

LA MEDIATION EN DROIT OHADA

(ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE LA MEDIATION ADOPTE
LE 23 NOVEMBRE 2017, ENTRE EN VIGUEUR LE 23 FEVRIER 2018)

Par

Maître KAYUDI MISAMU Coco

Bâtonnier de l'ordre des avocats du Barreau de Kinshasa/ Matete

Doctorant en Droit (Université de Kinshasa)

Kinshasa,

09/04/2022

INTRODUCTION

Les modes alternatifs ou amiables de règlement ou de résolution des conflits ou des litiges ou des différends (MARC, MARL ou MARD), sont l'expression récente d'un phénomène ancien la nouveauté tenant à l'amplification considérable du phénomène dans la période contemporaine, participant d'une tendance plus générale à la contractualisation du procès.

En effet, l'expression « *modes alternatifs de règlement des conflits* » désignée par l'acronyme MARC, est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'Alternative Dispute Resolution. Cette expression a fini, progressivement, par s'imposer dans le discours des juristes quoiqu'elle ne soit pas toujours unanimement reçue.

« *Solutions de rechange au règlement des litiges* » (SORREL), « Modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL), « *résolution amiable des conflits* » (RAC), « *résolution amiable des différends* » (RAD), toutes ces expressions pourraient être considérées comme équivalentes, par convention de langage.

Mais cette équivalence doit être nuancée, à deux égards. D'abord, ainsi que cela a été indiqué, il n'est pas indifférent d'utiliser la notion de conflit ou celle de litige. Ces vocables servent même de marqueurs à des conceptions différentes des MARC, autonomes par rapport au procès ou articulés aux modes de règlement juridictionnels. Surtout, les MARC sont moins une catégorie juridique qu'un état d'esprit (N. Dion, « *L'esprit de la médiation* », Gaz. Pal.22-24 déc.2013, P.5). Ils désignent, de manière générale, l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits. Les modes alternatifs sont en principe des modes amiables, en opposition aux modes juridictionnels, traditionnellement conçus comme des modes autoritaires : le juge « tranche » le litige, du moins dans la langue de Molière, ce que ne traduisent peut être pas autant d'autres langue italienne où « *trancher* » se traduit par « *Resolve* » et « *Risolvere* », qui renvoient beaucoup plus à « *Résoudre* ».

Partant de là, le périmètre des MARC est plus ou moins largement défini. Dans la conception la plus libérale, la catégorie des MARC embrasse les formes extrêmement variées de l'arbitrage (v. G. Alpa, « *la circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits* », RIDC 1993, p.755, où l'auteur traite essentiellement de l'arbitrage), de la médiation et de la conciliation, de l'ombudsman et autres médiateurs publics, de l'autorégulation des professions, voire des enquêtes internes aux entreprises pour le compte de la justice (fréquent aux Etats-Unis avec, notamment, le deferred prosecution agreement :

A. Mignon-Colomber et F. Buthiau, « *Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ?* », JCP 2013. 359. –P. Servan- Schreiber, « *Deals de justice-Une nouvelle justice économique sans juges* », JSP 2014. 366) et de l'intervention d'autorités administratives ou publiques, indépendantes ou non, comme les autorités de régulation du marché (v. C. Samson et J. McBride [dir.], *Solution de rechange au règlement des conflits –Alternative Dispute Resolution*, préc.). Les modes alternatifs atteignent même à la quintessence lorsque les contractants vont jusqu'à prévenir ou anticiper les litiges éventuels qui pourraient survenir entre eux grâce à des clauses appropriées d'adaptation du contrat ou de solution des différends (L. Cadiet, « *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges* », LPA 5 mai 2000, p.30).

Dans un sens beaucoup plus restrictif, une loi fédérale adoptée aux Etats-Unis en 1998, dite *Alternative Dispute Resolution Act of 1998* (P.L. 105-315 du 30 oct. 1998, codifié au USC tit. 28, § 651-658), limite les modes alternatifs aux méthodes qui impliquent une tierce partie neutre choisie pour aider à résoudre les points en conflit en dehors de la juridiction. Le *Glossary of Legal Terms de l'US Courts* en donne la définition suivante : « *A procedure for settling a dispute outside the courtroom. Most forms of ADR are not binding, and involve referral of the case to a neutral party such as an arbitrator or mediator* », in L. Cadier [dir.], *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004). Pour certains auteurs, la conception française serait encore différente, qui ne retiendrait par l'arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits, car celui-ci est un mode de solution juridictionnelle du litige, et qui les limiterait aux procédures impliquant une tierce personne (Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p.311), ce qui exclurait les procédures de négociation.

