

COMPRENDRE LA MÉDIATION CONVETIONNELLE EN DROIT OHADA ET EN DROIT BENINOIS

Me Ayodélé AHOUNOU

Avocat-Associé

Au travers d'une communication lors de la célébration des vingt ans du Traité de l'OHADA en 2013, dans laquelle ils abordaient les défis à venir du droit OHADA, les Professeurs Joseph ISSA SAYEGH et Paul Gérard POUGOUÉ en appelaient de tous leurs vœux à l'avènement d'autres modes de règlement des différends notamment la médiation et la conciliation¹. Avant eux, quelques années auparavant, en 2003, la CNUDCI² portait déjà à l'attention des opérateurs économiques mondiaux que le recours à la médiation et à la conciliation sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale³. Mais pourquoi ces vœux concordants dans des conditions où existe déjà l'arbitrage ? A cette question, un auteur fait observer que *« l'arbitrage OHADA tend également comme partout dans le monde à être victime de la crise née de son succès avec les problèmes **liés désormais aux délais de plus en plus longs, aux coûts assez élevés, et même à la rigidité de l'arbitrage qui apparait ici comme une véritable juridiction de l'ordre judiciaire, sans oublier l'impossibilité de poursuivre la relation d'affaires après une décision de type gagnant perdant, d'où sans doute les appels de pied à la médiation** »*⁴.

De toute façon, c'est désormais chose faite : le 23 novembre 2017, l'Acte Uniforme relatif à la Médiation -AUM- a été signé à Conakry. Il est entré en vigueur le 15 mars 2018. Après l'arbitrage, c'est le deuxième mode alternatif de règlement des différends consacré par l'ordre juridique OHADA.

1- Cité par IBII OTTO (Chercheur en Prévention et Règlement Des Différends, Faculté de Droit - Université de Sherbrooke), *Médiation et OHADA*, in Revue de l'ERSUMA, N° 6, janvier 2016.

2- Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (créée par l'Assemblée Générale de l'ONU par sa Résolution 2205 du 07 décembre 1966 pour promouvoir l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. Son siège social est à Vienne en Autriche.

3- Cité par IBII OTTO, *Médiation et OHADA*, article précité.

4- IBII OTTO, *Médiation et OHADA*, article précité.

Mais déjà, des critiques ne manquent pas. Il a été en effet fait observer que c'est « en réalité une copie des textes adoptés en France, en suivant le principe d'une médiation d'autorité, c'est-à-dire encadrée par la loi, de la même manière qu'au Canada et au Québec, comme un "mi-chemin entre la morale et le droit" ». En réalité, aucune avancée par rapport à la conciliation, si ce n'est qu'elle échappe au juge en tant que procédure, mais elle reste sous le contrôle du monde juridique, avec la participation éventuelle du notariat (pour mettre les professions ordinales dans la boucle) et elle est mise sous tutelle du judiciaire ». L'auteur ajoute que « l'opportunité d'intégrer la médiation, non pas comme une alternative au système judiciaire, c'est-à-dire un mode de "gestion de l'adversité", mais comme un moyen de "promotion de l'altérité", n'a pas été saisie »⁵.

Cela dit, aux termes de l'art. 1^{er}.a de AUM, « le terme "médiation" désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « Différend »), découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats ». Mais cette définition, rapportée à d'autres passages de l'AUM, a été jugée « confuse, voire incohérente dans la démarche »⁶.

La médiation peut être mise en œuvre par les parties (médiation conventionnelle), sur demande ou invitation d'une juridiction étatique (médiation judiciaire), ou d'une entité publique compétente⁷.

