# Le placement de produit

L'article suivant

## *Le placement de produit dans les productions audiovisuelles en Europe*

de Christina Angelopoulos
est un extrait de la publication IRIS *plus* 2010-3 "Le placement de produit".
Cette publication est disponible sous forme imprimée
auprès de l'Observatoire européen de l'audiovisuel.
Pour plus d'informations et pour commander, veuillez cliquer sur :
Série IRIS *plus*
Publication IRIS *plus* 2010-3

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

# Avant-propos

Certains domaines de réglementation sont tellement complexes qu'ils semblent donner bien du fil à retordre aux législateurs. Le placement de produit appartient visiblement à cette catégorie. Le point de départ de l'harmonisation des législations nationales recherchée par la nouvelle Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) était déjà complexe : malgré le cadre juridique fixé par la Directive Télévision sans frontières en matière de placement de produit, il subsistait l'impression tenace (et apparemment justifiée) que cette pratique n'était ni tout à fait interdite, ni franchement autorisée par le droit de l'Union européenne. Elle était ainsi permise en Autriche, mais proscrite en Allemagne, et n'était de toute façon pas absente des écrans de l'UE, certains films américains comportant du placement de produit.

Fondamentalement, le législateur de l'UE n'oppose que la règle suivante à cette situation :

> Le placement de produit est en principe interdit. Toutefois, il est admissible par dérogation dans une liste de cas de figure (exception faite des émissions pour enfants et de certains produits), à moins qu'un Etat membre en décide autrement. Cette autorisation n'est valable que si les conditions listées dans la directive sont respectées – mais les Etats membres peuvent toutefois déroger à ces conditions dans certaines circonstances, d'une part, et ont également le droit de les renforcer, d'autre part.

L'article 1, paragraphe 1 (m) de la Directive SMAV définit le placement de produit comme « toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie ».

Selon le considérant 91 de la Directive SMAV, la fourniture gratuite de biens ou de services, tels que des accessoires de production ou des prix, ne devrait être considérée comme un placement de produit que lorsque les biens ou services concernés ont une valeur non négligeable. La directive ne se prononce pas quant à la méthode permettant d'évaluer cette valeur.

Le placement de produit présente d'autres difficultés : il n'est pas évident à identifier d'emblée comme tel et est difficile à distinguer de certaines formes de publicité autorisées (comme le parrainage) ou interdites (comme la publicité clandestine).

Si le placement de produit est une question explosive, c'est aussi parce que son potentiel économique supposé suscite beaucoup d'espoirs – potentiel qui pourrait peser lourd, par ailleurs, dans le cadre de la consolidation du marché européen. En ces temps de budgets serrés, la seule perspective de disposer de sources de revenus supplémentaires grâce au placement de produit éveille les convoitises et les rivalités. Au centre du débat, une fois de plus, on trouve les rapports entre radiodiffuseurs privés et publics : qui pourra profiter du placement de produit ? Qui en est dépendant ?

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

Mais la complexité du dossier tient aussi au fait que l'intérêt des annonceurs pour le marché des consommateurs ne coïncide pas nécessairement avec les intérêts des consommateurs en matière de publicité « loyale » et certainement pas avec leurs attentes en termes de contenus audiovisuels. La responsabilité et l'indépendance éditoriales des fournisseurs de services de médias audiovisuels sont ici en jeu, tout comme la protection des consommateurs mais aussi de la culture contre l'influence des appétits commerciaux. Toutes ces craintes ont été avancées contre le placement de produit, ce qui a conduit à un grand écart législatif malaisé, qui transparaît dans la construction étonnamment acrobatique des règles relatives au placement de produit.

Face à un sujet aussi complexe (et à une réglementation européenne qui l'est tout autant), il nous a semblé nécessaire de publier le présent IRIS *plus* afin de rapprocher la réglementation relative au placement de produit de sa pratique naissante. Dans cette optique, l'article principal étudie de façon approfondie l'historique de la nouvelle réglementation de l'UE, sa logique, son objectif, son contenu ainsi que l'interprétation qui peut en être donnée. A titre d'illustration et dans la mesure du possible, les premiers exemples de transposition des dispositions de l'UE dans les droits nationaux sont évoqués. On trouvera d'autres exemples concrets de mesures nationales – mais aussi, déjà, de leur application – dans la section « articles ». Le ZOOM complète ce panorama des connaissances disponibles à ce jour (début avril 2010) en matière de règles relatives au placement de produit dans les Etats membres de l'UE, en présentant des explications concrètes sur les mesures de transposition nationales et leur mise en œuvre.

On signalera pour finir que ce point de la Directive SMAV était connu jusqu'à une date récente sous l'intitulé « article 3 (g) ». Dans la nouvelle numérotation présentée dans le Journal officiel de l'Union européenne (L 95/1) du 15 avril 2010 à l'occasion de la publication de la directive dans sa version codifiée (Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels), il a été rebaptisé « article 11 ». Sa formulation reste inchangée. Dans la section « Reportages » du présent IRIS *plus*, il s'ensuit qu'il est parfois fait référence à l'ancienne numérotation (article 11 ainsi que d'autres dispositions). La Directive 2010/13/UE est consultable sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:FR:PDF

Pour aborder la lecture de la Directive SMAV, nous vous recommandons de vous munir du présent IRIS *plus* en guise de boussole !

Strasbourg, avril 2010

**Susanne Nikoltchev**
*Coordinatrice IRIS*
*Responsable du département Informations juridiques*
*Observatoire européen de l'audiovisuel*

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

IRIS plus
2010-3 p.7

# Le placement de produit dans les productions audiovisuelles en Europe

*Christina Angelopoulos*
*Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam*

## I. Introduction

Dans notre monde envahi de marques, nous sommes habitués à voir un peu partout des logos, ainsi que les produits et les services qu'ils représentent[1]. Mais cette réalité ne peut pas toujours être traduite librement dans les œuvres audiovisuelles. Le fait d'inclure ou de citer des produits et services de marque dans les programmes diffusés par des services de médias audiovisuels peut bien sûr constituer une décision éditoriale prise en toute indépendance par le concepteur du programme, et elle n'est alors pas soumise à réglementation. Toutefois, lorsque c'est un annonceur qui demande cette insertion ou cette citation en vue d'obtenir une certaine visibilité ou d'assurer la promotion du produit ou du service concerné, la situation mérite l'attention du législateur. Alors que le placement de produit occupe déjà une place de premier plan dans les productions étrangères diffusées sur le territoire européen, que les perceptions culturelles évoluent à l'unisson avec un public aujourd'hui averti, et que l'on recherche de nouvelles méthodes afin de capter l'intérêt des annonceurs pour les services de médias audiovisuels et relancer les revenus publicitaires, la réglementation en matière de placement de produit a fait son entrée dans le cadre réglementaire européen en 2007, avec la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV)[2]. En abordant cette question, la Commission européenne souhaitait à l'origine la libéraliser complètement, en vue de renforcer la position du secteur audiovisuel européen vis-à-vis des industries étrangères[3]. Cette approche a toutefois rencontré une vive opposition de la part des Etats membres et des différentes parties prenantes[4]. La version définitive de la directive témoigne d'une recherche de compromis qui prend la forme d'une interdiction symbolique modérée par des exceptions à caractère libéral instaurées dans le cadre d'un système d'harmonisation optionnelle.

Pourquoi une telle prudence ? Malgré ses avantages, comme on le verra plus loin, le placement de produit au sein d'œuvres audiovisuelles est profondément contradictoire avec certains tabous européens bien ancrés qui s'opposent au « mélange des genres » entre contenu éditorial et contenu commercial.

