



Al Morgan

## Négociier des réclamations et des ordres de modification

par Al Morgan, P. Eng.

Revay et Associés limitée, Vancouver

### INTRODUCTION

Il n'existe pratiquement aucun aspect de la construction qui ne dépende directement de l'aptitude à la négociation des

professionnels du secteur — ingénieurs, architectes maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre ou sous-traitants. La négociation, qui n'est pas une exigence technique mais une exigence de survie, met en évidence le dilemme qui oppose le processus naturel de négociation concurrentielle et la maîtrise de méthodes connexes efficaces.

Malgré l'importance que revêt quotidiennement la négociation dans le secteur de la construction, certains problèmes courants ne cessent d'opposer les parties appelées à négocier des réclamations et des ordres de modification. Ces problèmes sont révélateurs du fait que, si toutes les négociations sont semblables, les problèmes sont généralement imputables à deux causes : soit 1) une connaissance insuffisante des techniques de négociation; soit 2) un manque général de connaissance de l'industrie. Il existe de nombreux cours et ouvrages sur l'art de négocier mais ces derniers ne tiennent pas spécifiquement compte de la dynamique propre au secteur de la construction ni du caractère spécifique des réclamations et des ordres de modification. Dans un article publié en 1992 dans le *Journal of Management in Engineering*, Michael Lee Smith a mis en lumière dix problèmes courants aux stades de la planification et de l'exécution du processus de négociation, soit :

- adopter dès le départ une attitude gagnant-perdant
- s'en tenir mordicus à un style de négociation unique
- faire des concessions au nom de la relation client
- marchander plutôt que négocier
- viser des objectifs ponctuels fixes plutôt qu'un éventail de valeurs
- mal cibler un objectif fixe
- mal définir ses priorités
- omettre de prévoir des concessions possibles

- tenter de négocier sans véritable autorité
- omettre de prendre des notes ou de récapituler.

Rares sont les professionnels de la construction qui s'attardent à ces problèmes d'envergure car ils ne mesurent l'importance des négociations relatives aux réclamations ou aux ordres de modification qu'en termes d'argent perçu ou de dépenses évitées. Cette attitude est fréquente dans l'industrie. Malheureusement, l'ampleur de la réussite ou de l'échec des négociations paraît souvent aléatoire et ne semble pas liée à la maîtrise des techniques de négociation les plus efficaces. La compréhension des processus, des styles et des caractéristiques exige en fait une combinaison de connaissances théoriques et pratiques. Bien qu'il ne se veuille pas une analyse exhaustive de la négociation, le présent exposé aborde certains des aspects les plus courants de la négociation des réclamations et des ordres de modification.

### LES MÉTHODES DE NÉGOCIATION

En matière de négociation, il n'existe pas de méthode « universelle ». C'est en fonction de leur expérience concrète particulière que les parties adoptent certaines méthodes ou approches. L'expérience antérieure conditionne les comportements. On apprend par tâtonnements et, en règle générale dans l'industrie, l'attitude repose sur une combinaison de raison et d'émotion — on gagne sur certains points et on perd sur d'autres. On peut dire que, dans une moindre mesure, les parties engagent le processus de négociation après avoir raisonnablement et délibérément soupesé les avantages proba-

Il nous fait grand plaisir de joindre au présent Bulletin Revay un tiré à part d'un article paru dans le *Toronto Construction News* du mois de juillet 2002. Cet article relate les principales réalisations de M. Stephen G. Revay, président de Revay et Associés limitée et le reconnaît comme « maître incontesté du règlement des conflits » dans l'industrie de la construction.

bles d'une solution négociée par rapport aux délais et aux frais rattachés à un procès.

Selon la théorie générale de la résolution de conflits, les parties à un différend contractuel retiennent une ou deux grandes méthodes de négociation, soit la négociation sur positions et la négociation à la satisfaction des parties. Voici les principales caractéristiques de la première méthode :<sup>1</sup>

- Les enjeux sont élevés et la motivation de l'emporter est grande.
- Les ressources (temps, argent, etc.) sont perçues comme limitées.
- La victoire d'une partie se traduit par une défaite pour l'autre.
- Les intérêts des parties ne sont pas interdépendants ou sont divergents.
- Les relations futures entre les parties sont moins prioritaires que des gains importants à court terme.
- Les principales parties sont assez puissantes pour détériorer la situation des autres en cas d'impasse des négociations.

