

LA MEDIATION AU SERVICE DE LA PREVENTION DANS LES CHAINES DE VALEUR ET DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA VIGILANCE

PREVENTIVE MEDIATION TO HELP IMPLEMENT DUE DILIGENCE IN VALUE CHAINS

Catherine KESSEDJIAN*



Confidentiality; Corporate social responsibility; Due diligence; Mediation; Multinational companies; Public participation

L'entreprise du XXI^{ème} siècle fait face à des défis qui n'ont pas eu d'équivalent dans le développement historique du capitalisme occidental. La responsabilité sociétale des entreprises (RSE)¹ ne peut plus être ignorée sous la pression, notamment, de la société civile et d'ONG actives dans la défense des droits des consommateurs et, plus largement, des citoyens. Par exemple, dans le domaine agro-alimentaire, un nombre croissant de consommateurs sont de plus en plus vigilants sur la qualité des produits car ils prennent conscience que la santé se préserve, avant tout, par une nourriture saine et équilibrée. Or, les habitudes de vie, notamment dans les pays où les membres adultes de la famille travaillent en dehors du foyer familial, avaient entraîné des carences induites par le manque de temps et le recours trop fréquent à une nourriture transformée, voire hyper-transformée.

De plus, le bien-être au travail des salariés passe par la fierté qu'ils peuvent ressentir en participant à la fabrication de produits sains et sûrs et leur mise sur le marché. Des études sociologiques et psychologiques montrent que les salariés qui ne sont pas fiers des activités de l'entreprise qui les emploie sont plus susceptibles de développer des maladies professionnelles ou sont sujets à plus d'absentéisme.² Le bonheur au travail, facteur fondamental de la nouvelle gouvernance d'entreprise, passe par la transformation du rôle sociétal des entreprises. Et cela vaut quelle que soit la

The 21st-century business faces challenges that have not had an equivalent in the historical development of Western capitalism. Corporate social responsibility (CSR) can no longer be ignored under the pressure, in particular, of civil society and NGOs active in defending consumer rights and, more broadly, citizens. For example, in the agro-food field, a larger number of consumers are increasingly vigilant about the quality of products, as they realise that health is preserved, above all, by healthy and balanced food. However, lifestyles, especially in countries where adult family members work outside the family home, have led to illnesses due to the too frequent use of processed or hyper-transformed food because of the lack of time to prepare food from scratch.

Moreover, the wellbeing at work of employees goes hand in hand with the pride that they feel by participating in the manufacture of healthy and safe products and their placing on the market. Sociological and psychological studies show that employees who are not proud of the activities of the company that employ them are more likely to develop occupational diseases or are prone to more absenteeism. Happiness at work, a fundamental factor in the new corporate governance, engenders necessary transformation of the social role of companies. And this is true whatever the size of the companies, even if the requirements of social

* Arbitre et médiateur ; <http://www.m4bb.com>.

responsibility are adapted according to the size of the company.

Companies must therefore adapt to these requirements and change the structure of their activities by operating a quality watch at all levels of their value chain to ensure that the output from the company respects the environment and the needs of clients without causing harm to the one or the other or to society as a whole. Companies must also verify that all their partners, irrespective of their place in the value chain, meet the quality standards that the company has decided to adopt in order to avoid damages that could be suffered by third parties (customers, partners, subcontractors, etc.).

This watch includes, in particular, actions of due diligence, or what is now called in French "vigilance", which have certain characteristics, which we do not detail here, among which a constant dialogue must be maintained with the "stakeholders" of the value chain. It is to facilitate the implementation of this due diligence that mediation is useful. To the extent that the purpose of this kind of mediation is, as in the case of due diligence, to prevent damages, thus the disputes that such damages might engender, we call it "preventive mediation". It can be implemented regardless of the size of the business, regardless of the nature or size of the economic projects undertaken. The principles remain the same. The techniques are the same; they are simply adapted according to the type of projects and their importance.

