



**INTRODUCTION**

**PLAN DE L'ARTICLE**

**I- LA NOTION DE MEDIATION ENTRE INCLUSION ET EXCLUSION**

**A- UN CHAMP CONCEPTUEL ET MATERIEL EXTENSIF**

**1- L'ouverture aux autres modes alternatifs de résolution des conflits**

- a- La conciliation
- b- La med-arb

**2- L'applicabilité aux différends de toute nature**

- a- La médiation commerciale
- b- Les autres domaines couverts

**B- UN CHAMP PROCESSUEL RESTRICTIF**

**1- L'exclusion de la médiation purement judiciaire**

**2- Une consécration inaboutie de la médiation judiciaire déléguée**

- a- Du début et de la fin de la procédure
- b- Du déroulement de la procédure

**II- L'ACCORD DE MEDIATION ENTRE PRAGMATISME ET INDETERMINATIONS**

**A- LE PRAGMATISME, GAGE D'EFFICACITE DE L'ACCORD DE MEDIATION**

**1- La diversification des voies d'obtention du titre exécutoire**

**2- L'effacement de l'office du juge dans la procédure d'homologation**

**B- LES INDETERMINATIONS, POTENTIELS FREINS A L'EFFICACITE DE L'ACCORD DE MEDIATION**

**1- Le formalisme attaché à la conclusion de l'accord de médiation**

**2- Les incertitudes liées à la procédure d'homologation de l'accord de médiation**

- a- Le silence quant à la juridiction compétente sur demande d'homologation
- b- Le silence quant aux modalités de contestation de l'accord non homologué

**CONCLUSION**

## *La médiation ou le blivet du droit OHADA*

### *Résumé*

Le nouveau droit de la médiation de l'OHADA, incarné par l'Acte Uniforme relatif à la Médiation (AUM), ne manque pas de vertu. Ses nombreuses qualités, vivement saluées par la doctrine, ramènent dans l'ensemble à une ouverture et un pragmatisme affirmés. Pourtant, l'analyse de l'AUM révèle aussi certaines tendances à l'exclusion et à l'indétermination, contraires aux qualités évoquées et difficilement conciliables avec la recherche d'efficacité voulue. C'est tout le paradoxe de la nouvelle législation, qui ne laisse pas d'évoquer à l'amateur d'art, l'image du blivet. A l'instar de cet objet impossible, la médiation « ohadienne » crée une illusion d'optique chez le spectateur : elle le charme par sa beauté, mais finit par dévoiler à l'œil attentif sa dimension illogique, ses apories. Les contradictions en cause se manifestent essentiellement à travers deux aspects importants : d'une part, la notion même de médiation, et d'autre part, l'accord de médiation. Il appartient à l'OHADA, notamment par l'entremise de son instance juridictionnelle, de préserver cet acquis en procédant aux aménagements utiles à sa nouvelle œuvre, afin de lui rendre son intégrité et lui garantir un plein épanouissement.

### *Abstract*

The new mediation law in the *OHADA* system, which is incarnated by the *Uniform Act on Mediation (UAM)*, is not lacking in virtues. Its numerous qualities, which have been strongly celebrated by scholars, lead toward a stronger flexibility and pragmatism. Nevertheless, the analysis of the *UAM* also shows some tendencies to exclusion and vagueness, which are in dissonance with the goal of efficiency. It is the paradox of new legislation, which would remind to art lovers the blivet. Like this impossible item, the “ohadian” legislation creates an optical illusion for the viewer: it seduces him for its beauty, while still revealing its illogic aspects and its aporias. These contradictions regard two fundamentals facets: the definition itself of mediation and, on the other hand, the mediation settlement agreement. It is up to the *OHADA* system, in particular throughout its judicial body, to correct these imperfections in order to ensure new mediation law's integrity and efficacy.

1. En Afrique, la médiation se voit reconnaître des origines très anciennes ; elle est même donnée comme caractéristique, indépendamment de l'existence de tout texte législatif, de la justice sur le continent<sup>1</sup>. Bien que cette considération concerne en réalité la médiation traditionnelle et mérite quelques précisions et remarques<sup>2</sup>, le fait est constant et explique en partie<sup>3</sup> que dans les pays de l'espace OHADA<sup>4</sup>, la médiation dite moderne ait trouvé naturellement sa place et n'ait pas attendu l'érection d'un cadre légal pour s'imposer, s'adossant aux règlements des centres d'arbitrage et de médiation qui opéraient déjà dans la région<sup>5</sup>. Seuls trois Etats membres de l'OHADA finiront par adopter une législation spéciale en la matière : le Burkina Faso<sup>6</sup>, la Côte d'Ivoire<sup>7</sup> et le Sénégal<sup>8</sup>.
2. L'Acte uniforme relatif à la médiation (ci-après AUM) adopté par l'organisation communautaire le 23 novembre 2017, est donc venu non seulement combler le vide législatif qui prévalait dans la plupart des Etats-parties en matière de règlement amiable des conflits, mais, par la même occasion, unifier les expériences disparates et inégales de certains d'entre eux. Le texte a bénéficié d'un satisfecit largement partagé au sein de la doctrine<sup>9</sup>. Il est vrai qu'il ne manque pas de vertu. Ses atouts les plus remarquables se rapportent assurément à l'originalité et la souplesse qui s'en

---

<sup>1</sup> De nombreuses études, anciennes et récentes, ont mis en lumière ce trait de la justice africaine basée sur la médiation ou la conciliation. L'on peut citer les suivantes :

- anciens travaux : M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophones et à Madagascar », in J. POIRIER (dir), *Études de droit africain et malgache*, Cujas, Paris, 1964, 529 p. ; K. M'BAYE, « L'organisation judiciaire au Sénégal », *Penant: revue de droit des pays d'Afrique*, 1965, vol. 75, n° 705, pp. 27-34 ; P. LAMPUE, « La justice coutumière dans les pays africains francophones », *RJPIC*, 1979, pp. 3-19 ; E. MICHELET, « La conciliation dans la procédure sénégalaise », *Penant*, 1980, p. 135-161 ; K. MBAYE et Y. NDIAYE (dir.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique, tome 4 : Organisation judiciaire, procédures et voies d'exécution*, NEA, 1982, 379 p. ; E. LE ROY, « Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits », *Afrique contemporaine*, n° 156, 1990, pp. 111-120 ; LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS (LAJP), « Synthèse sur les travaux et expériences en médiation du LAJP », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 22, sept. 1997, pp. 82-88 ; A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Revue internationale de droit économique*, 2004, n° 2, p. 197-225.
- travaux récents : B. HASSANE, « Autorités coutumières et régulation des conflits en Afrique de l'Ouest francophone : entre l'informel et le formel », in *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, Lomé, OIF, 28 mai 2009, pp. 168-186 ; B. de LOYNES DE FUMICHON et D. ROEBUCK, *Histoire de la médiation: des repères dans le temps des médiateurs*, Montigny-le-Bretonneux, France, Médias & Médiations, 2016, 141 p. ; P.E. KENFACK, « La notion de médiation chez le législateur OHADA », *Lexbase édition Ohada*, avril 2018, n° 10, pp. 13-18 ; J.-B. DAGNAUD, J.-G. LIEBERHERR et M. GUILLAUME, *Du bon usage de la médiation*, Paris, France, Descartes & Cie, 2018, 100 p. ; B. BLOHORN-BRENEUR, *La médiation pour tous dans l'espace OHADA et en Afrique de l'Ouest: théorie, pratique et cadre juridique de la médiation*, Paris, France, l'Harmattan, 2018, 220 p.

<sup>2</sup> V. Y.-S. KOÏTA, *L'Acte uniforme relatif à la médiation : réflexions prospectives à partir de la pratique et du droit français*, Mémoire de master 2, Université de Toulon, 2018, p. 60.

<sup>3</sup> La déliquescence de la justice étatique dans la zone, notamment, n'y est pas pour rien.

<sup>4</sup> Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

<sup>5</sup> L'on peut mentionner le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC-D), le Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation du Bénin (CAMEC), le Centre d'arbitrage du groupement inter-patronal du Cameroun (GICAM), le Centre national d'arbitrage, de conciliation et de médiation de la République démocratique du Congo (CENACOM) ou encore le Centre de conciliation et d'arbitrage du Mali (CECAM).

<sup>6</sup> Loi n° 052-2012/AN portant médiation en matière civile et commerciale.

