

**François Bohnet**

Dr en droit, avocat, LL.M. (Harvard)  
Professeur à l'Université de Neuchâtel  
Bâtonnier de l'ordre des avocats neuchâtelois

**CONSULTATION**

Portant sur l'admissibilité d'un processus collaboratif entre clients assistés par deux avocats d'une même étude sous l'angle des règles professionnelles applicables

Rendue le 20 octobre 2022

## TABLE DES MATIÈRES

I.	Objet du présent avis .....	3
II.	Questions posées .....	3
III.	Analyse juridique.....	3
A.	Délimitations et structure .....	3
A.1	Inscription au registre cantonal des avocats .....	3
A.2	Respect des exigences associatives de droit collaboratif .....	4
A.3	Structure de la présente analyse.....	4
B.	L’avocat inscrit au barreau .....	5
B.1	Les conflits d’intérêts de l’avocat .....	5
B.2	Les activités concernées.....	6
B.3	Le secret professionnel .....	6
B.4	L’exercice de la profession par le biais d’une étude d’avocats.....	11
C.	L’avocat collaboratif.....	13
C.1	Droit collaboratif.....	13
C.2	L’avocat collaboratif reconnu en tant que tel .....	14
D.	La situation de l’avocat collaboratif inscrit au barreau.....	22
D.1	Secret professionnel .....	22
D.2	Absence de neutralité (parti pris).....	24
D.3	Risque de conflit d’intérêts .....	25
D.4	Mise en place d’un processus collaboratif au sein d’une même étude.....	25
IV.	Conclusion .....	27

## **I. OBJET DU PRÉSENT AVIS**

Le soussigné, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, titulaire de la chaire de procédure civile et de droit des professions judiciaires, avocat, a été consulté par l'Association Romande de Droit Collaboratif (ci-après « ARDC ») pour lui délivrer un avis de droit portant sur l'admissibilité d'un processus collaboratif entre clients assistés par deux avocats d'une même étude.

## **II. QUESTIONS POSÉES**

1. Les règles professionnelles applicables permettent-elles à deux avocats pratiquant dans la même étude d'assister chacun une partie dans un même processus collaboratif ?
2. En particulier, une telle pratique est-elle admissible compte tenu des principes de l'interdiction du conflit d'intérêts et du secret professionnel ?
3. Est-ce que les règles sur le conflit d'intérêts et la confidentialité pourraient être modifiées en ce sens que les clients pourraient accepter l'assistance par deux avocats de la même Etude pour le processus envisagé dans le contrat de participation ?
4. Faut-il faire une distinction entre le domaine familial et les autres domaines du droit (sachant que ceux-ci peuvent également faire l'objet d'un processus de droit collaboratif) ?

Au moment de rédiger le présent avis, le soussigné disposait du contrat de participation que les clients et les avocats signent avant de débiter un processus collaboratif, ainsi que de la charte éthique qui lie les membres de l'association romande et les statuts de l'ARDC du 7 novembre 2019.

## **III. ANALYSE JURIDIQUE**

### **A. Délimitations et structure**

La présente analyse se concentre sur les avocats inscrits dans un registre cantonal (A.1) et qui remplissent les exigences associatives pour être reconnu comme un avocat collaboratif (A.2). Sa structure est en trois points (A.3).

#### *A.1 Inscription au registre cantonal des avocats*

Les titulaires d'un brevet d'avocat ne pratiquant que le conseil juridique, l'arbitrage, la médiation ou la représentation en justice hors monopole, et qui ne sont pas inscrits au registre cantonal prévu

par la LLCA (art. 5 LLCA), ne sont pas soumis à cette loi (art. 2 LLCA *a contrario*)<sup>1</sup>. Dans le canton de Vaud, un avocat-conseil doit être inscrit au registre cantonal des avocats-conseils (art. 41 ss LPAv-VD). Il est alors soumis par le droit cantonal aux conditions personnelles pour être inscrit au registre selon l'art. 8 LLCA et aux règles professionnelles de l'art. 12 LLCA (à l'exception des règles concernant les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire).

Les règles professionnelles de la LLCA (ainsi que les règles déontologiques qui servent de source d'inspiration) ne concernent que les avocats inscrits à un registre cantonal. Dès lors, le titulaire du brevet d'avocat qui exercerait sans être inscrit au barreau, uniquement à titre d'avocat prétendument collaboratif, ne serait pas soumis à la LLCA et aux règles déontologiques suisses interprétatives.

En revanche, lorsque l'avocat collaboratif est inscrit au barreau, il est soumis à la LLCA et doit être indépendant, éviter les conflits d'intérêts et assurer le respect du secret professionnel. Comme on le verra, l'inscription à un registre cantonal est une exigence articulée par l'ARDC pour être reconnu en tant qu'avocat collaboratif.

#### *A.2            Respect des exigences associatives de droit collaboratif*

Notre analyse se concentre sur l'avocat (inscrit au registre cantonal) qui souhaite se conformer aux critères et exigences en vigueur pour être reconnu en tant qu'avocat collaboratif.

L'avocat inscrit au barreau qui, par hypothèse, souhaiterait se prévaloir d'une expertise de droit collaboratif, alors qu'il ne répond pas aux exigences posées par les instances nationales et internationales en la matière, pourrait difficilement se voir « interdire » de pratiquer en tant que tel, le titre d'« avocat collaboratif » n'étant pas, au demeurant, protégé<sup>2</sup>. La question de l'avocat collaboratif « non reconnu » (c'est-à-dire qui se prétend être avocat collaboratif mais n'est reconnu par aucune association du domaine) n'est pas analysée.

#### *A.3            Structure de la présente analyse*

Cette délimitation permet de définir la structure de l'analyse qui suit.

Dans un premier temps, nous rappellerons les principes fondamentaux régissant l'activité d'avocat (soumis à la LLCA), notamment en ce qui concerne le devoir d'indépendance, l'interdiction des conflits d'intérêts, en particulier la double représentation, et le secret professionnel.

---

<sup>1</sup> BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 93.

<sup>2</sup> Des questions de concurrence déloyale pourraient se poser, mais ce n'est pas l'objet de la présente analyse.

Dans un second temps, nous analyserons les diverses règles déontologiques auxquelles doivent se conformer les avocats collaboratifs, qui souhaitent être reconnus en tant que tels.

Enfin, nous confronterons nos considérations juridiques aux questions qui nous ont été posées, pour en tirer des conclusions, effectuer certaines comparaisons et donner quelques exemples.

## **B. L'avocat inscrit au barreau**

### *B.1 Les conflits d'intérêts de l'avocat*

L'art. 12 let. c LLCA interdit à l'avocat de représenter des intérêts contradictoires. Il ne doit pas se trouver face à un conflit d'intérêts. L'avocat doit éviter tout conflit d'intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur un plan professionnel ou privé (indépendance vis-à-vis des tiers), mais également rester indépendant vis-à-vis de ses clients<sup>3</sup>.

Le Tribunal fédéral retient que l'interdiction des conflits d'intérêts constitue une des règles cardinales de la profession<sup>4</sup>. Cela s'explique aisément : la règle représente une facette du devoir d'indépendance et du devoir de diligence inscrits aux art. 12 let. a et b. LLCA. Pour être constitutif d'une violation de l'interdiction de conflits d'intérêts, le risque de conflit d'intérêts doit s'avérer concret. Un simple risque abstrait de conflits n'est pas pertinent au regard de l'art. 12 let. c LLCA<sup>5</sup>. Une des hypothèses fréquentes de conflits d'intérêts est celle de la double représentation.

Il y a double représentation lorsque l'avocat offre ses services parallèlement à deux parties<sup>6</sup>. La simple possibilité abstraite que les intérêts de deux personnes divergent par la suite n'interdit pas à l'avocat de les représenter conjointement<sup>7</sup>. Une situation problématique se présente par exemple lorsque, dans le cadre d'une procédure judiciaire, un avocat représente des intérêts juridiques et des moyens de défense communs de plusieurs parties solidaires et qu'il est amené, subséquemment, à représenter l'une d'entre elles dans le cadre des actions récursoires les opposant les unes aux autres<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> ATF 123 I 193, RDAF 1998 I p. 491.

<sup>4</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.1 ; TF 2C\_898/2018 du 30 janvier 2019, consid. 5.2 ; TF 2C\_45/2016 du 11 juillet 2018, consid. 2.2 ; TF 2C\_688/2009 du 25 mars 2010, consid. 3.1, SJ 2010 I 433 ; TF 1A.223/2002 du 18 mars 2003, consid. 5.2.

<sup>5</sup> ATF 134 II 108 ; ATF 145 IV 218, consid. 2.1 ; NATER, Interessenkonflikte : Theoretisches Konfliktisiko genügt nicht, in : RSJ 2008, p. 172.

<sup>6</sup> ATF 134 II 108, consid. 4 ; ATF 145 IV 218, consid. 2.1 ; ATF 141 IV 257, consid. 2.1 ; TF 2C\_898/2018 du 30 janvier 2019, consid. 5.2 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1415.

<sup>7</sup> BOHNET, Conflits d'intérêts : seuls les risques concrets comptent, revue de l'avocat 2008 364-366 ; NATER, Interessenkollisionen : Herausforderung für Anwältinnen und Anwälte, RSJ 2008 466.

<sup>8</sup> CHAPPUIS, Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes, in : Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle 3 - Symposium en droit des contrats, Berne 2012, p. 84 ; TF 2C\_688/2009 du 25 mars 2010, SJ 2010 I 433.

La double représentation n'est pas forcément illicite : ainsi, en matière civile, l'avocat peut représenter plusieurs parties au litige, par exemple en cas de consorité<sup>9</sup>. La double représentation est toutefois interdite notamment lorsque l'avocat représente plusieurs parties aux intérêts contradictoires dans la même procédure. Les intérêts peuvent être contradictoires même lorsque les parties en cause sont toutes deux demanderesse, respectivement défenderesses<sup>10</sup>. Il importe peu en principe que la première des procédures soit déjà terminée ou encore pendante, dès lors que le devoir de fidélité de l'avocat n'est pas limité dans le temps<sup>11</sup>.

Ces règles visent avant tout à protéger les intérêts des clients de l'avocat, en leur garantissant une défense exempte de conflit d'intérêts ; elles tendent également à garantir la bonne marche du procès, notamment en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'un de ses clients – notamment en cas de défense multiple –, respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse acquises lors d'un mandat antérieur au détriment de celle-ci<sup>12</sup>.

## *B.2 Les activités concernées*

Les règles professionnelles instituées par l'article 12 LLCA, soit notamment le principe d'indépendance de l'avocat et d'interdiction du conflit d'intérêts, **s'appliquent tant aux activités typiques qu'atypiques de l'avocat**<sup>13</sup>, ceci indépendamment de la nature du mandat. Par exemple, le respect de l'obligation de fidélité du mandataire est menacé lorsqu'il exerce, en plus de ses activités d'avocat, une fonction commerciale qui n'est pas protégée par le secret professionnel<sup>14</sup>.

## *B.3 Le secret professionnel*

Comme le relève le Tribunal fédéral<sup>15</sup>, le droit fédéral institue un secret professionnel absolu de l'avocat, dont la violation est passible des peines prévues par l'art. 321 CP. L'art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) prévoit en particulier que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. En droit privé, le secret professionnel découle du devoir de fidélité du mandataire prévu à l'art. 398

---

<sup>9</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1425.

<sup>10</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1416.

<sup>11</sup> ATF 134 II 108 consid. 3 et les références citées ; ATF 145 IV 218 consid. 2.1.

<sup>12</sup> TF 5A\_567/2016 consid. 2.2.1 et les références citées ; ATF 145 IV 218 consid. 2.1.

<sup>13</sup> THÉVOZ, Règles professionnelles applicables aux activités atypiques, RSDA 10/2018, p. 451.

<sup>14</sup> WERRO, Les conflits d'intérêts de l'avocat, droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 248.

<sup>15</sup> TF, arrêt du 23 mars 2004, 8G.9/2004, consid. 9.1 ; TF arrêt du 5 juillet 2012, 1B\_103/2012, consid. 3.2.

al. 2 CO<sup>16</sup>. Le secret professionnel n'est pas qu'une obligation de l'avocat, mais il fonde également un privilège. Il protège non seulement l'intérêt du client, qui doit pouvoir librement se confier afin d'obtenir une appréciation complète de sa situation sans crainte de divulgation des faits ou documents confiés, mais revêt aussi un intérêt public, qui consiste en la protection de l'ordre juridique, au sein duquel l'avocat joue un rôle particulier, et de l'accès à la justice<sup>17</sup>. Dans la procédure pénale en particulier, l'avocat peut refuser de témoigner et de déposer des pièces, s'opposer au séquestre ainsi qu'à la perquisition de son étude (art. 171 et 248 CPP).

Il convient tout d'abord d'examiner l'étendue du secret quant aux personnes (a.), aux activités (b.) et à l'objet (c.).

### **a) *Le champ d'application personnel***

Quant au champ d'application personnel, le secret professionnel de l'avocat s'étend à tous les titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole la représentation en justice en Suisse<sup>18</sup>. La protection pénale du secret professionnel garantit le droit du justiciable de ne pas s'auto-incriminer. Elle assure la confiance dans les professions soumises au secret professionnel. La profession d'avocat régie par la LLCA entre dans cette conception. L'avocat exerçant dans le cadre d'un monopole est soumis aux articles 13 LLCA ainsi que 321 CP et peut donc s'en prévaloir<sup>19</sup>.

L'avocat-conseil, titulaire du brevet d'avocat, mais qui exerce à titre indépendant sans être inscrit au registre ou au tableau et sans entrer dans le cadre défini par le droit cantonal sur la base de l'art. 3 al. 2 LLCA, n'est pas soumis à l'art. 13 LLCA. Le droit cantonal ne peut pas soumettre de manière contraignante un tel avocat-conseil aux règles professionnelles de la LLCA. L'avocat-conseil est en revanche soumis à l'art. 321 al. 1 CP, compte tenu du besoin de protection du public. Cette disposition a ainsi une portée plus large que l'art. 13 LLCA<sup>20</sup>.

En ce qui concerne les avocats d'entreprise, ils ne peuvent pas, faute de respecter les exigences nécessaires en matière d'indépendance, se prévaloir du secret professionnel<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1799.

<sup>17</sup> ATF 145 II 229.

<sup>18</sup> NATER/ZINDEL, in : Fellmann/Zindel (éds), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2<sup>e</sup> éd., Lucerne/Zurich 2011, N 26 ad art. 13 LLCA ; MAURER/GROSS, in Valticos/Reiser/Chappuis (édit.), Commentaire romand à la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, Bâle 2010, N 74 ad art. 13 LLCA.

<sup>19</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1809.

<sup>20</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1810 et les références citées.

<sup>21</sup> TPF, arrêt du 14 mars 2008, BE 2007 10-13 Panalpina, consid. 6.2 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1812.

## **b) Les activités couvertes**

Le secret couvre *l'activité typique* de l'avocat<sup>22</sup>. Constituent des activités typiques de l'avocat celles qui relèvent pour le client de l'accès au droit et à la justice, c'est-à-dire avant tout le conseil et la représentation en justice<sup>23</sup>. Par son contenu, l'activité de l'avocat se caractérise donc par des conseils juridiques, la rédaction de projets d'actes juridiques, ainsi que l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire<sup>24</sup>. Il faut partir du principe que, lorsqu'un client s'adresse à un avocat, il attend que ce dernier défende ses intérêts juridiques et non ses intérêts purement commerciaux<sup>25</sup>. Est exclue du champ de protection toute activité étrangère au mandat d'avocat au sens strict, qu'elle soit privée, politique, commerciale ou sociale<sup>26</sup>.

En pratique, la question se pose le plus souvent concernant des activités commerciales, tels les services comparables à ceux offerts par une fiduciaire ou une banque, le mandat d'administrateur d'une société ou les services d'intermédiaire financier. Ces activités sont en principe considérées comme commerciales<sup>27</sup>. Le Tribunal fédéral a jugé que constituait également une activité commerciale la négociation, au premier plan, pendant des années, de l'ensemble des contrats en consortium d'une entreprise, l'avocat ayant alors avant tout la position d'un gérant. Dans ce cas d'espèce, l'avocat était en plus l'un des membres fondateurs de l'entreprise en question<sup>28</sup>. En application de ces principes, l'arrêt 1B\_264/2018 du 28 septembre 2019 retient que les conseils donnés par l'avocat à son client quant au choix d'une forme juridique particulière entrent dans l'activité typique, y compris lorsqu'il s'agit d'une société offshore. En revanche, les démarches liées à la constitution proprement dite de la société ainsi que les pièces y relatives ne constituent pas une activité typique et, partant, ne sont pas couvertes par le secret professionnel.

Cependant, le fait qu'une activité ne bénéficie plus de la protection du secret à l'égard des autorités en vertu de l'art. 321 CP ne signifie pas que l'avocat n'est plus lié par le secret professionnel. L'avocat demeure dans un tel cas tenu par son devoir de fidélité comme tout mandataire et ne saurait dévoiler spontanément des informations transmises par son client sans violer les articles 13 LLCA et 398 al. 2 CO, mais il ne pourra pas refuser de témoigner, de produire une pièce ou

---

<sup>22</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1818 ; NATER/ZINDEL, op. cit., N 143 ad art. 13 LLCA.

<sup>23</sup> TF 8G.9/2004 du 23 mars 2004, consid. 9.6.4 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1819.

<sup>24</sup> ATF 135 III 410, consid. 3.3.

<sup>25</sup> NATER/ZINDEL, op. cit., N 127 ad art. 13 LLCA.

<sup>26</sup> ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV 150 ; TF 1A.182/2001 du 26 mars 2002, consid. 6.3 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1820.

<sup>27</sup> ATF 117 Ia 341, consid. 6a/cc ; ATF 115 Ia 197, consid. 3d ; ATF 114 III 105, consid. 3a ; ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV 150 ; ATF 135 III 597, consid. 3.3 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1821 ss ; MAURER/GROSS, op. cit., N 152 ad art. 13 LLCA ; NATER/ZINDEL, op. cit., N 122 ad art. 13 LLCA.

<sup>28</sup> TF 1A.182/2002 du 26 mars 2002, consid. 6.4 - 6.7.



s'opposer à une saisie de documents<sup>29</sup> ; en d'autres termes, seul un cercle limité d'activité bénéficie de la protection pénale (à savoir, les activités spécifiques de l'avocat)<sup>30</sup>.

