

COMITÉ DE NORMALISATION – PAJLO
VOCABULAIRE DES MODES SUBSTITUTIFS DE RÉOLUTION DES
DIFFÉRENDS

DOSSIER D'ANALYSE

par Claude Pardons

Groupe *collaborative law* (Partie 3)

TERMES EN CAUSE

collaborative agreement

collaborative contract

collaborative law agreement

collaborative law contract

collaborative law participation agreement

collaborative law participation contract

collaborative participation agreement

collaborative participation contract

cooperative agreement

cooperative law agreement

cooperative law participation agreement

cooperation participation agreement

cooperative participation agreement

disqualification agreement

disqualification clause

disqualification provision

disqualification requirement

participation agreement

participation contract

withdrawal agreement

withdrawal clause

withdrawal provision

MISE EN SITUATION

Seront traités dans ce dossier un certain nombre de termes constatant l'accord des parties et des avocats de recourir au *collaborative law process* ou au *cooperative law process* pour régler le différend qui les oppose. Y seront également réexaminés les termes comportant les mots *disqualification* et *withdrawal*, d'abord traités dans le dossier 301, mais transférés dans le présent dossier en raison de la présence des termes *disqualification agreement* et *withdrawal agreement*.

collaborative agreement

collaborative contract

collaborative law agreement

collaborative law contract

collaborative law participation agreement

collaborative law participation contract

collaborative participation agreement

collaborative participation contract

cooperative agreement

cooperative law agreement

cooperative law participation agreement

cooperation participation agreement

cooperative participation agreement

participation agreement

participation contract

ANALYSE NOTIONNELLE

Les expressions faisant clairement ressortir leur lien avec les termes *collaborative law* et *cooperative law* étudiés dans le dossier 301 sont, d'une part, *collaborative law participation agreement* (ou *contract*), *collaborative law agreement* (ou *contract*) et *collaborative participation*

agreement (ou contract) et, d'autre part, cooperative law participation agreement, cooperative law agreement et cooperative participation agreement.

Nous n'avons pas relevé lors de nos recherches dans CanLII et sur Internet d'occurrences des termes *cooperative law contract, cooperative law participation contract, cooperative participation contract et cooperative contract* qui devraient ou pourraient exister.

Voici quelques exemples des termes mentionnés dans le premier alinéa. Ils proviennent de CanLII ou de l'Internet. Ceux qui concernent le droit coopératif, mécanisme peu connu au Canada, viennent très majoritairement de cette dernière source.

Collaborative Law Participation Agreement

The contract which creates and triggers the formal engagement in the collaborative law process, designed to encourage the settlement of a family law dispute outside of litigation.

(<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/Category/FamilyLawDictionary.aspx>)

33.9 Under the **Collaborative Law Participation Agreement**, the parties agreed to act in good faith, honestly disclose all of their assets, and not dispose of any assets except in the usual and ordinary course of business. Further, the parties contracted not to pursue any remedies in a legal proceeding, including obtaining orders pursuant to s. 57 or s. 67 of the Family Relations Act. Mr. Kirk did not intend to honour the terms of the **Collaborative Law Participation Agreement**. [...] (*Kirk v. Kirk*, 2007 BCSC 875 (CanLII) *Kirk v. Kirk*, 2007 BCSC 875 (CanLII))

[3] On May 20, 2009, the parties and their respective collaborative law lawyers, Kallen Fong and Lisa Alexander, signed an agreement entitled, "**Collaborative Law Participation Agreement**", which I will refer to as the Alexander Agreement. (*Banerjee v. Bisset*, 2009 BCSC 1808 (CanLII))

Cooperative law divorce is not statutory. It is a term which incorporates a myriad of hybrid options which are usually derived from Chapter 15 of the Texas Family Code and from the experiences of the parties and their attorneys. In nearly every case which has been reviewed by this author, the provision of Chapter 15 which requires the disqualification of the party or parties' attorneys upon termination of the process is included in the collaborative law agreement. The agreements to avoid litigation and formal discovery are usually incorporated into the **cooperative law participation agreements**. There is, however, in no instance which has been reported, a requirement that the parties' cooperative law attorneys be disqualified upon termination of the cooperative law process.

Initially, there was concern about the enforceability of **cooperative law participation agreement**, but in *In re Mabry*, 355 S.W.3d 16 (Tex. App. – Houston [1st Dist.] 2010, orig. proceeding), the court upheld the validity of the parties' "Cooperative Law Dispute Resolution Agreement" and said,

Akin to collaborative law, cooperative law "is a process which incorporates many of the hallmarks of Collaborative Law but does not require the lawyer to enter into a contract with the opposing party providing for the lawyer's disqualification." Smith and Martinez, 14 HARV. NEGOT. L. REV. at 166. "Cooperative law includes a written agreement to make full, voluntary disclosure of all financial information, avoid formal discovery procedures, utilize joint rather than unilateral appraisals, and use interest-based negotiation." Lande and Herman, 42 FAM. CT. REV. at 284. Put simply, **cooperative law agreements** mirror collaborative law

agreements in spirit and objective, but lack the disqualification clause unique to collaborative law agreements.

The court went on further to say that Chapter 15 had no applicability to **cooperative law agreements**. Therefore the parties could not be guided by the provisions of Chapter 15 unless portions of the statute were included in the agreement. In disposing of the issue of enforceability of **cooperative law agreements**, the court said in clear wording, "Additionally, nothing in the statute or in its legislative history leads us to the conclusion that the collaborative law statute forbids parties in Texas from entering into **cooperative law agreements**." (<http://www.northtexasfamilylawblog.com/2013/03/articles/collaborative-law/the-differences-between-collaborative-and-cooperative-law/>)

[2] The basis of the application is that the parties participated in a Collaborative Law process whereby it is alleged by Mr. Therrien that confidential information was shared. Mr. Therrien submits that it would be a conflict of interest for Mr. Sauer to continue to represent Ms. Therrien, as the issues between the parties have not been settled. Mr. Therrien further relies on the provisions of the **collaborative law agreement** signed by the parties. (*Ponder v. Therrien*, 2006 SKQB 176 (CanLII))

