

**CERCLE HORIZON
CLUB OHADA ORLEANS**

&

NORTON ROSE

**LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DE CONFLITS
(MARC) EN OHADA**

17 et 18 mars 2009

APPROCHE CULTURELLE DES ADR EN OHADA

*Thème introduit par Amadou DIENG
Docteur en droit, Avocat au Barreau de Paris
CABINET CIMADEVILLA*

C A B I N E T C I M A D E V I L L A

A v o c a t s à l a C o u r
104, Avenue Raymond Poincaré
75116 PARIS

Téléphone : 01 45 00 24 19

Télécopie : 01 45 00 33 48

Cimadevilla@wanadoo.fr

APPROCHE CULTURELLE DES ADR EN OHADA

Amadou DIENG
Docteur en Droit
Avocat au Barreau de Paris
CABINET CIMADEVILLA

AVANT PROPOS

INTRODUCTION

1. LES MARC DANS LES CULTURES ET CIVILISATIONS AFRICAINES

1.1. Les fondements culturels des MARC dans l'espace OHADA

1.1.1. La recherche de la paix et de l'harmonie : un objectif ultime dans les sociétés traditionnelles africaines.

1.1.2. Les mécanismes de résolution des conflits dans les sociétés traditionnelles de l'Afrique noire.

1.1.2.1. Les «faiseurs de paix» : plénipotentiaires, négociateurs et médiateurs.

1.1.2.2. La « *palabre* », cadre privilégié de résolution des conflits

1.2. Les fondements religieux des MARC dans l'espace OHADA : l'exemple de l'Islam

1.2.1. La médiation (*Wassatah*)

1.2.2. La conciliation (*Sulh*)

1.2.3. L'arbitrage par conciliation

2. LES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN OHADA

2.1. Le recours aux modes amiables par le biais de l'arbitrage

2.1.1. L'arbitre amiable compositeur

2.1.2. La transaction, une des modalités de cessation de l'instance arbitrale.

2.1.3. La sentence d'accord parties.

2.2. Le recours aux modes amiables à travers la médiation ou la conciliation judiciaire

2.3. Le recours aux modes amiables dans le cadre de la conciliation ou de la médiation conventionnelle

3. VERS UNE MEILLEURE ARTICULATION ENTRE MARC ET PROCEDURES JUDICIAIRES EN OHADA

3.1. Les expériences africaines hors OHADA

3.2. La directive européenne portant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : une source d'inspiration pour l'OHADA ?

3.2.1. De quelques dispositions pertinentes de la directive

3.2.2. Des dispositions de la directive pouvant être transposées dans le cadre de l'OHADA

CONCLUSION

NOTES

APPROCHE CULTURELLE DES ADR EN OHADA

AVANT PROPOS

Le thème qu'il nous a été demandé de traiter est intitulé « Approche culturelle des ADR en OHADA. »

Le mot approche, selon le dictionnaire le Nouveau petit Robert, est la manière d'aborder un sujet de connaissance quant au point de vue et à la méthode utilisée.

L'adjectif culturel, selon le même dictionnaire, signifie ce qui est relatif à la culture, à la civilisation dans ses aspects intellectuels.

Ainsi, il nous est demandé, dans le cadre de l'OHADA, d'examiner les ADR ou MARC, plus exactement leurs pratiques, en nous plaçant du point de vue de la culture et de la civilisation africaine selon une méthodologie qui s'appuie sur le passé, sur l'existant et qui se projette sur l'avenir.

Cette tâche n'est pas aisée. Cependant, nous nous efforcerons de nous y atteler.

INTRODUCTION

Faciliter l'activité des entreprises et garantir la sécurité juridique des activités économiques, n'est-ce pas le but, la « raison d'être » de l'OHADA ?

Aux termes de l'article 1^{er} du Traité, l'OHADA « a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. »

Au regard de ces objectifs, les MARC ou ADR, en particulier en matière civile et commerciale, entrent sans aucun doute dans le champ d'application du traité de l'OHADA.

Pourtant, alors que l'arbitrage y est expressément visé, la médiation et la conciliation ne sont que marginalement évoquées par le droit OHADA.

Pourquoi ce choix ? Le droit OHADA considère-t-il l'arbitrage comme la seule alternative à la justice étatique ?

Le droit OHADA envisage-t-il la conciliation et la médiation comme des modes amiables de résolution des conflits qui n'entrent pas dans l'objet du Traité et ne méritent pas l'adoption de règles particulières ?

Dans le cadre du droit OHADA, procédure judiciaire, arbitrage et modes de règlement amiable des différends sont-ils sans relation ?

Nous examinerons ces différentes questions en ayant comme perspective les cultures et civilisations des nations qui composent les Etats Parties au Traité OHADA, et en nous appuyant sur les expériences mises en place en dehors et au sein de l'OHADA.