<sup>7</sup> Loi n° 2014-389 relative à la médiation judiciaire et conventionnelle.

<sup>8</sup> Décret n° 2014- 1653 relatif à la médiation et à la conciliation.

<sup>9</sup> V., entre autres commentaires positifs, N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ, 2018, *passim* ; H. KENFACK, « L'état du droit de la médiation en France et dans la zone OHADA », *Lexbase édition Ohada*, avril 2018, n° 10, p.5, spéc. pp. 9-11 ; E. DEWEDI, « Le nouvel Acte uniforme OHADA sur la médiation et la pratique de la médiation dans l'espace OHADA : quels apports en pratique ? », *Actualitésdudroit.fr, passim*, disponible sur [www.actualitesdudroit.fr](http://www.actualitesdudroit.fr) (Consulté le 21 juin 2019) ; M. GORE et C. GRIMALDI, « Arbitrage, médiation et règlement de la CCJA : les nouveaux textes sont en vigueur depuis le 15 mars 2018 », *LEDAF*, mai 2018, n° 5, p. 1, spéc. p. 1.

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

dégagent et font que l'AUM s'affranchit de la tradition « ohadienne » de transposition du droit français<sup>10</sup> ; il serait même « *plus percutant* »<sup>11</sup> que celui-ci. Une autre qualité soulignée à propos de la nouvelle loi uniforme est sa concision<sup>12</sup>, empruntée sans doute à la Loi type de la CNUDCI<sup>13</sup> sur la conciliation commerciale internationale avec laquelle, de façon plus générale, les ressemblances sont frappantes.

3. C'est pourtant cette brièveté du texte qui éveille l'attention puis interroge l'observateur du système « ohadien » envisagé dans son fonctionnement, ses objectifs et ses spécificités - des paramètres qui, par exemple, ne sont pas nécessairement pris en considération par une organisation comme la CNUDCI lorsque celle-ci élabore une Loi type, faite d'abord pour les Etats pris isolément. Que vaut donc réellement l'économie de l'AUM ? Le texte est-il entièrement satisfaisant en dépit de sa concision ? Couvre-t-il l'ensemble des aspects qui le méritent dans un espace juridique mutualisé et singulier comme celui de l'OHADA ? L'intérêt de se pencher sur ces interrogations tient à ce qu'elles conduisent, par-delà les façades, à capter le véritable visage que présente la médiation en droit OHADA et à mettre en lumière ses beaux traits mais aussi les éventuelles corrections qu'elle nécessite.
4. L'analyse menée sur ces bases montre que les éloges adressés à la nouvelle œuvre du législateur « ohadien » sont légitimes à maints égards. Elle présente de réelles qualités qui, mises en commun, peuvent se traduire par deux valeurs : ouverture et pragmatisme. Mais, en même temps, cette œuvre laisse apparaître des insuffisances non négligeables, qui se trouvent être littéralement aux antipodes des deux qualités respectives mentionnées et ont pour noms exclusion et indéterminations. C'est tout le paradoxe de la médiation en droit OHADA, qui ne laisse pas d'évoquer à l'amateur d'art l'image du blivet, cet objet impossible en forme de U dont la conception rend laborieuse la tâche tendant à déterminer s'il est bien doté de deux dents ou s'il en comporte une malheureuse troisième. A l'instar du blivet, la médiation « ohadienne » crée une illusion d'optique chez le spectateur : elle le charme par sa beauté, mais finit par dévoiler à l'œil attentif sa dimension illogique, ses apories.
5. Ces contradictions se manifestent essentiellement à propos de deux des aspects les plus centraux et charnus de la matière étudiée, qui méritent d'être retenus aux fins de la présente réflexion. Il s'agit d'une part, de l'acception « ohadienne » de la notion de médiation, qui vacille entre tendances

---

<sup>10</sup> A l'égard des Actes uniformes de l'OHADA le droit français restait jusque-là la « *mamelle nourricière principale* » (A. NGWANZA, « OHADA entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle », *Rapport général de l'Université d'été de Cercle Horizon Club OHADA d'Orléans*, Université d'Orléans (France), Cercle Horizon, 1<sup>er</sup> juillet 2008, p. 6). Ainsi que le constate Denis VOINOT, « [l']analyse de la plupart des Actes uniformes adoptés par cette organisation montre en effet qu'ils s'inspirent directement de la législation commerciale française. Ainsi, comme en droit français, l'acte de commerce est le fondement de ce droit commercial uniforme. De même, la notion de société trouve ses racines dans la définition de l'article 1832 du Code civil » (D. VOINOT, « La législation française : instrument du rayonnement du droit français dans le monde », *LPA*, n° 48, 2005, p. 5).

<sup>11</sup> C. GINESTET, « Médiation et notions voisines », *Lexbase édition Ohada*, avril 2018, n° 10, p. 19.

<sup>12</sup> Une idée répandue veut qu'en matière de justice alternative, la réglementation, quand elle est admise, doive rester discrète. L'AUM comprend dix-huit (18) articles là où les textes internes qu'elle abroge en comportaient parfois plus du double.

<sup>13</sup> Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

antinomiques à l'inclusion et à l'exclusion (I) et d'autre part, de la réglementation de l'accord de médiation, qui se trouve empreinte à la fois de pragmatisme et d'indétermination (II).

## **I- LA NOTION DE MEDIATION ENTRE INCLUSION ET EXCLUSION**

6. C'est dans l'idée « ohadienne » même de la médiation que se manifeste le premier paradoxe. D'un point de vue conceptuel comme matériel, le législateur semble vouloir attribuer à la médiation le domaine le plus large possible (A). Mais en même temps, il en a une vision restrictive quand il s'agit d'en déterminer le champ processuel (B).

### **A- UN CHAMP CONCEPTUEL ET MATÉRIEL EXTENSIF**

7. D'une part, la notion de médiation en droit OHADA est ouverte aux autres modes de justice alternative (1). D'autre part, elle s'applique à tout type de différend (2).

#### **1. L'ouverture aux autres modes alternatifs de résolution des conflits**

8. Le droit OHADA adopte une conception de la médiation qui englobe la notion de conciliation (a). De même, il autorise le passage de la médiation à l'arbitrage dans un même processus, consacrant ainsi ce que l'on qualifie de *med-arb* (b).

##### **a. La conciliation**

9. Toute entreprise de définition de la médiation suppose d'affronter la polémique doctrinale qui, de longue date, entoure les rapports entre ce mode de justice et la conciliation. Si cette controverse est alimentée par une multitude de contributions fort diverses, il semble possible de regrouper les positions en deux catégories que l'on peut nommer d'une part, les thèses assimilatrices - celles qui opèrent une confusion entre médiation et conciliation - et d'autre part, les thèses dissociatrices - celles qui voient une ou plusieurs différence(s) entre les deux notions. Au sein de ces dernières encore il n'existe pas d'unanimité sur les points de séparation, ce qui se traduit par l'existence d'une galaxie d'approches<sup>14</sup> et rend les rapports entre médiation et conciliation inextricables. En

---

<sup>14</sup> A titre illustratif,

- pour les divergences portant sur la portée de chacune des notions, v.
  - d'un côté, L. CADIEU et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, France, Dalloz, 2016, p. 30 ; M. DOUCHY-OU DOT et J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », *D. R. pr. civ.*, 2013, p. 12 ;
  - et d'un autre côté, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, France, PUF, 2009, pp. 72 et 77-79 ; J.-F. SIX *et al.*, *Médiation: essai*, Paris, France, Éd. du Seuil, 2002, pp. 23-26. ; V. de BRIANT et Y. PALAU, *La médiation: définition, pratiques et perspectives*, Paris, France, Nathan, 1999, p. 31 ;
- et pour les divergences portant sur le degré d'implication du tiers sollicité, v.
  - d'un côté, C. JARROSSON, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 951 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, France, PUF, 2018, p. 651., « Médiation » ; M.-L. RASSAT, *Institutions judiciaires*, Paris, France, PUF, 1993, p. 294 ;
  - et d'un autre côté, B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, France, PUF, 1998, p. 35 ; N. DION, *De la médiation*, Paris, France, mare & martin, 2018, pp. 58-59 ; N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de*

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

droit positif, le courant assimilateur, qui ne manque pas non plus d'adeptes<sup>15</sup>, semble représenter la tendance dominante, caractérisant les systèmes de *common law* et imbibant progressivement les législations des pays de tradition civiliste<sup>16</sup>. La CNUDCI même considère que les termes médiation et conciliation sont interchangeables<sup>17</sup>.

