Le droit collaboratif en droit civil et commercial?

Me John-Nicolas Morello
Me Martha Shea
Décembre 2006.

Un article déjà paru sous la plume de Mes Morello et Shea, en avril 2006, vous résumait les principes généraux du droit collaboratif en matière civile et commerciale.[1]Les avocats, à travers le Canada, sont de plus en plus familiers avec les méthodes de prévention et de règlements de différends et des outils tels le droit collaboratif, la conciliation et la médiation sont de plus en plus utilisés à titre préventif ou curatif en droit civil et commercial. Les méthodes de prévention et règlement des différends (PRD) permettent aux avocats, clients et experts d'intervenir avant que les choses ne s'enveniment et ne deviennent irrécupérables.

La popularité et l'utilisation du droit collaboratif en droit commercial sont en croissance tant au Canada, aux États-unis, qu'en Europe. Le droit civil et commercial se prête bien à l'utilisation du processus de droit collaboratif et autres méthodes de règlement des différends. Le droit civil collaboratif est pratiqué tant en droit du travail, qu'en assurance de dommages, qu'en responsabilité médicale, que pour des règlement des successions, de fiducies, que pour des interventions dans des entreprises familiales ou dans des PME. Des institutions telles les hôpitaux, les églises, les municipalités et les universités se montrent aussi intéressées via leur service d'ombudsman.

Les méthodes d'intervention quant aux résolutions de différends sont déjà en mouvement. Le droit collaboratif demande et apporte une évolution et des outils additionnels pour résoudre les dilemmes dans lesquels sont placés nos clients.

Les avocats et leurs clients de droit commercial gagneraient à utiliser plus souvent les méthodes de règlement des différends, notamment le droit collaboratif. Rappelons d'abord en bref, en quoi consiste le processus de droit collaboratif :

- Processus structuré de prévention et de résolution des différends.
- Signature d'entente de participation par les parties et leurs avocats.
- Absence d'un tiers neutre et impartial (ex. : médiateur ou médiatrice).
- Engagement de ne pas recourir aux tribunaux pendant le processus.
- Obligation de divulguer toute information pertinente de bonne foi.
- Mandat conjoint aux experts, le cas échéant.
- Compte rendu fourni après chaque séance de négociation.
- Négociations en toute confidentialité.
- En cas d'échec des négociations, les avocats collaborateur ne peuvent pas représenter leurs clients devant le tribunal.

---

[1] Le droit collaboratif : des solutions pour résoudre des différends d'affaires,
Par John-Nicolas Morello et Martha Shea, publié dans Possibilités, avril 2006 et disponible sur internet :
http://www.cba.org/abc/nouvelles/adr-2006/nouvelles.aspx#article2a

L'avocat dans le processus de droit collaboratif commercial pourra s'assurer de l'identification des droits et des intérêts de son client, de l'évaluation juridique de la situation, d'un contrôle des faits, de l'évaluation des options développées (options de règlements acceptables en droit et dans les faits). La négociation se fera en sa présence et celles des autres parties et leurs avocats.

Le client en droit commercial veut préserver la confidentialité des propos et documents qui ont circulés lors d'une négociation. Le droit collaboratif garantit cette confidentialité, entre autres par la signature d'une entente entre les parties collaboratrices et leurs avocats. Les parties au processus ne sont pas contraignables et les avocats ayant participés au processus ne peuvent pas représenter leurs clients au tribunal le cas échéant.
Le client en droit commercial veut bénéficier de la présence de son avocat et autres experts lors de négociations afin de pouvoir prendre des décisions rapides, efficaces et éclairées. Le droit collaboratif le lui permet.

Lorsqu'ils sont appelés à utiliser les méthodes de résolution des différends, tel le droit collaboratif, les avocats de droit commercial s'inquiètent de la perte éventuelle d'une ressource et d'une relation d'affaires fructueuse et bénéfique avec leurs clients en droit commercial. Lors de l'échec d'un processus de droit collaboratif, ces avocats ne sont pas en mesure de représenter leurs clients s'ils ont participé au processus.