Preventive mediation helps project managers and complements the company's teams with one or more neutral and independent third parties that are likely to enhance the confidence of the stakeholders in the company's approach. Indeed, mediators, two of whose essential qualities are neutrality and independence, are not employees of the company and, even if the company pays their fees, are independent third parties. As such, they do not have to "espouse" the policy of the company but are there to arouse, encourage and concur to the improvement of its practices within the framework of its due diligence program in order to implement the principles of societal responsibility or in the framework of the project design and implementation.

Of course, preventive mediation has a cost and some business managers may wonder why they should agree to increase the budget of any given project, while they have trained and very competent teams. The first answer is in the well-known maxim "prevention is better than cure" which applies perfectly to businesses. It is axiomatic for a company to keep its

taille des entreprises, même si les exigences de la responsabilité sociétale sont adaptées en fonction de cette taille.

Les entreprises doivent donc s'adapter à ces exigences et modifier la structure de leurs activités en opérant une veille de qualité à tous les niveaux de leur chaîne de valeur afin de s'assurer que les productions sortant de l'entreprise respectent l'environnement et les besoins des clients sans causer de dommages aux uns ni aux autres, ni à la société dans son ensemble. Les entreprises doivent aussi vérifier que tous leurs partenaires, quelle que soit leur place dans la chaîne de valeur, respectent les normes de qualité que l'entreprise a décidé d'adopter afin d'éviter les dommages qui pourraient être subis par les tiers (clients, partenaires, sous-traitants, etc.).

Cette veille passe, notamment, par des actions dites de *due diligence* ou, en français, de vigilance³ qui revêtent certaines caractéristiques, que nous ne détaillons pas ici, parmi lesquelles se trouve un dialogue constant avec les « parties prenantes » (*stakeholders*) de la chaîne de valeur. C'est pour faciliter la mise en œuvre de cette vigilance que la médiation est utile. Dans la mesure où son but est, comme pour la vigilance, de prévenir les dommages et donc les litiges que ces dommages pourraient engendrer, nous l'appelons « médiation préventive ». ⁴ Elle peut être mise en œuvre quelle que soit la taille de l'entreprise, quelle que soit la nature ou la taille des projets économiques entrepris. Les principes demeurent les mêmes. Les techniques sont les mêmes, elles sont simplement adaptées en fonction des projets et de leur importance. ⁵

La médiation préventive accompagne les managers de projets et complète les équipes de l'entreprise par un ou plusieurs tiers neutres et indépendants qui sont susceptibles de renforcer la confiance des parties prenantes dans la démarche de l'entreprise. En effet, les médiateurs, dont deux des qualités essentielles sont la neutralité et l'indépendance, ne sont pas salariés de l'entreprise et, même si leurs honoraires sont versés par l'entreprise, ⁶ sont des tiers indépendants par rapport à celle-ci. En tant que tels, ils n'ont pas à « épouser » la politique de l'entreprise mais sont là pour susciter, encourager et favoriser l'amélioration de ses pratiques dans le cadre d'un plan de vigilance mettant en œuvre les principes de la responsabilité sociétale ou dans le cadre de la conception et de la mise en œuvre de projets.

Bien entendu, la médiation préventive a un coût et certains responsables d'entreprise peuvent se demander pourquoi ils devraient accepter de renchérir la préparation d'un projet alors qu'ils ont des équipes formées à la gestion de projets et très compétentes pour ce faire. La première réponse tient dans la maxime bien connue « il vaut mieux prévenir que

guérir » qui s'applique parfaitement aux entreprises. Il est axiomatique pour l'entreprise que sa réputation soit exempte de taches, car c'est sur elle que sa prospérité économique sera en grande partie construite. Comme nous l'avons dit plus haut, cette prospérité économique sera également plus importante si les salariés de l'entreprise participent à la mise sur le marché de produits ou de services non nocifs et ne faisant pas prendre de risque aux citoyens. Les investisseurs sont, de même, de plus en plus vigilants sur le caractère éthique des activités économiques dans lesquelles ils souhaitent investir, avec ou sans le concours de la loi.⁷ Tout concourt donc à ce que l'entreprise prévienne les dommages qui pourraient survenir en raison de ses activités.