Les négociations relatives à des réclamations et à des ordres de modification sont généralement du premier type (négociations sur positions). Les parties proposent comme solutions des options de règlement qui satisfont leurs intérêts particuliers. En règle générale, la position initiale des parties correspond à leurs attentes maximales.

Lorsque les parties se préoccupent davantage de leur intérêt stratégique plutôt que de la valeur spécifique de l'enjeu en cause, le processus prend généralement la forme d'une négociation à la satisfaction des parties. Dans ce contexte, ce qui importe n'est pas tant ce que l'on veut obtenir mais pourquoi on le veut. Ainsi, en général, le maître d'œuvre se préoccupera d'être payé, sans trop se soucier de savoir qui réglera la note; le maître de l'ouvrage attachera beaucoup plus d'importance aux raisons d'acquiescer la note — raisons qui entraînent souvent des répercussions politiques ou des conséquences sociales.

<sup>1</sup> Moore, Christopher.W., *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986

Conclure une entente dans un contexte de positions de négociation opposées exige souvent compromis et souplesse — ce qui ne signifie pas que les négociations ne donnent pas lieu à des confrontations et à des divergences. Les scénarios dépendent du style de chacun. Certains préfèrent aborder les conflits sereinement et discuter des points de divergence sur un ton raisonnable et avec un minimum de désagrément. D'autres, par contre, privilégient des affrontements qui génèrent embarras, crainte, morosité et/ou tracasseries chez les parties.

La tendance courante en matière de négociation consiste à privilégier l'approche « gagnant-gagnant », soit un modèle qui accorde plus d'importance à l'intérêt des parties qu'aux positions. L'approche « gagnant-perdant » ne semble pas très en vogue en général. C'est néanmoins le modèle dominant dans le secteur de la construction. Aussi le contexte des négociations entourant la plupart des réclamations et des ordres de modification est-il différent de celui qui caractérise la majorité des autres dimensions de la vie, y compris sur les plans social, politique et personnel.

Les conflits font partie intégrante de l'exécution des projets de construction, et les réclamations ou les divergences relatives à des ordres de modification sont généralement résolues dans le cadre de négociations face à face entre les parties. Bien que l'on souhaite et que l'on recherche des ententes mutuelles, la formule « gagnant-gagnant » doit dans la plupart des cas être envisagée comme une pure illusion. Il n'est pas rare qu'à l'issue de longues négociations, les parties éprouvent insatisfaction, désillusion, ressentiment et acrimonie. On confond trop souvent émotions et faits, et on est frustré par l'incapacité de conclure une entente satisfaisante. S'il est souhaitable de négocier dans l'optique de préserver la relation, cette approche est rarement appropriée lorsque les besoins financiers et la survie économique sont les véritables enjeux. Il est vrai que les négociations visant à préserver la relation ont des incidences à vie dans un contexte social ou politique. Cependant, la portée d'une décision d'affaires conclue dans un contexte de réclamations ou d'ordres de modification se limite généralement au cycle de vie d'un projet.

## LA COMMUNICATION

Comme dans la vie courante, la communication est un facteur déterminant dans les négociations entre les parties à un conflit du secteur de la construction. La nature et le dessein des communications sont les principaux facteurs qui motivent les échanges et, lors de négociations relatives à des réclamations ou à des ordres de modification, les communications entre les parties peuvent prendre trois formes distinctes, selon que les parties visent des objectifs apparentés ou opposés. Dans le premier cas, une partie tente de contrecarrer les efforts que l'autre déploie en vue de trouver un terrain d'en-

tente. Dans le deuxième scénario, les parties poursuivent des objectifs similaires et visent d'emblée un terrain d'entente. Le troisième cas est celui où les parties sont incapables d'engager des négociations objectives ou de trouver un terrain d'entente. Compte tenu de l'objectif visé, il peut être opportun pour une partie de délaissier l'entente négociée au profit d'une autre solution plus avantageuse lorsqu'elle estime que les limites pratiques du compromis ne servent pas ses intérêts.