10. Le législateur « ohadien » se détermine fort sagement en s'inscrivant dans ce dernier courant. Il présente la médiation comme « *tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable...* »<sup>18</sup> [souligné par nous]. Cette formule volontairement extensive et inclusive, qui n'est pas sans rappeler celle employée par la Loi type de la CNUDCI, permet de considérer qu'est aussi concernée la conciliation<sup>19</sup>. Autre marque de l'esprit inclusif du texte, l'article 7, alinéa 4, habilite le médiateur à faire des propositions aux parties en vue de la résolution du conflit. En reconnaissant pareille prérogative au tiers, mais en n'en faisant qu'une faculté, l'Acte uniforme entend prendre en considération les différentes hypothèses envisageables. Ainsi, la médiation « ohadienne » peut être de la médiation *stricto sensu* et/ou de la conciliation<sup>20</sup>.

11. Le premier mérite d'une telle ouverture est d'escamoter le flou terminologique qui entoure la notion de médiation. En outre en prenant le parti d'une conception large de la médiation, l'AUM reste en phase avec son objectif de contribuer au désengorgement des tribunaux. Ce choix évite en effet d'exclure du champ du règlement amiable un nombre important de conflits au motif que, pour leur résolution, les parties n'auraient pas retenu la médiation au sens strict.

### **b. La med-arb**

12. Si la différence est plutôt tranchée entre arbitrage et médiation, les interactions ne sont pas impossibles. Aujourd'hui, un nombre croissant d'institutions<sup>21</sup> proposent, à côté de l'arbitrage et la médiation classiques, des montages combinant les deux, souvent avec le même tiers. On parle

---

*l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, *op. cit.*, p. 288 ; C. GINESTET, « Médiation et notions voisines », *op. cit.*, p. 20. et I. VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *Jada*, n° 1, 2011, p. 8.

<sup>15</sup> V. J. VINCENT, S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *La justice et ses institutions*, Paris, France, Dalloz, 1991 ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris, France, Dalloz, 2007, p. 421, « Médiation ». Les auteurs de ce dictionnaire ont depuis révisé la définition pour s'aligner sur la thèse dissociatrice (v. J.-L. ALBERT, D. BAILLEUX et L. D'AVOUT, *Lexique des termes juridiques*, Paris, France, Dalloz, 2017, p. 719, « Médiation »).

<sup>16</sup> En France, archétype du modèle civiliste, la loi réserve ainsi, depuis 2015, à la médiation et la conciliation conventionnelles une seule et même définition (v. C. pr. civ., art. 1530), quoique celles-ci conservent des régimes juridiques différents. Des auteurs comme Michèle Guillaume HOFNUNG s'opposent farouchement à cette évolution.

<sup>17</sup> Ainsi, en 2018, l'institution a substitué à sa Loi type sur la conciliation commerciale internationale une Loi type sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation, tout en maintenant pour la médiation la définition initialement attribuée à la conciliation.

<sup>18</sup> AUM, art. 1.a. Dans le même registre, ce tiers reste « médiateur », quelle que soit son appellation ou sa profession (v. AUM, art. 1.b).

<sup>19</sup> Par l'effet de son article 2, l'AUM exclut toutefois de son champ la conciliation judiciaire lorsque celle-ci est menée par le juge lui-même, tel que le droit français l'admet (v. C. pr. civ. français, art. 21 et 127 et s.).

<sup>20</sup> V. C. GINESTET, « Médiation et notions voisines », *op. cit.*, p. 20.

<sup>21</sup> C'est le cas du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, de l'Institut de médiation de la Chambre de commerce de Stockholm ou encore du Centre de médiation de Singapour.

ainsi d' *arb-med* (arbitrage-médiation) ou de *med-arb* (médiation-arbitrage), selon que l'une ou l'autre des procédures précède dans la construction. Dans l'*arb-med*, la procédure d'arbitrage est suspendue pour laisser place à la médiation. Dans le cas où la sentence arbitrale est rendue avant la suspension de la procédure, cette décision reste secrète jusqu'à l'issue de la procédure de médiation ; lorsque celle-ci est concluante, la sentence reste inconnue ; dans l'hypothèse contraire, elle est révélée et s'impose aux parties<sup>22</sup>. La *med-arb* est donc un *arb-med* inversé. Le tiers est d'abord médiateur et devient arbitre en cas d'échec de la médiation pour tout ou partie du litige<sup>23</sup> ; les deux procédures peuvent toutefois se succéder avec deux tiers différents dans les rôles respectifs de médiateur et d'arbitre<sup>24</sup>. C'est la *med-arb* ordinaire, diachronique<sup>25</sup>. Une autre modalité de la *med-arb*, dite simultanée ou synchronique<sup>26</sup>, consiste à mener les deux procédures de façon concomitante, les rôles de médiateur et d'arbitre étant assurés par des personnes différentes<sup>27</sup>.

13. Dans le cadre de l'OHADA, le législateur admet la *med-arb*<sup>28</sup>. La preuve en est logée à l'article 14 de l'AUM, traitant des « incompatibilités » dans les termes suivants : « **sauf convention contraire des parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation ...** » (souligné par nous). Ainsi – à titre d'exception - dans une même affaire, les parties à un conflit en zone OHADA peuvent, d'un commun accord, habiliter le tiers qu'elles sollicitent à faire office de médiateur puis d'arbitre. La juxtaposition des deux mécanismes est également autorisée par l'AUM sous la forme de *med-arb* simultanée, comme il ressort de l'article 16 *in fine* qui se prononce sur l'hypothèse où « l'accord issu d'une médiation intervient alors qu'une procédure arbitrale est en cours ». L'on déduit de ce fragment de texte que les parties disposent de la possibilité d'engager parallèlement deux procédures distinctes de médiation (ou conciliation) et d'arbitrage.
14. Certes, à l'instar de l'*arb-med* - expressément exclu du champ d'application de l'AUM – la *med-arb* ne fait pas l'unanimité. Cette technique hybride soulève des objections quant à trois principes

<sup>22</sup> V. L. JAEGER et C. LACHMANN, « Interactions entre médiation et arbitrage », *Jada*, n° 1, 2011, p. 20.

<sup>23</sup> T. CLAY, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », *D.*, 2004, p. 3180.

<sup>24</sup> C'est ce que prévoit le Règlement *med-arb* du Centre de Médiation de Singapour (v. Règlement de *med-arb* du Singapour Mediation Centre, article 11).

<sup>25</sup> L. CADIEU et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) propose un tel mécanisme (v. CENTRE DE MEDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS, *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, CMAP, 2006, p. 67).

<sup>28</sup> Pour des avis divergents, v. N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUSA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, *op.cit.*, pp. 295 et 348 et M. GORE, « La médiation : champ d'application et articulation avec d'autres modes de résolution des conflits », *LEDAF*, mai 2018, p. 3. La position adoptée ici diffère de ces avis en ce qu'ils suggèrent, principalement en référence à l'article 2 du texte uniforme, que celui-ci prohibe toute forme de mixage entre médiation et arbitrage. L'article 2 exclut du champ d'application de l'AUM l'hypothèse où l'arbitre tente une conciliation entre les parties. La disposition aurait pour effet, selon cette ligne, d' « écarter le recours à ce curieux mélange « *med-arb* » venu du droit américain... » (M. GORE, « La médiation : champ d'application et articulation avec d'autres modes de résolution des conflits », *loc. cit.*). Or, lorsqu'un arbitre s'engage, à la demande des parties, dans la recherche d'une solution négociée consécutivement à la procédure arbitrale, il agit précisément en vertu d'une convention d' « arbitrage-médiation » et non de « médiation-arbitrage » (sur la nuance entre les deux procédés, v. *supra*, n° 12). Ainsi, comme exposé dans le présent article, de tous les procédés mixtes présentés, il semble que ce n'est que l'*arb-med* que l'AUM écarte de son domaine.