Le point de vue peut être discuté. L'exclusion de l'arbitrage comme celle de la négociation du périmètre des MARC n'apparaissent ni justifiées ni exactes. D'abord, historiquement, l'arbitrage est bien apparu comme une alternative à la justice étatique et s'il est vrai que l'arbitre est un juge et la sentence arbitrale un jugement (art. 1484 C. pr. Civ.), il n'en reste pas moins que l'arbitrage a une source contractuelle (la convention d'arbitrage, le contrat d'arbitre) et que la procédure d'arbitrage est imprégnée de contractualisme (art. 1464 C.pr.civ.). La contractualité de l'arbitrage est même d'autant plus forte lorsque l'arbitre reçoit spécifiquement mission de trancher le litige, non pas en droit, par application des règles juridiques, mais en équité, comme amiable compositeur (art.1474

C.pr. civ). Au demeurant, les modes alternatifs de règlement des conflits ne s'arrêtent pas aux portes du palais de justice ; ils se développent dans les prétoires et il n'y a pas lieu, par conséquent, d'exclure l'arbitrage du domaine des modes alternatifs lorsque ces modes se développent devant le juge lui-même.

Pour autant, il ne faut pas limiter les modes alternatifs de règlement des conflits aux seules procédures faisant intervenir une tierce personne dans la solution du conflit. Leur spectre est plus large, du moins dans la conception française. Il est en effet de tradition, en droit français, que les parties peuvent aussi se concilier d'elles-mêmes (art.127 c. pr. Civ. « *les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* »). Or, la conciliation, qui est au cœur de la conception française des modes alternatifs de règlement des conflits, est, selon le cas, un phénomène de négociation, quand elle se fait directement entre parties, assistées ou non, ou un phénomène de médiation quand elle passe par l'intermédiaire d'un tiers. Sur les rapports de la conciliation et de la médiation, on trouve tout et son contraire. Le plus célèbre des dictionnaires juridiques, le *vocabulaire juridique* Cornu, définit la médiation comme le « *mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par antagoniste (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'effondrer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique* » (V° « Médiation »).

Au demeurant, au plan de leur typologie, on peut signaler les modes alternatifs de règlement des conflits au sein des institutions judiciaires (la conciliation judiciaire, la médiation judiciaire, l'amiable composition judiciaire) et les modes alternatifs en dehors de ces institutions au rang desquels l'arbitrage, la médiation extrajudiciaire ainsi que d'autres modes de règlement extrajudiciaire des conflits comme la procédure participative ou la transaction extra judiciaire.

I. CONSIDERATIONS GENERALES SUR LA MEDIATION

Elle est à coup sûr polymorphe. En dehors de la médiation judiciaire, la médiation conventionnelle est un MARC qui se développe de plus en plus selon des chemins très divers. On passe à une médiation encadrée par les parties à un règlement que les parties se sont elles-mêmes donnée, voire à une forme de médiation qui s'impose parfois aux parties sans que l'on soit toujours certain qu'elles l'ont réellement voulue.

En effet, s'agissant de la médiation purement conventionnelle et de manière générale, il existe tout d'abord une version totalement libre de cette médiation, c'est-à-dire organisée comme les parties le veulent, sans contrainte ni forme imposée. Quel que soit le conflit, les parties peuvent s'entendre pour qu'un tiers les rapproche et leur permette de parvenir à un accord. Cette forme épurée de la médiation n'aura que la force obligatoire que les parties voudront bien lui donner, à moins qu'elle aboutisse à une transaction, si les parties ont la libre disposition de leurs droits. Dans ce cas, la loi offre aux parties la possibilité de renforcer l'autorité de leur accord en lui conférant force exécutoire moyennant saisine du juge à cet effet.

Plus encadrées sont d'autres médiations conventionnelles organisées par des institutions privées.