[3] The circumstances giving rise to Mr. Stewart's application are not entirely clear. That is so because some of the details are matters that were discussed while the parties were attempting to resolve their differences through the collaborative family law process. Under the terms of their **collaborative law agreement**, the matters discussed during that process are privileged or confidential. [...] (*Stewart v. Stewart*, 2012 BCSC 920 (CanLII))

The main difference between cooperative and collaborative law is that under a **collaborative law agreement** the parties agree that they will fire their current attorneys if the need for court intervention arises. Under the **cooperative law agreement** the parties retain their current representation even if the matter goes before the court. (<http://hawkinslawmn.com/family-law/collaborative-law-lawyer-mn/>)

Apparaissent aussi sur Internet les expressions *collaborative participation agreement* et *collaborative participation contract* ainsi que *cooperative participation agreement*

[10] [...] I do not consider the evidence of Ms. Cameron with regard to the history of collaborative law, generally or in Vancouver, the standards being adopted internationally for collaborative law, standard **collaborative participation agreements**, or statutes being passed in other jurisdictions with regard to collaborative law, to be necessary evidence, nor relevant to the determination of the issues in this case. (*Banerjee v. Bisset*, 2009 BCSC 1808 (CanLII))

COOPERATIVE PARTICIPATION AGREEMENT

This **Cooperative Participation Agreement** ("Agreement") is made between _____ ("Husband") and _____ ("Wife"), jointly referred to as "the Parties". Husband and Wife commit to use his and her best efforts in a Cooperative Process ("the Process") to negotiate a fair and reasonable agreement in settlement of the termination of their marriage, and to provide clarity as to the way any dispute that may remain at the conclusion of the negotiation will be resolved. (<http://www.skirbuntlaw.com/pdf/Cooperative-Divorce-Participation-Agt.pdf>)

Similarly, Cooperative lawyers may wish to develop some standard language for **Cooperative participation agreements** that includes a menu of optional clauses. For example, some parties may want processes that include agreements: (1) to defer use of formal discovery or contested court hearings-possibly including a "cooling off" period before using litigation procedures, (2) to correct each other's mistakes in negotiation, (3) limiting disclosure to people outside the process of communications in negotiation, (4) that the parties will try mediation before going to court, and/or (5) that when using litigation procedures, each side would focus solely on the merits of the issues and avoid tactics that would unnecessarily aggravate the conflict.

(<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=facpubs>)

On relève également en nombre moins important sur Internet l'expression *cooperation participation agreement* en matière de droit coopératif. Ce terme est synonyme de *cooperative participation agreement*.

COOPERATION PARTICIPATION AGREEMENT

We agree to use our best efforts to settle issues arising from the separation and dissolution of our marriage. Our primary goal is to attempt to settle all issues and disputes in a nonadversarial manner.

[...]

We each acknowledge that we have read this Agreement, understand its terms and conditions and agree to abide by them. The parties have chosen the **Cooperative Law process** to reduce emotional and financial costs, and to generate a final agreement that addresses their concerns. We agree to work in good faith to achieve these goals. This agreement takes effect on the date we all have signed it. Upon the filing of a Petition to dissolve the marriage (at any time before or after reaching a full agreement), this **Cooperation Participation Agreement** shall be filed in the court case and adopted as an order which may be enforced by the court. [...] (http://www.flafcc.org/Documents/Newsletter/January_2012.pdf)

On trouve aussi en contexte les formes abrégées *collaborative agreement* et *cooperative agreement* :

[30] First, the evidence does not support a finding that the payment of a setoff amount was to be a final arrangement for child support. The wording of the **collaborative agreement** does not reflect this, nor does the testimony of the Petitioner reflect this. I accept her evidence that it was agreed to on an interim basis, until the final arrangement with regard to a property division, spousal support and custody were determined. (*Fox v. Fox*, 2007 NBQB 243 (CanLII))

[26] The authors also discuss whether the disqualification provisions (DP) found in CFL agreements are ethical:

[...]

There is significant academic controversy in the United States as to whether the DP is consistent with ethical rules of professional conduct. Nine state ethics committees have considered **collaborative agreements** in relation to their professional codes of conduct and all but one have upheld their use. Three states have passed statutes authorizing the use of CL. Although DPs might be seen as analogous to agreements allowing for the

withdrawal of one's lawyer—and which are enforceable in Canada—there is a key difference in that the loss of one's lawyer under the DP can be triggered by the conduct of either party, and not only the lawyer's own client. Some writers have argued that parties might be better served by a different process, especially where the parties' economic resources and the merits of their legal positions differ significantly. An alternative process is Co-operative Law, which includes a **Cooperative Agreement** that incorporates the co-operative norms of CL but excludes the DP. According to Hilary Linton, in circumstances of financial and legal inequality, the DP will unfairly compromise the power of the party with the superior legal claim and deny a legitimate source of leverage. (*Noble and O'Brien v. Arsenault and Arsenault*, 2014 NBCA 39 (CanLII))

Les termes *collaborative law* et *cooperative law* peuvent également se combiner avec le terme *contract*. Le premier peut aussi donner lieu à la formulation abrégée *collaborative contract*.

[12] Applying those principles to the circumstances at hand, the draft property statement and the draft financial statement were prepared for the purposes of the collaborative law process and as a result falls within the confidentiality provisions of the **collaborative law contract** and cannot be used in the subsequent litigation process. To be clear, the 2009 tax return attached to the draft financial statement does not fall within the confidentiality provisions of the **collaborative law contract**. [...] (, 2011 SKQB 479 (CanLII))

[5] On July 19, 2006, the parties and their respective lawyers executed a **collaborative law contract**, which set out rules for the collaborative law process and touched upon the duties and responsibilities of the spouses and their counsel. [...]

