



Médiation. Un nouveau service public aux entreprises

Sebastien M. Lemeunier, Jean-Philippe Robic

► **To cite this version:**

Sebastien M. Lemeunier, Jean-Philippe Robic. Médiation. Un nouveau service public aux entreprises. ESSEC Working paper. Document de Recherche ESSEC / Centre de recherche de l'ESSEC. ISSN : 1291-9616. WP 1402. 2014. 2014. <hal-00946211>

HAL Id: hal-00946211

<https://hal-essec.archives-ouvertes.fr/hal-00946211>

Submitted on 13 Feb 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

***Médiation. Un nouveau service
public aux entreprises***

*Research Center
ESSEC Working Paper 1402*

2014

*Sébastien M. Lemeunier
Jean-Philippe Robic*

Sébastien M. Lemeunier² et Jean-Philippe Robic³

Résumé : *En marge des tribunaux de commerce et dans un contexte de crise financière et économique, l'Etat a pris en charge l'intégration de la médiation dans les relations des entreprises avec les banques, avec les autres entreprises et avec l'Etat par le biais de la Médiation du crédit, la Médiation Inter-entreprises et la Médiation des Marchés publics. Cet article s'interroge sur l'importance de ce phénomène et les changements de culture dans le monde des affaires. Trois types de médiations sont présentés ici, il en est déduit leurs apports en termes de changements dans les relations entre les partenaires économiques et des réponses sont proposées sur la durabilité de cette prise en charge publique.*

Classification JEL : J52 ; K4 ; H49

Mots clés : Médiation ; Tribunaux de commerce ; Service Public

Mediation. A new public service for firms

Abstract: *Alongside commercial courts and in an economic and financial crisis context, the French State fosters and supports the integration of mediation between firms and their economic partners. Three types of organizations resulted in Mediation between firms and banks (Médiation du crédit), Mediation between firms (Médiation Inter-entreprises) and Mediation between firms and public procurement (Médiation des Marchés publics). First we ask: what is the importance of this recent phenomenon and how does it change the way of doing business? Then these three types of mediation are described, changes in relations between these economic partners are underlined and answers about the sustainability of this State's mission are suggested.*

JEL classification: J52 ; K4 ; H49

Keywords : Mediation ; Commercial Court ; Public Services

¹ Cet article s'est inspiré d'un travail de plus longue haleine en cours de finition pour la réforme des tribunaux de commerce et le droit des entreprises en difficultés.

²**Sébastien M. Lemeunier** est Professeur de finance à EBS-Paris et intervenant à l'ESSEC

³**Jean-Philippe Robic** est un praticien de la médiation appliquée au monde des affaires et Président de Chambre honoraire du Tribunal de commerce de Paris.

1. Introduction

Face aux difficultés qu'endurent les entreprises françaises, la prévention des difficultés est une priorité pour le gouvernement. Une réforme des tribunaux de commerce en cours actuellement porte notamment sur l'efficacité de cette prévention. Les autorités publiques insistent particulièrement sur la priorité à donner au règlement amiable des difficultés des entreprises par le biais du mandat ad'hoc et de la conciliation, afin d'éviter la mise en œuvre de procédures collectives⁴. Nous nous intéressons ici à la médiation qui est un autre Mode Alternatif de Règlement des Conflits qui participe à l'effort de prévention des difficultés des entreprises mais qui ne passe pas par les tribunaux de commerce. Il permet toutefois de désengorger les tribunaux.

L'initiative du recours à la médiation pour la prévention des difficultés des entreprises répondait au contexte de crise de 2009. Ce mode d'intervention public dans la vie des entreprises se présente sous la forme de missions triennales dont certaines ont été renouvelées plusieurs fois.

Les questions de cet article portent donc sur l'importance et l'efficacité du dispositif de la médiation dans la prévention par rapport aux tribunaux de commerce. Par ailleurs, l'immixtion de l'Etat dans les affaires des entreprises à travers ce mode de résolution des conflits est récente. Aussi, en quoi change-t-elle les relations des entreprises avec l'Etat et les relations des entreprises entre elles ? Enfin, qu'attendre de la pérennité de ces missions triennales qui ont été renouvelées jusqu'ici.

Pour répondre à ces questions, une première partie décrit la médiation de manière générale, les trois suivantes présentent la Médiation du crédit, la Médiation Inter-entreprises et la Médiation des marchés publics. Chacune de ces parties est contextualisée et décrit le mode de fonctionnement de sa médiation. Les questions posées trouvent leurs réponses dans une conclusion-discussion sur la base de ces parties.

2. Eléments de contexte

Telle qu'elle a été définie par le Parlement Européen en 2011 : « *La médiation (...) s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* »

La médiation permet de débloquer des situations plus rapidement là où la justice mettrait plus de temps et pour parvenir à une solution qui ne soit pas nécessairement dans l'intérêt des deux parties. L'intervention d'un tiers neutre permet de faciliter l'échange d'informations entre les parties impliquées. Le médiateur aide les parties à parvenir à un règlement de leur litige qui leur soit mutuellement satisfaisant et dans lequel peut s'intégrer une rationalité économique. A la différence du juge, le médiateur ne rend pas de décision mais aide les parties à parvenir

⁴ Flamand P. [2014] ; « Entreprises en difficultés : Hollande veut renforcer les procédures amiables ». L'Express 09/01/2014

au règlement du litige. En outre, l'absence de pouvoir du médiateur est aussi ce qui le pousse à trouver des solutions autres que celles du juge (Stimec 2006)⁵. Pour garantir le succès de sa médiation, le médiateur se doit d'être neutre, indépendant et impartial. Enfin, la médiation est un procédé qui ne rencontre pas d'échec dans la mesure où elle amène les parties à échanger sur les problèmes en question qui ne peuvent les amener qu'à plus d'éclaircissements. Au pire elle prépare à une procédure judiciaire à venir.

