

# Le rôle de l'avocat dans les modes alternatifs de résolution des conflits en Italie (à propos de la loi du 10 novembre 2014, n° 162)

Guido Alpa<sup>1</sup>

<b>I. Aperçu général</b> .....	918
<b>II. Les défis du Conseil National des Barreaux</b> .....	919
<b>III. Le d.l. n° 132/2014: le transfert en arbitrage</b> .....	920
<b>IV. Procédure de négociation assistée par un ou plusieurs avocats (art. 2-11)</b> .....	922
<b>IV.1. Négociation volontaire et négociation obligatoire</b> .....	922
<i>A. Négociation volontaire (art. 2)</i> .....	922
<i>B. Négociation obligatoire (art. 3)</i> .....	923
<b>IV.2. L'accord de négociation assistée par un avocat pour la solution consensuelle de la séparation de corps, de la cessation des effets civils ou de dissolution du mariage, de modification des conditions de séparation ou de divorce en l'absence d'enfants mineurs ou non autosuffisants (art. 6)</b> .....	924
<b>IV.3. L'accord de négociation assistée par un avocat pour la solution consensuelle de séparation de corps, de cessation des effets civils ou de dissolution du mariage, de modification des conditions de séparation ou de divorce en présence d'enfants mineurs ou non-autosuffisants</b> .....	924
<b>IV.4. Obligations, devoirs déontologiques et garanties de l'avocat</b> .....	925

## RÉSUMÉ

*Le professeur Guido Alpa, qui a été pendant de longues années le Président des avocats d'Italie, fait, dans ce bref commentaire critique de la loi italienne du 10 novembre 2014, un vibrant appel à ses confrères afin qu'ils apportent leur pleine collaboration, créative et active, à la réussite des modes alternatifs de règlement des litiges pour, suivant la ratio legis de cette loi, remédier efficacement à l'encombrement des Cours et Tribunaux italiens et leur permettre de mieux assurer, dans des conditions et des délais plus raisonnables, les hautes missions qui sont les leurs dans l'accomplissement de l'œuvre de justice.*

## SAMENVATTING

*In deze korte bespreking van de Italiaanse wet van 10 november 2014, richt professor Guido Alpa, die lange jaren voorzitter van de Italiaanse advocaten is geweest, een dringend oproep tot zijn confraters opdat zij hun volle, creatieve en actieve medewerking zouden verlenen aan het succes van de alternatieve wijzen van geschillenbeslechting ten einde, in overeenstemming met de ratio legis van die wet, op doeltreffende wijze een oplossing te bieden voor de overbelasting van de Italiaanse hoven en rechtbanken en om hen toe te laten om beter, in redelijkere omstandigheden en termijnen, de belangrijke opdrachten uit te voeren die een noemenswaardige justitie veronderstelt.*

## I. APERÇU GÉNÉRAL

Face au grave état d'essoufflement qui affecte la justice civile<sup>2</sup>, les gouvernements qui se sont succédés au cours de la dernière décennie ont mis en œuvre des politiques et des mesures fortes aux fins d'augmenter le recours aux formes de justice alternatives. La première étape de cette orientation

résulte clairement du décret législatif n° 28/2010 qui, dans sa transposition de la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, a introduit dans notre système le recours à la médiation obligatoire<sup>3</sup> (non seulement transnationale) en matière civile et commerciale en

<sup>1</sup> Ce texte a fait l'objet d'une conférence qu'à l'invitation de la Fondation De Caluwé et de l'association d'avocats De Caluwé & Horsmans, Guido Alpa, professeur à la Sapienza, avocat au barreau de Rome et Président, à cette date, des Avocats d'Italie, a faite à la Fondation Universitaire (Bruxelles) le 3 février 2015.

<sup>2</sup> Circonstance qui a des retombées jusque sur le PIB national, comme l'établit clairement le Doing Business Report 2015 de la Banque Mondiale, disponible à l'adresse [www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015](http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015).

<sup>3</sup> Le choix du caractère obligatoire a été décidé par le législateur italien, et non par la directive susdite.

imposant son application à un vaste éventail de litiges<sup>4</sup>. La version originale du texte normatif a subi de nombreux reproches d'inconstitutionnalité. Suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 272/2012, le législateur a, par le « decreto del fare » (décret de mise à jour) (d.l. n° 69/2013, transformé et modifié par la loi n° 98/2013), réformé le système en élaborant un nouveau modèle de médiation qui, tout en reconfirmant celle-ci comme condition d'admissibilité du procès, a fortement influencé son caractère obligatoire<sup>5</sup>. Cette adaptation a, en effet, conféré un rôle central à la volonté de conciliation des parties par l'institution d'une rencontre préliminaire, qui peut être définie comme « exploratoire » quant à la réelle intention de poursuivre le déroulement de la procédure et a imposé l'assistance obligatoire de l'avocat.

Le d.l. n° 132 de 2014, converti en loi avec des modifications, n° 162 du 10 novembre 2014, va dans le même sens et est dès lors aussi plus sensible à la volonté réelle des parties.