1) N. Klein, *No Logo*, Flamingo, London 2000, p. 107.
2) Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle [2007] Journal officiel de l'Union européenne L 332/27 (ci-après « Directive Services de médias audiovisuels » ou « Directive SMAV »). On notera que dans le présent IRIS *plus*, la numérotation des articles à laquelle il est fait référence correspond à la version codifiée de la Directive SMAV.
3) M. Robichon-Lindenkamp, « De Richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclameregels voor traditionele televisie en meer regels voor on-demand diensten », Mediaforum 2008-2, 73.
4) O. Castendyk, "Article 3g AVMSD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 911.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

## II. L'interdiction implicite : le placement de produit dans la Directive TSF

Selon l'article 10, paragraphe 1, de l'ancienne Directive TSF[5], « la publicité télévisée et le télé-achat doivent être aisément identifiables comme tels et être nettement distingués du reste du programme par des moyens optiques et/ou acoustiques ». Cette disposition consacre deux principes étroitement liés, qui forment le fondement de l'acquis communautaire en matière de radiodiffusion télévisée et codifient le concept fondamental de publicité loyale, tel qu'il avait été précédemment élaboré dans la tradition juridique de divers Etats membres[6] : la séparation entre contenu éditorial et contenu commercial, et l'identification des messages publicitaires. Trois raisons au moins sous-tendent ces deux principes : ils visent d'abord à protéger les téléspectateurs contre les messages publicitaires déguisés ; ils permettent ensuite de préserver l'indépendance éditoriale et l'intégrité des radiodiffuseurs[7] ; enfin, ils protègent la neutralité des médias et garantissent l'existence d'une concurrence loyale entre les différentes marques[8]. La protection du droit d'auteur a également été avancée comme un argument supplémentaire en faveur de ces deux principes[9].

Les principes de séparation et d'identification sont à l'origine de l'interdiction de la publicité clandestine posée par l'article 10, paragraphe 4, de la Directive TSF[10]. Cette notion est définie comme suit dans l'article premier, point c, de cette même directive : « la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation ». Dans sa communication interprétative consacrée à la Directive TSF[11] et publiée en 2004, la Commission analyse en détail la définition de la publicité clandestine et en conclut que « pour constituer une publicité clandestine, la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités du prestataire ou producteur dans les programmes doit satisfaire à trois conditions cumulatives » : elle doit (a) être faite de façon intentionnelle par le radiodiffuseur ; (b) être faite dans un but publicitaire ; et (c) risquer d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation. L'article premier, point d, précise : « une présentation est considérée intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite contre rémunération ou paiement similaire ».

Par définition, le placement de produit consiste à faire figurer des produits ou des services de marque dans un contenu éditorial. Il présuppose donc, de par sa nature même, un brouillage des frontières entre contenu éditorial et publicité, tout en flirtant dangereusement avec la définition de la publicité clandestine. De ce fait, l'apparition de cette nouvelle technique publicitaire soulève la question de sa compatibilité avec les paragraphes 1 et 4 de l'article 10 de la Directive TSF. Il est révélateur que la consultation publiée sur le sujet par l'Ofcom britannique en 2005 décrive le pla-

5) Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (version consolidée) [1989] Journal officiel de l'Union européenne L 298/23 (ci-après « Directive Télévision sans frontières » ou « Directive TSF »).
6) Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble COM(84) 300, mai 1984, disponible en anglais sur : http://tinyurl.com/ygt9zke
7) O. Schaar, „Article 10 TWFD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 511.
8) Certains ont soutenu que l'objectif de concurrence loyale lié au principe de séparation n'était pas pertinent dans le domaine du placement de produit, car toutes les entreprises concurrentes ont les mêmes possibilités de se prêter à cette pratique, cf. ci-dessus, note 4, p. 909. Cette question ne sera toutefois pas analysée dans le présent IRIS *plus*, pas plus que celle du droit d'auteur.
9) I. Katsirea, *Public Broadcasting and European Law – A Comparative Examination of Public Service Obligations in Six Member States*, 2008, Kluwer Law International, p. 5 et T. McGonagle, « Compte rendu des ateliers » dans « Services de médias audiovisuels sans frontières - La mise en œuvre du cadre réglementaire », IRIS *Spécial*, septembre 2006, Observatoire européen de l'audiovisuel.
10) Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la Directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée, 28 avril 2004, Journal officiel de l'Union européenne 2004/C 102/02.
11) *Ibid*.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

cement de produit comme « un exemple de technique qui enfreint le principe de séparation[12] ». La consultation actuellement menée en Irlande sur le projet de code relatif aux communications commerciales audiovisuelles assimile le placement de produit à un « type de publicité clandestine[13] ».

Le statut juridique du placement de produit reste ambigu dans la Directive TSF[14]. Le texte n'en fait pas mention expressément et laisse le soin aux commentateurs, juges et législateurs de chaque pays de tirer leurs propres conclusions. Dans la plupart des Etats membres, le placement de produit n'était jusqu'alors pas réglementé, ou était interdit en vertu des dispositions relatives à la publicité clandestine[15]. Dans sa communication interprétative de 2004, s'appuyant sur ses conclusions quant aux trois conditions cumulatives devant être satisfaites pour qu'une publicité soit jugée clandestine, la Commission a jugé que la directive n'interdisait nullement les références verbales ou visuelles à des marchandises, des services, des marques ou noms de producteurs ou prestataires de services particuliers. Le placement de produit ne pouvait être qualifié de « clandestin » que s'il était utilisé à dessein par le radiodiffuseur dans un but publicitaire et s'il risquait d'induire le public en erreur[16]. Pour établir cette position, la communication corrèle l'importance d'autoriser certaines formes de placement de produit avec la liberté d'expression, dans un monde où les articles de marque occupent une place prépondérante.

Cette interprétation est en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), laquelle a été amenée à préciser la portée du principe de séparation. Dans l'affaire *Bacardi*[17], la Cour a ainsi jugé en 2004 que la « publicité indirecte », c'est-à-dire la publicité qui ne peut être cantonnée aux intervalles dédiés entre les programmes télévisés, mais apparaît aux côtés du contenu éditorial d'une façon inévitable et imprévue sans que le radiodiffuseur ait à cet égard une quelconque influence[18], ne pouvait pas être considérée comme une « publicité télévisée » au sens de la directive[19] et ne pouvait donc être soumise au principe de séparation. La CJCE ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de ce type de publicité indirecte avec les dispositions relatives à la publicité clandestine, la juridiction nationale de renvoi n'ayant pas posé de question préjudicielle sur ce point. Il faut en conclure que cette question dépend de l'ensemble de conditions définissant la notion de publicité clandestine. On peut soutenir que le placement de produit constitue une forme de « publicité télévisée indirecte » au sens de l'arrêt *Bacardi*. Dès lors, si le radiodiffuseur ne peut éviter le placement de produit dans un programme, on jugera qu'il n'y a pas infraction au principe de séparation et la légalité de cette pratique sera établie exclusivement sur la base des règles relatives à la publicité clandestine[20].

Cette interprétation a eu pour principale conséquence d'offrir une marge de manœuvre aux radiodiffuseurs pour diffuser des programmes produits indépendamment comportant du placement de produit. En effet, bien qu'il présente le risque d'induire le public en erreur, un placement de

---

12) Ofcom, "Product Placement: A consultation on issues related to product placement", 19 décembre 2005, disponible sur : http://tinyurl.com/yk68zxm
13) Broadcasting Authority of Ireland (Autorité irlandaise de la radiodiffusion), "Consultation Document – Draft Codes on Audiovisual Commercial Communications", 2 novembre 2009, disponible sur : http://tinyurl.com/yhjnzdg
14) Voir ci-dessus, I. Katsirea, note 9, p. 8.
15) Bird et Bird/Carat Crystal, "Study on the Development of new Advertising Techniques", disponible sur : http://tinyurl.com/y93gaws
16) Pour une interprétation de l'expression « induire en erreur », ainsi que pour une analyse des liens entre le placement de produit, les autres communications commerciales audiovisuelles et les pratiques commerciales déloyales, cf. J. Kabel, « Les services de médias audiovisuels et la directive relative aux pratiques commerciales déloyales », IRIS *plus* 2008-8, Observatoire européen de l'audiovisuel.
17) Affaire C-429/02, *Bacardi France SAS, anciennement Bacardi-Martini SAS c. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA et Girosport SARL* [2004] REC 2004 page I-06613.
18) O. Castendyk et L. Woods, "Article 1 TWFD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 302.
19) L'article premier, point b, de la Directive TSF (devenu l'article premier, point i de la Directive SMAV) définit la publicité télévisée comme « toute forme de message télévisé contre rémunération ou paiement similaire par une entreprise publique ou privée dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture, contre paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ».
20) O. Castendyk et L. Woods, "Article 1 TWFD" et O. Schaar, "Article 10 TWFD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 302, 504 et 511.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