[46] [...] Before the existence of a privilege inuring to the lawyers could be judicially considered, a clear provision to that effect would have to be included in the **Collaborative Law Contract**. Here, the issue of confidentiality is addressed in Clause 10.4 of the **Collaborative Law Contract**, which is reproduced in paragraph 40 above. That clause, by its very terms, accords rights and obligations to the clients, not their lawyers. It is a clause that was inserted in the **Collaborative Law Contract** for the benefit of the clients, and no one else. If confidentiality rights had been accorded to the lawyers by the **Collaborative Law Contract** and the lawyers had asserted those rights over the objections of their clients, the Court would have had to consider whether the pertinent clause should be struck on public policy grounds. (*Noble and O'Brien v. Arsenault and Arsenault*, 2014 NBCA 39 (CanLII))

[7] Mr. Sauer deposes to the following in his affidavit of March 1, 2006 filed in response to the application by Michael Therrien:

2. On February 23, 2006 I received a telephone call from Lee Mountain requesting that I provide her with a copy of the **Collaborative Contract** that had been signed by our clients. Lee Mountain also questioned whether I could continue to represent the Petitioner in these proceedings. Attached as Exhibit "A" to this my affidavit is a true copy of the February 23, 2006 correspondence that I faxed to Lee Mountain as a result of our conversation. The signed **Collaborative Contract** that is referred to in my February 23, 2006 correspondence is attached as Exhibit "A" to the Respondent, Michael George Therrien's February 27, 2006 affidavit. (*Ponder v. Therrien*, 2006 SKQB 176 (CanLII))

On relève également sur Internet quelques rares occurrences du terme *collaborative law participation contract* au site de Lexis.

LES ÉQUIVALENTS

On relève dans le domaine du droit collaboratif ou coopératif divers équivalents du terme *agreement* pour les différents termes étudiés, à savoir « entente », « accord », « convention » et « charte ». En voici quelques exemples :

- Entente

Dans un des 16 dossiers, la démarche collaborative a été suspendue après quelques mois et le couple s'est réconcilié (Étude de cas no 1). Dans un autre cas, le couple a abandonné la démarche collaborative pour suivre une autre voie vers le divorce (Étude de cas no 7). Dans un autre cas encore, l'une des parties a déposé une demande de modification presque immédiatement après la conclusion d'une **entente collaborative**. Ce cas est toujours en instance (Étude de cas no 12). (http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/p2.html)

L'**entente de collaboration** à quatre prévoit qu'advenant un échec des négociations, chaque partie mettra fin au mandat de son avocat et engagera un nouveau procureur pour le représenter dans les procédures judiciaires contestées. (*Journal Barreau du Québec*, avril 2007, p. 31)

M^{me} Suzanne Clairmont a ensuite pris la parole pour résumer les principales caractéristiques du système de droit collaboratif. « C'est avant tout un processus structuré. En premier lieu, une **entente de participation** est signée entre les quatre parties [...] ». *Journal Barreau du Québec*, janvier 2007, p. 9)

- Accord et charte

Le droit collaboratif est un processus alternatif qui est mis en œuvre préalablement à toute saisine judiciaire, reposant sur l'engagement contractuel matérialisé par une **Charte Collaborative**², des parties et de leurs avocats, à rechercher de bonne foi, lors de rencontres à quatre, une solution négociée reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels des parties, si nécessaire avec l'aide de tiers experts neutres nommés amiablement et conjointement par les parties.

² Parfois aussi appelé « **Accord de Participation** ».

L'idée d'y introduire le droit collaboratif a en effet germé au sein de la Commission de droit de la famille de l'ordre français des avocats du barreau de Bruxelles qui, dès 2006, a œuvré à son introduction en Belgique par la préparation de deux écrits indispensables : la **charte de droit collaboratif** (signée par tout avocat qui entame une pratique collaborative) et l'accord de participation¹⁰ au processus de droit collaboratif (signé par les parties et les conseils à l'entame de chaque dossier de droit collaboratif)

¹⁰ En Belgique la **Charte Collaborative** recoupe ici la pratique de tous les avocats engagés et formés à ce processus et l'**Accord de participation** correspond au document signé par les clients (fiche memo France pour nous la Charte collaborative). (http://www.droit-collaboratif.org/lib_medias/files/28-56.pdf)

43.09 Un engagement contractuel. Le droit collaboratif repose sur un engagement contractuel, matérialisé dans une **charte collaborative**, parfois appelée « **accord de participation** », où tous les intervenants, soit les deux parties et leurs avocats conseils, s'engagent à respecter les principes essentiels et directeurs du droit collaboratif. Si des experts sont mandatés, ils s'engagent par une annexe à ladite charte. (*Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)* p. 401)

Le droit collaboratif en pratique

Comment entamer le processus de droit familial collaboratif ?

- Chacune des parties consulte un avocat formé au droit familial et ayant signé la **Charte de droit collaboratif**.

- Un **accord de participation au processus de droit collaboratif** est signé par les parties et leurs conseils.
[...]

http://www.flconsult.be/uploads/news/id35/droitcollaboratif_ddp_def.pdf

CHARTE DE PARTICIPATION AU PROCESSUS DE DROIT FAMILIAL COLLABORATIF

Article 1 : Objet de la présente charte

Les avocats qui adhèrent à la présente charte s'engagent à respecter les règles ci-après énoncées, dès lors qu'ils interviennent en qualité d'avocat collaboratif.

[...]

Les parties et les conseils signent un **accord de participation au processus de droit familial collaboratif** qui contient l'engagement à respecter les règles applicables en la matière, dont l'obligation de suspendre toute procédure pendant le temps du processus et qui précise les conséquences de l'échec éventuel du processus.

[...]

Dès lors que l'**accord de participation au processus de droit familial collaboratif** est signé, le rôle des conseils s'inscrit uniquement dans le contexte de ce processus en manière telle qu'en aucun cas, ils ne pourront représenter l'une ou l'autre des parties au cours d'une procédure judiciaire opposant celles-ci.

<http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf>

L'**accord de droit collaboratif** implique la suspension de toute procédure durant le processus.

http://www.barreaudebruxelles.be/images/Bar_pdf/accord_dfc.pdf

Les étapes du processus collaboratif : théorie u Rencontre initiale avec le client

- ◆ Premier contact avec l'autre avocat
- ◆ Préparation du client à la première rencontre du processus
- ◆ Première rencontre collaborative
- ◆ **Accord de droit collaboratif** [...]

