

35 La négociation spontanée et la négociation raisonnée



Catherine BOURGUÈS-HABIF,
avocat en droit de la famille
et du patrimoine,
présidente de l'AFPDC



Anne Marion de CAYEUX,
avocat et médiateur en droit
de la famille et du patri-
moine,
vice-présidente de l'IDFP

Je négocie, tu négocies, nous négocions, ils négocient... La négociation a depuis longtemps quitté le seul monde diplomatique ou commercial, et le terme s'est un peu galvaudé. Parfois, la négociation est assimilée à de l'argumentation, voire à l'objet d'une médiation, croit-on.

1 - La **négociation** est un débat, un échange entre personnes ayant des intérêts divergents, visant à trouver un terrain d'entente par le biais d'une solution qui satisfasse les parties en présence, d'une façon plus ou moins équilibrée, mais mettant un terme à la dispute par des efforts réciproques. Il y a négociation dès lors que la situation implique des différends affichés ou larvés et que les forces en présence ont la volonté de parvenir à un accord.

L'**argumentation** est une technique oratoire qui a pour but de rallier l'autre à notre point de vue ou notre demande. La négociation commence quand l'argumentation a échoué.

La **médiation** implique l'intervention impartiale d'un tiers afin d'appréhender la situation en cours et de faire émerger une solution en vue de l'intérêt défini ensemble comme commun par les parties. Le médiateur est neutre, là où le négociateur représente une partie ou défend ses propres intérêts.

Le recours à la négociation est inéluctable dès lors qu'une divergence ne peut être tranchée par une autorité légitime, et qu'il faut mutuellement s'accepter parce qu'on ne peut pas demeurer dans une relation conflictuelle.

2 - Notre société se démocratise, chacun revendique l'épanouissement individuel, de nouveaux « j'ai droit à » s'inventent tous les jours. Il s'en suit une inflation de la négociation. Des chefs d'États aux jeunes enfants, tout le monde craint, refuse les décisions unilatérales ou imposées, tout le monde veut avoir la sensation d'avoir remporté quelque chose. La crise de l'Autorité, la remise en cause de la légitimité des décisions impératives a gagné la sphère politique, la sphère économique et la sphère privée.

La pratique de la négociation est devenue un moyen de vivre ensemble.

3 - La négociation est partout où est la relation. Nous sommes tous quotidiennement des négociateurs spontanés. Cette négociation spontanée, traditionnelle, instinctive est celle que nos parents, notre culture, notre environnement géographique, social, professionnel, notre ego ont imprimé en nous de façon réflexe. Elle dépend aussi de l'humeur du jour, du temps qu'il fait... autant de facteurs qui n'ont pas de lien avec l'objet de la négociation.

La négociation serait le moyen d'obtenir des autres ce que l'on désire.

4 - Les comportements spontanés de négociation donnent parfois lieu, sans que l'on s'en rende compte, à des manœuvres déloyales, qu'elles soient conscientes ou inconscientes. Opacité, effet de surprise, déstabilisation, exacerbation du rapport de

force, menaces, sous-entendus inquiétants, dénigrement, attaques blessantes...

5 - Dans ce système, il y a d'un côté des négociateurs souples, qui acceptent presque tout pour avoir la paix, pour se conformer à l'image qu'ils veulent donner de personnes respectueuses prêtes à faire des concessions... en ayant finalement la sensation de s'être fait avoir – et d'un autre côté des négociateurs durs, des cowboys, qui ne peuvent voir les choses que sous l'angle de l'affrontement, sur-argumentant leurs positions, cherchant à convaincre avec obstination pour gagner à tout prix, quitte à décrier l'autre partie.

Le plus souvent, le comportement du cowboy appelle un comportement miroir en réaction : il m'attaque, je l'attaque ! Je ne l'écoute plus, je ne cherche qu'à développer mon argumentaire, à lui montrer que c'est moi qui ai raison.

Cette manière de se satisfaire du binaire permet difficilement d'envisager des solutions vraiment satisfaisantes pour tous les protagonistes.