produit ne peut être considéré comme relevant de l'intention délibérée d'un radiodiffuseur, lequel se contente d'acquérir les droits de diffusion d'un programme ou de communiquer au public une œuvre provenant d'une autre source, et n'a aucune influence sur son contenu pendant la phase de production. Ceci est particulièrement important dans le cas des œuvres étrangères, notamment celles réalisées aux Etats-Unis. Par présomption, la diffusion d'œuvres audiovisuelles étrangères issues de pays non membres soumis à des dispositions nationales moins strictes en matière de médias n'était donc pas jugée illégale aux termes de la Directive TSF[21], et elle était acceptée de façon unanime dans les différents pays[22]. Dans certaines juridictions, selon la même logique, ceci s'appliquait également aux œuvres destinées au cinéma, dans la mesure, bien sûr, où aucun radiodiffuseur national ne bénéficiait directement de l'accord de placement[23]. Le système en résultant était double, car les œuvres produites indépendamment et les programmes produits ou commandés par un radiodiffuseur européen étaient soumis à un traitement radicalement différent. Du point de vue de l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs, la logique sous-tendant cette solution est cohérente : le fait de proposer des productions acquises à l'étranger est motivé par le désir de plaire au public et non par l'attrait des revenus publicitaires issus du placement de produit. L'intégrité éditoriale du radiodiffuseur – point essentiel – était donc préservée[24]. Du point de vue des effets sur les spectateurs, cependant, on ne pouvait ignorer le « deux poids, deux mesures » ainsi instauré.

Au cours de la consultation publique menée en 2005, la Commission semble toutefois être revenue sur sa position. Dans son quatrième document de synthèse pour la conférence audiovisuelle de Liverpool, intitulé « Communications commerciales », la Commission estime que « la double exigence d'identification et de séparation a eu pour effet implicite de ne pas autoriser dans le cadre juridique actuel le recours au placement de produit dans les programmes produits par des radiodiffuseurs visés par la directive TSF[25] ». De ce point de vue, l'incompatibilité intrinsèque entre le principe de séparation et le placement de produit suffit à elle seule à justifier l'interdiction de cette pratique, malgré la complexité des dispositions de la directive concernant la publicité clandestine. Le document de synthèse propose une possible porte de sortie en reformulant le principe de séparation précisément dans l'esprit suggéré par la CJCE dans l'affaire *Bacardi* : « Pour que le placement de produit soit rendu possible, le principe de séparation devrait cesser d'être un critère indispensable pour devenir simplement l'un des moyens permettant aux utilisateurs d'identifier le contenu commercial et de le distinguer du contenu éditorial. » Comme on le verra plus loin, c'est cette approche qui a été retenue dans la Directive SMAV.

## III. L'esquive de la Directive SMAV : quand le placement de produit échappe au principe de séparation

L'article 10 de la Directive TSF a été taillé en pièces par la Directive SMAV : le principe de séparation se retrouve confiné au chapitre VII de la Directive SMAV et donc limité exclusivement à la « publicité télévisée et [au] téléachat ». Ainsi, selon l'article 19, paragraphe 1, « sans préjudice de l'utilisation des nouvelles techniques publicitaires, la publicité télévisée et le téléachat doivent être nettement séparés du reste du programme par des moyens optiques et/ou acoustiques et/ou spatiaux ». Le principe de l'identification, quant à lui, bien qu'il soit également retenu aux côtés du principe de séparation dans l'article 19, fait une autre apparition au chapitre III, où l'article 9 dispose que « les communications commerciales audiovisuelles sont facilement reconnaissables comme telles ». La suite de l'article interdit les « communications commerciales audiovisuelles clandestines ».

21) Voir ci-dessus, T. McGonagle note 9 ; Department of Culture, Media and Sport (ministère britannique de la Culture, des Médias et des Sports), "The Audiovisual Media Services Directive – Consultation on Proposals for Implementation in the United Kingdom", juillet 2008, disponible sur : http://tinyurl.com/yjanh3q.
22) Voir ci-dessus, note 4, p. 512.
23) Cf. par exemple Ofcom Broadcasting Code (Code de radiodiffusion de l'Ofcom), article 10.5 et Irish BCI General Advertising Code (Code général relatif à la publicité de la Commission irlandaise de l'audiovisuel), article 3.3.7.
24) Voir ci-dessus, consultation du ministère britannique de la Culture, des Médias et des Sports, note 21.
25) Commission européenne, « Document de synthèse pour la conférence audiovisuelle de Liverpool : Communications commerciales », juillet 2005, disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/issue_papers/ispa_advert_fr.pdf

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

L'article premier, paragraphe 1 (h), de la Directive SMAV définit les « communications commerciales audiovisuelles » de la façon suivante : « des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. » L'expression « des images, combinées ou non à du son » renvoie ici à un concept plus large que les spots directs et ciblés qui délivrent un message explicite et sans ambiguïté caractérisant la « publicité télévisée[26] ». Les « communications commerciales audiovisuelles » apparaissent donc comme un concept plus vaste qui recouvre, entre autres, le sous-genre de la « publicité télévisée ». Afin d'effacer toute forme de doute, l'article premier, paragraphe 1 (h), précise que « la communication commerciale audiovisuelle revêt notamment les formes suivantes : publicité télévisée, parrainage, téléachat et placement de produit. »

La directive révisée, par conséquent, adopte officiellement l'approche suggérée dans la jurisprudence *Bacardi* et la communication interprétative de la Commission européenne. Le placement de produit, à l'image d'autres formes de communications commerciales audiovisuelles, n'est soumis qu'au principe d'identification et non à son pendant complémentaire qu'est le principe de séparation. Ce dernier est limité aux seules catégories « sœurs » que sont la « publicité télévisée » et le « téléachat ». Ce point est explicité par le considérant 81 : « le principe de séparation devrait être limité à la publicité télévisée et au téléachat, le placement de produit devrait être autorisé dans certaines circonstances, sauf si un Etat membre en décide autrement ». L'interdiction frappant le placement de produit est ainsi officiellement écartée et la transparence devient la méthode permettant de préserver les intérêts des téléspectateurs[27]. Comme dans la Directive TSF, le placement de produit, en tant que forme de communication commerciale audiovisuelle, reste bien entendu soumis à l'interdiction de la publicité clandestine. Là encore, le considérant 81 explicite comme suit le lien entre les articles 9 et 11 : « toutefois, lorsque le placement de produit est clandestin, il devrait être interdit ».

## IV. La réglementation du placement de produit dans la Directive SMAV

L'un des principaux changements apportés par la Directive SMAV est l'instauration de dispositions réglementant le placement de produit. Son article premier, paragraphe 1 (m), définit cette pratique de la façon suivante : « toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie ». La mention des marques dans cette définition revêt une importance particulière, car elle indique que la seule présence d'une publicité pour des produits ou des services dans un programme sera considérée comme un placement de produit. Elle confirme en outre le fait que le placement de produit est également possible dans les programmes d'animation. Elle n'aborde toutefois pas d'autres éléments susceptibles de faire l'objet d'un placement (lieux ou paysages, par exemple). Autre exigence importante : la communication doit être faite moyennant paiement ou autre contrepartie. D'une part, cette condition durcit les critères permettant d'établir l'existence d'un placement de produit par comparaison avec les dispositions de la directive sur la publicité clandestine (voir ci-après, paragraphe VI.2). D'autre part, elle souligne le fait que les conditions fixées par l'article 11 sur le placement licite de produit s'appliquent à tous les programmes diffusés par les fournisseurs de services de médias du territoire de l'UE, que le fournisseur de services de médias ait ou non joué un rôle dans la production de ces programmes (voir ci-après, paragraphe V)[28].

26) R. Chavannes et O. Castendyk, "Article 1 AVMSD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 838.
27) A comparer avec l'affaire *Feuer, Eis & Dynamite*, cf. J. Kabel, « Oscillations horizontales : la quête d'une cohérence en droit européen de la publicité », IRIS *plus* 2003-8, Observatoire européen de l'audiovisuel.
28) On notera que la question du placement de produit virtuel ne sera pas abordée dans cet article.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

La formulation de l'article 11 de la Directive SMAV est pleine de circonvolutions, ce qui en dit long sur les attitudes contradictoires des Européens vis-à-vis de cette pratique. Sa structure logique s'organise autour de trois éléments de base : une règle, une exception à la règle et une exception à l'exception[29]. Ainsi, l'article 11, paragraphe 2, affirme d'abord avec une apparente fermeté, que « le placement de produit est interdit ». Cette interdiction est toutefois sérieusement affaiblie par une série d'exceptions assez larges. « Par dérogation », le paragraphe 3 concède que le placement de produit est admissible :

- « dans les oeuvres cinématographiques, films et séries réalisés pour des services de médias audiovisuels, ainsi que pour des programmes sportifs et de divertissement » dès lors qu'il ne s'agit pas de programmes pour enfants ;

ou

- « lorsqu'il n'y a pas de paiement mais uniquement la fourniture, à titre gratuit, de certains biens ou services, tels que des accessoires de production et des lots, en vue de leur inclusion dans un programme ».

