Avocats/Champ de compétence

[Le point sur...] Le droit collaboratif, le MARD par excellence pour les avocats

N° Lexbase : N6843BXQ



par Nolwenn Leroux, Avocate au barreau de Paris, Formatrice au processus collaboratif

Mots - clefs : Avocats • MARD • Droit collaboratif • Processus

Les modes amiables de résolution des différends ont le vent en poupe et sont mis sur le devant de la scène par les réformes de la Justice passées et actuelles. L'avocat d'aujourd'hui ne peut les ignorer, ni ne pas s'y intéresser. L'idéal est même de les pratiquer. Oui mais comment et lesquels ? Bien souvent, l'avocat qui participe à un MARD doit se départir de son rôle d'avocat pour devenir acteur du MARD. Ainsi l'avocat peut être médiateur mais lorsqu'il est médiateur, il n'est alors plus avocat. Le droit collaboratif concilie les deux : être acteur du MARD tout en restant avocat.

I - Un processus créé par un avocat pour des avocats

Le droit collaboratif (traduction simpliste de «*collaborative law*») est né aux Etats-Unis dans les années 90. Il a été élaboré et développé par Stuart Webb, un avocat du Minnesota. C'était un avocat qui, à la suite d'une affaire difficile en droit de la famille, avait failli perdre un ami qui était aussi son contradicteur dans cette affaire. Il avait alors voulu concevoir un système qui permette de mettre le talent des avocats au service de la résolution amiable des conflits. Les principes sur lesquels il a travaillé étaient l'engagement dans la négociation de bonne foi, la renonciation à saisir le tribunal afin de donner une chance à la négociation et le désistement des avocats en cas de saisine du tribunal. Il avait aussi axé son travail sur les intérêts des clients.

A la même époque en Californie des groupes interdisciplinaires (avocats, psychologues, financiers) ont été créés pour aider les couples qui divorçaient. C'est dans les pays anglo-saxons et en droit de la famille que le droit collaboratif a commencé à se développer. Il est arrivé en France en 2007 sur l'initiative de Charlotte Butruille-Cardew.

II - Qu'est-ce que c'est ?

C'est un processus, une méthodologie de travail qui a pour finalité d'aider les parties à trouver une solution mutuellement acceptable et pérenne au différend qui les oppose. Ce processus est mené par deux avocats formés [1] à cette méthodologie afin de parler la même langue et d'utiliser les mêmes outils. On ne s'improvise pas praticien du droit collaboratif, on le devient. Plus qu'une simple méthodologie à suivre à lettre, la pratique du droit collaboratif implique, pour l'avocat, un changement de posture, d'état d'être, une autre manière d'envisager l'accompagnement de son client. L'avocat n'est plus le porte-parole de son client mais celui qui lui laisse la parole en lui offrant un cadre protecteur pour ce faire. Le client ne se cache plus derrière son avocat, il est mis en situation de responsabilité, de décider, de trouver la meilleure solution possible dans le respect de lui-même et de l'autre.

C'est un MARD qui repose sur une base contractuelle. Tout commence par la signature d'un contrat de participation au processus collaboratif qui reprend les engagements des parties et les piliers du droit collaboratif. Il est signé par les parties et l'avocat de chacune des parties. Les avocats le signent en qualité de participant au processus et non seulement comme étant ceux qui assistent leurs clients. Les engagements pris les concernent aussi.

Les piliers du processus sont au nombre de six : le travail en équipe, le non recours au juge sauf pour faire homologuer l'accord (si nécessaire), la transparence, la confidentialité renforcée, l'intervention éventuelle de tiers, le retrait des avocats en cas de non-respect d'un des engagements ou d'échec du processus.

- **Le travail en équipe**

Dans le cadre du processus, les parties vont travailler, ensemble, avec leurs avocats. Il n'y a plus de partie adverse, de contradicteur, mais une équipe collaborative. Tout le monde travaille ensemble dans le but de tout mettre en œuvre pour parvenir à un accord. Chaque avocat reste le

conseil de son client, mais ce ne sont plus deux binômes avocat-client qui se font face. C'est extrêmement confortable puisque les compétences de l'un viennent compléter celles de l'autre. L'énergie est commune et est employée à faire avancer le dossier dans le même sens : celui de l'accord.

- **Le non recours au juge contentieux**

Durant le temps du processus, les parties s'interdisent contractuellement de saisir le juge pour trancher leur différend. On créé un bulle de protection autour des pourparlers et des parties en les préservant de toute pression judiciaire. A la fin du processus et selon la matière et la forme de l'accord, il sera possible de faire homologuer l'accord par le juge.

- **La transparence**

Un bon accord ne peut pas être trouvé si un voile d'opacité entoure les pourparlers. Il faut négocier en bonne foi et transparence. C'est le principe de loyauté. D'ailleurs, comment donner un consentement éclairé, plein et entier si les bases de la négociation ne sont pas claires ? Dans le cadre du processus, les parties prennent l'engagement de mettre sur la table tous les éléments et informations qui seront nécessaires à la résolution du différend.

