

Anwaltspraxis

# DROIT COLLABORATIF ET DOUBLE REPRÉSENTATION: UNE PRATIQUE CONTRAIRE AU DROIT



Estelle Chanson Avocate, formée au droit collaboratif, Bourgeois Avocats, Lausanne



Gaétan Girard Avocat-stagiaire, Bourgeois Avocats, Lausanne

**Mots-clés:** droit collaboratif, conflit d'intérêts, double représentation, consentement du client, divorce

La présente contribution expose le cas de figure dans lequel certains avocats formés au droit collaboratif se placent dans une situation de conflit d'intérêts, les arguments – tirés des spécificités du droit collaboratif, du consentement du client ou encore de l'analogie avec l'avocat commun dans les procédures de divorce – que ces avocats collaboratifs objectent à leurs opposants, enfin, le raisonnement qui permet de conclure inéluctablement à un cas de double représentation contraire au droit.

## I. Introduction

À ce jour, le site de l'Association romande de droit collaboratif compte quelque huitante avocats inscrits à différents barreaux de Suisse romande qui ont suivi une formation reposant sur les principes de la négociation raisonnée développée aux États-Unis (*Harvard Negotiation Project*)<sup>1</sup>.

Parmi ces avocats formés au droit collaboratif, certains exercent au sein de la même étude et pourraient dès lors être amenés à violer une règle cardinale de la profession d'avocat: la prohibition des conflits d'intérêts, en particulier l'interdiction de la double représentation, qui en est la forme la plus manifeste.

Pour être en mesure d'appréhender au mieux la situation ici visée, nous nous proposons de revenir sur les contours de la double représentation, après avoir présenté les caractéristiques du droit collaboratif. Ces définitions permettront notamment d'identifier les moyens que les avocats collaboratifs pratiquant la double représentation avancent aux fins de légitimer leur façon d'agir.

«Il est une procédure où l'avocat est fréquemment appelé à se placer aux confins d'un conflit d'intérêts à la demande de son client, celle du divorce [...] par requête commune»<sup>2</sup>. Cette situation sera examinée plus en détail, avant d'être comparée à celle objet de la présente contribution, ce qui conduira à admettre que la double représentation dans le processus collaboratif est incompatible avec les règles qui régissent la profession d'avocat.

La double représentation à laquelle s'adonnent certains avocats collaboratifs à l'envers du droit met à mal la profession d'avocat et, avec celle-ci, la réputation dont jouit l'avocat dans l'opinion publique. La présente

Das Dokument "Droit collaboratif et double représentation: une pratique contraire au droit" wurde von Patric Nessier, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 10.10.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

contribution tend ainsi également à révéler une pratique contraire au droit, dans l'intérêt de la profession et de ceux qui la pratiquent.

## II. Du droit collaboratif

### 1. Du droit collaboratif en quelques mots

Le droit collaboratif (*Collaborative Law*) se définit comme un mode amiable de règlement des conflits, auquel participent activement les avocats des parties. Ceux-ci disposent obligatoirement d'une formation spécifique à cette méthode, qui repose sur diverses techniques de communication et de négociation raisonnée. Les participants au processus – avocats, clients et éventuels autres participants (experts) – s'engagent par un contrat écrit dit «de participation» à respecter les règles spécifiques au droit collaboratif. Parmi ces règles figurent notamment

---

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 9/2022 |S. 390–395 391 | ↑

---

l'échange d'informations et l'engagement de fournir tout renseignement pertinent, le renoncement à porter le différend devant les tribunaux pour la durée du processus et le retrait des avocats en cas d'échec des discussions amiables, cette dernière règle s'inscrivant comme la plus caractéristique du processus. L'approche se singularise ainsi par l'instauration d'un cadre contractuel permettant des négociations confidentielles, où la résolution des problèmes s'élabore en commun (travail d'équipe), chaque partie étant assistée d'un avocat<sup>3</sup>.

S'il y a encore moins de trois ans, le droit collaboratif était largement inconnu en Suisse<sup>4</sup>, il connaît depuis peu un important essor, en particulier dans les litiges familiaux, singulièrement en matière de divorce, où nombre d'avocats offrent – exclusivement ou parallèlement à leurs services d'avocats «ordinaires» – leurs services de praticiens du droit collaboratif.

