



HAL
open science

La publicité dans les oeuvres audiovisuelles

Carine Bernault

► **To cite this version:**

Carine Bernault. La publicité dans les oeuvres audiovisuelles. Miguel Angel Encabo Vera et Renato Rolli. Publicidad y derechos de autor en algunos países de Europa, Nova Juris Interpretatio (20), Aracne editrice int., pp.87, 2015, 978-88-548-8439-7. <halshs-01169086>

HAL Id: halshs-01169086

<https://shs.hal.science/halshs-01169086v1>

Submitted on 27 Jun 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

LA PUBLICITE DANS LES ŒUVRES AUDIOVISUELLES

Si l'on peut sans doute discuter le point de savoir si la publicité un art, il faut en tout cas constater que les publicitaires s'inspirent très souvent de l'art pour élaborer affiches, logos ou films promotionnels. Mais la publicité peut aussi influencer les conditions de création ou de diffusion d'une œuvre, spécialement dans le secteur audiovisuel. Ainsi, en plaçant un produit dans un film ou en parrainant une émission, un opérateur économique contribue à son financement. Par ailleurs, la publicité peut venir interrompre la diffusion d'une œuvre à la télévision.

Il ne s'agit donc pas ici d'envisager le cas des œuvres audiovisuelles publicitaires, ni même plus généralement les conditions dans lesquelles la publicité peut être diffusée sur les chaînes de télévision ou dans les salles de cinéma. Nous allons plutôt évoquer la situation de la publicité réalisée au sein des œuvres audiovisuelles elles-mêmes. Le sujet peut surprendre mais il se justifie doublement. Tout d'abord, le législateur, notamment en France, accorde une attention particulière à cette question. Ensuite, la publicité « intégrée » aux œuvres audiovisuelles peut conduire à un « conflit » entre d'une part la volonté d'un opérateur qui cherche un moyen de promouvoir ses produits et d'une chaîne de télévision qui souhaite remplir ses caisses, et, d'autre part, des auteurs qui souhaitent préserver l'intégrité de leur création.

Le sujet est sensible car le recours à la publicité, par ailleurs, est un moyen de financer la production des œuvres audiovisuelles et cinématographiques. S'agissant de la télévision privée, la publicité constitue même la principale ressource de l'entreprise. Le risque était donc grand de voir se développer une publicité envahissante, au mépris de l'intérêt des auteurs des œuvres diffusées mais aussi du public. On comprend alors que la publicité dans le secteur audiovisuel obéisse à des règles particulières.

La réglementation est effectivement plus qu'abondante en la matière en droit français. Au-delà du « droit commun » qui proscriit notamment la publicité pour le tabac¹ et encadre celle pour l'alcool², des règles propres à l'audiovisuel apparaissent essentiellement dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans ses décrets d'application mais aussi dans les cahiers des charges des chaînes de télévision publiques ou les conventions d'exploitation des chaînes privées. Les objectifs poursuivis sont très variés : « protection de la santé, défense des consommateurs, indépendance des supports, qualité des programmes, respect des œuvres, survie économique de la presse écrite craignant la concurrence de l'audiovisuel, économie des secteurs concernés ... »³.

La notion de publicité a été définie par l'article 2 du décret n° 86-1067 du 27 mars 1992 qui a pour but de déterminer « les obligations des éditeurs de service en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat ». On y apprend que « constitue une publicité toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir

¹ Art. L. 3511-3 C. santé publique.

² Art. L. 3323-2 C. santé publique.

³ E. Derieux et A. Granchet, Droit des médias, LGDJ, 6ème éd., 2010, n° 758.

la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée. Cette définition n'inclut pas les offres directes au public en vue de la vente, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération ».

L'insertion de publicité dans les programmes audiovisuels est soumise à des règles strictes définies par ce même décret qui exige notamment que les messages publicitaires soient « aisément identifiables comme tels et nettement séparés du reste du programme, avant comme après leur diffusion, par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques »⁴. Il est prévu par ailleurs qu'une « période d'au moins vingt minutes doit s'écouler entre deux interruptions successives à l'intérieur d'une émission »⁵ et que « le temps maximal consacré à la diffusion de messages publicitaires est fixé par les conventions et cahiers des charges » dans les limites fixées par le décret⁶. Les dispositions issues de ce décret et concernant la publicité, le parrainage et le télé-achat, s'appliquent aux éditeurs de services de télévision mais aussi aux éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande⁷.