3. La Médiation du crédit aux entreprises

Un des problèmes majeurs occasionné par la crise financière de 2008 résidait dans le financement des entreprises et leur trésorerie insuffisante et dans la réticence des banques à pourvoir à ces besoins. Les banques fragilisées et menacées par un risque systémique ont été soutenues par les gouvernements, afin qu'elles continuent de financer l'économie réelle. Pour s'assurer qu'elles remplissent effectivement leur rôle de distribution du crédit et leurs engagements, la Médiation du crédit aux entreprises a été mise en place en novembre 2008 comme un dispositif de crise. Son rôle avait pour objectif de rétablir le dialogue entre les banques et les entreprises en difficultés lorsqu'il était rompu, voire d'aider à trouver des solutions de financement devant un refus de crédit. Envisagée tout d'abord de manière ponctuelle, cette mission a été prorogée à deux reprises et ce jusqu'à la fin de l'année de 2014⁶.

L'intervention de la Médiation du crédit s'est donc faite à deux niveaux. Au plan national, en pilotant la mission et en animant le réseau des médiateurs, des analystes financiers et des rédacteurs⁷.

Le succès de ce dispositif a été immédiat et a reflété un besoin criant pour ce type de recours. En dépit de sa nouveauté, 2 000 dossiers étaient soumis en novembre 2008. En 2012, 4077 dossiers ont été déposés et 3162 ont été acceptés. Le rapport du médiateur parle de 58% de réussite pour ces médiations (Prost 2013)⁸. Si l'on compare ces chiffres avec ceux du règlement amiable au niveau des tribunaux de commerce le cumul des procédures de mandat ad'hoc à celui de la procédure de conciliation est de 1 761 procédures⁹. Le nombre de dossiers traités par la seule Médiation du crédit est donc nettement supérieur. On précise que les demandes de dossiers en Médiation du crédit sont très irrégulières puisqu'en 2010, 7 911 dossiers ont été déposés. En 2013, 78% des entreprises qui ont eu recours à ce service ont moins de 10 salariés et 18% ont entre 10 et 50 salariés (Prost 2013).

Les grandes entreprises ayant plus facilement accès aux marchés financiers pour leur financement, les entreprises de moins de 50 salariés sont les plus dépendantes du crédit bancaire et celles aussi qui sollicitent le plus la Médiation du crédit avec 95% des dossiers¹⁰.

⁵Stimec A. [2006]; « De la négociation à la médiation : Jalons conceptuels et historiques » société de stratégie » ; AGIR Médiation et négociation N°24

⁶ « La Médiation du crédit confortée pour les deux prochaines années », *Les échos* du 01/03/2013

⁷ Les rédacteurs sont chargés d'instruire les dossiers

⁸ Prost J.M. [2013] ; Rapport d'activité de la Médiation du crédit aux entreprises au 31 juillet 2013

⁹Conférence Générale des Juges Consulaires de France ACTIVITES 2012 (Evolution des procédures volontaires sur 10 ans). (mai 2013) (nous avons additionné les 1 416 mandats ad'hoc et les 345 conciliations).

¹⁰ « La Médiation du crédit confortée pour les deux prochaines années », *Les échos* du 01/03/2013

Modalités pratiques de la Médiation du crédit

Toutes les entreprises peuvent faire appel au médiateur du crédit (chef d'entreprise, artisan, commerçant, profession libérale, créateur, repreneur...) dès lors qu'un établissement financier refuse un financement à une activité professionnelle y compris les entreprises soumises à procédures amiables (mandat ad hoc, conciliation...) et à des procédures collectives. Dans ce dernier cas, la médiation se fait en lien et avec l'accord d'une personne désignée par le Tribunal de commerce. Si le mandataire ou l'administrateur judiciaire refuse la médiation, il doit le signifier auprès du médiateur du crédit. En outre les équipes de la Médiation orientent les entreprises qui se trouvent en état de cessation de paiements vers les tribunaux de commerce ou lorsqu'une procédure amiable ou collective semble plus adaptée.

L'amélioration des relations entre les banques et les entreprises est une condition nécessaire au financement de ces dernières mais pas nécessairement suffisante. C'est pourquoi les services de la Médiation du crédit sont en étroite collaboration avec Oseo¹¹. Dans le rapport d'activité semi-annuel de la Médiation du crédit, les médiateurs témoignent de l'importance d'Oseo dans la résolution des dossiers de médiation. Que ce soit comme garantie ou comme financement, le recours à Oseo a permis la réussite de 25 à 50% des cas¹². L'état d'urgence dans lequel se trouvaient les entreprises françaises en 2009 a autorisé des solutions de financement où Oseo apportait sa garantie pour des prêts bancaires allant jusqu'à 90%¹³. Ce seuil a été progressivement ramené à 70% jusqu'au 01/01/2010, puis à 60% jusqu'au 30/06/2011.

En termes d'organisation, la mission de Médiation du crédit est pilotée au niveau national par un médiateur national. Ses délégués viennent en soutien de 105 comptoirs de médiation départementaux dirigés par les directeurs départementaux de la Banque de France. Dans le cadre de cette solution de crise, la Médiation du crédit entretient avec la Direction Générale du Trésor (DGT) et la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) des échanges permanents. Les équipes de la Médiation travaillent en coordination avec celles du Comité Interministériel de Restructuration Industriel (CIRI) sur les dossiers complexes.

Des « tiers de confiance » interviennent gratuitement auprès de l'entreprise pour l'assister dans ses démarches de médiation. Le tiers de confiance, qui n'est pas un médiateur, intervient en concertation avec les équipes de la Médiation en amont de la saisine et si le chef d'entreprise le souhaite, tout au long du processus de médiation. Ils proviennent des sphères professionnelles en lien avec les entreprises en difficultés et reconnues pour leurs compétences (CCI, chambres de métiers et artisanat, MEDEF, CGPME, UPA, Experts comptables, APCE et réseaux professionnels à la création et à la reprise d'entreprises, Union nationale des professions libérales, CNER, avocats...). L'assistance de ce tiers de confiance

¹¹ Depuis 2013, Oseo a rejoint la BPI

¹² Cette information provient d'entretiens menés dans le cadre du rapport dont s'est inspiré ce papier.

¹³ « Les PME et les ETI vont avoir accès à des garanties bancaires d'OSEO pouvant couvrir jusqu'à 90 % du montant des prêts » ; *Communiqué de Presse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi*. 27 février 2009

est gratuite et il est tenu au secret à propos des dossiers qui lui ont été confiés. A cette occasion, l'entreprise bénéficie de conseils qui peuvent aller au-delà de la seule mission de Médiation du crédit. En complément de la médiation avec les banques, il peut être conseillé aux entreprises en difficultés de solliciter un aménagement de leurs dettes fiscales et sociales auprès du Directeur départemental des finances publiques. Elles peuvent également bénéficier d'un prêt pour un financement d'audit de positionnement stratégique.

Outre la résolution d'une situation ponctuelle, la médiation est donc aussi l'occasion de faire œuvre de pédagogie dans les relations de l'entreprise avec les banques. A cet égard, la Médiation du crédit a mis à disposition des chefs d'entreprise un guide¹⁴ comportant des conseils permettant de constituer dans de bonnes conditions une demande de crédits, mais aussi d'enrichir leur culture financière et d'améliorer leurs relations avec les banques.

Comme recours à l'état d'urgence dans lequel les entreprises françaises se trouvaient en 2009, la Médiation du crédit a montré toute son efficacité en mobilisant de nombreux organes de l'Etat et les services de tiers de confiance professionnels pour soutenir les entreprises dans leurs demandes de financement. Nonobstant la situation d'urgence suscitée par la crise, le médiateur est également apparu comme un vecteur d'informations et une passerelle entre l'entreprise et les nombreux services d'aides qui sont à sa disposition.

Au-delà de ses missions attendues, la Médiation du crédit a également contribué à faire évoluer les comportements des différents protagonistes. Ce dispositif, en introduisant la culture d'un plus grand dialogue et d'une plus grande transparence, a œuvré pour une meilleure compréhension des difficultés que pouvaient rencontrer les petites entreprises notamment.

Ce faisant, la Médiation du crédit a initié une dynamique qui a justifié à la fois la mise en place de la Médiation Inter-entreprises puis celle de la Médiation des marchés publics.

4. La Médiation Inter-entreprises

La Médiation Inter-entreprises est née du besoin de rétablir une relation plus équilibrée entre les clients et les fournisseurs. Elle est apparue après la mise en place de la Médiation du crédit. La volonté politique de résoudre des problèmes plus spécifiques comme les relations inter-entreprises et les marchés publics par le biais de la médiation, s'est manifestée lors des Etats Généraux de l'industrie en 2010 avec la collaboration de la Compagnie des Dirigeants et Acheteurs de France (CDAF) notamment. Nous traitons dans cette partie la Médiation Inter-entreprises et dans celle qui suit nous traiterons la Médiation des marchés publics.

La Médiation Inter-entreprises part du constat que l'industrie française souffrait d'un manque de coordination et de confiance entre ses partenaires industriels et économiques. La crise

¹⁴ « Chefs d'entreprise facilitez vos relations avec vos banques » *Médiation du crédit*

aidant à exacerber ces tensions, il est apparu nécessaire de proposer des solutions pragmatiques pour aider au règlement des conflits.

Lorsque les fournisseurs sont les sous-traitants de grandes entreprises publiques ou privées qui occupent une place importante dans leur chiffre d'affaires, ils peuvent se retrouver dans une situation où ils sont inféodés aux exigences de leurs clients. Ces relations de dépendance se tendent lorsque la seule recherche du meilleur prix avec une vue de court-terme dirige les décisions des commanditaires. On ajoute les conditions du paiement où les grands groupes peuvent profiter de leur position dominante pour retarder leurs paiements. Ce déséquilibre dans les rapports de force peut aussi se manifester lorsque le fournisseur détient un savoir-faire technologique indispensable pour le client qui dépend fortement de l'approvisionnement du fournisseur et de ses conditions. Ce faisant, le Ministère du Redressement Productif¹⁵ explique le peu d'ETI en France et le nombre relativement plus important de PME, notamment par ces relations tendues et teintées de comportements opportunistes qui ne laissent plus la place à la confiance. Les conflits inter-entreprises représentent également un coût qui s'élève à 2 % du PIB français¹⁶.

L'objectif de la Médiation Inter-entreprises, au titre de service gratuit à la disposition des entreprises, est donc ambitieux. Il consiste à faciliter les relations client-fournisseurs, restaurer la confiance et leur montrer les avantages qu'ils ont à maintenir leur partenariat et le respect de leurs engagements mutuels. Il consiste également à rappeler les fournisseurs et/ou les clients à la loi de 1975 sur les sous-traitants. D'un point de vue plus global, l'objectif de la médiation est d'aider à la construction d'une stratégie de filière permettant à la fois une meilleure visibilité à ses partenaires, des investissements structurants et plus d'innovation en obtenant de la part des grands groupes des engagements pour de meilleures pratiques.

A cet égard, la Médiation Inter-entreprises a rédigé la Charte Inter-entreprises en 2010 qui est devenue depuis la « Charte Relations fournisseur responsables » et qui était signée en février 2014 par 426 grandes entreprises et opérateurs publics. Cette charte énumère dix pratiques¹⁷ de bonne conduite qui valent de fait, dix engagements par les signataires. Elle est un texte de référence en matière d'achats responsables et de qualité de la relation client-fournisseur. A cette charte s'ajoute deux autres documents. Le premier est un « Guide pour la qualité des relations contractuelles clients-fournisseurs » qui aborde six modalités pratiques¹⁸ qui permettent d'améliorer ces relations. Le second est une liste des « 36 mauvaises pratiques régulièrement observées, passées au crible de la Loi » (cf annexe) et qui empoisonnent les relations entre partenaires industriels et commerciaux. A chacune de ces mauvaises pratiques est adjointe une référence à un texte de loi qu'elle enfreint qu'il soit issu du Code du Commerce, du Code Civil, du Code Monétaire et Financier, du Code de la Propriété

¹⁵ Descriptif de mission des médiateurs inter-entreprises sur le site du ministère du redressement productif 2013

¹⁶ Piliu F. [2012] ; Le coût des conflits entre entreprises est estimé à 50 milliards d'euros » La Tribune 3/01/2012

¹⁷ 1) Assurer une équité financière vis-à-vis des fournisseurs ; 2) Favoriser la collaboration entre grands donneurs d'ordres et fournisseurs stratégiques ; 3) Réduire les risques de dépendances réciproques entre donneurs d'ordres et fournisseurs ; 4) Impliquer les grands donneurs d'ordres dans leur filière ; 5) Apprécier le coût total de l'achat ; 6) Intégrer la problématique environnementale ; 7) Veiller à la responsabilité territoriale de son entreprise ; 8) Les Achats : une fonction et un processus ; 9) Une fonction Achat chargée de piloter globalement la relation fournisseurs ; 10) Fixer une politique cohérente de rémunération des acheteurs.

¹⁸ Ces 6 modalités pratiques portent sur : la commande ; la relation contractuelle ; le prix ; la réception et la facturation ; le paiement et la propriété intellectuelle.

intellectuelle et du Code du Travail. C'est une manière de souligner que si les entreprises se contentaient de respecter la loi, leurs relations s'en trouveraient améliorées et bien souvent le rôle du médiateur consistera justement à rappeler les entreprises à la Loi.

Application de la Médiation Inter-entreprises

Les modalités pratiques d'application des services de la Médiation Inter-entreprises sont à présent examinées. Les services de la Médiation Inter-entreprises sont accessibles à toute entreprise ayant des difficultés relationnelles et/ou contractuelle avec son client ou son fournisseur. Les conflits¹⁹ traités peuvent concerner l'application d'un contrat qu'il soit formalisé ou tacite. Une société placée en sauvegarde ou en redressement judiciaire peut aussi solliciter les services du médiateur. Les entreprises en liquidation judiciaire ne sont toutefois pas éligibles.

Le processus de saisine de la médiation doit être volontaire et se fait à titre gracieux. Le succès de ce processus de médiation dépendra d'un consentement libre des participants. Il est entendu cependant que si le litige entre les deux parties porte sur l'infraction d'une règle de droit, la partie mise en cause a tout intérêt à être conciliante. Dès lors que le dossier de médiation est déposé, les échanges et tous autres documents sont couverts par une stricte confidentialité. Le processus de médiation doit se terminer dans les trois mois qui suivent l'enregistrement de la demande.

La Médiation est relayée par 10 médiateurs nationaux délégués et 25 médiateurs régionaux qui relèvent des DIRECCTE (Direction générale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi) et avec l'appui des membres de fédérations professionnelles. Les DIRECCTE présentent l'avantage de bien connaître les entreprises et le tissu économique de leur région grâce à leur réseau.

La médiation s'effectue à trois niveaux distincts pour répondre aux différents objectifs qu'elle s'est fixée.

La médiation individuelle : une seule entreprise dépose un dossier. Le médiateur recherche ensuite des solutions dans la concertation.

La médiation collective : plusieurs demandes convergentes sont adressées au médiateur qui peut choisir de les regrouper. Il se tourne ensuite vers le client ou le fournisseur pour lui demander d'améliorer ses pratiques.

¹⁹ Parmi les cas de motif de saisine, (Rapport de la Médiation Inter-entreprises Avril 2013) les dix cas de figure les plus fréquemment rencontrés par ordre décroissants sont dus :

1. « au non-respect des délais de paiement (paiement au-delà du délai légal, délocalisation des services achat à l'étranger, retard volontaire de facturation...) ;
2. à la rupture brutale de contrat ;
3. au détournement de la propriété intellectuelle ;
4. à des conditions contractuelles imposées à la formation du contrat ;
5. à des modifications unilatérales de contrat ;
6. à des contrats à prix ferme sans prise en compte des fluctuations des matières premières ;
7. à des pénalités de retard abusives ;
8. à des activités non rémunérées (frais de R&D, études, logiciels...) ;
9. à des modalités de commandes (exclusion totale des Conditions Générales de Vente, annulation de commande non indemnisée, non respect des prévisions de commandes...) ;
10. à l'auto-facturation par le client (dérives : décalage de la date d'émission des factures...)»

La médiation de branches : une branche professionnelle peut également saisir le médiateur pour résoudre un conflit avec une autre branche.

Etant donné ces différents niveaux de saisine, il est difficile de parler de demande de dossiers puisqu'un seul peut impacter plusieurs entreprises. De même, un seul conflit entre deux entreprises impacte deux entreprises. Le rapport de la Médiation Inter-entreprises²⁰ nous indique que 850 dossiers ont été traités et ont eu un impact sur 230 000 entreprises. 8 médiations sur 10 parviennent à un accord.

Chaque grande entreprise signataire de la Charte Relations fournisseur responsables doit désigner un ou plusieurs correspondants pour un rôle de médiateur interne ou externe et pouvant être saisis par les fournisseurs ou les clients en cas de conflits ou litiges. Si la médiation interne ne suffit pas ou si l'entreprise ne dispose pas de tels relais (si elle n'est pas signataire de la Charte inter-entreprises), le client ou fournisseur peut déposer un dossier auprès de la Médiation Inter-entreprises qui va entraîner l'intervention du Médiateur régional. Ce dernier contacte le dirigeant de l'entreprise initiatrice de la saisine, afin d'obtenir des précisions sur le litige et définir un plan d'actions. Ensuite, il se rapproche de l'entreprise ciblée par les conflits pour lui notifier cette demande, afin de recueillir son accord pour entamer le processus de médiation. Dans un premier temps, il peut rencontrer les deux parties séparément ou bien organiser une rencontre avec les deux parties. Le médiateur devra agir comme intervenant neutre, impartial et indépendant, afin de parvenir à des solutions mutuellement avantageuses pour les deux parties. Dans la mesure où un accord est obtenu, il est alors formalisé par la signature d'un protocole transactionnel.

Face à ces interventions, le rôle du médiateur servira non seulement à résoudre ou atténuer le conflit opposant un fournisseur et son client mais également à fournir des recommandations à l'une et/ou l'autre partie afin de renforcer sa situation. Il est intéressant de constater que des solutions trouvées par le biais de cette Médiation Inter-entreprises ont été autant de cas pratiques dont certains ont fait l'objet de vulgarisation par des parutions dans l'Usine Nouvelle entre 2010 et 2012.

On constate cependant que l'approche proactive de la médiation et de ses solutions rencontrent des réticences en France par rapport aux Etats-Unis²¹ notamment. La médiation dont l'objectif principal est de faire respecter le droit des affaires ignoré trop souvent dans la relation client fournisseur, se heurte aux craintes de représailles des chefs d'entreprises provenant de grands donneurs d'ordre s'ils ont recours à ce type de procédé. Les juristes d'entreprises et les avocats dont la fonction et sa justification est intimement liée aux conflits juridiques voient d'un mauvais œil qu'un médiateur les remplace, à titre gracieux, en trouvant des solutions alternatives qui solutionnent les conflits en évitant de passer par le tribunal.

²⁰ Rapport de la Médiation Inter-entreprises Avril 2013

²¹A. Stimec [2006]; « De la négociation à la médiation : Jalons conceptuels et historiques » société de stratégie » ; AGIR Médiation et négociation N°24

La Médiation Inter-entreprises participe à la résolution des conflits entre acteurs économiques, en rappelant notamment les parties à la Loi et en les conseillant. Elle prolonge son rôle préventif en conseillant et en dressant une liste de bonnes pratiques et en amenant 426 grandes entreprises à signer une Charte Relations fournisseur responsables. La signature de cette charte engage les entreprises signataires à créer un poste de médiation interne et institue donc la médiation au sein des entreprises.

5. La Médiation des marchés publics

La Médiation des marchés publics a été mise en place en décembre 2012 et c'est donc la plus récente des trois médiations. Son objectif consiste à faciliter également les relations entre les entreprises et les donneurs d'ordres du secteur public lorsque surviennent des difficultés contractuelles. Néanmoins, la mission prioritaire de la Médiation des marchés publics porte sur une plus grande facilité d'accès pour les PME et les petites entreprises aux marchés publics.