Les relations d'affaires, entre clients et avocats en litige, bâties au fil des ans, se sont avérées utiles et bénéfiques. Cette difficulté peut être résolue en mandatant, à titre d'expert externe, un avocat de litige avec qui la partie a déjà établi une relation. Ce mandat est confié à l'extérieur du processus collaboratif. Cette façon de faire, en plus d'assurer la continuité de la relation *client avocat*, permet d'obtenir un point de vue différend sur l'ensemble du dossier, d'évaluer le droit et les faits en fonction de l'historique du client et du dossier. Le tout étant déjà utilisé, bien documenté et connu aux Etats-Unis sous les expressions *track one* et *track two*.[2]

De plus, si le processus échouait, *l'avocat litige* sera prêt à intervenir plus rapidement étant au courant des faits et du droit applicable en l'espèce. Cette façon de faire permet la collaboration, l'encadrement du litige sans commencer par les débats contradictoires, l'établissement de paramètres clairs et simples sans que les avocats et clients n'aient à renoncer à leur relation d'affaires. D'ailleurs la recherche d'autres points de vue et opinions de la part d'avocats et autres experts est déjà courante dans la pratique du droit commercial. Au client, par la suite, de prendre la décision qui lui convient.

Le droit collaboratif est particulièrement recommandé lorsque des relations à long terme doivent être maintenues. Or, les partenaires commerciaux ont rarement le luxe de pouvoir se priver de telles communications présentes ou futures. L'internationalisation des affaires et les besoins de confidentialité rendent le droit collaboratif attrayant. En effet, qui veut investir temps, argent, ressources humaines dans des conflits judiciarisés complexes et de longue durée, dans des pays différents, avec des règles de droit différentes, dans des langues différentes? Les partenaires commerciaux veulent que les différends se règlent entre les parties, dans un délai raisonnable et dans le meilleur intérêt commercial de chacun. Rappelons que tout comme en médiation, l'avocat qui s'implique dans un processus de droit collaboratif agit en tant qu'avocat et à ce titre est

[2] Ces notions pourront faire l'objet d'un article dans le futur.

régi par la *Loi sur le Barreau*. Ses agissements et conseils sont couverts par les assurances.

En pratique, le processus de droit collaboratif requiert une collaboration à plusieurs niveaux. Le travail d'équipe requis devrait être expliqué d'avance aux clients. Les avocats doivent faire en sorte que leurs clients comprennent bien toutes les implications du processus de droit collaboratif. Chaque avocat joue aussi le rôle d'animateur et d'entraîneur. Les avocats sont les gardiens d'un processus efficace, les clients sont responsables du résultat. Ils aident les clients à définir des objectifs réalistes, à analyser leurs options. Il est très important de rappeler que de recourir au droit collaboratif ne signifie pas que les parties renoncent à leurs droits ou s'y soustraient.

Toute entente intervenue lors d'un processus de droit collaboratif liera les parties. Les avocats dans le processus de droit collaboratif gardent leur rôle de représentation en fournissant des conseils, des opinions et de la protection, tout en s'assurant que leurs clients négocient en connaissance de cause. Ils cherchent un résultat qui satisfera les intérêts de leurs clients. Leur travail vise à atteindre des gains mutuels pour les clients.

Qui aurait pu prévoir tous les changements intervenus dans la société au cours des cinquante dernières années? Nous avons assisté à des changements en profondeur tant dans les mentalités, les mœurs, les habitudes, les conventions sociales, la diffusion des connaissances, l'éducation que dans les instruments de travail disponibles. Les juristes se sont adaptés à ces changements et ont développé des champs de compétence nouveaux et qui auraient été difficiles à prévoir en 1956, et il en sera de même des méthodes de prévention et de règlements des différends civils et commerciaux.

Le droit collaboratif offre une ouverture à des processus et mécanismes différents de ceux déjà couramment utilisés dans notre milieu. Il constitue un défi tant pour les avocats que pour leurs clients. L'exercice du droit collaboratif constitue un autre outil pour la résolution efficace des différends civils et commerciaux.