### 2. Du rôle de l'avocat collaboratif

«L'avocat collaboratif reçoit de son client un mandat limité: son rôle est de l'assister et de le conseiller dans le but de dégager un accord. En conséquence, il n'est pas neutre, contrairement au médiateur, mais représente une partie»<sup>5</sup>. Les avocats restent donc les conseils de leur client respectif, mais travaillent ensemble aux fins d'aider les parties à trouver une solution concertée, équitable et mutuellement satisfaisante pour celles-ci<sup>6</sup>.

Ainsi, tout au long du processus collaboratif, les avocats déploient les compétences requises à cette discipline au bénéfice de *leur* client, en lui prodiguant des conseils juridiques et en utilisant les techniques de communication et de négociation centrées sur les besoins des parties en présence. Il appartient également aux avocats collaboratifs de veiller au respect du contrat de participation ainsi que des règles déontologiques de leur profession. À l'issue du processus, les avocats se chargent de rédiger la convention constituant l'aboutissement de celui-ci<sup>7</sup>.

### 3. De la pratique controversée en cause

Forts des spécificités du droit collaboratif, certains avocats formés à cette discipline et pratiquant au sein de la même étude assistent et conseillent chacun un époux *contre* l'autre dans le cadre du règlement de leur séparation (mesures protectrices de l'union conjugale) ou de leur divorce. Dès lors qu'en cas d'échec des

Das Dokument "Droit collaboratif et double représentation: une pratique contraire au droit" wurde von Patric Nessier, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 10.10.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

discussions amiables, les avocats doivent se retirer, ces avocats collaboratifs soutiennent qu'il ne saurait y avoir en l'occurrence violation du principe de l'interdiction de la collision d'intérêts.

À supposer même qu'il y ait conflit d'intérêts, ces mêmes avocats font valoir que leurs clients respectifs ont consenti à cette situation, les mettant à l'abri de tout grief tiré de la violation de la prohibition des conflits d'intérêts.

Enfin, les avocats collaboratifs pratiquant la double représentation relèvent que leur situation n'est pas différente de celle de l'avocat auquel les deux époux confient conjointement le mandat de les assister dans le cadre de leur procédure de divorce sur requête commune avec accord complet, situation *tolérée* par le Tribunal fédéral (ci-après: le TF).

Ces différents arguments seront analysés ci-après les uns après les autres, à la lumière des principes et dispositions légales applicables en la matière en droit suisse. En effet, bien que le droit collaboratif trouve ses origines aux États-Unis<sup>8</sup>, c'est à l'aune du droit suisse que la situation d'espèce doit être examinée, puisqu'elle concerne des avocats pratiquant en Suisse et donc soumis, dans ce cadre et notamment, à la loi fédérale du 23.6.2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA; [RS 935.61](#)) et au Code suisse de déontologie du 10.6.2005 de la Fédération suisse des avocats (ci-après: le CSD).

### III. De la prohibition des conflits d'intérêts

#### 1. De quelques généralités sur la prohibition des conflits d'intérêts

Aux termes de l'[art. 12 let. c LLCA](#), l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux de personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé. Cette règle générale prohibant les conflits d'intérêts, que le TF qualifie de règle cardinale de la profession d'avocat<sup>9</sup>, est précisée dans le CSD. L'art. 11 CSD prévoit ainsi que l'avocat ne confond pas les intérêts de son client, ceux de tiers et les siens propres. Conformément à l'art. 12 al. 1 CSD, l'avocat ne représente, ni conseille, ni défend, dans la même affaire, plus d'un client s'il existe un conflit ou un risque de conflit d'intérêts entre ces clients. L'art. 14 CSD indique enfin que les dispositions relatives aux conflits d'intérêts s'appliquent tant à l'étude qu'à ses membres. Le problème de la double représentation peut dès lors survenir lorsque les parties sont représentées par des avocats distincts, mais pratiquant au sein de la même étude. En effet, l'interdiction des conflits d'intérêts ne se limite pas à la personne même de l'avocat mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient<sup>10</sup>.

Le champ d'application des règles professionnelles instituées par l'[art. 12 LLCA](#) comprend non seulement les activités typiques de l'avocat que sont la représentation en justice et le conseil juridique, mais également l'intégralité des activités professionnelles de l'avocat, pour autant qu'elles aient un lien direct avec la profession d'avocat<sup>11</sup>. La prohibition des conflits d'intérêts et les autres principes qui en découlent – notamment l'interdiction de la double représentation – sont ainsi incontestablement applicables à l'activité que l'avocat déploie dans le cadre du droit collaboratif, qui constitue une activité de conseil juridique.

Si le TF qualifie la prohibition des conflits d'intérêts de règle cardinale de la profession d'avocat, c'est notamment parce qu'elle est en lien avec trois autres principes fondamentaux de la profession: l'obligation de soin et de diligence, l'indépendance et le secret professionnel<sup>12</sup>. En effet, pris dans une situation de conflit d'intérêts, l'avocat se trouve dans l'incapacité de respecter l'obligation de diligence due à son client<sup>13</sup>, car il ne peut alors concilier la fidélité qu'il doit à celui-ci et celle qu'il doit à un tiers<sup>14</sup>. En outre, comme le rappelle

souvent le TF, l'avocat placé dans une situation de conflit d'intérêts perd son indépendance, car il est alors retenu ou entravé dans sa liberté d'action ou de décision par des considérations liées à la sauvegarde d'intérêts contradictoires dont il doit assurer la défense<sup>15</sup>. Enfin, le secret professionnel de l'avocat peut être mis en péril par l'existence d'un conflit d'intérêts, le respect du secret professionnel pouvant s'avérer très difficile, voire impossible, lorsque l'avocat accepte deux mandats contradictoires et que les informations reçues dans le cadre du premier sont décisives pour l'exécution du second<sup>16</sup>.

## 2. De la double représentation en particulier

L'hypothèse la plus évidente dans laquelle l'avocat se trouve pris dans un conflit d'intérêts est celle de la double représentation, c'est-à-dire lorsque l'avocat est chargé simultanément de mandats contradictoires<sup>17</sup>.

### A) De la double représentation dans la procédure de divorce sur requête commune

L'exemple de l'avocat qui assiste les époux dans la préparation d'une convention sur les effets de leur divorce et les représente ensuite tous les deux dans le cadre de la procédure de divorce sur requête commune avec accord complet (cf. >art. 111 CC) illustre parfaitement la problématique de la double représentation. Ce cas de figure est en outre particulièrement pertinent pour la présente contribution, dès lors que les litiges matrimoniaux constituent, à ce jour, le principal champ d'activité des avocats collaboratifs en Suisse, comme vu ci-dessus.

Il est relativement courant que les époux choisissent un avocat commun qu'ils chargent tout d'abord d'établir une convention de divorce équitable, acceptée par les deux parties, et qu'ils mandatent ensuite comme représentant commun dans le cadre de la procédure judiciaire de divorce sur requête commune avec accord complet. Le TF a laissé entendre que cette pratique était admissible, mais seulement de manière très restrictive, soit lorsqu'il n'existe pas de conflit entre les époux<sup>18</sup>. Les recommandations des associations d'avocats à cet égard varient d'un canton à l'autre<sup>19</sup>. Les règles vaudoises en la matière admettent la double représentation, à condition notamment que l'avocat consulté par les deux époux les informe de manière claire et précise des modalités de son intervention et qu'il leur rappelle qu'en cas de désaccord persistant ou s'il a le moindre doute sur le consentement éclairé de l'un d'eux et sur le fait que l'un d'eux ne paraît pas en mesure de résister à l'influence ou la pression exercée par l'autre, il sera mis fin à son mandat<sup>20</sup>. L'art. 5 al. 4 des Us & Coutumes de l'Ordre des avocats de Genève rejette l'idée de la représentation commune, l'avocat consulté par deux époux devant inviter l'un d'eux à consulter un confrère choisi en dehors de son étude.

Bien que largement répandue, la pratique consistant, pour un avocat, à assister les époux dans l'établissement de la convention sur les effets de leur divorce puis à les représenter tous les deux dans la procédure judiciaire de divorce n'en demeure pas moins contraire à l'interdiction de la double représentation<sup>21</sup>. Steullet estime ainsi que, si la préparation d'une convention sur les effets du divorce par un avocat commun aux époux n'apparaît pas incompatible avec l'interdiction des conflits d'intérêts, il en va différemment de la représentation des deux époux par un avocat unique dans la procédure judiciaire de divorce sur requête commune. Les époux pourraient ainsi choisir un avocat commun pour négocier et rédiger la convention sur les effets de leur divorce, mais celui-ci ne pourrait, par la suite, les représenter tous les deux dans le cadre de la procédure judiciaire de divorce<sup>22</sup>. De nombreux auteurs considèrent en outre qu'un avocat unique peut assister les époux dans le cadre de la négociation de la convention sur les effets de leur divorce, mais qu'il ne peut ensuite ne représenter que l'un d'eux dans la procédure de divorce sur requête commune<sup>23</sup>.

Néanmoins, une partie importante de la doctrine adopte une position plus restrictive sur la question de l'admissibilité d'un conseil commun aux époux dans la phase non judiciaire de négociation et d'établissement de la convention sur les effets de leur divorce. Certains auteurs estiment ainsi que l'intervention d'un avocat commun n'est admissible que lorsqu'il s'agit de mettre en forme un accord auquel les époux sont déjà parvenus<sup>24</sup>. Un autre courant doctrinal s'oppose en revanche à toute double représentation et est d'avis que l'avocat ne peut pas élaborer une convention de divorce pour le compte des deux époux<sup>25</sup>. Cette position restrictive repose sur l'argument que le divorce, qui consiste dans la dissolution d'une communauté corporelle, spirituelle et économique, comporte inévitablement un risque de collision d'intérêts entre les époux<sup>26</sup>. Chappuis/Gurtner relèvent à juste titre que la volonté compréhensible des époux de mettre un terme rapide à leur litige matrimonial à des coûts raisonnables peut les amener à faire des concessions sans en apprécier pleinement les conséquences, en particulier en ce qui concerne le partage de la prestation de sortie de la prévoyance professionnelle lorsque les époux sont encore relativement éloignés de l'âge de la retraite<sup>27</sup>. En d'autres termes, le risque d'un conflit d'intérêts est inhérent à la procédure de divorce, étant donné que les époux ont des intérêts fondamentalement opposés par nature<sup>28</sup>.

## **B) De la double représentation dans le processus collaboratif**

Dès lors que les principes du droit collaboratif prévoient le retrait des avocats en cas d'échec des discussions amiables<sup>29</sup>, la question de la représentation des époux dans le cadre d'une procédure judiciaire ne se pose pas, les avocats exerçant exclusivement une activité de conseil dans le processus collaboratif. Par conséquent, d'aucuns pourraient être tentés de transposer l'opinion doctrinale exposée ci-dessus au droit collaboratif et de conclure que la prohibition de la double représentation ne s'oppose pas à ce que les époux soient représentés par des avocats exerçant au sein de la même étude dans le processus collaboratif.

De fait, les intérêts des époux qui décident d'opter pour le droit collaboratif ne diffèrent pas de ceux des époux qui consultent un avocat commun pour négocier et/ou mettre en forme une convention sur les effets de leur divorce. Si les époux qui choisissent un processus collaboratif manifestent une volonté réciproque et concordante de recourir à une méthode coopérative et constructive, leurs intérêts demeurent fondamentalement opposés en raison de la nature même des litiges matrimoniaux. Indépendamment de la méthode choisie, il existe, entre les époux, un conflit d'intérêts actuel et concret dès le départ du processus de séparation. Ce conflit est d'ailleurs logiquement plus marqué dans le processus collaboratif que lorsque les époux consultent un avocat commun, puisque, dans la première hypothèse, les époux ont privilégié une méthode où chacun d'eux est assisté de son propre avocat. En d'autres termes, lorsqu'ils optent pour un processus collaboratif, les époux se mettent d'accord uniquement sur une méthode coopérative, mais la divergence de leurs intérêts matériels demeure entière et importante.