⁵-LASCoux Jean-Louis (Président de l'Ecole Professionnelle de la Médiation et de la Négociation "EPMN", auteur du Dictionnaire encyclopédique de la médiation), *Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation*, www.officieldelamediation.fr, article publié le 1^{er} juin 2019, consulté le 8 oct. 2020 ;

⁶- LASCoux relève que « d'un chapitre à l'autre, la médiation passe de la notion de processus (article 1^{er}.a) à celle de procédure (Titre 2, article 4), terme qui avait été pourtant rejeté par les rédacteurs européens suite à l'intervention des médiateurs professionnels qui ont obtenu que la médiation soit définie comme un "processus structuré" ». Selon en effet l'auteur, « la notion de procédure renvoie à une rigueur dans l'enchaînement d'étapes, et si ce n'est pas respecté, l'ensemble peut être invalidé par un recours sur la forme, tandis que le processus n'est pas dans cette logique, puisque, maîtrisé par le professionnel, il est adaptable au cas par cas » (LASCoux Jean-Louis, *Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation*, article précité).

⁷- Art. 1^{er}.b AUM.

Le respect de la volonté des parties, l'intégrité morale, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation sont des principes directeurs de la médiation⁸.

Ceci étant, c'est la médiation conventionnelle qui nous intéresse ici.

Une fois mise en œuvre (I), la médiation conventionnelle connaît nécessairement un terme (II).

I- La mise en œuvre de la procédure de médiation

La procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre la convention de médiation. Cette mise en œuvre de la procédure ou du processus de médiation (B) s'opère au moyen de la saisine du médiateur (A).

A- La saisine du médiateur

La saisine du médiateur se fait au moyen de la désignation de celui-ci conformément à la convention de médiation passée entre les parties.

Conformément aux dispositions de l'art. 4 al. 1^{er} AUM, la convention de médiation peut être écrite ou non. Aucun formalisme n'est donc en principe exigé, ni pour la validité de la convention de médiation, ni pour en rapporter la preuve. Dès lors, la preuve de la convention de médiation pourra se faire par tout moyen⁹.

Les parties peuvent décider que le litige sera soumis à un ou plusieurs médiateurs. L'Acte Uniforme de l'OHADA sur la Médiation (AUM) n'en limite pas le nombre¹⁰.

⁸- Art. 8 Acte Uniforme relatif à la Médiation (AUM).

⁹- . Mais cette absence de condition expresse de validité de la convention de médiation incline-t-elle à conclure à une validité en soi ou une validité absolue ? Il semble que non. Le consentement à la médiation doit être valablement donné et ne pas être vicié. Cette validité du consentement à la convention de médiation devrait être appréciée selon les règles de droit applicables à la validité des contrats en général. **Quid des droits susceptibles de médiation ?** Certes, il n'apparaît pas dans l'Acte Uniforme relatif à la Médiation la limite indiquée dans l'Acte Uniforme portant sur l'Arbitrage à son article 2 et renvoyant à la libre disposition des droits. Mais tout droit arbitral (comme ceux résultant d'un contrat de marché public de travaux) doit être considéré comme susceptible de médiation pour au moins la raison que qui peut le plus peut le moins.

¹⁰- Art. 5 al. 1^{er} AUM.

Le terme médiateur désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat concerné où se déroulera la médiation. Cependant, deux réserves conviennent d'être apportées à liberté de désignation du médiateur et d'exercice de la fonction de médiateur.

En effet, d'une part, bien que cela ne résulte pas expressément de l'AUM, **n'importe quel acteur ne peut jouer efficacement le rôle de médiateur.** Un auteur a en effet pertinemment relevé que **le médiateur doit être réputé avoir ou doit avoir tout simplement les qualités de conduite d'entretien, d'animation de réunion, d'aide à la prise de décision, de conduite de projet relationnel, d'accompagnement au changement et de transfert de compétence en qualité relationnelle**¹¹. Cette doctrine particulièrement autorisée ajoute, s'agissant toujours des aptitudes du médiateur, que « **le référentiel juridique peut faire partie de la culture générale du professionnel, mais n'est pas nécessaire**, puisque l'éventuelle rédaction d'un accord relève des connaissances en droit. Les compétences nécessaires en médiation professionnelle permettent de redéfinir une relation qui a été transformée en "heurts permanents" ».

D'autre part, **sauf convention contraire des parties, la qualité de médiateur est incompatible avec l'exercice des fonctions d'arbitre, d'expert ou de conseil dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci**¹².