Qu'elles visent le tandem maître d'œuvre/maître d'ouvrage, maître d'œuvre/sous-traitant ou maître d'œuvre/ingénieur, il ne peut y avoir de communication efficace que si les parties veulent bien échanger. En général dans le secteur de la construction, les parties qui négocient abordent les communications dans une optique essentiellement fermée où chacun est persuadé de détenir un argument gagnant et de pouvoir présenter une interprétation parfaitement défendable de son point de vue. On a tenté d'éviter l'adoption de positions aussi intransigeantes et polarisées en introduisant le concept de partenariat<sup>2</sup> dans la gestion des projets de construction. Bien que ce concept puisse favoriser des communications plus ouvertes, l'expérience tirée de nombreux projets a permis de constater que le partenariat seul n'est généralement pas un mécanisme de négociation suffisant lors de différends relatifs à des réclamations ou à des ordres de modification.

Sauf lorsque litiges et arbitrage dominent la stratégie, il y a toujours possibilité de négocier. On peut adopter une position de négociation très dure et très vigoureuse mais il importe d'abord de permettre à l'autre partie de s'engager dans le processus. Si d'entrée de jeu, l'autre partie se montre peu disposée à communiquer, l'élément le plus important des négociations pourrait être la recherche d'une façon « diplomatique » d'amorcer le processus de négociation plutôt que l'objet du différend.

## DES STYLES ET DES PROFILS

Différents styles ou approches marquent l'adoption, volontaire ou non, d'un style de négociation particulier. Il s'agit en l'occurrence d'une variable cruciale au stade de la préparation des négociations. Faisant référence à son propre profil psychologique, chaque partie évalue la stratégie qui lui semble la plus avantageuse ou se prépare à réagir de façon appropriée. Le négociateur peu expérimenté moyen n'accordera sans doute pas de valeur scientifique au profil et évaluera les comportements en fonction de l'expérience. Les participants à des négociations relatives à des réclamations ou à des ordres de modification ne sont pas des êtres d'exception et ils s'inscrivent généralement dans l'un des cinq grands profils ou styles<sup>3</sup> suivants :

- 1) compétiteurs
- 2) solutionneurs
- 3) adeptes du compromis
- 4) accommodateurs et
- 5) éviteurs de conflits.

Un style de négociation définit uniquement une orientation générale; il n'invalide pas un comportement contraire et ne garantit en rien que l'approche ne changera pas. Toute réaction peut évoluer compte tenu d'un aspect particulier de la réclamation ou d'un point particulier de la négociation.

Les négociateurs professionnels apprennent et comprennent en général les traits de personnalité de la population générale. Néanmoins, dans le secteur de la construction, il n'est pas courant d'exiger que les négociateurs suivent un cours sur l'indicateur de types psychologiques Myers-Briggs. L'expérience antérieure est importante et les styles de négociation se limitent généralement à l'observation des comportements et à la détermination du degré d'assertivité de l'autre partie. Cependant, l'art de négocier étant une compétence qui s'acquiert, il est possible de le parfaire par l'étude et la pratique; de même, une meilleure connaissance de la personnalité et des comportements accroît les probabilités de négociations fructueuses.

Malheureusement, il n'est pas rare que la procrastination prenne le pas sur le style, que l'on mette le processus de communication délibérément sous le boisseau pour dissimuler une piètre préparation et que l'on fasse volontairement en sorte de retarder la discussion. Ces méthodes se rattachent à l'école de pensée de ceux qui estiment que la frime et les stratagèmes sont des éléments essentiels de la négociation. En vérité, il est évident que l'on ne saurait substituer de telles manœuvres à une solide préparation et que des positions mal conçues, étayées, formulées et défendues ne favorisent en rien le dénouement des négociations. En fait, ce genre d'approche mine la crédibilité du négociateur. Pis encore, elle peut altérer les relations entre les parties et envenimer le différend, voire pousser les parties vers la filière judiciaire.