Une partie de la doctrine se montre certes plus tolérante lorsqu'il s'agit d'apprécier les conflits d'intérêts dans le cadre de l'activité de conseil juridique, par opposition à ce qui vaut en matière de représentation judiciaire, et admet le conseil commun lorsque les intérêts des parties sont convergents<sup>30</sup>. D'autres auteurs considèrent toutefois que cette souplesse dans le domaine du conseil juridique ne peut être admise que de manière très restrictive, dès lors que, dans l'activité de conseil, les avocats sont soumis aux mêmes obligations fondamentales de fidélité et d'indépendance envers leur client et que rien ne justifie ainsi d'apprécier différemment la divergence entre les intérêts des parties dans ce cadre<sup>31</sup>. On relève à ce propos que l'art. 12 CSD ne fait aucune distinction entre la représentation en justice et l'activité de conseil de l'avocat, tout comme le considérant-type du TF en matière de double représentation, qui indique que «l'avocat a le devoir d'éviter la double représentation, c'est-à-dire le cas où il serait amené à défendre les intérêts opposés de deux parties à la fois»<sup>32</sup>. Il apparaît ainsi qu'indépendamment du cadre (judiciaire ou non) de l'activité de l'avocat, le critère déterminant pour juger de l'admissibilité de la double représentation est l'existence d'intérêts opposés ou convergents. Or, comme exposé ci-dessus, même si les époux adoptent une attitude coopérative et constructive en optant pour un processus collaboratif, leurs intérêts matériels demeurent fondamentalement opposés par nature. Ainsi,

Das Dokument "Droit collaboratif et double représentation: une pratique contraire au droit" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 10.10.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

même si le rôle de l'avocat est quelque peu différent dans le processus collaboratif par rapport à l'activité judiciaire ou une activité de conseil «classique», il apparaît justifié que la règle professionnelle de l'interdiction des conflits d'intérêts s'applique à l'avocat pratiquant le droit collaboratif avec la même rigueur.

À cela s'ajoute que le processus collaboratif suppose que chacune des parties soit assistée d'un avocat qui déploie les compétences spécifiques à ce mode de résolution

des litiges dans l'intérêt exclusif de son client<sup>33</sup>, ce qui exclut d'emblée que les époux soient représentés par un avocat unique. Certes, dans le cadre du processus collaboratif, l'avocat prodigue des conseils juridiques et utilise des techniques de communication et de négociation centrées sur les besoins des parties afin de favoriser les échanges et en vue de parvenir à un accord mutuellement satisfaisant<sup>34</sup>. Si l'attitude de l'avocat et les méthodes auxquelles il a recours diffèrent de celles d'un avocat «traditionnel», l'avocat collaboratif exerce cependant son activité au seul bénéfice de son client et est ainsi tenu de défendre exclusivement les intérêts de celui-ci. Par conséquent, même si, dans un cas concret, la situation des époux peut sembler peu conflictuelle, la défense des intérêts respectifs des parties est incompatible avec la double représentation. Pour cette raison également, la prohibition de la double représentation doit s'appliquer de manière stricte dans le cadre du droit collaboratif. Ce n'est qu'ainsi que chaque avocat peut œuvrer en vue de trouver une solution conventionnelle entre les époux, tout en conservant la pleine liberté de ne défendre que les intérêts de son client. À défaut, le processus collaboratif, qui veut que chaque partie soit assistée d'un avocat qui déploie ses compétences dans l'intérêt exclusif de son mandant, perdrait tout son sens.

### 3. Du consentement du client

#### A) Du consentement du client en général

Reste à savoir si les avocats exerçant au sein d'une même étude peuvent se prévaloir du consentement des époux pour que la double représentation dans le processus collaboratif soit admissible. Pour juger des effets du consentement du client, une distinction est généralement faite entre la représentation en justice et l'activité de conseil de l'avocat.

La doctrine et la jurisprudence rejettent unanimement l'idée selon laquelle le consentement des parties permettrait à un avocat de les représenter toutes les deux dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>35</sup>. En d'autres termes, en matière de représentation en justice, la prohibition de la double représentation est absolue et le consentement des parties est sans effet<sup>36</sup>.