6 - Les protagonistes ne sont plus en capacité de s'écouter dans ce type de négociations, qui conduit nécessairement à une cristallisation des positions dans des antagonismes gonflés artificiellement au motif que si l'un a raison, l'autre à tort, et vice versa.

Le résultat est que plus de la moitié des accords, contrats, conventions obtenus par la négociation spontanée génère un épuisement, un mécontentement, un déplacement du conflit, une insatisfaction, voire un dysfonctionnement, dans les 2 ans de leur conclusion.

Nous ignorons généralement les conséquences des interactions que nous pouvons mettre en œuvre spontanément, en toute bonne foi. Car nous sommes focalisés sur l'urgence supposée de répondre à la demande de nos clients et sur le résultat à court terme : la solution matérialisée par l'accord, vite fait, bien mené.

Nous ne naissons pas bons négociateurs. Nous avons à le devenir par apprentissage de techniques.

7 - Nombre de manuels ont été édités dans les années 1980, permettant soit à des secteurs d'activités (la vente, le management...), soit à des groupes humains (les syndicats, la famille...), de mener à bien une négociation. La négociation est devenue un objet d'étude et de théorisation. C'est dans ce contexte qu'est paru aux États-Unis, en 1981, et en France en 1983, l'ouvrage de Fischer (avocat) et Ury (universitaire d'Harvard), « comment réussir une négociation ».

Ces auteurs ont mis en mots les préceptes issus du pragmatisme américain, de l'expérience et des recherches psychosociolo-

giques des 30 dernières années. Après avoir analysé les raisons des dysfonctionnements des négociations, ils se sont appliqués à mettre au point **une méthode de négociation fondée sur la recherche des intérêts, besoins, préoccupations, valeurs, moteurs** des parties et non plus sur leurs positions, leurs demandes primaires. En recherchant les **critères objectifs et les différentes options possibles**. « L'accord judicieux répond aux intérêts légitimes des parties ; dans la mesure du possible, il résout les conflits d'intérêts équitablement, il est durable, il tient compte des intérêts de la communauté »¹.

Cette méthode est celle de la négociation raisonnée.

8 - Elle appartient au groupe des négociations constructives. La négociation raisonnée se différencie des méthodes « dures » (négociation conflictuelle, passage en force) et des méthodes « douces ». Les négociateurs « durs » sont des adeptes de l'affrontement qui implique nécessairement qu'il y ait un vainqueur et un vaincu. Les négociateurs « doux » recherchent avant tout les accords à l'amiable, acceptent le consensus et, finalement, peuvent avoir la sensation de « s'être fait avoir ».

Au lieu de se conforter dans des oppositions, dans un comportement compétitif ou un comportement coopératif, Fischer et Ury proposent d'appréhender le conflit dans sa globalité, au lieu d'y aller par petites concessions (qui en plus sont censées être réciproques).

9 - **Quelques principes de la négociation raisonnée :**

1. Savoir que, quelle que soit la méthode, toute négociation dépend :

- de la représentation mentale que se font les protagonistes de la négociation ;
- des enjeux réciproques des acteurs (à ne pas confondre avec les objectifs à atteindre) ;
- de la considération de l'autre ;
- de la qualité de la communication entre les protagonistes lors de la négociation.

Une négociation, c'est 50 % de processus et 50 % de substance. Le travail de préparation d'une négociation est tout aussi important que le travail sur l'objet de la négociation.

10 - Or, on constate, le plus souvent, que, dans des négociations spontanées, les négociateurs ont préparé le fond du dossier, et peu ou pas le processus même de la négociation. Ils ne prennent pas en considération la relation, qui pourtant est déterminante. Ce qui a pour conséquence qu'au lieu d'avoir une vision globale de la négociation, ils avanceront par concessions, ce qui risque d'aboutir à une situation de blocage : l'une des parties ayant la sensation d'avoir abandonné, cédé tellement de points, pourra se raidir, voire se bloquer de manière inappropriée sur un sujet, qui semble pourtant mineur.

Dans le cadre de la négociation raisonnée, l'avocat aura préparé non seulement le fond du dossier, mais aussi le processus. Ainsi va-t-il avoir travaillé sur la recherche des besoins de son client, de ceux de l'autre partie, sur les critères objectifs de la situation (loi, jurisprudence, usage, tradition), et sur les options possibles.