Pour ce faire, nous traiterons dans un premier temps des fondements endogènes de la culture des MARC en OHADA, puis nous nous intéresserons à la place réservée par le droit OHADA aux modes amiables de règlement des différends. Enfin nous dégagerons des voies aux fins d'une meilleure intégration des modes amiables dans le corpus juridique du droit OHADA.

1. LES MARC DANS LES CULTURES ET CIVILISATIONS AFRICAINES

La résolution traditionnelle des conflits en Afrique, depuis les siècles qui ont précédé la civilisation arabo-islamique et plus récemment malgré l'apport de la civilisation occidentale, s'est toujours effectuée sur les valeurs et règles endogènes des traditions et cultures africaines¹.

1.1. Les fondements culturels des MARC dans l'espace OHADA

1.1.1. La recherche de la paix et de l'harmonie : un objectif ultime dans les sociétés traditionnelles africaines.

Les sociétés africaines traditionnelles avaient développé à partir de leur vécu culturel quotidien, un ensemble de pratiques et de règles dont l'efficacité permettait, dans une certaine mesure, de circonscrire les conflits internes et de les résoudre autrement que par la violence.

La stabilité des sociétés traditionnelles africaines était garantie par des institutions, des pratiques et des rites qui maintenaient une certaine stabilité sociale et assuraient le règlement pacifique des conflits : la famille restreinte, noyau central pour l'éducation à la tolérance quotidiennement dispensée à travers les contes et proverbes ; la famille élargie, assurant les liens d'identité et de reconnaissance par le maintien d'un système de solidarité étendue ; le clan ou la tribu structuré suivant des relations hiérarchisées garantissant la stabilité sociale et la cohésion de tous les membres².

L'étude des sources et des données ethnographiques montre à l'évidence que la civilisation négro-africaine se définit essentiellement, en termes de dialogue, de compromis, de coexistence et de paix.

Dans les sociétés négro-africaines, la notion de paix est d'autant plus importante qu'une sémantique à la fois abondante et variée lui est consacrée. Au Sénégal nous utilisons ce mot de paix pour saluer « *as-tu la paix = maa jam* » ; « *la paix seulement = jama rek* »

Dans la plupart des sociétés négro-africaines, les aspirations à la paix ont conduit à développer des techniques de normalisation dont l'objectif est d'éviter, ou tout au moins de réfréner, la violence et les conflits armés.

1.1.2. Les mécanismes de résolution des conflits dans les sociétés traditionnelles de l'Afrique noire.

Pour sortir de l'impasse et éviter le chaos, des espaces étaient toujours prévus permettant aux parties en conflit d'initier des procédures de normalisation et de pacification.

1.1.2.1. Les «*faiseurs de paix*» : plénipotentiaires, négociateurs et médiateurs.

Les sociétés africaines traditionnelles n'ont jamais vécu dans une autarcie totale. Cela a favorisé la circulation des personnes et des biens, et a donné naissance à un groupe de négociants. Ceux-ci effectuent un commerce à court, moyen ou long rayon d'action. Ils ont l'avantage d'avoir des associés, des alliés dans diverses communautés et aussi de pratiquer différentes langues. Dans la résolution des conflits et la restauration de la paix, ils apparaissent comme des agents privilégiés, du fait de l'immunité dont ils jouissent et de l'ampleur de leurs réseaux de relations³.

Dans leur souci de normalisation et de résolution des conflits, les peuples africains ont accordé une importance capitale aux procédures de négociation. L'objectif de la négociation est de parvenir à un accord. Mais, pour négocier, il faut être au moins deux responsables, incarnant une certaine souveraineté. Aussi, la sagesse Bamiléké recommande qu'on ne tue jamais un chef à la guerre, quelle que soit l'intensité des combats⁴.

L'échec d'une tentative de parvenir à une solution pacifique et négociée ouvre la voie à d'autres alternatives: la conciliation et la médiation. Le rôle instrumental de la médiation dans les sociétés africaines traditionnelles est attesté par de nombreuses traditions orales. La médiation y était pratiquée de différentes manières dans des contextes différents. Des facteurs multiples entraient en jeu : l'objet du conflit, son importance, la personnalité du médiateur et la réelle volonté des deux parties à aboutir à un compromis.

1.1.2.2. La «*palabre*», cadre privilégié de résolution des conflits

Véritable juridiction de la parole, la palabre constitue incontestablement une caractéristique des sociétés africaines et l'expression d'une véritable culture de paix.