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

considérés dans leur interaction : la confidentialité de la procédure, le caractère contradictoire de l'arbitrage et l'impartialité du tiers<sup>29</sup>. Toutefois, à l'analyse, ces inquiétudes ne pourraient se justifier éventuellement que dans l'hypothèse où la procédure est entièrement confiée à un même tiers, à l'exclusion des cas de *med-arb* simultanée ou de *med-arb* ordinaire avec deux tiers différents. Les difficultés sont systématiquement levées lorsque les parties optent pour l'un de ces derniers schémas. Elles se garantissent alors le gain de temps que permet une telle procédure<sup>30</sup>. De même, elles sont assurées de trouver une solution à leur différend quoiqu'il arrive, que celle-ci soit amiable – lorsque la médiation est concluante – ou imposée – quand la médiation échoue et qu'intervient une sentence arbitrale<sup>31</sup>.

### **2. L'applicabilité aux différends de toute nature**

15. Dans la mesure où l'OHADA se voue à la régulation du milieu des affaires, c'est un truisme d'affirmer que son droit regarde au premier chef la médiation commerciale (a). La question qui pourrait se poser est celle de savoir si l'AUM n'est appelé à s'appliquer qu'aux litiges commerciaux. Le texte n'opère aucune restriction de nature à permettre une réponse affirmative à cette interrogation. Il se borne à indiquer qu'il s'applique à la « médiation ». Ici, l'adage *ubi lex non distinguit* doit trouver à s'appliquer. Ainsi, l'Acte uniforme devrait pouvoir servir également de fondement pour la résolution des différends nés dans des domaines autres que celui des affaires<sup>32</sup> (b).

#### **a. La médiation commerciale**

16. Simplement présentée, la médiation commerciale tend à résoudre des « *conflits de nature commerciale entre commerçants ou entre un commerçant et un non commerçant* »<sup>33</sup>. Au sein de l'OHADA, les opérations concernées incluent évidemment celles qui présentent le critère de commercialité au sens de l'article 3 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG). Cependant, aux fins de l'application de l'AUM, la commercialité ne semble pas devoir être réduite au seul domaine délimité par l'AUDCG, notamment parce que le législateur a tenu à souligner que les Etats pouvaient être également parties à une procédure de médiation. Cette

---

<sup>29</sup> V. à ce propos L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, pp. 71-72 et 124 ; M. GORE, « La médiation : champ d'application et articulation avec d'autres modes de résolution des conflits », *op. cit.*, p. 3 ; N. BAKAM, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA : vers une nouvelle avancée ? », *Les Cahiers de l'Arbitrage (The Paris Journal of International Arbitration)*, décembre 2017, vol. 2017, n° 3, p. 506.

<sup>30</sup> En effet, dans l'hypothèse d'un échec de la médiation, le tiers tranchera le litige, en droit ou en amiable composition, sans que ne soient requis les exposés et les communications de pièces auxquels les parties auraient dû autrement se plier.

<sup>31</sup> L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 71. et N. BAKAM, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 505.

<sup>32</sup> V., pour un avis similaire, N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, *op.cit*, p. 291 ; v. aussi Y-S. KOÏTA, *L'Acte uniforme relatif à la médiation : réflexions prospectives à partir de la pratique et du droit français*, *op.cit*, p. 60.

<sup>33</sup> P.-Y. MONETTE, « De la médiation comme mode de résolution des conflits et ses différentes applications », *Administration publique*, n° 99/1, 2000, p. 64.

précision n'est pas anodine et permet de couvrir notamment les litiges liés aux investissements. Une telle option ne peut être que pertinente à l'heure où le recours à la médiation est de plus en plus fréquemment prévu dans les contrats et traités d'investissement. Il est révélateur à ce propos que même le CIRDI<sup>34</sup> soit sur le point d'adopter un Règlement de médiation dédié aux différends investisseur-Etat.

17. Dans ce cadre juridique uniformisé et généreux, l'on ne peut promettre la médiation commerciale qu'à un avenir radieux. Il est à remarquer qu'avant même l'adoption de l'AUM, la médiation avait déjà, dans certains Etats membres de l'OHADA où elle était pratiquée, la préférence des entreprises par rapport à l'arbitrage qui, lui, fait pourtant l'objet d'une réglementation communautaire depuis 1999<sup>35</sup>.

#### **b. Les autres domaines couverts**

18. Bien qu'émanant d'une organisation dédiée au droit des affaires, l'AUM ne limite pas son champ d'application aux différends nés de relations commerciales. Il s'ouvre à tout type de conflit, civil ou autre, les seules restrictions étant d'ordre procédural<sup>36</sup>. Il est permis d'y voir un de ces actes uniformes qui font en quelque sorte sortir l'OHADA de son lit<sup>37</sup>. Cette extension semble traduire un choix bien conscient des décideurs de l'OHADA, l'idée d'instituer et d'ouvrir la médiation à tous les domaines étant présente de longue date<sup>38</sup>.

19. A titre indicatif, le domaine de la famille semble particulièrement favorable à la médiation, eu égard aux particularités de la région. Certains différends d'ordre familial y constituent probablement le type de conflit le plus fréquent : disputes entre époux ou entre coépouses, querelles de succession, etc. Ils sont souvent soumis à la médiation familiale traditionnelle. Au Niger, par exemple, des études ont montré le rôle considérable joué par les autorités coutumières en matière de litiges relatifs à la famille<sup>39</sup>. Cependant L'AUM ne pourrait s'appliquer à une procédure de divorce, qui l'exclue d'office en son article 2<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

<sup>35</sup> Les dernières statistiques publiées par le CAMC-O établissent, par exemple, que ce Centre a reçu 250 demandes de médiation contre 170 requêtes d'arbitrage (Données statistiques du 01/01/2007 au 31/12/2016 sur le site Internet du CAMC-O : [www.camcof.com/Données-statistiques-du-01-01-2007,210](http://www.camcof.com/Données-statistiques-du-01-01-2007,210), consulté le 20 avril 2019).

<sup>36</sup> V. *infra*, n° 21 et s.

<sup>37</sup> Cela ne s'oppose pour autant ni à la lettre ni à l'esprit du Traité fondateur de l'Organisation.

<sup>38</sup> V. à ce propos les suggestions émises par le Professeur Dorothé SOSSA, Secrétaire permanent de l'Organisation communautaire à la date d'adoption de l'AUM, lors du colloque dédié à la sécurité et la justice en Afrique en 2009 (D. SOSSA, « Le système judiciaire en Afrique francophone », in *La réforme des systèmes de sécurité et de justice en Afrique francophone*, *op. cit.*, p. 132).

<sup>39</sup> V. B. HASSANE, « Le divorce en droit nigérien : réflexions pour une réforme », in *Actes du forum universitaire régional : Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone*, Université de Ouagadougou, Institut Danois des Droits de l'Homme, 25 février 2008, p. 128.

<sup>40</sup> Article 2 de L'AUM dispose que « Le présent Acte Uniforme s'applique à la médiation. Toutefois, il ne s'applique pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties. »

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

20. Un autre secteur qui revêt un intérêt considérable dans les pays africains en général et ceux de l'espace OHADA en particulier, est celui du foncier. La terre y présente une importante valeur symbolique en plus de sa valeur patrimoniale ou économique<sup>41</sup>. Les conflits dans ce domaine sont souvent d'une violence inouïe, engendrant parfois des conséquences extrêmes. Les secteurs de l'agriculture et de l'élevage présentent des caractéristiques similaires<sup>42</sup>, constituant le poumon de la plupart des économies concernées. Ici comme là, la médiation « ohadienne » trouve des terrains, parmi de nombreux autres, où s'exercer. En définitive, l'extension du champ conceptuel et matériel de cette médiation tend manifestement à couvrir le plus de cas de figure possible. Dès lors, la restriction, dans le même temps, de son domaine processuel peut paraître paradoxale.

### **B- UN CHAMP PROCESSUEL RESTRICTIF**

21. La médiation peut être conventionnelle ou judiciaire. La médiation conventionnelle, celle mise en œuvre par les parties, est admise par l'AUM. Quant à la médiation judiciaire, une clarification s'impose à son sujet. L'analyse de l'AUM montre en effet que le texte envisage deux modalités de médiations judiciaires. D'une part, l'on distingue la médiation qui est mise en œuvre sur invitation d'une juridiction étatique : c'est elle que l'AUM identifie comme médiation judiciaire ; mais le souci de précision et de nuancement autorise à la qualifier de médiation judiciaire déléguée, cela dans la mesure où l'idée, dans ce type de procédure, consiste pour le juge, à l'occasion d'une instance judiciaire qu'il suspend, à transférer son pouvoir de médiation à une tierce personne. Cette forme de médiation est validée mais insuffisamment prise en compte en droit OHADA (2). D'autre part, apparaît ce qu'il convient de nommer la médiation purement judiciaire ou médiation directe. Il s'agit de celle qui serait entièrement conduite par le juge lui-même à la faveur d'une procédure judiciaire. Le droit OHADA exclut cette forme de médiation de son champ d'application (1). Ces choix soulèvent des interrogations.

