

Communication : Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit OHADA des contrats ?

Komi Tsakadi *

Les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) (en anglais "*alternative dispute resolution*" – ADR) désignent les mécanismes de résolution des différends qui se sont développés parallèlement au mécanisme étatique et qui ont pour objectif avoué de désencombrer les tribunaux.

Il existe trois grandes catégories de MARC : l'arbitrage, la conciliation et la médiation auxquelles il faut ajouter des variantes dont la plupart revendiquent une appartenance plus ou moins directe à la médiation et à l'arbitrage (le "*mini-trial*", le "*Med-Arb*", l' "*arbitrage baseball*" ...).

Il peut sembler que l'harmonisation du droit OHADA¹ des contrats ait privilégié l'arbitrage dans la mesure où il est prévu dans l'avant-projet des dispositions sur le tribunal arbitral sans oublier l'*Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* (AUA) entré en vigueur le 11 juin 1999.

Mais l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats préparé par UNIDROIT a prévu à l'article 12/7 que les parties peuvent demander à un tiers de les aider dans leur tentative de résoudre leur différend à l'amiable sans pour autant énumérer les MARC. Le choix d'un tiers reste donc libre et il convient de passer en revue les MARC susceptibles d'être utilisés par les parties, notamment l'arbitrage, la conciliation et la médiation.

Alternativement ou cumulativement, les parties peuvent chercher à écarter le litige, le contentieux ou particulièrement le contentieux judiciaire.

L'OHADA a consacré à l'arbitrage un Acte uniforme. De même, la conciliation est institutionnalisée dans l'Acte uniforme sur le recouvrement des

* Notaire à Lomé (Togo).

Communication écrite préparée pour les Actes du Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'*avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

¹ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

créances. Quant à la médiation, il semble que l'OHADA, en choisissant de ne pas l'institutionnaliser, entend ne pas dénaturer cette matière qui est par essence, un processus de nature conventionnelle et consensuelle.

1. L'arbitrage

L'arbitrage est un mode de règlement des litiges faisant intervenir un tiers choisi par les parties, l'arbitre, qui tranche le conflit en amiable compositeur. Il statue en équité. L'arbitre rend une décision juridictionnelle, qui s'impose par conséquent aux parties. Le recours à l'arbitrage peut se faire de deux manières. Il peut être organisé antérieurement à la naissance de tout litige. En effet, les parties cocontractantes peuvent insérer dans le contrat une clause compromissoire par laquelle elles s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. Le recours à l'arbitrage peut également se faire postérieurement à la naissance d'un litige par le biais d'un compromis. Le compromis d'arbitrage quant à lui est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage plutôt qu'au tribunal.

Le cadre juridique de ce MARC comprend : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, le règlement d'arbitrage de la *Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*² qui interprète et applique le droit uniforme ainsi que les Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage et Décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 portant approbation de la décision n° 004/99/CCJA relative aux frais d'arbitrage, sans oublier le préambule du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation des droits en Afrique qui affirme dans son article 1^{er} le désir des pays signataires de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. Il faut aussi ajouter l'article 278 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

L'OHADA a sans nul doute pris en compte l'engouement mondial pour l'arbitrage dans les conflits liés aux transactions commerciales internationales. Mais l'arbitrage est critiqué pour son coût et ses délais, ce qui a favorisé le développement d'autres modes alternatifs de résolution des conflits comme la médiation, d'où la tendance actuelle de l'incorporation de clauses de différends à deux volets conditionnant le recours à l'arbitrage à un recours à la médiation.

² Cette Cour administre aussi les procédures arbitrales soumises à son règlement.

2. La médiation

La médiation est un MARC basé sur l'intervention d'un tiers neutre, dont le rôle est, avec l'accord des parties, de les rapprocher et de les aider à trouver une solution satisfaisante et équitable, sans jamais les obliger en rien.

Elle est devenue aujourd'hui un mode privilégié de règlement des litiges, et ce, dans toutes les matières. En effet, elle suscite un véritable engouement : elle est à la mode. Ces dernières années, colloques et conférences sur la matière se sont multipliés. Les juristes vantent plus souvent ses mérites qu'ils ne la critiquent. Ses avantages en droit des affaires sont multiples.