Étymologiquement, le mot palabre vient de l'espagnol "palabra" et a le sens de parole, de discussion, de conversation longue et oiseuse. Cette conception dévalorisante émane du contexte colonial où la palabre était une sorte de concertation où siégeaient le commandant européen et le chef noir; celle-ci consistait en un débat coutumier long, complexe et souvent incohérent et contradictoire, du fait du recours nécessaire à un interprète, dont la connaissance de la langue européenne était approximative⁵.

En vérité le concept de palabre a une toute autre signification dans les sociétés africaines traditionnelles, où différents termes, plus adéquats sont utilisés pour la désigner. Par exemple, les Bamiléké à ce propos parleront de *Tsang*, dont le but est d'« apaiser les esprits »⁶.

En tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de dissuasion et d'arbitrage, la palabre, tout au long des siècles, est apparue comme le cadre idoine de résolution des conflits en Afrique noire.

La palabre, incontestablement, constitue une donnée fondamentale des sociétés africaines et l'expression la plus évidente de la vitalité d'une culture de paix. Partout en Afrique noire, on retrouve à quelques nuances près, la même conception de la palabre, considérée comme phénomène total, dans lequel s'imbriquent la sacralité, l'autorité et le savoir, ce dernier étant incarné par les vieillards qui ont accumulé, au fil des ans, sagesse et expérience.

Institution véritable, la palabre est régie par des normes établies, et les principaux acteurs doivent justifier d'une grande expertise. Chez les Beti du sud du Cameroun par exemple, pas moins de six conditions et modalités constituent un préalable à toute palabre : où, quand, qui, quoi, pourquoi, comment ⁷?

La palabre se tient toujours en un lieu chargé de symbole : sous un arbre, près d'une grotte, sur un promontoire ou dans une case édifiée spécialement à cet effet; tous ces endroits sont marqués du sceau de la sacralité.

La date de la palabre n'est pas laissée au hasard; elle doit correspondre à un moment propice déterminé par les géomanciens.

En principe, la palabre est ouverte à tous, ce qui fait d'elle un cadre d'expression sociale et politique de grande liberté.

En outre, on observe une hiérarchie et un protocole dans l'intervention des principaux acteurs. Dans la palabre, les vieillards, symboles de sagesse, jouent un rôle privilégié. Leur éthique et divers tabous liés à leur âge leur interdisent des positions partisans, et les invitent plutôt à la pondération et au compromis. Il est courant qu'une palabre soit présidée par un vieillard et non par le chef, ce qui a conduit à qualifier les sociétés négro-africaines de gérontocratiques ⁸.

Enfin, la palabre n'a pas pour finalité d'établir les torts respectifs des parties en conflit et de prononcer des sentences qui conduisent à l'exclusion et au rejet. Elle apparaît plutôt comme une thérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et de la contre violence afin de rétablir l'harmonie et la paix.

Ces divers mécanismes amiables de résolution des conflits, utilisés depuis toujours dans les sociétés africaines traditionnelles, ont été confortés par l'émergence des religions monothéistes, notamment l'islam, le christianisme et le judaïsme, dans ces sociétés.

1.2. Les fondements religieux des MARC dans l'espace OHADA : l'exemple de l'Islam

L'Islam a introduit la règle de droit comme moyen de régler les litiges et pour garantir le bon fonctionnement du monde des affaires. Il a encouragé le règlement pacifique des conflits au sein de la communauté musulmane, entre les musulmans et les communautés non musulmanes, et entre les communautés non musulmanes.

L'Islam prévoit pour le règlement des différends de nombreux moyens y compris la médiation (*Wassatah*), la conciliation (*Sulh*) et l'arbitrage (*Tahkim*) ⁹.

Nous examinerons brièvement ces différents modes amiables de règlement des différends prévus dans le Coran et la *Sunna* du Prophète qui sont les deux principales sources de la loi islamique.

1.2.1. La médiation (*Wassatah*)

Le terme généralement utilisé pour désigner la médiation, est celui de « *marcher entre les parties au conflit* ». Quant à la définition de la médiation, il s'agit d'une procédure bénévole et non contraignante en vue de mettre fin à un différend. Elle est caractérisée par l'intervention dans un litige d'une ou de plusieurs personnes, soit de leur propre initiative ou à la demande de l'une des parties. Le médiateur indépendant doit alors chercher à parvenir à un règlement à l'amiable en proposant des solutions aux parties. La médiation ne sera un succès que lorsque les parties auront accepté les solutions proposées.

1.2.2. La conciliation (*Sulh*)

Le Code civil Ottoman, connu sous le nom de Mejlle, qui constitue la première tentative de codification de la Sharia, a réglementé les contrats de conciliation aux articles 1530 à 1560, et a proposé une institution originale, « *l'arbitrage par conciliation* » tel que défini par l'article 1580 de ce Code ¹⁰.

