

## Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*)

*Nouveau mode alternatif de règlement des conflits, le droit de la famille collaboratif (Collaborative Law) se distingue de la médiation et de la négociation classique. Il repose sur un engagement contractuel matérialisé dans une Charte collaborative qui prévoit un engagement irrévocable des avocats ou experts instruits à se décharger du dossier en cas de saisine du juge de manière non consensuelle.*

par Charlotte BUTRUILLE-CARDEW  
Péchenard & Associés, Collaborative Lawyer, Membre  
fondateur de l'Institut du droit de la famille et du patrimoine

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont devenus depuis quelques années une priorité politique. L'Europe et la majorité des Etats membres encouragent leur développement car ils facilitent l'accès à la justice, réduisent les conflits et assurent l'efficacité des décisions dans le temps<sup>1</sup>. En matière familiale, particulièrement, ils favorisent la collaboration entre les parents et permettent ainsi de maintenir des relations entre les membres de la famille, ce qui est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé notamment par la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant.

En droit de la famille et du patrimoine français sont pratiqués la médiation, la conciliation, ou encore l'arbitrage familial avec des degrés et des succès variables.

Le droit collaboratif est un nouveau mode alternatif de règlement des conflits. Conçu initialement dans le cadre du droit de la famille, il est à présent utilisé en droit des successions, mais aussi en droit du travail, droit de la propriété intellectuelle ou encore en droit des relations économiques. Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*) est né aux Etats-Unis dans les années 1990<sup>2</sup>. Son essor dans les pays anglo-saxons a été fulgurant<sup>3</sup>. Il est maintenant pratiqué dans la plupart des comtés aux Etats-Unis et des provinces au Canada, mais aussi en Australie, Nouvelle-Zélande et plus récemment en Angleterre, Ecosse, Irlande<sup>4</sup>. Il se développe en Autriche, en Italie et en Suisse<sup>5</sup>. Un récent rapport du ministère de la Justice canadienne constatait que le développement exponentiel du droit de la famille collaboratif était un des phénomènes les plus marquants du droit familial des vingt-cinq dernières années<sup>6</sup>.

Le droit de la famille collaboratif (DFC) est un mode autonome et structuré de règlement des conflits familiaux, qui se distingue à divers titres de la médiation et de la négociation classique (1<sup>re</sup> partie). Son application en droit français familial et pour les conflits internationaux permet de dégager une approche nouvelle (2<sup>e</sup> partie).

### ■ Le droit de la famille collaboratif (DFC)

En Europe, les statistiques font état d'un divorce sur deux<sup>7</sup>. Le taux des séparations de concubins ou partenaires sous contrat est plus difficile à connaître, mais suit peu ou prou la même ligne de croissance.

Les décisions de justice rendues dans ces séparations donnent lieu dans une grande majorité des cas, et au fil du temps, à la mise en place de solutions complètement différentes ou à de nouveaux contentieux. Les raisons de cet échec de l'adéquation de la réponse judiciaire à la problématique sociale des séparations sont nombreuses.

Au moment de la séparation du couple, les protagonistes connaissent une phase émotionnelle et parentale difficile où les priorités sont ardues à identifier. En conséquence, les gagnants sont parfois très insatisfaits de la décision rendue, sans parler des perdants dont on peut assurer qu'ils ne le sont pas non plus. Les avocats jouent dans ce processus un rôle premier. Les parties ne comprennent pas toujours la portée des initiatives judiciaires prises et ne se sentent pas nécessairement suffisamment impliquées dans les négociations, parfois hâtives, d'autant plus qu'à cette période, la communication au sein du couple est généralement pauvre et relayée par celle des conseils. La famille proche est divisée, voire prise à partie, créant souvent une fracture définitive avec la famille par alliance. L'intervention du pouvoir étatique peut être vécue comme caractérisant une intrusion impersonnelle et parfois drastique dans la sphère familiale, qui laisse les individus et la famille au sens large se reconstruire, une fois la décision judiciaire rendue, sur des bases particulièrement obérées.

Le coût social et humain de séparations mal gérées est colossal à une époque où elles tendent pourtant à représenter la norme et où l'idéologie dominante encourage l'indissolubilité du couple parental, nonobstant l'échec du couple conjugal. Dans ces conditions, et contrairement à l'attente d'au moins un des conjoints, la séparation n'apporte pas le mieux-être émotionnel escompté.

(1) V., notamment: *Livre vert* sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial (commission européenne 19 avr. 2002 COM 2002); Guide pratique sur la responsabilité parentale (Conseil 30 novembre 2004), Proposition de directive du Parlement et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 19 avr. 2002 (COM 2002).