Pour la désignation du ou des médiateurs, les parties peuvent se référer à une « autorité de médiation », notamment un centre ou une institution offrant les services de médiation. L'autorité de médiation peut, selon la volonté des parties, soit recommander des personnes ayant la qualité et la compétence de médiateur, soit nommer directement le ou les médiateurs.

Au moment de sa désignation, le médiateur confirme, dans une déclaration écrite, son indépendance et son impartialité ainsi que sa disponibilité pour assurer la procédure de médiation¹³.

Une fois saisi, le médiateur met en œuvre la procédure de médiation.

¹¹- LASCoux Jean-Louis, *Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation*, article précité.

¹²- Art. 14 AUM.

¹³- Art. 6 AUM.

B- La procédure de médiation

Du fait de la nature conventionnelle de la médiation, « *les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite* »¹⁴.

En l'absence d'une volonté des parties relative à la conduite de la médiation, « *le médiateur mène la médiation comme il l'estime approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend* »¹⁵.

Dans tous les cas, le médiateur doit accorder un traitement équitable aux parties¹⁶. La présence éventuelle d'une personne morale de droit public ou de l'Etat lui-même ne doit lui conférer aucun traitement favorable ou statut particulier.

La procédure de médiation est, par ailleurs, une procédure confidentielle voire secrète. A cet égard, certes, le médiateur doit informer l'autre partie lorsqu'il souhaite rencontrer ou s'entretenir avec une partie. Toutefois, la loi lui permet de retenir une information à lui donner par l'une des parties sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle. Dans ces conditions, cette information ne doit pas être révélée aux autres parties.

La procédure de médiation méconnaît donc, dans certaines conditions, le principe du contradictoire¹⁷.

La médiation connaît sa fin au terme de la mission du médiateur.

¹⁴- Art. 7 al. 1^{er} AUM.

¹⁵- Art. 7 al. 2 AUM.

¹⁶- Art. al. 3 AUM.

¹⁷- Considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme un élément fondamental du procès équitable, le droit à une procédure contradictoire « *implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations produites par l'autre, ainsi que d'en discuter* » (CEDH 25 nov. 2010, Lilly c/France, req. n° 204229/07 -N. Fricero. Cité par Serge GUICHARD (Sous la direction de), *Droit et pratique de procédure civile*, éd. Dalloz, 2017-2018, p. 819, n° 212.31.

II- La fin de la procédure de médiation

La force obligatoire de la convention de médiation se limite à la mise en œuvre de cette procédure. Si en effet, les parties à la convention sont tenues d'engager la procédure de médiation, elles ne sont pas en revanche obligées de parvenir à un accord. La médiation prend alors fin soit par la conclusion d'un accord écrit entre les parties ; dans ce cas, l'accord de médiation est susceptible d'homologation ou d'exequatur et pose, entre autres, le problème du juge compétent pour ordonner ces mesures (**A**). La médiation peut également connaître une fin sans accord des parties (**B**).

A- La juridiction compétente pour homologuer ou exequaturer l'accord de médiation

L'accord de médiation est une convention signée des parties, et si elles le souhaitent, également du médiateur, à l'issue de la procédure de médiation. Cet accord marque le règlement des points de droit qui opposaient les parties. Conformément aux dispositions de l'art. 8 AUM, « *Le médiateur s'assure que la solution envisagée reflète réellement la volonté des parties dans le respect des règles d'ordre public* ».

Par ailleurs, l'art. 16 AUM al. 1^{er} dispose que « *si à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie. L'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée* ».

Le législateur communautaire a retenu alors trois modalités suivant lesquelles l'accord de médiation peut être rendu exécutoire.

En effet, à la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire. Celui-ci en délivrera une copie exécutoire¹⁸. Mais, au moins à la requête d'une partie, « *l'accord de médiation peut également être soumis à l'homologation ou à l'exequatur de la juridiction compétente* »¹⁹.

¹⁸- Art. 16 al. 2 AUM.