La conciliation y est définie comme « *un accord entre deux parties ou plus pour résoudre un différend et mettre fin à ses causes* ». Aux termes de l'article 1531 du Code civil Ottoman, la conciliation est « *un contrat pour la suppression d'un différend par consentement mutuel. Il devient un contrat conclu par l'offre et l'acceptation* ». La conciliation implique que chaque partie renonce un peu de ses droits. Il s'agit ainsi d'un compromis, d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil français.

A titre d'exemple, il est souvent cité le verset 35 de la sourate IV Les Femmes qui dispose « *Si vous craignez le désaccord entre les deux époux, envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et Parfaitement Connaisseur* ».

La procédure décrite dans ce verset met en place un tribunal de deux arbitres, dont la décision n'est cependant pas obligatoire sauf si elle est acceptée par les parties. Dès lors qu'il n'a pas force juridictionnelle, ce type d'arbitrage ressemble plus à la conciliation.

La transaction et la conciliation sont des concepts liés : les deux concernent le règlement d'un différend de manière amiable et impliquent un mécanisme contractuel (le protocole de conciliation ou l'accord de transaction).

D'un autre côté, la transaction diffère de la conciliation dans le fait qu'elle implique des concessions réciproques, et dès lors acquiert l'autorité de la chose jugée. Ainsi le Code civil Ottoman précise-t-il en son article 1556 « *une des parties ne peut, seule, résilier la transaction une fois acceptée.* »

1.2.3. L'arbitrage par conciliation. (*Tahkim*)

La conception musulmane de l'arbitrage donne à ce mode de règlement des conflits une physionomie qui ressemble à la conciliation d'une part, et à l'amiable compositeur, d'autre part.

Pour illustrer le premier de ces deux aspects, on peut prendre exemple de l'article 1847 du Code civil Ottoman qui autorise chacune des parties à révoquer l'arbitre aussi longtemps que la sentence n'est pas encore rendue.

Par ailleurs, il semble que les arbitres sont plus souvent invités à trancher en équité sauf volonté contraire clairement exprimée par les parties¹¹. L'arbitre, qui devient alors amiable compositeur, dispose des pouvoirs d'un modérateur et, de ce fait, devient un conciliateur. Selon l'heureuse expression du Pr. Jarrosson, l'amiable composition « gomme » les contours de l'arbitrage pour le rapprocher de la conciliation.

Cette connexité entre amiable composition et conciliation trouve une illustration à l'article 1850 du Code civil Ottoman qui stipule « *Les arbitres légalement nommés peuvent valablement réconcilier les parties si ces dernières leurs en confèrent le pouvoir. Ainsi, si chacune des parties a donné le pouvoir de les réconcilier à un des arbitres, et que les arbitres tranchent le litige par une transaction conformément à ce pouvoir, les parties ne pourront pas rejeter l'arrangement.* »¹²

La technique proposée par l'article 1850 du Mejlle permet à chaque partie de désigner son « arbitre ». Les deux arbitres ainsi désignés sont à leur tour autorisés à trancher le différend par le moyen de la conciliation.

L'avantage de cette technique est de simplifier la procédure en évitant l'application des règles de preuve imposées par la Sharia ou d'autres dispositions impératives. D'un autre côté, elle crée une confusion entre arbitrage en amiable composition et conciliation.

Ainsi, dans le monde musulman, l'arbitrage est fréquemment compris comme une sorte de conciliation.

Les autorités coloniales, saisies de cet aspect de la conscience sociale africaine émanant des sociétés traditionnelles et de la religion musulmane, avaient mis en place à côté de la justice de type occidentale, des tribunaux musulmans, dirigés par des « Cadi », dans lesquels une très grande place était accordée à la conciliation.

Au Sénégal, en 1984, les Cadi ont été intégrés au tribunal départemental dans le ressort duquel ils ont été nommés. Aux termes de l'article 10 du Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal, la consultation du Cadi est obligatoire lorsque le litige est relatif aux successions de droit musulman. De même, le tribunal peut renvoyer les parties devant le Cadi aux fins de tentatives de conciliation. L'accord intervenu n'est exécutoire qu'après homologation rendue en forme d'ordonnance par le juge¹³.

Cette approche basée sur le règlement des conflits par le biais de la conciliation est-elle toujours de mise ? Les garanties de stabilité sociale présentes dans les sociétés traditionnelles africaines et en droit musulman se retrouvent-elles dans le contexte actuel de l'OHADA ? Plus généralement, la pratique des ADR dans les sociétés traditionnelles africaines et dans le monde musulman trouve-t-elle un écho dans le contexte de l'organisation politique et sociale des Etats de l'OHADA ? Dans quelle mesure une approche culturelle des ADR peut-elle contribuer à accroître le recours à ces modes de règlement des conflits dans le cadre de l'OHADA ?