#### **1. L'exclusion de la médiation purement judiciaire**

22. La mise à l'écart de la médiation judiciaire directe résulte de l'article 2 de l'AUM. L'on peut s'interroger à son sujet dès lors que, comme exposé jusque-là, l'esprit ayant guidé les rédacteurs de l'AUM semble tendre plutôt vers l'ouverture. Quels pourraient être les motifs de cette exclusion ?

23. A l'instar de nombreuses autres dispositions de l'AUM, l'article 2 s'inspire de toute évidence de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, précisément de son article

---

<sup>41</sup> B. HASSANE, « Autorités coutumières et régulation des conflits en Afrique de l'Ouest francophone : entre l'informel et le formel », *op. cit.*, p. 171.

<sup>42</sup> Les conflits entre agriculteurs et éleveurs sont récurrents dans la zone.

1er, point 9.a<sup>43</sup>. Dans ses commentaires sous cette disposition, la CNUDCI expose que sa loi type s'applique tout de même à la médiation judiciaire directe si les parties en conviennent ainsi<sup>44</sup>. Cette précision prouve que la règle ainsi transposée en droit OHADA ne se voulait pas absolue à l'origine. En tout état de cause, il appartenait évidemment aux Etats ou organisations qui intégraient la Loi type à leur arsenal juridique de retenir cette règle d'exclusion ou non. En fait, à travers cette disposition, la CNUDCI entendait « éviter toute immixtion malvenue dans le droit procédural existant [des Etats] »<sup>45</sup>. Tel n'est pas la vocation de cette organisation. Or l'OHADA quant à elle, est précisément vouée à l'harmonisation du droit des affaires de ses Etats membres, y compris en ses aspects procéduraux. La réserve ne pourrait ainsi se justifier par un quelconque risque d'immixtion, puisque la possibilité d'une telle interférence a été acceptée par chaque Etat membre par le seul fait de son adhésion à l'organisation communautaire. De plus, cela n'eût point été inédit dans la mesure où le Traité fondateur comme les Actes uniformes<sup>46</sup> de l'OHADA imbibent déjà considérablement le droit processuel des Etats concernés. La manifestation la plus éloquente de ce renoncement aux nationalismes judiciaires et procéduraux ne réside-t-elle pas dans l'institution d'une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) impliquant la mutualisation du contrôle des activités des tribunaux internes en matière de droit des affaires ?

24. Ainsi, en ce qui concerne la médiation, dès lors que les Etats parties ont accepté de fusionner leurs législations, il eût fallu donner à cette volonté tous ses effets. C'est à ce prix que la finalité de l'harmonisation eût été pleinement satisfaite. Une harmonisation intégrale eût été assurément préférable. Or le droit OHADA de la médiation est désormais appelé à coexister éventuellement avec des textes de droit interne régissant la médiation purement judiciaire ou conciliation judiciaire, pour employer l'appellation la plus commune. Il faut bien souligner que la conciliation judiciaire est une procédure existant dans la législation interne de certains Etats membres et que le droit OHADA lui-même la prévoit dans certaines matières<sup>47</sup>. Dès l'instant où il a pris le parti d'assimiler la conciliation à la médiation, le législateur de l'OHADA tenait l'occasion de consacrer et de vulgariser le recours à la médiation/conciliation dans l'office du juge. Cette opportunité n'aura pas été saisie.

## **2. Une consécration inaboutie de la médiation judiciaire déléguée**

25. La médiation judiciaire déléguée occupe une place très secondaire dans le texte de l'AUM. Seuls de rares alinéas sont spécifiquement consacrés à quelques-uns de ses aspects<sup>48</sup>. Les autres aspects

---

<sup>43</sup> Cette disposition se lit comme il suit : « La présente Loi ne s'applique pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement ».

<sup>44</sup> Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation, 2002, p. 23.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement de créances et aux voies d'exécution (AUPSRVE) ; Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), etc.

<sup>47</sup> V. ainsi AUPSRVE, art. 12.

<sup>48</sup> V. art. 4, al 3, art. 12 *in fine*, art. 13, al. 2 et 3.

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

sont couverts par le silence de la loi uniforme allant du début à la fin de la procédure de médiation judiciaire déléguée (a), en passant par son déroulement (b).

### **a. Du début et de la fin de la procédure**

26. L'AUM prévoit que le juge (ou l'arbitre) peut, avec l'accord des parties, suspendre l'instance et ordonner une médiation<sup>49</sup>. Mais le texte est quasiment muet sur le contenu de la décision prise à cet effet, se bornant à indiquer que celle-ci fixe le délai de suspension de la procédure judiciaire en cours. Il n'est notamment pas précisé si cette décision désigne le médiateur et cela pourrait favoriser un doute dans la mesure où dans le texte, la désignation du médiateur n'est envisagée que de la part des parties<sup>50</sup>. Il semble cependant plus plausible de considérer que cette dernière disposition est réservée aux situations de médiation conventionnelle. La solution de la désignation du médiateur par le juge paraît naturelle dans le cadre d'une médiation judiciaire déléguée dont l'esprit est justement que le juge cède son rôle de médiateur à un tiers. L'AUM ne précisant pas non plus les critères de désignation du médiateur par le juge, il conviendrait sans doute de se contenter et d'appliquer les brèves indications fournies à cet effet pour la médiation conventionnelle. En droit comparé<sup>51</sup>, mais aussi dans l'ancien droit de la médiation des Etats membres de l'OHADA qui en disposaient avant l'harmonisation, la décision ordonnant une médiation, qui peut intervenir en tout état de la procédure, y compris en référé, doit en outre mentionner l'accord des parties, la durée initiale de la mission du médiateur et fixer le montant de la provision à valoir sur la rémunération de ce dernier. Le droit « ohadien » ne fournit aucune précision de cette nature.
27. Ce vide se constate également à propos de la fin de la procédure. Il ressort des deux derniers alinéas de l'article 12 de l'AUM qu'à l'issue de la procédure de médiation, selon que les parties soient parvenues à un accord ou non, le juge (ou l'arbitre) constate ledit accord ou poursuit l'instance. Cependant, la manière dont le juge prend connaissance de l'échec ou de la réussite de la médiation n'est pas précisée. Le médiateur est-il tenu d'informer le magistrat de l'issue de la procédure ? Cela va de soi quoique le texte ne le prévoie pas expressément. Mais par quel moyen et sous quelle forme le fait-il ? Il eût été souhaitable que ces précisions soient fournies. Les causes qui mettent fin à la procédure de médiation, énumérées à l'article 12, semblent plutôt avoir été pensées par le législateur pour la médiation conventionnelle. Notamment, le premier cas envisagé est celui de « *la conclusion d'un accord écrit issu de la médiation signé par les parties et, si celles-ci en font la demande, par le médiateur* » (AUM, art. 12, al 1.a). Le fait que la possibilité d'une

---

<sup>49</sup> V. AUM, art. 4, al. 3.

<sup>50</sup> V. AUM, art. 5, « Nombre et désignation des parties ».

<sup>51</sup> V., par exemple, C. pr. civ. français, art. 131-6.

signature de l'accord par le médiateur soit soumise à la requête des parties indique clairement que l'hypothèse n'est pas celle de la médiation judiciaire déléguée.