En effet, elle offre une solution rapide puisqu'il ne s'agit pas d'instruire une cause, mais d'offrir aux parties la possibilité de comprendre quels sont les intérêts en présence et de concilier ceux-ci, en trouvant une solution judicieuse et créative adaptée à leurs besoins.

Au-delà de sa rapidité, le processus de médiation, au lieu d'opposer les parties et de donner raison nécessairement à l'une ou à l'autre, place le débat sur un plan commercial en cherchant le bénéfice de chacun plutôt que la condamnation de l'autre.

Un des autres avantages majeurs de la médiation réside dans son coût modéré. Les budgets consacrés à la conduite de procès sont en effet en constante inflation tant en raison de leur multiplication que de leur complexité croissante. La sophistication, ainsi que la longueur des documents contractuels, corrélée à l'internationalisation des transactions alourdissent le processus judiciaire et nécessite souvent l'intervention, coûteuse, de spécialistes dans plusieurs juridictions. Par opposition, la médiation est un processus dont les parties sont les acteurs principaux. Même s'il est préférable que les parties soient accompagnées d'un avocat, ce qui constitue un coût, et bien que le médiateur doive être rémunéré aussi et que plusieurs séances de médiation soient nécessaires pour parvenir à une solution, les sommes dépensées ne seront en rien comparables au prix d'un procès judiciaire ou arbitral.

Le dernier avantage de la médiation à mentionner est celui de la confidentialité. Depuis quelques années, l'hyper médiatisation des "affaires" a mis le risque d'image ou de réputation au centre des préoccupations des sociétés et nombre d'entre elles préfèrent résoudre leurs litiges hors des prétoires et loin des feux de l'actualité. Cela est particulièrement vrai pour les affaires bancaires et financières dont l'essence même est la discrétion. L'intervention d'un médiateur est d'autant plus recherchée que les parties sont unies pour le meilleur et pour le pire. C'est notamment le cas entre deux associés, une entreprise et son sous-traitant, un distributeur et son producteur.

3. La conciliation

Quant à la conciliation, c'est un mode alternatif de règlement des litiges qui peut se réaliser uniquement entre les parties, la présence d'un conciliateur n'étant pas nécessaire. L'OHADA l'a instituée à l'instar de l'arbitrage.

Le préalable de conciliation obligatoire a été institué dans le cadre des procédures simplifiées de recouvrement par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ce texte prévoit que lorsque l'ordonnance d'injonction de payer est signifiée au débiteur par le créancier, ce débiteur peut former opposition dans les quinze jours de la signification.

L'article 12 de l'Acte précité dispose 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 forme exécutoire".

L'article 26 du même Acte, dans le cadre de la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble demandé, organise une procédure de conciliation obligatoire dans les mêmes conditions qu'en matière d'injonction de payer.

4. Quel avenir pour les MARC dans les pays de l'OHADA ?

Le vrai défi reste de promouvoir auprès des praticiens de la justice (magistrats, avocats) et des entrepreneurs ces modes alternatifs de règlement de conflits ; d'où la nécessité de création ou de redynamisation des centres de médiation, de conciliation et d'arbitrage indépendants ou affiliés à des chambre de commerce dans nos pays. Il faut aussi enseigner aux étudiants appelés à devenir des praticiens du droit ces modes alternatifs de règlement des conflits.

Le professionnel du droit : notaire, authenticateur³ des actes de sociétés commerciales et praticien des contrats, appelé à élaborer et à sécuriser les relations d'affaires, doit nécessairement être amené à insérer ou à conseiller des clauses de médiation et ou d'arbitrage dans les contrats qu'il rédige ou qu'il conseille en vue de la résolution amiable des conflits commerciaux auxquels pourraient faire face ses clients dans leurs relations d'affaires et leur permettre d'éviter de longs procès, d'autant plus que l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en cours d'adoption, admet la possibilité pour les cocontractants d'insérer dans leurs contrats des clauses de différends.

³ Institué par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

La réforme de la justice en cours dans certains pays comme le Togo devra opter pour la promotion et le renforcement des MARC comme moyen de désengorger nos tribunaux mal outillés mais aussi comme moyen de pallier la corruption judiciaire, un fléau dans nos pays selon le dernier rapport de *Transparency International* publié fin mai 2007 et intitulé “*Rapport mondial sur la corruption 2007 : la corruption dans le système judiciaire*”.

~ ~ ~