(2) Développé par Stu Webb, à Minneapolis, en janvier 1990.

(3) Taper « *Collaborative Law* » ou « droit de la famille collaboratif » sur un site de recherche pour avoir accès aux nombreuses études, échanges et sites consacrés à ce mode alternatif de règlement des conflits.

(4) *International Academy of Collaborative Professionals* : [www.collaborativepractice.com](http://www.collaborativepractice.com)

(5) Les 23 et 24 mars 2007 se tiendra la première conférence européenne de droit de la famille collaboratif à Vienne.

(6) <http://justice.gc.ca> « le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative », 2005-FCY.

(7) Eurostat, 56/2006 12 mai 2006 « la famille dans l'UE25 à travers les chiffres ».

Fort de ces constats, le droit de la famille collaboratif propose une solution reposant sur l'implication des parties, dans le cadre de leurs engagements contractuels, pour rechercher avec leur avocat respectif une solution constructive et apaisante à leurs différends dans le respect de la dignité et de la justesse.

**Le DFC mode alternatif de règlement des conflits familiaux autonome et structuré: le besoin de contractualisation - l'avocat partenaire constructif de la crise conjugale**

Le droit de la famille collaboratif repose sur un engagement contractuel matérialisé dans une Charte collaborative. Deux personnes qu'un différend familial oppose, choisissent chacune un avocat formé au droit collaboratif. Le rôle de l'avocat est de fournir un conseil et de représenter son client dans la recherche d'une solution constructive en se focalisant sur la négociation et une approche consensuelle. Pendant toute la durée du processus de droit collaboratif, les clients s'engagent à ne pas recourir au juge pour régler leur différend, sauf en cas d'accord. Avec leur avocat respectif, ils établissent un calendrier de réunions à quatre. Lors de chaque réunion est abordé un des aspects du différend<sup>8</sup>, qui aura d'abord été envisagé séparément par le client avec son avocat lors d'un ou plusieurs rendez-vous préparatoires. Durant ces réunions, des questions accessoires à la séparation peuvent être envisagées, comme la relation de l'enfant avec un tiers, parfois déterminante pour le couple. Une solution consensuelle est recherchée par une communication directe entre les quatre intervenants. Un expert ou plusieurs experts, choisis en commun par les parties, interviennent pour les aider dans leur décision. Il s'agira par exemple d'un pédopsychiatre, d'un expert-comptable, d'un notaire ou d'un fiscaliste ou de tout autre intervenant jugé adéquat.

La Charte collaborative prévoit encore que les parties doivent communiquer entre elles de manière constructive. Cette obligation leur permet de conserver, et parfois de réapprendre, à dialoguer en bonne intelligence dans la recherche d'une solution, ce qui leur sera, à terme, nécessaire pour mettre en œuvre l'accord auquel elles seront parvenues. Les parties s'engagent aussi à négocier de bonne foi et notamment à se communiquer une information complète et sincère sur leurs revenus et patrimoines respectifs.

De manière plus novatrice, la Charte prévoit une entente de désistement. Cette entente signifie que les deux avocats et les experts instruits s'engagent tous à se décharger complètement et irrévocablement du dossier dans l'hypothèse où l'une des parties a saisi le juge de manière non consensuelle, ou lorsque le processus est mis en œuvre de mauvaise foi ou abusivement. Les intervenants, qui sont tenus à une obligation de confidentialité, ne pourront plus d'aucune manière intervenir directement ou indirectement dans la défense des intérêts d'aucune des parties. En cas de blocage, l'entente de désistement incite les protagonistes à rechercher en équipe la meilleure solution, parfois hors des cadres juridiques habituellement définis et en faisant preuve de créativité pour conserver les acquis et éviter de faire échouer tout le processus. La responsabilité première de l'avocat est envers son client, mais

(8) Il faudra généralement entre 4 et 8 réunions à quatre, d'une durée de deux heures approximativement et espacées généralement de deux à quatre semaines, entrecoupées d'un ou deux rendez-vous de préparation entre l'avocat et son client.

sa mission s'insère dans un travail d'équipe, où tous les intervenants sont centrés sur la recherche d'un accord. Outre un rôle de conseil et de négociateur, l'avocat intervient en amont du processus en déterminant avec son client ses priorités essentielles, qu'il lui rappellera en périodes de doutes ou de crises génératrices de situations de blocage et d'agressivité.

