

REGARDS CROISES

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur. Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

La médiation est-elle efficace dans l'achat public ?

Pierre PELOUZET, Médiateur des entreprises

La commande publique est au cœur de l'action de la médiation des entreprises dans son volet de résolution des différends mais aussi celui de leur prévention, par la promotion de pratiques plus responsables entre les clients publics et leurs fournisseurs.

Initialement centrée sur les relations inter-entreprises, le rôle du Médiateur des entreprises s'est rapidement élargi, à la demande des acteurs économiques eux-mêmes, au champ des contrats de la commande publique.

Fin 2012, cette action a d'abord été prise en charge par un Médiateur dédié, avant que les deux fonctions soient fusionnées par un décret de janvier 2016, sous l'égide du Médiateur des entreprises.

En constante augmentation depuis 2016, les dossiers de médiation liés au secteur public ont représenté plus de 400 dossiers sur 3 500 traités au total en 2020, contre 250 sur 1 300 en 2019, soit 22,5 %.

Pour des raisons liées à la conjoncture économique, la proportion de ces dossiers a diminué lors de la crise sanitaire de la COVID-19. La part des demandes de médiation en commande publique a légèrement augmenté, à nouveau, en 2021 pour atteindre 19% des dossiers.

La consécration du rôle du Médiateur des entreprises dans le code de la commande publique et les CCAG 2021

Le code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 a consacré la possibilité de recourir à un médiateur ou un conciliateur pour les différends liés à l'exécution des marchés publics et les concessions¹.

Le Médiateur des entreprises est visé en particulier à l'article R. 2197-23 qui reprend les dispositions du décret dit « marchés publics » de 2016.

L'article L. 2197-4 vient préciser que la saisine du Médiateur des entreprises suspend le cours des prescriptions, avec un renvoi à l'article L. 213-6 du code de justice administrative et au code civil.

¹ Les articles L. 2197-1 et L. 2197-2 du code de la commande publique consacrent ces voies de résolution amiable des différends dans l'exécution d'un marché public. Voir également les articles L. 3137-1 et L. 3137-2 du code de la commande publique pour les concessions, l'article R. 2397-3 du code de la commande publique pour les marchés de défense ou de sécurité

Les délais de recours contentieux sont interrompus par la saisine du Médiateur des entreprises s'il s'agit d'un contrat administratif², comme le prévoit déjà l'article L. 213-6 du code de justice administrative de manière générale.

Enfin, les 6 CCAG publiés par arrêtés du 30 avril 2021, et entrés en vigueur au 1^{er} octobre 2021, consacrent l'intérêt du recours aux modes amiables de résolution des différends dans les marchés publics.

Ils prévoient tous que « *L'acheteur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché* ».

Lorsque l'acheteur et le titulaire ne parviennent pas à régler le différend à l'issue de la procédure amiable de réclamation, « *ils privilégient le recours à un comité consultatif de règlement à l'amiable, à la conciliation, à la médiation, notamment auprès du médiateur des entreprises, ou à l'arbitrage, dans les hypothèses et les conditions prévues par le code de la commande publique* ».

Le Médiateur des entreprises offre ainsi une voie complémentaire à la saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends qui ont vocation à rechercher, dans un cadre collégial impliquant des magistrats et dans le cadre d'une procédure contradictoire, « *des éléments de droit ou de fait* ». L'avis rendu par les CCRA est « *juridiquement tolérable, techniquement logique et financièrement justifiée* ».

Le processus de médiation diffère d'autres modes amiables de résolution des différends : il repose sur des échanges structurés entre les médiés, avec l'aide d'un tiers, le médiateur qui accomplit sa mission avec impartialité, indépendance, compétence et diligence.

Ni juge, ni arbitre, ni conciliateur, le médiateur « *aide les parties à trouver une solution mutuellement acceptable* », il ne propose pas les termes d'un accord.

Ce processus est relativement peu encadré par les textes, à l'exception de principes fondamentaux, en particulier le caractère volontaire de la démarche, l'exigence de confidentialité et, bien entendu, le respect de l'ordre public.

Ce cadre souple permet d'envisager des solutions « créatives » à la résolution des différends, compte tenu du cadre strict des règles de la commande publique.

Globalement, les dossiers traités par le Médiateur des entreprises se résolvent dans un délai de 3 mois, avec un taux de succès de 75%.

Des dispositifs de médiation qui s'adaptent aux crises

Les demandes de médiation portent majoritairement sur les marchés de travaux, initiées par des TPE ou PME titulaires. La complexité des règles d'exécution, notamment financières, de ces marchés expliquent en grande partie cette situation.

Il est regrettable que les saisines interviennent tardivement, souvent au moment de l'établissement du décompte général des marchés. Ces procédures ont alors pour conséquence de retarder le versement du solde, occasionnant des retards de paiement.

² Article R. 2197-24 du code de la commande publique

Il serait beaucoup plus efficace de traiter les difficultés au fil de l'eau, sous forme de « médiation de projet », y compris pour marchés de montants modestes lorsqu'ils se déroulent sur plusieurs mois ou années.

La médiation assure aussi, à ce titre, un rôle de pédagogie pour accompagner les chefs d'entreprises, en particulier les TPE-PME, à mieux aborder les marchés publics. En collaboration avec la CPME, le Medef, l'U2P, les CCI, les CMA et la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, le Médiateur des entreprises a publié plusieurs guides ces dernières années :

- Chefs d'entreprises : osez la commande publique, en avril 2019
- Marchés publics inférieurs à 40 000 euros HT : moins de formalités, plus d'opportunités en février 2020
- Les marchés publics au service de la relance économique en mai 2021.