Quant aux autres parties prenantes, elles peuvent s'inquiéter que le(s) médiateur(s) soient payés par l'entreprise. Cette inquiétude est entièrement dissipée quand elles comprennent qu'il en va de l'éthique du médiateur d'être neutre et indépendant de toutes les parties, y compris de la partie qui assure le paiement de ses honoraires. Parfois, les parties prenantes, autres que l'entreprise, ont les moyens de verser une partie des honoraires du(des) médiateur(s). Le problème est alors encore plus aisé à dissiper.

COMMENT LA MEDIATION PEUT-ELLE ETRE UTILE DANS CETTE PERSPECTIVE ?

En premier lieu, les opérations de médiation sont confidentielles. Le médiateur est là pour faire respecter cette confidentialité par tous les participants aux opérations de médiation. Sa crédibilité en dépend en grande partie. Nous parlons d'abord d'une confidentialité intrinsèque au processus lui-même. Traditionnellement, chaque partie à la médiation est en droit de confier au médiateur sa perspective, ses intérêts et ses besoins, sans que celui-ci, sauf autorisation spéciale et expresse de la partie qui se dévoile, ne puisse transmettre ces informations aux autres parties. Le rôle du médiateur est alors de travailler avec cette partie afin de déterminer si et quand certaines informations peuvent être transmises aux autres parties et sous quelle forme. Sans cela, la médiation ne peut pas progresser. Il est parfois des cas dans lesquels la confidentialité intrinsèque est contre-productive. Le rôle du médiateur est alors de préparer les parties à accepter de travailler en plénière de manière ouverte et transparente. Ce travail peut prendre un certain temps. Il dépend de la confiance que le médiateur aura pu installer entre les parties elles-mêmes et entre lui-même et les parties.

Quant à la confidentialité extrinsèque, c'est-à-dire vis-à-vis des tiers, elle est totale en principe. Or, l'entreprise et les autres parties prenantes peuvent avoir besoin de publier les résultats auxquels la médiation permet de parvenir ou certains d'entre eux. Cette publication est notamment exigée par les marchés financiers dans le cadre du

reputation free of stains, because it builds its economic prosperity upon its reputation. As mentioned above, any company's economic prosperity will be more flourishing if its work force is asked to place on the market non-harmful products or services which cause no risk to the population. Investors are also increasingly vigilant about the ethical nature of the economic activities in which they wish to invest. The above arguments lead to one conclusion: businesses must prevent damages that may be caused by their activities.

Other stakeholders which will participate in the mediation may be concerned that the company pays the mediator(s)' fees. This concern is completely dissipated when they understand that the mediator's ethics oblige him/her to be neutral and independent of all parties, including the party that ensures payment of his/her fees. In some cases, all stakeholders, other than the company, have the means to pay part of the fee of the mediator(s). The problem is then even easier to dispel.

HOW CAN MEDIATION BE USEFUL IN THIS PERSPECTIVE?

In the first place, mediation operations are confidential. The mediator is there to enforce confidentiality by all participants in mediation operations. His/her credibility depends to a large extent on it. We are talking first about confidentiality intrinsic to the process itself. Traditionally, each party to the mediation has the right to entrust the mediator with its perspective, interests and needs. Save special and express authorisation granted by the party who makes the disclosure, the mediator has no freedom to disclose to the other party any of the information received by him/her. The role of the mediator is, therefore, to work with the party who makes the disclosure in order to determine if and when certain information may be transmitted to the other party and in what form. Without such process, the mediation cannot progress. There are cases in which intrinsic confidentiality is counterproductive. The role of the mediator is then to prepare the parties to agree to work in plenary in an open and transparent manner. This may take some time. It depends on the trust that the mediator has been able to instil between the parties themselves and between themselves and the mediator.

Extrinsic confidentiality, i.e. with regard to persons and entities exterior to the mediation process, is total in principle. However, the company and other stakeholders may need to publish the results that mediation has achieved, totally or partially. This publication is required in particular by the financial markets as part of the monitoring they carry out on the companies in

which investment is foreseen. The mediator's duty consists in helping the parties to agree on a joint communiqué that can then be used by each party for its own communication needs. For example, the company obliged to publish a "plan of vigilance", needs to know what it has the right to disclose as part of its plan in such a way that there is no infringement of confidentiality obligations.

In addition, in the context of the due diligence (plan de vigilance), companies must establish a dialogue with all the stakeholders that may be affected by a project or, more generally, by the activities of the company. An example is the installation of an airport in agricultural areas and/or reserve areas rich in protected species. Another example may be the construction of a plant near a village and/or a river whose waters will be affected to the extent that the production requires the use of the water. Most of the time, such projects lead to profound changes affecting the environment, populated areas, etc. Affected persons and entities are seldom heard, in the full sense of the word, which invariably leads to protests, often belated, when the project is already engaged, causing delays, economic losses and irreparable moral damage. Preventive mediation starts as soon as the project is conceived, at a very early stage. It enables all potentially affected parties to be engaged in a constructive dialogue in order to take into account their needs and to find collaborative solutions to the problems raised. The construction of the project is then done in full transparency, with the knowledge of all the stakeholders, the solutions proposed being collectively constructed and, therefore, fully accepted. This is why future challenges are avoided.

Using the mediation of a neutral and impartial third party also has another advantage for the company. It is the mediator who takes responsibility for building dialogue and helping stakeholders to identify solutions acceptable to all. It then discharges the company's teams who can devote themselves more serenely to project management, which is the core of their expertise. The roles are thus well distributed and one does not add to the burden of the company's employees a function that often exceeds their expertise because they have not been trained to manage conflicts, neither preventively nor a posteriori. In that way, each participant to the project can develop his/her talents to the fullest measure and the project is better managed.

Finally, because the solution has not been "imposed from above", but is co-constructed by all the stakeholders, it will be better implemented and avoid

monitoring qu'ils effectuent sur les entreprises dans lesquelles des investissements sont envisagés. Le travail du médiateur est alors d'amener les parties à se mettre d'accord sur un communiqué commun qui pourra être utilisé par chacune des parties pour les besoins de communication qui sont les siens. Quant à l'entreprise qui pourrait être obligée de publier un plan de vigilance, elle aura besoin de savoir ce qu'elle pourra divulguer dans ce plan. Ce sera le travail des parties, avec l'aide du médiateur de préparer les éléments de langage nécessaires pour le plan de vigilance.

Dans le cadre des opérations de vigilance (*due diligence*), les entreprises doivent instaurer un dialogue avec toutes les parties prenantes qui peuvent être affectées par le projet en cours de préparation et plus généralement les activités de l'entreprise. On peut prendre l'exemple de l'installation d'un aéroport dans des zones agricoles et/ou des zones de réserve riches en espèces protégées. Ou bien, ce sera l'installation d'une usine près d'un village et/ou d'une rivière dont les eaux seront affectées dans la mesure où la production nécessite l'utilisation de cette eau. La plupart du temps, de tels projets entraînent des modifications profondes qui affectent l'environnement, les lieux de vie, etc. Les personnes et entités affectées sont rarement entendues, au sens plein du terme,⁸ ce qui entraîne invariablement des contestations, souvent tardives, alors que le projet est déjà engagé, engendrant des retards, des pertes économiques et des dommages moraux irréparables. La médiation préventive accompagne le projet dès sa conception. Elle permet ainsi d'engager toutes les parties potentiellement affectées dans un dialogue constructif, afin de prendre en considération leurs besoins et de trouver de manière collaborative les solutions aux problèmes soulevés. La construction du projet se fait alors en pleine connaissance de cause, avec toutes les parties prenantes, les solutions trouvées par elles, étant acceptées et permettant de prévenir les contestations futures.

Utiliser la médiation d'un tiers neutre et impartial présente aussi un autre avantage pour l'entreprise. C'est le médiateur qui prend la responsabilité de construire le dialogue et d'aider les parties prenantes à en dégager les solutions acceptables par tous. Il décharge alors les équipes de l'entreprise qui peuvent se consacrer plus sereinement à la gestion de projet, ce pourquoi elles sont compétentes. Les rôles sont ainsi bien répartis et l'on n'ajoute pas à la charge des salariés de l'entreprise une fonction qui souvent les dépasse car ils n'ont pas été formés pour gérer les conflits, ni preventivement, ni a posteriori. Chacun peut alors donner pleinement la mesure de ses talents et le projet est mieux géré.

Enfin, parce que la solution n'aura pas été « imposée d'en haut » mais aura été co-construite par toutes les parties prenantes, elle sera mieux mise en œuvre et elle évitera les

conflits *a posteriori*. Tous les utilisateurs de la médiation le savent : une solution obtenue par les parties elles-mêmes a beaucoup plus de chances d'être exécutée qu'une solution imposée. Et lorsque cette solution co-construite intervient à titre préventif, lorsque le projet en est encore à la phase de conception, c'est un gage pour éviter des conflits futurs.

Dans la pratique, selon la taille du projet ou de la *due diligence* à entreprendre, il peut être préférable de confier le dossier à deux médiateurs complémentaires. Un dossier qui nous a été confié nécessitait non seulement des connaissances environnementales mais aussi des connaissances juridiques. Un co-médiateur a donc été désigné qui avait déjà travaillé dans des dossiers d'atteinte potentielle à l'environnement dans un cadre similaire à celui que le projet en cours de conception posait. Le calendrier d'une telle médiation est souvent enserré dans des délais stricts imposés par le calendrier du projet, ce qui demande une grande disponibilité de la part du(des) médiateur(s). Il est préférable que l'entreprise fasse appel au(x) médiateur(s) le plus rapidement possible au début de la conception du projet. Plus tôt ils interviendront et plus sécurisé le projet sera. Pour la *due diligence*, le médiateur devra parfois participer à la construction des rapports annuels qui sont désormais obligatoires dans un certain nombre d'industries (notamment en raison de la Directive dite « RSE » de l'Union européenne).⁹

On ne conduit pas une médiation de projet ou médiation préventive comme n'importe quelle médiation commerciale. En effet, ces médiations intéressent la plupart du temps un plus grand nombre de parties prenantes. La détermination des parties prenantes sera essentielle à la réussite de la médiation. C'est une partie du travail du médiateur de permettre l'identification de toutes les parties prenantes. Il ne doit pas hésiter à ajouter des parties prenantes durant la médiation s'il s'avère qu'elles ont été oubliées au début du processus. La diffusion de l'information sur l'ouverture du processus doit être faite largement. Le médiateur est là aussi pour assurer la faisabilité de la médiation et offrir les moyens que le processus ne devienne pas ingérable. Les techniques de la médiation doivent être adaptées pour prendre en considération ce facteur. La prise de parole ne s'organise pas de la même manière dans une médiation à parties multiples et dans une médiation classique. Parfois, lorsqu'une communauté est partie prenante, elle devra élire un certain nombre de délégués pour faire partie de la médiation, le médiateur pouvant également participer aux réunions au sein de la communauté, destinées à mandater les délégués au fur et à mesure de l'avancée des opérations de médiation. Souvent les apartés sont plus longs et les plénières sont utilisées de manière différente que dans une médiation commerciale classique. Flexibilité est la clef et la force de la médiation.

subsequent conflicts. All users of mediation know this: a solution obtained by the parties themselves is much more likely to be enforced than a top-down solution. And when this co-constructed solution intervenes as a preventive measure, when the project is still in the design phase, it is a pledge to avoid future conflicts.

In practice, depending on the size of the project or the type of due diligence required, it may be preferable to entrust the dossier to two complementary mediators. A few years ago, a project for which we were asked to mediate required not only legal but also environmental knowledge. A co-mediator was therefore designated who had expertise in environmental matters having worked in the past for a similar project. The timetable for such mediation is often tightened within strict deadlines imposed by the timetable of the project, which requires a great availability on the part of the mediator(s). It is preferable for the company to use the mediator(s) as soon as possible at the beginning of the project design. The sooner they intervene the more secure the project will be. For due diligence, the mediator will sometimes have to participate in the construction of annual reports which are now compulsory in a number of industries (in particular because of the EU's so-called "CSR" Directive).

One does not conduct preventive mediation like any commercial mediation. Indeed, most of the time, these mediations concern a greater number of stakeholders. The exact determination of who are the stakeholders is critical to the success of such mediation. It is a part of the mediator's mandate to make sure every interested stakeholder is invited to participate. He/she should not hesitate to add other stakeholders during the mediation if it turns out that they were forgotten at the beginning of the process. The fact that the process is open will be publicised widely. But the mediator is also there to ensure the feasibility of the process and to offer the means so that the process does not become unmanageable. The techniques of mediation must be adapted to take into account this factor. Communication is not organised in the same way in a multi-party mediation as in a mediation process with only two parties. Sometimes, when a whole community is involved, it may have to elect a certain number of delegates to voice the community's interests even if all attend. The mediator may also participate in meetings within the community to discuss the mandate of the delegates as the process progresses. In such mediation, caucuses are often lengthier and the plenaries are used in a different way than in a classic commercial mediation. The key and strength of mediation lies in its flexibility.

Notes

1. Nous préférons parler de responsabilité « sociétale » plutôt que « sociale » car l'anglais « social » qui est à l'origine de l'expression est plus large que le terme « social » en français. La signification de l'anglais « social » est donc mieux rendue par le français « sociétal ».
2. Les travaux de Yves Clot, Marie Pezé et Christophe Dejourn, notamment, sont bien connus. De Yves Clot, on peut lire *Le travail à cœur – Pour en finir avec les risques psychosociaux* (Paris : La découverte, 2010).
3. La France a adopté une loi sur la vigilance des entreprises, entrée en vigueur en mars 2018, mais qui ne s'adresse qu'aux plus grandes entreprises. Mais la France est un Etat membre de l'OCDE qui fait un travail considérable en cette matière, comme elle est membre de l'Organisation des Nations Unies qui a adopté les lignes directrices en matière d'entreprises et droits de l'homme. Il est traditionnel d'affirmer que ces deux dernières séries de normes n'appartiennent qu'à la « *soft law* ». Il serait trop long de répondre à cette affirmation. Qu'il suffise de dire que de nombreuses normes de *soft law* aujourd'hui engendrent des obligations selon des gradations diverses, mais ne sont pas des normes sans aucun effet. De plus, de nombreuses entreprises se préoccupent autant voire plus de leur notoriété que de normes juridiques, si bien que la RSE est aussi efficace en raison de la publicité négative que peut engendrer la violation de ses principes.
4. Pour une autre utilité de la médiation préventive dans le cadre des projets complexes, voir Yves-Alain Ach, « Combiner le management de projets complexes et la médiation » *The Conversation*, 18 mars 2018. La médiation préventive dont nous parlons ici est complémentaire de celle visée par Y.-A. Ach, car il est indispensable de prendre en considération la RSE dans les projets complexes, ce qui assurera un pourcentage supérieur de succès.
5. L'ampleur de la médiation ne sera pas la même qu'elle soit mise en œuvre pour un projet de grande envergure ou pour un projet de moindre taille.
6. C'est effectivement sur l'entreprise que pèsent les obligations de vigilance.
7. Beaucoup de règles désormais applicables pour la gouvernance d'entreprise comportent de plus en plus d'exigences de RSE. Nombreuses sont les associations d'investisseurs ou de gestionnaires de portefeuilles qui sont attentifs aux exigences de la RSE. Voir par exemple, les rapports publiés par le Bloomberg Financial Stability Board.
8. Les enquêtes d'utilité publique à la française ne permettent pas d'entendre les parties comme le ferait une médiation.
9. Directive 2013/34/UE du 26 juin 2013, modifiée par la Directive 2014/95/UE, du 22 octobre 2014.