Même si on en parle peu, la façon la plus fructueuse de négocier des réclamations et des ordres de modification est de jouer franc jeu, d'être alerte et prudent et de prêter une oreille attentive. Ce style n'est pas celui des décisions fondées sur l'intuition ou des jugements personnels basés sur l'observation du langage corporel, l'analyse de l'écriture manuscrite ou la lecture des horoscopes quotidiens. La plupart des ingénieurs, comptables et architectes de projets sont des analystes<sup>4</sup> et, lorsqu'on négocie avec eux, il est utile de comprendre qu'ils recherchent exactitude et précision, qu'ils privilégient les faits et les données chiffrées en tant que critères décisionnels.

2 Owens, Stephen D. et Webster, Jr., Francis M., *Negotiating Skills for Project Managers*, chapitre 21 de *Field Guide to Project Management*, Van Nostrand Reinhold, 1998

3 Shell, G. Richard, *Bargaining for Advantage – Negotiation Strategies for Reasonable People*, Penguin, New York, 1999

4 Pinnell, Steven S., *How to get paid for construction changes*, McGraw-Hill, 1998

Des négociateurs adoptent parfois un style agressif ou une attitude d'affrontement. Ce style est typique des personnes autoritaires qui rejettent la communication et la coopération et qui utilisent tous les moyens pour rendre stérile le processus de négociation. On distingue également une variante de l'attitude d'affrontement, le style « passif agressif », dans lequel le négociateur cesse d'argumenter pour se retirer dans une communication en circuit fermé où position initiale et finale se confondent. Sans égard au style de négociation prédominant, il est probable que des divergences se manifestent et que des affrontements fassent partie de la dynamique.

## **LES NÉGOCIATIONS AU NIVEAU DES COLS BLEUS ET AU NIVEAU DES COLS BLANCS**

Dans un grand nombre de projets, les négociations sur le terrain sont un phénomène courant qui peut même déterminer la réussite ou l'échec financier futur du maître d'œuvre. Les négociations menées par des contremaîtres ou des directeurs de travaux sont généralement axées sur les résultats et sur la résolution ponctuelle des problèmes. Les représentants cols bleus ont généralement une connaissance plus approfondie des détails, et les participants recherchent des solutions et non des problèmes. Ainsi, ils ne tentent pas, à partir d'autres problèmes contractuels, budgétaires ou d'ordonnement, de prévoir des difficultés ou des impacts potentiels.

Les négociateurs cols bleus tendent généralement à relater les faits de façon simple et vivante. Ils font peu référence à des dispositions contractuelles et sont peu friands de jargon juridique. Ils sont plutôt enclins à exposer les problèmes sans trop s'appesantir sur les faits. De telles négociations sont souvent pour les jeunes architectes et ingénieurs une belle occasion de découvrir que des personnes de métier reconnues pour leurs qualités d'ouvriers sont également des négociateurs habiles et compétents.

La plupart des ordres de modification ne sont approuvés qu'au terme d'une série de phases de négociation. S'il se révèle impossible de conclure une entente ou de s'accorder sur des ordres de modification au niveau des cols bleus, les négociations passent au niveau des cols blancs, où la planification tactique peut changer. Il n'est pas rare que le négociateur col blanc ne comprenne pas le détail des problèmes et qu'il adopte rapidement une stratégie de négociation sur positions pouvant aussi bien donner lieu à une rupture des échanges qu'à un processus de discussion. Le maître d'œuvre qui ne dispose pas de documents ou de relevés de coûts rigoureux peut facilement être victime de ce type de négociations car ses rentrées de fonds peuvent vite devenir insuffisantes. Ces situations donnent parfois lieu à de graves erreurs de jugement, le

maître d'œuvre devant constater que ses coûts réels sont de plusieurs fois supérieurs à ceux qu'il a négociés à la hâte.