Par ailleurs, le Médiateur des entreprises a réalisé deux rapports suite à des missions confiées par l'Observatoire économique de la commande publique : l'un portant sur les difficultés d'accès des TPE/PME à la commande publique, l'autre concernant les délais de paiement dans la commande publique.

Ce sont surtout la crise sanitaire et les difficultés d'approvisionnement et d'augmentation des prix de l'énergie et matières premières, que subissent les entreprises et leurs clients publics et privés, qui ont conduit à développer de nouveaux dispositifs de médiation.

Ainsi une action de filière dans le domaine du BTP a été confiée au Médiateur des entreprises en juin 2021 par les ministres Bruno Le Maire, Alain Griset et Emmanuelle Wargon pour faire émerger des solutions collectives aux difficultés d'approvisionnement en matières premières, fournitures, équipements et matériaux de construction. Cette mission a été reprise et renforcée dans le cadre du plan de résilience de mars 2022.

Elle réunit les acteurs concernés : industriels, transformateurs, distributeurs, commerce de gros, entreprises de travaux et maîtres d'ouvrage privés et semi publics, représentés par les organisations sectorielles (AIMCC, FDMC, CGI, FIEEC, CAPEB, CNATP, FFB, FNTP, ORCAB, FPI et USH) et également l'U2P, la CPME et le Medef.

Cette action de filière comporte trois volets :

- Un comité de crise qui traite, en toute confidentialité, les comportements abusifs d'acteurs structurants dans les conditions de tensions sur les approvisionnements, signalés par les organisations de la filière ;
- Une médiation de filière qui vise à promouvoir les bonnes pratiques entre ses différents maillons ;
- Le traitement « classique » des demandes de médiation pour les difficultés d'exécution des contrats publics ou privés, dans les conditions habituelles de gratuité, confidentialité et rapidité par les médiateurs attachés au Médiateur des entreprises.

Ces médiations permettent notamment de valoriser les adaptations recommandées dans la *Circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des matières premières.*

Certaines leçons peuvent d'ores et déjà être tirées de la crise sanitaire mais aussi des difficultés d'approvisionnement et d'augmentation des prix de l'énergie et matières premières dans les marchés publics :

- D'abord, le besoin d'anticiper les chocs économiques dans la rédaction des marchés, en particulier par la bonne rédaction des clauses de variation de prix ;
- Ensuite, la relative souplesse qu'offrent les règles d'exécution des marchés publics en période de crise, comme y engagent les recommandations de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et les diverses circulaires ministérielles publiées à ce sujet ;
- Enfin, l'impérieuse nécessité de considérer les relations contractuelles sous l'angle de la solidarité économique, au bénéfice de l'économie dans son ensemble.

Cette action de promotion de la solidarité économique s'est beaucoup développée depuis la crise de la COVID-19.

La solidarité économique et la promotion de relations responsables avec les fournisseurs en commande publique

Le « comité de crise » sur les délais de paiement mis en place avec le Médiateur du crédit et les organisations professionnelles dès mars 2020 pour lutter contre les mauvaises pratiques des acteurs structurants privés et publics a contribué à désamorcer une tendance à la cessation ou au retard de paiement observée en particulier au début de la crise sanitaire.

Son action se poursuit depuis janvier 2022 au sein d'un comité dont le champ est élargi aux conditions de paiement et d'approvisionnement.

Inversement, les acteurs publics et privés sont incités à adopter une ligne de conduite solidaire dans la gestion des relations contractuelles entre partenaires économiques et valorisés à ce titre, par exemple lorsqu'ils anticipent les délais de paiement.

Cette culture de la solidarité et de la responsabilité portée par la médiation des entreprises se traduit également dans le nouvel élan donné au déploiement du Label Relations Fournisseurs et Achats Responsables (RFAR).

En mars 2021, le Médiateur des entreprises a remis à Olivia Grégoire, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, chargée de l'Économie sociale, solidaire et responsable, un rapport d'évaluation pour le développement du Label Relations fournisseurs et achats responsables. Dans le prolongement de ces travaux, un Parcours national des achats responsables a été lancé en octobre 2021 en collaboration avec le Conseil National des Achats, qui porte conjointement le label RFAR.

Le label RFAR traite spécifiquement de l'équilibre et de la qualité des relations entre donneurs d'ordre et fournisseurs pour garantir des achats à impact positif (performance économique et compétitivité, mise en œuvre de considérations sociales et environnementales, responsabilité et ancrage territorial, culture de médiation).

Un déploiement prioritaire dans le secteur public est en cours, d'abord dans les ministères, mais aussi le secteur public hospitalier et les collectivités territoriales.

Le Label RFAR est ainsi valorisé dans les outils à disposition des acheteurs dans la réalisation des objectifs du Plan national d'action pour des achats publics durables 2022-2025.

S'agissant des collectivités, les synergies avec l'établissement des *Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER)* sont également en cours de promotion.

A travers la diversité des actions menées depuis 10 ans et de nouveaux dispositifs mis en place, la médiation des entreprises intègre ainsi pleinement la commande publique telle qu'elle est, au cœur de l'économie.