

**LE DROIT COLLABORATIF :
LA DIVERSIFICATION
DE LA PRATIQUE**

Conférence prononcée par Mes Martha Shea et Suzanne Clairmont

10 novembre 2006

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	2
PORTRAIT SOMMAIRE DU DROIT COLLABORATIF	4
HISTORIQUE ET ÉVOLUTION DU DROIT COLLABORATIF	4
QU'EST-CE QUE LE DROIT COLLABORATIF?	7
RÔLE DES AVOCATS	9
RÔLE DES CLIENTS	10
ATTENTES RÉALISTES POUR LES PARTIES ET LEURS AVOCATS.....	11
PROCÉDURE ET PROCESSUS.....	12
LES PRINCIPES ET LES VALEURS	12
Le travail d'équipe.....	14
La Cour n'est pas une option.....	15
La reconnaissance de l'interdépendance des parties.....	15
Concentration sur les intérêts	15
La loi n'est pas le seul critère	16
Le processus aussi important que le résultat	16
LES ÉTAPES DU PROCESSUS	16
Première étape : Première rencontre avec le client.....	16
Deuxième étape : Première rencontre avec l'autre avocat.....	17
Troisième étape : Préparation du client.....	17
Quatrième étape : Première rencontre de règlement	17
Cinquième étape : Rencontres de règlement subséquentes.....	18
Sixième étape : Règlement et fin.....	18
QU'EN EST-IL DE LA MÉDIATION?	19
CONCLUSION.....	23

INTRODUCTION

La relation traditionnelle entre l'avocat et le client, dans laquelle le premier est l'expert et le second un profane, confère à l'avocat un poids considérable dans l'analyse des situations et les prises de décisions. Cette relation change rapidement. Les clients sont plus informés que jamais, notamment par le Web, par des conférences, des émissions de télévision, de radio et des publications telles Éducaloi¹ et autres. La justice tend à se démocratiser et les informations juridiques sont accessibles au grand public.

Le rôle classique de l'avocat est en mouvement. Nous sommes déjà bousculés dans nos pratiques respectives. L'évolution du rôle de l'avocat est amorcée depuis longtemps et le client arrive aujourd'hui dans nos cabinets en réclamant des types de services dont ils ont eux-mêmes pris connaissance dans les médias électroniques ou classiques.

Dans beaucoup de sphères du droit, l'avocat doit maintenant concilier « représentation » et « défense » de son client avec « collaboration » plutôt que par la « confrontation ». En d'autres termes, l'avocat est appelé à être créatif dans les solutions offertes. Bien des clients veulent que l'avocat trouve une solution qui rencontre ses intérêts plutôt que de le voir se débattre en cour et confronter la position adverse devant les tribunaux. En réponse à ce besoin, même les cours de justice ont initié des séances de conciliation.²

L'utilisation des méthodes de prévention et règlement des différends (PRD) qui vont de la conciliation à la médiation en passant par le droit collaboratif est une réalité observée dans tous les secteurs de la société. Que l'on parle de démocratie participative, de justice participative ou réparatrice, de consensus, de résolutions de différends, de respect, d'esprit d'équipe, d'ouverture vers les autres, d'accueil, un fait demeure : les individus veulent de plus en plus prendre en charge leurs destinées à tous les niveaux, y compris la prise en charge de leurs droits et obligations, et la société est de plus consciente des divers coûts reliés aux conflits qui perdurent.

La Commission de droit du Canada s'étant penchée sur les méthodes de règlement de différends et s'exprime ainsi concernant les coûts engendrés par les conflits :

« d'ailleurs nous sommes de plus en plus conscients des coûts d'un système, mais aussi des autres frais reliés aux conflits, soit en milieu de travail (taux d'absentéisme attribuables aux conflits), soit dans les relations interpersonnelles (par exemple la détérioration des relations familiales par suite de procédures de divorce hostiles).

¹ Voir notamment le dépliant inclus dans vos pochettes sur *La justice participative*, Éducaloi, octobre 2006.

² À titre d'exemple : Conférences de règlement des litiges présidées par un juge.

Ces coûts additionnels ont des effets négatifs, mais chaque coût est aggravé par le processus accusatoire. »³

Des outils tels le droit collaboratif, la conciliation et la médiation sont de plus en plus utilisés à titre préventif tant en droit civil, commercial qu'en droit de la famille. 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.

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.

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 outil de plus pour la résolution des différends.

La Commission du droit du Canada, après une étude exhaustive de trois ans concernant les processus participatifs, dont le droit collaboratif, considère et en recommande l'utilisation :

« Les processus participatifs conviennent à tous les types de conflits, qu'ils soient monétaires, bipartites ou multipartites, qu'ils concernent des intérêts privés ou des politiques publiques, qu'ils relèvent du droit pénal ou civil. »⁴

³ DesRosiers, Wood, Colas et Stevenson, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003, p. 102.

⁴ Idem, p. 230.

PORTRAIT SOMMAIRE DU DROIT COLLABORATIF

Voici en bref en quoi consiste le processus du droit collaboratif :

- Processus structuré 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.
- Non obligatoire.
- Non contradictoire.
- Obligation de divulguer toute information pertinente de bonne foi.
- Mandat conjoint aux experts, le cas échéant.
- Compte rendu fourni après chaque séance de négociation.
- Recourir au droit collaboratif ne signifie pas que les parties renoncent à leurs droits ou s'y soustraient.
- Confidentialité assurée.
- En cas d'échec des négociations, les avocats collaborateur ne peuvent pas représenter leurs clients devant le tribunal.⁵

HISTORIQUE ET ÉVOLUTION DU DROIT COLLABORATIF⁶

En Californie, un groupe se forme dans les années soixante par la création du *California Conciliation Courts Quarterly*. Cette publication est destinée aux intervenants des cours de justice californiennes. Ce groupe est encore, à ce jour, un leader dans le développement de nouveaux processus et programmes de facilitation en situation de conflit. Aux États-Unis, le droit collaboratif est utilisé depuis une quinzaine d'années dans plusieurs domaines du droit, et est d'usage courant en droit de la famille.

Stuart Webb, un avocat de Minneapolis, est reconnu comme le « fondateur du droit familial collaboratif ». En effet, c'est en 1990, après une quinzaine d'années de pratique en droit matrimonial dit traditionnel, qu'il décide de trouver une solution aux frustrations et stress vécus par lui-même et ses clients dans le système judiciaire. Il est également soucieux de minimiser les séquelles financières et émotives pour ses clients et leurs enfants.