11 - **Quelques exemples afin d'illustrer les comportements issus de la négociation spontanée et leurs conséquences :**

- rester figé sur la position du client (je veux, je ne veux pas...) ;
- faire des annonces extrêmes, se laisser des marges de manœuvres – annoncer une somme excessive, pour anticiper que l'on devra « céder » ou « faire un effort » dans le jeu des

contrepropositions successives – cela entraîne une perte de temps et surtout de crédibilité ;

- faire des concessions sans justification : cela augmente la volonté pour l'autre partie de vouloir vous faire céder davantage ;

- préparer « contre » l'autre partie : par la préparation des arguments, des points forts et leurs faiblesses, l'autre partie aura une préparation en miroir ;

- user de méthodes dégradant la relation et générant la perte de confiance :

- camoufler ses intérêts par peur de s'affaiblir,
- bluffer,
- dévaloriser l'objet de la négociation – le vendeur vend une cabane, quand l'acheteur achète un château,
- croire que celui qui s'exprime en premier est faible.

12 - **La négociation raisonnée se fonde sur les piliers suivants :**

- traiter séparément les questions de personnes et les problèmes ;

- rechercher les sous-jacents des positions : intérêts/besoins/préoccupations/valeurs/moteurs ;

- se fonder sur des critères objectifs ;

- imaginer des solutions procurant un bénéfice mutuel – les options ;

- séparer l'objet du conflit des personnes – la relation ;

- communiquer avec l'écoute active et la reformulation ;

- s'engager dans le processus ;

- rechercher la ME.SO.RE (Meilleure Solution de Rechange).

2. Traiter séparément les questions de personne et le problème

13 - Dans la négociation « spontanée », on confond trop souvent la personne et le conflit. Cela donne des résultats affligeants tant pour les négociateurs dits « durs » qui, obsédés par le fait d'atteindre leur objectif et de « gagner », n'hésitent pas à abîmer l'autre sans tenir compte des conséquences à court, moyen ou long terme. Les négociateurs « mous », au contraire, sont considérés comme des faibles qui cèdent parce que « la paix n'a pas de prix » : mais leur degré de frustration (et celui de leur client) sera à la mesure de leur ressentiment et parfois de leur vengeance. Les négociateurs sont des hommes, des femmes ; le différend porte donc à la fois sur des questions de fond que sur des relations humaines, y compris entre les conseils.

Afin de pouvoir réellement traiter le fond, il faut prendre en compte les relations humaines afin de pouvoir dissocier, autant que faire se peut, la personne et l'objet de la négociation. En négociation raisonnée, on cherchera à être **doux avec les personnes et fermes avec l'objet de la négociation**.

14 - Chaque personne a sa manière de :

- parler : tonalité de la voix, débit de la parole, vocabulaire...
- percevoir les choses : éducation, culture, croyances, valeurs...
- s'exposer : apparence physique, accoutrement, odeur, posture physique...

Et cela impacte la négociation.

Lors des négociations, les parties sont confrontées à trois obstacles liés uniquement à la relation humaine, et non au conflit :

- une mauvaise perception de la réalité de l'autre (voire absence de perception) : chacun a son cadre de référence constitué de ses valeurs, croyances, opinions, et ne comprend pas que l'autre a une vision différente des choses ;

- une mauvaise interprétation de ses propres émotions et des émotions de l'autre, quand ce n'est pas le déni de l'impact des émotions lors d'une négociation ;

1. L. Bellenger, *La négociation* : PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2017.

- une absence de méthodes de communication, qui engendre une incompréhension des discours.

- 15 - Pour dépasser ces obstacles, il sera nécessaire :
 - de prendre l'autre en considération, de se mettre à sa place, voire de « passer dans son camp »² ;
 - de comprendre l'impact des émotions de la personne, qu'il soit manifesté de façon verbale ou non verbale ;
 - de comprendre qu'une intention se manifeste sous la forme d'une action, laquelle est interprétée comme révélant une intention généralement différente de l'intention initiale.