En cas d'activité mixte, la *délimitation* n'est pas aisée. Pour examiner si, dans un cas concret, l'intervention d'un avocat est à considérer comme « activité typique », il faut suivre une approche globale, et non pas considérer certaines parties de l'activité de façon isolée. Les mandats peuvent contenir des éléments atypiques de l'activité de l'avocat, mais tant que ces éléments ne deviennent pas prépondérants, ils restent couverts par le secret professionnel<sup>31</sup>. Faute de séparation claire entre l'activité typique de l'avocat et l'activité commerciale, il y a lieu, en cas de doute, de conclure au caractère commercial de l'activité<sup>32</sup>. Ainsi, concernant l'avocat membre d'un conseil d'administration, le TF a jugé que :

*« Il n'empêche qu'il en résulte des difficultés particulières lorsque l'avocat ne se limite pas au pur exercice de sa profession, notamment lorsqu'il est aussi membre du conseil d'administration de sa cliente. Si dans de tels cas l'élément commercial prédomine au point que l'activité de l'avocat ne peut plus être considérée comme une activité d'avocat, il ne peut, d'après la plus récente jurisprudence du TF, exciper, dans un sens englobant, de son secret professionnel. On ne saurait cependant décider quels faits sont couverts par le secret professionnel qu'en prenant en considération les circonstances particulières du cas d'espèce. Ces principes, que le TF a retenus dans le contexte d'une procédure d'entraide judiciaire, sont applicables aussi par analogie à la présente procédure de faillite » (ATF 114 III 105, consid. 3a ; JdT 1990 II 98).*

Ceci signifie donc qu'en cas d'activité « mixte », l'avocat peut se prévaloir du secret professionnel même lorsque l'élément commercial prédomine, mais pas pour l'entier de son activité, et à condition de séparation entre l'activité typique et l'activité commerciale. L'étendue de ce qui est protégé par le secret professionnel ne peut être déterminée qu'en prenant en considération les circonstances particulières du cas d'espèce.

### **c) Le secret**

L'objet couvert par l'obligation du secret professionnel est un secret. Le secret comporte une composante objective et subjective. Objectivement, un secret peut porter sur tout fait qui n'est pas

---

<sup>29</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1820 et les références citées.

<sup>30</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1819.

<sup>31</sup> TF 1P.32/2005 du 11 juillet 2005, consid. 3.4 ; ATF 114 III 105, consid. 3a ; ATF 112 Ib 606, consid. 2c, JdT 1987 IV 150 ; NATER/ZINDEL, op. cit., N 125 s. ad art. 13 LLCA ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 345.

<sup>32</sup> TF 1S.31/2005 du 6 février 2006, consid. 2.4 non publié in ATF 132 IV 63, SJ 2006 I 287 ; TF 1B\_47/2007 du 28 juin 2007, consid. 4.3 ; BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1831 et les références citées.

connu de tous ou accessible à tous<sup>33</sup>. Les faits notoires ne sont pas secrets<sup>34</sup>. Le secret professionnel ne s'étend non seulement aux secrets proprement dits mais également à tout ce que l'avocat apprend, surprend, connaît, devine et même déduit dans l'exercice de sa profession. Il doit cependant s'agir d'un fait, et non d'une simple opinion<sup>35</sup>. Le secret comprend l'ensemble des documents de travail de l'avocat, parmi lesquels on compte ses notes et ses projets et concerne également les faits portant sur la relation entre l'avocat et son client, qu'il s'agisse de l'existence du mandat, des honoraires, du comportement du client ou de faits concernant une transmission du mandat<sup>36</sup>. Est un secret tout fait ainsi défini que le client souhaite maintenir secret (composante subjective<sup>37</sup>). La volonté du client de maintenir secret un élément est présumée<sup>38</sup>.

#### **d) *Processus collaboratif : activité typique ou atypique ?***

En ce qui concerne la médiation, le Tribunal fédéral considère que lorsqu'elle est exercée par un avocat, elle revêt le caractère d'activité atypique<sup>39</sup>. A relever qu'en dépit de l'interprétation du Tribunal fédéral, la FSA considère la médiation comme une activité typique soumise aux règles professionnelles<sup>40</sup>.

Toutefois, en dépit du caractère amiable du processus collaboratif, l'avocat collaboratif ne saurait être comparé à un médiateur<sup>41</sup>. En effet, malgré les principes de transparence et d'équité qui gouvernent le processus collaboratif et qui donc le définissent, il n'en demeure pas moins que l'avocat collaboratif est mandaté par son propre client, ce qui n'est pas sans conséquences sur ses devoirs professionnels. L'avocat collaboratif n'est pas « neutre », comme l'est un médiateur.

Les ordres cantonaux, le Tribunal fédéral ou la doctrine ne se sont pas prononcés sur la qualification (typique/atypique) du mandat collaboratif.

Le Tribunal fédéral considère que la rédaction de projets d'actes, l'assistance et la représentation d'une personne en justice, les conseils juridiques dispensés, y compris d'autres éléments ayant un rapport même ténu mais certain avec la profession (existence du mandat, notes d'honoraires, etc.),

---

<sup>33</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1834

<sup>34</sup> ATF 112 Ib 606, consid. 2b, JdT 1987 IV 150 ; ATF 101 Ia 10, consid. 5c, JdT 1977 I 279 ; ATF 75 IV 71, consid. 1, JdT 1949 IV 92.

<sup>35</sup> MAURER/GROSS, op. cit., N 207 ad art. 13 LLCA et références citées.

<sup>36</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1836 et les références citées.

<sup>37</sup> ATF 117 Ia 341, consid. 6a/bb.

<sup>38</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 1839 ; SCHILLER, op. cit., N 439.

<sup>39</sup> ATF 124 III 363 consid. 2d, JdT 1999 I 402 ; BOHNET/MARTENET, op. cit. p. 1365 s.

<sup>40</sup> REISER/VALTICOS, Les règles professionnelles et les activités atypiques de l'avocat inscrit au barreau, SJ 2015 II 191.

<sup>41</sup> ARYANTI, A Critical Analysis of Collaborative Law as a Dispute Settlement Mechanism, Udayana Journal of Law and Culture, vol. 03, n° 1, Londres 2019, pp. 78-94, p. 81 : « *Collaborative Law is different from mediation, which involves two parties and one neutral mediator with minimum involvement of lawyers in family law dispute* ».

s'inscrivent dans le cadre de l'activité professionnelle spécifique de l'avocat<sup>42</sup>. Plus généralement, il est admis que l'avocat, dans le cadre de son activité typique, conseille, assiste ou représente son client, ceci y compris hors procédure<sup>43</sup>, afin d'assurer la consécration des droits de son client.

Dans le contexte de la présente analyse, il s'agit, à ce stade, de déterminer si le processus collaboratif relève, pour les avocats impliqués, d'une activité typique ou atypique. Comme on le verra de manière plus approfondie dans ce qui suit, l'avocat collaboratif déploie les activités suivantes : il prodigue des **conseils juridiques**, utilise les techniques de communication et de négociation centrée sur les besoins des parties en présence, favorise les échanges et l'émergence de propositions, en vue de parvenir à un accord mutuellement satisfaisant<sup>44</sup>. Si besoin, il rédigera le ou les **documents légaux** (convention, transaction, accord) requis par les parties et le résultat du processus collaboratif<sup>45</sup>.

Partant, on arrive à la conclusion que l'activité collaborative d'un avocat (inscrit au barreau) entre dans le champ des activités typiques de l'avocat, soumises aux règles professionnelles de la LLCA, en particulier eu égard au secret professionnel de l'art. 13 LLCA.

A noter que le contrat de participation de l'ARDC précise expressément (art. 4.1) que les discussions menées dans le cadre du processus collaboratif sont confidentielles et couvertes par le secret professionnel de l'art. 13 LLCA. Ceci tend à démontrer que les principaux concernés considèrent également que le mandat collaboratif relève d'une activité typique.

#### *B.4 L'exercice de la profession par le biais d'une étude d'avocats*

##### **a) Principe**

L'avocat (inscrit au barreau), au bénéfice de la liberté économique, est en principe libre de s'organiser comme bon lui semble<sup>46</sup>, pour autant qu'il respecte les conditions personnelles de l'art. 8 LLCA. Il faut notamment qu'il soit capable de pratiquer en toute indépendance (al. 1 lit. d). Alors que l'avocat peut évidemment exercer individuellement, il peut aussi exercer au sein d'une structure partagée, avec d'autres avocats, dans une étude (par exemple sous forme de société simple, de société de capitaux, ou encore de SNC)<sup>47</sup>. Ceci a néanmoins des conséquences, en particulier en matière de conflits d'intérêts et de double représentation, et de secret professionnel.

---

<sup>42</sup> ATF 143 IV 462, consid. 2.2 et 2.3.

<sup>43</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit. p. 1366.

<sup>44</sup> IMHOOS, Le droit collaboratif (Collaborative Law) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends, in : Hirsch/Imhoos (édit.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 283.

<sup>45</sup> IMHOOS, op. cit., p. 284.

<sup>46</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2252; ATF 145 II 229, consid. 6.3.

<sup>47</sup> BOHNET/MARTENET, op. cit., N 2276.

Ainsi, l'incapacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés<sup>48</sup>. Le problème de la double représentation peut donc survenir quand les parties sont **représentées par des avocats distincts**, mais **pratiquant dans la même étude**, en qualité d'associés<sup>49</sup>.

L'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite ainsi pas à la personne même de l'avocat, mais s'étend à **l'ensemble de l'étude** ou du groupement auquel il appartient<sup>50</sup>, position que partage la doctrine dans son ensemble<sup>51</sup>.