⁵ Extrait de : conférence organisée par la section Prévention et règlement des litiges (PRD), Association du Barreau canadien, division Québec, par Mes John-Nicolas Morello et Martha Shea, Montréal, 24 mars 2005.

⁶ Inspiré largement des sites http://www.quintecollaborativelaw.org/QCLA_History.html et de www.collaborativepractice.com et traduit par les auteures ; www.ustboniface.mb.ca/cusb/institut/juristes/capsules/Droitfamilialcollaboratif.

Il annonça qu'il ne se présenterait plus en Cour pour représenter des clients en droit matrimonial, et qu'il ferait de son mieux pour les aider à régler leurs différends par la négociation mais que, si la négociation échouait ou que l'un des époux entamaient des procédures à la Cour, il se désisterait du dossier et référerait son client à un confrère ayant un tempérament plus procédurier (il a utilisé le terme *litigious*).

Un groupe d'avocats intéressés fut formé sous le leadership de Me Webb. Ils formalisèrent l'idée par la rédaction d'un contrat en vertu duquel les époux acceptaient de négocier à quatre parties de façon sérieuse et de bonne foi, et prévoyait le désistement des avocats présents si le dossier devait se rendre Cour. De fil en aiguille, plusieurs praticiens du droit matrimonial se mirent à s'intéresser au droit collaboratif comme outil de règlement des différends matrimoniaux. Aujourd'hui, il existe des groupes de droit collaboratif dans plusieurs états des États-Unis, dans toutes les provinces du Canada et autres pays dans le monde.

Me Pauline H. Tesler, avocate californienne très connue en droit matrimonial litigieux, après mûre réflexion, pilota cette pratique en Californie. Elle demeure aujourd'hui encore une théoricienne du droit collaboratif et publie des ouvrages qui font autorité.⁷

L'idée fit son chemin. D'autres confrères, ailleurs aux États-Unis et dans le monde, qui rencontraient les mêmes difficultés et désiraient étendre leurs méthodes d'intervention formèrent aussi des groupes de droit collaboratif.

Au Canada, c'est à Medicine Hat, en Alberta, que le premier groupe de droit familial collaboratif vit le jour. Cette pratique y est tellement étendue que le nombre de dossiers contentieux et le nombre d'auditions sont diminués du tiers. Ces résultats s'expliquent, selon Me Bradley Hunter⁸, notamment par le fait que le processus collaboratif est maintenant intégré et enseigné aux praticiens de droit de la famille et que les membres des associations de droit familial sont convaincus de l'efficacité du droit collaboratif.

Les avocats et le public, ailleurs au pays, prirent connaissance du processus de droit familial collaboratif par la parution d'articles dans *The Lawyers Weekly* et plus largement dans la communauté dans le *Maclean's*, *The Toronto Star* et le *Globe & Mail*. Il y a maintenant des avocats en droit collaboratif dans toutes les provinces du Canada et territoires. Des conférences et des cours se donnent et le droit collaboratif prend sa place dans la communauté juridique au Québec.

⁷ Tesler, Pauline H., *Collaborative Law : Achieving Effective Resolution in Divorce Without Litigation*, American Bar Association, 2001.

⁸ Me Bradley Hunter est l'un des principaux instigateurs du processus de droit collaboratif en Saskatchewan. Il est co-auteur de Pallister Conflict Resolution Inc., collaborative Practice, Interest-Based Negotiation and Mediation Trainers, *Collaborative Practice Handbook*, 2002, par Janis M. Pritchard, David J. Carter et R. Bradley Hunter, www.collabcan.com.

La pratique du droit collaboratif s'étend non seulement en droit de la famille, mais également en droit civil général, dans des villes telles Atlanta (Georgie), Boston (Massachusetts), Chicago (Illinois), Los Angeles (Californie), San Francisco (Californie), Seattle (Washington) ; en Amérique du Nord dans les états du Texas, Louisiane, New York, Connecticut ; au Canada dans les provinces d'Ontario, d'Alberta et de la Saskatchewan, pour ne nommer que celles-là. Il est largement répandu dans au moins quarante états des États-Unis.⁹

Le droit collaboratif tant en droit de la famille qu'en civil et commercial prend un essor important outre-mer, en Australie et Nouvelle-Zélande, et fait une percée intéressante en Europe en ce moment. D'ailleurs, la prochaine rencontre de *International Academy of Collaborative Professionals*¹⁰ doit se tenir à Vienne au printemps 2007. Le droit civil collaboratif est pratiqué tant en droit de la famille, qu'en droit du travail, qu'en assurance de dommages, qu'en responsabilité médicale, que pour des règlements des successions, de fiducies, que pour des interventions dans des entreprises familiales. Des institutions telles les hôpitaux, les églises, les municipalités et les universités se montrent aussi intéressées via leur service d'ombudsman.

La Commission du droit du Canada a effectué une étude exhaustive de trois ans sur la justice participative et ses applications. Après cette étude, la Commission croit que la justice participative, en mettant l'accent sur le dialogue et l'atteinte de résultats convenus entre les parties elles-mêmes, répond à des besoins. Le défi, comme il est indiqué dans le rapport, consiste à faire en sorte que les gouvernements et les institutions civiques puissent trouver des façons de soutenir la justice participative sans en restreindre le potentiel novateur.¹¹

En parallèle, Mme Julie MacFarlane¹², professeur émérite en relations de travail en Ontario et ailleurs au Canada, publiait, pour le compte de la Commission de droit du Canada, une étude qualitative de la pratique du droit collaboratif familial au Canada et aux États-Unis. Il s'agit d'une étude qualitative menée auprès d'avocats et de clients ayant participé au processus. Voici un commentaire général tiré du rapport :

« À ce jour il y a lieu de croire que le processus de collaboration encourage un esprit d'ouverture et de coopération, ainsi que la volonté de trouver une solution qualitativement différente, du moins dans bien des cas, de ce qui ressortirait d'une négociation

⁹ Extrait de : conférence organisée par la section Prévention et règlement des litiges (PRD), Association du Barreau canadien, division Québec, par Mes John-Nicolas Morello et Martha Shea, Montréal, 24 mars 2005.

¹⁰ Organisme international prônant et enseignant les pratiques de prévention et règlement des différends.

¹¹ Extrait du communiqué de presse du 17 novembre 2003 lors de la parution du rapport intitulé : *La transformation des rapports humains par la justice participative*, www.lcc.gc.ca/resources/news_releases-fr.

