels et ses pratiques internes pour se mettre en conformité avec le délai visé à l'article Lp. 443-2 du code de commerce dans ses conditions générales d'achat ».

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. Robin Simpson et M. Walid Chaiehloudj, membres de l'Autorité,

La présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre