

Aperçu rapide

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL30 En questions : La médiation
comme outil de régulation du
dialogue social dans l'entreprise

Séverine ARTIÈRES,
avocat associé Barthélemy Avocats, membre
d'AvoSial



Élodie PASTOR,
avocat, Barthélemy Avocats

AL'HEURE où la médiation (et plus largement la résolution amiable des différends) n'a jamais été autant promue et plébiscitée, il semble que celle-ci peine encore à franchir pleinement les frontières de l'entreprise. Pourtant, à n'en pas douter, celle-ci offre de formidables perspectives liées au développement du dialogue social. Pour s'en convaincre, quelques éclaircissements s'imposent.

1. Qu'est-ce que le dialogue social ?

L'expression « dialogue social » recouvre des réalités diverses. Dans son rapport « Consolider le dialogue social », le Conseil économique, social et environnemental affirme que « la notion de dialogue social est aujourd'hui couramment utilisée mais rarement définie avec précision, les différents acteurs pouvant dès lors lui donner des significations éminemment variables : dans la mesure où elle ne désigne, a priori, ni une forme identifiée, ni un niveau précis (information, consultation, concertation, négociation), chacun peut y mettre le contenu qu'il souhaite, avec les questions de méthode et tous les risques de malentendus que cela induit quant au degré d'implication des interlocuteurs dans la décision » (P. Aurelli et J. Gautier, *Consolider le dialogue social* : CESE, avis 2006). Cette polysémie altère la perception des relations sociales françaises. Quelques précisions méritent donc d'être apportées.

Le législateur français a adopté, en apparence, une conception duale du dialogue social que l'on retrouve au sein de l'entreprise. Il a pris soin, tout d'abord, de fixer un périmètre que l'on pourrait qualifier de dialogue social « pacifié ». Ainsi, de nombreuses lois se sont succédées afin d'imposer différentes obligations de négocier, de consulter ou de se concerter, en amont de tout différend. Bien que ces interventions rencontrent un succès relatif, la nature par essence conflictuelle des relations sociales françaises nécessite un cadre légal imposant un minimum de sujétions afin d'amener les parties à négocier. Il s'agit de poser les fondations d'une coopération, en dehors de tout conflit.

Le dialogue social est donc remarquablement promu, à tout le moins d'un point de vue strictement juridique. Cette perception du dialogue social soulève néanmoins une remarque. Elle s'attache à neutraliser les antagonismes des parties en cause et supprime, par la même occasion, la dimension conflictuelle sur laquelle repose la théorie marxiste des relations sociales françaises. Néanmoins, le conflit peut à nouveau rejaillir d'une situation de fait résultant d'un conflit d'intérêts. Les parties se heurtent souvent à une impasse dont les conséquences économiques et sociales sont parfois mal maîtrisées. Il devient alors nécessaire de s'interroger sur la manière de rétablir le dialogue afin de prévenir une éventuelle judiciarisation conduisant à une résolution souvent mal calibrée. Selon le professeur Gérard Lyon-Caen, il s'agit d'une illustration de la « réversibilité » du droit du travail (G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible* : Dalloz, 1995, pp. 3-8. – C. Rossat, *Le conflit Air France, miroir d'une évolution du dialogue social ? : Le petit juriste*, 3 déc. 2015). La dimension conflictuelle ne doit donc pas être abandonnée mais elle ne peut pas exclure l'espace de dialogue utile à la résolution du conflit. Il est permis, dans ce cas, de parler de dialogue social « conflictuel » (E. Pastor, *Essai sur le dialogue social conflictuel – Contribution à l'étude de la résolution amiable des conflits collectifs du travail*, th. Aix-en-Provence, 2017).

2. Pourquoi est-il nécessaire de repenser le dialogue social conflictuel ?

Les conflits collectifs du travail traduisent une altération plus ou moins importante du dialogue social dans l'entreprise et emportent de nombreuses conséquences. Certes, parmi les manifestations les plus « coûteuses », la grève arrive incontestablement en tête. Toutefois, celle-ci subit désormais la concurrence de nouvelles formes d'actions et ce, particulièrement dans le secteur privé. Il est ainsi permis de citer, par exemple, le boycott ou bien encore les

campagnes d'information sur les pratiques sociales des entreprises (V. not. D. Boissard, *La médiatisation des conflits du travail : Dr. soc.* 2003, p. 615). La conflictualité collective se manifeste également de manière individuelle. D'un point de vue strictement juridique, ces formes d'actions ne constituent pas des conflits collectifs. Cependant, elles ont la même finalité et traduisent une forme de lassitude collective. La multiplication des arrêts maladie peut, par exemple, illustrer ce désengagement.

L'action collective n'est plus, par ailleurs, enfermée dans la relation « employeur/salariés ». Le rapport « employeur/institutions représentatives du personnel (IRP) » est également source de nombreux conflits qui ont, au regard des acteurs impliqués, nécessairement une dimension collective (Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-60.067 : *Procédure* 2019, comm. 79, comm. A. Bugada). On songe notamment au contentieux de l'ordre du jour (Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-21.445 : *JurisData* n° 2011-000012 ; JCP S 2011, 1115, note S. Brissy), au contentieux lié au fonctionnement des IRP (Cass. soc., 18 nov. 2015, n° 14-16.112), ou bien encore au contentieux relatif à la désignation d'un expert (P. Thomas et V. Hamel, *Les honoraires des experts du comité d'entreprise et du CHSCT* : JCP S 2013, 1405). La mise en œuvre de certaines prérogatives qui incombent aux IRP peut ainsi servir à appuyer des revendications professionnelles à l'occasion d'un conflit collectif. Ces actions peuvent intervenir de manière autonome, ou bien en renfort d'une action entreprise par les salariés.

Outre les enjeux économiques évidents auxquels sont confrontées les parties prenantes, des enjeux sociaux, qui dépassent désormais largement la sphère de l'entreprise, sont à dénombrer : une atteinte directe à la réputation et à l'image de marque de l'entreprise concernée, un trouble dans la vie sociale des salariés pouvant impacter leur vie personnelle et familiale, mais également leur état psychologique, des pertes économiques pour l'ensemble des parties. Autant de conséquences qui conduisent à penser que les conflits collectifs, ou tout du moins certaines de ses formes les plus manifestes, pourraient s'analyser comme un risque social. Issue du droit de la sécurité sociale (ayant lui-même emprunté le concept au droit des assurances), la notion de risque social renvoie à « un événement futur ou incertain qui, lorsqu'il survient, engendre un préjudice » (J.-P. Chauchard, J. Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *Droit de la sécurité sociale* : LGDJ, 8^e éd., 2018). Qu'il soit individuel ou collectif, le risque social a pour effet direct d'accroître les dépenses, mais également de diminuer les ressources des individus qui en sont touchés. Il ne s'agit toutefois pas de rechercher ici un régime visant à l'indemniser ou le garantir. Il s'agit simplement de permettre aux entreprises d'évaluer l'opportunité de proposer à leurs salariés des outils de prévention en présence d'un différend afin qu'il ne dégénère pas en conflit collectif, ou bien encore des outils de résolution amiable lorsque celui-ci est déjà déclaré.

Cette évaluation est possible grâce au calcul de ce que l'on nomme la « Meilleure Solution de Rechange » (MESORE). Créé par Roger Fisher et William Ury (R. Fisher et W. Ury, *Comment réussir une négociation* : Seuil 1982), spécialistes américains de la négociation et de la médiation, cet outil d'aide à la prise de décision permet de déterminer s'il est possible d'obtenir un meilleur résultat en écartant la négociation. La MESORE est établie en envisageant l'ensemble des solutions auxquelles il est possible d'avoir recours (tel que le recours au juge par exemple). Celles-ci sont ensuite analysées afin de déterminer les enjeux liés à leur mise en œuvre (par exemple, une action en justice est onéreuse et chronophage. L'aléa judiciaire doit également être pris en considération), pour enfin choisir la meilleure solution pour les parties. L'utilisation de la MESORE permettrait ainsi une gestion optimale des conflits collectifs de travail, envisagés comme un risque pour l'entreprise.

Le Code du travail organise depuis longtemps des procédures spéciales (conciliation, médiation, arbitrage) destinées à parvenir à un accord amiable mais de façon contraignante. Toutefois, celles-ci ne permettent pas une résolution pacifiée en raison du désintérêt qu'elles suscitent. Dans ce contexte, les parties préfèrent se tourner vers une négociation informelle lorsqu'elles ne choisissent pas d'emblée de recourir au juge. Le rapport de force existant emporte toutefois le risque d'altération des échanges. L'utilisation des mécanismes issus de la justice participative, telle que la médiation, apporterait une réponse satisfaisante à cette problématique.

