

Modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives

Suite aux révélations concernant Harvey Weinstein, qui en ont engendré beaucoup d'autres concernant d'autres prédateurs sexuels qui prospèrent à Hollywood et dans d'autres industries créatives, il est d'actualité de peser le pour et le contre des modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives. Alors que Weinstein et les autres hauts gradés de l'industrie de l'entertainment avaient l'habitude de balayer les accusations que leur comportement était celui d'un prédateur sexuel, en signant des protocoles transactionnels et de non-divulgation avec leurs victimes, le coeur de la question est que les projets créatifs s'appuient lourdement sur la goodwill, la réputation et les autres actifs intangibles détenus par le personnel above-the-line (le

réalisateur, les producteurs, le scénariste du film) et les acteurs sélectionnés pour tourner le film. Dans ce contexte, comment profiter des modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives, tout en retenant et en respectant des valeurs éthiques et humaines? Comment concilier le besoin de confidentialité et de protection de la goodwill et de la réputation des meilleurs créatifs, avec les obligations morales visant à s'assurer qu'ils sont mis face à leurs responsabilités vis-à-vis de leurs actions?



1. Que sont les modes alternatifs de résolution des conflits? Pourquoi les utiliser?

Les modes alternatifs de résolution des conflits sont l'utilisation de méthodes telles que la médiation, la négociation ou l'arbitrage pour résoudre un conflit sans recourir au contentieux.

Les modes alternatifs de résolution des conflits sont censés être moins onéreux et plus rapides que le contentieux, surtout dans les pays anglo-saxons où rien que les frais de procédure devant les juridictions représentent une portion substantielle du budget financier à allouer, afin de résoudre un conflit via le contentieux.

Les modes alternatifs de résolution des conflits, à la différence des procédures judiciaires contradictoires, sont souvent collaboratifs et s'efforcent de permettre aux parties de comprendre les positions de chacune d'entre elles. Les modes alternatifs de résolution des conflits permettent en outre aux parties d'aboutir à des solutions plus créatives, qu'une juridiction ne pourrait pas légalement imposer.

Les modes alternatifs de résolution des conflits offrent en outre une option de confidentialité et de secret aux parties impliquées dans le conflit, alors qu'une telle option n'existe que très rarement devant les juridictions, surtout dans les procédures judiciaires de *common law* qui s'appuient lourdement sur une '*discovery*' large, chère et virtuellement sans limite comme, par exemple, aux Etats-Unis et, dans une moindre mesure, en Angleterre & au pays de Galles. Au lieu de vider les ressources financières et la compétitivité de votre business créatif, qui pourraient tout à fait être investies dans la création d'emploi ou la Recherche & le Développement par exemple, pourquoi ne pas utiliser les modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives, pour limiter l'impact de réputation et les conséquences financières de la résolution d'un conflit?

Pour ces raisons susmentionnées, les modes alternatifs de résolution des conflits sont de plus en plus utilisés dans des conflits qui, sinon, aboutiraient à un contentieux – y compris les conflits de droit du travail à haute visibilité, les recours en divorce et les plaintes pour blessures corporelles.

Alors que l'arbitrage est un processus similaire à un procès informel où une partie tierce impartiale – l'arbitre – entend chaque versant d'un litige puis rend une décision; la médiation est un processus collaboratif où un médiateur travaille avec les parties pour aboutir à une solution qui est mutuellement acceptable.

2. Dans quel contexte devriez-vous utiliser les

modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives?

Les modes alternatifs de résolution des conflits sont en train de devenir de plus en plus à la mode, notamment parce que les juridictions poussent fortement les parties antagonistes à la résolution de leur litige hors des tribunaux, afin de désengorger le rôle des juridictions. De nombreuses parties prenantes judiciaires se plaignent de ce que les rôles des juridictions soient lourdement et excessivement congestionnés, résultant d'un enregistrement non-discriminant, et d'un traitement tardif, des affaires devant les cours de justice.

