

## LA MÉDIATION : UN NOUVEL ESSOR ?

Après avoir été magistrat pendant 35 ans, durant lesquels ma vie professionnelle a été consacrée, en quatre quarts presque égaux, à la justice des mineurs, à la justice d'instance, aux affaires familiales et aux baux commerciaux, je me suis formée comme médiateur afin d'aider, autant que faire se peut, les gens à retrouver, sinon la paix, du moins l'apaisement lorsqu'un conflit les oppose.

Depuis 1995, la loi française a intégré, dans les outils du procès, la voie de la médiation. C'est en effet une loi de 1995 et un décret de 1996 qui ont institutionnalisés en droit français la médiation, processus venu des États-Unis, que nos cousins québécois avaient francisés et dont certains juges s'étaient emparés sans attendre les textes.

La directive européenne du 21 Mai 2008 (2008/52/CE) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a donné trois ans aux pays de l'Union Européenne pour intégrer en droit interne les principes qu'elle posait. La France a un peu traîné les pieds et, en retard sur le calendrier, a finalement promulgué l'ordonnance du 16 Novembre 2011 qui n'a que toiletté la médiation à la française. Enfin le décret du 10 Janvier 2012 a complété les mesures, sans révolutionner pour autant le paysage général de la médiation, en intégrant notamment la procédure participative à l'arsenal français des modes amiables de résolutions des litiges.

Mon propos se limitant aujourd'hui à la médiation, je n'aborderai pas ces nouveautés.

Les mesures principales de l'ordonnance et du décret consistent, en ce qui concerne la médiation, à donner un statut à la médiation conventionnelle, à introduire la médiation en droit administratif et à fixer un cadre général applicable à la fois aux médiations judiciaires et aux médiations conventionnelles.

### CE QUE LES TEXTES RÉCENTS ONT FAIT

L'ordonnance et le décret ont fait entrer dans le droit français, à part égale de la médiation dite judiciaire, la médiation dite conventionnelle et y ont intégré la possibilité d'une médiation judiciaire en droit administratif.

En réalité, dès lors que toute médiation présuppose la volonté des parties d'y participer, il ne s'agit en réalité que de médiations conventionnelles, menées ou non sous le contrôle d'un juge, mais par simplicité et habitude je continuerai de distinguer la médiation conventionnelle de la médiation judiciaire.

### La consécration d'une médiation conventionnelle distincte de la médiation judiciaire

La médiation judiciaire, celle qui prend sa place dans le cours du procès (le plus souvent proposée par le juge d'ailleurs, alors même que les avocats pourraient l'envisager d'eux-mêmes et la suggérer, ce qu'ils ne font qu'exceptionnellement), est la plus connue du monde judiciaire, même si son contenu réel demeure souvent flou dans l'esprit des magistrats comme des avocats.

En droit administratif, elle n'était ni connue, ni souvent pratiquée à ma connaissance en France et elle fait donc son entrée dans l'arsenal des réponses du juge administratif.

La médiation conventionnelle trouve sa place lorsque des parties en conflit envisagent d'y recourir spontanément, hors de tout procès (situations qui se développent avec la meilleure connaissance de l'existence et du contenu de ce processus dans le public et chez les avocats), ou lorsque le contrat qui est à l'origine du litige prévoit une clause de médiation ou de conciliation préalable.

La Cour de cassation a en effet, depuis un arrêt en Chambre Mixte du 14 Février 2003, jugé que, lorsque le contrat contenait une clause de médiation (ou de conciliation préalable), le passage, pour les parties, par cette étape était une obligation et que sa méconnaissance rendait irrecevable l'action judiciaire.



Le développement de ces clauses, encouragé notamment par des actions comme « La charte de la médiation », initiée par le CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, émanation de la Chambre de Commerce et de l'Industrie) et signée par de nombreuses entreprises, entraîne le développement progressif de la médiation conventionnelle.

L'ordonnance de novembre 2011 a consacré l'existence de la médiation conventionnelle, qui s'était jusque-là développée sans cadre juridique spécifique.

Le décret a achevé cette introduction en précisant les modalités de l'homologation des accords trouvés lors de ces médiations, permettant ainsi de leur donner force exécutoire sans exiger qu'il s'agisse nécessairement de transactions au sens du droit français. Le contrôle du juge sur ces accords se limitera donc désormais à la vérification qu'aucune règle d'ordre public n'ait été ignorée ou transgressée, donnant une force nouvelle à la médiation conventionnelle.

### Malheureusement, l'ordonnance a aussi consacré un certain recul par rapport aux pratiques antérieures en matière prud'homale...

Elle a exclu cette matière du droit à l'homologation, les accords de médiation trouvés en matière de conflit individuel du travail, ne conservant cette possibilité qu'aux cas de situation transfrontalière. La compétition entre la conciliation légale devant être tentée par le conseil des Prud'hommes et la médiation a manifestement été gagnée par la première.