Le droit collaboratif est un mode alternatif autonome qui s'inscrit dans une nécessaire coopération avec le monde judiciaire. L'homologation de l'accord sera presque toujours nécessaire. Une mesure conservatoire ou urgente peut également, en cours de processus collaboratif, et à la demande des deux parties, être rendue<sup>9</sup>. Plus encore, la Charte collaborative renverra vers le monde judiciaire certaines crises familiales, telles que les cas de violences conjugales<sup>10</sup> ou les 10% de clients «très hautement conflictuels»<sup>11</sup>, pour lesquelles le droit collaboratif ne peut offrir de solutions adaptées.

Le droit collaboratif est généralement considéré tant par les avocats le pratiquant que par les clients comme un mode de résolution des conflits engendrant un très fort taux de satisfaction et de réussite, ce qui explique d'ailleurs son développement exponentiel. En raison de la formation des avocats en droit collaboratif, de la déontologie et des garanties l'entourant, il est bien reçu par le monde judiciaire qui voit en lui une alternative sérieuse au contentieux dans le respect des droits des parties et de leurs intérêts.

**Le droit collaboratif: une alternative différente**

Si le droit collaboratif repose sur le rôle de négociateur de l'avocat, il se différencie néanmoins de la négociation classique en raison de sa structure. La négociation classique se construit souvent sur une communication à distance (fax, lettres, téléphone, e-mails) parfois finalisée par une rencontre à quatre. Un élément déclencheur (date de rencontre à quatre, date de plaidoirie) conditionne la volonté de transiger. Enfin, les négociations se construisent autour de positionnements en valeurs, de manière compétitive et ferme («je veux cent, donc je demande deux cents»). En droit collaboratif, les rencontres à quatre, qui sont au cœur du processus, éliminent les deux premiers

aspects et assurent l'implication effective des parties et le maintien d'un dialogue constructif entre elles. L'entente de désistement garantit un positionnement en termes réels et sur le terrain des intérêts pour éviter les situations de blocage et assure ainsi le respect des objectifs prioritaires définis par les clients.

Le médiateur, quant à lui, agit principalement seul alors que, en DFC, deux avocats agissent ensemble; un travail d'équipe qui permet de trouver une solution lorsque l'une des parties ne veut pas dépasser un problème et bloque le processus de médiation. L'assistance d'un avocat et la possibilité, plus répandue, de faire appel à des experts extérieurs, rassurent les clients et les encouragent à s'engager sur le terrain d'une solu-

*Le droit collaboratif est généralement considéré tant par les avocats le pratiquant que par les clients comme un mode de résolution des conflits engendrant un très fort taux de satisfaction et de réussite*

(9) Par exemple, une crainte d'enlèvement international qui engendrerait un blocage sur un droit de visite à l'intérieur du territoire pourrait donner lieu à une demande conjointe d'interdiction de sortie du territoire, signe de bonne foi de l'autre partie et garantie d'une absence de risques.

(10) Les Chartes collaboratives imposent généralement aux avocats de s'assurer de l'absence de telles violences.

(11) L'expérience de l'avocat de droit collaboratif lui permettra de repérer rapidement le client «très hautement conflictuel» et sa déontologie lui imposera de mettre fin au processus le plus rapidement possible afin qu'il ne dégénère pas en un abus.

tion négociée, même s'ils craignent la partie adverse ou se sentent inférieurs psychologiquement ou intellectuellement. Le DFC garantit à chacune des parties l'assistance et le soutien personnalisé et permanent d'un avocat.

Le droit collaboratif offre une nouvelle voie, infiniment plus riche qu'une simple médiane entre la médiation et la négociation, pour répondre à la complexité du problème social des séparations. Il n'a pas vocation à se substituer à ces méthodes de résolution des conflits qui apparaîtront comme particulièrement adaptées, par exemple, pour un problème ponctuel relatif à l'éducation des enfants ou lorsque le débat judiciaire est engagé.

Le droit de la famille collaboratif s'inscrit dans le mouvement de contractualisation et de privatisation du droit de la famille. Il répond au besoin de repositionnement de l'avocat de droit de la famille qui doit pouvoir être le partenaire juridique et constructif de la crise familiale. Il rappelle que les problèmes en droit de la famille et du patrimoine appellent une déontologie et une compétence particulière des avocats et que l'adjonction d'autres pôles d'expertise est une condition essentielle à l'élaboration d'une solution négociée, sérieuse et respectant les intérêts de chacun.

#### ■ L'application du droit collaboratif en droit interne et international

##### Le droit collaboratif familial en droit interne

L'introduction du droit collaboratif en droit français est possible en l'état, sans aucun aménagement.

Dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, par exemple le partage d'une succession, une liquidation de régime matrimonial ou des arriérés de pensions alimentaires, l'accord des parties sera, sous certaines conditions, exécutoire de plein droit. Dans des domaines tels que le divorce, la fixation de pensions alimentaires, les prestations compensatoires, l'autorité parentale, une homologation de l'accord par le juge sera nécessaire et clôturera le processus de droit collaboratif (par ex. par le biais des art. 230 et 373-2-7 c. civ.).

Cette technique de résolution est cependant nouvelle en droit français. Il convient donc de former des avocats, mais aussi de sensibiliser l'opinion publique et les magistrats. Dans le cadre de l'institut du droit de la famille et du patrimoine, nous avons décidé, à côté des solutions existantes, de promouvoir ce nouveau mode de règlement alternatif des conflits familiaux. Une première conférence a été organisée à Paris en mars 2006 avec Pauline Tesler, *Attorney et Collaborative Lawyer* en Californie<sup>12</sup>. En octobre 2006, il faisait l'objet d'une intervention à Bruxelles en partenariat avec la DBF. A chaque fois, nombres d'avocats ont manifesté un vif intérêt. Il sera l'objet d'un atelier aux prochains Etats généraux du droit de la famille. Dans le courant du mois de juin 2007, nous devrions être en mesure d'assurer la première formation en droit de la famille collaboratif en France<sup>13</sup>.

*L'introduction du droit collaboratif en droit français est possible en l'état, sans aucun aménagement*

##### Le droit collaboratif en droits européen et international de la famille

En droits européen et international de la famille, il existe un véritable problème d'accès à la justice en raison de la multiplicité, du coût et de la complexité des litiges pouvant naître.

Dans ce domaine plus encore qu'ailleurs, il est important de promouvoir la coopération pour permettre d'assurer le maintien des relations de l'enfant avec ses parents quand les résidences sont séparées par de grandes distances. Le recouvrement international des pensions alimentaires, en raison de son extrême difficulté, impose également de rechercher l'adhésion des débiteurs à la solution mise en place. L'opacité des structures juridiques utilisées dans les affaires internationales rend illusoire la recherche d'informations financières pour fixer des compensations patrimoniales en cas de divorce. Enfin, la nécessité de concilier plusieurs systèmes de droit postule pour une solution flexible et pragmatique à un conflit transnational.

C'est bien en raison de ces problèmes particuliers que les textes européens, notamment, incitent à l'utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges en matière de conflits familiaux transnationaux.

Le règlement Bruxelles II *bis*<sup>14</sup> reconnaît une place privilégiée aux accords, puisque ses articles 21 et 64-1 disposent que les accords des parties, s'ils sont exécutoires dans un Etat, sont exécutoires de plein droit dans tous les autres Etats membres. En amont, l'article 55, e, dispose que les autorités centrales prennent elles-mêmes ou par l'intermédiaire des pouvoirs publics ou autres organismes, toutes mesures appropriées pour «faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou tout autre moyen, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière». De même dans le cadre des enlèvements internationaux, le règlement Bruxelles II *bis* et la Convention de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants du 25 octobre 1980 favorisent les accords.

En raison de sa flexibilité, le droit collaboratif est particulièrement adapté à ce type de conflits. Les parties devront choisir le lieu de la collaboration, qui pourra être, comme en matière d'arbitrage, un troisième Etat. Les rencontres à quatre peuvent se tenir en ce lieu ou par échanges *webcam*. Les avocats pourront être choisis en raison de leur compétence en matière internationale, évitant ainsi la multiplicité des conseils juridiques généralement inhérente à ce type d'affaires. Les experts appropriés pourront être consultés. Pour que l'accord conclu soit valable, il faudra qu'il respecte les différentes législations en vigueur dans chacun des Etats concernés et les dispositions internationales, notamment d'ordre public. Le droit collaboratif offre ainsi un procédé souple, pragmatique et efficace en réponse à des conflits transnationaux particulièrement complexes et difficiles.

Le droit collaboratif s'adresse donc à ceux qui acceptent de modifier leur comportement professionnel, qui souhaitent s'adapter au changement radical des mentalités et à la volonté de pacification des conflits familiaux et qui sont conscients que les familles de demain, nécessairement plus internationales qu'hier, demanderont un processus global de résolution des conflits transnationaux.

(12) *Collaborative Law: What It Is and Why Family Law Attorneys Need to Know About It*, Pauline H. Tesler, *American Journal of Family Law*, Vol.13,215-225 (1999).

(13) Pour toute information: midavaine@pechenard.com

(14) Règlement (CE) 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.