Documents utiles

- ◆ Lettre de mandat
- ◆ Lettre à l'autre partie
- ◆ **L'accord de participation**

http://www.avocats-efacs.com/formation%20continue%20documents/montpellier_s2_2014.pdf

Nous ne retiendrons pas le terme « charte » qui n'est pas un équivalent naturel du terme *agreement*. Il n'a pas non plus cours au Canada et, de plus, son sens varie dans les pays francophones, le terme désignant en Belgique la charte signée par les avocats pratiquant le droit collaboratif alors qu'en France ce document désigne l'accord signé par les avocats et les parties.

- **Convention**

[26] Les auteures s'interrogent également sur le caractère éthique des dispositions prévoyant l'inhabileté que contiennent les contrats de droit familial collaboratif :

[TRADUCTION]

La disposition prévoyant l'inhabileté est le principal trait distinctif du processus de droit collaboratif et bien des avocats la tiennent pour essentielle. La plupart des **conventions de droit collaboratif** interdisent aux parties de brandir la menace d'une poursuite ou d'engager une poursuite pendant le processus et prescrivent qu'elles doivent faire des compromis, si nécessaire, pour en arriver à un règlement amiable.

[...] Il y a, aux États-Unis, une importante controverse dans le milieu universitaire en ce qui concerne la question de savoir si la disposition prévoyant l'inhabileté est compatible avec les règles de déontologie. Les comités de déontologie de neuf États ont examiné des **conventions de droit collaboratif** à la lumière de leurs codes de déontologie et tous, sauf un, ont confirmé leur utilisation.

On retrouve de nombreux exemples de cette expression sur Internet :

5. la signature de la **convention de droit collaboratif** après choix de l'option commune (dans la plupart des cas il existe une option commune aux deux parties) (<http://www.affiches-parisiennes.com/le-droit-collaboratif-outil-indispensable-pour-l-avocat-du-xxie-siecle-4126.html#ixzz3KIqUj80>)

L'intérêt de négocier, non plus selon le procédé classique, mais assisté de son avocat dans le cadre d'une **convention de droit collaboratif**, est, outre le bénéfice de l'expertise que celui-ci est à même de fournir, la contractualisation préalable de l'engagement mutuel d'aboutir permettant de faciliter la sincérité des échanges. (<http://www.eurojuris.fr/fre/entreprises/contentieux/justice-commerciale/articles/reglement-amiable-litige-avocat.html>)

Les avocats doivent dans tous les cas s'assurer que leurs clients sont en capacité d'aller en médiation, faire le point sur les obstacles éventuels ou sur toute type de tentative préalable comme une conciliation, une médiation ou une **convention de droit collaboratif** ou encore de procédure participative qui n'obligeraient pas les parties à subir cette contrainte alors qu'un processus amiable de résolution des litiges ne devrait résulter que d'une démarche volontaire sans laquelle il n'y a point de consentement libre. (http://www.blogavocat.fr/space/dominique.lopez-eychenie/tag/mediateur%20lille/8?sort_by=created&orderBy=visitRecentCount&listformat=tag&filterBy=recent&topicUid=all)

Trois solutions s'offrent à nous : « entente », « accord » ou « convention ». Ces termes avaient été analysés plus en détail dans le dossier CTTJ FAM 206D (Groupe guardianship (4^e partie) (p. 11 et 12) :

Le *Trésor de la langue française informatisé* donne les définitions générales suivantes :

[accord] 2. DR. et lang. commune. Accord consistant en une entente, à portée souvent juridique, réglant un différend entre États ou Communautés ou entre particuliers.

[entente] b) Fait de se mettre d'accord sur un point particulier, accord temporaire ou durable fondé sur une communauté de principes ou d'intérêts.

[convention] 1. Accord conclu entre deux ou plusieurs parties en vue de produire certains effets juridiques : créer des obligations, modifier ou éteindre des obligations préexistantes.

Dans le Guide fédéral de jurilinguistique législative française (JLF), on explique les nuances qui distinguent les notions d'« accord » et d'« entente » :

La distinction entre ces termes réside dans le niveau de « formalisme » en jeu.

L'**entente** est un arrangement **informel**, un mode « amiable » de solution d'un différend. Elle constitue la première étape à franchir — le **fait de s'entendre** — vers la conclusion d'un accord formel (accord, contrat, convention, selon le cas) (PROB). Le terme « entente » correspond notamment à l'anglais « arrangement ».

L'**accord**, lui, est un engagement **formel** entre deux ou plusieurs parties exprimant leur **commune volonté de produire l'effet de droit recherché**. Dans ce sens, c'est un **générique**, synonyme de convention (DALLOZ).

Ex. : Conclure, négocier, passer un accord; arrêter, régler les termes d'un accord; respecter, rompre un accord. Accord bipartite.

Notons qu'en **droit international public** « accord » et « convention » sont considérés comme synonymes de **traité** qui, lui, est réservé à ce domaine.¹²

Ainsi, c'est le mot accord qui correspond au terme anglais *agreement* et c'est à tort qu'on rend celui-ci par « entente », ce mot désignant tout au plus le « fait de s'entendre, de s'accorder; l'état, la situation qui en résulte » (<http://canada.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/juril/no3.html>)

À ces observations nous ajoutons la définition du terme « convention » tirée du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu (10^e édition mise à jour) :

CONVENTION

[...]

I (sens gén., toutes disciplines)

1 Nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque [...] » même s'il « désigne en général l'acte juridique dans son ensemble par opp. aux clauses et stipulations qui le composent, lesquelles sont cependant, en un sens, des conventions.

2 Parfois dans la pratique, l'écrit dressé pour constater l'accord. V. *acte instrumentaire*. [...]

II (int. publ.)

Accord entre sujets de Droit international (terme parfois préféré, sans conséquences juridiques à celui de traité pour désigner des accords multilatéraux ou des accords conclus sous les auspices ou dans le cadre d'organisations internationales, ainsi que des accords à caractère technique). (p. 268 et 269)

À la lumière de ces définitions et, principalement, des observations figurant dans le *Guide fédéral de jurilinguistique législative française*, nous estimons préférable de ne pas retenir le terme « entente » qui désigne plutôt un « arrangement informel », le document signé par les avocats et les parties en cas de recours au processus de droit collaboratif ou coopératif étant un « engagement formel ».

