



Le droit collaboratif: une opportunité pour les avocats... à quel risque?

I **Birgit SAMBETH GLASNER**

À l'instar de sa participation comme conseil à un processus de médiation, la pratique du droit collaboratif conduit l'avocat à un changement de paradigme dans sa manière d'appréhender la gestion et la résolution des conflits.

Cette modification du rôle de l'avocat répond à une évolution dans la relation client-avocat et à l'émergence d'une justice dite « participative », où l'individu participe activement à la gestion et à la résolution des conflits qui le concernent.

Aujourd'hui déjà, le procès n'est qu'un outil parmi d'autres et il appartient à l'avocat, de procéder à une analyse approfondie de la situation qui lui est présentée, de son contexte, des besoins, intérêts et objectifs de son client, ainsi que des incertitudes, risques et opportunités liés à chaque processus, et sans

De plus, dé-judiciariser le litige permet d'éviter une escalade du conflit en tous points néfaste au client et dont les effets collatéraux sont peu maîtrisables.

De la sorte, l'avocat répond également aux règles éthiques et déontologiques qui le gouvernent et qui prévoient généralement que l'avocat doit autant que possible favoriser les solutions transactionnelles¹, respectivement il doit s'efforcer de régler à l'amiable les litiges dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas.²

Ainsi, diversifiant sa pratique, l'avocat peut mieux répondre aux besoins et objectifs d'une clientèle de plus en plus instruite et soucieuse de ses intérêts. Cependant, pour être aujourd'hui véritablement qualifié, ce

*les avocats sont engagés pour aider les parties à conclure une entente mutuellement acceptable. Les avocats et les parties signent un contrat stipulant leur consentement de ne pas aller devant les tribunaux. Les parties et les avocats travaillent en équipe.*⁴

Développé à l'origine en matière familiale, la pratique collaborative s'est progressivement élargie pour englober aujourd'hui des domaines aussi variés que le commerce international et les contrats, les entreprises, les sociétés et les associations de personnes, les successions et le « wealth planning », la propriété mobilière et immobilière, les baux et loyers, le voisinage, la santé et, de manière générale, tous types de conflits bipartite ou multipartite concernant des intérêts privés civils, familiaux ou commerciaux.

Ainsi, diversifiant sa pratique, l'avocat peut mieux répondre aux besoins et objectifs d'une clientèle de plus en plus instruite et soucieuse de ses intérêts.

omettre l'influence de paramètres tels que le temps et les ressources personnelles et financières à disposition, afin de proposer à son client le processus le plus approprié.

Ce travail d'orientation préalable transforme l'avocat en « coach » de son client.

Du seul avocat plaideur, occupé à analyser les actes et fautes passés et livrant combat à son adversaire, il devient également un avocat collaboratif, non seulement concentré sur les besoins, intérêts et objectifs de son client, mais aussi attentif à ceux des autres parties, ce en vue d'une résolution dite « win-win » et créative.

En effet, les modes consensuels permettent, en particulier, d'appréhender le conflit dans sa globalité – dans ses dimensions émotionnelles, relationnelles, sociales, économiques, techniques et juridiques – et de trouver des solutions compatibles avec les objectifs et les moyens du client.

professionnel du droit doit, non seulement être formé aux techniques modernes, mais il doit les avoir expérimentées.

I **Le droit collaboratif (Collaborative law)**

Inspiré du mouvement initié par l'avocat américain Stu Webb³ en 1990 et unifié sous l'égide de l'International Academy of Collaborative Professionals (IACP), le droit collaboratif (Collaborative Law) est un mode respectueux de gestion et de règlement des litiges qui tient compte des besoins et intérêts des personnes (physiques ou morales) concernées, dans un souci de préserver leurs rapports présents et futurs, en dehors de toutes procédures judiciaires litigieuses.

“Le droit collaboratif est une pratique du droit utilisant la négociation sur la base d'intérêts où

I **Processus**

Dans les grandes lignes, le processus de gestion et de résolution du conflit se déroule de la manière suivante:

- Première rencontre d'analyse, de préparation et de stratégie entre l'avocat et le client.
- Rencontre entre les deux avocats pour préparer la première réunion conjointe et définir les contours du processus.
- Réunion conjointe entre les clients et leurs avocats et signature d'un « **Accord de participation** » lequel constate les attentes des parties, établit les règles de base du processus, prend acte des engagements irrévocables de confidentialité de tous les participants au sujet des informations et documents échangés, et fixe la participation d'experts. Pour les avocats, cet accord formalise leur désengagement de la voie judiciaire pendant tout le processus et à l'issue de celui-ci si aucun accord n'est trouvé. Le processus est transparent et son efficacité est

assurée par l'engagement de chaque partie de se comporter respectueusement de l'autre et de bonne foi, de même que de mettre à disposition, dans le cadre strict du processus collaboratif, toutes les informations et documents pertinents à la résolution du/des différend(s).