¹⁹- Contrairement donc à la sentence arbitrale qui n'est susceptible d'exécution forcée « *qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge* » (Art. 30 de l'Acte Uniforme relatif au

Cette possibilité pose le problème crucial de la juridiction compétente pour ordonner ces mesures. En effet, l'Acte Uniforme relatif à la Médiation n'a pas indiqué expressément le juge compétent pour homologuer ou exequaturer l'accord de médiation. Le législateur communautaire s'est seulement contenté d'indiquer que « **Le juge statue par ordonnance** »²⁰. Cette absence d'indication précise signifierait un renvoi tacite mais certain au droit interne de chaque Etat Partie pour la détermination de la juridiction compétente pour ordonner ces mesures. Mais l'indication au moins de la nature de la décision (ordonnance) donne déjà des pistes d'identification même si elle renvoie, en droit interne béninois et généralement des Etats francophones de l'Espace OHADA, **à trois juridictions : le président du tribunal statuant en matière gracieuse (ordonnance sur requête)**²¹, **le président du tribunal statuant en matière de référé**²² et enfin, **le président du tribunal statuant en matière de difficultés d'exécution**²³.

Mais **est compétent**, en droit interne béninois, **pour homologuer ou exequaturer l'accord de médiation, le président du tribunal de Première Instance ou le Président du Tribunal de Commerce, statuant en qualité de juge de l'exécution du lieu où l'exécution doit être poursuivie, selon la nature civile ou commerciale de l'affaire**. Cette règle de compétence est retenue à la lumière des dispositions des articles 585 in fine et 1162 al. 1 et 2 du Code de Procédure Civile, Commerciale, Sociale, Administrative et des Comptes tel que modifié par la Loi 2020-08 du 23 avril 2020 portant modernisation de la justice.

Aux termes en effet de l'article 585 in fine de cette loi, « *sauf conventions diplomatiques et instruments communautaires contraires, le **juge de l'exécution** connaît des demandes d'exequatur en toutes matières* ». L'article 1162 al. 1 et 2 prescrit quant-à lui que « *l'exequatur est accordé quelle*

Droit de l'Arbitrage), que la sentence ait été rendue dans l'Etat où l'exécution est poursuivie ou non, l'accord issu de la médiation peut être rendu exécutoire par simple décision d'homologation. Cette différence de régime a d'autant plus d'intérêt que la procédure d'exequatur est plus rigoureuse et la décision d'exequatur enfermée le plus souvent dans des conditions strictement définies. La possibilité de rendre exécutoire l'accord des parties existe d'ailleurs en droit interne béninois où le législateur prescrit qu'« *il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence* » (Art. 469 in fine du Code de Procédure Civile, Commerciale, Sociale, Administrative et des Comptes (CPCCSAC).

²⁰- Art. 16 al. 3 AUM.

²¹- Art. 562 et s. CPCCSAC.

²²- Art. 553 et s. et 854 et s. CPCCSAC.

²³- Art. 586 CPCCSAC.

que soit la valeur du litige, par le président du tribunal de première instance du lieu où l'exécution doit être poursuivie. Le président est saisi et statue suivant la forme prévue pour les référés ».

Au cours de l'instance d'homologation ou d'exequatur, la juridiction compétente se borne à vérifier l'authenticité de l'accord. **Elle doit faire droit à la demande dans un délai de quinze (15) jours sauf si l'accord est contraire à l'ordre public communautaire ou interne. A défaut de décision dans le délai de quinze (15) jours sus indiqué, l'art. 16 al. 6 AUM prescrit que « l'accord de médiation bénéficie automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur. La partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'organe compétent qui appose la formule exécutoire ».**

La décision qui accorde l'homologation ou l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. Celle qui les refuse ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA qui doit statuer dans un délai de six (06) mois. Dans le cas d'une homologation ou d'un exequatur automatique, « la partie adverse qui estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public peut saisir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'un recours contre l'acte d'homologation ou d'exequatur automatique dans les quinze (15) jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire ».