Il s'agit d'un système d' « *opt-out* », c'est-à-dire que les Etats membres sont libres d'imposer des restrictions plus strictes, voire une interdiction totale. Quoi qu'il en soit, ces exceptions doivent respecter une liste de principes de protection minimums qui sont également énumérés dans le paragraphe 3. En conséquence, les programmes qui comportent du placement de produit doivent répondre au moins à toutes les exigences suivantes :

- leur contenu et, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, leur programmation ne doivent en aucun cas être influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias ;
- ils ne doivent pas inciter directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services ;
- ils ne doivent pas mettre en avant de manière injustifiée le produit en question ;
- les téléspectateurs doivent être clairement informés de l'existence d'un placement de produit. Les programmes comportant du placement de produit doivent être identifiés de manière appropriée au début et à la fin de leur diffusion, ainsi que lorsqu'un programme reprend après une interruption publicitaire, afin d'éviter toute confusion de la part du téléspectateur.

La suite de l'article 11 déroule une liste d'exceptions aux exceptions, qui détaillent les circonstances dans lesquelles le placement de produit ne peut en aucun cas être autorisé. Le placement de produit est donc (exceptionnellement !) interdit dans toute l'Europe :

- dans le cas de produits du tabac ou de cigarettes, ou de placement de produits émanant d'entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de cigarettes et d'autres produits du tabac ;
- dans le cas de médicaments ou de traitements médicaux disponibles uniquement sur ordonnance dans l'État membre de la compétence duquel relève le fournisseur de services de médias.

Au moment de l'adoption de la Directive SMAV, la Commission européenne a exhorté les Etats membres à avoir la « main légère » dans leur mise en œuvre du texte et les a dissuadés d'adopter des règles plus strictes, bien que le texte leur en laisse théoriquement cette possibilité aux termes de certaines dispositions telles que l'article 11. Il en a résulté un « effet domino » et les Etats membres, craignant de se laisser distancer et de mettre en péril la compétitivité de leur industrie cinématographique, ont pratiquement tous choisi d'autoriser le placement de produit au sein de cadres réglementaires souvent légèrement plus stricts que la directive, mais généralement assez généreux[30].

29) Voir ci-dessus, note 4, p. 912.
30) Voir par exemple Collège d'autorisation et de contrôle du CSA belge, « Recommandation relative au placement de produit », disponible sur : http://tinyurl.com/yhrusn5 et B. Bradshaw, "Written Ministerial Statement on Television Product Placement", 9 février 2010, disponible sur : http://tinyurl.com/yaxu7er

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

Les dispositions de l'article 11 seront étudiées en détail dans la suite du présent article. Parallèlement, nous passerons en revue la transposition de ses dispositions dans la législation de certains Etats membres. On notera que les dispositions de l'article 11 s'appliquent de la même façon aux services à la demande et aux services de médias audiovisuels programmés[31].

## 1. Les dérogations à la règle de l'interdiction

### *1.1. Les types de programmes compatibles avec le placement de produit*

Le terme « œuvres cinématographiques » désigne les films de long métrage (c'est-à-dire, en règle générale, d'une durée de plus de 75 minutes) dans lesquels une intrigue fictionnelle est interprétée par des acteurs, et qui sont produits en vue d'être distribués dans les cinémas (peu importe que le film soit ou non distribué en salles dans les faits). L'expression « films réalisés pour des services de médias audiovisuels » désigne quant à elle des films de long métrage (d'une durée généralement comprise entre 50 et 90 minutes) produits en vue d'être diffusés à la télévision ou par d'autres services de médias audiovisuels (là encore, c'est l'intention qui constitue le facteur essentiel et non la diffusion effective). Les « programmes sportifs » doivent être compris comme recouvrant à la fois les diffusions en direct d'événements sportifs et les retransmissions, non montées, d'événements couverts en direct, mais aussi les émissions et programmes sportifs faisant l'objet d'un montage et qui ne retransmettent qu'une partie d'un événement ou ses moments marquants. Les « programmes de divertissement » sont des programmes dénués d'intrigue fictionnelle, par exemple des émissions présentant des numéros réalisés par des artistes professionnels ou amateurs tels que des musiciens, des humoristes ou des magiciens, ou encore des programmes dans lesquels des invités participent à des jeux. Enfin, l'expression « séries réalisées pour des services de médias audiovisuels » fait référence à des programmes constitués de plusieurs épisodes dont l'intrigue est indépendante, bien qu'ils aient entre eux un lien substantiel. Ce lien peut provenir, par exemple, de l'apparition récurrente d'un ou de plusieurs personnages, de l'utilisation d'un même cadre pour plusieurs épisodes, ou de l'évolution d'une même intrigue sur plusieurs épisodes[32]. Quoi qu'il en soit, il importe peu de définir précisément ces genres. Comme le suggère la déclaration ministérielle britannique relative au placement de produit à la télévision, il est plus efficace et plus adapté d'opter pour une approche de classification des programmes au cas par cas. Les instances de régulation pourraient intervenir dans le cas où les fournisseurs de services de médias vont trop loin et incluent du placement de produit dans des programmes ne pouvant pas être considérés comme relevant de l'une de ces catégories[33].

Il est intéressant de noter que dans l'article 20 de la Directive SMAV (anciennement article 11 de la Directive TSF), les termes « séries » et « feuilletons » apparaissent côte à côte. Les « feuilletons » sont des productions dont l'intrigue est unifiée et en constante évolution, qui sont dotées d'un ensemble de personnages et s'étalent sur plusieurs épisodes, voire plusieurs années. L'exemple classique en est le *soap opera*. Rien ne permet à première vue de justifier que le placement de produit soit autorisé dans les séries, mais pas dans les feuilletons. Il ne semble pas y avoir de différence entre les deux genres en termes de dangers potentiels pour les spectateurs ou d'intégrité éditoriale des fournisseurs des services de médias. C'est la raison pour laquelle les commentateurs ont estimé que les feuilletons devraient, par analogie, être inclus dans la liste de genres de programmes susceptibles de comporter du placement de produit[34]. Cette conclusion est renforcée par des considérations linguistiques. Comme l'a noté l'avocat général Jacobs dans l'affaire *RTL c. NLM*, la comparaison des différentes versions linguistiques de la Directive TSF semble montrer que les deux termes sont peu précis et que leur sens peut se recouper[35].

---

31) On notera en outre que les programmes comportant un placement de produit doivent se conformer aux règles fixées par l'article 9 qui s'appliquent à toutes les communications commerciales audiovisuelles diffusées par des fournisseurs de services de médias relevant de la compétence de l'UE.
32) O. Castendyk et N. Ullrich, "Article 11 TWFD" dans O. Castendyk, E. Dommering et A. Scheuer (éd.), *European Media Law*, 2008, Kluwer Law International, p. 523 et suivantes.
33) Voir ci-dessus, note 30.
34) Voir ci-dessus, note 4, p. 912.
35) Avis de l'avocat général Jacobs, affaire C-245/01 *RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk* [2003] REC I-12489.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

Les journaux télévisés[36] et les documentaires ne figurent pas parmi les catégories pour lesquelles la directive autorise le placement de produit ; cette pratique est par conséquent interdite pour ces deux genres. Dans certains Etats membres, le législateur a profité de la latitude qu'offre la directive pour imposer des règles plus restrictives. Le Royaume-Uni, par exemple, a annoncé l'interdiction du placement de produit dans les programmes d'actualité, de consommation et les programmes religieux, bien que ceux-ci soient considérés comme des formes de « séries »[37]. En France, le placement de produit n'est autorisé que dans les œuvres cinématographiques, les œuvres de fiction audiovisuelle et les clips musicaux[38]. L'Allemagne opère une distinction entre radiodiffuseurs de service public et radiodiffuseurs privés : pour les premiers, le placement de produit n'est autorisé que dans les programmes relevant des genres admissibles, à la condition qu'ils n'aient pas été produits ou commandés par le radiodiffuseur ou par une de ses filiales ; les radiodiffuseurs commerciaux quant à eux ne sont soumis à aucune restriction de ce type[39].