- Réunions conjointes subséquentes lors desquelles les participants travaillent ensemble à la résolution commune des problèmes et à la recherche de solutions, ce avec l'aide des avocats présents, voire d'experts de tous ordres (domaines de la santé: psychologues et psychothérapeutes, psychiatres; de la famille: conseillers conjugaux, de la comptabilité et de la finance, voire de divers domaines techniques) convenus entre les parties, voire même avec l'aide d'un médiateur si nécessaire.

Dans le cadre de ces réunions, les avocats ne sont pas des adversaires: quand bien même chaque avocat a la responsabilité première de conseiller et représenter son client, les avocats travaillent ensemble dans le but de parvenir à une entente satisfaisante.

- Si nécessaire et en vue d'assurer un caractère exécutoire aux accords trouvés, à l'issue du processus, il peut être procédé conjointement à leur ratification/homologation judiciaire ou encore à la passation formelle des accords devant notaire.
- Le processus n'offre pas de garantie quant au résultat et il suffit de la volonté d'une partie pour mettre fin au processus. Dans ce cas, les avocats collaboratifs doivent se retirer du dossier et orienter les parties vers de nouveaux avocats qui se chargeront des procédures devant les tribunaux. Leurs notes personnelles, recherches etc. ne seront pas transmises au nouvel avocat.

Rôle des avocats

Pour les avocats, le droit et la pratique collaboratifs impliquent:

- 1) de s'assurer de l'adéquation du processus de droit et pratique collaboratifs aux besoins des parties en cause, puis d'obtenir le consentement éclairé de ceux-ci;
- 2) d'assister leurs clients dans l'élaboration de

solutions équitables et mutuellement acceptables qui tiennent compte des besoins fondamentaux de chacun;

- 3) de mettre un terme au mandat du client en cas de procédure judiciaire litigieuse et de s'interdire de le représenter devant les tribunaux pour le même objet.

Ce changement de paradigme dans l'exercice de la profession d'avocat ne va pas sans susciter diverses interrogations, telles que le positionnement de l'avocat en droit collaboratif par rapport à son client et à « la partie adverse », l'importance du droit dans le processus collaboratif, l'abandon du privilège de représentation devant les tribunaux ou le souci de conseiller et défendre « utilement » son client.⁵

Double représentation

Alors qu'en apparence, lors des négociations collaboratives, les avocats cherchent à comprendre les intérêts de l'autre partie en vue de trouver une solution win-win, il est clair que l'avocat collaboratif n'assiste et ne représente que son/ses propre (s) client(s), respectant par là le principe de l'interdiction de la double représentation, contraire aux règles déontologiques.

Intérêt du deal (solution négociée)

Par contre, il est évident que si l'avocat défend toujours l'intérêt de son client, en droit collaboratif, il sera fortement guidé par « l'intérêt du deal », cet intérêt étant placé au plus haut par tous les clients dans le cadre du processus de droit collaboratif.

Importance du droit

Dans le cadre de la réflexion conduite dans le cadre du processus collaboratif, le syllogisme juridique est bien sûr un facteur important qui est amplement analysé et débattu. Il n'est cependant pas le seul, ce qui rend le processus collaboratif plus holistique en comparaison avec d'autres procédures.

Représentation judiciaire ensuite d'échec

L'engagement (parfois soumis à une clause

pénale en cas de non respect) de l'avocat collaboratif de ne pas représenter son client devant les tribunaux si un accord ne devait pas être trouvé n'est pas contraire aux règles déontologiques et est à la libre disposition de l'avocat dans le cadre sa profession.

Cette clause est primordiale car c'est une incitation pour le client à ne pas changer d'avocat auquel il lui faudra réexpliquer la situation, moyennant une augmentation du temps et des coûts, et donc de faire son maximum pour qu'un accord soit trouvé. De plus, cet engagement ferme favorise la poursuite de véritables efforts de négociation en vue d'une solution amiable conjointe.

Confidentialité

La question de la confidentialité des informations et documents divulgués dans le cadre du processus collaboratif si finalement aucun accord n'est trouvé est fréquemment posée car, comme en médiation, ce principe est la pierre angulaire du processus. Alors que certains détracteurs prétendent que cet engagement de confidentialité est fragile, il importe de rappeler que les discussions entre avocats (avec ou sans clients) se font généralement « sous les réserves d'usage », soit de manière strictement confidentielles tant qu'aucun accord n'est trouvé ou que les parties conviennent d'une divulgation. De plus, il est communément admis que le secret professionnel de l'avocat est dû non seulement à son client mais également à son adversaire.