Nous aborderons ici sur trois situations : le parrainage (1), le placement de produits (2) et la coupure publicitaire des œuvres audiovisuelles (3) pour constater que les considérations liées au droit d'auteur sont généralement secondaires, quand elles ne sont pas absentes.

1. Le parrainage

L'article 17 du décret précité du 27 mars 1992 définit le parrainage comme « toute contribution d'une entreprise ou d'une personne morale publique ou privée ou d'une personne physique, n'exerçant pas d'activités d'édition de services de télévision ou de médias audiovisuels à la demande ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement de services de télévision ou de programmes dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image ou ses activités ». Cette définition est très proche de celle retenue par l'article 1 k) de la directive 2010/13 du 10 mars 2010 dite directive « services de médias audiovisuels » (SMA) à cette nuance près que la directive ajoute à l'énumération finale la promotion des « produits » du parrain.

Cette différence semble anecdotique mais elle pourrait contribuer à brouiller la distinction entre publicité et parrainage. Dans la réglementation française, on croit deviner que le parrainage doit promouvoir le nom et l'image d'une entreprise mais pas un produit ou service en particulier. Ainsi, l'article 18 du décret prévoit que l'émission parrainée ne doit pas « inciter à l'achat ou à la location des produits ou services du parrain ». Par ailleurs, l'identification du parrain ne peut faire apparaître « le produit lui-même ou son conditionnement ». Dans le même sens, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) souligne

⁴ Art. 14.

⁵ Art. 15-I.

⁶ Art. 15-V. par exemple, pour les services diffusés « par voie hertzienne terrestre sur une zone géographique dont la population recensée est supérieure à dix millions d'habitants », ce temps maximal « n'excède par neuf minutes par heure en moyenne quotidienne sur l'ensemble des périodes de programmation au cours desquelles cette diffusion est autorisée, ni douze minutes pour une heure d'horloge donnée ».

⁷ Les articles 14 et suivants du décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande renvoient au décret du 27 mars 1992 précité.

que l'objet du parrainage est de « promouvoir le nom et l'image de l'entreprise »⁸. L'approche retenue par le droit de l'Union européenne est donc de nature à gommer cette distinction.

En réalité, la différence essentielle entre la publicité et le parrainage tient plutôt au fait que le parrain finance un programme télévisé alors que dans le cas de la publicité, l'annonceur « achète » simplement un temps d'antenne pour diffuser un message vantant ses produits ou services. La particularité du parrainage tient à l'implication directe du parrain dans le financement d'un programme audiovisuel, lequel peut évidemment être une œuvre au sens du droit d'auteur. On pourrait alors craindre une intervention du parrain dans le processus de création de l'œuvre afin d'imposer certaines exigences de nature à valoriser ses produits. L'article 18 du même décret prévoit donc que le contenu et la programmation des émissions parrainées « ne peuvent, en aucun cas, être influencés par le parrain dans des conditions susceptibles de porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale de la société ou du service de télévision ». Il ajoute encore que la mention du parrain dans l'émission doit être « ponctuelle et discrète ». Le CSA admet que ces exigences sont remplies, par exemple, lorsque l'apparition du nom du parrain « n'excède pas cinq secondes » et « est séparée d'une autre apparition du parrain par un intervalle d'au moins dix minutes »⁹. En revanche, au début ou à la fin de l'émission, le parrain sera identifié notamment par son nom ou ses marques¹⁰. Enfin, l'article 20 du décret interdit le parrainage des journaux télévisés et des émissions d'information politique.

L'objectif de l'ensemble de ces dispositions apparaît alors : préserver l'indépendance de la chaîne de télévision qui a recours au parrainage. Il apparaît tout aussi clairement à l'article 10.1 a) de la directive SMA¹¹. Au-delà du décret et de la directive, on retrouve cette exigence dans les contrats qui peuvent lier les chaînes et les parrains. Ainsi, l'article 6.1.3 b) des conditions générales de vente – Parrainage proposées par TF1 en 2014 dispose :

« Enfin le(s) Support(s) TV conservent la responsabilité technique, artistique et éditoriale des Emissions parrainées par le Parrain sur le(s) Support(s) TV concerné(s). Dès lors, le Parrain ne saurait prétendre à un quelconque droit sur les Emissions parrainées.