Cette législation reprend, dans les deux premiers paragraphes consacrés respectivement au « *transfert au collège arbitral* » de litiges civils pendants et à la procédure de négociation assistée par des avocats, les idées et les propositions que le Conseil National des Barreaux a formulées à de multiples reprises pour contribuer à la meilleure gestion possible de l'arriéré judiciaire et pour restituer à la justice la fonctionnalité et l'efficacité qui doivent être les siennes.

Le même intitulé de cette mesure contient aussi le terme « déjuridictionnalisation » du contentieux civil qui consacre, pour la première fois de manière explicite, la volonté politique d'alléger l'introduction et le suivi des procédures

judiciaires à la faveur d'instruments et de procédures destinés à décourager le recours aux juridictions publiques.

Je ne peux que regretter qu'au lieu de favoriser, par des mesures appropriées, le recours aux procédures de résolution alternative des conflits, les politiques législatives italiennes prétendent l'imposer de manière impérative et rendent en tout cas l'accès à la justice publique de plus en plus lourd.

C'est ainsi que tout en introduisant, dans le système juridique, des moyens qui pourraient constituer des alternatives valables au procès traditionnel, le législateur italien n'offre à ses citoyens – et aux avocats appelés à les gérer en première ligne – que des instruments émoussés, peu fonctionnels et dépourvus de tout type quelconque d'incitation.

On peut notamment relever, dans ce survol préliminaire et avant d'aborder l'examen analytique des dispositions nouvelles, l'absence totale d'avantages fiscaux susceptibles de favoriser le recours aux deux nouvelles institutions; la discipline confuse du transfert à l'arbitrage (art. 1<sup>er</sup>, al. 4) et les complications procédurales introduites dans le domaine de la négociation familiale en l'absence d'enfants mineurs ou non autosuffisants (art. 6, al. 2).

Ces interventions ou ces manques d'intervention démontrent que la culture des MARC ne s'est pas encore implantée dans notre pays et qu'elle est, au niveau des classes politiques, plus profondément absente qu'elle ne l'est à celui de la population en général et de chaque citoyen en particulier. Il s'impose, en effet, de comprendre et d'accepter que, par définition même, les instruments de résolution des litiges sur la base de la négociation ne peuvent pas être imposés et qu'ils doivent se fonder sur la volonté commune et solidaire des parties en litige.

## II. LES DÉFIS DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

C'est dans ce contexte que le Conseil National des Barreaux est appelé aujourd'hui à opérer.

Il incombe donc à l'avocat, en tenant compte de toutes les limites que comportent les interventions normatives en matière de MARC, d'exercer son rôle et sa mission de défenseur des droits aux fins d'en assurer la meilleure réalisation possible et d'offrir à son client les solutions les plus utiles et les plus avantageuses. C'est d'ailleurs ce que l'avocat est appelé à faire aux termes du nouveau régime du barreau: si la mission de l'avocat consiste en effet à « garantir au citoyen l'efficacité de la protection des droits » (art. 2, al. 2, loi 247/2012), il apparaît de toute évidence que le procès classique est de moins en moins susceptible de garantir cette efficacité de sorte que, dans ses services-conseil et son assistance (art. 2, al. 6,1, 247/2012), l'avocat doit, pour demeurer

fidèle à sa mission, mettre tout en œuvre pour chercher, notamment dans les MARC, d'autres lieux et d'autres formes, aussi ou plus opportunes et efficaces, de protection et de sauvegarde.

Le Conseil National des Barreaux a joué son rôle dès l'introduction du décret législatif n° 28 de 2010, que ce soit en étant l'artisan de la vérification de la constitutionnalité du texte original ou en contribuant au fonctionnement concret et quotidien de cette institution. Les Ordres professionnels qui, en vertu de l'article 19 du décret législatif n° 28/2010, bénéficient d'une inscription « de droit » dans le registre ministériel des organismes de médiation, ont constitué un très vaste réseau de ces services. Ils sont souvent les seuls ou comptent par les rares organismes qui offrent cette possibilité nouvelle dans des zones du territoire national qui ne pré-

<sup>4</sup> Soc., 2013, 77 et s., avec une note de LUISO, « L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali ».

<sup>5</sup> Cf. SANTI, « Opportunità, strategie e cautele de nuovo modello di mediazione civile e commerciale », in Soc. 2014, 1105 et s.

sentent aucun avantage économique significatif qui inciterait à leur existence et à leur fonctionnement.