Le choix doit donc se faire entre « accord » et « convention », solutions qui figurent toutes les deux dans les constats d'usage français effectués plus haut.

Nous proposons de retenir le terme « accord » comme élément de base des équivalents des diverses expressions anglaises contenant le terme *agreement*.

Pour les termes *collaborative law participation agreement*, *collaborative participation agreement*, *collaborative law agreement* et *collaborative agreement*, qui désignent tous la même réalité, nous proposons de retenir, sur la base des constats effectués plus haut, les équivalents « accord de participation au processus collaboratif », « accord de droit collaboratif » et sa formulation abrégée « accord collaboratif ». Le premier terme est suffisamment clair et nous le préférons à la formulation plus explicite mais plus lourde « accord de participation au processus de droit collaboratif ».

Nous adopterions le même genre de solutions « accord de participation au processus coopératif », « accord de droit coopératif » et la formulation abrégée « accord coopératif » pour *cooperative law participation agreement*, *cooperation participation agreement*, *cooperative participation agreement*, *cooperative law agreement* et *cooperative agreement*, ces termes désignant tous aussi la même réalité.

.

Pour les autres expressions anglaises contenant le mot *contract*, nous retiendrons le terme « contrat » comme élément de base, équivalent consacré depuis longtemps dans l'usage, et adapterions en conséquence les solutions retenues pour rendre les expressions anglaises contenant le mot *agreement*.

Pour *collaborative law participation contract*, *collaborative participation contract*, *collaborative law contract* et *collaborative contract*, nous aurions donc comme équivalents « contrat de participation au processus collaboratif », « contrat de droit collaboratif » et la formulation abrégée « contrat collaboratif ».

Les termes *participation agreement* et *participation contract* feront chacun l'objet d'une entrée. Ils auront respectivement pour équivalents « accord de participation » et « contrat de participation ». Un nota précisera qu'en contexte ils peuvent désigner aussi bien un *collaborative law participation agreement* (ou *contract*) qu'un *cooperative law participation agreement* (ou *contract*).

disqualification agreement

disqualification clause

disqualification provision

disqualification requirement

withdrawal agreement

withdrawal clause

withdrawal provision

ANALYSE NOTIONNELLE

Comme il a été indiqué plus haut, la caractéristique principale du droit collaboratif qui le distingue du droit coopératif est la présence d'une clause appelée généralement *disqualification agreement*, ou encore *disqualification clause* ou *disqualification provision*.

The collaborative family lawyers will not, however, be able to continue to act for the clients in litigation. This has been found to be a very important element of collaborative family law in the jurisdictions in which this has developed. The **disqualification agreement** means that all the parties, including the lawyers, are attempting to achieve settlement without threatening or being subject to the threat of Court proceedings when things become difficult.

This puts an enormous investment in all parties into trying to find solutions. Without this, it is too easy for a client or lawyer to threaten litigation if their view is not accepted. (<http://www.wslaw.co.uk/site/uploads/publications/1406895142.1331.pdf>)

Cooperative Law is similar to Collaborative Law except that Cooperative Law does not include a "**disqualification agreement**" (sometimes called a "**withdrawal agreement**," "collaborative commitment," or "limited retention agreement"). Under the **disqualification agreement**, if any party chooses to litigate (or even threatens litigation), the Collaborative Law process must end. All of the Collaborative Lawyers are disqualified from representing the parties, who must hire new lawyers if they want legal representation. (<http://www.collaborativelawflorida.com/Articles/Lande-cooperative-law-policy.html>)

2.4 An essential part of every collaborative contract is the **disqualification clause**. This clause prohibits the parties from threatening or commencing litigation during the collaborative process, and provides that the lawyers named in the agreement must cease to act if the collaborative process fails and the parties seek to litigate the dispute. In other words, the **disqualification clause** does not remove the parties' right to engage in litigation. If the collaborative process fails the parties may still decide to litigate, but they must retain new lawyers to represent them in court.

(<http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/Collaborative%20Practice%20in%20Family%20Law.pdf>)

The Disqualification Provision: At the heart of collaborative law is the agreement that collaborative counsel will represent each party only during the collaborative process and that the representation will end once it appears that the matter cannot be resolved without litigation. The **disqualification provision** is often what keeps parties at the table working towards a solution even when the prospects of resolution seem slim. Once the parties have invested considerable time, money and effort in the collaborative process, they are more likely to continue negotiation if the only alternative is to hire new counsel and head to court. (http://www.martindale.com/family-law/article_McLane-Graf-Raulerson-Middleton_633440.htm)

Les expressions *disqualification agreement*, *disqualification clause* et *disqualification provision* figurent également dans un arrêt de 2014 de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick qui contenait de longs développements sur le droit collaboratif :

[24] Despite CFL's numerous advocates, many questions persist about its compatibility with current codes of professional conduct. Questions arise as to whether CL is consistent with the duty of loyalty, the duty of candour and truthfulness to others, the compatibility of the **disqualification provision** and fears over potential breaches of the duty of confidentiality. CL faces challenges with these ethical questions because general rules of ethics governing traditional practice were drafted without CL in mind and may be at odds with the new CL process: Christopher M. Fairman, "A Proposed Model Rule for Collaborative Law" (2005) 21:1 Ohio St. L. Disp. Resol. 73 at 84.

[...]

[28] In "Collaborative Practice in the Canadian Landscape" (2011) 49:2 Fam. Ct. Rev. 221, Nancy Cameron states:

Unlike the experience in the United States, no provinces have enacted collaborative statutes. Likewise, neither law societies nor bar associations have expressed the view that there may be an ethical problem with the underlying requirements of the **disqualification agreement**, or any conflict arising out of the fact that both lawyers and both clients sign the participation agreement. [...] Also, a collaborative statute could statutorily enshrine the **disqualification clause**, disqualifying collaborative professionals from acting for collaborative clients if litigation ensues.

[...]