Le maître d'œuvre tend aussi, à son propre péril, à déposer rapidement des réclamations mal ficelées à la demande d'un maître d'ouvrage qui promet un règlement rapide ou allègue une date limite au-delà de laquelle il serait beaucoup plus difficile de négocier ou de s'entendre. Il est assez fréquent que le maître de l'ouvrage vise alors un chiffre final sans réellement se soucier de négocier, d'aplanir les divergences ou de faire avancer les discussions. Pis encore, il utilisera vraisemblablement contre le maître d'œuvre les documents que ce dernier a mal préparés lors des négociations qui suivront inévitablement l'achèvement du projet, à un moment où le maître d'œuvre se trouvera en pleine crise financière.

Lorsqu'un projet qui tire à sa fin donne encore lieu à des négociations par des cols blancs, c'est généralement que la direction est incapable de saisir l'importance de gérer les besoins financiers afférents au projet avec suffisamment de détail. Sous le prétexte d'une gestion responsable, les dirigeants qui se perçoivent comme les seuls solutionneurs viennent saper les efforts de négociation des cols bleus ainsi que les efforts initiaux des cols blancs.

## **LES NÉGOCIATIONS FONDÉES SUR LES FAITS OU SUR DES CRITÈRES OBJECTIFS**

La négociation est un processus qui ne peut donner de résultats satisfaisants sans une documentation et une analyse pertinentes des faits. On assiste souvent à des ruptures de négociations parce que les parties ignorent comment faire progresser la discussion à un niveau supérieur d'exploration des faits. Les parties doivent reconnaître que l'existence d'un conflit n'entraîne pas pour autant un arrêt des négociations. Pour les parties, une impasse dans les négociations peut également être une occasion de réexaminer la situation et de rechercher une autre voie d'entente.

Traditionnellement, les négociations relatives à des réclamations ou à des modifications comportent diverses activités de communication à différents stades du processus. Une des parties amorce le processus en présentant sa cause de façon à justifier sa position et à motiver sa demande de restitution ou de rémunération additionnelle. Dans la plupart des cas, la négociation initiale est suivie d'une phase d'échange de correspondance et de rencontres au cours de laquelle les parties discutent des détails du dossier et les précisent, puis évaluent les possibilités de convergence ou de compromis. Avant le stade de l'entente, les négociations traversent une ultime étape d'échanges où l'on fait des concessions et des compromis en prévision d'un règlement. Chaque négociation se démarque des autres par les faits qui en constituent l'objet, et une approche struc-

turée unique peut poser problème. C'est la teneur des négociations qui importe au premier chef, et même un négociateur relativement peu expérimenté peut se révéler fort efficace si sa préparation lui permet d'utiliser les faits pour marquer des points et/ou trouver des possibilités d'entente.

La plupart des gens soutiennent que l'arbitrage et les litiges ne sont pas une façon de régler des conflits. Le cas échéant, toutefois, on reconnaît que la procédure d'arbitrage ou de poursuite comporte diverses étapes qui peuvent se prêter à des négociations. Il y a d'abord la phase où l'on craint l'arbitrage ou le litige, puis le début des procédures, la préparation à la séance d'arbitrage ou à l'instance et, enfin, la période d'arbitrage ou l'instance à proprement parler. De nos jours, les contrats de construction comportent d'onéreuses clauses de transfert de risques qui ont pour effet de réduire les possibilités de négociations fructueuses entre les parties et qui mettent l'accent sur la communication au stade de l'arbitrage, du litige ou de la consultation juridique. Le finalité même de la négociation, qui consiste à promouvoir le règlement des différends avant le stade du litige ou de l'arbitrage, atteste qu'il y a lieu de se préparer à négocier tout comme on se prépare à un litige. On n'est jamais trop préparé ni trop informé. On dit couramment qu'il importe plus d'être bien préparé que d'avoir raison et que c'est en se préparant bien à négocier qu'on réduit les risques de litiges.

## **LA PRÉPARATION EN VUE DES NÉGOCIATIONS**

La planification de l'action et l'élaboration des objectifs des parties en matière de négociation débute par une prise de connaissance de leurs enjeux respectifs et des solutions qu'elles visent. En général, certains facteurs de base viennent spontanément à l'esprit lorsqu'on envisage de lancer le processus de négociation à proprement parler, notamment :

- 1) l'établissement d'un calendrier (quand commencer et par quoi)
- 2) les problèmes majeurs et les problèmes mineurs
- 3) la présentation de ses propres positions maximales et minimales
- 4) les prévisions relatives à la position maximale de l'autre partie
- 5) les hypothèses
- 6) la stratégie et
- 7) les techniques.