¹² *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative*, Ministère de la Justice du Canada, 2005, préparé par Julie Macfarlane, Ph.D. et présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, p. 42.

traditionnelle entre avocats, même si celles-ci étaient menées dans un esprit de coopération. »

En droit pénal, le concept existe aussi et se nomme plutôt justice réparatrice. D'ailleurs, ce concept est intégré aux pratiques et découle du droit amérindien de résolution des conflits. Autant en ce qui concerne les litiges commerciaux, les faillites, les différends locatifs, des processus non accusatoires ayant notamment comme valeur fondamentale la participation sont mis en place depuis vingt ans.

Ici au Québec, à l'instigation de Me Donald Devine, Me Francine Nantel, Me Louise Woodfine et Me Martha Shea, plusieurs collègues pratiquant en droit de la famille et droit civil mirent sur pied un groupe de droit collaboratif à l'automne 2003. Un total de 58 avocats ont déjà complété une formation de cinq jours, et 11 autres ont commencé la formation, mais ne l'ont pas encore terminée. À ce jour, environ 25 dossiers ont été traités selon le processus de droit collaboratif. Le groupe s'est donné comme objectif de publiciser cette méthode d'intervention à travers la province de Québec et de donner les informations et formations nécessaires à sa pratique sécuritaire. Tous les membres de ce groupe ont participé à des formations ici au Québec et ailleurs au Canada. Les documents ont été traduits en français et sont les seuls textes et outils de droit collaboratif disponibles en français à ce jour.

QU'EST-CE QUE LE DROIT COLLABORATIF?

« Le droit collaboratif est une pratique du droit utilisant la négociation sur la base d'intérêts où 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 à ne pas aller devant les tribunaux. Les parties et les avocats travaillent en équipe. »¹³

Mentionnons encore une fois qu'il ne s'agit que d'une parmi d'autres méthodes qui peuvent être proposées et utilisées par les parties et leurs avocats, un ajout dans la gamme de solutions offertes aux clients.

Le droit collaboratif est une approche, un processus empreint de respect, au service de la négociation et du règlement des litiges, sans recours aux tribunaux. Le droit collaboratif est un outil de facilitation et d'encouragement pour des relations futures plus harmonieuses ainsi qu'un outil pour tenter de minimiser les conséquences sociales, financières et émotionnelles des conflits judiciaires.

¹³ *Introduction to Collaborative Family Law Process Training*, Victoria L. Smith BA, LL.B., C. Med. Cert. CFM (FMC), and June A. Maresca LL.B., LL. M. Cert. CFM (FMC), manuel traduit de l'anglais par Me Louise Woodfine pour le Groupe de droit collaboratif du Québec.

C'est une méthode de travail efficace conçue pour des négociations complexes, éprouvantes et chargées d'émotivité. Cette méthode procède de la négociation sur les intérêts. Les parties tentent de concilier leurs différends en examinant d'abord leurs intérêts ou leurs besoins communs et respectifs pour ensuite pouvoir élaborer les différentes options en rapport avec ces intérêts et besoins, pour enfin choisir celle qui leur convient.¹⁴ Elle est particulièrement utile pour les négociations qui doivent être entreprises lorsqu'un ou les deux membres d'une famille ou d'une équipe décident qu'ils ne peuvent plus vivre ou travailler ensemble mais auront à entretenir des relations futures.

Le droit collaboratif et la médiation sont utilisés tant pour le droit de la famille que pour le droit civil et on y fait référence comme étant la justice consensuelle. La vision de la justice réparatrice et celle de la justice consensuelle se rejoignent sur trois points : la notion de préjudice, la notion de justice et l'importance accordée aux rapports humains.

La justice réparatrice et la justice consensuelle considèrent le préjudice comme étant d'abord et avant tout causé à un individu – la rupture d'une relation – et, en deuxième lieu, comme un acte ayant autant des répercussions pour l'ensemble de la collectivité. Que faire lorsque les parties impliquées doivent continuer, malgré un différend important, de collaborer dans le futur à un but commun?

Le droit collaboratif reconnaît les besoins tant des familles, des groupes sociaux, des corporations impliquées, que des individus. Les négociations ont lieu lors d'une série de rencontres de règlement afin d'échanger de l'information, lister les points de contention et les inquiétudes, établir les objectifs et détailler les choix possibles de règlement ainsi que de négocier les ententes. Pendant les négociations, les parties doivent se comporter de façon respectueuse et y participer de bonne foi aux négociations.

L'un des facteurs ayant favorisé l'essor de la justice consensuelle est l'écart entre les besoins des parties impliquées et les solutions que leur offre le système de justice formel. Tant en droit de la famille que dans les autres sphères du droit, les avocats et les clients cherchent des solutions viables et durables. Les besoins de conciliation et de résolution de différends se font sentir dans les familles, pour les enfants, dans les milieux de travail pour les travailleurs en conflits, dans le milieu des affaires et ailleurs dans la société.

¹⁴ *La médiation familiale*, Collectif multidisciplinaire coordonné par Lisette Laurent-Boyer, article de Françoise Lafortune, p. 50.

RÔLE DES AVOCATS ¹⁵

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. 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.

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. Cette compréhension étant essentielle au succès du processus.

Chaque avocat demandera à son client ce qui est important pour lui à court et à long terme et ce dont il a besoin pour être à l'aise au cours de la négociation. Il devra aussi se familiariser avec les circonstances, besoins, objectifs et désirs de l'autre partie afin de pouvoir assister dans l'élaboration d'options qui puissent être satisfaisantes aux deux parties. Le client devra s'attendre à ce que son avocat apprenne à connaître l'autre partie, à accepter ce qu'il avance et à traiter ses préoccupations et propos avec un respect égal à ce qu'il démontre à l'égard de son propre client. Tous les participants doivent être encouragés à écouter de façon attentive ce qui est dit par les autres.

Les avocats et les clients s'entendent pour procéder à une divulgation mutuelle des informations pertinentes et essentielles. Les avocats et les clients peuvent discuter de la possibilité d'un cas litigieux. Toutefois, pour que le processus réussisse, ni les parties ni leurs avocats ne doivent menacer de recourir aux tribunaux ou à toute autre procédure judiciaire.

En cas d'impasse, il est possible de faire appel à la médiation ou à un tiers, expert ou autre. Alternativement, une partie peut unilatéralement résilier l'entente et dans une pareille situation, les avocats collaborateurs ne représenteront pas les parties devant le tribunal et les experts ayant participé au processus ne sont pas contraignables devant les tribunaux.

