

■ Droit collaboratif, vous avez dit droit participatif ?

Nous constatons depuis plusieurs décennies un engouement des médias et des pouvoirs publics pour les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), des litiges (MARL), des différents (procédure participative).

L'adhésion à ce type de méthode est telle qu'il est devenu tout à fait impossible de mobiliser une intelligence collective raisonnablement critique permettant de réfléchir aux difficultés rencontrées et d'améliorer ce qui est proposé au public.

L'apport de Madame Rachida DATI lors des débats sur le droit participatif au Sénat, s'est limité à une phrase : « la procédure participative permet d'apaiser les tensions dans certains conflits. Elle est moderne et efficace... ».

Alors, si elle est moderne tout va bien !

Jusqu'à présent, des initiatives aussi désordonnées que nombreuses sont venues multiplier les incitations, injonctions, obligations à des préalables de médiations, conciliations et autres concertations.

Le schéma était jusqu'alors toujours identique : un tiers, conciliateurs, médiateurs, notaires... rassemblent les parties pour tenter de les rapprocher.

Cette configuration en triangle peut s'avérer pertinente mais aussi parfois inadaptée.

Nous sommes obligés de constater le relatif échec des MARL malgré l'abondance de textes et de moyens consacrés par les pouvoirs publics.

— LE DROIT COLLABORATIF

Les avocats d'Amérique du Nord ont eux aussi constatés les limites de la médiation.

Au début des années 90, à Minneapolis, l'un d'entre eux a conçu le droit collaboratif qui s'est rapidement diffusé dans tous les états.

Récemment, un rapport du Ministère de la Justice Canadien constatait que le développement du droit collaboratif était le phénomène le plus marquant des 25 dernières années en droit de la famille.

POURQUOI RECOURIR AU PROCESSUS COLLABORATIF ?

Le droit collaboratif s'est principalement développé à partir du droit de la famille.

En effet, il s'agit, après la rupture, de permettre la poursuite de relation entre les parties parfois sur de longues années notamment lorsqu'il existe des enfants.

Évidemment, le droit collaboratif est susceptible d'être utilisé dans d'autres domaines que celui de la famille.

Le droit collaboratif peut permettre de réduire le nombre des affaires contentieuses et être l'outil permettant d'améliorer la qualité des accords présentés à l'homologation des Juges.

Pour les parties engagées dans un conflit, il peut être utile d'échapper aux « risques judiciaires » et de souhaiter garder la maîtrise de sa vie privée.

Le droit collaboratif en droit des personnes peut permettre de tenir compte des dynamiques familiales et de ne pas limiter la négociation à l'affrontement des positions.

Le droit collaboratif peut, mieux que d'autres procédés permettre d'être attentif aux états émotionnels et à leurs évolutions : victimisation, colère, dénie, dépression, acceptation....

Lorsque des situations concernent des enfants, comment mettre l'enfant au cœur du règlement au sens où l'enfant a besoin qu'une coopération entre ses parents reste possible ?

Chacun se voit réserver un espace qui lui appartient où il peut avec son avocat prendre la mesure du cadre légal élaborer et construire des solutions et y réfléchir sans être sous la domination, le regard ou plus simplement l'exigence de l'autre.



Par Jean-Luc RIVOIRE
SAF Hauts-de-Seine

LE CONTENU DU DROIT COLLABORATIF

Il s'agit de tenter de sortir d'une situation conflictuelle en mettant en place une structure de négociation où chacun des intéressés est accompagné par un avocat.

À la place des configurations triangulaires des MARL (médiations, conciliations...) le droit collaboratif fait le choix d'une négociation avec au moins 4 acteurs.

Les avocats ont l'habitude d'engager pour le compte de leur client des négociations avec l'avocat de leur contradicteur.

Font-ils du droit collaboratif ?

D'une certaine façon, on pourrait le penser et certaines phases du processus collaboratif se retrouveront dans les négociations habituelles.

Cependant, le droit collaboratif se différencie très profondément des pratiques actuelles et constitue une véritable innovation.

1 - Un contrat

Les intéressés et leurs avocats signent ensemble une charte collaborative qui les engage les uns et les autres.

Les avocats renoncent à saisir le Juge de façon contentieuse. Ils s'engagent irrémédiablement à se déporter en cas d'échec du processus collaboratif.

Les 4 acteurs s'engagent à rechercher des solutions satisfaisant les intérêts de chacun et ceux des enfants.

Les techniques « d'écoutes actives » et de « négociations raisonnées », sont systématiquement utilisées afin de ne pas négocier sur des positions mais sur les véritables enjeux des dynamiques familiales et personnelles.

Chacun s'engage à communiquer de manière respectueuse et courtoise et renonce à utiliser des termes dénigrants. Chaque avocat doit aider son client à respecter scrupuleusement cette règle.

Les clients s'engagent à se communiquer toutes les informations financières concernant leur patrimoine et revenus respectifs ainsi que toutes informations concernant leurs conditions de vie dès lors qu'elles ont un impact sur la résolution du litige.