C'est un principe fondamental qu'au fur et à mesure du déroulement des négociations, les parties sont appelées à faire des concessions à tour de rôle. Au gré des échanges d'informations et de la présentation de faits, la dynamique des discussions passera d'offensive à défensive. Chacune des parties doit connaître ses propres lacunes et défaillances et admettre que chaque enjeu importe à l'autre partie. Même les meilleurs négociateurs doivent parfois se replier sur la défensive, d'où l'importance de pouvoir

assumer l'inconfort inhérent à ce genre de situation. Dans des cas extrêmes, il arrive qu'une partie soit réduite à des négociations de survie et à atténuer ses pertes plutôt que de réaliser un gain quelconque.<sup>5</sup>

Le nombre de participants est variable selon que la négociation porte sur des réclamations ou des ordres de modification. Dans ce dernier cas, une même personne, p. ex. le responsable des travaux ou le contremaître de chantier amorce le processus pour le maître d'œuvre et l'ingénieur ou l'architecte pour le maître de l'ouvrage. S'il s'agit plutôt d'une réclamation, le nombre de négociateurs dépend des enjeux et des sommes en cause mais, là encore, il est assez courant que le maître d'œuvre ait un seul négociateur. Si on fait appel à une équipe, le premier négociateur se chargera des communications et tiendra lieu de décideur principal. On désignera comme deuxième membre de l'équipe la personne qui connaît le mieux les circonstances et les faits réels associés au différend. Il suffit généralement de deux personnes par équipe. Il est néanmoins parfois opportun d'adjoindre un troisième membre ayant une solide connaissance des coûts, du calendrier d'exécution ou des questions juridiques. La présence d'un trop grand nombre de personnes à la table de négociation a simplement pour effet de différer les discussions jusqu'à ce que chacune des parties désigne un représentant et lui demande de rencontrer son vis-à-vis afin de régler les questions en instance.

Les communications écrites sont un élément essentiel du processus de négociation. La plupart des contrats de construction comportent des dispositions qui exigent spécifiquement la communication d'avis écrits lors de réclamations ou d'ordres de modification, et maîtres d'œuvre et d'ouvrage devraient reconnaître que les négociations débutent à ce stade. Lorsque les avis écrits ne font pas l'objet d'une exigence explicite, la correspondance devrait être tenue pour une façon importante de réserver des droits et de favoriser des échanges sur des points de négociation cruciaux entre les parties. La correspondance est un moyen pour elles de tenter d'expliquer leurs positions et leurs demandes. C'est aussi un élément clé de la préparation en vue des négociations face à face.

Outre les impératifs juridiques pouvant imposer aux parties une échéance pour les discussions, la plupart des pressions internes en matière d'échéances sont purement artificielles. Il arrive trop souvent que l'imposition de tels délais domine les négociations et que la rapidité d'exécution prenne le pas sur le bon jugement du négociateur. Tout facteur externe (comptable, banque, décisions d'approvisionnement, etc.) qui ne correspond pas à pas des intérêts réels est à exclure du processus de négociation. Pour peu qu'on l'utilise à bon

escient, le temps peut se révéler un atout précieux; il peut aussi être un facteur défavorable lorsqu'une des parties a pour stratégie de générer de la frustration.

## LES RENCONTRES ENTRE LES PARTIES

À un certain stade du processus, les parties sont appelées à se rencontrer. Il est intéressant d'observer que certaines parties sont disposées à engager la discussion sans véritable préparation et sont même empressées de le faire, alors que d'autres rechignent à entreprendre des discussions face à face sans une préparation préalable raisonnable.

Les rencontres sont une occasion pour les parties d'énoncer leurs positions et de soupeser la réaction de l'autre. Elles permettent en outre de réévaluer le bien-fondé de la cause et de prendre la mesure des principaux points de convergence et de divergence entre les parties. Des discussions ouvertes sur les méthodes d'analyse utilisées sont à intégrer au processus de négociation car les coûts et les échéanciers peuvent être des facteurs d'incertitude.

