DU BLOG IUSTORIA

Négocier à l'ombre de la loi : quatre types de négociation et la place qu'y tient le droit

> *Dans un litige, le droit est l'alternative à l'accord ; dans un contrat, une règle supplétive ; face à l'administration, la seule langue ; entre associés, une assurance. Sachez où vous êtes.*

MGR. JAN VYTŘÍSAL

4/11/2026 · 12 min de lecture

Mes clients me demandent souvent s'il vaut mieux « négocier ou plaider ». La question est mal posée. On négocie presque toujours, même en plein procès, et presque toujours à l'ombre du droit. La vraie différence est ailleurs : dans chaque type de négociation, le droit joue un rôle différent. Tantôt c'est l'alternative à laquelle vous comparez l'accord. Tantôt une règle supplétive, qui s'applique lorsque vous n'avez rien écrit. Face à l'administration, c'est la seule langue dans laquelle on puisse se parler, et entre associés ou entre parents, une assurance plutôt qu'une arme.

Si vous ne savez pas à quel type de négociation vous avez affaire, vous pouvez négocier à merveille, et pourtant sur le mauvais objet. J'ai vu des avocats plaider à la table de négociation comme dans un prétoire et faire capoter une opération, et des négociateurs faire l'impasse sur le droit et conclure un accord qui a volé en éclats au premier litige.

D'où vient « l'ombre du droit »

La notion vient d'un article de 1979 de Robert Mnookin et Lewis Kornhauser consacré au divorce. Les auteurs avaient constaté que l'immense majorité des couples qui divorcent s'entendent sur les enfants et sur les biens, et que le tribunal se contente d'homologuer l'accord. Le droit n'en détermine pas moins leur négociation : chacun négocie en tenant compte de ce que déciderait le tribunal à défaut d'accord. La loi et la jurisprudence leur distribuent les cartes.

L'idée vaut bien au-delà du divorce, et les auteurs eux-mêmes l'esquissent en conclusion pour d'autres domaines où l'on négocie sous la menace d'une décision. Seulement, l'ombre du droit ne tombe pas de la même façon sur toutes les tables. Je distingue quatre types de négociation.

1. Le litige : le droit comme alternative à l'accord

Dans un litige, le droit, c'est ce qui se passe si vous ne vous entendez pas. La théorie de la négociation l'appelle BATNA, la meilleure solution de rechange à un accord négocié. La notion a été popularisée par Roger Fisher et William Ury dans Getting to Yes, paru en 1981 et publié en français sous le titre Comment réussir une négociation. Dans un litige, votre BATNA, c'est le jugement. Non pas celui que vous souhaitez, mais celui auquel vous pouvez raisonnablement vous attendre.

L'erreur la plus fréquente que je constate chez mes clients : ils comparent l'offre de la partie adverse à ce que celle-ci leur doit. Ils devraient la comparer à ce que le procès leur rapportera réellement. Ce n'est pas du tout la même chose :

Poste	Exemple
Montant réclamé	1 000 000 CZK
Estimation des chances de succès	70 %
Résultat attendu avant frais	700 000 CZK
Risque de payer les frais de la partie adverse en cas d'échec	à déduire
Vos propres frais au-delà de ce que le tribunal vous allouera	à déduire
Deux à trois ans d'attente et le risque que le débiteur n'ait pas de quoi payer	à déduire

Le million sur le papier devient ainsi facilement cinq cent mille dans la réalité. Une offre de six cent mille, que le client avait d'abord rejetée comme « insultante », prend alors un autre visage. Comment faire ce calcul honnêtement, poste par poste, je l'explique dans l'article Le litige comme investissement.

Le droit ne sert donc pas ici d'argument pour savoir qui a raison. Il sert de barème de l'alternative. Et ce barème évolue au fil de la procédure : après la première audience, après l'expertise, après l'audition du témoin clé. Chacun de ces moments oblige les deux parties à recalculer ce que le procès leur rapportera, et c'est précisément autour d'eux que se concluent la plupart des accords. La tactique procédurale repose elle aussi là-dessus : une action introduite au bon moment est un argument plus crédible que la lettre la mieux tournée, parce qu'elle montre que vous disposez réellement d'une alternative à l'accord et que vous êtes prêt à vous en servir. Notre guide sur l'accord de dernière minute (en tchèque) explique ce que le moment choisi pour transiger implique, dans la procédure tchèque, pour les frais de justice et les frais de procédure.