Sous cet angle, sont donc en principe concernés tous les avocats exerçant dans une même étude au moment de la constitution du mandat, peu importe leur statut (associés ou collaborateurs) et les difficultés que le respect de cette exigence découlant des règles professionnelles peut engendrer pour une étude d'une certaine taille<sup>52</sup>.

## **b) Chinese walls**

Confronté à la question de savoir si d'éventuelles mesures internes peuvent être prises pour empêcher, au sein d'une même étude, qu'un confrère ait accès au dossier du client constitué par le premier avocat, le Tribunal fédéral a répondu par la négative<sup>53</sup>.

Selon notre Haute cour, les barrières ou cloisonnements qui peuvent, le cas échéant, être mis en place dans une étude (« *chinese walls* ») sont généralement impropres à éviter les problématiques liées à l'existence de conflits d'intérêts, faute en particulier de pouvoir empêcher tout échange, par exemple oral, entre les avocats d'une même étude<sup>54</sup>.

A titre d'exemple, même si les grandes études d'avocats ont des départements distincts ("litigation", "mergers & acquisition", "concurrence", etc.), les tâches traitées par ceux-ci ne sont pas de

<sup>48</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.2 ; ATF 135 II 145, consid. 9.1.

<sup>49</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.2 ; TF 2C\_45/2016 du 11 juillet 2016, consid. 2.2.

<sup>50</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.2 et les références à TF 2C\_45/2016 du 11 juillet 2016, consid. 2.2 ; TF 5A\_967/2014 du 27 mars 2015, consid. 3.3.2.

<sup>51</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.2 et les références à FELLMANN, *Anwaltsrecht* [ci-après: *Anwaltsrecht*], 2<sup>e</sup> éd. 2017, n. 356 p. 155; CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, t. I, op. cit., ad VII/B/1 p. 117 et VII/B/3/d p. 121; BRUNNER/HENN/KRIESI, *Anwaltsrecht*, 2015, n. 163 p. 128; GRODECKI/JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, SJ 2015 n. IV p. 112; BOHNET, *Droit des professions judiciaires, avocat, notaire, juge*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, n. 50 p. 58; FELLMANN, *Kommentar*, op. cit., n° 88 ad art. 12 LLCA; VALTICOS, op. cit., n° 156 ad art. 12 LLCA; BOHNET/MARTENET, op. cit., n. 1435 p. 587 s.; SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, 2009, n. 895 p. 222

<sup>52</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.2.

<sup>53</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4 ; il était question, dans cet arrêt, de cloisonnements mis en place suite à l'arrivée d'un nouveau collaborateur.

<sup>54</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4 et les références à FELLMANN, *Anwaltsrecht*, op. cit., n. 358 p. 156s.; BRUNNER/HENN/KRIESI, op. cit., n. 166 p. 129; SCHILLER, op. cit., n. 896 p. 222 et n. 1170 ss p. 293 s.

nature différente comme tel est le cas dans les institutions financières (gestion de fortune, courtage, investissement)<sup>55</sup>.

Une séparation des avocats par spécialisation apparaît dès lors comme « artificielle », voire « purement cosmétique »<sup>56</sup>.

Par analogie avec le raisonnement du Tribunal fédéral effectué en matière de cloisonnements volontaires (dans son arrêt, suite à l'arrivée d'un nouveau collaborateur), on peut dès lors douter que la seule volonté des avocats (exerçant au sein de la même étude) de se cloisonner mutuellement offre les garanties nécessaires en matière de conflit d'intérêts<sup>57</sup>.

Il est primordial de garantir la confiance que doivent pouvoir avoir les mandants dans leurs conseils. En d'autres termes, les mandants doivent avoir l'assurance que les secrets confiés dans le cadre du mandat ne seront pas transmis à la partie « adverse » et utilisés ensuite à leur détriment<sup>58</sup>.

## **C. L'avocat collaboratif**

### *C.1 Droit collaboratif*

#### **a) *Historique***

Le droit collaboratif est né aux Etats-Unis à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, puis s'est développé dans d'autres pays : au Canada et en Australie, puis en Europe, plus particulièrement en France et en Belgique<sup>59</sup>. En Suisse, le droit collaboratif est encore peu connu, mais gagne en importance d'année en année. Il a, historiquement, plutôt été utilisé dans le cadre de divorces ou de litiges familiaux<sup>60</sup>, et moins dans le cadre de litiges commerciaux<sup>61</sup>.

#### **b) *Définition***

Il s'agit d'un mode amiable de règlement des conflits, auquel participent activement les avocats des parties<sup>62</sup>. Cette méthode repose notamment sur diverses techniques de communication et de

---

<sup>55</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4.

<sup>56</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4 et les références à CHAPPUIS, Le consentement, op. cit., ad IV/B p. 417 s.; voir également CHAPPUIS, La profession d'avocat, t. I, op. cit., ad VII/D/2 p. 131 ss

<sup>57</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4.

<sup>58</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.5.

<sup>59</sup> SCOTT, Collaborative Law: Dispute Resolution - Competencies for the 'New Advocacy', Vol 8 No 1 (QUTLJJ), Sydney 2008, p. 213 ss, p. 214 ; KALAMIAN/BLITZ/BOUDART/HOGE, Le droit collaborative : une alternative pour résoudre les litiges familiaux, Dossier de presse, Bruxelles octobre 2013, p. 1 ; IMHOOS, op. cit., p. 282.

<sup>60</sup> ARYANTI, op. cit., p. 79.

<sup>61</sup> DUPASQUIER, Le financement d'une jeune société, thèse Neuchâtel 2019, p. 420 ; ARYANTI, op. cit., p. 90s. ; SCOTT, op. cit., p. 221.

<sup>62</sup> DUTOIT, L'avocat et la résolution des conflits – L'importance de l'orientation préalable, Revue de l'avocat 2019 p. 65 ss, p. 67.

négociation dite « raisonnée »<sup>63</sup>, par opposition à la négociation classique « sur position » que pratiquent habituellement les avocats dans le domaine judiciaire<sup>64</sup>.

Les avocats impliqués restent les conseils de leur client respectif, mais doivent travailler ensemble et aider les parties à trouver une solution « *concertée, équitable et mutuellement satisfaisante* »<sup>65</sup> : les avocats deviennent alliés et non plus adversaires<sup>66</sup>. On relèvera également la définition codifiée dans le droit belge, selon laquelle le droit collaboratif est un « *processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable* »<sup>67</sup>.

Comme on le verra, une caractéristique importante du droit collaboratif est que les avocats ayant participé au processus **doivent se retirer si aucun accord n'est intervenu et que les parties décident de porter l'affaire devant les tribunaux**<sup>68</sup>.

## C.2 L'avocat collaboratif reconnu en tant que tel

Pour être reconnu en tant que tel, l'avocat collaboratif doit en principe se conformer à certaines exigences associatives (par exemple, disposer d'une **formation adéquate** en la matière<sup>69</sup>) et se conformer à diverses pratiques déontologies, généralement édictées par les associations nationales et internationales de droit collaboratif.

### a) **Exigences associatives**

Au niveau local, pour la Suisse romande, a été fondée l'Association romande de droit collaboratif (ARDC). A noter que les statuts (art. 3) de l'Association romande de droit collaboratif se réfèrent expressément à l'International Academy of Collaborative Professionals (IACP), et font mention de sa Charte éthique (art. 5), dans laquelle sont consignées les valeurs de l'association.

Pour pouvoir exercer « *en tant qu'avocat collaboratif de l'Association romande de droit collaboratif* », un avocat doit être membre actif de l'ARDC (art. 6, 2<sup>e</sup> par, et 8 dernier par, des statuts). Pour disposer de la qualité de membre actif il faut : (i) être **inscrit au barreau** (art. 6, 2<sup>e</sup> par, des statuts) ; (ii) satisfaire aux exigences de formation (de base et continue ; art. 8 des statuts) ; (iii) figurer sur la liste des avocats publiés sur le site internet (art. 6, 3<sup>e</sup> par, des statuts) ; (iv) pratiquer

<sup>63</sup> CHAVAL, Le droit collaboratif, in : Marchandise (édit.), Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états, Bruxelles 2015, p. 294.

<sup>64</sup> IMHOOS, op. cit., p. 280.

<sup>65</sup> DUTOIT, op. cit., p. 67.

<sup>66</sup> DUTOIT, op. cit., p. 67. Voir également IMHOOS, op. cit., p. 283.

<sup>67</sup> Art. 1738 du Code judiciaire belge.

<sup>68</sup> DUTOIT, op. cit., p. 67.

<sup>69</sup> ZIEHE, Collaborative Law & Practice Konfliktlösung ausserhalb der Gerichte, Perspektive|Schwerpunkt 1/2014, pp. 4-9, p. 8.

le droit collaboratif dans le respect de la Charte Ethique et de statuts ; et (v) acquitter la cotisation annuelle (art. 8 statuts).

En cas de violation des statuts, de la Charte Ethique, des règlements ou des directives de l'ARDC, un membre peut être exclu. Il en va de même si le membre ne remplit plus les conditions d'admissions (art. 7.c et 8 des statuts).

Au niveau international, il existe l'International Academy of Collaborative Professionals (IACP). Il s'agit d'une « *communauté internationale de professionnels du droit, de la santé mentale et de la finance travaillant de concert pour créer des processus de résolution des conflits centrés sur le client* »<sup>70</sup>.