Partant du constat que les petites entreprises et les PME françaises²² ont trop peu accès aux marchés publics, l'Etat a pris des engagements (circulaire du 3 août 2006) pour faciliter l'accès aux marchés publics aux PME et aux petites entreprises (passation des marchés par lots séparés (allotissement), avances, suppression de l'obligation de fournir des références similaires au marché proposé, rendre compte des commandes passées aux PME, possibilité de se regrouper par le biais d'un groupement momentané d'entreprises ...²³).

Par ailleurs, de nouvelles exigences en termes de délais de paiement et porteuses de conflits potentiels se sont imposées aux marchés publics. La directive européenne 2011/7/UE²⁴ énonce que les autorités publiques devront régler les biens et services qu'ils se procurent dans les 30 jours ou bien dans les 60 jours dans des circonstances très exceptionnelles²⁵. Au-delà de l'aspect conjoncturel de la crise, ces nouveaux engagements de l'Etat favorisent les situations de litige dans ses relations avec ses entreprises fournisseurs. De fait, la solution de la médiation est devenue une solution opportune pour apaiser ces tensions et intégrer plus facilement ces engagements dans les habitudes des collectivités et de l'Etat.

Du côté des entreprises et particulièrement des PME, un service de la médiation était demandé également. Certaines d'entre elles pouvaient déplorer que les entreprises publiques tardent à régler leurs créances et réclamaient l'apparition d'un médiateur national des délais de

²² En 2012, 57,7 % des contrats d'achats publics sont attribués aux PME et 27,6% en montant. Les collectivités territoriales sont les meilleurs clients des PME tandis que l'Etat est le moins bon. OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE L'ACHAT PUBLIC « Le poids des PME dans l'achat public Le recensement de l'achat public » Exercice 2012

²³ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics.

²⁴ DIRECTIVE 2011/7/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales Journal officiel de l'Union européenne

²⁵ En outre, le Code des marchés publics abaissait en 2008 à 30 jours au lieu de 45 jours le délai global de paiement et plus récemment, le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 étend le délai de 30 jours à l'ensemble des contrats de la commande publique.

paiements en 2011²⁶. Cette diminution des délais de paiements constituait une condition nécessaire pour les PME ou les petites entreprises qui n'ont pas une surface financière suffisante pour avoir accès aux marchés publics. C'est aussi par ce raisonnement que l'on peut réconcilier les deux objectifs de la Médiation des marchés publics.

Le fonctionnement de la Médiation des marchés publics se rapproche de celui de la Médiation Inter-entreprises. Là encore le service de la médiation est gratuit et confidentiel. De même, les signataires de la Charte Relations fournisseur responsables peuvent être également des opérateurs publics. Les signataires de cette Charte s'engagent à disposer d'un service interne de la médiation.

En termes d'efficacité et en tenant compte de l'aspect récent de la Médiation des marchés publics, « 230 cas de médiations ou de difficultés ont été portés à la connaissance du médiateur »²⁷.

Afin de faciliter l'accès aux marchés publics, le site de la Médiation des marchés publics communique et conseille sur les modalités d'accès pour les entreprises. Ce document renvoie également sur des bases de données qui recensent les appels d'offre. Néanmoins, la création récente de ce service ne permet pas d'apprécier totalement l'efficacité de la médiation comme facilitateur d'accès aux marchés publics pour les petites entreprises et les PME.

La Médiation des marchés publics emprunte largement à la Médiation Inter-entreprises en termes de fonctionnement. Si sa priorité passe par une simplification d'accès des PME et des petites entreprises aux marchés publics, la résolution des litiges et particulièrement des délais de paiements est une condition nécessaire. L'accès aux marchés publics passe cependant par d'autres conditions qui émanent du format de l'appel d'offres (allotissement) et des critères de sélection. Si la Médiation des marchés publics voulaient dépasser son rôle de communication et de conseils, elle devrait susciter ou organiser des groupements momentanés d'entreprises par exemple pour répondre à des appels d'offres et recommander aux législateurs des aménagements pour favoriser l'accès des PME à ces marchés.

6. Conclusion

Les autorités publiques veulent favoriser le recours aux procédures amiables (mandat ad'hoc et conciliation) au niveau des tribunaux de commerce, afin d'éviter d'avoir recours aux procédures collectives. Au même titre que les procédures amiables, les trois types de médiations que nous avons passées en revue font partie des MARC (Mode Alternatif de Résolution des conflits). Les questions soulevées portaient sur l'importance des trois dispositifs de médiation étudiés et s'ils occasionnaient un changement de relation entre les entreprises et entre l'Etat et les entreprises. Enfin, ces différentes médiations doivent-elles perdurer ?