16 - Les techniques de communication comme la reformulation, l'écoute active et la conscience des émotions permettent d'élargir la palette des modes de communication et ainsi de se faire comprendre et de comprendre le discours de l'autre. En se comprenant, les parties vont pouvoir accéder au différend.

3. Se centrer sur les intérêts et non les positions

17 - La négociation spontanée est une négociation sur positions. L'objectif que poursuit une partie constitue pour elle l'unique solution. Elle va donc développer les arguments permettant de justifier SA position et user de manipulations pour parvenir à son objectif.

Une position s'exprime par « je veux... ».

- 18 - Voici les caractéristiques de la négociation sur positions :
 - la demande initiale est élevée ;
 - la communication d'information est limitée ;
 - les négociateurs ont la certitude qu'il n'y a qu'une solution possible pour résoudre le conflit ;
 - ils ont la croyance qu'il faut nécessairement un gagnant et un perdant ;
 - ils se fondent sur des critères subjectifs ;
 - ils usent de techniques de manipulation pour découvrir la position de l'autre sans découvrir la leur ;
 - ils usent de rapports de force, communication conflictuelle, attaques personnelles, accusations, pressions ;
 - ils font des concessions minimales et sans justification qui amènent l'autre à en vouloir toujours plus.

19 - Ce jeu de confrontation, de rapport de force dans les relations humaines, ne permet pas d'explorer et d'appréhender les préoccupations réelles qui sous-tendent le conflit. Soit il n'y aura pas d'accord, soit l'accord trouvé sera issu de concessions et de frustrations. Il y aura au mieux un gagnant et un perdant, au pire deux perdants. Il n'y aura pas de satisfaction mutuelle, et le risque de voir ressurgir le conflit est important.

Ce type de négociation a généralement pour effet de détruire toute relation de confiance entre les parties pour l'avenir. Or, la plupart des gens qui ont été en conflit vont être appelés à se revoir, à retravailler ensemble, à vivre au sein d'une même famille, à exercer leur activité dans un même secteur : il est donc souhaitable de ne pas « insulter l'avenir ». D'où la nécessité de se centrer sur les intérêts des parties et non leurs positions.

2. Fischer et Ury, *Comment réussir une négociation*, préc.

Un intérêt s'exprime par « pourquoi je le veux... ».

20 - La définition des intérêts des personnes n'est pas aisée. Il s'agit, au-delà de la posture de départ, de comprendre et de mettre en lumière les ressorts secrets, les motivations profondes, les besoins, les « moteurs silencieux » qui sous-tendent et motivent la demande première.

Pour comprendre ce qu'il y a derrière les positions, poser des questions du type « pourquoi ? » permet d'identifier les intérêts, besoins, motivations, préoccupations, valeurs qui sont en jeu. Il est délicat pour les parties, pour soi, comme pour l'autre, de rechercher ce qui anime réellement leurs demandes.

Les positions peuvent sembler incompatibles et inciter au mieux à faire des « concessions », à « couper la poire en deux », à un marchandage long, épuisant et frustrant. Il existe pourtant sous les positions des intérêts communs et différents qui permettent de créer un espace de discussion et de trouver des solutions mutuellement acceptables.

Chercher le sous-jacent est une approche centrée sur la personne, pour comprendre ce qui lui pose problème et ce qui la motive, ce qui va l'ouvrir et permettre ainsi d'avancer vers des solutions dénouant le différend. On est au cœur du subjectif.

Les critères objectifs sont également présents dans la négociation pour pouvoir se référer à des critères communs et bâtir des solutions réalistes. En revanche, les « arguments » sont à bannir.

4. Un résumé des différences entre les deux types de négociation

NÉGOCIATION SPONTANÉE	NÉGOCIATION RAISONNÉE
Positions	Intérêts/Besoins/ Préoccupations/Valeur/ Moteur
Solutions	Options
Processus à risques	Processus ouverts
Dissimuler ses émotions	Exprimer et accueillir les émotions
Arguments	Critères objectifs
Méfiance	Confiance
Mélanger la personne et l'objet	Séparer la personne et l'objet
Rupture, menace	Engagement
Intérêts cachés	Le plus de transparence possible

Mots-Clés : ■

Procédure civile - MARD - Négociation