On mentionnera également, au niveau national, l'association clp Schweiz (Collaborative Law & Practice Schweiz), fondée en 2003. Selon son site internet, il s'agit de l'association faîtière suisse des organisations professionnelles locales dont les membres exercent en droit collaboratif. Les membres de l'association sont d'une part les organisations professionnelles locales (« pools ») ; d'autre part, toutes les personnes physiques et morales intéressées qui souhaitent soutenir l'association faîtière sur le plan des idées, financièrement ou personnellement<sup>71</sup>.

Les instances tant nationales qu'internationales de droit collaboratif posent des critères stricts de reconnaissance de pratique collaborative, ce qui leur permet de s'assurer que les avocats maîtriseront les outils adéquats. Ainsi, au niveau romand, les praticiens du droit collaboratif doivent obligatoirement disposer d'une formation spécifique (formations de base, complémentaires et continues) à cette méthode<sup>72</sup>, proposée par l'Association romande (cf. art. 8 des statuts)<sup>73</sup>.

#### **b) Règles déontologiques applicables en matière de droit collaboratif**

En Belgique, depuis 2009, les principes du droit collaboratif sont intégrés dans les règles de déontologie des avocats<sup>74</sup>. La Belgique a d'ailleurs intégré, en 2018, le droit collaboratif dans son code judiciaire<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Cf. <https://www.collaborativepractice.com/about-iacp> ; traduction libre depuis l'anglais.

<sup>71</sup> Cf. <https://www.clp.ch/de/Verein/Informationen-zum-Verein.19.html> : « *Der Verein clp schweiz ist der schweizerische Dachverband der lokalen Berufsorganisationen, deren Mitglieder Collaborative Law anbieten. Clp schweiz wurde 2003 als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB gegründet. Mitglieder des Vereins sind einerseits die lokalen Berufsorganisationen; andererseits können alle interessierten natürlichen und juristischen Personen, die den Dachverband ideell, finanziell oder persönlich unterstützen wollen, die Mitgliedschaft beantragen. Der Verein clp schweiz fördert die Verbreitung des clp-Verfahrens in der Schweiz und ist in regionalen Pools organisiert* ».

<sup>72</sup> IMHOOS, op. cit., p. 280.

<sup>73</sup> Cf. <https://www.droitcollaboratif.ch/fr/formations>.

<sup>74</sup> KALAMIAN ET AL., op. cit., p. 1.

<sup>75</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la huitième partie (art. 1738 à 1747) du Code judiciaire belge est dédiée au droit collaboratif.

Ce n'est pas le cas en Suisse. Partant, en l'absence de règles légales, il convient d'examiner s'il existe d'éventuelles codifications associatives, comme c'est par exemple le cas en France : en effet, en l'absence de cadre légal, l'Association française des praticiens du droit collaboratif (AFPDC) a cherché à normer le processus ; cette association a ainsi établi une charte. Il ressort de cette charte que l'avocat collaboratif doit être avocat et qu'il doit avoir suivi une formation initiale et des formations continues<sup>76</sup>.

En Suisse, ni la FSA ni les différents ordres cantonaux n'ont édicté de règles déontologiques en matière de droit collaboratif. L'ordre des avocats genevois a toutefois publié, en 2015, une fiche d'information relative au droit collaboratif<sup>77</sup>. L'exigence d'une formation idoine y est mentionnée, et le fait que les clients doivent désigner d'autres avocats pour porter le litige devant les tribunaux est explicitement relevé. Cette fiche a toutefois valeur purement informative et éducative.

Au niveau local, l'Association romande de droit collaboratif a édicté une Charte Ethique relative à la pratique du droit collaboratif, à laquelle souscrivent et adhèrent l'ensemble de ses membres. Cette charte se réfère expressément à l'accord de participation qui doit être signé par tous les intervenants (parties, avocats, intervenants extérieurs). La Charte Ethique et l'accord de participation de l'Association romande de droit collaboratif correspondent très largement aux principes généraux établis par l'IACP.

Selon la Charte Ethique (Section A) et l'accord de participation, les parties doivent<sup>78</sup> :

- 1) agir et se comporter de **bonne foi**;
- 2) tout mettre en œuvre pour favoriser un **règlement amiable** du litige;
- 3) s'abstenir d'engager, en cours de processus collaboratif, toute **procédure judiciaire** litigieuse ou menacer d'y recourir;
- 4) travailler en **équipe** en communiquant de manière **transparente** et en partageant toute l'information nécessaire à la résolution du litige;
- 5) respecter la **confidentialité** des informations échangées au cours du processus collaboratif envers les personnes étrangères à celui-ci;
- 6) permettre l'intervention de personnes qualifiées d'autres professions (notamment conseillers conjugaux, psychologues, **experts-comptables**, fiscalistes, notaires, médiateurs, etc.) dont les compétences seraient utiles au règlement du litige;
- 7) **se retirer** du processus collaboratif en cas de non-respect des engagements énumérés ci-dessus.

---

<sup>76</sup> AMRANI, Guide des modes amiables de résolution des différends 20/21, fiche 26 « Proposer un processus collaboratif », Paris 2019, p. 279.

<sup>77</sup> <https://www.odage.ch/medias/commissions/documents/ADR/20150715%20Fiche%20d'information%20Droit%20Collaboratif.pdf>

<sup>78</sup> Mise en exergue par nos soins.



Certaines obligations complémentaires sont mises à charge des avocats collaboratifs (Section B de la Charte Ethique). Ainsi, il est indiqué que le droit et la pratique collaboratifs impliquent les garanties supplémentaires suivantes :

- 1) s'assurer de **l'adéquation** du processus de droit et pratique collaboratifs aux besoins des parties en cause, puis obtenir le consentement éclairé de celles-ci;
- 2) assister leur client(e) dans l'élaboration de **solutions équitables** et mutuellement acceptables qui tiennent compte des besoins fondamentaux de chacun;
- 3) mettre un **terme au mandat du client en cas de procédure judiciaire litigieuse** et **s'interdire de le représenter devant les tribunaux** pour le même objet ;
- 4) ne pas faire référence au droit collaboratif si un processus ne respecte pas toutes les exigences du droit collaboratif.

#### (1) LLCA et règles professionnelles

Comme relevé dans la section précédente, en Suisse romande, pour être reconnu en tant qu'avocat collaboratif par l'ARDC, il faut être inscrit au barreau.

Cela implique, en sus du respect des règles déontologiques particulières applicables en matière de droit collaboratif (cf. ce qui suit), le respect des règles professionnelles (et par extension, déontologiques) liées à l'inscription au registre cantonal des avocats.

#### (2) Diligence dans le processus collaboratif

L'avocat collaboratif veille au respect des règles déontologiques applicables en matière de droit collaboratif, en particulier au respect de l'accord de participation<sup>79</sup>. En effet, la signature d'un contrat de participation (« *participation agreement* »<sup>80</sup>) est un élément essentiel du processus<sup>81</sup> (cf. accord de participation et Charte de l'ARDC).

L'avocat collaboratif et son client s'entreprendront tantôt en bilatéral, tantôt de manière multilatérale, avec l'autre partie (client et avocat), par le biais de sessions à quatre<sup>82</sup>.

Comme déjà dit, tout au long du processus, l'avocat collaboratif prodiguera des conseils juridiques, utilisera les techniques de communication et de négociation centrée sur les besoins des parties en présence, favorisera dans toute la mesure du possible les échanges et l'émergence de propositions,

---

<sup>79</sup> IMHOOS, op. cit., p. 284 ; ZIEHE/ZIRFASS, Collaborative Law CL – ein neues ADR-Verfahren für Trennung und Scheidung, Fampra.ch, Zurich 2008, p. 172.

<sup>80</sup> ARYANTI, op. cit., p. 81 ; SCHWAB, op. cit., p. 358.

<sup>81</sup> ZIEHE, op. cit., p. 7 ; ZIEHE/ZIRFASS, op. cit., p. 171 ; BOOS-HERSBERGER/TESLER, Collaborative Law: Ein neues ADR-Modell für Scheidungsanwälte, Fampra.ch 2000 456, p. 462.

<sup>82</sup> ZIEHE, op. cit., p. 6.

en vue de parvenir à un accord mutuellement satisfaisant<sup>83</sup>. Cette favorisation du règlement amiable ressort également de la Charte (Section A.2).

A l'issue du processus, les avocats s'assurent de la viabilité de l'accord et étudient des éventuelles répercussions juridiques et pratiques. Il convient de s'assurer que le consentement des parties sur tous les points de l'accord est donné.

Enfin, il revient aux avocats collaboratifs de rédiger le ou les documents légaux (convention, transaction, accord), ce qui constitue l'aboutissement du processus collaboratif<sup>84</sup>.

Plus généralement, les avocats collaboratifs doivent s'assurer de l'adéquation du processus de droit et pratique collaboratifs (art. 6.1.a du contrat de participation ; Section B.1 de la charte). Il est interdit aux avocats membres de l'ARDC de faire référence au droit collaboratif lorsqu'un processus n'en respecte pas toutes les exigences (section B.4 de la charte).

### (3) Collaboration, équité et bonne foi

Les principes de collaboration, d'équité et de bonne foi sont des éléments fondamentaux du processus collaboratif<sup>85</sup>.