B- La fin de la médiation sans accord de médiation

La médiation peut malheureusement prendre fin sans que les parties aient pu trouver un accord réglant le différend qui les oppose. Cette situation se présente dans plusieurs cas de figure dont les uns sont liés à la volonté des parties elles-mêmes, tandis que les autres sont extérieures à leur volonté.

Les parties peuvent en effet, être elles-mêmes directement à l'origine d'une issue à queue de poisson de la procédure de médiation. Cette situation se présente dans plusieurs cas :

1/ En cas de défaut de diligence de la part des parties ou de l'une d'elles par défection aux réunions malgré les relances à elle adressées²⁴.

²⁴- Art. 12.b AUM.

2/ La déclaration écrite des parties adressée au médiateur indiquant qu'elles mettent fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration²⁵ ;

3/ En cas de « *déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie ou aux autres parties et, si un médiateur a été nommé, au médiateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration* »²⁶.

Cette dernière modalité de rupture aussi bien de la convention de médiation que du processus de médiation apparaît comme **une violation légalisée de la force obligatoire des conventions** et cristallise une contradiction avec d'autres dispositions du même Acte uniforme.

En effet, il est expédient de rappeler que le principe de la force obligatoire des contrats a acquis, depuis, valeur de principe général du droit²⁷. **En prescrivant alors qu'une partie à la convention de médiation peut y mettre fin avant même la nomination d'un médiateur** (puisque le texte tel que rédigé indique que la révocation unilatérale de la procédure peut intervenir avant la nomination d'un médiateur), le législateur prévoit une révocation unilatérale de la convention de médiation. Or, au même moment, il prescrit à l'art. 15 al. 1^{er} AUM que la convention de médiation oblige les parties à ce qu'elles y ont prévu.

Mais cette contradiction résulte peut-être du fait que les rédacteurs du texte ont cherché à concilier deux approches contradictoires de la médiation : la première, la « **médiation professionnelle** » qui constitue « *un moyen d'étendre l'exercice de la Liberté, par la reconnaissance de la liberté de décision* » et la seconde, « *la médiation enferrée dans des textes* »²⁸.

²⁵- Art. 12.c AUM.

²⁶- Art. 12.d AUM.

²⁷- Lorsqu'un principe passe au rang des principes universellement reconnus, on peut l'affirmer sans référence. Tel semble être le cas du principe de la force obligatoire des contrats. Certains auteurs ont pu écrire qu'il « *est tellement fort dans nos droits et dans les droits étrangers qu'il est passé au rang de principe transnational* » (POUGOUE P.-G, J-M TCHAKOUA, Alain FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presse Universitaire d'Afrique, Yaoundé 2000, n°81). Selon la formule d'autres auteurs, le principe est « *l'un des plus solidement établis du droit international des contrats* » (FOUCHARD Ph., E. GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, éd. Litec, avril 1996, p.396, n°627).

²⁸- LASCOUX Jean-Louis (Président de l'Ecole Professionnelle de la Médiation et de la Négociation "EPMN", auteur du Dictionnaire encyclopédique de la médiation), *Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation*, article précité.

Enfin, la procédure de médiation peut également connaître une fin sans accord pour des raisons qui ne sont pas directement liées à la volonté des parties. Cette situation se présente dans les cas suivants :

Lorsque de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus. Dans ces conditions, la procédure de médiation pourra prendre fin par déclaration écrite du médiateur, après consultation des parties²⁹.

Lorsque le délai de médiation expire, sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur. La partie qui entend se prévaloir de la fin de la médiation est tenue d'en apporter la preuve ; elle peut se faire par tout moyen³⁰.

Toutefois, si les parties décident de commun accord de redonner une nouvelle chance à la médiation, elles peuvent toujours, avec l'accord du médiateur, investir celui-ci d'une nouvelle mission aux mêmes fins.

Mais, si malgré tout, la médiation échoue, la partie la plus diligente peut mettre en œuvre le mode de règlement juridictionnel du différend prévu au marché, et le cas échéant, l'arbitrage.

²⁹- Art. 10.b.

³⁰- Art. 10.e.