Le droit collaboratif s'inscrit nécessairement dans le choix d'établir des rapports de confiance et de transparence.

Cette obligation de loyauté, centrale dans le droit collaboratif est encadrée par la renonciation à recourir unilatéralement au Juge et par l'organisation d'une confidentialité renforcée de tous les échanges collaboratifs.

Il est possible de faire intervenir un tiers à certaines phases du processus (pédo-psy, notaire, expert financier...).

2 - Déroulement de la négociation

L'essentiel de la négociation se fait en réunion plénière.

Chacune des parties prépare ces réunions plénières avec son avocat. Un client conseillé et informé est moins inquiet. Un client qui commence à bien cerner ce qu'il veut et pourquoi il le veut est moins sensible au rapport de force. Cette préparation est donc essentielle.

L'une des choses les plus significatives et les plus efficaces du processus collaboratif tient à la concertation entre les avocats.

Il ne s'agit pas de mener entre avocats la négociation à la place des clients mais de se mettre d'accord sur les modalités du processus, de partager l'interprétation que l'on peut faire des raisons d'un blocage ou des modalités à respecter pour que le processus puisse se dérouler.

Nous avons de nombreux exemples démontrant qu'une mauvaise communication entre avocats rend le processus collaboratif impossible, en tout cas très difficile.

3 - Rôle des avocats

Les clients doivent choisir chacun un avocat formé au droit collaboratif.

L'avocat conseille et prépare son client aux réunions plénières. Il s'agit d'un travail habituel pour les avocats.

Le processus collaboratif dépend pour une grande part de la qualité de ce travail préparatoire dans les deux équipes.

Pendant les phases plénières, les avocats renoncent à être exclusivement porte parole de leur client.

Ils veillent ensemble au bon déroulement du processus collaboratif.

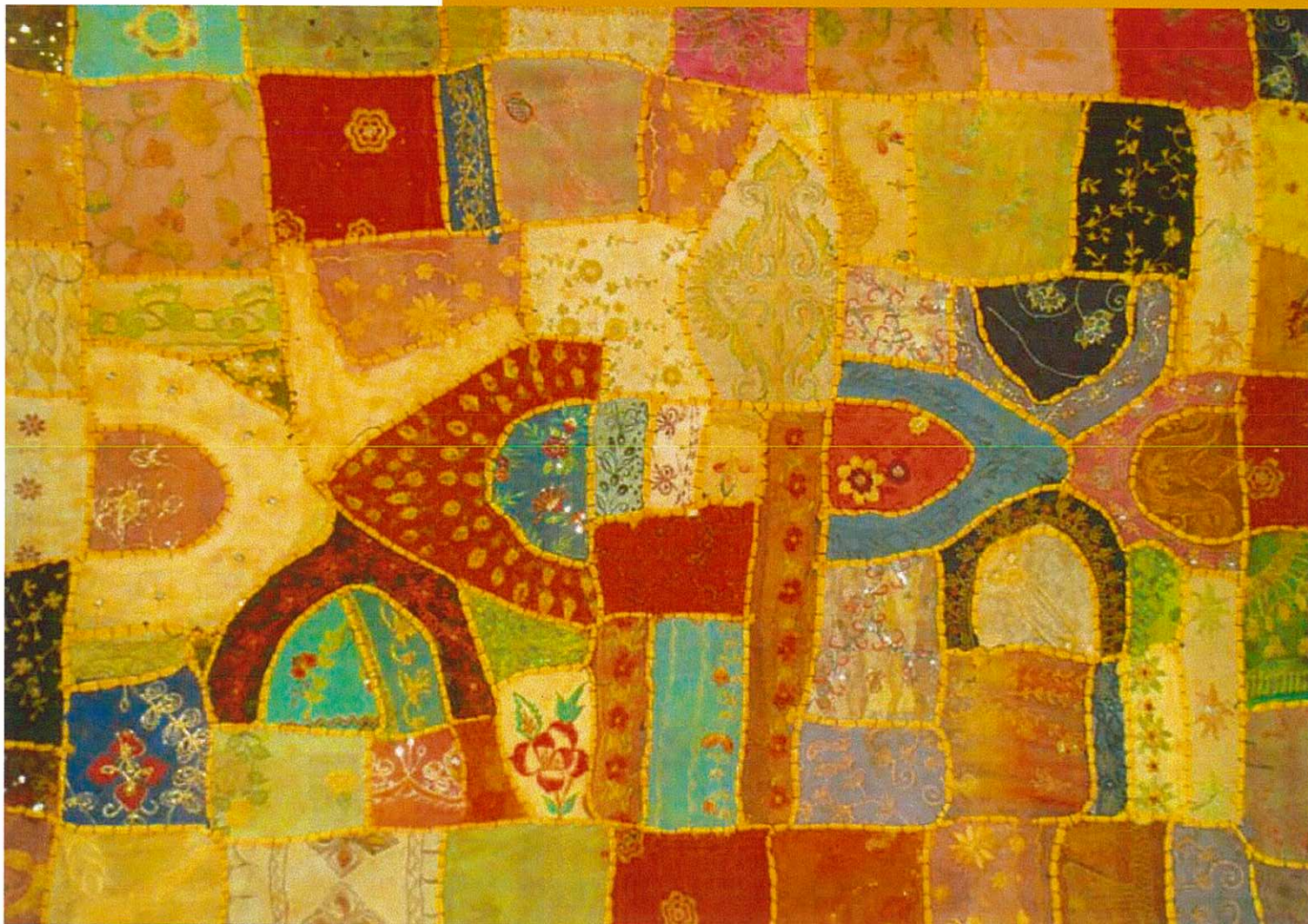
Le droit collaboratif n'est pas adapté à toutes les situations et à tous les clients.