Les institutions de médiation sont parfois des centres d'arbitrage qui ont élargi leur champ d'intervention. Le régime de la médiation institutionnelle s'inspire de celui de l'arbitrage institutionnel. Ces organismes proposent ainsi des règlements de médiation que les parties peuvent décider d'adopter pour résoudre leur différend. En France, les plus connus sont le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), qui est une émanation de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, et la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, et la Chambre de commerce internationale. En Afrique, un tableau en annexe reprend différents centres et institutions d'arbitrage et de médiation. Les règles de cette médiation institutionnelle dépendent des règlements applicables. On retrouve pourtant des traits communs à tous les règlements, comme l'exigence d'indépendance et d'impartialité du médiateur, la nécessité que les parties se rencontrent, la présence seulement facultative d'un avocat, la souplesse des débats et des discussions. En revanche, le choix du médiateur est parfois la prérogative des parties, parfois une attribution du centre.

L'accord, s'il se fait au moyen de concessions réciproques, pourra être qualifié de transaction. Par rapport à l'arbitrage, la médiation présente l'avantage d'offrir beaucoup plus de souplesse, permettant notamment aux médiateurs de s'entretenir avec les parties alternativement, et non pas toujours ensemble, voire avec une seule des parties. Extérieure à la justice étatique, la médiation n'en subit pas les règles contraignantes. Mais, en retour, l'accord n'aura bien sûr pas les attributs d'une décision de justice. Ce développement de la transaction, parallèle à celui de l'arbitrage, a parfois donné lieu à la mise en place de MARC hybrides, mi-médiation, mi-arbitrage, qui connaissent un succès croissant. On parle alors de *med-arb* dans lequel la médiation et l'arbitrage peuvent être

combinés soit dans le temps, soit dans l'espace. Dans le *med-arb ordinaire, diachronique*, un arbitrage succède à une médiation en cas d'échec de cette dernière pour tout ou partie du litige, les deux phases du processus étant mise en œuvre devant la même personne, qui remplit donc deux missions successives. Dans le *med-arb simultané, synchronique*, les deux procédures sont mises en œuvre en même temps et indépendamment l'une de l'autre, ce qui est supposé garantir aux parties, sans perte de temps comme dans le *med-arb ordinaire*, une solution amiable ou imposée du litige. Dans ce cas, la médiation n'est plus un préalable à l'arbitrage. Cette deuxième formule permet d'éviter les objections que soulève la première en termes de cumul de fonctions, donc de confidentialité et d'impartialité du tiers saisi. Une telle métamorphose engendre en effet des conséquences rétroactives puisque la phase de médiation pourra le cas échéant être invoquée pendant la phase de l'arbitrage, à moins que les parties décident le contraire. On se livre moins, pendant la médiation, si on risque de voir se retourner ensuite ses confidences pendant l'arbitrage. Mais ce gain supposé de temps se fait au prix d'un renchérissement et d'un alourdissement de la procédure de règlement qui est une sorte d'inconvénient.

L'imagination contractuelle des institutions de règlement des litiges étant sans limite, on voit fleurir d'autres formules, comme l'« *arb-med* », à savoir l'arbitrage qui s'interrompt pour que s'engage une médiation, parfois avec le même tiers. Outre ces formules alternatives hybrides combinant médiation et arbitrage, le centre d'arbitrage et de médiation proposent à leurs adhérents une vaste palette de solutions alternative aux règlements juridictionnel des litiges, depuis la médiation jusqu'aux ORD, *Online Dispute Resolution*, en passant par l'avis technique amiable, l'évaluation juridique indépendante, les *dispute boards*, la décision sur dernière offre, le *mini trial* et la décision d'urgence.

A. LA MEDIATION OHADA

Le siège de la médiation se trouve dans le nouvel acte uniforme relatif au droit de la médiation adopté le 23 novembre 2017 à Conakry en Guinée. Il est le dixième qui vient compléter en 18 articles, le dispositif juridique de l'Ohada par l'institution de ce mode alternatif de règlement des litiges. Il est entré en vigueur le 23 février 2018.

On le sait, la médiation est destinée à rapprocher les parties divisées par un conflit. Elle est et demeure un processus volontaire, jugé plus rapide, plus économique et moins sujet à des aléas d'ordre procédural ou législatif que l'on peut rencontrer dans le cadre de la justice étatique.

Comme le juge étatique, l'arbitre dispose d'une autorité et d'un impérium qui lui permet d'imposer une solution aux parties. Sa sentence est quasiment un jugement. Le médiateur facilite les parties à rencontrer, à discuter pour trouver un accord. Le propre de la médiation est de résoudre le conflit sous tous ses aspects y compris psychologiques, humains, relationnels, de trouver la solution à un conflit déjà né et à prévenir un conflit latent ou potentiel.