Les avocats collaboratifs doivent construire « *a non-adversarial relationship with the other lawyer* »<sup>86</sup>. Ainsi, selon l'accord de participation le travail est fait « en équipe » (art. 1) et les négociations sont « équitables ». Les solutions doivent être durables et répondre « *le plus largement possible aux intérêts et besoins des deux parties* » (art. 3 de l'accord de participation). L'équité y est également mise en avant à réitérées reprises (art. 1, 3, 6.1.b du contrat de participation).

L'obligation de se comporter de bonne foi est mentionnée dans le contrat de participation et la charte de l'ARDC (art. 3.2 du contrat de participation ; Charte, section A.1). En outre, selon la Charte de l'ARDC, l'avocat collaboratif est tenu « d'assister son client » dans l'élaboration de solutions « *équitables et mutuellement acceptables qui tiennent compte des besoins fondamentaux de chacun* » (Charte section B 2 ; art. 6.1.b de l'accord de participation).

---

<sup>83</sup> IMHOOS, op. cit., p. 283.

<sup>84</sup> IMHOOS, op. cit., p. 284.

<sup>85</sup> SCOTT, op. cit., p. 213 ss, p. 215 et 229.

<sup>86</sup> SCOTT, op. cit., p. 213 ss, p. 229.

#### (4) Transparence et communication

Le processus collaboratif repose sur un engagement de reddition d'information complet<sup>87</sup>. Il s'agit là de l'un des aspects les plus importants du droit collaboratif<sup>88</sup>, qui change du paradigme traditionnellement litigieux (« *paradigm shift* »<sup>89</sup>, « *Paradigmawechsel* »<sup>90</sup>).

Dans le cadre de leurs négociations, les parties respectent les principes de sincérité, de transparence et de vérité et « *s'engagent à transmettre spontanément toutes les informations pertinentes pour la résolution du litige* » (art. 3 de l'accord de participation). Selon la charte, l'idée est de travailler en équipe en communiquant de manière transparente et en partageant toute l'information nécessaire à la résolution du litige (Section A.4).

Selon l'art. 6.2 de l'accord, le client est tenu de transférer à l'autre partie toute « *information pertinente en rapport avec le litige* » ; à défaut, son avocat peut révoquer le mandat (art. 6.2). Le principe de révocation du mandat en cas de non-coopération du client est un principe reconnu en droit collaboratif<sup>91</sup>.

La communication prend place de manière « interne » (entre l'avocat et son client), mais aussi de manière « externe », à savoir soit entre les deux clients et leurs deux avocats (donc, à quatre), soit entre les deux avocats (sans leur client respectif), soit encore entre les deux clients (sans leur avocat respectif)<sup>92</sup>.

*A contrario*, l'avocat collaboratif ne peut pas révéler spontanément des informations que son client lui a transmises, sans l'accord de son client ; si son client refuse la divulgation d'informations, l'avocat ne pourrait, dans ce genre de cas, que répudier le mandat. En effet, s'il divulguait ces informations alors qu'il a reçu instruction de ne pas le faire, il violerait son secret professionnel (cf. section suivante). Ceci est un principe admis par la doctrine anglo-saxonne<sup>93</sup>. Le droit collaboratif n'est pas synonyme de transparence absolue.

---

<sup>87</sup> SCHWAB, Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice, 4 Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss. 3 (2004), p. 358: « [F]ull, honest and open disclosure of all potentially relevant information, whether the other side requests it or not » ; ZIEHE/ZIRFASS, p. 172.

<sup>88</sup> ZIEHE, op. cit., p. 8: « *Transparenz ist der wichtigste Aspekt im CLP, da diese die Vertrauensbasis für die Verhandlungen bildet* ».

<sup>89</sup> HOFFMANN/TESLER, Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel, Chapter 41 in The Alternative Dispute Resolution Practice Guide, B. Roth, ed., West Publishing 2002, p. 7.

<sup>90</sup> SCHAERZ, Kommunikation im Collaborative Law und Practice, Perspektive|Schwerpunkt 1/2014, pp. 28-32, p. 30 ; BOOS-HERSBERGER/TESLER, op. cit., p. 462.

<sup>91</sup> ARYANTI, op. cit., p. 84.

<sup>92</sup> SCHAERZ, op. cit., p. 29.

<sup>93</sup> HOFFMAN/POLLAK, Massachusetts Divorce Law Practice Manual, Collaborative Family Law, 2016 : « *If your client divulges information which, in your judgment, has a material impact on the outcome of the settlement, and your client instructs you not to reveal that information, the collaborative attorney is as bound by the attorney/client privilege as an attorney working in the adversarial process* ».

(5) Secret professionnel et confidentialité

L'avocat collaboratif est tenu à une obligation de confidentialité quant au processus collaboratif.

La Charte de l'ARDC exige le respect de la confidentialité des informations échangées au cours du processus collaboratif envers les personnes étrangères à celui-ci (Section A.5).

Le contrat de participation précise (art. 4.1 de l'accord) que les discussions menées dans le cadre du processus collaboratif sont confidentielles et couvertes par le secret professionnel de l'art. 13 LLCA. Les parties ne peuvent pas divulguer des informations ou tous autres documents obtenus dans le cadre collaboratif à un tribunal ou à un tiers (art. 4.2 et 4.3 de l'accord). Les avocats collaboratifs ne conservent aucun original des pièces remises à l'issue du processus collaboratif (art. 4.4 de l'accord).

On relèvera qu'en France, l'association française de droit collaboratif (AFPDC) considère que tous les documents issus du processus collaboratif sont couverts par le secret professionnel<sup>94</sup>.

(6) Intervention d'experts tiers

Il n'est pas exclu de faire intervenir ou de se coordonner avec des experts, pour des questions spécifiques<sup>95</sup>. Aussi bien la charte (Section A.6), que l'accord de participation (art. 5) le prévoient.

(7) Respect du caractère extrajudiciaire

Pendant le processus, le recours aux tribunaux en cours de processus est prohibé<sup>96</sup>.

Ce point ressort notamment de la charte de l'ARDC (Section A.3 de la charte ; art. 2 de l'accord de participation).

(8) Interdiction de prolongation du mandat en cas d'échec du processus collaboratif

Par ailleurs, les avocats qui ont participé à un processus de droit collaboratif, **doivent se retirer lorsqu'aucun accord n'a été trouvé et que les parties décident de porter l'affaire devant les tribunaux** (« *disqualification provision* » ; « *Disqualifikationsklausel* »)<sup>97</sup>. Ceci figure explicitement dans l'accord de participation<sup>98</sup> que les parties (y.c. les avocats) signent au début du processus.

---

<sup>94</sup> AMRANI, op. cit., p. 290.

<sup>95</sup> IMHOOS, op. cit., p. 284 ; SCHWAB, op. cit., p. 358 ; SCOTT, op. cit., p. 223 ; BOOS-HERSBERGER/TESLER, op. cit., p. 463.

<sup>96</sup> SCOTT, op. cit., p. 215 ; BOOS-HERSBERGER/TESLER, op. cit., p. 462 ; BOOS-HERSBERGER/TESLER, op. cit., p. 463.

<sup>97</sup> DUTOIT, op. cit., p. 67 ; SCHWAB, op. cit., p. 358 ; ZIEHE/ZIRFASS, p. 172 ; SCHAERZ, op. cit., p. 31.

<sup>98</sup> ARYANTI, op. cit., p. 81 ; SCHWAB, op. cit., p. 358.

Selon IMHOOS, cette rupture implicite du mandat en cas d'échec du processus collaboratif, « *fait coïncider les intérêts du client et de l'avocat alors qu'habituellement les intérêts financiers de l'un et de l'autre s'opposent* »<sup>99</sup>. Les avocats auraient donc un intérêt particulier à promouvoir le consensus, puisqu'ils doivent démissionner si les parties ne parviennent pas à un accord<sup>100</sup>.

Ceci se retrouve dans l'accord de participation de l'ARDC, qui prévoit que l'avocat collaboratif met un terme au mandat du client en cas de procédure judiciaire litigieuse (art. 6.1.c), et qu'il s'interdit de représenter son client devant les tribunaux pour le même objet (art. 6.1.c), ainsi que dans sa charte (Section B.3).

#### (9) Fin du mandat

Au-delà des scénarios de fin de mandat déjà exposés ci-dessus, il existe d'autres situations où le mandat prend fin. Il est ainsi toujours possible pour l'avocat collaboratif de mettre fin au processus, unilatéralement, si son client ne respecte pas, ou plus, lesdites règles ou le contrat de participation<sup>101</sup>.

En principe, l'avocat collaboratif révoque son mandat en cas de non-respect de la convention de participation. Pour le cas où le client abuse du processus collaboratif, tente d'en obtenir un avantage indu ou refuse qu'une information pertinente en rapport avec le litige soit communiquée aux participants, l'avocat rappelle à l'ordre son client, et révoque, si nécessaire, le mandat (art. 6.2 de l'accord de participation).

Le mandat peut également prendre fin en cas de résiliation par l'un des participants (art. 8.1 de l'accord de participation).

La confidentialité survit à la fin du mandat (art. 8.2 *cum* art. 4 de l'accord de participation).

#### (10) Rémunération

Puisque le processus collaboratif repose sur une base contractuelle, il est largement admis que chaque partie rémunère ainsi son avocat conformément aux usages de la profession<sup>102</sup>.

Ainsi, sauf convention contraire, chaque partie rémunère son avocat (art. 7 de l'accord de participation).

---

<sup>99</sup> IMHOOS, op. cit., p. 283.