Alors que les juridictions anglaises ont rendu obligatoires pour les parties – depuis longtemps – de s'être conformées à la *Practice Direction on Pre-Action Conduct* et aux autres 14 protocoles de pré-action appropriés, avant de commencer des poursuites judiciaires, ainsi que d'avoir envisager les modes alternatifs de résolution des conflits (tel que la médiation) tant avant de commencer le contentieux que durant le processus de contentieux, les juridictions françaises se sont enfin alignées avec cette tendance, après l'entrée en vigueur des nouveaux articles 56 et 58 du Code de procédure civile: à partir du 1 avril 2015, enfin, il est devenu obligatoire pour les parties de tenter de résoudre leurs contentieux hors les tribunaux, par le biais des modes alternatifs de résolution des conflits, et pour tout demandeur de prouver et justifier qu'il a tenté de résoudre le litige hors les tribunaux avec le défendeur, avant le contentieux.

Cette réforme reste toutefois un vœu pieux en France, étant donné que les articles 56 et 58 du Code de procédure civile ne définissent même pas clairement la notion de « tenter de résoudre le litige hors les tribunaux ». Pourtant, j'ai noté que mes confrères avocats français tendent à envoyer une ou deux lettres de mise en demeure avant d'entamer des procédures judiciaires devant une juridiction française, au lieu de tout simplement signifier une assignation sans warning, à des défendeurs impuissants, à qui des dizaines de millions d'Euros sont demandés par des demandeurs français agressifs et par leurs conseils; comme cela était le cas usuel et totalement acceptable en France avant cette réforme!

Même les barreaux français promeuvent la médiation et le « droit collaboratif » à leurs membres avocats, en les amadouant pour s'inscrire comme avocats formés aux modes alternatifs de résolution des conflits.

Le secteur des arts du spectacle est notoire pour le nombre considérable d'affaires judiciaires en cours, et de conflits, qu'il génère, et pour la grande variété de litiges qui surgissent dans cette industrie, comme tout lecteur des principaux journaux spécialisés (*Daily Variety* et *The Hollywood Reporter*) peut en témoigner. Par conséquent, les industries créatives sont un sol particulièrement fertile pour les modes alternatifs de résolution des conflits, et ces modes alternatifs de résolution des conflits ont crû de manière importante ces 15 à 20 dernières années, dans ces secteurs industriels.

3. Qui peut fournir des modes alternatifs de résolution des conflits?

Alors que les deux modes alternatifs de résolution des conflits sont l'arbitrage et la médiation, la négociation est presque toujours tentée, en premier lieu, pour résoudre un litige. C'est le mode alternatif prééminent de résolution des conflits. La négociation permet aux parties de se rencontrer pour tenter de résoudre le litige. L'avantage principal de ce mode alternatif de résolution des conflits est qu'il permet aux parties elles-mêmes de contrôler le processus et la solution.

Comme expliqué ci-dessous en section 4, les négociations doivent être conduites par des avocats en France, étant donné que la règle de confidentialité des correspondances ne s'applique pas à toute communication échangée entre des parties contractuelles, avant le début d'une procédure judiciaire. Seulement les communications échangées entre avocats sont protégées par la confidentialité et le secret.

En Angleterre & au pays de Galles, toutefois, les parties peuvent conduire des négociations directement, en utilisant la règle du 'without prejudice' expliquée ci-dessous en section 4, ce qui évitera que toutes tentatives de, et communications relatives à une, négociation, soient utilisées devant les tribunaux par l'autre partie.

La médiation est aussi une alternative informelle au contentieux. Les médiateurs sont des individus formés à la négociation, qui rassemblent des parties en opposition et tentent de trouver une solution, ou un accord, que les deux parties acceptent ou rejettent. L'institution de médiation dominante en Angleterre est le Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR).

L'arbitrage est une version simplifiée d'un procès impliquant une 'discovery' limitée et des règles de preuve simplifiées. L'arbitrage est géré, et décidé,

par une commission arbitrale. Pour composer une telle commission, soit les deux parties s'accordent sur le choix d'un arbitre, soit chaque partie sélectionne un arbitre, et les deux arbitres en élisent un troisième.

De ce fait, plusieurs institutions se sont formées au fil des ans, spécialisées dans la fourniture de services, et de panels, de médiation et/ou d'arbitrage pour les industries créatives, et donc de modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives, telles que:

- l'American Arbitration Association (AAA), qui a un panel relatif à l'entertainment, et son détachement international The International Centre for Dispute Resolution (ICDR) ;
- le Judicial Arbitration & Mediation Service (JAMS), aux Etats-Unis et JAMS International à Londres, Royaume Uni;
- l'Independent Film & Television Alliance (IFTA) à Los Angeles, USA, qui a un panel d'arbitres dans toutes les régions du monde;
- le Mediation and Expedited Arbitration for Films and Media Centre, pour la résolution de tous types de litiges dans les secteurs de l'entertainment et des médias, ainsi que les Domain name dispute resolution services, exclusivement pour la résolution des litiges liés à des noms de domaine, de l'Organisme Mondial de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à Genève, en Suisse;
- la London Court of International Arbitration (LCIA), à Londres, au Royaume Uni, qui est l'institution d'arbitrage principale en Angleterre;
- les Trademark mediation services de l'International Trademark Association (INTA), exclusivement pour la résolution des litiges liés aux marques, et
- les dispute resolution services de la très connue International Chamber of Commerce (ICC), qui a des bureaux partout dans le monde.