1. PRECISIONS SEMANTIQUES ET CHAMP D'APPLICATION

A. Aperçu sémantique

Aux termes de l'article 1^{er} de l'AUM,

a) 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 ;

b) le terme « *médiateur* » désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État Partie concerné.

Cette définition fait l'objet des critiques de la doctrine qui la juge parfois équivoque, confuse (processus-procédure).

En effet, 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 est flexible, adaptable.

Par ailleurs la définition retenue par le législateur Ohada fait de la médiation curative que préventive. Elle ne semble pas prendre en compte le règlement d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord. Elle ne fait aucun lien entre la médiation et les autres modes de règlement de litige.

Enfin, cette définition ne permet pas de distinguer nettement la médiation de la conciliation, de la négociation et des bons offices. D'où la nécessité d'affiner la définition avec moins de critères contingents.

B. CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application de l'AUM est triple, matériel, personnel et territorial.

Au plan matériel, l'article 2 dit :

« 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 »

Il suit donc que l'AUM est d'application générale en dehors de l'exception expressément prévue. Plus précisément encore, il a vocation à régir à la fois la médiation interne et internationale, et s'applique à toutes les matières dès lors qu'il existerait entre parties ou protagonistes un litige, un rapport conflictuel ou un désaccord.

Il convient de mentionner l'inapplication de l'AUM à la tentative de conciliation devant le juge ou l'arbitre.

Au plan personnel, il ressort de l'AUM (article 1^{er}) qu'il s'applique aux parties à la médiation (personnes physiques ou morales, de droit privé ou public) et au tiers médiateur.

Enfin au plan territorial, le champ d'application de l'AUM ne semble pas déterminé. Il a donc vocation à s'appliquer dans l'espace Ohada et peut s'étendre au-delà (facteurs de rattachement : lieu de la médiation, homologation dans l'espace, renvoi judiciaire ou arbitral, choix des parties comme loi applicable etc.).

2. LA CLASSIFICATION DES MEDIATIONS

On peut énoncer deux types de médiation fondée sur l'origine de la médiation et sur les modalités de mise en œuvre de la médiation.

Ainsi on peut distinguer la médiation conventionnelle et la médiation provoquée.

i. MEDIATION CONVENTIONNELLE

C'est celle qui résulte d'une convention signée par les parties. La convention de médiation ou plus exactement la clause de médiation est généralement insérée dans un contrat principal liant les parties, lequel peut être civil ou d'affaires, de droit interne ou international, nulle distinction selon la nature du contrat ayant été opérée par le législateur Ohada.

Ainsi tout investisseur dans l'espace Ohada peut inclure dans le contrat d'investissement une clause de médiation en se référant à l'AUM. Elle peut

même figurer dans une charte des investissements adoptée par un Etat partie à l'Ohada, ou dans un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement.

On parle alors de la clause de médiation par « *référence* ». Les consentements de l'Etat et de l'investisseur sont dissociés. L'Etat donne son consentement lors de la rédaction de l'instrument comportant la clause, alors que l'investisseur adhère à la clause en signant le contrat d'investissement conformément au document contenant la clause. La référence à L'AUM rend les parties justiciables de la CCJA en cas de recours contre la décision refusant l'homologation de l'accord de médiation, et c'est ce à quoi les Etats parties doivent veiller, pour éviter le moment venu d'avoir à plaider hors de leur espace eu égard aux charges financières notamment que cela induit.

Il convient de signaler que le contenu de la clause est librement déterminé par les parties contractantes et l'écrit est une faculté et non une obligation au sens que la convention de médiation peut être écrite ou verbale (art 4 alinéa 1 AUM) une telle convention ne doit donc pas être regardée comme un acte solennel, l'exigence de l'écrit était ad probationem.

Il va de soi que la clause de médiation se doit d'être rédigée avec la grande minutie, le plus grand soin afin d'éviter toute équivoque ou des clauses pathologiques (indication de la voie de médiation, sous l'égide d'un tiers, médiation facultative ou préalable à la saisine d'un tribunal, étendue de l'objet, indication mode de désignation du médiateur, du déroulement de la procédure, référence à un règlement de médiation ou à un centre de médiation etc.).

ii. MEDIATION PROVOQUEE

Elle peut être par un tribunal étatique ou un tribunal arbitral soit par une entité publique compétente.

En effet, il peut arriver qu'au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale, le juge ou l'arbitre estime nécessaire de proposer la médiation aux parties litigantes. Il ne procédera pas lui-même à la médiation, mais renverra les parties à la médiation soit en désignant un médiateur ou une institution de médiation.