<sup>100</sup> GIRSBERGER DANIEL/PETER JAMES T., *Aussergerichtliche Konfliktlösung, Kommunikation - Konfliktmanagement - Verhandlung - Mediation - Schiedsgerichtsbarkeit*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 255 s.

<sup>101</sup> IMHOOS, op. cit., p. 284 ; SCHWAB, op. cit., p. 358.

<sup>102</sup> IMHOOS, op. cit., p. 285.

## **D. La situation de l'avocat collaboratif inscrit au barreau**

Il ressort de ce qui précède que l'avocat collaboratif est, dans le cadre de ses mandats collaboratifs, soumis à un certain nombre d'exigences associatives (conditions personnelles), et doit se conformer à un certain nombre de règles déontologiques propres au processus collaboratif. A défaut de remplir les conditions ou de se conformer auxdites règles, l'avocat collaboratif court le risque de ne plus pouvoir se prévaloir d'une reconnaissance par l'association de droit collaboratif active à son échelon local.

Par ailleurs, l'avocat collaboratif est en principe inscrit au barreau, du moins pour ce qui concerne les membres actifs de l'ARDC.

Or, en tant que l'accompagnement collaboratif d'un client doit être qualifié **d'activité typique** de l'avocat (certes spécialisé en droit collaboratif), l'avocat collaboratif est également soumis aux règles professionnelles de la LLCA, et aux règles déontologiques lorsqu'il est membre d'un ordre cantonal.

### *D.1 Secret professionnel*

Il s'agit de savoir si, et dans quelle mesure, le principe de transparence qui prévaut en droit collaboratif entre en conflit avec le secret professionnel de l'avocat.

Il est vrai qu'en droit collaboratif, l'information est censée circuler plus librement entre toutes les parties impliquées, que dans le cadre traditionnel d'une relation avocat-client hors procédure. Cet assouplissement du secret professionnel se fonde sur le contrat de participation que signent toutes les parties ; d'ailleurs, de l'avis de ZIEHE, si un avocat entame/rejoint un processus collaboratif sans faire signer un contrat de collaboration, il risque de violer ses obligations professionnelles (en particulier, le secret professionnel de l'avocat)<sup>103</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'avocat collaboratif reste soumis au secret professionnel envers son propre client<sup>104</sup>.

Comme déjà relevé, alors que la Charte Ethique ne mentionne pas la LLCA, l'accord de participation se réfère à l'art. 13 de la LLCA en ce qui concerne le secret professionnel. Ceci illustre bien le fait que l'avocat collaboratif est, sur le principe, inscrit au barreau et soumis à la LLCA, et aux règles professionnelles (et déontologiques, qui servent de sources d'inspiration).

---

<sup>103</sup> ZIEHE, op. cit., p. 5.

<sup>104</sup> BANNISTER-ETTER, Collaborative Law/Collaborative Practice – ein strukturiertes Modell aussergerichtlichen Verhandeln, Revue de l'avocat 4/2009, p. 197.

Par ailleurs, la doctrine anglo-saxonne admet que l'avocat collaboratif ne peut pas révéler d'information à l'autre partie (avocat et client ; « *the other side* ») sans le consentement de son client<sup>105</sup>, en raison de l'« *attorney-client privilege* »<sup>106</sup>.

Cette obligation est évidemment exacerbée dans le cas où son client lui révèle des informations qui lui sont préjudiciables<sup>107</sup>. Si l'avocat collaboratif divulgue de telles informations, il viole, à notre sens, son secret professionnel ; si le client refuse que les informations soient transmises, l'avocat devrait alors mettre un terme à son mandat et se retirer du processus collaboratif<sup>108</sup>.

Pour illustrer le fait que le secret professionnel prime sur le processus collaboratif et la transparence qui y est attachée, on peut reprendre l'exemple de ZIEHE : si un client tente de cacher à l'autre partie des avoirs à partager ou de dissimuler des informations importantes pour le litige, l'avocat collaboratif concerné devra insister auprès de son client pour qu'il accepte de divulguer les informations, documents, etc. dans le cadre du processus collaboratif. Si le client refuse de se conformer aux principes de transparence convenus, l'avocat collaboratif devra mettre fin au mandat collaboratif ; la procédure collaborative a ainsi échoué<sup>109</sup>.

En outre, le secret professionnel est censé garantir la confidentialité d'autres informations, comme par exemple le montant des honoraires engendré par l'avocat collaboratif pour son client, ou encore, un état de santé fragile du client. On peut également imaginer la situation, dans le cadre d'un processus collaboratif portant sur la négociation de certains montants, que le client confie spontanément à son avocat collaboratif la marge de négociation dont il dispose. Ici encore, l'avocat collaboratif n'est pas en droit de révéler tout de go ces informations à son confrère et à la partie adverse.

Le partage des informations ne remet ainsi pas en cause le principe du secret, qui portera également sur les notes personnelles de l'avocat collaboratif.

En conclusion, en vertu de son secret professionnel, l'avocat collaboratif ne peut pas partager spontanément toutes les informations remises par son client<sup>110</sup>. Le secret du client prime donc, en particulier lorsque celui-ci refuse la communication.

---

<sup>105</sup> SCHWAB, op. cit., p. 365 : « *she cannot reveal it to the other side without her client's permission, nor can she continue to negotiate on her client's behalf under the rules of CL* ».

<sup>106</sup> SCHWAB, op. cit., p. 365 ; HOFFMAN/POLAK, op. cit., p. 6 : « *the collaborative attorney is as bound by the attorney/client privilege as an attorney working in the adversarial process* »

<sup>107</sup> SCHWAB, op. cit., p. 365.

<sup>108</sup> SCHWAB, op. cit., p. 365 ; HOFFMAN/POLLAK, op. cit., p. 6 ; BANNISTER-ETTER, op. cit., p. 197 : « *Will ein Klient relevante Tatsachen in den Verhandlungen nicht offen legen, wird der CL-Anwalt mit seinem Klient die Bedeutung der Transparenz erörtern und mit ihm besprechen, wann und wie er die Information am besten einbringen kann. Ist der Klient dazu letztlich nicht bereit, muss der CL-Anwalt von sich aus das Mandat niederlegen* ».

<sup>109</sup> ZIEHE, op. cit., p. 7.

<sup>110</sup> BANNISTER-ETTER, op. cit., p. 197 : « *Informationen persönlicher Natur werden nur mit Einverständnis des Klienten ausgetauscht* ».

## D.2 Absence de neutralité (parti pris)

Alors qu'il est certain que les principes d'équité, de « travail d'équipe », de collaboration et de transparence sont au cœur du processus collaboratif, il n'en demeure pas moins que l'avocat collaboratif reçoit de son client un mandat limité : son rôle est de **l'assister et de le conseiller, dans le cadre du processus collaboratif, dans le but de dégager un accord amiable**<sup>111</sup>. La doctrine anglo-saxonne et suisse admettent d'ailleurs que le rôle premier de l'avocat, qui est d'obtenir le meilleur résultat possible pour son client, reste de mise pour le mandat collaboratif, toutefois dans un contexte de recherche de solutions constructives et créatives<sup>112</sup>. L'avocat collaboratif reste l'avocat de « son » client, mais son objectif avoué est d'aboutir à une solution satisfaisante pour toutes les parties impliquées (« mission systémique globale »<sup>113</sup>).

L'avocat collaboratif assiste *son* client<sup>114</sup> ; il n'est donc pas neutre, contrairement à un médiateur ou un arbitre<sup>115</sup>. Les avocats collaboratifs ne fonctionnent pas non plus en tant que « *co-médiateurs* »<sup>116</sup>.

Ceci ressort d'ailleurs implicitement de l'accord de participation de l'Association romande de droit collaboratif : pour l'avocat, le droit et la pratique collaboratifs impliquent « *d'assister son (sa) client(e)* » (art. 6.1.b).

L'avocat collaboratif, malgré le concept collaboratif du processus, n'est donc pas tenu à une transparence totale et spontanée envers l'autre partie (client et avocat). Bien plutôt, l'avocat collaboratif doit, malgré le caractère de son mandat devant, par définition, favoriser le consensus, également protéger les intérêts de son client.

Si l'avocat collaboratif s'engage pour le processus et vise le consensus, il doit néanmoins veiller à ce que son client soit correctement informé, le soutenir dans le processus et prévenir un déséquilibre entre les parties préjudiciable à son client<sup>117</sup>. En ce sens, l'avocat collaboratif ne peut pas faire passer les intérêts de son client après ceux de l'autre partie, ou après ceux du consensus.

---

<sup>111</sup> IMHOOS, op. cit., p. 285.

<sup>112</sup> SCOTT, op. cit., p. 228 : « *lawyer's loyalty to their client and their professional duty to **focus on achieving the best possible outcome for the client**, central to the rights-based conception of advocacy, is retained; However, the constructive and creative promotion of partisan outcomes is reclaimed as 'a central function of the advocate's role* » ; ZIEHE, op. cit., p. 7 : « *der CLP-Anwält-In [ist] zwar immer noch Anwält-In der **eigenen Partei*** ».

<sup>113</sup> ZIEHE, op. cit., p. 7 : « *systemischen Gesamtauftrag [...] nämlich mit dem Auge auf die Interessen aller beteiligten Familienmitglieder auf eine Lösung hinzuarbeiten.* ».

<sup>114</sup> SCOTT, op. cit., p. 216 : « *The lawyers [...] retain their alliance firmly **with their own clients** in the lawyer/client role [...]* ».

<sup>115</sup> ARYANTI, op. cit., p. 86.