### *1.2. Fourniture à titre gratuit – le placement d'accessoire et de lot*

La Directive SMAV autorise le placement de produit « lorsqu'il n'y a pas de paiement mais uniquement la fourniture, à titre gratuit, de certains biens ou services, tels que des accessoires de production et des lots, en vue de leur inclusion dans un programme » (que l'on désignera, dans cet IRIS *plus*, par l'expression « placement d'accessoires »). Cette disposition doit être interprétée à la lumière du considérant 91 qui dispose que « la fourniture gratuite de biens ou de services, tels que des accessoires de production ou des prix, ne devrait être considérée comme un placement de produit que lorsque les biens ou services concernés ont une valeur non négligeable ». Pour calculer la valeur de ces objets mis à disposition gratuitement, l'une des possibilités consiste à mettre en relation leur prix avec le budget global de la production. Castendyk propose une méthode empirique selon laquelle la valeur d'un accessoire ou d'un lot peut être jugée négligeable si elle représente moins de 1% du budget de production[40]. Un calcul fondé sur la base de la valeur absolue des biens ou des services concernés peut constituer une autre solution. En Autriche, par exemple, un seuil de 1 000 EUR a été fixé pour distinguer le placement de produit réglementé du placement d'accessoires ou de lots non réglementé. Enfin, on pourrait aussi envisager de calculer la dépense que représenterait l'accessoire ou le lot pour le fournisseur de services de médias ou le concepteur du programme, par exemple le coût de la location d'une voiture sur la période concernée[41].

Si la valeur du produit ou du service faisant l'objet d'un placement est négligeable, on considérera qu'il n'y a pas de « placement de produit » au sens de la directive. Dans un tel cas, l'article 11 ne s'appliquera pas, pas plus que les restrictions énumérées aux points a), b), c) et d) de son paragraphe 3[42]. Toutefois, si la valeur du produit ou du service faisant l'objet d'un placement est non négligeable, mais que celui-ci a été fourni à titre gratuit, le placement reste admissible ; il y a simplement lieu d'observer les règles encadrant les placements de produit admissibles dans la Directive SMAV. Comme toujours, les textes nationaux peuvent bien entendu imposer des règles plus strictes. En Allemagne, le placement d'accessoire est interdit dans les journaux télévisés et les programmes d'actualité, dans les programmes consacrés à la consommation et les programmes de conseils, ainsi que dans les programmes pour enfants et les émissions religieuses[43].

En dépit de ce qui précède, le placement d'accessoire de valeur négligeable n'est pas complètement libre ni laissé à la fantaisie des parties prenantes aux termes de la directive. Selon toute

36) Voir ci-dessus, recommandation belge, note 30.
37) Voir ci-dessus, note 30.
38) Conseil supérieur de l'audiovisuel français (CSA), Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision, disponible sur : http://tinyurl.com/yakmdxy.
39) *Dreizehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Dreizehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag - 13. RÄStV)* (treizième Traité portant modification du Traité inter-Länder sur la radiodiffusion (treizième RÄStV)), articles 15 et 44. Cf. également C. Mohrmann, « Ratification du 13e RÄStV », IRIS 2010-1: 16.
40) Voir ci-dessus, note 4, p. 913.
41) Voir ci-dessus, consultation du ministère britannique de la Culture, des Médias et des Sports, note 21.
42) J. Blair et T. O'Shea, "Light Touch and Don't Touch – The Government's Preferred Approach to the Regulation of VoD Services and the Prohibition of Product Placement" (2009) 20(1) EntLR 17.
43) Voir ci-dessus, note 39.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

probabilité, il tombera tout de même sous le coup de la définition du sponsorat et devra, par conséquent, être conforme aux dispositions de l'article 10 de la Directive SMAV[44]. Il y a lieu en outre de prêter attention aux dispositions des différents droits nationaux, car tous les Etats membres n'intègrent pas dans leur législation la restriction fixée par la directive quant aux produits d'une valeur non négligeable[45] (auquel cas tous les placements d'accessoires sont soumis aux règles sur le placement de produit) ni même à l'exception en faveur du placement d'accessoire[46] (auquel cas ce sont vraisemblablement les règles relatives au sponsorat qui s'appliquent).

## 2. Les quatre principes régissant le placement licite de produit

Les placements de produit autorisés, tels qu'ils ont été définis plus haut, doivent répondre au moins aux quatre conditions fixées par l'article 11, paragraphe 3, de la Directive SMAV.

### *2.1. Ne pas exercer d'influence indue*

Selon le point a) de l'article 11, paragraphe 3, le contenu et, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, la programmation des émissions contenant du placement de produit ne doivent en aucun cas être influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias. Comme l'ont relevé certains commentateurs, la référence à la responsabilité du fournisseur de services de médias semble quelque peu incongrue dans ce contexte, compte tenu du fait que la responsabilité juridique en matière de contenu des programmes incombe déjà quasi systématiquement au fournisseur de services de médias[47]. Le second élément, celui de « l'indépendance éditoriale », semble plus pertinent.

A quel moment peut-on estimer que l'indépendance éditoriale d'un fournisseur de services de médias a subi une influence indue ? Le considérant 93 fournit une indication quant à l'interprétation à donner à ce terme, en établissant un lien entre « l'indépendance éditoriale » et la notion de « placements de thème » (également appelés « placements d'intrigue »), pratique consistant à adapter l'intrigue ou les dialogues d'un programme de façon à inclure ou à mentionner un produit, un service ou une marque[48]. En conséquence, les experts ont posé le principe d'un test pratique qui permettrait de vérifier si les « règles du jeu » de la production du contenu ont été respectées : l'influence sur l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias serait jugée inacceptable, par exemple, si elle avait une incidence sur les bonnes pratiques d'écriture de scénario ou de journalisme, si elle pesait artificiellement sur le développement logique du programme, ou encore si elle entraînait des modifications de scénario peu naturelles, conduisant ainsi à une rupture ou à une altération de la continuité narrative[49]. Des interprétations plus larges ou plus restreintes ont également été avancées : l'une de ces approches suggère ainsi que tout placement de produit a nécessairement une incidence sur l'indépendance éditoriale. A l'opposé, on peut juger qu'il n'y a « influence excessive » que dans les cas où le fournisseur de services de médias renonce par contrat à son droit de décision au profit de l'annonceur[50]. A moins d'adopter une approche particulièrement restrictive, l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias ne peut logiquement jamais être menacée dans le cas d'une œuvre produite indépendamment, car le fournisseur ne participe pas au processus de production et n'est pas tenu de diffuser le programme.

---

44) Voir ci-dessus, note 18, p. 320.
45) Voir ci-dessus, note 36.
46) Mediawet 2008 (loi néerlandaise sur les médias), article 3.19a.
47) O. Castendyk, « Le placement de produit – Impact de la Directive Services de médias audiovisuels sur la situation juridique actuelle », dans « A vos marques, prêts… partez ? La Directive Services de médias audiovisuels », IRIS *Spécial*, juin 2009, Observatoire européen de l'audiovisuel.
48) Le cas de la série allemande *Marienhof* constitue un exemple bien connu de placement de thème : des moquettes et des voyagistes de dernière minute y ont bénéficié d'une promotion. Cf. O. Castendyk, «Werbeintegration in TV-Programm – wann sind Themen Placements Schleichwerbung oder Sponsoring?», ZUM 12/2005, 857.
49) Voir ci-dessus, note 4, p. 915 ; voir également P. Gonzalez-Espejo et R. Izquierdo, "Viewing in a Material World: EU Revisits Product Placement" (2007) 67 European Lawyer 13.
50) Voir ci-dessus, note 47.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

### *2.2. Ne pas profiter d'un effet promotionnel indu*

Les programmes contenant du placement de produit ne doivent pas inciter directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services ; on retrouve une condition identique dans l'article 10 consacré au parrainage (anciennement article 17 de la Directive TSF). Dans sa communication interprétative de 2004, la Commission a clarifié les termes « inciter directement à l'achat ou à la location » dans le contexte du parrainage. Selon elle, bien que le parrain puisse bien sûr avoir recours au parrainage afin de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses produits, il est interdit de citer explicitement les produits ou les services du parrain ou d'un tiers au cours de la diffusion des programmes parrainés, sauf lorsqu'une telle référence a pour objet exclusif d'identifier le parrain ou d'expliciter le lien existant entre le programme et l'entreprise qui le parraine.