Quant à l'entité publique visée à l'art 1^{er} de l'AUM, elle doit être celle qui a compétence, outre qu'il doit s'agir d'une personne morale de droit public. Plus concrètement, l'entité publique compétente est celle ayant un pouvoir de règlement de litige ou de régulation, mais qui dans certaines circonstances peut inviter les parties à la médiation et en déterminer le cadre. Il s'agira généralement des entités disposant d'un pouvoir décisionnel et régulateur d'un

secteur donné d'activité comme les agences de régulations (ANRE, ARPTC, ARMP, ANACA etc.).

Enfin deux types de médiations peuvent être retenus en se fondant sur les modalités de mise en œuvre de la médiation à savoir la médiation ad hoc et la médiation institutionnelle.

iii. MEDIATION AD HOC

Elle caractérise le type de médiation qui ne répond à aucune organisation précise si ce n'est la volonté des parties pour régler un litige déterminé. Les parties décident donc comme elles l'entendent en ayant emprise sur le processus ou elles confient l'organisation du processus au médiateur, le plus souvent.

Dans ce dernier cas, les parties et le médiateur signeront un contrat de médiation pour fixer le cadre de la procédure et régler les détails qui pourraient donner lieu à contestation ou quiproco (les principes de la médiation tels que la confidentialité, le traitement équitable et égalitaire des parties, les garanties d'indépendance, d'impartialité et de neutralité du médiateur, clause de substitution en matière de paiement des frais et honoraires etc.).

Il mènera 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. La prise en compte des circonstances peut justifier la médiation en présentiel ou la médiation en ligne.

iiii. MEDIATION INSTITUTIONNELLE

Dans le cadre de la médiation institutionnelle prévue par l'article 3 de l'AUM, cette procédure est déterminée par les articles 4 à 11 qui fixe le début de la procédure, le nombre et désignation des médiateurs, les règles de la conduite et principes directeurs de la médiation, sur les échanges entre le médiateur et les parties, les règles de confidentialité et sur la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure.

A. DECLENCHEMENT DE LA MEDIATION

La procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation conventionnelle. En l'absence de convention, une partie peut inviter son adversaire à la médiation pour le

règlement de leur différend. La convention se noue alors lorsque l'invitation est acceptée.

Il y a au titre des formalités préalables, l'invitation à la médiation, la désignation du médiateur et le paiement des frais de médiation.

1. FORMALITES PREALABLES

1.1. INVITATION A LA MEDIATION

Elle peut être faite par une partie en l'absence d'une convention de médiation en dehors ou dans le cadre d'un procès ou en exécution d'une telle convention, emportant une obligation de coopération au processus dont hélas l'inexécution n'est pas sanctionnée par le législateur Ohada.

Il importe de mentionner que le déclenchement de la procédure a des effets sur la prescription de l'action. En effet, aux termes de l'article 4, sauf convention contraire des parties, le début de la procédure de médiation suspend le délai de prescription de l'action.

Il importe tout aussi de distinguer la suspension de la prescription de l'interruption de la prescription. La suspension ne joue que pour l'avenir, le délai écoulé restant acquis, seul est affecté le délai restant à courir. L'article 20 de l'AUDCG dispose à cet effet que « *la suspension de la prescription a pour effet d'en arrêter temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* ». Quant à l'interruption de la prescription, elle anéantit rétroactivement le délai écoulé, et la prescription recommence à courir à compter de l'événement ou de l'acte qui l'a interrompu. C'est ce que dit l'article 22 de l'AUDCG lorsqu'il dispose que « *l'interruption de la prescription a pour effet d'effacer le délai de prescription acquis. Elle fait couvrir un nouveau délai de même durée que l'ancien* » signalons qu'en son arrêt inédit n°103/2020 du 09 avril 2020, 3^{ème} chambre, dans l'affaire société NORGINE SAS c/ Société SETEXPHARM SARL, la CCJA a arrêté qu'une prescription acquise ne peut plus être interrompue.

1.2. LA DESIGNATION DU MEDIATEUR

Cette désignation obéit à certaines règles fixées par l'AUM. Le médiateur se doit d'accepter cette désignation et faire sa déclaration d'indépendance et d'impartialité.

En effet, les parties choisissent librement de commun accord le (s) médiateur (s) ce dernier n'est ni juge ni arbitre. Il ne décide pas et n'impose aucune solution aux parties.