Il ne peut concerner qu'une minorité de situation.

Il constitue cependant une extraordinaire révolution culturelle. La profession d'avocat peut s'emparer de ce nouveau mode de règlement des conflits et diversifier l'offre qu'elle propose au public.

Elle peut s'en détourner : ce serait dommage.

“ Le droit collaboratif constitue cependant une extraordinaire révolution culturelle...”



— CONVENTIONS DE PROCEDURE PARTICIPATIVE

▶ A la suite du dépôt du rapport Guinchard, une proposition de loi a été inscrite à l'ordre du jour du Sénat portant le titre « Proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercices de certaines professions réglementées. »

Cette proposition comporte un certain nombre de mesures hétéroclites. Elle crée un titre 17 au livre 3^{ème} du code Civil intitulé de la convention de procédure participative.

Selon ce texte, il sera désormais possible d'établir une convention par laquelle les

parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un Juge ou d'un arbitre s'engagent à rechercher de bonne foi un règlement amiable.

Pour conclure une telle convention il est nécessaire d'être assisté d'un avocat.

Cette convention est à durée déterminée et doit nécessairement résulter d'un écrit qui précise le terme de la convention, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du conflit et les modalités de leurs échanges.

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au Juge sauf en cas d'inexécution de la convention.

De la même façon, en cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties.

La conclusion d'une convention de procédure participative suspend la prescription qui recommence à courir au terme de la convention pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois.

Au terme du futur article 2064 du code Civil, les conventions de procédures participatives peuvent être conclues sur les droits dont les parties ont la libre disposition et en conséquence sont exclus pour les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes.

Dans les débats au Sénat, les parlementaires de droite comme de gauche considéraient donc que la procédure participative ne pouvait pas concerner le droit des personnes.

Si au terme de la procédure participative les parties ne parviennent pas à un

“ Dans les débats au Sénat, les parlementaires de droite comme de gauche considéraient donc que la procédure participative ne pouvait pas concerner le droit des personnes. ”



accord et que le juge est saisi, elles sont dispensées de préalable de conciliation ou de médiation.

La procédure participative ressemble au droit collaboratif dans la mesure où il s'agit d'une configuration de négociations à 4 dans laquelle les avocats sont les moteurs du mode alternatif.

Cependant, la procédure participative diffère du processus collaboratif dans la mesure où :

- l'avocat ne renonce pas à saisir le Juge de façon contentieuse,
- la procédure participative n'est pas applicable au droit des personnes,
- la procédure participative est un contrat à durée déterminée,
- le processus collaboratif exige un engagement général de loyauté alors que dans la procédure participative, il existe un accord préalable sur la nature des pièces à produire et les conditions de leur communication.

Seule la procédure participative dispense lors de la saisine du Juge des préalables de conciliations et de médiations.

Seule la procédure participative suspend la prescription.

Jean-Pierre MICHEL, Sénateur socialiste à, lors des débats au parlement, protesté contre une privatisation de la justice qui aboutirait à un démantèlement du service public de la justice.

Pour lui, la procédure participative ne vise pas les justiciables concernés par l'AJ mais concerne les gros litiges pour les justiciables qui ont assez d'argent pour payer les avocats.

A lire, cette intervention on peut avoir l'impression que pour Jean-Pierre MICHEL, la justice devant les Tribunaux serait une justice pas chère et pour laquelle il n'y aurait pas besoin d'avocat.

Le droit collaboratif et le droit participatif sont au contraire des solutions nouvelles qui prennent enfin en compte le fait que

les avocats sont au cœur du processus de négociation préalable à la procédure.

La contractualisation des règles de négociation apparaît comme une idée extrêmement intéressante susceptible de sécuriser les relations entre les parties ; il n'est pas sans difficulté à mettre en œuvre.

Il appartient à la profession d'avocat de s'emparer de ces opportunités.

Il ne peut en aucune façon s'agir d'une privatisation de la justice dans la mesure où les accords auxquels les parties aboutissent font nécessairement l'objet d'une exécution immédiate ou d'une homologation par les Juges.

La diffusion du droit collaboratif et du droit participatif ne se fera pas sans un engagement déterminé de toute la profession.

Nous devons nous réjouir que l'on nous donne de cette façon du grain à moudre. ■