En outre, les données statistiques recueillies à partir de plusieurs sources à propos du recours à la médiation révèlent que dès l'introduction de cette institution (et donc bien avant que l'assistance de l'avocat ne soit rendue obligatoire en vertu du décret de mise à jour (« del fare ») déjà cité, les parties sollicitaient en fait l'assistance d'un avocat dans la majorité des cas. Dans presque 90% des cas, les parties demanderesse se sont fait assister par un professionnel, pourcentage qui reste élevé par rapport à l'assistance sollicitée par la partie invitée à la médiation. Il est assurément inexact – à l'encontre de ce qu'on laisse souvent sous-entendre – que la présence d'un conseil constituerait un obstacle à la conclusion d'un accord de conciliation dès lors que même s'il n'est pas possible d'établir des statistiques quant aux parties non assistées, le pourcentage des accords conclus avec la participation de conseils est très élevé<sup>6</sup>.

Aujourd'hui, la tâche des avocats devient encore plus ardue.

Nous devons mettre notre professionnalisme au service tant de chaque client que de la justice elle-même en privilégiant,

au premier titre, la culture de la négociation. Pouvoir obtenir, pour le client, une solution négociée du litige qui, dès sa signature, a l'efficacité du titre exécutoire et permet l'inscription de l'hypothèque judiciaire, représente un avantage très appréciable pour les parties tant au niveau des coûts qu'à celui des délais. Offrir avec la dite *translatio* en arbitrage, un *discessus*, même s'il n'est objectivement pas toujours *commodus*, d'un procès civil stagnant, caractérisé par des temps morts très longs et par le renvoi fréquent des parties d'un siège à l'autre, représente aussi une nouvelle opportunité qui mérite d'être explorée.

Il s'impose donc d'investir en formation nouvelle car l'avocat est, du chef de sa formation traditionnelle, plus familiarisé au contentieux juridique classique et souvent désorienté par toutes les formes de recherche de la solution des litiges par la rencontre des volontés des parties.

Les efforts du Conseil National des Barreaux continueront à être menés et poursuivis à ces fins afin de relever les nouveaux défis auxquels les avocats sont actuellement confrontés.

### III. LE D.L. N° 132/2014: LE TRANSFERT EN ARBITRAGE

La loi du 10 novembre 2014, n° 162 de conversion avec modification du décret-loi n° 132 du septembre 2014, publié dans le *Journal officiel* le 10 novembre, se compose de sept chapitres. Elle introduit des institutions hétérogènes tendant, comme l'énonce son intitulé, à la « *déjuridictionnalisation* » du contentieux civil. Avec certaines modifications importantes du décret-loi, la loi introduit des mesures qui facilitent l'accès à des institutions et à des instruments alternatifs de résolution des conflits avant l'introduction du procès ou pendant son déroulement. Les dispositions contenues dans les trois premiers chapitres de la loi partagent ce même « *ratio* ». Le premier chapitre prévoit en effet la possibilité d'un transfert à l'*arbitrage* d'un litige pendant au premier degré ou en appel (Chapitre I<sup>er</sup>, art. 1<sup>er</sup>). Le chapitre II (art. 2-11) introduit la procédure de négociation assistée par un avocat, applicable non seulement en matière de droits disponibles mais également à la séparation de corps des conjoints et au divorce selon des procédures différentes suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'enfants non autosuffisants.

Les réflexions qui suivent portent sur ces dispositions nouvelles<sup>7</sup>.

Le premier article de la loi prévoit donc la possibilité – de l'accord conjoint des parties – de transférer le contentieux civil relatif à des droits disponibles (à l'exclusion de la matière du travail et de la prévoyance sociale) à la procédure arbitrale. Cette *translatio* est également possible « *dans les affaires portant sur les droits qui ont dans la convention collective de travail leur propre source exclusive, à la condition que le contrat lui-même ait prévu et réglementé la solution arbitrale* ».

Pour les conflits dans lesquels une partie est une administration publique et dont la valeur est inférieure à 50.000 EUR en matière de responsabilité extracontractuelle ou qui a pour objet le paiement de sommes d'argent, la *translatio* à l'arbitrage est semi-automatique (al. 1<sup>er</sup>) puisqu'elle a lieu à la seule demande de la partie privée sous réserve toutefois que

<sup>6</sup> Cf. ALPA-IZZO, « Il modello italiano di mediazione : le ragioni di un insuccesso », in AA. VV., *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, (sous la direction de ISDACI), 2012.

<sup>7</sup> Cette loi comprend également des mesures plus générales tendant à augmenter et à garantir l'efficacité et la célérité des procès de connaissance et d'exécution. Plus particulièrement, le chapitre IV envisage « *d'autres mesures pour la fonctionnalité du procès civil de connaissance* » consistant dans un durcissement de la discipline de la compensation des frais procéduraux (art. 13), dans la passerelle entre le rite ordinaire et le rite sommaire de connaissance (art. 14) et dans la réduction de la période de suspension des conditions de congé (art. 16). Le chapitre V (art. 17-20) introduit des dispositions hétérogènes en matière de protection du crédit et influence donc tant la matière des procédures exécutoires individuelles que celles relatives au concours des créanciers. L'article 21 (chapitre VI) énonce des dispositions sur « *les déplacements successifs des magistrats* » en vue de « *l'amélioration de l'organisation judiciaire* ». Les dernières dispositions de la loi relèvent de la matière financière (art. 22) et de son entrée en vigueur. La loi de conversion est entrée en vigueur le lendemain de la publication dans le *J.O.* et donc le 11 novembre, sous certaines réserves et sans préjudice des dispositions du d.l. qui était déjà en vigueur depuis le 13 septembre.