2. LES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN OHADA

Même si l'OHADA ne traite expressément que de l'arbitrage, elle n'écarte pas le règlement amiable (par voie de médiation ou de conciliation) des différends commerciaux.

La conciliation et/ou la transaction, en tant que modes amiables de règlement des conflits, sont, à diverses occasions, visés dans le droit positif OHADA.

En OHADA, les références aux modes amiables de règlement se retrouvent dans le cadre de l'arbitrage, au sein de procédures judiciaires et de manière conventionnelle au sein des institutions nationales de conciliation et/ou de médiation.

2.1. Le recours aux modes amiables par le biais de l'arbitrage

2.1.1. L'arbitre amiable compositeur

Aux termes de l'article 15 al. 2 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage « *les arbitres peuvent statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir* »

Pareille disposition se retrouve également dans la totalité des règlements d'arbitrages des centres nationaux d'arbitrage existants dans les Etats parties de l'OHADA. (Article 33 Règlement CAMC, Article 19 Règlement CAMC-O). A cet égard, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 14 de l'acte uniforme, les parties peuvent régler la procédure arbitrale par référence à un règlement d'arbitrage.

Or, comme nous l'avons précédemment indiqué, l'arbitrage amiable rapproche l'arbitrage de la conciliation.

2.1.2. La transaction, une des modalités de cessation de l'instance arbitrale.

Conformément à l'article 16 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'instance arbitrale peut prendre fin en cas de transaction.

Cependant, le même Acte uniforme reste muet sur la forme selon laquelle, il convient de constater la transaction qui met un terme à l'instance arbitrale. Le tribunal arbitral doit-il simplement prendre acte de la transaction et laisser aux parties le soin de rédiger les termes de leur accord ? Le tribunal arbitral doit-il vérifier si la transaction est véritablement constituée de concessions réciproques ? Le ou les arbitres doivent-ils signer l'accord de transaction ?

Quelle est la valeur juridique d'un accord de transaction signé par les parties et le ou les arbitres ? Quel est en serait le régime juridique ?

Autant de questions laissées sans réponse par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui, rappelons –le constitue le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA.

Toutefois, la question a été envisagée par l'article 39 du règlement d'arbitrage du CAMC qui dispose « *si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une décision de clôture de la procédure arbitrale ou, si les deux parties lui en font la demande et s'il accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord partie.* »

2.1.3. La sentence d'accord parties.

Contrairement à l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, le règlement d'arbitrage de la CCJA dispose en son article 20 que « *si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties.* »

Cette formulation explicite, même si elle ne règle pas toutes les questions soulevées par la sentence rendue d'accord parties, a le mérite de faire bénéficier à la sentence, contrairement à la transaction, des dispositions relatives à l'exequatur communautaire des sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA, notamment la formule exécutoire.

2.2. Le recours aux modes amiables à travers la médiation ou la conciliation judiciaire

Le droit OHADA prévoit le recours à la conciliation dans le cadre des procédures judiciaires qu'il organise. Il en est ainsi de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Aux termes de l'article 9 de cet Acte uniforme, le recours ordinaire contre la décision d'injonction de payer est l'opposition. Celle-ci est portée devant la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer.

L'article 12 du même Acte uniforme stipule que « *la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire.* »

L'article 26 de l'Acte précité prévoit la même procédure de conciliation obligatoire dans le cadre de la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé.

Toutefois, l'Acte uniforme reste muet sur les modalités de cette tentative de conciliation. La juridiction saisie sur opposition pourra-t-elle désigner un conciliateur spécialisé et placé sous son contrôle, ou un juge de la juridiction ? La tentative de conciliation doit-elle avoir lieu devant la juridiction, séance tenante ou après un délai fixé par la juridiction ?

Néanmoins, il convient de noter que, conformément à l'article 23 du même Acte uniforme, les procès verbaux de conciliation signés par les juges et les parties constituent des titres exécutoires ouvrant la voie à l'exécution forcée, à défaut d'exécution volontaire.

2.3. Le recours aux modes amiables dans le cadre de la conciliation ou de la médiation conventionnelle

A la faveur de l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends prôné par l'OHADA, des institutions permanentes d'arbitrage ont été mises en place dans plusieurs Etats Parties.

Ces institutions ou centres, souvent logés au sein des Chambres de commerce, d'industrie et d'agriculture, n'ont pas limité leur champ d'action à l'arbitrage. Ces centres ont tous souhaité mettre également en œuvre des procédures de médiation et/ou de conciliation.

Une telle démarche se justifie dans la mesure où cela élargit le champ d'intervention de ces institutions et offre aux utilisateurs plusieurs moyens de régler leurs conflits.