La possibilité pour les parties de se poser réciproquement des questions est aussi un élément important des rencontres. Les discussions face à face permettent aux parties de passer en revue des données, de comparer des valeurs quantitatives, d'établir des échéances et de vérifier des coûts. Ces échanges favorisent des discussions concrètes, des évaluations objectives et un dialogue civilisé.

Les rencontres permettent en outre aux parties d'expliquer comment elles sont parvenues à leurs positions respectives. La règle d'or numéro un des négociations est de porter attention au dit et au non-dit. Il n'y a pas de question idiote. L'information est la plus précieuse ressource dont on puisse disposer. En fait, plus on est renseigné, plus on est éclairé.

Si une écoute attentive est indispensable lors des négociations, le défaut de consigner rigoureusement la teneur des discussions en réduit grandement la portée utile. En effet, il est fréquent que, lors de discussions en colloque ou entre les séances de négociation, l'information écrite comporte des lacunes importantes, voire des contradictions par rapport aux propos que tiennent les participants lorsqu'ils tentent de récapituler verbalement les événements. Au bout du compte, la partie qui entreprend les discussions sans préparation voit sa position affaiblie car il faut alors tenir une deuxième ronde de correspondance afin de clarifier le fond du dossier plutôt que de progresser sur la voie de la négociation.

## LA NÉGOCIATION, UNE COMPÉTENCE PROFESSIONNELLE

Pour un maître d'œuvre, la négociation est une compétence professionnelle primordiale comportant une gestion constante des pertes ou des gains monétaires ainsi que le

<sup>5</sup> Gotbaum, Victor, *Negotiating in the Real World – Getting the Deal You Want*, Simon & Schuster, New York, 1999

maintien de relations continues avec des parties assujetties à des obligations légales.

Certains projets connaissent des ratés dès le départ. Dans un scénario typique, le maître d'œuvre établit plusieurs réclamations et ordres de modification. L'accumulation des modifications impayées et l'augmentation des coûts afférents à l'exécution des travaux prévus au contrat engendrent inévitablement une situation qui amène les parties à négocier rapidement un redressement du prix contractuel. Il est en général avantageux pour le maître de l'ouvrage de consentir au maître d'œuvre un paiement provisoire car, à ce stade, ce dernier ne connaît rien des modifications à venir ni de l'effet cumulatif que celles-ci auront sur les travaux prévus. Les maîtres d'œuvre devraient reconnaître que la négociation d'ententes provisoires favorise généralement les maîtres d'ouvrage et que certains d'entre eux ne se soucient guère de la *fair play*, leur unique intérêt étant de réduire les frais des travaux. À noter qu'une telle attitude machiavélique n'est pas exclusive aux négociations entre maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre; elle est également fréquente dans les relations entre maîtres d'œuvre et sous-traitants. Cela ne revient pas à dire qu'il faut rejeter les ententes hâtives mais plutôt qu'il faut exécuter toute entente avec rigueur et dans le dessein de satisfaire les parties.

S'il est indispensable de bien analyser les ordres de modification et les réclamations à partir des faits, la réalité des affaires doit aussi amener le maître d'œuvre à tenir compte d'autres aspects de la question. Il importe d'abord de déterminer qui détient l'argent et combien d'argent est détenu. Peu respectueux de l'éthique, certains maîtres d'œuvre conservent délibérément des sommes le plus longtemps possible, sachant que celles-ci peuvent servir de levier pour conclure des négociations contractuelles. Les qualités de négociateur sont particulièrement cruciales au bas de la chaîne de rémunération, c'est-à-dire pour les entrepreneurs et les sous-traitants, dont les qualités professionnelles ne sont guère respectées et qui doivent constamment se battre pour leur argent. Malheureusement, il sont également ceux dont on exige le plus sur le plan du travail, et ils tendent à ignorer le fait que négocier est un élément essentiel de leur réussite à long terme.