« l'administration publique n'exprime son désaccord par écrit dans les trente jours à compter de la demande ».

Le transfert peut être proposé pour toutes les affaires pendantes au premier degré ou au degré d'appel tant qu'elles n'ont pas été mises en délibéré.

Le contentieux se poursuivra devant un collège arbitral ou devant un arbitre unique pour les litiges d'une valeur inférieure à cent mille euros « à la condition que les parties le décident conjointement »<sup>8</sup>.

Les arbitres doivent être exclusivement des avocats (i) nommés conjointement par les parties (ii) ou par le Président du Barreau de la circonscription où est sis le tribunal compétent pour connaître de l'affaire parmi les avocats qui, « avant la transmission du dossier, ont fait tenir une déclaration de disponibilité au Barreau lui-même » (al. 2)<sup>9</sup>. Il faut que les avocats aient une ancienneté d'inscription d'au moins 5 ans et qu'ils n'aient pas subi de condamnations disciplinaires définitives « comportant la suspension du Barreau » dans les 5 années précédentes. En outre, il y a incompatibilité entre la fonction de conseiller du Barreau et la fonction d'arbitre. Cette incompatibilité est étendue aux conseillers sortants pour une durée égale à celle du mandat qu'ils ont exercé.

Quant à la rémunération prévue pour les arbitres, l'alinéa 5 dispose que des réductions des paramètres peuvent être fixées par décret réglementaire du ministère de la Justice<sup>10</sup>. Les paramètres du tribunal s'appliquent donc tant que ce décret n'est pas promulgué. La même disposition exclut l'application de l'article 814, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile selon lequel « les parties sont tenues solidairement au paiement, sauf le droit de recours entre eux ». La conséquence en est que « l'obligation de paiement grèvera individuellement chaque partie ».

Ce même décret fixera également « les critères pour l'attribution des arbitrages parmi lesquels, en particulier, les compétences professionnelles de l'arbitre, compte tenu, entre autres, des raisons du différend, de l'objet de la controverse ainsi que du principe du roulement dans l'attribution des fonctions, en prévoyant notamment des systèmes de désignation automatique » (al. 5bis).

En ce qui concerne les règles applicables à l'arbitrage, l'alinéa 1<sup>er</sup> renvoie à tout le Titre VIII du Livre IV du Code de procédure civile, ce qui semble permettre de procéder également selon les formes de l'arbitrage non rituel (art. 808ter). Cependant, le rappel aux « effets d'arrêt du jugement » et à

« l'opposition pour nullité de celui-ci ex article 830 », semblent, opportunément, limiter la référence à l'arbitrage rituel.

La durée maximale de la procédure est fixée à 120 jours à compter de l'acceptation « du collège »<sup>11</sup>. « Les arbitres ont la faculté, sous réserve de l'accord préalable des parties, de demander que le délai pour le dépôt du jugement soit prorogé de trente jours. » Les effets substantiels procéduraux de la demande originale restent inchangés et, comme on l'a déjà relevé, « la sentence arbitrale a les mêmes effets que le jugement ou l'arrêt ». Il est spécifié que les déchéances et les forclusions intervenues dans le jugement des juges publics demeurent en leur état dans le procès arbitral<sup>12</sup>.

Les arbitres se prononcent par jugement attaquant pour nullité, comme il résulte du renvoi à l'article 830 du Code de procédure civile (art. 1<sup>er</sup>, al. 4).

La « *translatio* » n'empêche pas un nouveau transfert du litige au niveau judiciaire, ce qui est possible dans plusieurs cas.

En particulier, les parties doivent représenter l'affaire devant le juge originairement compétent (art. 1<sup>er</sup>, al. 4):

- a. dans le cas du transfert d'une action pendante au degré d'appel: si le jugement arbitral n'est pas prononcé dans les 120 jours, il revient aux parties de reprendre l'affaire dans les 60 jours suivants sous peine de l'extinction du procès et de l'application de l'article 338<sup>13</sup>. Par suite, dans ce cas, le jugement prononcé au premier degré aura la force de la chose jugée « sous réserve qu'en aient été modifiés les effets par des mesures prononcées dans la procédure éteinte » soit, en d'autres termes, par un jugement partiel ou non définitif (sur une question préliminaire au fond par exemple);
- b. dans les 60 jours à compter de l'arrêt de la Cour d'appel qui a déclaré la nullité du jugement arbitral prononcé dans les délais requis;
- c. « ou, en tout cas, avant l'échéance du terme fixé pour la reprise ».