Dans un litige, vous ne négociez pas sur la question de savoir qui a raison, mais sur le prix de l'incertitude. Si vous savez le calculer plus précisément que la partie adverse, vous avez l'avantage à la table, même avec un dossier plus faible.

2. Le contrat : le droit comme règle supplétive

Pour un contrat, aucun tribunal ne se profile à l'horizon, et l'ombre du droit tombe pourtant. Le Code civil tchèque est en grande partie supplétif : les parties peuvent convenir de droits et d'obligations qui dérogent à la loi, sauf si la loi l'interdit expressément, et pour autant que la stipulation ne porte atteinte ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, ni aux règles relatives à l'état des personnes (article 1, alinéa 2, du Code civil). Ce que les parties ne règlent pas, la loi le règle à leur place. Le droit fonctionne donc ici comme une règle supplétive, le point de départ de la négociation.

En pratique, il en découle une question que je me pose pour chaque clause d'un projet : *qu'est-ce qui s'applique si nous rayons cela du contrat ?* La réponse montre souvent que la stipulation sur laquelle les parties se disputent depuis une heure n'a aucune importance, parce que la loi aboutirait au même résultat. Ailleurs, elle montre au

contraire qu'une phrase anodine bouleverse de fond en comble la répartition des risques, parce qu'elle écarte une règle légale sur laquelle l'autre partie comptait.

C'est là que naît un avantage informationnel dont on parle peu. La partie qui connaît les règles supplétives sait à qui profite le silence du contrat, et dans quelle mesure. Elle peut donc céder là où céder ne coûte rien, et l'échanger contre ce qui lui importe. La partie qui ignore ces règles paie pour des concessions qui lui étaient acquises gratuitement et ne voit pas celles qui lui coûteront de l'argent. Les clauses les plus coûteuses que j'aie vues au fil des années n'étaient pas les clauses disputées. C'étaient celles auxquelles personne n'avait prêté attention ; l'article Cinq clauses contractuelles que personne ne lit en décrit cinq.

La médaille a son revers : les règles impératives ne se négocient pas. Une stipulation que la loi interdit est en règle générale nulle, quel que soit l'enthousiasme avec lequel les parties s'y accordent. Le temps passé à négocier ce qu'un tribunal ne reconnaîtra de toute façon pas est du temps perdu, et pire : il donne un faux sentiment de sécurité.

3. Administration et police : le résultat ne se marchande pas, le chemin si

C'est face à la puissance publique que les clients se trompent le plus. L'administration fiscale, le service de l'urbanisme, la police ou le procureur ne sont pas une partie adverse avec laquelle on peut couper la poire en deux. Le fonctionnaire n'a aucun intérêt à votre argent. Son intérêt, c'est le dossier : sa décision doit résister au contrôle de l'autorité supérieure et à celui du juge. L'impôt né en vertu de la loi ne se négocie pas.

Ce qui se négocie, en revanche, c'est le chemin vers le résultat. Sur demande du contribuable, l'administration fiscale peut accorder un report de paiement de l'impôt ou un paiement échelonné, si les conditions légales sont remplies (article 156 du Code de procédure fiscale tchèque). Une autorité peut prolonger un délai ou tenir compte d'une pièce que vous lui fournissez avant qu'elle ne statue. La procédure pénale tchèque connaît l'accord sur la culpabilité et la peine (*dohoda o vině a trestu*) entre le procureur et la personne poursuivie (article 175a du Code de procédure pénale tchèque), mais lui aussi s'inscrit dans les limites fixées par la loi.

Face à l'administration, c'est donc la règle inverse de celle de la table des négociations commerciales qui s'applique : la meilleure position de négociation revient à celui qui offre au fonctionnaire une solution que son dossier peut porter. Un écrit qui indique précisément en vertu de quelle disposition l'autorité peut statuer en votre faveur, et quelles pièces le démontrent, fait le travail du fonctionnaire à sa place. Les menaces, les appels à la décence et les plaintes auprès de son supérieur produisent exactement l'inverse : le fonctionnaire se raidit, car il ne s'agit plus seulement de l'affaire, mais aussi de savoir si sa propre manière de procéder tiendra.