¹⁵ *Introduction to Collaborative Family Law Process Training*, Victoria L. Smith BA, LL.B., C. Med. Cert. CFM (FMC), and June A. Maresca LL.B., LL. M. Cert. CFM (FMC), manuel traduit de l'anglais par Me Louise Woodfine pour le Groupe de droit collaboratif du Québec.

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

L'avocat, dans le processus de droit collaboratif, doit s'assurer que son client a tout ce dont il a besoin pour prendre les meilleures décisions possibles. À cette fin, l'avocat crée un environnement propice pour les négociations. Une explication détaillée et vigilante du processus, des rôles respectifs des participants, des coûts et du temps requis devrait permettre au client de regagner un sentiment de contrôle sur sa propre cause. Le fait de savoir que les deux parties reçoivent une préparation semblable pour le déroulement du processus aide à réduire les inquiétudes. Les avocats aident leurs clients à exprimer leurs besoins quant au processus et s'assurent que les engagements pris sont respectés. Ils veulent que tous les participants aient confiance au processus et s'y sentent confortables.

Les avocats soulignent aux deux parties l'importance d'une divulgation complète de toute information pertinente. Ils encouragent chaque personne à informer l'autre de ce qu'elle désire accomplir et de l'importance qu'elle attache aux divers éléments et questions. Les avocats aident les clients à apprécier l'importance de partager avec l'autre partie toute information disponible pour faciliter une meilleure prise de décision. Ils élargissent le concept légal de la pertinence pour inclure toute information importante.

À la première rencontre de règlement, les avocats animent une discussion sur les méthodes efficaces de communication et aident les parties à établir leur protocole de communication.

RÔLE DES CLIENTS ¹⁶

Les clients qui optent pour le processus de droit collaboratif prennent un engagement sérieux à l'égard des principes qui sous-tendent ce processus. Qu'est-ce que cela veut dire en pratique? En termes concrets, de quelle façon le client peut-il procéder pour s'assurer de travailler le plus efficacement possible vers le meilleur résultat possible?

La volonté de faire preuve de respect à l'égard des perspectives, intérêts et valeurs de l'autre partie est probablement la meilleure approche. Chaque client a son point de vue sur chacune des questions et sur l'histoire du conflit ; chacun a des intérêts distincts et des intérêts communs ; chacun a des croyances et des valeurs qui découlent de son vécu. Lorsqu'un conflit éclate, il est fréquent que les protagonistes s'accrochent à leur propre perspective des faits. Sentir que cette perception est remise en question peut

¹⁶ *Introduction to Collaborative Family Law Process Training*, Victoria L. Smith BA, LL.B., C. Med. Cert. CFM (FMC), and June A. Maresca LL.B., LL. M. Cert. CFM (FMC), manuel traduit de l'anglais par Me Louise Woodfine pour le Groupe de droit collaboratif du Québec.

être très bouleversant à une période où l'on se sent déjà instable et vulnérable. Chacune des deux parties peuvent être réticentes à regarder le problème sous un nouvel angle.

Le processus de droit collaboratif ne requiert pas de déterminer laquelle des versions est vraie. Lorsque les parties acceptent la validité de la relation des faits de l'autre et des émotions et valeurs qui l'accompagnent, elles peuvent commencer à chercher des solutions qui sont acceptables aux deux, sans exiger que l'autre ne modifie son point de vue ou ses valeurs.

Les clients ont d'autres tâches et responsabilités : communiquer avec tous les participants avec respect, accepter de divulguer sa situation financière, mettre les intérêts des enfants, du projet ou du commerce au premier plan, le cas échéant, et accepter la responsabilité de créer le meilleur résultat possible.

Les avocats suggèrent à leurs clients qu'il y a d'autres solutions possibles. Le vécu personnel, les réalités quotidiennes ou les parties elles-mêmes peuvent générer des options de solutions.

ATTENTES RÉALISTES POUR LES PARTIES ET LEURS AVOCATS

Les objectifs de la première rencontre sont limités. C'est l'occasion pour les avocats de rencontrer l'autre partie. Il est important de créer des liens avec tous les participants (avocats, clients et experts s'il y a lieu) pour que la relation soit efficace. Il est fortement recommandé de ne pas signer d'entente de droit collaboratif avant la première rencontre en personne des quatre participants.

Les clients doivent bien comprendre exactement dans quel processus ils vont travailler, les explications devront être claires et suffisantes pour qu'ils puissent adhérer au processus en toute connaissance des avantages et limites du processus.

Sur le plan pratique, il est important d'insister sur la préparation des clients à l'ensemble du processus car le droit collaboratif n'est pas indiqué pour tous les clients et ces derniers doivent être en mesure de choisir en ayant eu toutes les explications nécessaires à leur prise de décision.

Les avocats doivent aussi préparer les clients à faire face à des événements inattendus. Chaque avocat peut intervenir afin d'éviter une crise ou afin de modifier un comportement inacceptable. Un avocat peut valider le point de vue de l'autre partie. Quand l'une des parties exprime quelque chose qui provoque une réaction forte chez l'autre, l'un des avocats peut réduire la tension en rappelant que tout énoncé offre l'occasion de mieux comprendre les intérêts de l'autre partie et qu'aucune décision ne résultera de l'énoncé à moins que les deux parties ne soient en accord.

PROCÉDURE ET PROCESSUS

Le droit collaboratif vise à permettre aux participants d'agir le plus efficacement possible pour maximiser les résultats des deux parties. L'avocat en droit collaboratif évalue constamment le fonctionnement du processus autant pour son client que pour l'autre partie. Tout en demeurant l'« avocat » de leurs clients, les avocats en droit collaboratif impliquent les deux clients dans tous les aspects du processus décisionnel, de même que dans toutes les questions de fonds. En droit collaboratif, le processus est aussi important que les résultats.

Le Groupe de droit collaboratif du Québec insiste et précise que le processus de base doit être respecté et les méthodes pratiquées selon un mode précis. Il faut faire attention de bien appliquer les étapes du processus afin d'éviter que l'exercice ne se transforme en thérapie de groupe et ou autre intervention pour lesquelles les avocats n'ont ni la formation ni l'objectif de jouer un tel rôle.

Une procédure est une façon particulière de faire quelque chose, une série d'étapes à suivre alors qu'un processus est une série d'actions qui vise à atteindre un résultat.

LES PRINCIPES ET LES VALEURS

Un différend, qu'il soit de nature personnelle, professionnelle, sociale, ou psychologique, cause des sentiments d'impuissance et diminue la capacité de prendre de bonnes décisions. Il est cependant possible, lorsque l'avocat dans le processus de droit collaboratif apporte aux parties l'appui et la direction dont elles ont besoin, de leur permettre d'élargir leurs horizons et de regagner leur capacité de raisonner.