Étant loin d'être une spécialiste du droit du travail, je vous invite plutôt sur ces questions à lire les rapports des groupes de travail constitués au sein de l'association GEMME (fondée par Guy Canivet et associant magistrats de tous horizons, en activité ou à la retraite, pour au moins 2/3 de ses membres et non magistrats, tous favorables à la médiation) qui viennent de paraître aux Annonces de la Seine (supplément au N°27 du Jeudi 19 Avril 2012).

### CE QUE LES TEXTES RÉCENTS N'ONT PAS FAIT

#### Entre conciliation et médiation, une frontière mal définie

Les médiateurs attendaient beaucoup des nouveaux textes et leur déception a été à la mesure de leur attente. En effet, aucune définition précise de la médiation n'a été donnée, le mélange entre conciliation et médiation étant au contraire continuellement maintenu.

L'association GEMME a proposé une définition de la médiation qui, si elle avait été retenue, aurait eu le mérite de faire le lit de cette confusion.

Je vous la livre donc car elle me semble comporter tous les éléments de ce que doit être une médiation, au sens que les médiateurs donnent à ce mot : **« un processus de communication reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers formé à la médiation - impartial, indépendant sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les personnes en médiation - favorise par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement de la relation, la prévention ou le règlement des conflits ».**

Cette définition contient en effet l'essence de ce qu'est la médiation. Bien loin de vouloir jeter la pierre aux mécanismes de conciliation existant un peu partout en droit français, l'intérêt de les différencier de la médiation est de laisser à celui-ci ce champ exceptionnel du temps confidentiel, hors du regard du juge ou de son délégué, sans comptes à rendre au juge sur ce qui s'est passé ou dit, dans un espace de temps libre de contraintes, menée par un médiateur qui n'a ni pouvoir, ni idée particulière sur la solution possible.

La conciliation est, elle, généralement menée par un conciliateur de justice bénévole, dont on ne peut exiger une formation spécifique, ayant un

rôle assez directif, dans une négociation axée sur le résultat (l'accord) et où le poids de la solution judiciaire ou juridique pèsera nécessairement.

### Le rôle de la médiation

La médiation consiste donc pour des personnes qui ne sont pas d'accord sur quelque chose (quel que soit ce « quelque chose ») de se rencontrer et d'accepter qu'un tiers, qui ne les connaît pas, ne prend parti pour aucun d'eux en particulier, n'a aucun intérêt spécifique dans la résolution de leur problème, mais a reçu une formation spécifique, garantisse les règles de leur rencontre. Le médiateur, écoutant les uns et les autres avec bienveillance et empathie, permet, grâce aux techniques de communication qu'il maîtrise, notamment la reformulation, aux protagonistes de s'écouter vraiment et de faire émerger les besoins et les intérêts réels de chacun. Ainsi, après avoir permis d'envisager toutes les hypo-



thèses, ce processus, qui redonne une place au dialogue réel, aboutit, plus d'une fois sur deux, à l'émergence de solutions trouvées directement par les personnes concernées et adaptées à la globalité du différend.

Si la médiation n'est pas magique et qu'elle repose sur des schémas théoriques, le fait que, quelle que soit l'école de pensée du médiateur, le déroulement de ce processus soit porteur d'une capacité d'apaisement et de prise en main par les acteurs du problème, de l'ensemble des questions que celui-ci pose, est une réalité manifeste à l'observateur extérieur.

### L'absence regrettable du critère d'indépendance du médiateur dans les textes

Les textes nouveaux n'ont pas retenu le critère d'indépendance pour qualifier le médiateur, alors que, pour les médiateurs formés aux techniques de médiation, ce critère demeure important. L'absence de ce critère d'indépendance, permet encore de parler de médiation dans toutes les situations de « médiateurs maison », alors que le fonctionnement de ces institutions repose sur la personnalité des médiateurs ainsi rémunérés par l'établissement et leur volonté de donner à leurs actions un caractère plus ou moins marqué de médiation mais les procédés utilisés, notamment l'absence habituelle de parole en face à face, ne répondent pas à la définition de la médiation telle que je l'ai décrite et qu'elle est notamment enseignée dans les divers instituts de formation.

De même les textes nouveaux n'ont rien prévu pour amener le corps des médiateurs à se professionnaliser, ou, à tout le moins, à gagner en crédi-

bilité en mettant au point un tronc commun de formation permettant de se dire médiateur.