> **LE CŒUR DU SUJET**
>
> Avec l'administration, on négocie avec un article de loi et une pièce. Votre interlocuteur n'est pas le fonctionnaire, mais son dossier.

4. Associés et parents : le droit comme assurance

Le quatrième type est le plus difficile. Il s'agit de négociations entre des personnes qui devront continuer à s'entendre après l'accord : des associés qui continuent à diriger la société, des parents qui élèvent ensemble leurs enfants, des voisins, une famille face à une succession. La théorie des jeux parle de jeu répété. Chaque coup que vous jouez aujourd'hui, l'autre s'en souviendra au tour suivant.

Ici, le droit n'a pas vocation à être une arme. Si vous apportez à la négociation avec votre associé un article de loi comme premier argument, vous pouvez gagner la bataille et perdre la société. C'est pourquoi le droit sert surtout ici à deux choses.

La première est la limite : ce que les parties ne peuvent pas régler entre elles, ou ce qui ne vaut pas sans le juge. C'est avec les enfants mineurs qu'on le voit le plus nettement. Les parents peuvent s'entendre seuls sur la garde et la pension alimentaire, et le tribunal ne tranche que s'ils n'y parviennent pas. Mais le tribunal ne prononce pas le divorce d'époux ayant un enfant mineur tant qu'il n'a pas statué sur la situation de l'enfant (article 755, alinéa 3, du Code civil), et il peut à cette occasion homologuer l'accord des parents (article 906, alinéa 2, et article 919, alinéa 4). L'exécution forcée en matière de garde et de relations personnelles avec l'enfant ne peut se fonder que sur une décision de justice ou sur un accord homologué par le tribunal (articles 501 et 502 de la loi tchèque sur les procédures judiciaires spéciales). Les parents qui se sont mis d'accord « entre eux » ont donc un accord valable, mais le jour où l'un d'eux ne le respecte pas, ils n'ont en main rien qui puisse être exécuté directement.

La seconde est l'assurance pour le jour où la relation cessera de fonctionner. Un accord qu'on ne peut pas faire exécuter n'est qu'un vœu pieux. Une transaction judiciaire homologuée par le tribunal a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée (article 99, alinéa 3, du Code de procédure civile tchèque) et permet de passer directement à l'exécution forcée, sans nouveau procès. Sans procès, deux voies mènent à un accord exécutoire : une transaction que le tribunal homologue dans une procédure de conciliation avant même toute action (*smírčí řízení*, articles 67 à 69 du Code de procédure civile), par exemple après une médiation réussie, ou un acte notarié comportant le consentement à l'exécution forcée (*notářský zápis se svolením k vykonatelnosti*). Depuis 2013, l'acte dressé par un huissier de justice (*exekutorský zápis*) ne confère plus la force exécutoire. Je rédige donc un accord de manière que personne n'ait jamais à le faire exécuter, et en même temps de manière que ce soit possible en cas de besoin. Comment se séparer d'un associé sans détruire la société, je l'analyse dans l'article Partenariat commercial : comment se séparer et, en détail, dans notre guide sur la séparation des associés (en tchèque).

Synthèse : les quatre types en un tableau

Type de négociation	Rôle du droit	Ce qui se négocie vraiment	Erreur typique
Litige	Alternative à l'accord (le jugement)	Le prix de l'incertitude	Comparer l'offre à la prétention plutôt qu'à l'issue réaliste du procès
Contrat	Règle supplétive et garde-fous	Les dérogations à la loi	Se disputer sur ce que la loi réglerait de la même façon, et négliger ce qui l'écarte
Administration, police	Seule langue de la négociation	La procédure, les délais et les pièces	Négocier un résultat que fixe la loi
Associés, parents	Assurance et limite	La vie commune à venir	Brandir un article de loi comme premier argument ; conclure un accord qu'on ne peut pas faire exécuter

Comment concilier droit et négociation

De la pratique, je retiens cinq règles qui valent pour tous les types.

L'analyse d'abord, la tactique ensuite. Tant que vous ne savez pas comment l'affaire se terminerait sans accord, vous ne savez pas ce que vaut un accord. L'analyse juridique n'est pas un prélude à la négociation, elle en est le fondement. Sans elle, vous négociez à l'aveugle.

Sachez dans quel type vous êtes, et guettez le moment où il change. Les types se chevauchent et se muent l'un en l'autre. Une opération peut dégénérer en litige, et une discussion avec l'administration fiscale en procédure pénale. Avec le type change aussi le rôle du droit, et avec lui toute la tactique.