Alors que le processus contradictoire vise à confier à une tierce partie la prise de décisions les concernant après avoir entendu les parties dûment représentées, le processus de droit collaboratif part du principe qu'une ou des solutions à un conflit peut être trouvée, avec l'appui approprié, par les personnes impliquées dans ce conflit. Il n'est pas toujours nécessaire que leurs avocats ou un juge tranchent des questions qui sont importantes pour elles.

Dans le processus de droit collaboratif, c'est à l'avocat de juger si son appui est nécessaire lors de rencontres individuelles ou durant les rencontres de règlement. Alors que les avocats travaillent ensemble dans un esprit de partage d'information, il va de soi que l'avocat veille à maintenir la dignité et la confiance de son client, il est toujours son avocat. Le respect de cet équilibre est la clef de négociations collaboratives fructueuses.

Afin d'optimiser les efforts et augmenter le taux de réussite du processus de droit collaboratif, la Commission de droit du Canada recommande ce qui suit : ¹⁷

« *Une intervention précoce* : Plus tôt sera la possibilité d'intervenir de façon non menaçante, constructive et participative, plus la tension tendra à diminuer rapidement.

L'accessibilité : Pour que des membres de la collectivité et des représentants du système judiciaire puissent recourir efficacement à des processus collaboratifs, il est essentiel de les concevoir de façon à ce qu'ils soient accessibles et conviviaux.

Le caractère volontaire : Il est essentiel que les parties puissent faire des choix éclairés quant à leur participation à des initiatives de droit collaboratif afin d'en garantir le succès.

Une préparation soignée : Une attention particulière doit être portée aux rapports entre les parties, où la peur ou l'intimidation semble entrer en jeu. De plus, chaque participant doit avoir suffisamment de temps à sa disposition pour se préparer au processus.

La confidentialité : L'assurance de la confidentialité et de l'inadmissibilité à titre de preuve de ce qui est dit est souvent d'une importance capitale pour l'efficacité du processus collaboratif.

L'équité : D'une façon générale, ce sont les parties elles-mêmes qui devraient décider de ce qui est « équitable ». Cela dit, il demeure nécessaire de s'assurer que la décision d'accepter une solution est vraiment librement consentie et que les solutions trouvées dans le cadre du processus collaboratif sont de qualité et légales.

La pertinence et le réalisme des résultats : Toute entente intervenant dans le cadre d'un processus collaboratif doit tenir compte des ressources disponibles, et ce afin d'en assurer la durabilité. Dans la mesure du possible, il faut surveiller l'observation des ententes conclues.

La souplesse et l'adaptabilité : Le concept même du droit collaboratif signifie que l'on peut et que l'on doit faire confiance aux parties pour les laisser elles-mêmes prendre des décisions sur le déroulement du processus dans lequel elles se sont engagées. »

Les membres du Groupe de droit collaboratif du Québec ont traduit un manuel intitulé *Introduction to Collaborative Family Law Process Training*, de Me Victoria L. Smith et de Mme la Juge June A. Maresca. Ce manuel fut distribué lors d'une formation donnée à Montréal en février 2003. Les auteurs ont gracieusement donné la permission de traduire et d'utiliser cette traduction pour fins de formation en français.

¹⁷ Ces prémisses font partie des recommandations de la Commission du droit du Canada en ce qui concerne l'élaboration de programmes offrant des processus de justice participative, dans le cadre de litiges de nature pénale ou civile. DesRosiers et als, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, p. 231.

Dans ce même manuel d'introduction au droit collaboratif, Me Smith et Mme la Juge Maresca rappellent les valeurs soutenant la pratique du droit collaboratif : ¹⁸

« L'engagement ou l'importance de trouver le juste équilibre entre le respect du processus et la loyauté envers le client et ses collègues.

La transparence ou exposer clairement au client ses valeurs fondamentales et les problèmes possibles.

La souplesse et la réceptivité ou respecter les différents styles de pratique du droit collaboratif et adapter le plus possible sa propre pratique aux besoins du client. »

Il ne saurait être question de processus de droit collaboratif sans que les principes qui suivent ne soient respectés. ¹⁹

Le travail d'équipe

Les avocats et les clients travaillent ensemble : ils composent une équipe de personnes à valeur égale, travaillant conjointement à la résolution d'un problème commun.

Le processus de droit collaboratif ne fonctionnera que si on laisse la parole aux principaux intéressés : les clients. Ainsi, l'avocat doit s'assurer qu'il forme une véritable équipe avec son client.

Pour le client, l'expression de ses attentes et des solutions pouvant survenir fait partie du processus comme tel. Il s'agit d'établir une communication basée sur l'égalité et la complémentarité des membres de l'équipe avocat client.

La nature et l'étendue de l'appui que fournira l'avocat dans le processus de droit collaboratif varieront selon, notamment, la personnalité du client, son état émotif, ses capacités intellectuelles, son éducation, son expertise ainsi que la nature et la complexité des questions pertinente et du conflit entre les parties.

¹⁸ *Introduction to Collaborative Family Law Process Training*, Victoria L. Smith BA, LL.B., C. Med. Cert. CFM (FMC), and June A. Maresca LL.B., LL. M. Cert. CFM (FMC), manuel traduit de l'anglais par Me Louise Woodfine pour le Groupe de droit collaboratif du Québec.

¹⁹ *Idem.*

La Cour n'est pas une option

Les avocats ne peuvent pas intenter de procédures ni menacer de le faire durant le déroulement d'un mandat de droit collaboratif. Ceci motive les participants à continuer à travailler ensemble pour trouver des solutions acceptables et encourage la créativité dans l'élaboration d'options non traditionnelles. Les participants peuvent s'adjoindre des experts neutres au besoin, ce qui est une pratique fréquemment utilisée en droit collaboratif.

Les tenants du droit collaboratif considèrent la justice comme multidimensionnelle. Ils sont d'avis qu'une solution ne doit pas seulement obéir à des règles préexistantes. Ils considèrent plutôt le contraire, à savoir que dans bien des cas, la solution doit être à la satisfaction de toutes les parties plutôt qu'à la seule satisfaction du gagnant de la cause.

Le fait d'intenter des poursuites et d'engager des procédures signifie souvent que les rapports ultérieurs seront difficiles, voire même impossibles. Le processus de droit collaboratif ouvre la porte aux développements ultérieurs et à des communications plus efficaces pour l'avenir.