- **La confidentialité renforcée**

Pour permettre aux parties d'être transparentes sans risque pour elles, il faut la garantie que tout ce que sera dit, fait ou mis sur la table ne sera pas ensuite utilisé contre elles si le processus ne devait pas aller jusqu'à son terme. La confidentialité des pourparlers est donc une nécessité. Dans le cadre du processus, cette confidentialité est renforcée. Cela signifie que tout ce qui est dit et fait dans le cadre du processus est confidentiel et que rien n'en sortira. Les avocats sont les garants de ce pilier. Cela veut dire qu'aucune pièce n'est transmise au client. Les pièces restent au dossier de chaque avocat et les clients peuvent venir les consulter autant de fois que nécessaire au cabinet de ces derniers sans en avoir de copie. Les comptes-rendus établis à l'issue de chaque réunion ne sont pas non plus remis aux clients. En cas d'échec du processus, rien n'est remis à l'avocat qui succède à l'exception du contrat de participation au processus qui est la seule pièce non confidentielle.

- **L'intervention des tiers**

Dans le cadre de l'équipe collaborative, il est possible de s'adjoindre des compétences complémentaires détenues par d'autres professionnels (avocats spécialisés dans un autre matière, notaires, experts-comptables, experts financiers, psychologues, médiateurs…). Ces personnes interviennent au sein du processus pour aider et partager leur expertise. Il est nécessaire que ces professionnels signent un avenant au processus pour que leur intervention soit soumise aux mêmes règles que celles qui lient les parties et les avocats.

- **Le retrait des avocats en cas de non-respect d'un des engagements ou d'échec du processus**

C'est la clé de voûte de toute l'architecture. C'est ce qui fait le fondement et la spécificité du processus. Si l'une des parties devait ne pas respecter l'un des engagements, ou si le processus échouait, les deux avocats devraient se démettre au profit de nouveaux confrères qui reprendraient comme le veut l'adage «*toute liberté d'action*». De manière assez surprenante ce pilier est souvent craint par les avocats qui y voient une contrainte ou une entrave. En réalité, ce pilier fait toute la force du processus et garantit l'engagement plein et entier des avocats aux côtés des clients de tout mettre en œuvre, eux-aussi, pour parvenir à un accord. Ils sont parties prenantes et au même niveau d'engagement que les clients. De toutes les façons, un processus collaboratif ne peut fonctionner que si toutes les parties sont pleinement investies. Ce n'est pas possible d'y être à moitié. On décide d'y aller, ou de pas y aller, mais si on y va, on y va pleinement. Pas de demi-mesure. C'est aussi la suite logique des principes de transparence et de confidentialité renforcée : comment imaginer qu'une partie puisse se livrer en totale transparence si elle sait que ce qu'elle va pouvoir dire pourrait éventuellement être utilisée un jour contre elle ?

C'est parce que les parties comme les avocats prennent des engagements forts qu'il faut prendre quelques précautions avant de se lancer dans un processus collaboratif.

- **La phase pré-collaborative**

Avant la signature du contrat de participation, il est prudent et nécessaire de prendre le temps de faite une réunion test. Avant cette réunion, il faut bien évidemment vérifier que le confrère qui assiste l'autre partie est lui-même formé [2]. Cette réunion à deux finalités : se mettre en configuration de travail à quatre (en partant du principe qu'il y a deux parties avec chacune un avocat, ce qui est la configuration la plus habituelle) et relire ensemble le contrat de participation avant de le signer afin de s'assurer que tout le monde a bien compris les engagements qu'il va prendre. Les avocats relisent le contrat, répondent aux questions et expliquent que le contrat n'a pas vocation à être signé à la fin de la réunion. Cela permet, à l'issue de la réunion, que chaque client puisse débriefer avec son avocat de son ressenti sur la réunion et qu'il dise s'il est prêt ou

non à signer le contrat. Quand il y a un doute, il n'y a pas de doute : on ne signe pas le contrat. Ce n'est pas plus grave que cela. Le processus collaboratif ne sera pas adapté à tous les dossiers, pas plus qu'un autre MARD ni même le contentieux. C'est une manière de travailler parmi d'autres.

- **La phase collaborative**

Toute l'intelligence du processus réside dans sa méthodologie, dans une succession d'étapes. Elles doivent être faites dans l'ordre, sans en louper une. Elles ont toutes leur sens et leur pertinence. Certaines mériteront qu'on s'y arrête plus que d'autres selon les dossiers et la matière. Il faudra y passer le temps nécessaire à la bonne avancée du dossier. Si elles doivent être faites dans l'ordre, il est en revanche possible de revenir en arrière. En réalité, quand un processus rencontre des difficultés, c'est souvent parce qu'une étape a été menée un peu rapidement. Il est alors bon d'y retourner.

Chaque étape est travaillée ensemble, en réunion à quatre. Il y a en avant et après chaque réunion une préparation ou un point avocat/avocat et avocat/client. Cela peut être très bref ou plus long selon les étapes.