²⁶ Cohen C. [2011] ; « Les délais de paiement s'allongent selon Croissance Plus » Décision-achat.fr 16/12/2011

²⁷ Médiation des marchés publics, Dossier de Presse Janvier 2014

Si tant est que la comparaison soit pertinente, la prévention assurée par les procédures amiables dans les tribunaux de commerce représente 1 761 procédures²⁸. Le cumul des dossiers traités par les trois types de médiations étudiées est de 3162 médiations du crédit, 850 médiations inter-entreprises et 230 médiations des marchés publics. Soit un total de 4 242 dossiers. Ce chiffre est bien supérieur à celui de la prévention par les tribunaux de commerce et est très sous-estimé dans la mesure où les deux dernières médiations peuvent concerner de très nombreuses entreprises. En outre, les médiations inter-entreprises et des marchés publics sont structurantes puisqu'elles ont délégué une partie de leur mission aux entreprises signataires de la Charte relations fournisseur responsables, en mettant en place un service de médiation interne. Il est alors possible d'affirmer que la prévention par la médiation dépasse largement celle des tribunaux de commerce.

Si ces médiations connaissent un tel succès cela s'explique d'une part par la crise mais c'est aussi symptomatique d'une dégradation des relations entre les acteurs économiques. Trois formes de médiation ont été passées en revue. Elles ont joué le rôle de facilitateurs des relations entre les entreprises et leurs partenaires qu'ils soient banquiers, clients ou fournisseurs. Elles ont intégré le réflexe d'un plus grand dialogue entre partenaires économiques. Les médiateurs se sont révélés être des conseillers, ont fait œuvre de pédagogie, de rappel à la Loi et ont joué le rôle de passerelle entre des services à la disposition des entreprises et des entreprises qui ne les connaissaient pas.

Par le biais de ce service gratuit aux entreprises dans un contexte de crise, l'Etat est apparu comme un partenaire en soutien des entreprises dans un cadre collaboratif et non coercitif. Il a intégré la culture de la médiation dans le monde des affaires. La médiation facilite l'accès des PME et des petites entreprises aux marchés publics.

Mises en place dans un contexte de crise financière et économique, chacune des trois médiations remplit une mission triennale qui peut être renouvelée. Un avis peut être donné sur le devenir de ces organisations et sur leur légitimité.

En utilisant une approche coûts-bénéfices du point de vue de l'Etat, ces modes d'intervention peuvent se justifier. Ces médiations participent ponctuellement à l'effort de prévention et empêchent des entreprises de se retrouver éventuellement en redressement ou liquidation judiciaire. Les entreprises continuent de payer des impôts et des emplois sont préservés. Plusieurs centaines de milliers d'entreprises sont impactées par les effets de la médiation chaque année.

De retour à la croissance, on peut se demander si ces missions sont toujours légitimes. Ne sont-elles pas des subventions déguisées ? N'empiètent-elles pas sur le marché des avocats et d'organismes privés comme la CMAP²⁹ ?

Dans la mesure où les critères de non-exclusivité et de non-rivalité qui s'appliquent à la définition économique d'un service public sont respectés, le rôle de l'Etat à travers ces trois formes de médiation est légitime. En outre, par le biais de la médiation, l'intervention de l'Etat est légitime et il rentre dans ses rôles de rappel à la Loi et d'information. Nous pourrions ajouter que si l'Etat est garant de la bonne circulation sur les voies d'eau et les

²⁸ Rappel : Nous avons cumulé des procédures de mandat ad hoc et les procédures de conciliation en 2012.

²⁹ CMAP : Centre de Médiation et d'Arbitrage

routes, il reste légitime également pour fluidifier les relations entre les entreprises. Si ce service est laissé au secteur privé, on lui retire son caractère gratuit et les petites entreprises seront les premières à se détourner de ce type de recours. Si finalement la mission des médiations n'était pas renouvelée, on peut se demander pourquoi elle ne serait pas attribuée aux tribunaux de commerce qui ont très rarement recours à ce type de solution ? A cet égard, le rapport Untermaier (2013)³⁰ sur la justice commerciale n'y fait pas référence. On peut orienter le lecteur vers l'expérience du Tribunal de commerce de Liège qui parle de révolution dans ses pratiques grâce à la médiation³¹. Nous nous réservons la liberté de revenir sur ces conclusions à la lumière des textes du Ministère de la justice portant sur la réforme des tribunaux de commerce et du droit des entreprises en difficultés.

Annexe 1 36 mauvaises pratiques régulièrement rencontrées passées au crible de la loi³²

Mauvaises pratiques	Texte législatif³³ ou jurisprudence
1- Consultation ne respectant pas les règles de la concurrence.	Concurrence déloyale (art. 1382 CC)
2- Appel d'offres avec des prix et des conditions irréalisables	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
3- Non-respect des cadences de commandes et de quantités convenues dans le cadre de contrats à commande ouverte; ajustement des clauses d'amortissement des coûts de développement.	Loi du contrat (art. 1134 CC). Obligation de résultat (art. 1147 CC). Obligation de moyen (art. 1137 CC). Responsabilité prévue au contrat (art. 1150 CC)
4- Désengagement brutal du donneur d'ordres.	Rupture brutale de relations commerciales (art. L. 442-6, I, 5°).
5- Rapatriement brutal d'activité sous-traitée.	Rupture brutale de relations commerciales (art. L. 442-6, I, 5°).
6- Contrats commerciaux léonins.	Exploitation abusive d'un état de dépendance économique (art. L. 420-2) Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
7- Contrats français en devises étrangères ou absence de clause d'actualisation au regard de la fluctuation des devises.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°). Art. L. 111-1 CMF.