Le processus de droit collaboratif permet aux parties plutôt qu'aux avocats et à la loi seule, le droit et la responsabilité de créer leurs solutions.

La reconnaissance de l'interdépendance des parties

Les participants acceptent que les meilleurs résultats ne puissent être atteints que si les besoins et les intérêts des deux parties sont satisfaits. Il n'est pas nécessaire que les clients acceptent les points de vue de l'autre partie, mais chaque partie doit accepter que l'autre soit un partenaire essentielle dans la création de solutions, avec ses opinions et perspectives.

Concentration sur les intérêts

Les négociations en droit collaboratif sont centrées sur les intérêts plutôt que sur les positions. Les parties échangent de l'information et considèrent toutes les options avant de choisir celle qui répondra le mieux aux besoins identifiés.

La loi n'est pas le seul critère

L'avocat, dans le processus collaboratif, encourage son client à envisager une solution basée sur les dispositions législatives comme une option parmi plusieurs qui doit être évaluée en fonction du degré auquel elle répond aux besoins des parties. Puisque tout le processus repose sur l'implication des parties elles-mêmes, il est normal de les laisser trouver la ou les solutions par elles-mêmes.

Le processus aussi important que le résultat

Encore une fois, il faut se rappeler que dans une négociation en droit collaboratif, chaque partie désire être comprise et comprendre l'autre. Les avocats, en consultation avec les parties, assument la responsabilité de créer un processus qui respecte les parties et qui est efficace. Les participants et leurs avocats suivent un processus établi par des praticiens expérimentés et qui a fait ses preuves. En toute connaissance de cause, les parties assument la responsabilité des résultats. Les avocats restent maître du processus et en assume la responsabilité.

LES ÉTAPES DU PROCESSUS

Première étape : Première rencontre avec le client

Le processus débute avec la première rencontre entre l'avocat et le client. L'avocat prend connaissance des préoccupations de son client et décrit les options quant aux diverses options disponibles. Si le client n'a pas encore pris de décision à ce sujet, le droit collaboratif est présenté comme étant une option à considérer, au même titre que la médiation et le débat contradictoire. Le but de cette discussion est d'évaluer si le dossier se prête au processus de droit collaboratif et d'aider le client à prendre une décision éclairée sur le processus de règlement de conflit qui lui convient le mieux.

Si le client a déjà choisi le processus de droit collaboratif, l'avocat doit lui faire part des autres options, en discuter avec lui, l'éclairer sur certains points afin que ce choix soit fait en toute connaissance de cause. Lorsque l'avocat est convaincu que le client comprend et accepte les implications de son choix, le mandat peut être signé. L'avocat discute des intérêts et des objectifs du client et peut fournir de l'information sur sa position juridique.

Deuxième étape : Première rencontre avec l'autre avocat

Une fois que les deux clients ont donné le mandat à leurs avocats d'entreprendre un processus de droit collaboratif, les avocats doivent communiquer entre eux. À cette étape, le travail d'équipe commence pour les avocats. Ils identifient les urgences pour chacune des parties et consentent à échanger toute information préliminaire requise pour traiter de ces urgences. Les avocats organisent la première rencontre de règlement et peuvent même procéder à une simulation sommaire de cette rencontre pour s'assurer de son bon déroulement.

Troisième étape : Préparation du client

Avant la première rencontre, chaque avocat devra avoir une discussion approfondie avec son client pour comprendre non seulement les faits mais aussi les objectifs de son client. L'avocat explique au client ses droits et ses obligations.

L'avocat prépare son client à participer efficacement dans le processus de droit collaboratif. Ils révisent ensemble les principes et prémisses du droit collaboratif. Ils discutent de leurs rôles respectifs dans le processus et de la façon dont ces rôles diffèrent de l'approche traditionnelle qui est dirigée par l'avocat. Ils étudient les protocoles pour s'assurer que la participation et les communications soient efficaces durant les rencontres de règlement. Finalement, l'avocat explique les diverses étapes du processus de droit collaboratif et des rencontres de règlement en soulignant que les négociations sont basées sur les intérêts.

Quatrième étape : Première rencontre de règlement

Les avocats accueillent les clients et font les présentations. L'un des avocats revoit les grandes lignes de l'accord de participation et s'assure que les clients désirent adhérer au processus de droit collaboratif avant de signer l'entente de participation, protégeant notamment la confidentialité des propos. Il est bon de rappeler aux clients qu'aucun des propos ne sont recevables advenant une audition au tribunal et que les experts participant aux négociations ne sont pas contraignables.

Alors que les avocats facilitent la discussion, les clients expriment leur consentement aux règles de conduite à respecter durant le processus. Les participants traitent des préoccupations immédiates. Une entente sur les questions urgentes à cette étape renforce les efforts de résolution de différends.

Un objectif important de la première rencontre de règlement est d'identifier les questions que les clients désirent régler et d'établir leur ordre de priorité. Les participants déterminent l'information et les documents dont ils ont besoin. Ils

conviennent des délais pour l'échange d'information, des tâches à accomplir et de la date des prochaines rencontres de règlement.

Après la première rencontre de règlement, les avocats procèdent à un débriefage entre eux et avec leurs propres clients. Ces discussions devraient avoir lieu avant et après chaque rencontre de règlement dans le but d'identifier les solutions émergentes et de résoudre les problèmes au fur et à mesure et ainsi assurer le bon déroulement du processus.

Cinquième étape : Rencontres de règlement subséquentes

Durant les rencontres qui suivent, les participants travaillent ensemble afin de résoudre chaque question. Ils identifient les droits, intérêts et objectifs, ils analysent l'information, ils développent une série étendue d'options et progressent par étape vers un règlement global. L'objectif est un résultat qui maximise la satisfaction des intérêts communs et individuels des parties dans le respect des droits et obligations. À cette fin, les participants peuvent décider d'impliquer une tierce personne, médiateur ou expert, afin de résoudre certaines impasses.

Sixième étape : Règlement et fin

Les avocats collaborent à la préparation d'un document de règlement en énonçant les principes, prémisses et raisonnements qui sont à la base du règlement. Tous les participants se rencontreront une dernière fois pour réviser et signer l'entente et mettre fin au processus de droit collaboratif.