3. Comment se porte aujourd'hui la médiation en entreprise ?

Le recours à la médiation est un acte volontaire. Son cadre peut être judiciaire ou conventionnel. Cette dernière option offre davantage de souplesse aux parties qui conservent une maîtrise totale du processus de résolution. Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends a instauré un régime de médiation conventionnelle dans le livre V du Code de procédure civile. L'article 1528 du Code de procédure civile dispose ainsi que « les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats ». L'article 1530 précise, quant à lui, la définition de la médiation conventionnelle, en référence à la médiation judiciaire prévue par la loi du 8 février 1995 (L. n° 95-125, 8 févr. 1995). Ainsi « la médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Les dispositions du Code de procédure civile offrent également aux parties un certain nombre de garanties. Il consacre la confidentialité des échanges menés tout au long de la procédure (CPC, art. 1531), puis impose au médiateur des obligations d'impartialité, de compétence et de diligence (CPC, art. 1530). L'accord des parties pourra, par ailleurs, faire l'objet d'une homologation (CPC, art. 1534). En tout état de cause, les parties demeurent libres de mettre un terme au processus et de saisir le juge.

Bien qu'elle ne soit pas encore entrée dans la culture française, la médiation conventionnelle laisse pourtant entrevoir de belles perspectives en matière de dialogue social conflictuel (d'autant que depuis 2015 le législateur ne la cantonne plus aux différends transfrontaliers en matière sociale). Elle permet d'offrir à la résolution des conflits collectifs « un cadre adapté à des débats qui doivent et peuvent se résoudre en prenant en compte les caractéristiques et spécificités de chaque entreprise ou secteur d'activité » (F. Gladel, *En questions : la médiation conventionnelle, un atout pour le dialogue social* : JCP S 2016, act. 30). Elle est un outil personnalisable, qui permet d'aboutir à des solutions sur-mesure et innovantes (A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *Méthode de médiation* : Dunod, 2008). Mais surtout, la médiation conventionnelle présente l'avantage de conférer aux parties, par l'entremise de techniques d'écoute et de communication (appelées la négociation raisonnée), une place centrale tout au long de la procédure. Une maîtrise de ce processus, que les parties enlisées dans leurs rancœurs ne peuvent appliquer seules, permet ainsi de parvenir à un accord « gagnant/gagnant », ou tout du moins à un accord présentant un niveau de satisfaction optimum. Le monde de l'entreprise n'est pas totalement étranger à la pratique de la médiation. Les statistiques du

Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) en témoignent. Cet organisme, créé en 1995 par la Chambre de Commerce et d'industrie de Paris sous la forme d'une association de la loi de 1901, est l'un des principaux centres européens de gestion et de résolution des conflits commerciaux. Chaque année, le CMAP publie un baromètre de la médiation faisant état des statistiques et des grandes tendances de l'année écoulée. Aussi, les statistiques de l'année 2018 sont riches d'enseignements. Certes, la médiation a d'ores et déjà franchi les murs de l'entreprise. Toutefois, bien que les cas de médiations conventionnelles ouverts en matière sociale affichent un taux de réussite de 75 %, ces cas ne représentent encore que 14 % des dossiers de médiations entreprises ouverts au CMAP entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2018. La médiation intra-entreprise nécessite donc encore d'être promue.

4. Comment pourrait-elle davantage promue ?

La RSE pourrait constituer un levier d'initiatives. Il serait question de responsabiliser les entreprises en les incitant à s'engager

dans une démarche de prévention des conflits collectifs du travail par la mise en place de dispositifs visant à promouvoir leur résolution amiable (et la médiation notamment). Dans cette optique, il apparaît nécessaire d'intégrer l'acteur syndical au centre des discussions comme une partie prenante. Cela suppose toutefois que les relations avec les représentants du personnel ne soient pas perçues comme une contrainte juridique mais comme une condition indispensable à la pérennité de l'entreprise. Cette association tend à favoriser l'émergence d'un dialogue social de qualité. Certaines entreprises se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie en concluant des accords sur le droit syndical ayant pour objectif une revalorisation du statut de l'acteur syndical en leur sein. Mais cette revalorisation ne suffit pas. La mise en place de dispositifs destinés à parvenir à une résolution amiable des conflits collectifs impose par ailleurs la conclusion d'accords de méthode pour encadrer la loyauté et la bonne foi des négociations futures. La combinaison de ces éléments pourrait ainsi favoriser un changement de culture et l'installation d'un climat de confiance et de coopération. Ces conditions sont essentielles à la prévention et à la résolution amiable des conflits collectifs du travail.