Cette disposition n'est pas très claire. Elle semble se référer à l'hypothèse où le jugement arbitral de « premier degré » a été prononcé dans le délai de 120 jours. Dans ce cas, on pourrait appliquer l'obligation de la reprise dans les 60 jours fixés expressément pour les résultats du jugement arbitral à la suite de la « *translatio* » au premier et au second degré. Il s'agirait, en d'autres termes, de l'obligation de reprise au niveau judiciaire pour les jugements arbitraux qui ne sont

<sup>8</sup>. C'est en ce sens que dispose l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> tel que modifié au niveau de la conversion. L'alinéa 4 – qui fait état du transfert en degré d'appel – continue à se référer à la seule éventualité d'un collège arbitral.

<sup>9</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de créer un tableau tenu par le COA. Rien ne s'oppose cependant qu'il y soit pourvu pour rendre la procédure de transfert plus transparente et plus efficace.

<sup>10</sup>. A adopter dans les 90 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi de conversion.

<sup>11</sup>. *Rectius*, à compter de la dernière acceptation dans le cas où celle-ci – comme il est probable – ne parvienne pas en même temps de la part de tous les membres du collège.

<sup>12</sup>. Principe qui tend à justifier l'exclusion de la possibilité d'un arbitrage en équité.

<sup>13</sup>. La reprise empêche le prononcé ultérieur d'un jugement arbitral.

pas rendus et prononcés dans les 120 jours (cas d'espèce soustrait au régime ordinaire d'incontestabilité prévu par l'art. 829, n° 6<sup>14</sup>; reprise à la suite du résultat victorieux de la contestation dans la procédure en nullité dans les autres cas).

Dans les hypothèses sous b et sous c, on ne spécifie pas les conséquences de la non-reprise: même si, non sans perplexité<sup>15</sup>, on est amené à penser qu'il pourrait y avoir application dans ce cas également des dispositions prévues pour l'extinction du procès en vertu des articles 310 ou 338 selon le degré de la transmission.

Sans préjudice de la faveur rencontrée par l'introduction

d'une mesure novatrice, on doit souligner, une fois de plus, qu'en l'absence d'incitations spécifiques et notamment de mécanismes appropriés d'incitation fiscale, cette institution risque d'avoir un impact réel assez limité.

Il y a aussi de grands risques de retour au siège de la juridiction publique. A cet égard et outre de ce qui a déjà été relevé, il aurait été préférable que la possibilité de reprise soit limitée aux seuls cas de non-prononcé du jugement arbitral dans les délais prévus. Tout aussi porteur de problématiques applicatives et systématiques importantes est la prévision d'un arbitrage « *d'appel* ».

#### IV. PROCÉDURE DE NÉGOCIATION ASSISTÉE PAR UN OU PLUSIEURS AVOCATS (ART. 2-11)

Comme on l'a déjà relevé, le d.l., qui fait l'objet de ce commentaire, a introduit la procédure de négociation assistée par des avocats. Le texte en prévoit trois formes distinctes:

- a. volontaire (art. 2, al. 1<sup>er</sup>);
- b. obligatoire (art. 3);
- c. « *pour les solutions consensuelles de séparation de corps, de cessation des effets civils ou de cessation du mariage, de modification des conditions de séparation ou de divorce* » par procédure distincte selon qu'il y ait des enfants autosuffisants ou non (art. 6).

Il s'agit d'un « *accord moyennant lequel les parties conviennent de coopérer de bonne foi et avec loyauté pour résoudre à l'amiable le différend moyennant l'assistance de leurs avocats* ». La communication de l'invitation à le conclure ou la signature de l'accord produisent, au niveau de la prescription les mêmes effets que la demande judiciaire et empêchent, à une seule reprise, l'expiration de la déchéance (art. 8)<sup>16</sup>.

Les parties doivent préciser la durée maximale de la procédure qui ne peut être inférieure à 1 mois ni supérieure à 3 mois. Ce délai est, moyennant l'accord des parties, susceptible de prorogation pour une durée de 30 jours (art. 2, al. 2, b)).

La solution de négociation du litige doit, une fois acceptée, être confirmée par écrit. Les avocats la signent et garantissent sa conformité « *aux normes impératives et à l'ordre public* » en certifiant, sous leur responsabilité, les signatures apposées par les parties. L'accord conclu constitue un titre exécutoire et un titre valable pour l'inscription de l'hypothèque judiciaire sans qu'il ne soit besoin d'une procédure

d'homologation judiciaire (art. 5). Il doit être intégralement transcrit dans le texte conformément à l'article 480 du Code de procédure civile<sup>17</sup>.

« *Si par cet accord les parties concluent un acte soumis à transcription, pour procéder à la transcription de celui-ci, la signature du procès-verbal doit être authentifiée par un officier public habilité à cet effet.* » (art. 5).