Il y a six étapes : le récit, les intérêts, besoins, préoccupations, valeurs, moteurs silencieux (IBPVMS), les éléments objectifs, les options, les offres et l'accord.

1. Le récit

C'est le moment où les parties (les clients) posent sur la table leur différend : on purge le passé pour pouvoir regarder l'avenir.

2. Les intérêts, besoins, préoccupations, valeurs moteurs silencieux

Lors de cette étape, on va travailler sur le sous-jacent des demandes des clients. On va aller chercher en profondeur ce qu'ils veulent vraiment. On va chercher ce qui se cache derrière le «je veux» en s'intéressant à «pourquoi je le veux».

3. Les éléments objectifs

Cette étape permet aux parties de regarder ensemble la réalité objective de leur situation. Les avocats présentent ensemble les points de droit. Il est donc impératif de bien maîtriser la matière en question. Les éléments et documents qui sont nécessaires sont collectés et analysés ensemble. C'est à ce moment-là que des tiers professionnels peuvent intervenir pour donner un éclairage complémentaire sur la situation.

4. Les options

Il n'y a jamais une seule solution possible à un problème et il n'y a pas que des questions juridiques qui doivent être résolues. Les intérêts, besoins et préoccupations des parties doivent être traités sauf à vouloir plaquer une solution juridique toute faite qui ne pourra, de fait, pas durer dans le temps. La phase des options est une phase de créativité, un *brainstorming* collectif lors duquel on recherche le maximum d'idées pour résoudre les problématiques des parties qu'elles soient juridiques ou non (dans le cadre leur différend toutefois). A ce stade, il n'y a aucune restriction à l'exception de l'ordre public.

5. Les offres

C'est l'étape lors de laquelle chaque client avec son avocat va constituer trois offres qu'il présentera lors de la réunion à quatre. Il y aura donc six offres sur la table.

Ces offres sont trois matrices d'accord (non rédigées) qui reprennent tous les points qui devront figurer dans la version finale rédigée. C'est donc à ce stade que les parties font le tri dans les options créées en enlevant celles qui n'ont aucune pertinence juridique, financière, etc. (on utilise les éléments objectifs collectés) et celles qui ne répondent pas aux intérêts de l'une **et** de l'autre des parties. C'est dans cette liste réduite qu'elles puiseront les éléments pour bâtir les trois offres.

Il n'y a donc rien de magique dans un processus collaboratif, mais seulement de la logique et de la méthodologie : en ayant travaillé sur des bases semblables, ensemble, et en ne retenant que les options qui répondent aux intérêts des deux, on se donne toutes les chances pour que deux des six offres soient identiques ou se ressemblent fortement. Lorsque ce n'est pas le cas, le champ de la discussion est limité et une solution émerge assez facilement.

6. L'accord

Une fois l'accord trouvé, il faudra le mettre en forme et le rédiger. Selon la matière et l'objectif poursuivi, il conviendra ou non de le faire homologuer. Par exemple en matière de divorce, l'accord prendra la forme d'une convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresignée par avocats.

Contrairement à ce que l'on entend parfois, un processus collaboratif n'est pas simple et implique que les avocats maitrisent leur matière. Ce n'est pas un long fleuve tranquille, loin de là. Les outils utilisés dans le processus **[3]**, écoute active avec reformulation et ceux tirés de la négociation raisonnée, apportent aux avocats du confort pour mener à bien leur mission. Ces outils apportent, par ailleurs, énormément de confort dans la pratique quotidienne de l'avocat.

On est pleinement avocat quand on est un avocat collaboratif : un avocat aux côtés de son client, qui le conseille, l'accompagne, le responsabilise, l'aide à trouver le meilleur accord possible pour lui et pour l'autre partie, ce qui purge le différend et permet à l'accord de durer. On est un avocat réellement à l'écoute des réels besoins de son client. On est un avocat réellement engagé.

Un processus collaboratif est exigeant en terme d'investissement en énergie et de sa personne. C'est une méthodologie qui valorise le travail de l'avocat car il ne laisse pas la place à l'amateurisme. On ne se cache pas derrière des conclusions et l'office du juge. On est à la fois le garant du cadre et le conseil.

Dans cette ère de déjudiciarisation où les MARD deviennent à tort ou à raison une obligation, il serait dommage de se priver du processus collaboratif. Il doit, plus qu'hier encore, figurer en bonne place dans la mallette de l'avocat du 21èmesiècle.

---

[1] La formation minimale pour être reconnu praticien collaboratif selon les standards de l'IACP (*International Academy of Collaborative Professionnals*) est d'une trentaine d'heures. Plus d'informations sur **www.droit-collaboratif.org**.

[2] La liste la plus complète des praticiens formés au processus collaboratif se trouve sur le site **www.avocat-collaboratif.org**.

[3] *Outils pratiques du processus collaboratif*, Revue de Droit de la Famille, Novembre 2018.