En droit familial, les avocats entreprennent les démarches conjointes nécessaires pour le dépôt et la ratification de l'entente par la Cour Supérieure du Québec. En droit civil et commercial, l'entente qui en résulte deviendra un contrat entre les parties. Le taux de réussite du processus collaboratif dépasse largement les 90%, et il est utile de rappeler que des ententes négociées sont mieux respectées. L'expérience tend à démontrer que des ententes auxquelles les parties ont participé et qui ont été élaborées en leur présence et celles de leurs avocats sont plus durables.

QU'EN EST-IL DE LA MÉDIATION?

Maintenant que la médiation est bien ancrée dans nos mœurs sociaux et juridiques, des questions surviennent avec l'arrivée du droit collaboratif. La médiation est-elle appelée à disparaître avec l'arrivée du droit collaboratif? Ces deux modes de résolutions des conflits peuvent-ils cohabiter, peuvent-ils se compléter ou vont-ils se concurrencer?

Éducaloi, dans son dépliant 2006 intitulé *La justice participative : obtenir justice autrement*²⁰, définit la médiation comme suit :

« La médiation est une forme de négociation dans laquelle intervient une personne neutre dont la tâche est de faciliter le dialogue. Le médiateur joue ainsi un rôle actif et peut proposer des solutions. Par une démarche structurée mais souple, la médiation laisse place à la créativité dans la recherche de solutions et favorise une vision d'ensemble du conflit, au-delà de sa dimension juridique. La médiation peut s'appliquer dans tous les domaines de droit, notamment en matière de droit familial, de petites créances et de droit civil et commercial, et n'a pas uniquement lieu dans le cadre d'un recours judiciaire. »

Hier considérée comme un processus de gestion des différends, la médiation familiale est aujourd'hui devenue une évidence pour restaurer le dialogue au sein de la famille, des équipes de travail, des entreprises, des corporations et autres.

L'idée de l'utilisation de la médiation comme un processus de gestion des différends date des années 70, lorsqu'aux États-Unis, les premières recherches sont menées par un avocat, J. Cowlson, qui, à partir des techniques d'arbitrage, tente de réduire les effets traumatiques du divorce.

C'est également vers la fin des années 70 qu'un avocat et thérapeute d'Atlanta, O.J. Coogler, ouvre le premier centre de médiation familiale. Il publiera en 1978 son analyse et sa théorie de la médiation sur l'expérience de sa pratique : *Structured Mediation in Divorce Settlement : A Handbook for Marital Mediators*.

Plus près de nous, à New York, J.M. Haynes, travailleur social et professeur en sciences sociales à New York State University, et ayant œuvré dans les relations de travail, publie dans la revue *Divorce Mediation : A Practical Guide for Therapists and Counselors*. Il est le président fondateur de l'Academy of Family Mediators.

Dans la même période, dès 1981 naissait au Québec un projet pilote en médiation familiale suite à un protocole d'entente entre la magistrature, les ministères de la

²⁰ Dépliant d'Éducaloi, *La Justice participative*, 2006.

Justice, des Affaires sociales, le Barreau de Montréal, le sous-comité de la pratique du droit familial du Barreau de Montréal, la Commission des services juridiques et le Centre de services sociaux du Montréal métropolitain. Naissait en même temps une collaboration multidisciplinaire qui devait faire école. Ce projet pilote deviendra un programme permanent le 1^{er} avril 1984 et deviendra le Service de médiation à la famille.

Dès l'automne de cette même année, l'Association de médiation familiale du Québec (AMFQ) réunissant les professionnels intéressés à la médiation familiale, était formée avec comme objectif de promouvoir la médiation familiale dans la résolution des litiges familiaux.

M. John Haynes viendra au Québec en août 1986, sur l'invitation du Barreau, former les 25 premiers avocats médiateurs.

Le comité de déontologie de l'Association de médiation familiale du Québec déposa en 1987, après plusieurs mois de travail, un code d'éthique qui fut adopté. Ce code définissait la médiation familiale comme suit :

*« ...une méthode de résolution de conflits basée sur la coopération, et par laquelle un tiers impartial et qualifié aide les membres de la famille à élaborer eux-mêmes une entente viable et satisfaisante pour chacun. »*²¹

C'est le 1^{er} mai 1997, en même temps que l'entrée en vigueur de la loi fixant les pensions alimentaires pour enfants, que le législateur québécois a intégré le processus de médiation dans la procédure en matière familiale. L'article 814.3 du Code de procédure civile du Québec prévoit en effet ceci :

814.3. *« Sauf les demandes visées à l'article 814.9, aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur n'ait été produite au moment de l'audience. »*

En effet, tous les parents faisant des demandes en justice doivent assister à une session d'information obligatoire. S'ils décident de poursuivre la médiation, ils bénéficient d'un maximum de 7.5 heures de médiation et ce gratuitement.

²¹ Association de médiation familiale du Québec, *Code de déontologie*, 4^{ième} révision, 10 août 1988.

En 1998 est adopté un *Guide des normes*. Ces normes sont reliées à la pratique de la médiation. Le guide a ceci de particulier qu'il a été élaboré par des représentants des ordres professionnels dont les membres sont habilités à faire des médiations en droit de la famille : les travailleurs sociaux, les psychologues, les conseillers en orientation, les notaires et les avocats. L'aspect multidisciplinaire de la médiation familiale et sa pratique a donné lieu à des collaborations entre les ordres professionnels. Ce guide est un outil de référence pour la pratique et est mis à jour régulièrement.

Le médiateur est un intervenant impartial qui se situe à égale distance des négociateurs, c'est-à-dire qui ne prend pas parti dans les décisions à prendre. Dans les dossiers de droit de la famille, nous aurons une exception au principe puisque le médiateur veille à ce que l'intérêt des enfants soit également respecté. Le médiateur sortira de la neutralité s'il croit que les négociations se font au détriment de l'enfant et selon les règles du *Guide des normes*. Il devra mettre fin au processus. Le médiateur a la responsabilité de conserver et de rétablir, le cas échéant, l'équilibre des forces en présence afin d'assurer une bonne négociation.

L'avocat médiateur doit aviser ses clients, avant d'entreprendre une médiation, qu'il agit à titre de médiateur tout en étant avocat. Sa formation d'avocat lui permettra de préciser l'état du droit ou de la jurisprudence sur un point, mais toujours à titre d'information. L'avocat médiateur devra bien aviser les parties en médiation qu'en aucun temps il ne pourra leur donner de conseils juridiques. L'avocat médiateur avise les parties de la nécessité d'un avocat conseil pour chacune d'elles. Le cas échéant, l'avocat médiateur invitera les parties à consulter leur avocat pour obtenir les conseils nécessaires.