**b. Du déroulement de la procédure**

28. L'AUM ne se veut pas plus informatif sur le déroulement de la procédure de médiation judiciaire déléguée que sur ses phases initiale et finale. Or l'articulation de la médiation avec l'instance judiciaire se présente d'une manière qui amène le juge à assurer le contrôle de la mesure qu'il a lui-même ordonnée : la médiation se déroule sous son égide. Dès lors, quelle est la nature des interactions entre juge et médiateur ? Quels sont les pouvoirs du juge durant la période de médiation ? Qu'en est-il de ceux du médiateur ? Ce dernier peut-il voir sa mission être abrégée par le juge ? Pour quels motifs ? L'AUM ne résout aucune de ces questions.
29. Cette prise en compte insuffisante de la médiation judiciaire déléguée comme l'exclusion de la médiation judiciaire directe fragilisent l'œuvre du législateur « ohadien ». Sur les questions laissées sans réponses par celui-ci, il faut donc s'attendre, au mieux, à la persistance voire à l'accentuation des différences de législations – et partant de l'insécurité judiciaire tant redoutée - et au pire, à un vide juridique non souhaitable au sein des Etats-parties. L'ambivalence ainsi constatée quant à la délimitation du concept de médiation s'observe également au sujet de l'accord de médiation.

**II- L'ACCORD DE MEDIATION ENTRE PRAGMATISME ET INDETERMINATIONS**

30. Dans sa quête d'efficacité, le législateur de l'OHADA opère des choix pragmatiques, tout particulièrement en ce qui concerne l'exécution de l'accord de médiation, de nature à garantir l'efficacité de celui-ci (A). Contrastent en revanche avec cette quête du résultat d'une part, le manque d'audace affiché par le même législateur à propos de la forme de l'accord de médiation et d'autre part, le silence qu'il observe sur divers aspects de la procédure d'homologation ; autant d'indéterminations synonymes d'obstacles potentiels à l'efficacité de l'accord de médiation (B).

**A- LE PRAGMATISME, GAGE D'EFFICACITE DE L'ACCORD DE MEDIATION**

31. Le droit OHADA accorde un intérêt particulier à la question de l'exécution effective de l'accord de médiation. En est symptomatique, par exemple, le fait que les nécessités de cette exécution fondent, à côté de l'exigence de la loi et de l'accord des parties, une des exceptions admises au

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

principe sacro-saint de la confidentialité des informations fournies par les médiés<sup>52</sup>. L'accord amiable acquis entre les parties doit, autant que faire se peut, trouver à s'appliquer. Pour ce faire, les règles régissant son exécution sont simplifiées de façon considérable. Le législateur « ohadien » n'a souhaité en effet laisser aucune place à la lenteur et autres caprices judiciaires. Il a mis en place un mécanisme qui, ayant déjà le mérite d'uniformiser les pratiques en la matière, se veut en outre pragmatique. Ce système repose d'une part, sur la proposition d'une alternative aux parties désireuses d'obtenir un titre exécutoire (1) et d'autre part, sur l'effacement du rôle du juge dans la procédure d'homologation (2).

### **1. La diversification des voies d'obtention du titre exécutoire**

- 32.** Classiquement, c'est en recourant au juge que les auteurs d'un accord de médiation peuvent lui donner un caractère exécutoire. Ainsi, en application de l'article 16, al. 2 de l'AUM, les parties ont la possibilité, conjointement ou seules, de soumettre leur accord à l'homologation (ou à l'*exequatur*<sup>53</sup>) du juge. Les règles régissant la procédure d'homologation sont abordées ci-après<sup>54</sup> et permettent d'apprécier, sous un angle différent, la simplification de l'exécution forcée de l'accord de médiation.
- 33.** A côté de l'option judiciaire, les parties peuvent opter pour la voie notariale en vue de rendre leur accord exécutoire. Ici réside l'innovation. Ainsi, « *à la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures* »<sup>55</sup>. Il est à déplorer que le texte n'autorise pas en la matière l'initiative individuelle de la partie la plus diligente. L'on aurait pu songer que l'exigence d'une demande commune des parties traduisît la volonté du législateur de prolonger le caractère amiable du processus à la phase de l'exécution. L'idée n'est toutefois pas viable dans la mesure où en matière d'homologation, la requête individuelle est bien admise. Son exclusion dans la procédure notariale s'accorde difficilement avec l'objectif escompté qui est manifestement de faciliter autant que possible l'acquisition du titre exécutoire. Pour autant, le principe en lui-même participe de cette dynamique par la diversification des mécanismes d'exécution forcée. Il s'agit d'offrir une alternative à une procédure d'homologation qui, en dépit des mesures adoptées<sup>56</sup>, continuerait à se prolonger déraisonnablement dans un Etat partie ou un autre. Aussi le système mis en place est-il salué comme étant quasi-inédit et d'une modernité indéniable<sup>57</sup> ou encore comme étant « *original et sans aucun doute meilleur que celui de nombreux Etats dont la France tant l'exécution forcée de*

---

<sup>52</sup> V. AUM, art. 10.

<sup>53</sup> Du point de vue de la pureté du langage juridique, l'usage de ce terme à propos de l'accord de médiation peut surprendre, dans la mesure où il concerne généralement les décisions (décisions de justice étrangères ou sentences arbitrales). Cependant, tout ce qui est dit dans la suite de cet article à propos de l'homologation est valable pour l'*exequatur* évoqué par l'AUM.

<sup>54</sup> V. *infra*, n° 34 et s.

<sup>55</sup> AUM, art. 16, al. 2.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> C. GINESTET, « Médiation et notions voisines », *op. cit.*, p. 21.

*l'accord de médiation est facilitée et accélérée* »<sup>58</sup>. Si, malgré tout, les parties optent pour l'homologation, le droit « ohadien » leur garantit une procédure sans encombre.

## **2. L'effacement de l'office du juge dans la procédure d'homologation**

- 34.** Il est impossible d'imaginer une procédure d'homologation sans intervention du juge. Cependant, l'AUM, dans sa quête d'efficacité et de célérité, consacre un recul important de ce magistrat en la matière, ainsi que le remarque Laurent POSOCCO<sup>59</sup>. Cela se constate tout d'abord à travers la manière dont le texte relativise ses pouvoirs : le juge, à qui il est défendu de modifier les termes du contrat, « *se borne à vérifier l'authenticité de l'accord de médiation* »<sup>60</sup> avant d'accorder l'homologation. Il ne peut refuser celle-ci qu'en cas de contrariété à l'ordre public de l'accord.
- 35.** En outre, les délais accordés par la loi uniforme au juge sont extrêmement réduits. Il « *fait droit à la demande dans un délai maximum de quinze (15) jours ouvrables à compter du dépôt de la demande* »<sup>61</sup>. Qu'arrive-t-il si le magistrat ne se conforme pas à ce délai ? Le texte prévoit, en pareille occurrence, que l'accord bénéficie automatiquement de l'homologation. La partie la plus diligente saisit alors le greffier en chef de la juridiction compétente qui appose la formule exécutoire. Ce mécanisme d'homologation automatique souligne particulièrement le pragmatisme dont ont fait preuve les rédacteurs de l'Acte uniforme. Le législateur « ohadien » entend ainsi accompagner sa nouvelle création d'un dispositif destiné à court-circuiter la léthargie judiciaire ambiante dans l'espace. Malgré tout, il est permis de s'interroger sur la durée de quinze (15) jours retenue : n'est-elle pas excessivement courte ?<sup>62</sup> Si elle est perçue comme telle, il y a fort à parier que le mécanisme rencontrera des résistances de la part des acteurs que sont les juges mais aussi les greffiers en chef placés au centre du dispositif par l'AUM. L'apposition de la formule exécutoire requise pour que l'homologation soit effective pourrait alors constituer, contre l'objectif du législateur, une nouvelle source de dysfonctionnement. Les délais accordés au juge sont également raccourcis lorsque celui-ci est amené, sur pourvoi en cassation, à connaître de la procédure d'homologation. Il se prononce alors dans un délai de six (06) mois et les délais prévus à cet effet par le règlement de procédure de la CCJA sont réduits de moitié.
- 36.** Enfin, les hypothèses dans lesquelles les voies de recours sont ouvertes en matière d'homologation illustrent autrement la volonté du législateur de restreindre l'intervention du juge. Il ressort en effet de la loi uniforme que la décision qui octroie l'homologation de l'accord de médiation est

---

<sup>58</sup> H. KENFACK, « L'état du droit de la médiation en France et dans la zone OHADA », *op.cit.*, spéc. p. 10.

<sup>59</sup> L. POSOCCO, « L'exécution de l'accord de médiation OHADA : principe de faveur », *Lexbase édition Ohada*, avril 2018, n° 10, pp. 63 et s.

<sup>60</sup> AUM, art. 16, al. 4.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Il est évocateur que ce délai, fixé à sept (07) jours par l'Avant-projet d'AUM du 21 avril 2017, ait été allongé à quinze (15).