En ce qui concerne l'activité de conseil, certains auteurs seraient prêts à faire preuve de plus de souplesse et à autoriser la double représentation si les clients y consentent et que leurs intérêts sont convergents<sup>37</sup>, d'autres admettant la double représentation moyennant consentement des parties y compris lorsque leurs intérêts sont opposés<sup>38</sup>. Une frange de la doctrine se montre toutefois plus stricte, relevant qu'au moment où il accepte la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve son avocat, le client ne voit que les avantages de son assentiment, en particulier les avantages économiques et le fait de ne pas devoir renoncer aux services de l'avocat qu'il a choisi; en revanche, lorsque son affaire ne connaît pas l'évolution espérée, la perception du client peut changer drastiquement<sup>39</sup>. Le client peut alors douter que son avocat a véritablement fait preuve de toute la diligence requise dans la conduite du mandat et se demander s'il n'en a pas été empêché en raison du conflit d'intérêts auquel il était confronté<sup>40</sup>. À cela s'ajoute que les affaires relevant du conseil juridique ne sont pas, par nature, moins délicates que celles relevant de la représentation en justice et les intérêts des parties

nécessairement moins divergents dans les premières que dans les secondes. Le consentement du client doit dès lors être considéré comme impropre à lever l'interdiction des conflits d'intérêts, y compris dans le cadre de l'activité de conseil<sup>41</sup>.

Pour les raisons exposées ci-dessus, la prohibition des conflits d'intérêts constitue une norme de droit administratif impérative qui n'est pas à la libre disposition des parties, de sorte que tout accord destiné à lever l'interdiction prévue par le droit public demeurerait sans effet sur le caractère obligatoire des règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis<sup>42</sup>. Il suffit ainsi que deux personnes poursuivent objectivement des intérêts opposés dans une affaire quelconque pour que la prohibition des conflits d'intérêts s'applique de manière absolue, soit même si les mandants ont consenti à la double représentation<sup>43</sup>.

## B) Du consentement des clients dans le processus collaboratif en particulier

Dans le processus collaboratif, le fait que les parties soient représentées par deux avocats de la même étude pourrait certes présenter quelques avantages logistiques et organisationnels – mais non économiques, dès lors que chacune des parties serait tout de même assistée de son propre avocat dont elle devrait payer les honoraires. En outre, si le processus collaboratif ne connaît pas les développements espérés et si aucune solution transactionnelle n'est trouvée, les avocats ayant œuvré dans ce cadre ne peuvent représenter les parties dans la procédure judiciaire qui s'ouvrira. On pourrait ainsi être tenté de croire que la double représentation dans la pratique du droit collaboratif ne nuit en rien aux intérêts des parties. Cependant, le risque que les parties fassent, sur suggestion de l'avocat qui les assiste, des concessions dont elles ne mesurent alors pas pleinement les conséquences n'est pas

moins important en droit collaboratif que dans les autres champs d'activité de l'avocat. Quelques années plus tard, l'enthousiasme suscité par la résolution extrajudiciaire du litige pourrait ainsi céder la place à l'amertume d'avoir accepté d'être assisté et conseillé par un avocat exerçant au sein de la même étude que celui de la partie adverse. Le client pourrait alors légitimement commencer à douter que son avocat a œuvré diligemment à la défense de ses seuls intérêts.

Or, compte tenu du rôle de l'avocat dans le processus collaboratif, ce risque suffit à considérer qu'en dépit des particularités de ce mode de résolution des litiges et de son caractère plus coopératif et consensuel, le consentement des parties ne permet pas de lever la prohibition de la double représentation dans le cadre de cette méthode de résolution extrajudiciaire des litiges.

## IV. De l'image de l'avocat dans l'opinion publique

Sur la base d'un tarif horaire de CHF 300.–, le coût d'un divorce collaboratif (sans intervenant tiers) est estimé à environ CHF 5000.– pour chaque époux<sup>44</sup>. Si chacun d'eux est assisté d'un avocat formé au droit collaboratif de la même étude et pour peu que l'avocat de l'un des époux soit le collaborateur de l'avocat (par hypothèse avocat-associé) de l'autre, les honoraires totaux, par quelque CHF 10000.–, tomberont dans la même escarcelle.

Lors d'un entretien retranscrit dans un article paru le 1.2.2018 dans le journal Le Temps<sup>45</sup>, Monsieur le Bâtonnier Grégoire Mangeat relevait que «l'image de l'avocat ne s'améliore pas», et le susnommé d'étayer: «L'avocat ne sera jamais adulé, parce que la mythologie de l'avocat nous associe au sang et à l'argent». Or, si le droit collaboratif éloigne certes l'avocat qui le pratique de l'image du sang, il n'affranchit nullement celui qui s'adonne à la double représentation de l'image de l'argent, tout à l'inverse. La double représentation dans le processus

collaboratif fait apparaître l’avocat comme un mercenaire prêt à sacrifier l’éthique sur l’autel du profit, ce qui n’aide assurément pas à restaurer l’image de la profession dans l’opinion publique.