##### IV.1. Négociation volontaire et négociation obligatoire

###### A. Négociation volontaire (art. 2)

La procédure de négociation volontaire doit être précédée de la stipulation, sous forme écrite, d'un accord *ad hoc*. Celui-ci doit porter exclusivement sur des droits disponibles, à l'exclusion de la matière du travail<sup>18</sup>. Il doit préciser un délai maximal, non inférieur à 1 mois et non supérieur à 3 mois (susceptible de prorogation d'1 mois), pour la mise en œuvre de la procédure de négociation. Cet accord doit être stipulé avec l'assistance des avocats, qui « *certifient l'authenticité des signatures apposées sur le contrat sous leur propre responsabilité professionnelle* » (al. 6).

Ledit accord peut être stipulé également en adhérant à la proposition (« invitation ») de l'autre partie, comme il découle de la teneur de l'article 4.

« *L'invitation à stipuler cet accord doit indiquer l'objet du litige et contenir l'avertissement que la non-réponse à l'inv-*

<sup>14</sup>. Au vu duquel le jugement est susceptible d'être contesté au titre de nullité s'il est prononcé au-delà du terme à condition que « (...) la partie, avant la délibération du jugement arbitral résultant du dispositif signé par la majorité des arbitres, ait notifié aux autres parties et aux arbitres qu'elle entend faire valoir cette déchéance » (art. 821).

<sup>15</sup>. Les hypothèses d'extinction ne devraient pas être applicables par voie analogique.

<sup>16</sup>. « (...) mais si l'invitation est refusée ou n'est pas acceptée dans le délai visé à l'article 4, alinéa 1, la demande judiciaire doit être proposée dans le même délai de déchéance à compter du refus, de la non-acceptation dans le délai ou par la déclaration de non-accord certifié par les avocats ».

<sup>17</sup>. Par suite, il est prévu la même prescription pour l'accord stipulé suite à la médiation comprenant l'alinéa 4bis de l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret législatif du 4 mars 2010, n° 28.

<sup>18</sup>. A la différence des dispositions du texte originaire du d.l. qui prévoyait également que l'accord fût soustrait au régime de recours prévu par l'article 2113 Code civil.

*tation dans les trente jours à compter de la réception ou son refus peut être évalué par le juge pour établir les frais du jugement et les dispositions prévues par les articles 96 et 642, premier alinéa du Code de procédure civile »<sup>19</sup>.*

En d'autres termes, le refus ou le silence face à l'invitation pourrait donc, outre de constituer un élément d'évaluation d'une responsabilité éventuellement alourdie au titre des frais, empêcher l'octroi de l'exécution provisoire *ex lege* du décret d'injonction.

La simple formulation de l'invitation permet l'interruption – instantanée et permanente – de la prescription et les effets sur la déchéance visés à l'article 8 mentionné ci-dessus.

Il n'y a pas de conséquence, par contre, pour le cas de non-accord à la suite du déroulement de la procédure de négociation, dès lors que l'unique prévision consacrée à cette matière concerne la certification qui doit être rédigée dans ce but par les avocats désignés<sup>20</sup>.

### **B. Négociation obligatoire (art. 3)**

La négociation assistée représente une condition nécessaire pour pouvoir intenter un procès dans une série de matières. L'exception y relative peut être soulevée, même d'office mais elle ne peut plus l'être après la première audience. Le juge fixera un délai de 15 jours pour la communication de l'invitation et l'audience suivante ne sera pas fixée avant 1 mois (renvoi à l'art. 2, al. 3). Un renvoi sera octroyé si la procédure est engagée mais non conclue.

La tentative de la procédure de négociation assistée n'exclut pas l'octroi de mesures urgentes et conservatoires, ni la transcription de la demande judiciaire.

La condition d'admissibilité des poursuites est considérée comme avérée « *si l'invitation n'est pas suivie d'adhésion ou est suivie d'un refus dans les trente jours à partir de sa réception ou quand s'est écoulé le délai* » fixé par les parties. Au niveau de la conversion, il a été prévu, par une disposition difficilement explicable, que le délai pour la mise en œuvre de la négociation « *pour des matières sujettes à d'autres délais d'admissibilité, parte au même moment que ceux-ci* » (al. 5, 2°, Code de procédure civile). On pourrait soutenir que le déroulement de la négociation est valable pour réaliser d'autres conditions d'admissibilité dans les matières dans lesquelles elle est recevable et, donc, par exemple, qu'elle évite la nécessité de procéder à une média-

tion obligatoire mais non à la tentative de conciliation en matière du travail dans les hypothèses où elle demeure obligatoire.

En ce qui concerne les matières où celle-ci est prévue sous peine de non-admissibilité de la procédure, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 évoque les litiges « *en matière de réparation du dommage causé par la circulation de véhicules et de bateaux* » sans limites de valeur, ainsi que les demandes de paiement « *à quelque titre que ce soit, de sommes ne dépassant pas cinquante mille euros* ».