L'associée fondatrice et gérante de notre cabinet d'avocats Crefovi, Annabelle Gauberti, est membre du panel d'arbitres et médiateurs de la plupart des institutions susmentionnées.

Même des plateformes en ligne ont été créées, dans les 5 dernières années, pour offrir des modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives, à des personnes physiques et des entreprises qui veulent éviter les complications, coûts et longues durée des contentieux à

part entière, telles qu'eJust et Mediaconf. Il est un peu tôt pour évaluer si de telles plateformes en ligne fournissent des modes alternatifs de résolution des conflits adéquats aux membres du public et à la communauté des affaires, mais le fait qu'elles aient même réussi à obtenir des financements de la part des investisseurs tech et fonds de capital-investissement, est éloquent.

4. Comment les modes alternatifs de résolution des conflits vous permettent de résoudre votre litige?

Les modes alternatifs de résolution des conflits font référence à tout moyen de résoudre des conflits hors des tribunaux. Cela inclut en particulier l'évaluation préalable des arbitres, la négociation, la conciliation, la médiation ou l'arbitrage.

Alors que les modes alternatifs de résolution des conflits les plus communs sont l'arbitrage et la médiation, la négociation est presque toujours tentée en premier pour résoudre un litige. C'est le mode principal de résolution des conflits.

En Angleterre & au Pays de Galles, tout processus de négociation pré-contentieux devrait être conduit sur une base '*without prejudice*', conformément au principe '*without prejudice*'. En effet, si une communication entre les parties à la négociation a été effectuée conformément au '*without prejudice privilege*', elle ne sera pas admise devant les juridictions et, par conséquent, ne pourra être utilisée comme preuve contre les intérêts de la partie qui l'a faite. La raison derrière cette forme de '*legal privilege*' est qu'il est dans l'intérêt du public que les parties en litige puissent négocier librement, sans peur d'un futur préjudice devant la juridiction, avec à l'esprit l'idée de résoudre leurs conflits quand cela est possible.

Et ça marche! De nombreuses parties en Angleterre & au Pays de Galles, qui ont des conflits, en particulier des litiges liés au droit du travail qui peuvent être conduits devant le robuste ACAS dispute resolution process, profitent du '*without prejudice privilege*' durant ces négociations, et transigent leurs réclamations hors les tribunaux.

Même la médiation, qui, à son niveau le plus basique, n'est rien moins qu'une négociation conduite par un intermédiaire (le médiateur) pour résoudre les affaires commerciales et même, parfois, des conflits familiaux, bénéficie de

la règle du '*without prejudice privilege*' en Angleterre & au Pays de Galles, selon laquelle aucune communication effectuée durant la procédure de médiation ne peut être divulguée sans l'accord exprès des parties à la médiation, au cas où aucune transaction n'est atteinte. Si elle est fructueuse, la médiation se conclut par un protocole transactionnel, qui est exécutoire comme un contrat.

En France, une telle règle '*without prejudice*' ne s'applique pas, ce qui signifie que toute tentative de négocier et transiger hors des tribunaux doit être effectuée par des avocats à la cour représentant les parties, étant donné que seules les discussions et négociations des avocats sont protégées et confidentielles, et par conséquent non divulguables devant les juridictions. Ceci est un grave obstacle à l'émergence de modes alternatifs de résolution des conflits robustes, en France, puisque les parties ne peuvent pas négocier confidentiellement un protocole transactionnel hors les tribunaux sans avocats, et puisque toutes leurs communications directes pourront être divulguées devant les juridictions. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont donc un processus onéreux en France parce que les parties doivent mandater des avocats dès le départ, surtout si les parties mettent dans la balance le fait que le contentieux est gratuit en France, c'est à dire que les coûts de procédure sont proches de 0 Euro. Pourquoi, dans ce cas, s'enquiquiner avec l'ADR quand le fait d'assigner en justice résulterait dans un processus moins cher pour obtenir une décision exécutoire à 100 pour cent?