Les parties peuvent aussi en référer à un centre ou une institution qui offre des services de médiation qui sera donc appelée « autorité de désignation ».

Le contenu de la déclaration du médiateur est fixé par l'article 5 alinéa 6 de l'AUM qui dispose :

« Lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance »

(Obligation de révélation de tout conflit d'intérêt, garanties d'indépendance, d'impartialité, disponibilité, fiabilité ; efficacité du processus).

Le médiateur peut se déporter ou être récusé dans les conditions prévues par le droit national des Etats parties à l'Ohada. Il est également soumis à des incompatibilités prévues à l'article 14 de l'AUM.

Enfin, le montant des frais et honoraires est fixé par les parties en médiation ad hoc et par le règlement de l'institution ou du centre en médiation institutionnelle.

2.CONDUITE DE LA MEDIATION

La conduite de la médiation n'obéit à aucun schéma précis. Les parties sont donc libres de convenir de la manière dont la médiation devra être conduite, sous l'égide du médiateur ou en référence à un règlement d'une institution de médiation.

Il recherchera constamment à avoir de la compréhension mutuelle entre parties, les conduire vers un dialogue franc et constructif.

2.1. PRINCIPES DIRECTEURS DE LA MEDIATION

Ils ont fixés par article 8 de l'AUM au terme duquel le médiateur et toute institution établie dans l'un des Etats parties offrant des services de médiation adhèrent aux principes garantissant 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.

Les parties ont la clé du processus de médiation et n'ont pour limite que le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Elles conviennent du lieu, des

dates de tenue des réunions, de la désignation d'un expert si elles subordonnent la solution de leur différend à un avis technique, d'arrêter la médiation par la conclusion d'un accord, de constater l'impossibilité de s'entendre etc.

2.2. LES ECHANGES ENTRE LE MEDIATEUR ET LES PARTIES

Il est admis que le médiateur rencontre les parties ou communique avec elles, ensemble ou séparément. La règle veut que les échanges soient néanmoins contradictoires, sans exclure la possibilité des apartés ou caucus. Mais le médiateur doit avoir une certaine autorité pour amener les parties à se rapprocher et conclure éventuellement un accord.

Par ailleurs le secret est à la base de la réussite de toute bonne négociation. Cela justifie les apartés. Si ces entretiens cloisonnés sont justifiés par la nécessité de préserver l'une des parties des révélations faites par l'autre partie au médiateur, ils doivent néanmoins être encadrés pour éviter les fraudes et abus.

Enfin, aux termes de l'article 7 alinéa 4 de l'AUM, « *Le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Toutefois, il peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend* ». la personnalité du médiateur est donc fondamentale pour une bonne conduite de la médiation.

B. LA FIN DE LA PROCEDURE DE MEDIATION

1. HYPOTHESES PREVUES PAR L'ACTE UNIFORME

La fin de la procédure de médiation intervient lorsque survient un des événements prévus par la loi, qui permettent d'apprécier si un accord n'est pas intervenu ou si un accord écrit signé par les parties et éventuellement par le médiateur est intervenu.

En effet aux termes de l'article 12 de l'AUM cinq cas permettent de mettre fin à la médiation à savoir :

- a) 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 ;
- b) La déclaration écrite du médiateur indiquant, après consultation des parties, que de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus, à la date de la déclaration, ou lorsqu'une des parties ne participe plus aux réunions de médiation malgré des relances du médiateur ;

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

d) La 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 ; ou

e) L'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur.

Il demeure que l'hypothèse la plus visée est celle de la signature d'un accord issu de la médiation à l'aune duquel l'on mesure l'efficacité du processus. Comme l'écrit un auteur, c'est l'accord sur le désaccord qui marque la bonne fin de la procédure et pousse les parties à respecter les engagements qui en résultent la mauvaise fin de la procédure est marquée par l'absence d'accord, c'est-à-dire la persistance du désaccord, le désaccord sur le désaccord. Ce désaccord résultera soit d'une déclaration du médiateur, fatigué de tenter le rapprochement parce qu'il a éprouvé toutes les ressources de son expertise, soit d'une déclaration des parties, soit de l'expiration du délai de médiation sans demande de prorogation. En tout état de cause, il y a là échec de la médiation et donc absence d'accord.