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

insusceptible de recours<sup>63</sup>. Seules l'homologation automatique obtenue après écoulement du délai légal et la décision refusant l'homologation peuvent être attaquées. Elles ne peuvent cependant faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA. Dans d'autres législations, les recours sont plus généreusement ouverts. Mais l'originalité et le pragmatisme du droit OHADA quant à l'exécution de l'accord de médiation s'accordent mal avec les hésitations du législateur à propos d'autres questions non moins importantes.

### **B- LES INDETERMINATIONS, POTENTIELS FREINS A L'EFFICACITE DE L'ACCORD DE MEDIATION**

37. A certains égards, les dispositions régissant l'accord de médiation se caractérisent par de l'indétermination, au double sens du manque d'audace et de l'incertitude. D'abord, alors que dans l'espace OHADA la conclusion de l'accord de médiation se fait généralement sans recours à l'écrit en pratique, le législateur, qui a pourtant opéré des choix audacieux sur d'autres questions, n'a pas osé donner sa caution au consensualisme, optant pour le formalisme (1). Ensuite, l'AUM laisse planer un vide sur certains sujets d'importance dans le cadre de la procédure d'homologation de l'accord de médiation (2).

#### **1. Le formalisme attaché à la conclusion de l'accord de médiation**

38. Une médiation extrajudiciaire réussie s'inaugure par une convention, la clause de médiation<sup>64</sup> ou la convention de médiation<sup>65</sup>, et se solde par une autre convention, l'accord de médiation ou protocole de médiation. Dans le cadre de l'OHADA, la première peut être, à la guise des parties, écrite ou non. La seconde doit l'être nécessairement ; c'est ce que l'on déduit de l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup> et de l'article 12, alinéa 1.a de l'AUM. Par ces dispositions, les rédacteurs de la loi uniforme ont entendu écarter du champ d'application de celle-ci tout accord intervenant entre les parties, mais qui n'est pas constaté par un écrit. L'écrit est donc bien exigé *ad solemnitatem* et non simplement *ad probationem*.

39. Au premier abord, l'on est séduit par la sagesse qui peut sous-tendre cette discrimination quant à la forme de la convention selon que celle-ci ouvre ou ferme le processus de médiation. Cette morale pourrait prendre les couleurs d'un slogan : entrer aisément dans la médiation, sortir durablement du conflit. Le formalisme appliqué à l'accord de médiation semble en effet tendre, par la facilitation de la preuve, à sécuriser le résultat atteint par le processus.

---

<sup>63</sup> V. AUM, art. 16, al. 7.

<sup>64</sup> C'est celle par laquelle les parties prévoient une résolution amiable de leur différend éventuel, en l'insérant dans le contrat qui les lie.

<sup>65</sup> C'est celle que les parties concluent postérieurement à la survenance du litige, en vue de la résolution amiable de celui-ci.

40. Seulement, une telle précaution présente un intérêt limité dans une zone où « *l'application de l'accord négocié par médiation se fait sans difficulté et spontanément, le contentieux [étant] très rare sur ce point* »<sup>66</sup>. Des chiffres avancés par certains professionnels indiquent en effet que la quasi-totalité des accords sont exécutés volontairement<sup>67</sup>. Un tel constat n'est pas surprenant dans la mesure où, par définition, le processus de médiation est pacifique, l'accord qui le sanctionne, mutuel : chaque partie a intérêt à ce qu'il soit exécuté, contrairement au cas de figure d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale. La législation française, à titre de comparaison, semble avoir tiré les conséquences de cette réalité. En ne donnant aucune précision sur la forme de l'accord de médiation, elle autorise les parties à lui donner la forme qu'elles souhaitent. L'accord peut ainsi être simplement verbal<sup>68</sup>. L'option formaliste adoptée par le législateur de l'OHADA soulève dès lors des interrogations, d'autant plus que sa zone de compétence est dominée par le secteur informel<sup>69</sup>. Il est à craindre que cet impératif n'engendre des frais supplémentaires superflus à la charge des parties - la rédaction convenable de l'accord peut nécessiter le concours de professionnels -, mais aussi une perte de temps et ne contribue ainsi à remettre en cause les principaux aspects qui font l'attrait de la médiation : la modicité des coûts et la célérité du processus. Il est donc à regretter que les rédacteurs de l'AUM ne se soient pas décidés à rompre avec une règle certes antérieurement érigée au sein des Etats parties, aussi bien par les textes législatifs que par les règlements des centres de médiation<sup>70</sup>, mais qui pourrait se révéler contre-productive.

## **2. Les incertitudes liées à la procédure d'homologation de l'accord de médiation**

41. Si l'on a vu qu'elle était simplifiée en raison de l'effacement du rôle du juge, la procédure d'homologation de l'accord de médiation n'en connaît pas moins quelques faiblesses. Le droit OHADA garde en effet le silence d'une part, sur la juridiction compétente pour se prononcer sur une demande d'homologation (a) et d'autre part, sur les voies de contestation de l'accord non homologué (b).

### **a. Le silence quant à la juridiction compétente sur demande d'homologation**

42. L'AUM, en son article 16, alinéa 3, énonce que l'accord de médiation est soumis à l'homologation de la « *juridiction compétente* », sans aucune autre précision. Cette disposition peut poser des difficultés notamment au regard de la détermination de la compétence d'attribution. Vise-t-elle la

---

<sup>66</sup> D. TRICOT, « Propos conclusifs », *Lexbase édition Ohada*, avril 2018, n° 10, p. 72.

<sup>67</sup> I. VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *op.cit.*, p. 9.

<sup>68</sup> M. DOUCHY-OU DOT et J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, p. 34.

<sup>69</sup> P.E. KENFACK, « La notion de médiation chez le législateur OHADA », *op.cit.*, p. 17.

<sup>70</sup> Dont certains exigent, outre la rédaction de l'accord, la signature du tiers médiateur ou conciliateur (v. Règlement du CAMC, art. 13 et Règlement du CAMC-O, art. 14) voire du Secrétaire général du centre (v. Règlement du CACI, art. 9).

## ***La médiation ou le blivet du droit OHADA***

juridiction connaissant, au sein du pays considéré, de la matière sur laquelle a porté la médiation ? Est-il plutôt question de la juridiction chargée de l'application des actes uniformes ? Le texte n'en mentionne pas un mot.

43. L'on sait cependant que cette technique consistant pour le législateur communautaire à se borner à l'usage de l'expression « juridiction compétente », sans autre précision, renferme une invitation à se référer, pour la résolution des questions de compétence, à la législation interne des différents Etats parties, relative à leur organisation judiciaire. La CCJA, se prononçant dans l'affaire *Société Ciments UNIBECO S.A c/ Ibrahim Ahmad YOUNES*, a statué dans ce sens en ces termes : « [s]auf si les Actes uniformes ont eux-mêmes désigné les juridictions compétentes pour statuer sur les différends nés de leur application, la détermination de la « juridiction compétente » relève du droit interne de chaque Etat Partie »<sup>71</sup>. Il appartient dès lors à la législation interne de recevoir cette désignation en la concrétisant<sup>72</sup>, par la précision de la compétence visée, du point de vue matériel et/ou territorial.
44. L'affaire sus-évoquée concernait l'application de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) et témoigne de ce que la question de l'identification de la « juridiction compétente » transcende le seul cadre de l'Acte uniforme relatif à la médiation<sup>73</sup>. Ainsi que le relève Joseph DJOGBENOU, concernant les règles à valeur processuelle en général, le législateur « ohadien » a préféré adopter l'approche de l'harmonisation plutôt que celle de l'uniformisation<sup>74</sup>. L'uniformisation eût consisté, selon cet auteur, à indiquer précisément l'organe juridictionnel appelé à trancher les incidents. Quant à l'harmonisation, elle permet de fixer les principes et à renvoyer, pour la détermination des normes d'application, aux systèmes internes<sup>75</sup>.
45. Pour autant, il est aisé de constater que le législateur consent à déroger à cette façon de disposer chaque fois qu'il le juge opportun ou nécessaire. Ainsi, l'AUPCAP prend le soin d'indiquer que « la conciliation, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière de procédures collectives »<sup>76</sup>. En ce qui concerne la médiation, le besoin d'indiquer le juge compétent au sein des Etats membres en matière d'homologation vient du risque d'un vide juridique sur ce point que fait naître l'avènement de l'AUM. A titre illustratif, en Côte d'Ivoire et au Sénégal, la question était réglée par des lois spéciales<sup>77</sup>. La nouvelle loi uniforme se substituant à ces textes internes, il eût été souhaitable

<sup>71</sup> CCJA, arrêt n° 129/2015, pourvoi n° 090/2012/PC du 13/08/2012.