Aside from the contractual remedy, a lawyer's reputation may be the strongest motivator to dissuade lawyers from breaching the **disqualification agreement**. (*Noble and O'Brien v. Arsenault and Arsenault*, 2014 NBCA 39 (CanLII))

Nous estimons que les trois termes anglais recouvrent la même notion sans qu'il y ait de différences à opérer entre eux. Nous les considérons donc comme des synonymes.

Le terme *disqualification requirement* est également employé dans la doctrine :

[...] The feature that separates Collaborative Law from other processes is the **disqualification requirement**. In Collaborative Law, the attorneys must withdraw from the case if the parties are unable to reach an agreement on all issues and the case proceeds to court.

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/dispute_resolution/Linda_Wray_Article_of_interest.pdf

Boston lawyer David Hoffman, a founder of the Boston Law Collaborative, acknowledges the dilemma that the **disqualification requirement** creates for businesses. All the reasons that make collaborative practice such a good option for family law can also make it less attractive for businesses, he says. (http://www.abajournal.com/magazine/article/collaborative_counselors/)

On relève aussi les expressions *withdrawal agreement*, *withdrawal clause* et *withdrawal provision* :

CFL assumes that clients are best protected where a commitment to cooperation is formalized in the shape of a **withdrawal agreement** laid out in the retainer agreement. CFL retainer agreements commit the lawyer to withdraw if the matter is litigated. This is the so-called **disqualification agreement** (DA). Rather than developing a settlement strategy once litigation has commenced, CFL proposes that the lawyer-client relationship be confined to developing a strategy before a suit is filed. (Julie MacFarlane, *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): A Qualitative Study of CFL Case*, 2005, p. 5) (Research Report presented to Family, Children and Youth Section, Department of Justice Canada)

Some collaborative law “purists” refuse to recognize the existence of the dispute resolution procedure known as cooperative law, but cooperative law does exist. The difference in collaborative law and cooperative law is that cooperative law does not require a written participation agreement containing a **withdrawal provision**. Cooperative lawyers will agree to cooperate on some aspects of the dispute and may or may not put their agreements in writing, but the cooperative agreements will fall short of a true collaborative case. [...]

The **withdrawal provision** is sometimes referred to as the **disqualification provision**. The two terms both refer to the requirement that new lawyers must be hired should the parties proceed to an adversarial form of dispute resolution. (Sherrie R. Abney, *Ethical Considerations for Collaborative Lawyers*, April 2014, p. 5) (<http://assets.conferencespot.org/files/file/205724/0322-001053.pdf>)

This [withdrawal] provision is important to the collaborative process as well as the participants because it [...] 3) provides a safe environment for the exchange of the interests and concerns of the parties since the **withdrawal clause** guarantees that no lawyer in the face-to-face meetings will ever be able to cross-examine one of the parties in an adversarial proceeding. (Sherrie R. Abney, *Ethical Considerations for Collaborative Lawyers*, April 2014, p. 6)

Nous estimons également que les trois termes anglais recouvrent la même notion sans qu’il y ait de différences à opérer entre eux. Nous les considérons donc aussi comme des synonymes.

Les termes bâtis avec *disqualification* et *withdrawal* étudiés ci-dessus visent les clauses obligeant les avocats et les parties à faire appel à d’autres avocats en cas d’échec du processus de droit collaboratif, ces clauses figurant dans l’*agreement* ou le *contract* décrivant le processus de droit collaboratif ainsi que les obligations des parties et des avocats. Le terme *withdrawal* peut

également viser la situation où l’avocat d’une partie peut aussi être obligé de se retirer, par exemple, en cas de violation par son client de son obligation de transparence.

LES ÉQUIVALENTS

Nous avons relevé deux équivalents possibles pour les termes contenant le mot *disqualification* :

Dans l’arrêt *Noble et O’Brien c. Arsenault et Arsenault* de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, on relève « convention d’incapacité » pour *disqualification agreement* et « disposition prévoyant l’incapacité » pour *disqualification provision* et « clause prévoyant l’incapacité » pour *disqualification clause*. Voici quelques passages de l’arrêt utilisant ces termes :

Outre le recours contractuel, la réputation dont il jouit est sans doute le principal facteur susceptible de dissuader un avocat de rompre la **convention d’incapacité**. [par. 28]

Malgré les nombreux défenseurs que compte le droit familial collaboratif, plusieurs questions se posent toujours en ce qui concerne sa compatibilité avec les codes de déontologie en vigueur. Ainsi, des questions se posent quant à savoir si le droit collaboratif est compatible avec l’obligation de loyauté et avec l’obligation de franchise et de sincérité envers autrui et en ce qui concerne la compatibilité de la **disposition prévoyant l’incapacité** et les craintes que suscitent les éventuels manquements à l’obligation de confidentialité. [par. 24]

De plus, une loi de cette nature pourrait consacrer dans un texte législatif la **clause prévoyant l’incapacité**, qui rend les professionnels du droit collaboratif incapables à agir pour des clients ayant recouru au droit collaboratif lorsqu’un litige s’ensuit. [par. 28]

Dans CanLII, on ne trouve aucune autre occurrence des expressions tant anglaises que françaises dans le domaine du droit collaboratif.

Le terme « incapacité » nous semble inexact ou comporter une coquille car il veut dire « manque d’habileté, maladresse, gaucherie » selon la neuvième édition du Dictionnaire de l’Académie. Seul le Trésor de la langue française l’indique comme synonyme du terme « incapacité », mais avec la mention « Vieux ».

Les solutions retenues dans l’arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick sont sans doute dictées par les équivalents retenus dans les situations de conflit d’intérêt mettant en cause des avocats où, pour le terme *disqualification*, les équivalents retenus dans les arrêts de la Cour suprême du Canada sont « déclaration d’incapacité (à occuper ou à agir) » ou « incapacité (à occuper

ou à agir) », les équivalents avec le syntagme « à occuper » étant désormais les plus courants dans les arrêts récents de la Cour suprême et d'autres juridictions.