Le placement de produit requiert toutefois une interprétation légèrement différente. Par définition, le placement de produit consiste à faire apparaître des produits, des marques ou des services au cours d'une œuvre audiovisuelle. Pour permettre l'existence du placement licite de produit, il faut que la seule inclusion ou la seule mention des produits, services et marques ne constitue pas une incitation directe à acheter ou à louer au sens du paragraphe 2(b) de l'article 10 de la Directive SMAV. Même un placement de produit mettant en avant de façon excessive un produit ou un service ne peut être considéré comme contrevenant au principe de l'article 11, paragraphe 3 (b), sans quoi l'interdiction expresse de la mise en avant indue contenue au paragraphe 3 (c) du même article deviendrait superflue. S'agissant de placement de produit, par conséquent, et contrairement au parrainage, il est justifié d'adopter une interprétation plus stricte des termes « inciter directement à l'achat ou à la location ». Pour estimer qu'il y a infraction au principe de non-incitation, il faut que l'intégration ou la citation du produit ou du service s'accompagne d'un message supplémentaire d'incitation ou d'adhésion[51].

### *2.3. Ne pas bénéficier d'une mise en avant injustifiée*

Les programmes qui comportent du placement de produit ne doivent pas mettre en avant de manière injustifiée les produits, les services ou les marques qu'ils font figurer. Le terme vient du Royaume Uni[52] et est apparu pour la première fois dans le cadre juridique communautaire relatif à l'audiovisuel en 2004, à l'occasion de la communication interprétative de la Commission, dans le contexte de la publicité clandestine. Selon l'analyse de la communication, ce caractère « indu » peut notamment résulter

- de la présence récurrente de la marque ou du produit ou service concerné ;

ou

- de la façon dont ces derniers éléments sont présentés et mis en évidence.

A cet égard, il y a lieu de tenir compte du contenu des programmes dans lesquels figure la marque, le bien ou le service (par conséquent les normes concernant les films de long métrage seront différentes de celles qui s'appliquent aux journaux télévisés). Pour expliciter ce terme, la Commission cite trois exemples : la mise en avant d'un bien, d'un service ou d'une marque sera jugée indue si « une telle présentation ne se justifie pas au regard des besoins éditoriaux de l'émission, est le résultat d'une influence, à des fins commerciales, sur le contenu éditorial ou risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation ».

Les exemples avancés par la Commission dans sa communication interprétative ne sont pas tous transposables à la question du placement de produit. Ainsi, dès lors que l'on parle de placement de produit, il est évident que l'insertion ou la citation d'un produit, d'un service ou d'une marque résulte d'une influence exercée sur le contenu de l'œuvre audiovisuelle à des fins commerciales. De même, il est possible, dans le cas du placement licite de produit, d'éviter d'induire le public en

51) Voir ci-dessus, note 4, p. 916. Pour un exemple de la première application de ce principe dans un Etat membre, cf. H. Cannie, "First Decisions on Product Placement and Sponsorship under the New Media Decree", IRIS 2010-4: 8.
52) Voir ci-dessus, I Katsirea, note 9, p. 60.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

erreur sur la nature d'une telle présentation en utilisant un pictogramme d'avertissement (voir ci-après, paragraphe IV. 2.4.). D'une manière générale, toutefois, l'analyse développée dans la communication interprétative fournit des lignes directrices adaptées pour étudier le terme. La « mise en avant indue » d'un placement de produit sera donc analysée sur des bases purement phénoménologiques, soit (a) lorsque la marque, le bien ou le service apparaît de façon récurrente d'une façon qui n'est ni utile ni inévitable ; soit (b) lorsque la marque, le bien ou le service est présenté et apparaît d'une façon qui le rend clairement identifiable et semble en quelque sorte « déplacée », c'est-à-dire que sa présence n'est pas justifiée par des raisons éditoriales[53]. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel belge a établi cinq critères révélateurs d'une « mise en avant injustifiée » : la complaisance affichée envers le produit ; l'absence de pluralisme dans la présentation des biens ; la fréquence de la citation et/ou de la visualisation ; la diffusion d'informations telles que l'adresse ou les coordonnées téléphoniques du fabricant du produit ; enfin, l'absence de regard critique[54].

Certaines parties prenantes ont affirmé que les concepts de mise en avant indue et de placement de produit sont par nature incompatibles, dans la mesure où les annonceurs seront toujours désireux – et à raison – d'obtenir un retour sur investissement substantiel en termes d'intérêt du public. Par ailleurs, d'autres estiment aussi que le placement de produit, s'il est pratiqué avec lourdeur et maladresse, risque de conduire les spectateurs à se détourner du bien concerné. Pour être efficace, le placement de produit semble donc devoir trouver un équilibre très délicat entre une intégration réussie dans le déroulement du programme et le « placement d'intrigue », interdit[55].

### *2.4. Informer obligatoirement le spectateur de leur présence*

L'article 11 exige que les téléspectateurs soient clairement informés de l'existence d'un placement de produit, au moyen de pictogrammes d'avertissement qui identifient de manière appropriée les programmes comportant du placement de produit afin d'éviter toute confusion au sein du public. L'insertion de ce pictogramme est une condition essentielle si l'on veut que le placement de produit n'induise pas le public en erreur – et donc, qu'il ne soit pas assimilé à une « publicité clandestine » (voir ci-après, paragraphe VI.2.). Selon la directive, les pictogrammes d'avertissement doivent apparaître au début et à la fin du programme, ainsi que lorsque celui-ci reprend après une interruption publicitaire. On peut mentionner ici l'approche retenue par la Communauté francophone de Belgique : une première phase « pédagogique » de trois mois, visant à familiariser le public avec la notion de placement de produit, et pendant laquelle le pictogramme sera accompagné d'une mention écrite ; elle sera suivie d'une phase « effective » (et définitive) lors de laquelle le pictogramme apparaîtra seul[56]. Un système équivalent a été instauré en France[57].

Le considérant 90 de la Directive SMAV exige que le pictogramme affiché soit neutre, afin d'éviter tout effet publicitaire supplémentaire. Il semble qu'une certaine confusion se soit installée quant à la notion de « neutralité » du pictogramme, au regard du droit des spectateurs à être informés. La raison d'être de ce pictogramme est en effet de permettre au public de juger par lui-même si, et dans quelle mesure, le contenu du programme a subi l'influence de l'annonceur[58]. Certains commentateurs ont posé la question de savoir si les biens ou services, ou leur marque, ainsi que les personnes, physiques ou morales, ayant financé le placement devaient figurer de façon détaillée aux côtés du pictogramme d'avertissement[59]. Dans l'esprit des conditions fixées par l'article 10 de la directive concernant le parrainage : « les programmes parrainés doivent être clairement identifiés en tant que tels par le nom, le logo et/ou un autre symbole du parraineur, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme au début, à la fin ou pendant celui-ci ». D'autres observateurs ont fait remarquer, à l'inverse, que le fait de surcharger le pictogramme avec des informations trop nombreuses pourrait non seulement

53) Voir ci-dessus, note 4, p. 917. Cf. également l'Ofcom Broadcasting Code (Code de radiodiffusion de l'Ofcom), article 10.4.
54) Voir ci-dessus, note 36.
55) Voir ci-dessus, note 12.
56) Voir ci-dessus, note 36.
57) Voir ci-dessus, note 38.
58) Voir ci-dessus, note 4, p. 914.
59) Voir ci-dessus, note 12.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

vite devenir très pesant tant pour le fournisseur de services de médias que pour le téléspectateur, mais aussi renforcer le potentiel publicitaire du placement en attirant une attention supplémentaire sur le produit ou le service présenté, ou sur son fabricant[60]. Comme cela s'est déjà produit pour la citation des parrains, le dispositif destiné à responsabiliser le public se réduirait alors à une nouvelle forme de « mini-publicité », que les annonceurs considèrent d'ailleurs de plein droit[61].