Cependant, cette disposition doit être interprétée conjointement avec les diverses clauses de spécialités envisagées par ce même article 3. En particulier, en ce qui concerne les actions de condamnation, l'alinéa 1<sup>er</sup> conserve les dispositions de l'article 5, alinéa 1*bis* du décret législatif n° 28/2010, à savoir les dispositions liées à des matières pour lesquelles il est obligatoire de pratiquer la procédure de la médiation. La même disposition sanctionne l'exclusion des « *litiges relatifs aux obligations contractuelles découlant des contrats conclus entre professionnels et consommateurs* ».

L'alinéa 5, en outre, maintient « *les dispositions qui prévoient des procédures spéciales obligatoires de conciliation et de médiation, quelles que soient leur dénomination* ». Par ailleurs, sont exclus du groupe tous les différends où la partie peut se présenter personnellement à la procédure judiciaire (al. 7).

L'étape de la négociation n'est pas nécessaire:

- a. dans les procès par injonction, y compris l'opposition;
- b. dans les procès de conseil technique préventif aux fins de définition du litige (art. 696*bis* du Code de procédure civile);
- c. dans les procès d'opposition ou incidents relatifs à l'exécution forcée;
- d. dans les procès en chambre de conseil;
- e. dans l'action civile exercée dans le procès pénal (al. 3).

L'article 4 régit, quant à lui, la « non-acceptation de la convocation » et le « non-accord » (*cf. supra, sub lett. a*).

Le recours à l'institution de la défense aux frais de l'Etat (al. 6) est expressément exclu à la différence des dispositions relatives à la médiation obligatoire.

Cette disposition est destinée à entrer en vigueur après l'écoulement des 90 jours à compter de l'entrée en vigueur de la loi de conversion (art. 3, al. 8).

<sup>19</sup>. La disposition semble avoir une portée générale et donc ne pas être limitée aux hypothèses de négociation obligatoire. Cette interprétation semble opportune dès lors qu'elle permet de surveiller, avec des sanctions *ad hoc* à l'appui, également la négociation volontaire. L'interprétation proposée est confirmée par la circonstance qui fait que l'art. 4 évoque l'article 642, alinéa 1<sup>er</sup>, en d'autres termes la procédure par injonction, expressément exclue du champ d'application de la forme obligatoire.

<sup>20</sup>. L'alinéa 3 n'y étend pas les conséquences visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

## **IV.2. L'accord de négociation assistée par un avocat pour la solution consensuelle de la séparation de corps, de la cessation des effets civils ou de dissolution du mariage, de modification des conditions de séparation ou de divorce en l'absence d'enfants mineurs ou non autosuffisants (art. 6)**

La procédure de négociation assistée par un avocat peut également être utilisée pour rechercher et aboutir à « *une solution consensuelle de séparation de corps, de cessation des effets civils du mariage, de dissolution du mariage* »<sup>21</sup>, aux conditions et dans le respect des limites temporelles prévues par la législation en la matière, ainsi que pour la modification des conditions de séparation ou de divorce.

A cet accord peuvent être considérées comme applicables, en tant que compatibles, les dispositions générales visées à l'article 2 de ce même d.l., en ce qui concerne la forme, la durée et les obligations d'information. Au contraire, les dispositions relatives au silence ou au refus d'y adhérer visées à l'article 4, ne semblent pas compatibles avec la matière concernée.

L'accord produit les mêmes effets que les mesures judiciaires qui concluent les procédures publiques sans besoin d'homologation judiciaire et c'est en vertu de celles-ci que seront effectuées les annotations de rigueur dans les actes de mariage (art. 6, alinéa 5).

Cependant, au niveau de la conversion, on a prévu une mesure préventive qui risque de miner fortement l'efficacité de cette institution.

En effet, afin que l'accord conclu puisse exercer les effets décrits et être transcrit dans les registres, il est nécessaire que le « procureur de la République auprès du tribunal compétent » communique aux avocats une « *autorisation* » s'il ne constate aucune « *irrégularité* »<sup>22</sup>. Ce n'est qu'à la suite de l'octroi de ladite autorisation qu'il est possible de procéder aux obligations successives ou à la transmission obligatoire, « *dans les 10 jours, à l'officier de l'état civil de la Mairie où le mariage a été transcrit, copie authentifiée par celui-ci de l'accord assorti des certifications* » relatives « *à l'authenticité des signatures et à la conformité aux normes impératives et à l'ordre public* ». La violation de cette obligation est assortie d'une sanction administrative pécuniaire allant jusqu'à 10.000 EUR, prononcée par la commune compétente pour le registre.