Pour cette raison également, nous considérons que le droit collaboratif et la double représentation ne font pas bon ménage et sont un mariage à bannir, eu égard au devoir d’exemplarité de l’avocat.

## V. Conclusion

Conformément à ce que prévoit l’art. 5 al. 4 des Us & Coutumes de l’Ordre des avocats de Genève, l’avocat consulté en commun par les époux pour mettre en place un processus de droit collaboratif est tenu de leur demander de choisir lequel d’entre eux le mandatera et d’inviter l’autre à consulter un avocat formé au droit collaboratif pratiquant au sein d’une autre étude.

Comme le relèvent Chappuis/Gurtner, le partage d’un conseiller juridique avec sa partie adverse demeure, par essence, un mode de faire contre-nature<sup>46</sup>. On est même tenté d’ajouter que la tolérance d’une telle pratique serait nuisible à la profession d’avocat ainsi qu’à la réputation dont elle jouit dans l’opinion publique. Il est compréhensible que les clients qui consentiraient à la double représentation se sentent ensuite trahis et reprochent à l’avocat concerné de ne pas les avoir suffisamment mis en garde contre les risques de cette pratique s’il s’avère ultérieurement que celle-ci les a conduits à faire des concessions qui se révèlent lourdes de conséquences. Lorsqu’il consulte un avocat, le client s’attend légitimement à ce que celui-ci mette toute la diligence et tout le soin nécessaires à la défense de ses intérêts. L’interdiction de la double représentation et, plus largement, du conflit d’intérêts touche en réalité au cœur et à l’essence de la profession d’avocat, raison pour laquelle il est justifié de se montrer particulièrement rigoureux dans l’application de cette règle professionnelle fondamentale.

Ainsi et à la lumière des principes et dispositions légales rappelés dans la présente contribution, nous sommes d’avis que la pratique consistant pour des avocats formés au droit collaboratif et exerçant au sein de la même étude d’assister et de conseiller des parties opposées dans le même litige est contraire au droit et préjudiciable à l’image de la profession d’avocat.

---

1 < <https://www.droitcollaboratif.ch/fr/avocats> >, consulté le 2.8.2022.

2 Chappuis/Gurtner, La profession d’avocat, 2021, n. 573.

3 Imhoos Christophe, Le droit collaboratif (*Collaborative Law*): un nouvel outil dans la gestion amiable des différends, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, pp. 280 et 282.

4 Dupasquier Ulysse, Le financement d’une jeune société: environnement légal et rapports entre les acteurs du financement de jeunes sociétés anonymes, dans le cadre du financement par fonds étrangers et fonds propres, du financement participatif et des ICO, 2019, n. 1184.

5 Imhoos, op. cit., p. 285.

6 Dupasquier, op. cit., n. 1185 et les références citées sous notes infrapaginales 2367 et 2368.

7 Imhoos, op. cit., p. 283 s.

8 Imhoos, op. cit., p. 281.

9 >ATF 145 IV 218< consid. 2.1; parmi d’autres: arrêts du TF >2C\_898/2018< du 30.1.2019 consid. 5.2; >2C\_885/2010< du 22.2.2011 consid. 3.1.

10 >ATF 145 IV 218< consid. 2.2; [135 II 145](#) consid. 9.1; Bohnet/Martenet, Droit de la profession d’avocat, 2009, n. 1435; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 540; Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich, 2009, n. 895; Michel Valticos, in Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, n° 156 ad >art. 12 LLCA<; Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2<sup>e</sup> éd. 2017, n. 356.

11 Arrêt du TF >2C\_889/2008< du 21.7.2009 consid. 2.1; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 522; dans le même sens Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1119 et 1140.