L'article 1^{er} du Décret N° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions permanentes d'arbitrage au Sénégal stipule que « *l'institution permanente d'arbitrage peut également proposer des procédures de médiation et de conciliation.* »

Ainsi, c'est avec la création des institutions permanentes d'arbitrage que s'est développée la médiation conventionnelle dans les Etats parties de l'OHADA. Ces centres offrent un cadre permanent pour ce type de médiation. Ils disposent tous d'un règlement de médiation ou de conciliation.

Cependant, les statistiques de ces centres révèlent une faible propension au recours à la médiation ou à la conciliation.

Durant mon expérience au Centre de Dakar, aucune procédure de médiation n'a été engagée malgré une dizaine d'offres de médiation qui ont été soit formulées par l'une des parties, soit spontanément formulées par le Secrétariat Permanent. Les parties concernées étaient des personnes physiques, des personnes morales, des syndicats, des sociétés privées ou des entreprises publiques.

De même les statistiques du CAMC- O pour l'année 2007 indiquent que le Secrétariat permanent a enregistré vingt deux demandes d'arbitrage et cinq demandes de médiation. Sur les cinq demandes de médiation enrôlées, un accord de transaction a été signé et les autres étaient en cours de procédure ¹⁴.

Le constat est net. Dans la quasi-totalité des centres d'arbitrage africains, le recours à l'arbitrage est plus fréquent que le recours à la médiation ¹⁵.

Certaines raisons expliquent cet état de fait. En premier lieu, il y a la méconnaissance des procédures de médiation institutionnelle. Mais surtout il y a les difficultés liées à l'exécution des accords de transaction qui nécessitent le plus souvent un passage devant le juge étatique pour homologation ¹⁶.

Or, les textes sur les procédures d'homologation des transactions ou accords issus de la médiation conventionnelle sont souvent inexistantes ou peu claires au sein des Etats membres, et ne sont pas actuellement pris en compte dans le cadre de l'OHADA ¹⁷.

Contrairement au droit français qui, aux termes de l'article 1441-4 du Code de procédure civile, permet au président du tribunal de grande instance d'apposer la formule exécutoire sur la transaction après un contrôle de la validité de celle-ci au regard de l'ordre public¹⁸.

En revanche, dans le cadre de la conciliation judiciaire prévue par l'ensemble des codes de procédure civile des Etats membres de l'OHADA¹⁹, ainsi que dans le cadre de l'OHADA²⁰, les procès verbaux de constat de la conciliation valent titres exécutoires.

3. VERS UNE MEILLEURE ARTICULATION ENTRE MARC ET PROCEDURES JUDICIAIRES EN OHADA

Le développement des MARC dans l'OHADA, en particulier de la médiation conventionnelle, est surtout freiné par l'absence d'articulation entre ces procédures amiables et les procédures judiciaires.

Des remèdes ont été proposés dans le cadre des expériences développées dans certains pays africains.

De même, des pistes méritent d'être envisagées à la lumière des initiatives mises en oeuvre hors d'Afrique, en particulier dans le cadre de l'Union européenne.

3.1. Les expériences africaines hors OHADA

Dans les pays anglophones d'Afrique, notamment au Nigeria et au Ghana des expériences ont été tentées afin de reproduire le concept de « Multi-door Courthouse » tel que mis en oeuvre aux Etats- Unis.

Historiquement, le Concept de Multi-door Courthouse a été proposé aux Etats-Unis en 1976 par Monsieur Frank E. A. Sander, Professeur à Harvard lors d'une conférence sur le mécontentement public à l'égard du système judiciaire. Il s'agit d'une approche innovatrice en vue de diminuer le flux sans cesse croissant des demandes adressées aux Tribunaux.

Désignant son concept de « Multi-door Courthouse », le Pr. Sander a envisagé la création d'un Palais de Justice avec de multiples chambres de règlement des conflits et des programmes d'assistance pour les plaideurs actuels ou potentiels en vue du régler leurs litiges. Les cas devant être examinés puis orientés vers la Chambre ou le mécanisme alternatif de règlement le plus approprié, y compris mais sans s'y limiter, le procès, la conciliation, la médiation, l'arbitrage et les services sociaux²¹.

Face au succès enregistré aux Etats-Unis, le Nigeria, pour la première fois en Afrique, a décidé d'introduire ce concept dans son système judiciaire et a mis en place la Lagos Multi-Door Courthouse le 11 juin 2002 en partenariat avec le Negotiation and Conflict Management Group (NCMG) qui est un Centre d'arbitrage et de médiation créé en 1996²².

L'expérience a été reprise en 2003 avec la création de l'Abuja Multi-Door Courthouse (AMDC), puis en 2008 avec la création d'une Multi-Door Courthouse dans l'Etat du Delta²³.