A ce titre, le Parrain ne saurait influencer le contenu et la programmation d'Emissions qu'il parraine, ni s'opposer aux éventuelles exploitations de quelque nature que ce soit que le Support TV souhaiterait faire des Emissions parrainées ni prétendre à un quelconque intéressement au titre desdites exploitations »¹².

Le lien avec le droit d'auteur est loin d'être ici évident. Certes, en préservant l'indépendance du diffuseur, on pourrait considérer que la réglementation du parrainage préserve indirectement celle des auteurs. Le parrain ne pouvant intervenir sur le contenu de l'œuvre

⁸ <http://www.csa.fr/Television/Le-suivi-des-programmes/Les-communications-commerciales/Le-parrainage>

⁹ Ibid.

¹⁰ Comme on l'a vu, le décret français interdit de faire apparaître « le produit lui-même ou son conditionnement » au moment de l'identification du parrain. En revanche, l'article 10.1 c) de la directive 2010/13 admet que les programmes parrainés peuvent être identifiés par une « référence » aux produits ou services du parrain.

¹¹ « Les services de médias audiovisuels ou les programmes audiovisuels qui sont parrainés répondent aux exigences suivantes :

a) leur contenu et, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, ne sont en aucun cas influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias ».

¹² <http://s.tf1.fr/mmdia/a/25/2/cgv-parrainage-television-2014-maj-1er-juillet-2014-11059252arozv.pdf?v=2>

diffusée, il ne peut imposer des modifications de celle-ci afin de promouvoir ses activités. On peut donc considérer que, de manière très indirecte, ces dispositions préservent le droit au respect de l'œuvre prévu par l'article L. 121-1 CPI. Mais ce lien avec le droit d'auteur n'existe que dans l'hypothèse où le parrain souhaiterait modifier une œuvre déjà créée. En effet, si le parrain formulait des exigences avant même la création de l'œuvre, le droit d'auteur ne pourrait être concerné. Comme l'a affirmé la Cour de cassation dans la célèbre affaire opposant Antenne 2 à l'Etat gabonais, « le droit moral de l'auteur sur son œuvre ne préexiste pas à celle-ci »¹³. Si la liberté de création de l'auteur pourrait être atteinte par une intervention du parrain avant même la création de l'œuvre, cela ne pourrait constituer une violation de son droit moral, lequel ne peut s'exercer que sur une œuvre créée, achevée ou non¹⁴.

Pour résumer, il apparaît que si la réglementation du parrainage peut indirectement préserver l'intégrité de l'œuvre parrainée et donc protéger les intérêts des auteurs, telle n'est pas pour autant la finalité du dispositif.

2. Le placement de produit

L'encadrement du placement de produit est issu de la directive SMA précitée. Tout en considérant que cette pratique devrait être interdite, la directive admet des dérogations pour certains programmes audiovisuels¹⁵. Cette nouvelle pratique publicitaire a été introduite en droit français par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 qui a créé l'article 14-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. Est ainsi confiée au CSA la mission de déterminer « les conditions dans lesquelles les programmes des services de communication audiovisuelle (...) peuvent comporter du placement de produit ». Plusieurs exigences sont tout de même imposées par la loi. Les programmes concernés ne doivent pas inciter « directement » à l'achat ou à la location des produits ou services d'un tiers ; ils ne doivent pas mettre « en avant de manière injustifiée le produit en question » et les téléspectateurs doivent être « clairement informés de l'existence d'un placement de produit (...) au début et à la fin » des programmes ainsi qu'après chaque interruption publicitaire. Mais surtout, on retrouve l'exigence déjà formulée à propos du parrainage : « 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 de l'éditeur de services de médias »¹⁶.

Mais si le placement de produit est encadré, il n'est jamais défini par la loi. C'est donc le CSA qui a cerné cette notion dans sa délibération n° 2010-4 du 16 février 2010¹⁷. Reprenant l'article 1 m) de la directive SMA, il considère que « le placement de produit est défini comme toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service ou une marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie ». Ce placement peut intervenir dans « les œuvres cinématographiques, les fictions audiovisuelles et les vidéomusiques, sauf lorsqu'elles sont

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1987, D. 1988, p. 97, note B. Edelman ; RTD com. 1988, p. 224, obs. A. Françon.

¹⁴ Sur ce sujet : C. Bernault, La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 396, 2003, n° 429 et s.

¹⁵ 92^{ème} considérant et art. 11 de la directive. Sont concernées « les œuvres cinématographiques, films et séries réalisés pour des services de médias audiovisuels, ainsi que pour des programmes sportifs et de divertissement ».