Une autre possibilité consiste à faire appel à un médiateur pour accompagner les parties et leurs avocats, de sorte à transformer le processus de droit collaboratif en médiation, processus couvert par ses propres règles strictes de confidentialité.

Rémunération

Le processus collaboratif ayant également pour but de raccourcir le processus de résolution d'un différend, d'aucuns prétendent qu'il pourrait avoir pour conséquence un important manque à gagner de l'avocat. Or, c'est faire un faux procès au processus collaboratif lequel, non seulement nécessite un temps important de préparation et de fixation de stratégie mais également une attention de tous les instants

lors des séances de préparation et des réunions conjointes, respectivement pour l'élaboration des accords trouvés et leur exécution.

De plus, il résulte généralement d'un processus de résolution amiable, une fidélisation indéfectible de la clientèle de l'avocat dans la mesure où le client s'est, non seulement, véritablement senti compris, mais également que ses intérêts ont été pris en compte, que des solutions réalistes ont été mises en place et que son avocat et lui-même ont été de vrais partenaires de résolution. Le client sera généralement tenté de poursuivre cette expérience positive lors de la gestion et la résolution d'autres différends, voire lors de la mise en place de nouvelles structures ou d'affaires.

De plus, rien n'empêche le client et l'avocat de convenir d'une prime financière en cas de succès s'ajoutant aux honoraires (pactum de palmario) étant rappelé que le montant des honoraires se détermine selon les circonstances du cas d'espèce, la difficulté et l'importance de l'affaire, l'intérêt du client, l'expérience de l'avocat, les usages en la matière et l'issue de l'intervention.⁶

I Nouvelles synergies

L'évolution des mentalités de même que la difficulté de la situation économique actuelle obligent les avocats à repenser leur profession et son exercice.

Le droit collaboratif leur offre sans nul doute de nouvelles perspectives.

Ainsi, dans la plupart des barreaux, des avocats collaboratifs se regroupent en associations⁷ qui poursuivent généralement les buts suivants:

- promouvoir et développer le droit et la pratique collaboratifs;
- créer un groupes de droit et pratique collaboratifs constitués d'avocats inscrits au Barreau;
- favoriser l'interdisciplinarité en intégrant des personnes d'autres professions;

- assurer la formation de base et la formation continue des praticiens en droit collaboratif;

- prévoir et soutenir l'échange et le partage de la pratique collaborative par l'intervision et/ou la supervision.

Des listes d'avocats collaboratifs sont constituées et disponibles auprès des différents barreaux incitant non seulement les clients mais également les avocats eux-mêmes à recourir aux services de confrères mus par les mêmes aspirations de gestion et de résolution amiable des conflits, ce de manière hautement professionnelle et irréprochable.

Le droit collaboratif est décidément une opportunité à saisir pour les avocats!

Birgit SAMBETH GLASNER, LL.M.

*Avocate et médiatrice
Altenburger Ltd legal + tax
Présidente de la Commission ADR
de l'Ordre des Avocats de Genève
Genève et Zurich, Suisse
sambeth.glasner@altenburger.ch*

¹ Par exemple: Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats (article 9)

² Us et Coutumes de l'Ordre des Avocats de Genève (article 7)

³ Au bout de quinze ans de pratique en droit de la famille, Stu Webb a dressé un constat d'insatisfaction professionnelle quant à sa pratique judiciaire. Il décida de quitter la pratique contentieuse et, ayant expérimenté d'autres méthodes de gestion et de règlement des litiges familiaux, il s'est tourné vers la pratique dite "collaborative". Ainsi, il prit la décision de ne plus se rendre au tribunal pour représenter et défendre ses clients mais de faire de son mieux pour les aider à régler leurs différends par la négociation. Au cas où celle-ci devait échouer ou si l'un des époux souhaitait entamer une procédure judiciaire, Stu Webb se désisterait du dossier et recommanderait à son client un avocat plaideur pour la poursuite de son affaire.

www.youtube.com/watch?v=AAO_JG0xmNw

⁴ www.droitcollaboratifquebec.ca/fr/pdf/DC_conf_09Nov06ersion13.pdf

⁵ M^e Christophe Imhoos, Président de l'Association de droit collaboratif, Genève: Le droit collaboratif: une nouvelle forme d'exercice de la profession d'avocat? in La Lettre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève - n° 52 (nov. 2010).

⁶ Code suisse de déontologie de l'avocat art. 18

⁷ L'association suisse romande de droit collaboratif est née en 2009 de l'initiative d'un groupe d'avocats investis dans la pratique de la justice participative et réunit toute personne intéressée à sa pratique www.droitcollaboratif-romand.ch. Peuvent également devenir membres tous professionnels qualifiés et autorisés à pratiquer selon les standards de leur profession.