Le législateur a voulu faciliter le processus de négociation qui se veut une négociation sans préjudice. En effet, l'article 815.3 du *Code de procédure civile* énonce que rien de ce qui a été dit, entendu ou écrit au cours d'une entrevue de conciliation, y compris de médiation, n'est recevable en preuve dans une procédure ultérieure, à moins que le médiateur ou les parties n'y consentent.

D'autre part, le *Guide des normes* recommande d'inclure au contrat ou consentement à la médiation une clause à l'effet que les parties, en cas d'échec de la médiation, s'engagent à ne pas utiliser les éléments de la médiation devant la Cour, ni à faire témoigner le médiateur.

À la fin de la médiation, le médiateur rédige les ententes intervenues, ententes qui doivent refléter les intentions et conclusions des parties. Nous pouvons affirmer que plus de 80% des utilisateurs du processus de la médiation parviennent à une entente. Les ententes résultant d'un processus collaboratif tel la médiation sont très largement respectées et les parties ont, dans la plupart des cas, développer une nouvelle méthode de communication qui favorisera les relations futures.

D'ailleurs, les parties peuvent, et le font souvent, revenir en médiation pour régler des problèmes récurrents ou ponctuels, ayant déjà l'expérience et le réflexe d'obtenir de l'assistance.

La médiation est utilisée dans bien d'autres domaines du droit au Québec et des rencontres de médiations sont offertes dans plusieurs lois québécoises et par les organismes administratifs les chapeautant ; que l'on pense, entre autres, à la Régie du logement, à la Commission de santé et sécurité au travail, à la Régie de l'assurance automobile du Québec, à la Commission des normes du travail du Québec.

D'autres lois font appel à la médiation. Pour n'en nommer que quelques-unes citons : la Loi canadienne sur les droits de la personne, la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, le Code canadien du travail, la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale. Les lois des provinces canadiennes contiennent de nombreuses dispositions ayant recours à la médiation.

Les dispositions législatives visant l'intégration de la médiation aux processus de règlement des différends sont monnaie courante, tant à l'échelon fédéral que provincial. Une vingtaine de lois fédérales contiennent des dispositions prévoyant la médiation et plusieurs d'entre elles obligent formellement les parties à recourir à la médiation dans le cadre du processus de résolution d'un différend ou d'une plainte.

Outre la Chambre de commerce international (CCI) et l'American Arbitration Association (AAA), nombre d'organismes offrent des services de médiation et d'arbitrage. Ainsi, le Centre canadien d'arbitrage commercial offre à la fois des services d'arbitrage et de médiation. Parmi les nouveaux services offerts, mentionnons les services en cas de différends quant aux noms de domaines « .ca », ou lors de désaccords dans le domaine du sport amateur. La tendance est bien établie au niveau international tant en Amérique qu'en Europe.

Si nous revenons à nos questions du début, soit la médiation est-elle appelée à disparaître avec l'arrivée du droit collaboratif? Et ces deux modes de résolution des conflits peuvent-ils cohabiter, peuvent-ils se compléter ou vont-ils se concurrencer? Nous répondrons que la médiation est complémentaire au droit dit « litigieux » et est très utilisée et ancrée dans les mœurs juridiques. Il en sera autant du droit collaboratif.

Ce sont deux processus maintenant offerts par les avocats pour répondre aux besoins de leurs clients. En cas d'échec de la médiation, les clients peuvent se tourner vers le droit collaboratif, car sinon on retourne en quelque sorte à la case départ et entreprenons un litige que les parties voulaient éviter au départ. Il en va de même lorsque les parties participent à un processus de droit collaboratif, ils peuvent référer certaines questions à un médiateur en cours de route ou à la fin du processus. Les deux méthodes de règlement des différends sont complémentaires et cette complémentarité est à développer.

CONCLUSION

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.

Les rôles et place des avocats dans la société ont aussi changé en profondeur. Jadis, le débat contradictoire était la chasse gardée des avocats et du système judiciaire. Un nombre peu élevé de personnes pouvaient se permettre de faire valoir ses droits ou de se défendre devant les tribunaux. Puis, advint des réformes qui en quelque sorte démocratisèrent l'accès à la justice.

De nos jours, les tendances, tant sociales que juridiques favorisant les méthodes de règlement des différends, démontrent qu'il y a place pour diverses méthodes et processus de négociation et de règlement.

Aujourd'hui au Québec, le public est de plus en plus informé sur le droit, la justice, les devoirs et obligations et les méthodes d'intervention. Les clients nous consultent et réclament des solutions autres que la judiciarisation.

Il est intéressant de noter que vient de paraître un dépliant publié par Éducaloi qui s'adresse au grand public et dont le titre parle beaucoup : *La justice participative, obtenir justice autrement*. Le dépliant résume les termes suivants : la négociation, le droit collaboratif, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le recours judiciaire. Il s'adresse aux clients et interpelle les avocats : *La justice participative, parlez-en à votre avocat!*

Nous les juristes sommes tous concernés et devront répondre aux demandes.

Nous vous avons présenté un aperçu de ce qu'est le droit collaboratif et du rôle qu'il peut jouer pour votre pratique. Le droit collaboratif offre plusieurs avantages dont ceux peu négligeables de favoriser les relations futures entre les parties, de permettre aux parties d'être assistées de leur avocat respectif tout au long du processus.

Nous souhaitons que ce survol du droit collaboratif saura vous intéresser suffisamment pour que vous alliez de l'avant avec un processus qui a fait ses preuves ailleurs dans le monde juridique.

Gardons à l'esprit que Me Richard J. McConomy en 1998 de même que les rédacteurs du rapport de la Commission de droit du Canada en 2003 ont eu la même réflexion, à

savoir qu'aucun processus ou méthode n'est magique, mais constitue un moyen de plus pour permettre à nos clients de régler leurs différends.

*« Tout médiateur doit reconnaître les limites de ce moyen pour régler les conflits. La médiation n'est pas une panacée, c'est-à-dire un moyen de régler tout conflit. »*²²

*« Les processus de justice participative ne sont pas une panacée. Ils ne régleront pas tous les maux qui affligent notre société. »*²³

À nous le défi.

Martha Shea
Suzanne Clairmont

Montréal, novembre 2006

²² *La médiation familiale*, Collectif multidisciplinaire coordonné par Lisette Laurent-Boyer, édition révisée, 1998 ; *Autres moyens de résolution de conflits*, Me Richard J. McConomy, p. 153.

²³ DesRosiers, Wood, Colas et Stevenson, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003, p. 241.