Bien sûr, tant le Royaume Uni que la France doit se conformer à la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation dans des affaires civiles et commerciales (la directive de Médiation européenne), dont l'objectif est de faciliter l'accès aux modes alternatifs de résolution des conflits et la promotion d'une solution amiable aux conflits transfrontaliers, par la promotion de l'utilisation de la médiation ainsi que d'une relation équilibrée entre la médiation et les procédures judiciaires. Elle tend à protéger la confidentialité du processus de médiation et assure que, quand les parties s'engagent dans une médiation, tout délai de prescription soit suspendu.

En Angleterre, les procédures d'arbitrage sont régies (loi du lieu de l'arbitrage, ou « *law of the seat* ») par l'Arbitration Act 1996, qui s'applique tant aux arbitrages domestiques, qu'internationaux. En France, les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile, gouvernent les procédures d'arbitrage. A part l'Arbitration Act en Angleterre, et les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile en France, et en fonction de ce qu'il est

indiqué dans la convention d'arbitrage des parties, des règles d'arbitrage institutionnel variées peuvent s'appliquer, telles que les règles du LCIA, de l'ICC, etc. En Angleterre et en France, pratiquement tous les problèmes commerciaux sont arbitrables, alors que les conflits relatifs au droit pénal et au droit de la famille sont en général considérés comme non-arbitrables.

Les parties peuvent décider d'utiliser l'arbitrage quand elles s'en sont mises d'accord par contrat, en particulier dans la clause de résolution des conflits (« clause compromissoire ») stipulée dans un tel accord. S'il y a un aspect international à la transaction commerciale, en fonction du type de conflits qui sont susceptibles de se déclencher entre les parties, en fonction de qui les parties sont, ainsi que la confidentialité de leurs engagements et obligations contractuels, les parties peuvent choisir d'insérer une clause compromissoire qui choisit l'arbitrage, et non le contentieux, dans leur contrat. Une telle clause compromissoire rendrait invalide la compétence des juridictions, à l'exception des cas d'appui et/ou de supervision des procédures d'arbitrage, et définirait le siège de tout futur arbitrage. En outre, la clause compromissoire stipulerait clairement la loi applicable, les règles procédures applicables (LCIA, IFTA, ICC, etc.), le nombre d'arbitres, la langue de l'arbitrage et si des droits d'appel existaient.

Si et quand un litige apparaît, la partie mécontente se référerait tout simplement à la clause compromissoire stipulée au contrat et, probablement après quelques tentatives de négocier et résoudre ce conflit directement avec l'autre partie, enregistrerait un arbitrage avec l'institution d'arbitrage désignée dans la clause compromissoire, conformément aux règles d'arbitrage institutionnel désignés.

L'arbitrage est très souvent utilisé dans le secteur de l'entertainment et les industries créatives, où la réputation et la goodwill sont parmi les actifs les plus importants détenus par l'entreprise créative, et donc où la confidentialité et le secret sont essentiels.

Par exemple, le 19 juillet 2017, une commission d'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI a tranché sur une affaire en litige entre les éditeurs musicaux major et indépendants BMG, Peermusic, Sony/ATV/EMI Music Publishing, Universal Music Publishing et Warner/Chappell Music, ainsi que AEDEM (plus de 200 petits et moyens éditeurs musicaux espagnols), d'un côté, et la société de collecte de droits musicaux espagnole SGAE, de l'autre côté. L'arbitrage, ayant une nature contraignante pour les parties, ciblait principalement deux demandes:

- le partage inéquitable d'argent reçu par SGAE de la part d'un utilisateur de musique et redistribué par SGAE à cet utilisateur de cette musique, en tant que titulaire de droit d'auteur, et
- la distribution inappropriée de redevances pour l'utilisation de musique inaudible ou à peine audible.