On trouve également comme autre équivalent le terme « désistement » dans un rapport de Julie Macfarlane intitulé *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative* et présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada :

iv. Importance de l'**entente de désistement**

Les données recueillies dans le cadre de l'étude, dont tous les cas comportaient une **entente de désistement** (ED), laissent croire que le processus collaboratif favorise un esprit d'ouverture, de coopération et de volonté de trouver une solution qualitativement différente de celles que donnent les négociations traditionnelles entre avocats. Il est cependant difficile de dire si cette conclusion montre la nécessité d'une **entente de désistement**, au lieu d'une entente qui engage les parties à une période donnée de négociation avant de pouvoir se tourner vers le contentieux. [...] (http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf) (p. x)

En DFC, on suppose au départ que le meilleur moyen de protéger le client consiste à formaliser l'engagement de coopérer en intégrant au mandat une clause selon laquelle l'avocat s'engage à se désister si l'affaire prend la voie judiciaire. C'est ce qu'on appelle une **entente de désistement** (ED). (Ibid., p. 5)

C'est aussi le terme que l'on retrouve le plus souvent en Europe où le droit collaboratif s'est implanté. Dans un ouvrage collectif intitulé *Le guide des modes de résolution des différends (MARD)*, publié en 2014 par les éditions Dalloz en France, c'est ce terme qui y est aussi employé dans diverses expressions :

434. **Obligation de désistement** (p. 417)

434.11 **Entente de désistement**. La charte collaborative identifie clairement dans ses dispositions la question de la terminaison du processus soit lorsqu'un des clients agit de mauvaise foi ou avec malhonnêteté, soit lorsque le processus n'est pas mené jusqu'à son terme, quelle que soit la raison, c'est-à-dire même en cas de solution seulement partielle ou de volonté d'une des parties de se retirer des négociations.

L'**entente de désistement** signifie que les deux avocats ainsi que les experts se déchargeront irrévocablement du dossier et ne pourront plus intervenir d'aucune manière dans la résolution judiciaire de celui-ci. Dans cette hypothèse, les clients commenceront une procédure judiciaire, assistés de nouveaux avocats, qui n'auront pas accès aux documents confidentiels qui auront été élaborés ou échangés dans le cadre du droit collaboratif (p. 417 et 418)

Les termes « désistement » et « entente de désistement » sont utilisés à de nombreuses reprises dans le chapitre consacré à l'obligation de désistement.

Voici d'autres exemples d'emploi de ces termes en Belgique et en Suisse :

Le mandat de l'avocat consiste à conseiller et à représenter son client en vue d'un règlement à l'amiable et à se concentrer sur la recherche d'un résultat négocié faisant consensus. Si le client décide finalement d'interrompre le processus pour recourir aux tribunaux, il est prévu dans le contrat (« accord de participation»; Participation Agreement) que l'avocat en droit collaboratif se retire et cesse ainsi d'occuper selon une **clause dite de «désistement» ou «retrait»** (Withdrawal Agreement; Disqualification Agreement). Il s'agit là du noyau intangible et inaliénable de cette pratique qui en fait sa caractéristique. (Ordre des avocats de Genève, *La lettre du Conseil*, N° 52, septembre 2010, p. 30)

Avec l'utilisation du droit collaboratif, l'avocat permet la préservation des relations entre les parties. Les avocats ont une **obligation de désistement** si le processus échoue, obligation déontologique qui ne s'applique pas à la procédure participative, pas plus que l'obligation de formation. (<http://chantaljame6.wix.com/chantal-jamet#!service-3/c51w>)

Le succès du processus collaboratif repose également sur l'obligation de désistement des avocats qui s'engagent à se décharger du dossier au cas où un accord ne serait pas trouvé. (<http://www.nrg-avocats.com/nos-atouts.html>)

Dans un souci de cohérence avec la terminologie utilisée en matière de conflits d'intérêts pour les avocats, situation à laquelle peut être assimilée dans une certaine mesure celle de l'avocat pratiquant le droit collaboratif, nous proposons de retenir des solutions bâties avec le terme « inhabilité », les termes « désistement » et « retrait » correspondant plus exactement à la notion de *withdrawal*.

Le terme *disqualification agreement* ne vise qu'une clause ou disposition d'un document appelé habituellement *collaborative/cooperative law agreement/contract* (voir plus haut). Le même terme *agreement* est employé à la fois pour désigner le document en entier ainsi qu'une clause de celui-ci. Devant la synonymie des trois termes anglais bâtis avec *agreement*, *clause* et *provision*, nous proposons d'adopter un seul équivalent en français, le choix s'offrant entre le terme « clause » et « disposition ».

Les termes « clause » et « disposition » peuvent tous les deux désigner les éléments d'un acte juridique :

CLAUSE ♦ sens gén.) Disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament ou même loi) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date et lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales). [...] (*Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, 10^e éd., p. 179)

DISPOSITION ♦ 3 Clause d'un acte. Ex. les dispositions d'un testament. [...] (*Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, 10^e éd., p. 355)

Mais la construction « disposition de » suivie d'un substantif est beaucoup plus rare en français. C'est ce qui a sans doute justifié l'équivalent « disposition prévoyant l'inhabilité » dans la version française de l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

A la demande du comité et avec l'aide d'un de ses membres, j'ai recherché dans CanLII et sur Internet des occurrences du syntagme « disposition de » suivi d'un substantif. Celles-ci sont assez rares. J'ai recherché d'abord les termes « disposition d'inhabilité » (aucune occurrence) et « disposition de retrait » dont on peut retrouver un certain nombre d'occurrences, par exemple en matière constitutionnelle au Canada (*opting-out clause*) et en matière de traités :

Terme

Disposition de dérogation

Définition

Disposition qui, dans une loi, en particulier dans la Constitution ou dans d'autres textes fondamentaux, prévoit les conditions dans lesquelles il pourra y être dérogé. Note(s) : Ne pas confondre disposition de dérogation et disposition dérogatoire. La première est une disposition qui, dans une loi, définit les conditions dans lesquelles on peut déroger à celle-ci, tandis que la seconde est une disposition qui déroge à une loi.