<sup>72</sup> V. J. DJOGBENOU, « Réflexions sur la juridiction présidentielle en matière d'exécution forcée en droit OHADA », 21 juillet 2010, [En ligne]. <<http://www.dike.fr/spip.php?article131>>. (Consulté le 19 avril 2019).

<sup>73</sup> V. également, entre autres, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), en son article 4.3 et l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE); en son article 39.

<sup>74</sup> J. DJOGBENOU, « Réflexions sur la juridiction présidentielle en matière d'exécution forcée en droit OHADA », *op. cit.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Art. 3. V. également, entre autres, AUPSRVE, art. 49 al. 1er et AUDCG, art. 132.

<sup>77</sup> V. respectivement Loi ivoirienne n° 2014-389 du 20 juin 2014 sur la médiation judiciaire et conventionnelle, art. 36 et Décret sénégalais n° 2014- 1653 du 24 décembre 2014 relatif à la médiation et à la conciliation, art. 29.

qu'elle prenne le relais également sur la détermination de la qualité du juge homologateur. Plus concrètement, il eût été sans doute approprié de désigner « *le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* », comme le faisaient les textes sénégalais.

**b. Le silence quant aux modalités de contestation de l'accord non homologué**

46. Il ressort de l'article 16 de l'AUM qu'au terme de la procédure d'homologation devant le juge interne, un recours devant la CCJA est possible dans deux cas. Le premier est celui dans lequel, à l'expiration du délai de quinze jours après l'introduction de sa demande d'homologation, le requérant a bénéficié automatiquement de l'homologation conformément à l'alinéa 6 de l'article 16 ; la partie adverse est alors admise à saisir la CCJA d'un recours contre l'acte d'homologation automatique. Les modalités de cette saisine sont précisées par le texte : elle est opérée lorsque le défendeur « *estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public* » et cela « *dans les quinze (15) jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire* »<sup>78</sup>. Aucune précision de cette nature n'est fournie quant à la seconde hypothèse. C'est celle dans laquelle le requérant, par un pourvoi devant la CCJA, conteste la décision refusant l'homologation de l'accord, en vertu de l'alinéa 7 de l'article 16. Les modalités d'un tel recours restent donc inconnues. Cette imprécision, qui ouvre la porte à des interprétations controversées, risque de créer des difficultés dans la mise en œuvre de cette voie de recours.
47. Toutes ces insuffisances liées à la procédure d'homologation comme à la formation de l'accord de médiation contrastent avec les dispositions résolument innovantes instituées par le législateur en vue d'assurer à l'accord de médiation toute son efficacité dans l'espace OHADA.

**CONCLUSION**

48. L'Acte uniforme relatif à la médiation naît dans un environnement qui lui est doublement favorable, par conjoncture et par nature. Conjoncturellement, l'Afrique, prise singulièrement en ses Etats membres de l'OHADA, a mal à sa justice. Celle-ci, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale<sup>79</sup>, est minée par des problèmes si nombreux et profonds que leur résolution inclut le recours à des méthodes de rechange, en l'occurrence la médiation. Par nature et de tradition, la région connaît la médiation. Il existe en outre une volonté tant politique que citoyenne d'accorder une place de choix à l'institution. Cette volonté se perçoit dans la préexistence à l'AUM de textes législatifs internes adoptés progressivement par les Etats ainsi que de centres d'arbitrage et de médiation créés essentiellement à l'initiative du secteur privé. Tous ces facteurs favorables à la nouvelle création de l'OHADA laissent croire qu'elle connaîtra une certaine attractivité. Le cadre juridique qui la consacre participe également, par les qualités qu'il présente, à renforcer cet optimisme.

---

<sup>78</sup> V. AUM, art. 16, al. 6.

<sup>79</sup> Si la justice arbitrale représentait initialement une solution rapide et efficace appliquée par un tiers expert, elle s'est peu à peu corrompue dans la zone pour présenter – certes dans une moindre mesure - certaines des tares associées à la justice étatique qu'elle était censée secourir. En cela, la médiation apparaît comme une alternative à l'alternative.

## *La médiation ou le blivet du droit OHADA*

Souple, il ouvre en effet le champ de la médiation aux pratiques voisines, à tous les domaines et à tout type de personne, tout en facilitant l'exécution de l'accord éventuellement atteint par les parties. Toutefois, ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater qu'en même temps, le droit OHADA entretient une tendance à la restriction sur les formes de médiation admises ou encore affiche, à divers points de vue, une certaine fébrilité quant à la question de l'accord de médiation. Tout ceci aboutit à de regrettables ambiguïtés.

49. Comme une œuvre d'art, le droit « ohadien » de la médiation est original. Comme un blivet, il est indéniablement séduisant, sublime. Mais comme le blivet, il laisse un goût d'inachevé qui empêche de valider l'intégralité de l'œuvre du point de vue de la logique et de la rigueur.
50. La présente réflexion limiterait toutefois son intérêt si elle devait se réduire à la simple chronique d'une symphonie inaboutie, sans en souligner l'enjeu. Les insuffisances du droit examiné - en particulier les omissions - soulèvent en effet une question existentielle : celle de l'articulation, à la lumière de l'article 10 du Traité OHADA<sup>80</sup>, de l'AUM avec les lois nationales relatives à la médiation, antérieures ou postérieures à la loi uniforme. Plus précisément, ces dispositions internes, en ce qu'elles ne sont pas contraires à l'AUM, peuvent-elles lui subsister à l'effet d'en combler les lacunes ? Il paraît indiqué de rechercher la réponse dans la jurisprudence de la CCJA concernant l'application de l'AUA. La Haute juridiction communautaire décide que la lecture de l'article 10 du Traité doit, en ce qui concerne l'arbitrage, être complétée par l'article 35, alinéa 1 de l'AUA selon lequel cet Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties. Ainsi, l'AUA se substitue et abroge toutes les normes de droit interne relatives à l'arbitrage<sup>81</sup>. Il s'agit donc d'une suppression totale ou presque<sup>82</sup> des dispositions nationales antérieures ou postérieures, contraires ou non contraires à l'AUA. A priori, il n'existe pas de raison justifiant que la solution soit différente en ce qui concerne l'AUM qui comporte aussi, en son article 17, une disposition similaire à celle de l'article 35, alinéa 1 de l'AUA. Une telle solution aboutirait donc à la substitution complète de l'AUM aux législations nationales en matière de médiation. Autrement dit, le vide juridique constaté sur les questions laissées en souffrance par l'AUM - dont certaines sont d'importance majeure - est appelé à perdurer au moins jusqu'à ce que les tribunaux aient l'occasion de s'en saisir. Tout projet de réforme étant en effet irréaliste dans l'immédiat, la correction, plus généralement, des imperfections de la nouvelle législation commune tiendra, du moins en partie, à cette activité prétorienne à venir. La CCJA sera alors particulièrement attendue, dans les limites de sa compétence en matière contentieuse et

---

<sup>80</sup> Cet article se lit comme il suit : « [l]es actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

<sup>81</sup> CCJA, 3<sup>ème</sup> ch., arrêt n° 062/2012, 07/06/2012 ; Sté Constructions Métalliques Ivoiriennes dite CMI c./ Fraternité Jean Eudes d'Abatta. V. commentaires sous article 10 du Traité par M.J.V. KODO *et al.*, *OHADA: code pratique : traité, actes uniformes et règlements annotés*, Levallois, France, Editions Francis Lefebvre, 2016, pp. 21-22.

<sup>82</sup> Les juges de la CCJA concèdent que les dispositions relatives à l'arbitrage institutionnel non contraires à l'AUA puissent lui survivre (*ibid.*).

***Yacouba-Sylla KOÏTA***

consultative ; elle devra progressivement colmater les brèches, corriger les malfaçons de l'œuvre et contribuer ainsi à lui restituer son intégrité.

Yacouba-Sylla KOÏTA,  
Doctorant, CDPC Jean-Claude Escarras,  
Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon.



**PMA-OHADA 2019**