Le Ghana a également introduit l'expérience dans son système judiciaire en prônant l'utilisation accrue des ADR²⁴.

Ces mécanismes, qui permettent une meilleure intégration des centres d'arbitrage et de médiation dans les tribunaux, révèlent les potentialités d'une utilisation accrue des MARC en Afrique.

Il est vrai que ces expériences se sont développées dans des pays anglophones non membres de l'OHADA, mais elles n'en demeurent pas moins significatives dès lors qu'il s'agit de promouvoir le recours aux MARC²⁵.

3.2. La directive européenne portant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : une source d'inspiration pour l'OHADA ?

3.2.1. De quelques dispositions pertinentes de la directive

La directive communautaire sur la médiation du 23 avril 2008 facilite le recours à la médiation en renforçant les garanties juridiques l'accompagnant²⁶.

La directive a pour objet « *de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires.* »

Aux fins de la directive, le processus de médiation peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre.

Aux termes de l'article 5 de la directive « *une juridiction saisie d'une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. La juridiction peut également inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles.* ».

Conformément à l'article 6 de la directive, les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée. A cet égard, il est demandé aux Etats membres de communiquer à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir cette demande.

L'article 9 de la directive stipule que « *les Etats membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à disposition du public, notamment sur Internet, d'informations sur la manière de contacter les organismes fournissant des services de médiation.* »

3.2.2. Des dispositions de la directive pouvant être transposées dans le cadre de l'OHADA

Au regard de l'article 1^{er} du Traité OHADA, rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les Etats membres de cette organisation, à l'instar de l'encouragement au recours à l'arbitrage, promeuvent le recours à la médiation et/ou à la conciliation. Il s'agit là d'une décision politique et de politique judiciaire.

Dans ce contexte, l'OHADA pourrait s'inspirer de la directive européenne portant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Ainsi, conformément à l'article 4 du Traité OHADA, le Conseil des Ministres de l'OHADA pourrait prendre un règlement en vue d'encourager le recours à la médiation dans les Etats membres²⁷.

Un tel règlement pourrait contribuer à l'information du public en ce qui concerne l'existence et les modalités de fonctionnement des organismes fournissant des services de médiation dans l'espace OHADA.

Ce futur règlement pourrait surtout poser des règles claires, simples et adaptées afin de garantir le caractère exécutoire des accords issus des procédures de médiation et/ou de conciliation.

Les Etats membres pourraient, par exemple, être invités à veiller à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée.

Les Etats membres pourraient également être invités à désigner les juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir de telles demandes, et communiquer au Secrétariat Permanent de l'OHADA le nom de ces juridictions ou autres autorités compétentes.

Enfin, il pourrait être demandé au Secrétariat Permanent de l'OHADA d'encourager, par tout moyen qu'il jugera approprié, la mise à disposition du public d'informations sur la manière de contacter les organismes fournissant des services de médiation et sur les juridictions ou autres autorités compétentes des Etats membres pour recevoir les demandes visant à rendre exécutoire le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation.

L'adoption de ce futur règlement OHADA pourrait être suscitée par l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM) qui a été récemment mise en place, et dont saluons la création²⁸.

CONCLUSION

La création d'un espace communautaire juridiquement et judiciairement harmonisé à travers la mise en place d'un droit simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises constitue une œuvre d'envergure qui ne peut être réalisée que progressivement.

Une telle construction, qui est la raison d'être de l'OHADA, doit non seulement prendre en compte les intérêts des grandes entreprises mais aussi se mettre en phase avec les aspirations et les besoins des petites et moyennes entreprises, quelque soit leur forme économiques, commerciales, coopératives ou mutualistes, justiciables du droit de l'OHADA²⁹.

Dans ce contexte, un encouragement au recours à la médiation ou à la conciliation constituerait un pas décisif vers la réalisation des objectifs de l'OHADA.