- 12 >ATF 145 IV 218< consid. 2.1; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 523.
- 13 >ATF 145 IV 218< consid. 2.1; [141 IV 257](#) consid. 2.1; [135 II 145](#) consid. 9.1.
- 14 >ATF 134 II 108< consid. 3; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 524.
- 15 >ATF 134 II 108< consid. 3; [130 II 87](#) consid. 4.2; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 525.
- 16 >ATF 145 IV 218< consid. 2.1; arrêts du TF >2C\_898/2018< précité consid. 5.2; >2A.310/2006< du 21.11.2006 consid. 6.2.
- 17 >ATF 145 IV 218< consid. 2.1; [141 IV 257](#) consid. 2.1; [135 II 145](#) consid. 9.1; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 537; Alain Steullet, Un avocat commun pour divorcer?, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 2007, p. 192; Fellmann, op. cit., n. 373 s.
- 18 Arrêt du TF >2A.594/2004< du 28.10.2004 consid. 1.2.
- 19 Fellmann, op. cit., n. 386 s.
- 20 Voir l'Interprétation du mois de mars 2009 du Conseil de l'Ordre des règles déontologiques concernant la défense des intérêts des deux époux en cas de divorce ou de séparation (art. 11 et 12 CSD).
- 21 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 591; Steullet, op. cit., p. 199 s.
- 22 Steullet, op. cit., p. 195 ss.
- 23 Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1405 s.; Fellmann, op. cit., n. 385; Steullet, op. cit., p. 195; Valticos, op. cit., n° 173 ad >art. 12 LLCA<.
- 24 Fellmann, op. cit., n. 385; Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, 2001, p. 104 s.
- 25 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 596; dans le même sens Valticos, op. cit., n° 168 ad >art. 12 LLCA<; Franz Werro, Les conflits d'intérêts de l'avocat, in Droit suisse des avocats, 1998, p. 245.
- 26 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 594; Steullet, op. cit., p. 196; Testa, op. cit., p. 105; Valticos, op. cit., n° 168 ad >art. 12 LLCA<.
- 27 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 595.
- 28 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 594; Steullet, op. cit., p. 198; Testa, op. cit., p. 105; Valticos, op. cit., n° 168 ad >art. 12 LLCA<.
- 29 Imhoos, op. cit., p. 282.
- 30 Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1405 et 1408; Fellmann, op. cit., n. 395; Testa, op. cit., p. 109.
- 31 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 613; Schiller, op. cit., n. 808; Valticos, op. cit., n° 154 ad >art. 12 LLCA<.
- 32 >ATF 135 II 145< consid. 9.1; [134 II 108](#) consid. 3; arrêts du TF >2C\_885/2010< précité consid. 3.1; >1A.223/2002< du 18.3.2003 consid. 5.2.
- 33 Imhoos, op. cit., p. 283.
- 34 Imhoos, op. cit., p. 284.
- 35 Arrêts du TF >1B\_7/2009< du 16.3.2009 consid. 5.7, non publié aux >ATF 135 I 261<; >1P.227/2005< du 13.5.2005 consid. 3.1; >1A.223/2002< précité consid. 5.2; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 570; Fellmann, op. cit., n. 377; Testa, op. cit., p. 104; Werro, op. cit., p. 244.
- 36 Bohnet/Martenet, op. cit., n. 1403; Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 570; Fellmann, op. cit., n. 377 et 380; Steullet, op. cit., p. 192; Testa, op. cit., p. 106; Valticos, op. cit., n° 146 ad >art. 12 LLCA<; Werro, op. cit., p. 244.
- 37 Werro, op. cit., p. 244.
- 38 Fellmann, op. cit., n. 377; Schiller, op. cit., n. 825 ss.
- 39 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 575.
- 40 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 576; Testa, op. cit., p. 115; dans le même sens Werro, op. cit., p. 244.
- 41 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 577 et 579; Testa, op. cit., p. 115 s.; Valticos, op. cit., n° 154 s. ad >art. 12 LLCA<.
- 42 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 570.
- 43 Valticos, op. cit., n° 155 ad >art. 12 LLCA<.
- 44 Imhoos, op. cit., p. 287 et la référence citée sous note infrapaginale 18.
- 45 Fati Mansour, Les avocats genevois modernisent leur code moral, article paru dans le journal Le Temps du 1.2.2018, disponible sous <[www.letemps.ch/suisse/avocats-genevois-modernisent-code-moral](http://www.letemps.ch/suisse/avocats-genevois-modernisent-code-moral)>, consulté le 2.8.2022.
- 46 Chappuis/Gurtner, op. cit., n. 596.