³⁰C. UNTERMAIER et M. BONNOT [2013]; « Rapport d'information sur le rôle de la justice en matière commerciale », Assemblée Nationale, Quatorzième Législature 24 avril 2013

³¹ « L'introduction de la médiation au Tribunal de Commerce de Liège, Une révolution ? » ; Barreau de Liège. 13 décembre 2013.

³² Ministère du redressement Productif

³³Articles du code de Commerce sauf indications contraires. CC : code civil ; CMF : code monétaire et financier;CPI : code de la propriété intellectuelle ; CT : code du travail.

8- Non-respect des contrats tacites.	Qualification du contrat par un juge puis régime juridique applicable, loi du contrat (A 1134 CC) Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
9- Gestion de fait.	Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2) ; Direction de fait créant un risque de responsabilité en cas de procédure collective (A 651-2)
10- Modification du contrat (cahier des charges ou commande, sans réajustement de prix).	Loi du contrat (A 1134 CC) Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2).
11- Défaut d'information du fournisseur en cas de litige.	Responsabilité contractuelle Bonne foi (A 1134 CC)
12- Retard volontaire dans le traitement d'un litige.	Responsabilité contractuelle Bonne foi (A 1134 CC)
13- Litige partiel ou non-paiement de fournitures réceptionnées sans réserve.	Loi du contrat (art. 1134 CC), obligation de payer selon les dispositions contractuelles
14- Exploitation de brevet ou de savoir-faire sans l'accord du sous-traitant	Contrefaçon de dessin ou modèle (A L. 513-1 et suivants CPI) Contrefaçon de brevet (Article L 613-3 CPI) Violation d'un secret de fabrique (Article L 1227-1 CT)
15- Contrat de longue durée sans clause de révision des prix (matières premières, contraintes réglementaires, devises, ...).	Loi du contrat (art. 1134 CC) Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2) Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
16- Activités non rémunérées (logiciels, études, savoir-faire)	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°) Obligation de facturation (Article L 441-3)
17- Baisse de prix imposée unilatéralement sur des programmes pluriannuels.	Loi du contrat (art. 1134 CC) Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2)
18- Non-respect de la revue d'offre en demandant des gains de productivité annuels sous couvert de directives de la direction des achats.	Loi du contrat (art. 1134 CC) Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2) Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
19- Demande des états financiers de l'entreprise par le donneur d'ordres sous prétexte de vérifier sa solidité et sa pérennité, mais surtout pour définir des objectifs de productivité non contractuels.	Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2)
20- Clause de compétitivité qui annihile les effets du	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)

contrat.	
21- Modification du cahier des charges sans réajustement des prix.	Loi du contrat (art. 1134 CC) Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2) Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
22- Incitation du sous-traitant à transférer tout ou partie de son activité à l'étranger.	Article L 442-6,I,4° si menace de rupture
23- Délais de paiement (loi LME).	Article L 441-6
24- Taux d'escompte excessifs en contrepartie du respect des délais de paiement.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
25- Déduction d'office de coûts de réparation des produits.	Compensation d'office (Article 1289 CC)
26- Escomptes forcés.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°) Article L 442-6,I, 8°
27- Escomptes rétroactifs.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°) Article L 442-6,I, 8°
28- Avoir d'office non contradictoire.	Articles L 441-3 et L 442-6,I, 8° Problème de TVA
29- Pénalités de retard abusives.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°) Réduction de la clause pénale excessive article 1152 du code civil A L 441-6
30- Annulation d'une commande sans indemnité.	Loi du contrat (Article 1134 CC) Résiliation unilatérale Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
31- Fin du contrôle réception prise comme délai de paiement par rapport à la date de livraison	Article L 442-6,I,7°
32- Exigence d'amortir le coût de l'outillage non-récurrent dans le prix des pièces pour obtenir la commande	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°)
33- Retour des marchandises dans un délai non acceptable après livraison	Article L 442-6, I, 8° Obligation de loyauté : article 1134 CC
34- Contournement de la loi française par des commandes passées de l'étranger, alors que la livraison est en France (service achat délocalisé)	Pas de texte à proprement parler (proche toutefois de l'abus de droit) Bonne foi dans les relations contractuelles
35- Stocks de consignation, modalités de prélèvement, facturation	Article L 442-6, I,7°

36- Pratique dit du « quick saving » : avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu (le cas échéant préalablement à la passation de toute commande)

Article L 442-6, I, 1°; L 442-6, I, 3° et L 442-6, II, b) du CC

ESSEC Business School
Avenue Bernard Hirsch
BP 50105
95021 Cergy-Pontoise Cedex
France

Tél. +33 (0)1 34 43 30 00
Fax +33 (0)1 34 43 30 01

www.essec.fr

ESSEC Executive Education
CNIT BP 230
92053 Paris-La Défense
France

Tél. +33 (0)1 46 92 49 00
Fax +33 (0)1 46 92 49 90

<http://formation.essec.fr>

ESSEC Business School
Singapore Campus
100 Victoria Street
National Library Building # 13-02
Singapore 188064

essecasia@essec.fr

Tél. +65 6884 9780

Fax +65 6884 9781

www.essec.edu

Informations

Alison Bouji

+33 (0)1 34 43 33 58

bouji@essec.fr

www.essec.fr

research.center@essec.fr

ISSN 1291-9616

ESSEC
BUSINESS SCHOOL