Il importe également de tenir compte de l'obligation qu'ont les parties de maintenir une relation d'affaires tout en assumant les frais et les délais afférents à la continuation du processus de règlement en cas d'arbitrage ou de litige. Des exigences contractuelles ou légales ou encore des règles de procédure peuvent amener les parties à suivre une filière arbitrale ou judiciaire parallèlement aux négociations; il est néanmoins indispensable que les parties reconnaissent que la voie juridique ne doit pas se substituer à la négociation.

L'intervention d'une tierce partie permet souvent de relancer des négociations suspendues ou interrompues. Des négociations assistées par un tiers, p. ex. un médiateur, ne peuvent remplacer le processus de négociation entre les parties; un arbitrage exécutoire, qui est une autre méthode de règlement possible, est néanmoins une forme possible de négociation assistée. Le médiateur doit veiller à ce que les négociations progressent de telle façon que les parties en viennent à conclure elles-mêmes une entente. Lorsque la recherche des faits s'avère un processus à sens unique, que les parties manifestent une attitude antagoniste ou que l'une d'elles refuse d'envisager les solutions de l'autre, la simple suggestion de faire appel à un médiateur permet parfois de dénouer l'impasse et de relancer les négociations. Lorsque le processus de médiation se poursuit entre les parties, la divulgation des faits contribue souvent à aplanir des différends avant le stade de l'interrogatoire préalable et de la poursuite.

Les principes de prudence et d'équité — et non les lois et les règlements — doivent généralement régir le processus de négociation<sup>6</sup>. On présume généralement que les parties qui négocient des réclamations et des ordres de modification tentent de conclure la meilleure entente possible et que personne n'a fait de fausses déclarations. Bien que puisse être répréhensible le fait de travestir à dessein un fait important, les demandes et les résultats nets ne sont pas des éléments essentiels d'une entente, chacune des parties ayant le loisir de rechercher une autre solution.

6 Nota.— Les lois en la matière varient d'un territoire à l'autre. Aux États-Unis, une attention particulière doit être portée à la False Claims Act relative aux contrats du gouvernement fédéral.

## NÉGOCIER : CERNER LE PROBLÈME ET ÉLABORER UNE SOLUTION

Le processus de négociation n'est pas une science physique dont les principes peuvent être vérifiés à répétition par des expériences scientifiques. La recherche a toutefois démontré que de solides aptitudes à la négociation peuvent s'acquérir en se familiarisant avec les principaux comportements propres à maximiser les perspectives de réussite à long terme. Bien qu'il n'y ait pas d'autorité suprême en ce qui a trait à la théorie et à l'explication des principes fondamentaux de la négociation, les milieux d'affaires s'entendent généralement sur les grands principes mis de l'avant par Fisher et Ury dans leur ouvrage *Getting to Yes*<sup>7</sup>. Ces principes sont les suivants :

- 1) Dissocier personnes et problème
- 2) Mettre l'accent sur les intérêts plutôt que sur les positions
- 3) Concevoir des possibilités de gains mutuels
- 4) Insister sur l'utilisation de critères objectifs.

Fisher et Ury estiment que le principal obstacle au processus de négociation réside dans l'habitude de négocier sur positions; ils proposent par ailleurs des solutions qu'ils jugent efficaces dans des contextes sociaux, politiques et d'affaires en général. Cette position est cependant contraire à la philosophie de négociation dominante dans le secteur de la construction. C'est peut-être pourquoi on y trouve des litiges aussi récurrents. La capacité de l'industrie de résoudre des problèmes à caractère juridique en substituant des stratégies de négociation plus axées sur les principes à sa tradition de négociation sur positions est une question qui demeure en suspens. Il s'en trouvera sans doute beaucoup au sein de l'industrie pour considérer une telle approche comme inacceptable.

Que l'issue soit gagnant-gagnant ou gagnant-perdant, sans égard aux différentes théories, une négociation réussie repose sur un effort authentique dès le départ et non sur des paris risqués. Ne dit-on pas qu'un piètre règlement négocié vaut mieux qu'une poursuite ?

7 Fisher, Roger et Ury, William, *Getting to YES*, Penguin, New York, 1991