<sup>116</sup> SCOTT, op. cit., p. 216 : « *The lawyers **do not function as co-mediators** [...]* ».

<sup>117</sup> ARYANTI, op. cit., p. 86 : « *collaborative law enables disputants to control the process while at the same time ensures that they have legal advisors **at their side** who can advise them of the*



En outre, l'avocat collaboratif doit se conformer aux instructions de son client et ne saurait révéler certaines informations, si son client le lui interdit (il s'agit toutefois d'un cas où l'avocat collaboratif doit mettre un terme au mandat).

Comme déjà dit, l'avocat collaboratif ne peut pas être comparé à un médiateur. Il ne s'agit pas non plus d'un cas de double représentation par une « équipe » de deux avocats représentant ensemble deux clients, puisque chaque avocat collaboratif assiste son propre client

### *D.3            Risque de conflit d'intérêts*

Les intérêts entre l'avocat collaboratif et son client peuvent diverger : en effet, dans le cadre du processus collaboratif, l'avocat collaboratif vise à atteindre un accord mutuellement satisfaisant<sup>118</sup>, ceci d'autant plus que son mandat doit prendre fin si un tel accord ne peut être trouvé. Il n'en va pas de même du client qui, au cours du processus collaboratif, pourrait souhaiter emprunter une voie non collaborative<sup>119</sup>.

### *D.4            Mise en place d'un processus collaboratif au sein d'une même étude*

Sur le principe, il est admis que l'exercice de deux mandats relatifs à un même processus au sein d'une même étude remet en cause les principes d'indépendance de l'avocat inscrit au barreau, risque de créer des conflits d'intérêts et met en danger le secret professionnel. De l'avis du Tribunal fédéral, les « *chinese walls* » ne sont pas des mesures suffisantes pour y remédier<sup>120</sup>.

Dès lors, les deux parties à un processus collaboratif ne peuvent pas être assistés par deux avocats collaboratifs exerçant au sein d'une même étude, sauf à mettre en péril leur secret professionnel et violer le principe d'interdiction des conflits d'intérêts. Par exemple :

- l'avocat collaboratif 1, assistant le client 1, pourrait être tenté de prendre connaissance des échanges entre l'avocat collaboratif 2, assistant le client 2 ; il pourrait également en prendre connaissance de manière fortuite.

---

*legal consequences of their decisions during the negotiation and therefore can manage power imbalance ».*

<sup>118</sup> IMHOOS, op. cit., p. 283.

<sup>119</sup> SCHWAB, op. cit., p. 364 : « *As lawyers invest in developing their reputations for collaboration, there necessarily arises the potential for conflict between the lawyer's interest in her personal reputation, and the client's interest in pursuing his objectives via non-collaborative means* ».

<sup>120</sup> ATF 145 IV 218, consid. 2.4.

- L'avocat collaboratif 1 pourrait, par exemple, s'apercevoir que le client 2 se trouve dans la salle d'attente de l'étude, ce qui lui permettrait de déduire que le client 2 a rendez-vous avec son avocat.
- L'avocat collaboratif 1 pourrait prendre connaissance de la facturation par son confrère au client 2, par mégarde ou volontairement.
- L'avocat collaboratif 1 pourrait prendre connaissance des notes personnelles de son confrère au client 2.
- L'avocat collaboratif pourrait être tenté d'utiliser les informations communiquées par l'autre partie à son confrère exerçant dans la même étude, pour faire durer le processus collaboratif et, ce faisant, augmenter ses honoraires<sup>121</sup>.

En conclusion, un processus de droit collaboratif mené par deux confrères au sein d'une même étude n'est pas admissible, indépendamment du caractère consensuel et amiable du processus collaboratif.

Il faut bien distinguer un processus collaboratif de l'existence d'un *mandat commun de deux avocats*. Prenons un exemple tiré d'un mandat classique d'avocat. A souhaite vendre à B la société X SA (contrat de vente d'actions). Le processus de vente (négociations, *signing*, *closing*) étant un procédé essentiellement consensuel, chaque partie choisit son propre avocat pour la conseiller et négocier le contrat. Dans une telle situation, même si la nécessité d'atteindre un consensus (quant au prix de vente et aux conditions) prédomine, il ne serait pas admissible que les avocats respectifs des parties exercent leur profession d'avocat dans la même étude. Il serait par contre admissible que le vendeur et l'acquéreur soient représentés par un avocat commun, voire même par plusieurs avocats communs de la même étude (par exemple un associé et son collaborateur), mais non chacun par un avocat exerçant au sein de la même étude.

Lorsque deux avocats se limitent à du conseil juridique et de l'accompagnement de leur client respectif dans le cadre des négociations, en vue d'un accord, sans représentation en justice, il n'en demeure pas moins qu'ils se trouvent en situation de conflits d'intérêts (double représentation au sein d'une même étude) et qu'ils ne peuvent garantir le respect du secret professionnel auquel ils sont tenus selon l'art. 13 LLCA.

Il en irait de même si deux époux allaient consulter, en vue de la rédaction d'une convention sur les effets accessoires du divorce, pour divorcer sur requête commune (art. 111 ss CC). Alors qu'il va de soi que chacun des époux peut mandater son propre avocat, il n'est pas possible que les

---

<sup>121</sup> ARYANTI, op. cit., p. 87 : « *From the lawyers' perspective, because they enter into the contract with their clients for the sole purpose of settlement, there is a considerable pressure for them to insist that their clients stay in negotiation and reach a settlement* ».

deux avocats des époux respectifs exercent au sein de la même étude. Il est toutefois admis que les deux époux peuvent choisir un mandataire commun (ou deux avocats communs, par exemple un associé et un collaborateur de la même étude) pour le conseiller et les représenter (juridiction gracieuse). En revanche, l'avocat consulté en commun ne peut pas représenter ensuite une seule des deux parties en justice<sup>122</sup>.

Conceptuellement, une représentation par deux avocats exerçant au sein de la même étude est donc admissible, pour autant que les deux avocats soient considérés comme des **avocats communs des deux parties** ; en d'autres termes, que les deux avocats travaillent, tous deux, pour les deux clients en commun. Comme déjà exposé, cette situation n'est pas celle d'un avocat collaboratif, qui reste l'avocat de « son » client<sup>123</sup>: chaque avocat est au bénéfice d'un contrat distinct avec son client, qui reste en dernier lieu son interlocuteur et confident.

#### IV. CONCLUSION

*(1) Est-il admissible que deux avocats pratiquant dans la même étude assistent chacun une partie dans un même processus collaboratif ?*

L'exercice, pour un avocat inscrit au barreau, d'une activité typique de l'avocat (en l'espèce, processus collaboratif) lui impose le respect des règles professionnelles, en particulier de son secret professionnel.

En Suisse, on considère que le secret professionnel et/ou l'absence de conflits d'intérêts (y. c. double représentation) entre confrères exerçant en commun, au sein d'une même étude, ne peuvent pas être garantis.

Partant, la pratique concernée n'est pas admissible sous l'angle de la LLCA.

*(2) En particulier, une telle pratique est-elle admissible s'agissant des principes de l'interdiction du conflit d'intérêts et du secret professionnel ?*

Le processus collaboratif ne supprime pas le secret professionnel de l'avocat et l'interdiction des conflits d'intérêts. Chaque avocat collaboratif conserve son propre dossier et la maîtrise de ses notes personnelles. Toutes les informations pertinentes pour la résolution du litige doivent être

---

<sup>122</sup> FELLMANN, in FELLMANN/ZINDEL : Kommentar zur Anwaltsgesetz, Zurich 2011, art. 12 LLCA N 105.  
<sup>123</sup> Cf. supra, p. 23s.

transmises, mais le secret prime lorsque le client refuse la communication. En outre, chaque avocat est au bénéfice d'un contrat distinct avec son client : ainsi, l'avocat collaboratif assiste son client, et non les deux parties en commun. Ces deux éléments caractéristiques du processus collaboratif ne seraient pas garantis si les deux avocats pratiquaient au sein de la même étude.

Une telle pratique ne serait donc pas admissible en égard aux principes de l'interdiction du conflit d'intérêts et de la protection du secret professionnel.

*(3) Est-ce que les règles sur le conflit d'intérêts et la confidentialité pourraient être modifiées en ce sens que les clients pourraient accepter l'assistance par deux avocats de la même Etude pour le processus envisagé dans le contrat de participation ?*

Le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas possible de mettre en place des mesures internes pour garantir l'absence de conflits d'intérêts et le secret professionnel des avocats exerçant leur profession au sein d'une même étude (« *chinese walls* »).

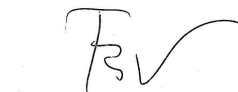
Partant, peu importe les modifications qui pourraient être apportées au contrat de participation et/ou à la charte éthique de l'ARDC, c'est dans la LLCA que cette interdiction trouve son fondement.

*(4) Faut-il faire une distinction entre le domaine familial et les autres domaines du droit (sachant que ceux-ci peuvent également faire l'objet d'un processus de droit collaboratif) ?*

Il n'est pas envisageable de faire une distinction entre le domaine familial et les autres domaines de droit, en tant que dans les deux situations, l'activité de l'avocat continue d'être « typique » et soumise à la LLCA.

A titre exemplatif, la représentation par deux avocats de la même étude, de deux clients différents, souhaitant s'engager dans un processus transactionnel est prohibée.

François BOHNET



Neuchâtel, le 20 octobre 2022