On ne peut que constater que ce mécanisme de contrôle est déraisonnable en l'absence d'enfants non-autosuffisants. En premier lieu, il faut souligner qu'aucun délai n'est prévu pour les actions du ministère public ni et qu'aucun méca-

nisme de substitution n'est envisagé quant à l'expression dudit consentement, ce qui entraîne comme conséquence que le calendrier de toute la procédure est totalement incertain et que cette incertitude cause d'évidentes difficultés aux parties. En deuxième lieu, on ne peut que remarquer en outre qu'une disposition analogue n'est pas envisagée par l'article 12 pour les accords conclus en présence du maire, choix déraisonnable si l'on considère qu'à ce dernier, la loi n'attribue aucun pouvoir de contrôle ou d'intervention quant à l'accord des parties (en se limitant à en recevoir les déclarations en vertu de l'al. 3 de l'art. 12) à la différence de ce qui advient dans le cadre de la procédure de négociation assistée. Dans ces hypothèses, donc, aucun contrôle ne sera exercé sur les contenus de l'accord, circonstance grave si on considère que ce même accord peut être conclu sans les garanties de l'assistance technique tandis que dans le cas de négociation assistée s'impose, à juste titre, la présence d'au moins un avocat pour chaque partie.

## **IV.3. L'accord de négociation assistée par un avocat pour la solution consensuelle de séparation de corps, de cessation des effets civils ou de dissolution du mariage, de modification des conditions de séparation ou de divorce en présence d'enfants mineurs ou non-autosuffisants**

Suite aux modifications apportées au niveau de la conversion, le recours à la négociation est autorisé, assorti de précautions plus nombreuses et qu'un accord peut donc y être conclu même lorsqu'il y a des enfants mineurs, incapables ou porteurs d'handicaps graves.

Dans ces cas-là, en vertu de l'article 6, alinéa 2, deuxième paragraphe, l'accord conclu doit être transmis dans un délai de 10 jours au procureur de la République auprès du tribunal compétent, qui, lorsqu'il estime que l'accord répond à l'intérêt des enfants, l'autorise. Dans le cas contraire, le procureur de la République transmet le dossier dans les 5 jours au président du tribunal, qui fixe, dans les 30 jours suivants, la comparution des parties et qui pourvoit sans retard à l'examen qui s'impose.

Une copie, authentifiée par l'avocat, de l'accord autorisé doit être transmise « *dans un délai de dix jours* » de l'autorisation à l'officier de l'état civil de la commune où le mariage a été transcrit. L'infraction à cette obligation est assortie d'une sanction administrative pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10.000 EUR prononcée par la commune compétente pour le registre.

<sup>21</sup> Par rapport à laquelle a « *été prononcé par arrêt ayant acquis la force de la chose jugée la séparation judiciaire entre les conjoints, ou (...) homologué la séparation consensuelle ou (...) la séparation de fait quand la séparation de fait elle-même est déjà effective* ».

<sup>22</sup> En conséquence, les avocats sont tenus de transmettre l'accord pertinent.

L'accord autorisé produit les mêmes effets que les mesures judiciaires qui concluent les procédures publiques.

#### IV.4. Obligations, devoirs déontologiques et garanties de l'avocat

Les dispositions du Chapitre II introduisent trois prescriptions déontologiques pour les avocats, à savoir: « *informer le client au moment où il accepte d'intervenir de la possibilité (Ndr.: ou le l'obligation) de recourir à l'accord de négociation assistée* » (art. 2, al. 7); « *se comporter avec loyauté et maintenir la réserve sur les informations reçues* » (art. 9, al. 2 et al. 4bis); « *ne pas assister la partie dans la contestation de l'accord à la rédaction duquel elle a participé* » (art. 5, al. 4).

L'article 9 prévoit une incompatibilité entre le fait d'avoir assisté les parties au cours de la procédure de négociation assistée et la mission arbitrale portant sur des différends ayant le même objet ou un objet connexe.

Les avocats (de même que les parties et quiconque participe à la procédure) ne peuvent pas être appelés à témoigner sur le contenu des déclarations et des informations acquises au cours de la procédure et à ceux-ci s'appliquent dès lors les normes en matière de secret professionnel (art. 200 C.p.p.) et s'étendent les garanties prévues pour le défenseur par les dis-

positions de l'article 103 du Code de procédure pénale si elles sont applicables (garanties de liberté du défenseur).

L'avocat est de même exonéré des obligations de signalement prévues par les normes anti-recyclage (d.lgs. n° 231/2007) pour ce qui concerne les informations qu'il reçoit de son assisté ou qu'il obtient sur celui-ci au cours de la procédure (art. 10). Cette disposition est conforme à ce qui a été observé précédemment quant à ladite exonération de l'examen de la position juridique du client de l'obligation de signalement, dont le domaine matériel correspond à toute la sphère du conseil et de l'assistance juridique extrajudiciaire.

L'article 11 prévoit que les avocats transmettent au Barreau (siégeant dans le lieu où l'accord a été conclu), les accords de négociation conclus.

Il appartient au Conseil National des Barreaux de veiller à la surveillance des procédures de négociation assistée et de transmettre les données y relatives au ministère de la Justice.

Par la suite, le ministre de la Justice transmettra aux Chambres, tous les ans, un rapport sur l'état d'avancement des dispositions en matière de négociation assistée, en distinguant les données « *par typologie de différend, conjointement aux données relatives aux différends inscrits au rôle au cours de l'année de référence, à leur tour distingués par typologie* » (art. 11, al. 2bis).