Terme employé pour

- clause de dérogation
- **clause de retrait**
- clause dérogatoire
- clause nonobstant
- **disposition de retrait**

(<http://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=4228>)

Cette question est également pertinente en matière de propriété intellectuelle puisque le Canada a choisi d'inclure une **disposition de retrait** relative à l'arbitrage, laquelle donnera aux autorités nationales l'entière responsabilité de déterminer l'existence et la validité des droits de propriété intellectuelle. (<http://www.gowlings.com/KnowledgeCentre/article.asp?pubID=3724&lang=1>)

Le Québec a invoqué la **disposition de retrait** du RPC pour créer son propre régime – le Régime des rentes du Québec (RRQ). (<http://www.aidslaw.ca/site/wp-content/uploads/2013/09/Income+security+-+Info+-+FRA.pdf>)

Ce traité se trouve maintenant devant le Conseil privé du Canada. La plupart des Canadiens croient que ce terme désigne, en fait, le Cabinet. Quand le Conseil privé aura adopté le décret, le traité sur les investissements entre le Canada et la Chine liera juridiquement le Canada. En raison de ses dispositions contraignantes, il serait beaucoup plus difficile de se retirer de ce traité que de l'ALENA, par exemple, qui prévoit une **disposition de retrait** de six mois dont peuvent se prévaloir toutes les parties, soit le Canada, les États-Unis et le Mexique. (<http://elizabethmaymp.ca/fr/parliament/questions/2013/03/07/adjournment-proceedings-foreign-investment-3/>)

On relève également sur Internet quelques exemples de « disposition de non-responsabilité ».

À partir des exemples figurant dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, j'ai retrouvé sur Internet les termes suivants « disposition d'accroissement », « disposition d'attribution de ... », « disposition d'équité », disposition de la nation la plus favorisée », « disposition de non-concurrence », « disposition de renégociation », « disposition de réversibilité », « disposition de sauvegarde », « disposition de suspension », « disposition d'exclusivité », « disposition d'exemption », « disposition d'indexation », « disposition d'intéressement », etc.

Sauf pour quelques-uns de ces termes, les exemples ne sont généralement pas nombreux, mais ils existent même si pour un bon nombre d'autres termes contenant le mot « clause » dans le *Vocabulaire juridique* on ne relève pas d'équivalent bâti avec le terme « disposition ».

Sur le fondement de ces constatations, nous proposons de favoriser le terme « clause » comme élément de base et de retenir « clause d'inhabilité » comme équivalent unique des termes *disqualification agreement*, *disqualification clause* et *disqualification provision*.

Et pour *disqualification requirement*, nous recommandons « obligation de déclaration d'inhabilité », reprenant ainsi la formulation retenue dans les arrêts de la Cour suprême du Canada.

Sur la base des solutions recommandées pour *disqualification agreement*, *disqualification clause* et *disqualification provision*, nous proposons « clause de retrait » comme équivalent unique pour *withdrawal agreement*, *withdrawal clause* et *withdrawal provision*. Le terme « désistement » pourrait également être retenu comme équivalent dans ces expressions, mais il est préférable de garder l'équivalent « retrait » dans le cas où l'avocat se sent obligé de se désengager parce que son client ne respecte pas son obligation de transparence.

Nous aurions donc :

<i>disqualification agreement</i>	clause d'inhabilité
<i>disqualification clause</i>	clause d'inhabilité
<i>disqualification provision</i>	clause d'inhabilité

disqualification requirement

obligation de déclaration d'inhabilité

withdrawal agreement

clause de retrait

withdrawal clause

clause de retrait

withdrawal provision

clause de retrait

TABLEAU RÉCAPITULATIF

<p>collaborative law participation agreement; collaborative participation agreement; collaborative law agreement; collaborative agreement</p> <p>See also collaborative law participation contract</p> <p>DIST cooperative law participation agreement</p>	<p>accord de participation au processus collaboratif (n.m.); accord de droit collaboratif (n.m.); accord collaboratif (n.m.)</p> <p>Voir aussi contrat de participation au processus collaboratif</p> <p>DIST accord de participation au processus coopératif</p>
<p>collaborative law participation contract; collaborative participation contract; collaborative law contract; collaborative contract</p> <p>See also collaborative law participation agreement</p> <p>DIST cooperative law participation agreement</p>	<p>contrat de participation au processus collaboratif (n.m.); contrat de droit collaboratif (n.m.); contrat collaboratif (n.m.)</p> <p>Voir aussi accord de participation au processus collaboratif</p> <p>DIST accord de participation au processus coopératif</p>
<p>cooperative law participation agreement; cooperation participation agreement; cooperative participation agreement; cooperative law agreement; cooperative agreement</p> <p>DIST collaborative law participation agreement</p>	<p>accord de participation au processus coopératif (n.m.); accord de droit coopératif (n.m.); accord coopératif (n.m.)</p> <p>DIST accord de participation au processus collaboratif</p>

<p>disqualification agreement; disqualification clause; disqualification provision</p> <p>See also withdrawal agreement</p>	<p>clause d’incapacité (n.f.)</p> <p>Voir aussi clause de retrait</p>
<p>disqualification requirement</p>	<p>obligation de déclaration d’incapacité (n.f.)</p>
<p>participation agreement</p> <p>NOTE In context may designate a collaborative law participation agreement as well as a cooperative law participation agreement.</p> <p>See also participation contract</p>	<p>accord de participation (n.m.)</p> <p>NOTA En contexte peut désigner un accord de participation au processus collaboratif ou un accord de participation au processus coopératif.</p> <p>Voir aussi contrat de participation</p>
<p>participation contract</p> <p>NOTE In context may designate a collaborative law participation contract or a cooperative law participation contract.</p> <p>See also participation agreement</p>	<p>contrat de participation (n.m.)</p> <p>NOTA En contexte peut désigner un contrat de participation au processus collaboratif ou un contrat de participation au processus coopératif.</p> <p>Voir aussi accord de participation</p>
<p>withdrawal agreement; withdrawal clause; withdrawal provision</p> <p>See also disqualification agreement</p>	<p>clause de retrait (n.f.)</p> <p>Voir aussi clause d’incapacité</p>