Notes

1. Résolution traditionnelle des conflits au Mali. Birama SIDIBE. La Revue Hammonds. Juin 2008
2. Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire. Préface de Frédéric MAYOR, Introduction par Edouard MATOKO avec les contributions de THIerno BAH, Ali Moussa IYE, Philippe NTAHOMBAYE. Publication UNESCO 1999
3. Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire. Thierno BAH. Publication UNESCO 1999
4. Guerre, Pouvoir et Société dans l'Afrique précoloniale. BAH, Thierno Mouctar ", Thèse pour le Doctorat d'Etat es Lettres, Université Paris Sorbonne, 1985
5. Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré (Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines). Annales de l'Université d'Abidjan, Série D, t. 13, 1980
6. Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire. Thierno BAH, op. cit
7. Résolution des conflits et promotion de la paix chez le Beti du sud Cameroun. Jean-Louis MENGUE. Monographie historique, séminaire de doctorat, Université de Yaoundé I, 1995
8. Résolution des conflits et promotion de la paix chez le Beti du sud Cameroun. Solange METINDI. Monographie historique, séminaire de doctorat, Université de Yaoundé I, 1995, inédit
9. Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application. Dr Said BOUHEROUA. Department of Islamic Law. Ahmad Ibrahim Kulliyah of Law. International Islamic University Malaysia. (IIUM)
10. The Approach to Mediation in the Arab World. Fathi KEMICHA. Texte présenté lors de la Conférence internationale sur la médiation. Genève. Suisse, 29 mars 1996
11. L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif Français et Egyptien. Thèse de doctorat. Université Paris XI. 1984
12. Code civil Ottoman. Traduction française. Démétrius Nicolaidis. Constantinople 1881
13. Code de Procédure Civile du Sénégal : article 10 et Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal articles 7 et 31. Aux termes de l'article 21 du Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal « *les chefs de village et les délégués de quartier peuvent, en ce qui concerne la famille, le mariage, la filiation, les successions, les donations et les testaments. L'accord intervenu doit être constaté par le juge de paix en présence des parties, et, le cas échéant, du conciliateur.* »
14. Statistiques 2007 du CAMC-O. <http://www.ccia.bf/article>
15. Compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation du 27 au 31 octobre 2008. <http://www.ccia.bf/article>
16. Avec l'homologation, la force obligatoire, inhérente à l'origine contractuelle de la transaction, se double de la force exécutoire des jugements.
- 17 Les articles 756 à 760 du Nouveau Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal qui définissent et fixent le régime juridique de la transaction ne prévoient pas l'homologation. Il est simplement précisé que la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit, et qu'elle est déclarative de droits antérieurement contestés.
18. En droit français, l'article 1441-4 du Code de procédure civile stipule que « *le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.* ».
19. Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal : articles 7 et 31.
20. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Articles 12, 26 et 33.

21. The Multi-Door Courthouse: How It's Working. by Kenneth K. Stuart, Cynthia A. Savage

The concept of the multi-door courthouse was first suggested in 1976 by Harvard Law Professor Frank E.A. Sander at the Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (commonly referred to as the Pound Conference). Sander proposed assigning certain cases to alternative dispute resolution processes, or a sequence of processes, after screening in a Dispute Resolution Center.

Case screening can be done by judges or administrators at the courthouse, by the lawyers representing the parties in the case, or by the parties themselves. Case screening can be categorical (e.g., by case type, age of case, amount of claim, or other common factor), individualized, or both.

Voir aussi : A dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo. Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse. University of St. Thomas – School of Law (Minnesota). 2008.

22. The Lagos Multi-Door Courthouse, the first court-connected ADR Centre in Africa in June 2002.
<http://www.ncmggroup.org>

23. The Abuja Multi-Door Courthouse (AMDC). http://www.amdcng.net/About_Amdc.aspx ; Bill on Multi-Door Court House Passes Second Reading in Delta House.). <http://allafrica.com/stories/printable/200812090414.html>

24 Cf. *Ghanaian Time* 15 avril 2003

25. L'expérience des Multi-Door Courthouse a été reprise à Singapour. Cf. The Multi-Door Courthouse Court Information Centre (MDC-CIC), introduced in 2 May 1998 is an innovation in the Singapore judicial system.).
<http://app.subcourt.gov.sg/mdc-cic/index.aspx>

L'expérience des Multi-Door Courthouse a également été envisagée pour certains pays latino-américains. Cf. Investing Judicial Capital : Exploring The Multi-Door Courthouse as an Alternative for Democracy, Development, and Human Rights in Latin America. Paper presented at the annual meeting of the Law and Society, J.W., Marriot Resort, Las Vegas, NV. 2009-02-09. <http://www.allacademic.com/one/www>

26. Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

27. La voie réglementaire a été proposée en vue de la restructuration des Commissions Nationales OHADA. Cf. Rapport général de la Réunion OHADA sur la redynamisation des Commissions Nationales / Dakar / 29 – 30 mai 2008.

28. En marge de la formation des gestionnaires de centres d'arbitrage et de médiation qui a eu lieu du 27 au 31 octobre 2008 à Ouagadougou a été créée, le 31 octobre 2008, l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM). Cf. Lettre d'information OHADA. OHADA.com/info@ohada.com du 19 février 2009.

29. Les développements actuels et futurs de l'Ohada poussent à aller dans ce sens.

Le projet d'Acte uniforme sur les sociétés civiles a été adopté par les Commissions nationales. Il est à l'examen en vue d'une prochaine adoption.

Les sociétés mutualistes feront aussi l'objet d'un Acte uniforme. Or, la finance islamique est très présente dans le secteur de la micro finance en Afrique.