L'ANM (Association Nationale des Médiateurs) œuvre avec énergie afin de permettre de faire émerger ce socle commun et a permis le regroupement, lors d'un forum ouvert organisé en février 2011, de la plupart, si ce n'est la totalité, des associations de médiateurs, permettant un accord sur des « expressions communes », première pierre pouvant permettre d'avancer dans cette voie ([http://mediateurs.asso.fr/fichiers/Dossier\\_de\\_presse\\_Forum\\_Ouvert.pdf](http://mediateurs.asso.fr/fichiers/Dossier_de_presse_Forum_Ouvert.pdf)).

**Aujourd'hui**, n'importe qui peut s'auto proclamer médiateur, dès lors que, soit les parties, soit un juge, lui font confiance pour conduire une médiation. Les dérives possibles de médiations menées soit sans respect de la technique de médiation, soit hors des limites de celle-ci, sont, à l'évidence, contre-productives et l'encadrement de la fonction de médiateur, sans même envisager d'en faire une profession, semble une nécessité hélas pour l'instant négligée.

La médiation n'est bien entendu pas la panacée, tous les conflits ne peuvent se résoudre ainsi : elle est en revanche adaptée lorsque la question posée est en lien avec une relation ancienne ou qui est amenée à se poursuivre, qu'il s'agit de personnes de bonne volonté, non affectées de troubles psychiques graves, que la question à résoudre ne relève pas d'une question juridique dont la réponse est essentielle pour la construction de la jurisprudence et alors là, la médiation a vraiment une place à prendre. ■

**Marianne LASSNER**

Magistrat honoraire - Médiateur

## L'IMPORTANCE DU CHOIX DU TAUX D'ACTUALISATION DANS L'ÉVALUATION D'UN FONDS DE COMMERCE

Au vu de l'actualité récente et de l'évolution des taux d'intérêts, le choix du taux d'actualisation pour évaluer un fonds de commerce conforte son importance pour sa valorisation.

- En effet, le choix du taux d'actualisation détermine la valeur d'un fonds de commerce ou d'une société par la méthode de l'Excédent Brut d'Exploitation (EBE) ou des « Discounted Cash Flow » (DCF) (tout comme d'autres paramètres tels que la durée de cette rente à capitaliser et la valeur terminale).
- Le taux d'actualisation est également utilisé en évaluation de la valeur du fonds de commerce dans la méthode du « Goodwill ». Ce dernier permet de chiffrer la survalue liée à la rentabilité attendue de l'exploitation de ce fonds de commerce.

L'actualisation des flux peut ainsi être employée dans certaines évaluations de fonds de commerce, de droit au bail, de contrats de crédit bail ou de construction sur terrain d'autrui. Rappelons que la détermination du taux d'actualisation est fondée sur une approche du traitement du risque définie à partir d'un rendement minimum

attendu majoré de primes de risques relatives au risque général d'entreprendre, au risque lié au secteur de l'entreprise, au risque lié à la non liquidité de l'investissement et au risque spécifique lié aux qualités ou défauts intrinsèques à l'entreprise (reposant sur les hommes, les techniques d'information, son matériel, son obsolescence, etc.)

La formule d'actualisation d'un flux identique perçu pendant « n » années actualisé au taux « i » est la suivante :  $k = (1 - (1 + i)^{-n}) / i$ , soit  $V = k \times \text{Flux}$ .

S'agissant par exemple du choix du taux d'actualisation d'une société de taille moyenne :

|   |              |
|---|--------------|
| Le taux sans risque est donné par le taux d'émission des OAT 10 ans (source Agence Française du Trésor) au 16/01/2012, soit | <b>3,1 %</b> |
| Le taux de risque du marché action moyen 2012 atteint   | <b>3,9 %</b> |
| Le taux de risque spécifique de la société expert est estimé à  | <b>4,0 %</b> |
| <b>Ce qui conduit à déterminer un taux d'actualisation de</b>   | <b>11 %</b>  |

Selon l'horizon retenu, si la durée de perception d'un flux constant est fixée à 10 ans et le taux d'actualisation estimé à 11 %, le multiple d'actualisation atteint 5,89. Si la durée de perception d'un flux constant est fixée à 15 ans et le taux d'actualisation calculé à 11 %, le multiple d'actualisation atteint 7,19.

Si le flux peut se maintenir dans une durée infinie, la formule d'évaluation prend la forme de la rente à l'infini (formule de Bates) où  $V = \text{Flux}/i$ .

Par exemple, si le taux  $i$  est estimé égal à 11 %, le multiple atteint 9,09 (1/0,11).

Si l'évaluateur retient l'EBE comme flux représentatif des flux futurs, il va déterminer un horizon et un taux d'actualisation. La responsabilité du choix du taux d'actualisation dont la prime de risque et sa justification relève de la compétence de l'expert. Afin de limiter certains aléas, il est donc nécessaire de se fonder également sur la réalité des cessions du secteur d'activité analysé et de compléter par le choix de méthodes d'évaluation différentes. ■

**Nathalie GUYOT**