Après avoir étudié les éléments de preuve, les trois arbitres de l'OMPI ont décidé:

- qu'afin d'avoir une distribution équitable, pour que les autres auteurs ne souffrent aucun préjudice, des changements aux règles de distribution de la SGAE s'imposaient. Ces règles devaient être modifiées afin que les diffuseurs ne reçoivent, via leurs sociétés d'édition, pour les utilisations musicales faites durant des heures matinales (lorsqu'il n'y a pas d'audience significative ou de valeur commerciale) une fourchette comprise entre 10 pour cent et 20 pour cent du total collecté auprès d'eux, respectivement. Les arbitres ont unanimement décidé que cela devait être 15 pour cent. Après application de cette limite, de nouvelles règles de distribution devraient en outre refléter une valeur équitable pour la diffusion musicale durant d'autres plages horaires de programmation ;
- que les distributions devaient cesser pour la musique inaudible, telle qu'identifiée par la technologie utilisée par la société espagnole BMAT ou une autre société utilisant une technologie similaire, et
- que la SGAE devait disperser son 'fond à peine audible', tel que décrit dans la sentence arbitrale écrite.

5. Les décisions de modes alternatifs de résolution des conflits sont-elles exécutoires? Quelle est leur nature contraignante?

Une sentence arbitrale est finale et obligatoire, mais une partie peut faire appel auprès des juridictions sur un point de droit, à moins que la convention d'arbitrage n'exclut cette option. La permission de la juridiction pour faire appel de la sentence est sévèrement restreinte, conformément à l'Arbitration Act 1996 en Angleterre & au Pays de Galles, et conformément aux articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile en France (et peut même être exclue par la convention d'arbitrage) et l'appelant doit démontrer, entre

autre, que la détermination de la question de droit va substantiellement affecter les droits des parties et qu'il est juste et approprié que la juridiction prenne position sur cette question/ce différend.

La sentence arbitrale peut aussi être remise en cause sur la base de ce que le tribunal arbitral n'avait pas la compétence pour statuer sur le conflit, ou qu'il y avait une sérieuse irrégularité affectant ce tribunal arbitral, la procédure ou la sentence (par exemple, le tribunal a omis de tenir compte de toutes les questions juridiques qui lui ont été posées, ou était partial).

La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères 1958 (la « Convention de New York »), à laquelle tant l'Angleterre que la France sont parties, permet l'exécution de tant les sentences arbitrales anglaises, que des sentences arbitrales françaises, parmi les 157 pays membres de la Convention de New York, en conformité avec les propres lois de ces pays. De même, l'Arbitration Act prévoit l'exécution en Angleterre d'une sentence arbitrale rendue dans un autre état membre de la Convention de New York. La méthode la plus commune d'une telle exécution est d'obtenir le jugement d'une juridiction anglaise concernant la sentence (et ce jugement peut ensuite être exécuté en tant que jugement de la juridiction anglaise). De l'autre côté de la Manche, les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile prévoient l'exécution en France d'une sentence arbitrale rendue dans un autre état membre de la Convention de New York, après la publication d'une ordonnance d'*exequatur* par le Tribunal de grande instance compétent en France.

Les protocoles transactionnels qui sont conclus durant une médiation ou une négociation sont des contrats et sont donc exécutoires si les conditions de validité d'un contrat sont remplies. Si, par extraordinaire, une des parties violait les stipulations du protocole transactionnel, les autres parties seraient dans leur bon droit d'entamer une action judiciaire en rupture des obligations contractuelles, devant les tribunaux.

Pour conclure, les modes alternatifs de résolution des conflits dans les industries créatives sont tout particulièrement adaptés aux spécificités et besoins du secteur de l'entertainment et des industries créatives en général, où les transactions transfrontalières sont la norme et où le besoin de protéger la réputation et la goodwill des partenaires commerciaux contractants est crucial. Alors que la légitimité des clauses de non-divulgaration et de confidentialité énoncées dans les protocoles transactionnels existants est chaudement débattue en ce moment, en relation avec les cas de harcèlement sexuel soulevés contre Harvey Weinstein, Bob

Weinstein, Brett Ratner, Dustin Hoffman, James Toback, Kevin Spacey, Louis C.K., etc., il est judicieux de stipuler des clauses compromissaires bien rédigées dans les accords de production de films, et les contrats de travail, conclus avec l'équipe du film 'above-the-line', ainsi qu'avec les acteurs sélectionnés pour le tournage du film, afin d'éviter tout désastre promotionnel et marketing, tel que celui subi par Lionsgate lors de la sortie du film « Exposed », un thriller ayant pour vedette Keanu Reeves, après que le réalisateur de ce film ait demandé à ce que son nom soit retiré de l'affiche.

Votre nom (obligatoire)

Votre email (obligatoire)

Sujet

Votre message

Envoyer

J N7 K