Il convient de noter que sont irrecevables, les moyens de preuve résultant de la médiation. En effet, la procédure de médiation étant confidentielle, le législateur a pris des dispositions pour empêcher l'utilisation des moyens de preuve en résultant dans une procédure judiciaire ou arbitrale ou toute procédure analogue ultérieure à la médiation. Cette interdiction s'impose aux parties, au médiateur et toute personne qui a été associée à l'administration de la procédure de médiation. Ils ne peuvent ni invoquer, ni présenter l'un ou l'autre des éléments ci-après énumérés par l'article 11 de l'AUM ni témoigner à leur sujet :

a) Une invitation à la médiation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation, sauf lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent Acte uniforme ;

b) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ;

- c) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de médiation ;
- d) Les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ;
- e) Le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ;
- f) Un document établi aux seules fins de la procédure de médiation.

L'alinéa 1 du présent article s'applique quel que soit le support ou la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés. La divulgation des informations visées à l'alinéa 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente. Si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en violation des dispositions de l'alinéa 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la médiation.

Les dispositions des alinéas 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent, que la procédure arbitrale ou judiciaire ou toute procédure analogue se rapporte ou non au différend qui fait ou a fait l'objet de la procédure de médiation.

L'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci.

2. L'ACCORD ISSU DE LA MEDIATION

L'accord scelle l'arrangement à l'amiable intervenu entre parties chaque partie ayant librement accepté ses termes, l'accord ne devrait pas souffrir d'exécution. Sa seule signature ne suffit pas néanmoins, car pour acquérir force exécutoire, l'accord doit être formalisé tant il peut faire l'objet de recours.

En effet, aux termes de l'article 16 de l'AUM, deux procédés permettent la formalisation de l'accord issu de la médiation à savoir le dépôt de l'accord au rang des minutes d'un notaire ou son homologation ou exequatur par le tribunal.

Un tel dépôt emporte reconnaissance d'écritures et de signatures faisant de l'accord de médiation un titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'AUPSRVE. Il va de soi qu'il faut une requête conjointe des parties pour que le notaire délivre une grosse ou une copie exécutoire. De même que l'accord désormais notarié fait pleinement foi jusqu'à inscription en faux.

L'AUM retient également au titre des formalités permettant de rendre exécutoire l'accord issu de la médiation l'homologation et l'exequatur, sans les définir.

Il s'agira, en l'occurrence, du fait pour le juge de reconnaître l'authenticité et de donner force exécutoire à un accord de médiation conclu dans l'Etat où l'exécution doit être poursuivie. La décision du juge est qualifiée d'exequatur lorsqu'elle porte sur un acte étranger, une sentence arbitrale ou un accord de médiation conclu hors de l'Etat où il doit recevoir exécution.

Il est important de relever que l'homologation transforme l'accord issu de la médiation, constaté dans un acte sous seing privé, en acte authentique, avec les conséquences formelles que cela comporte, à savoir une force probante renforcée et une possibilité de recourir directement aux voies d'exécutions.

Au contrario, le refus d'homologation ne prive pas l'accord de la force obligatoire entre les parties. Il vaut probatoirement comme acte sous seing privé, dépourvu cependant de force exécutoire. Son exécution volontaire reste possible en raison de sa force obligatoire, qui rend la demande d'homologation ou d'exequatur facultative et non impérative. Une telle demande n'est nécessaire que pour prévenir un refus d'exécution volontaire et aménager la possibilité d'une exécution forcée.

L'homologation ou l'exequatur est demandé à la juridiction compétente par requête conjointe des parties ou à défaut, à la requête de la partie la plus diligente. Il y a donc sur ce point une uniformisation par le législateur Ohada du régime de l'homologation de l'accord issu de la médiation, à l'opposé du législateur français.

Le juge saisi statue par ordonnance, et ne peut modifier les termes de l'accord issu de la médiation. Il se borne à vérifier l'authenticité de l'accord et fait droit à la demande dans un délai de 15 jours ouvrables à compter du dépôt de la demande.

Le droit national de chaque Etat partie désigne ce juge qui ne peut être que celui des référés ou la juridiction présidentielle et non le tribunal statuant au fond ou en contentieux et cela, en dépit des expressions utilisées par l'AUM de « *juge* » et « *juridiction compétente* ».

Ce juge, des requêtes ou de l'exequatur n'a de choix que soit d'accorder l'homologation ou l'exequatur auquel cas sa décision est insusceptible de recours ; soit ne pas répondre à la requête, comportement susceptible

d'exposer sa responsabilité professionnelle pour déni de justice, soit refuser. En cas de silence ou de refus d'homologation ou d'exequatur, sa décision est susceptible de recours devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, CCJA.