Exceptionnellement, les Etats membres sont autorisés à déroger à la règle exigeant l'identification adaptée du placement de produit si le programme concerné n'a été ni produit ni commandé par le fournisseur de services de médias lui-même ou par une société qui lui est affiliée. Les communautés flamande et francophone de Belgique ont par exemple fait usage de cette possibilité[62]. Dans ce cas de figure, le placement de produit survenant dans des œuvres produites indépendamment n'a pas besoin d'être signalé au spectateur. En conséquence, les fournisseurs de services de médias peuvent proposer librement des productions étrangères telles que *Sex and the City* ou *I, Robot* sans faire figurer de pictogramme d'avertissement signalant le placement de produit. Il reste que si le programme comporte des placements de produit interdits (produits du tabac, par exemple), il ne peut en aucun cas être diffusé par le fournisseur de services de médias audiovisuels[63].

## 3. Placements de produit illicites

Aux termes de l'article 11, paragraphe 3, le placement de produit est interdit dans les programmes pour enfants, même lorsque ces programmes peuvent être considérés comme des œuvres cinématographiques, des films ou des séries réalisés pour des services de médias audiovisuels, des programmes sportifs ou de divertissement[64]. A l'inverse, le placement d'accessoire (analysé ci-dessus, cf. paragraphe IV. 1.2.) dans les programmes pour enfants est tout à fait admissible aux termes de la directive : dans le cas d'un produit d'une valeur négligeable fourni à titre gracieux en vue de figurer dans un programme pour enfants, le placement peut se faire sans tenir compte des quatre conditions posées par l'article 11, paragraphe 3[65]. Le placement de produits d'une valeur non négligeable, quant à lui, est également autorisé dans les programmes pour enfants tant que lesdits produits sont fournis à titre gracieux. Dans ce cas, toutefois, les quatre principes régissant le placement licite de produit doivent être respectés. On notera que certains Etats membres ont déjà instauré des règles plus strictes en matière de placement de produit dans les programmes pour enfants. Dans la Communauté flamande de Belgique, par exemple, la législation interdit les placements d'accessoires en sus des placements de produits dans les programmes pour enfants diffusés par le groupe de radiodiffusion de service public VRT, et ce, quelle que soit la valeur du produit[66]. La Communauté francophone de Belgique est allée encore plus loin en bannissant tout placement d'accessoire et de produit dans les programmes pour enfants chez tous les radiodiffuseurs[67]. Comme on l'a signalé plus haut, c'est également le cas en Allemagne.

Un programme peut être qualifié de programme pour enfants si, de par son contenu, sa forme et son heure de diffusion, il est destiné aux téléspectateurs dont l'âge est inférieur à un seuil donné. Il est intéressant de noter que les règles fixant cette limite d'âge diffèrent fortement au sein de l'UE, puisqu'elles

60) Voir ci-dessus, I. Katsirea note 9, p. 8. Cf. également F. Jongen, « Belgique : Une recommandation sur le placement de produit », IRIS 2010-3: 8.
61) Voir ci-dessus, note 18, p. 322.
62) *Decreet betreffende de radio-omroep en televisie* (décret de la Communauté flamande de Belgique sur la radiodiffusion radiophonique et la télévision), article 100(1)(4), disponible sur : http://tinyurl.com/yzxgcaa ; et Décret sur les services de médias audiovisuels du Gouvernement de la Communauté française de Belgique, article 21, disponible sur : http://tinyurl.com/yhw7e5n
63) Voir ci-dessus, note 4, p. 914.
64) Cf. article 11, §3, a) de la Directive SMAV.
65) L'article 9 de la Directive SMAV consacré au parrainage autorise toutefois les Etats membres à interdire la diffusion d'un logo de parrainage au cours des programmes pour enfants.
66) Voir ci-dessus, décret de la Communauté flamande de Belgique, note 62, article 99(2). Cf. également « Approbation du nouveau décret relatif aux médias flamands », IRIS 2009-5: 8.
67) Voir ci-dessus, décret de la Communauté francophone de Belgique, note 62, article 21.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

vont de 12 ans aux Pays-Bas[68] à 16 au Royaume-Uni[69]. Un programme diffusé en *prime time*, c'est-à-dire généralement entre 20 heures et 23 heures, sera selon toute vraisemblance destiné à un public adulte. La classification des œuvres d'animation requiert une attention particulière : les sitcoms animées telles que *South Park, Futurama* ou *The Simpsons* (*Les Simpson*) sont généralement estampillées « pour adultes ». En revanche, les dessins animés tels que *Tiny Toon Adventures* (*Les Tiny Toons*) ou *Tom and Jerry* (*Tom et Jerry*) sont destinés aux plus jeunes membres du public. Les avis divergent quant à la classification des œuvres animées destinées à un public familial, comme *Finding Nemo* (*Le Monde de Nemo*) ou *The Lion King* (*Le Roi lion*)[70]. Dans la mesure où l'interdiction du placement de produit vise la protection des mineurs, conformément à l'article 9 de la Directive SMAV, le vaste public enfantin qu'attirent les programmes de ce type devrait suffire à en exclure le placement de produit.

Le placement de certains types de produits est formellement interdit. C'est le cas des produits du tabac et des cigarettes, ainsi que des produits émanant d'entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de ce type de produits. Ceci vaut également pour les médicaments ou les traitements médicaux disponibles sur ordonnance[71]. Contrairement à ce qui a été décrit dans le cas des programmes pour enfants, le placement de ces catégories de produits reste interdit quelle que soit la valeur de l'article en question, et même s'ils sont fournis à titre gracieux, sans quoi l'interdiction serait sans effet, compte tenu du fait qu'il s'agit de biens de consommation dont le prix de vente est faible. Signalons qu'une autre interprétation pourrait être soutenue, à savoir que si le produit concerné est fourni à titre gracieux et est d'une valeur négligeable (cas d'un paquet de cigarettes, par exemple), alors, si l'on en croit le considérant 91, il ne s'agit pas à proprement parler d'un placement de produit. Par conséquent, l'interdiction fixée à l'article 11, paragraphe 4, ne peut s'appliquer. Toutefois, même dans ce cas de figure, il y a lieu de respecter les règles relatives au parrainage, or l'article 10 de la Directive SMAV interdit également le parrainage par des entreprises du secteur du tabac (paragraphe 2) ainsi que le parrainage visant à promouvoir les médicaments et les traitements médicaux (paragraphe 3).

Au niveau national, le Royaume-Uni se propose actuellement d'aller bien au-delà de ces deux catégories et d'interdire le placement des boissons alcoolisées, des produits alimentaires et des boissons à forte teneur en graisses, en sel ou en sucres, des jeux d'argent, des préparations pour nourrissons et préparations de suite[72]. La justification de ces restrictions très sévères s'appuie sur la protection de la santé et du bien-être, notamment des enfants, qui ne voient bien entendu pas exclusivement des programmes pour enfants[73]. Le Gouvernement britannique a fait remarquer qu'une interdiction frappant ces mêmes placements, mais limitée aux émissions attirant un vaste public d'enfants ou diffusées avant les heures de programmation réservées aux adultes, aurait le même effet, mais serait plus difficile à gérer. Les Pays-Bas ont également proscrit les placements de produits portant sur des boissons alcoolisées, mais uniquement entre 6 heures et 21 heures[74]. En France, le placement de produit ne peut en outre concerner les boissons alcoolisées, les armes à feux ainsi que les préparations pour nourrissons[75].