Un acte de procédure est une information, pas une punition. Une action en justice, une mesure provisoire (*předběžné opatření*) ou une plainte pénale adresse à la partie adverse un message sur ce que vous êtes prêt à faire. Choisissez-les en fonction du message que vous voulez envoyer, non de votre humeur du moment. Pourquoi le tempo appartient à celui pour qui le temps travaille, je l'ai expliqué dans un article distinct.

Rédigez l'accord pour qu'il résiste au tribunal. Une prestation claire, des échéances, une forme exécutoire et une clause sur les frais. Si une procédure judiciaire se termine par une transaction, personne n'a droit au remboursement des frais selon l'issue du litige, sauf si vous en convenez autrement dans la transaction. Une seule phrase manquante peut ainsi coûter des dizaines de milliers de couronnes.

Partez du principe que chaque mot peut finir au dossier. La procédure civile tchèque ne connaît aucune protection générale de ce qui a été dit lors de pourparlers transactionnels. Le médiateur est tenu au secret, pas la partie adverse. Ce que vous avez dit à la table peut réapparaître dans le prochain mémoire. Les phrases qu'il ne faut donc jamais prononcer à la table de négociation, je les ai résumées dans l'article On vous enregistre.

Vous êtes à la veille d'une négociation et ne savez pas ce que vaut réellement votre alternative à l'accord ? Nous calculons l'issue qu'aurait l'affaire sans accord et préparons une stratégie de négociation qui en découle. Nous menons les litiges et leur règlement dans le cadre de notre pratique contentieuse. Écrivez-nous.

Conclusion

À la table de négociation, un bon avocat ne parle pas sans cesse d'articles de loi. Mais il les a apportés avec lui et sait où ils se logent dans la négociation : dans le litige, dans le prix de l'alternative ; dans le contrat, dans les règles supplétives ; face à l'administration, dans chaque phrase de l'écrit ; entre associés, dans la forme d'un accord qu'il ne faudra, espérons-le, jamais faire exécuter. C'est pourquoi la négociation et le droit ne se laissent pas séparer. L'analyse du droit détermine sur quoi l'on négocie et avec quelle alternative, et la négociation décide quelle part de ce que le droit lui offre le client obtient réellement.

Sources

- Mnookin, R. H., Kornhauser, L. : Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. The Yale Law Journal, 1979, vol. 88, n° 5, p. 950–997.
- Fisher, R., Ury, W. : Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In. Boston : Houghton Mifflin, 1981. En français : Comment réussir une négociation. Paris : Seuil, 1982.
- Loi n° 89/2012 Rec., Code civil, article 1, alinéa 2.
- Loi n° 89/2012 Rec., Code civil, article 755, alinéa 3, article 906, alinéa 2, et article 919, alinéa 4 (dans sa rédaction issue de la loi n° 268/2025 Rec.).
- Loi n° 99/1963 Rec., Code de procédure civile, articles 67 à 69, article 99 et article 146, alinéa 1, lettre a).
- Loi n° 292/2013 Rec., relative aux procédures judiciaires spéciales, articles 501 et 502.
- Loi n° 202/2012 Rec., relative à la médiation, article 9.
- Loi n° 396/2012 Rec. (suppression de la force exécutoire de l'acte d'huissier à compter du 1er janvier 2013).
- Loi n° 358/1992 Rec., Code notarial, articles 71a et 71b.
- Loi n° 280/2009 Rec., Code de procédure fiscale, article 156.
- Loi n° 141/1961 Rec., Code de procédure pénale, article 175a.

Cet article décrit l'état de la législation au 4 novembre 2026. Il a un caractère informatif et ne remplace pas un conseil juridique adapté à votre situation ; la démarche à suivre dans une affaire donnée dépend toujours de ses circonstances.

Négocier à l'ombre de la loi : quatre types de négociation et la place qu'y tient le droit

Mgr. Jan Vytřísal · Publié 4/11/2026

https://www.iustoria.cz/fr/blog/negocier-a-l-ombre-de-la-loi/

Ce texte est protégé par le droit d'auteur. Le partage du document entier et non modifié est bienvenu ; la reprise d'extraits dans d'autres textes suppose la citation de la source. © IUSTORIA, advokátní kancelář, s.r.o.