A cet égard, l'AUM admet une seule voie de recours à savoir le pourvoi en cassation devant la CCJA, lequel n'est admis que contre l'homologation ou l'exequatur automatique et contre la décision de refus.

En effet, en cas de silence ou défaut de décision du juge saisi dans le délai de 15 jours qui lui est imparti, l'accord de médiation bénéficie de l'homologation ou de l'exequatur automatique. La partie la plus diligente saisit l'organe compétent dans l'Etat partie pour y apporter la formule exécutoire (automaticité de l'homologation ou de l'exequatur). Le législateur fait ainsi de la simplification des procédures et de la célérité la clé de voûte du système juridique de l'Ohada en général et de l'efficacité de la médiation en particulier

La partie qui estime que l'accord est contraire à l'ordre public peut alors se pourvoir devant la CCJA dans les 15 jours qui suivent la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire

Ce recours est suspensif d'exécution, et la CCJA doit statuer dans les six (06) mois de sa saisine, les délais de procédure devant être réduits de moitié dit l'article 16 alinéa 8 de l'AUM.

En cas de refus d'homologation ou d'exequatur, la décision du juge ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA qui statue dans les mêmes conditions qu'en cas de recours contre homologation ou l'exequatur automatique.

Enfin alinéa 9 de l'article 16 prévoit que :

« Les dispositions des alinéas 4, 5, 6 et 7 du présent article s'appliquent à l'accord issu d'une médiation intervenue en l'absence de procédure arbitrale en cours. Lorsque l'accord issu d'une médiation intervient alors qu'une procédure arbitrale est en cours, les parties ou la partie la plus diligente avec l'accord exprès de l'autre partie peuvent demander au tribunal arbitral constitué de constater l'accord intervenu dans une sentence d'accord parties. Le tribunal arbitral statue sans débat, à moins qu'il estime nécessaire d'entendre les parties. »

CONCLUSION

Après l'arbitrage, la médiation est le deuxième mode alternatif de règlement des différends dans l'arsenal législatif Ohada. Ce nouveau dispositif dont le principe est de déjudiciariser les litiges élargit le champ de l'expression de la liberté relationnelle, contractuelle, de l'autonomie de la volonté des parties en garantissant l'efficacité et la transparence du processus à travers des règles claires.

Certes les dispositions légales sont supplétives de la volonté des parties qui peuvent décider comme bon leur semble, mais celles-ci veilleront à ce que l'expression de leurs volontés ne soit pas viciée sous peine d'exposer l'accord lui-même.

La conformité de l'accord de médiation à l'ordre public s'impose comme la seule limite à l'autonomie de la volonté des parties. Son contrôle ouvre la voie du recours en cassation devant la CCJA.

On le voit bien, l'AUM tient donc à privilégier la volonté des parties en favorisant l'accord de médiation par la sécurisation de son exécution. C'est à ce prix que la médiation occupera pleinement la place qui lui revient dans le règlement des différends et le rétablissement de la paix sociale.

Fait à Kinshasa, le 08/04/2022

Bâtonnier KAYUDI MISAMU Coco

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

1. Natalie Fricero et crts, **Le Guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)**, Dalloz, 2014-2015, Paris, 2014 ;
2. Edouard Kitio, **La Médiation en droit Ohada, les éditions de l'ERSUMA et recherche scientifique Universelle**, Yaoundé et Porto-Novo, 2021 ;
3. Loïc Cadiet et Thomas Clay, **Les modes alternatifs de règlement des conflits**, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2019 ;
4. Sylvie Adijès et Hélène Lesser, **Médiateurs et Avocats. Ennemis ? Alliés ?**, Ed. Médias & Médiations, Paris, 2014 ;
5. BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, **La médiation pour tous dans l'espace Ohada et en Afrique de l'Ouest-Théorie, pratique et cadre juridique de la médiation**, l'harmattan, Paris, 2018 ;
6. Guillaume-HOFNUNG, **La médiation**, PUF, Coll. « Que suis-je », Paris, 2007 ;
7. Nkulu Mukubu Lunda, « **La médiation du droit Ohada dans la sphère judiciaire congolaise**, Ohadata D 18-18 ;
8. FENEON Alain, **La médiation post-arbitrale ou la médiation au secours de l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les Etats** », in l'Etat africain dans l'arbitrage international ;