## V. Le placement de produit à titre onéreux

Il est un point important à l'égard duquel le système instauré par la Directive SMAV est plus strict que celui de la Directive TSF : les conditions posées par l'article 11 pour définir le placement licite de produit s'appliquent à tous les programmes diffusés par les fournisseurs de services de mé-

68) Mediawet 2008 (loi néerlandaise sur les médias), article 3.19a (2).
69) *Ofcom Broadcasting Code* (Code de radiodiffusion de l'Ofcom), article 10.5.
70) Voir ci-dessus, note 32, p. 537.
71) Cf. Directive SMAV, article 9 (d) et (f).
72) Voir ci-dessus, note 30.
73) A comparer avec l'article 9 (c) (iii), (e) et (g) de la Directive SMAV.
74) Mediawet 2008 (loi néerlandaise sur les médias), article 3.19b (3). A comparer avec l'article 9 (e) et (g) de la Directive SMAV.
75) Voir ci-dessus, note 38.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

dias relevant de la compétence de l'UE, quelle que soit l'origine des programmes. L'article premier, paragraphe 1 (m), de la Directive SMAV stipule effectivement que pour être considérée comme un placement de produit, une communication commerciale audiovisuelle qui consiste à inclure un produit, un service ou leur marque, ou à y faire référence en l'insérant dans un programme, doit faire l'objet d'un paiement ou d'une autre contrepartie. Toutefois, il n'indique pas qui doit bénéficier de ce paiement ou de cette contrepartie. De la même façon, le paragraphe 1 (h) de l'article premier, qui définit la catégorie plus vaste des « communications commerciales audiovisuelles », ne désigne pas spécifiquement le destinataire du paiement ou de la contrepartie. Contrairement au cas de la publicité télévisée ou des communications commerciales audiovisuelles clandestines, pour lesquelles le paiement ou la contrepartie doit être versée au fournisseur de services de médias, nous devons donc en conclure que s'agissant du placement de produit, le bénéficiaire peut être n'importe qui. Par conséquent, une communication commerciale audiovisuelle peut être interdite en vertu des règles s'appliquant au placement de produit, même si le fournisseur de services audiovisuels proposant le programme n'a pas participé à la conception de celui-ci, n'a pas approuvé le placement de produit, n'en a retiré aucune contrepartie, financière ou autre, et n'était même pas au courant de la présence dudit placement de produit[76].

Cette restriction a des conséquences substantielles pour l'offre licite, au sein de l'UE, de services de programmes produits indépendamment, et notamment en ce qui concerne les programmes achetés dans des pays tiers. Le considérant 92 autorise un Etat membre à ne pas recourir aux dérogations au principe d'interdiction du placement de produit, par exemple en n'autorisant le placement de produit que dans des programmes qui n'ont pas été produits exclusivement dans cet Etat membre. Toutefois, compte tenu du fait que l'article 11 instaure une protection minimale, il ne permet pas aux Etats membres d'exempter les placements de produits étrangers des règles qui seraient applicables aux productions nationales en vertu de ses dispositions. Par conséquent, dans le cadre de la Directive SMAV, le double système de la Directive TSF se trouve soit complètement aboli, soit maintenu, mais avec des restrictions supplémentaires frappant les productions importées. On notera donc que le critère de l'incidence sur le public gagne ici du terrain dans le traitement juridique du placement de produit, les quatre principes définissant le placement licite de produit devenant applicable à tous les programmes, quelle que soit leur origine. L'intention du fournisseur de services de médias continue de jouer un rôle (les Etats membres ayant le droit d'interdire le placement de produit dans les programmes produits sur leur territoire ou diffusés sur les ondes de leurs radiodiffuseurs de service public[77]), mais pas aux dépens de la protection du public.

Il est intéressant de noter que les Etats membres ne se sont pas tous saisis de cette disposition. Aux termes du *Broadcasting Code* (Code de radiodiffusion) de l'Ofcom, les règles relatives au placement de produit ne s'appliquent pas aux programmes achetés hors du Royaume-Uni, ni aux œuvres destinées au cinéma, dès lors qu'aucun radiodiffuseur relevant de la compétence de l'Ofcom et ayant pris part à la diffusion du film ou du programme ne bénéficie directement de l'accord de placement de produit, et que le programme concerné n'est pas un programme pour enfants produit après le 19 décembre 2009[78]. On trouve une disposition comparable dans le droit néerlandais, en ce qui concerne les programmes achetés et diffusés à l'étranger (*« daar »*) qui sont ensuite proposés par un fournisseur néerlandais de services de médias audiovisuels, dans la mesure où ces programmes n'ont pas été produits ou commandés par le fournisseur ou par l'une de ses filiales[79]. En Irlande, en revanche, une disposition similaire du *BCI General Advertising Code* (Code général relatif à la publicité de la Commission irlandaise de l'audiovisuel)[80] va sans doute disparaître du nouveau *BAI General Code on Audiovisual Commercial Communications* (Code général relatif aux communications audiovisuelles commerciales de l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion), si l'on en croit l'état actuel du projet[81].

76) Voir ci-dessus, note 26, p. 844.
77) UK Department for Culture, Media and Sport (ministère britannique de la Culture, des Médias et des Sports), "Liverpool Audiovisual Conference – Between Culture and Commerce", septembre 2005, disponible sur : http://tinyurl.com/yz5d96v
78) A. Burnham, "Written Ministerial Statement on the Implication of the Audiovisual Media Services Directive", disponible sur : http://tinyurl.com/ykqh8ay
79) Mediawet (loi néerlandaise sur les médias), article 3.19c.
80) Broadcasting Commission of Ireland, General Advertising Code, article 3.3.7.
81) Voir ci-dessus, note 13.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)

# VI. Liens entre le placement de produit et les autres concepts compris dans la Directive SMAV

## 1. Placement de produit et parrainage

L'article premier, paragraphe 1 (k), de la Directive SMAV définit le parrainage de la façon suivante : « toute contribution d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne physique, n'exerçant pas d'activités de fournisseur de services de médias ou de production d'oeuvres audiovisuelles, au financement de services de médias audiovisuels ou de programmes, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses produits ». La frontière entre placement de produit et parrainage est fluctuante, comme en témoigne la question du traitement législatif du placement d'accessoire, abordée plus haut. Toutefois, d'un point de vue normatif au moins, une étude attentive des définitions de ces deux pratiques révèle deux points de divergence. Le premier concerne l'objectif d'une contrepartie, financière ou autre, obtenue auprès de l'entreprise à l'origine du placement de produit ou du parrainage. Selon les définitions de la Directive SMAV, dans le cas du placement de produit, la contrepartie est destinée à rémunérer l'inclusion du produit, du service ou de la marque dans le programme ; s'agissant du parrainage, la contribution de l'entreprise commanditaire est destinée à financer le service de média audiovisuel dans son intégralité, ou certains programmes proposés par ce service[82]. La seconde différence porte sur la façon dont est obtenu l'effet promotionnel souhaité. Comme l'explique le considérant 91, « dans le cas [du placement de produit], la référence à un produit est intégrée au déroulement d'un programme (...). Les références aux parraineurs, en revanche, peuvent apparaître au cours d'un programme, mais ne font pas partie de l'intrigue. » Comme l'a signalé le Parlement européen dans le rapport Hieronymi[83], « le parrainage maintient le cloisonnement entre publicité et contenu éditorial. Le placement de produit, en revanche, ne respecte pas cette distinction fondamentale. » Contrairement au parrainage, le placement de produit n'est même pas soumis à ce principe, le plus essentiel de tous, mais suit ses propres règles.

Il y a lieu de noter qu'au sein du cadre mis en place par la Directive SMAV, le placement de produit et le parrainage ne sont bien sûr pas incompatibles. Ils peuvent figurer tous deux dans un même programme, et ce, en lien avec un même produit. Ce qui importe est que chacune de ces formes de communication commerciale respecte les règles auxquelles elle est soumise[84]. Au niveau de chaque pays, bien sûr, des dispositions plus restrictives peuvent redéfinir les liens entre les deux concepts ; en France, par exemple, les produits ou les services du parrain d'un programme ne peuvent faire l'objet d'un placement au sein du même programme[85].

## 2. Placement de produit et communications commerciales audiovisuelles clandestines

Le placement de produit peut bien entendu réunir les caractéristiques d'une communication commerciale audiovisuelle clandestine, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Les formes clandestines de placement de produit sont interdites aux termes de la Directive SMAV (cf. considérant 81). Comme c'était déjà le cas dans la Directive TSF, le placement de produit contrevient à l'interdiction frappant les communications commerciales audiovisuelles clandestines dès lors que sont satisfaites les trois conditions cumulatives exposées dans la communication interprétative de 2004 sur la base de la définition de l'article 1 (d) de la Directive TSF (devenu l'article premier, paragraphe 1 (j) de la Directive SMAV). Pour être licite, un placement de produit ne doit donc pas (a) être fait de façon intentionnelle par l'organisme de radiodiffusion ; (b) être fait dans un but publicitaire ; et (c) risquer d'induire le public en erreur.

82) Voir ci-dessus, note 26, p. 845.
83) Rapport Hieronymi, disponible sur : http://tinyurl.com/yc5jru5
84) Voir ci-dessus, note 36.
85) Voir ci-dessus, note 38.

© 2010, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg (France)