¹⁶ Ces exigences se retrouvent également à l'article 11 de la directive SMA.

¹⁷ JO 5 mars 2010.

destinées aux enfants ». Deux différences avec la directive SMA doivent être soulignées. Tout d'abord, en droit français, le placement de produit n'est pas autorisé dans les programmes sportifs et de divertissement. Ensuite pour le CSA, n'est pris en compte que le placement de produit « effectué à titre payant, c'est à dire la fourniture, formalisée par un contrat, de biens ou de services dont la marque est identifiable au sein du programme ». Il s'agit là d'une différence notable avec la directive SMA qui, dans son 91^{ème} considérant, précise que « la fourniture, à titre gratuit, de biens ou de services, tels que des accessoires de production ou des lots, ne devrait être considérée comme un placement de produit que lorsque les biens ou services concernés ont une valeur non négligeable ».

La distinction entre le placement de produit et le parrainage peut sembler délicate. Elle est toutefois assez nette dans la mesure où la réglementation du parrainage interdit d'intégrer dans les émissions parrainées « des références promotionnelles spécifiques » aux produits ou services du parrain¹⁸. Au contraire, le placement de produit a justement pour but, comme son nom l'indique, de faire apparaître le produit concerné dans l'émission. Le 91^{ème} considérant de la directive SMA est particulièrement clair sur le sujet : « le critère déterminant qui permet de faire la distinction entre parrainage et placement de produit est le fait que, dans le cas de ce dernier, 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 ».

En encadrant ainsi le placement de produit, l'objectif est de « renforcer la compétitivité du secteur audiovisuel européen et (de) lui assurer de nouvelles sources de financement »¹⁹, tout en permettant « aux marques de disposer d'un nouveau support de communication »²⁰. Même si *a priori* le risque de voir l'indépendance du diffuseur remise en cause du fait d'un placement de produit est moins évident que celui pouvant résulter au parrainage, dans les deux cas, l'objectif est bien de préserver cette liberté éditoriale. Le droit français comme la directive cherchent aussi à assurer l'information du téléspectateur²¹ en exigeant qu'il ait connaissance du recours au placement de produit. Le CSA, dans la délibération précitée, impose donc le recours au pictogramme suivant :



Ce logo doit apparaître « pendant une minute au début du programme, pendant une minute après chaque interruption publicitaire et, à la fin du programme, pendant toute la durée du générique ». Pour les vidéomusiques, il doit être visible pendant toute la durée de la diffusion. Par un communiqué en date du 24 mars 2010, divers représentants des auteurs se sont

¹⁸ Art. 18-2 du décret 92-280, 27 mars 1992, précité.

¹⁹ C. Haquet, *Télévision : le grand écart publicitaire*, Légipresse 2009, n° 261, II, p. 47.

²⁰ H. Deliquiet, *Le placement de produit, Nouvelle opportunité de communication pour les marques et source de financement pour les producteurs*, Légipresse 2010, n° 272, p. 84.

²¹ « La présence de placement de produit est soumise à des règles déontologiques précises qui ont pour but de protéger à la fois l'indépendance éditoriale des opérateurs et le public » : C. Kert, *Rapport n° 1267 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Ass. Nat., 19 nov. 2008, p. 70. Voir aussi F. Claquin, *Placement de produit et protection du consommateur : la publicité clandestine en voie de régularisation ?*, *Comm. com. électr.* 2009, alerte 15.

« émus » de cette mesure qui « ne respecte ni les œuvres ni les téléspectateurs »²². Ils ont notamment souligné que l'incrustation de ce pictogramme « sur des écrans déjà surencombrés par des logos, des annonces ou des pictogrammes divers et variés au détriment de l'intégrité des œuvres, est intrusive et inefficace ». Les signataires ont donc réclamé une « concertation afin d'aboutir à un véritable équilibre entre l'information des téléspectateurs et le respect du droit moral de l'auteur ». Il est vrai que l'article L. 121-5 alinéa 3 du CPI exige que toute modification de la version définitive de l'œuvre audiovisuelle « par addition, suppression ou changement d'un élément quelconque » soit réalisée avec l'accord « d'une part, du réalisateur, ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur ». Par ailleurs, l'incrustation du logo d'une chaîne de télévision lors de la diffusion d'une œuvre audiovisuelle a déjà été jugée constitutive d'une atteinte au droit moral de l'auteur dans une célèbre affaire « Marchand »²³. Les critiques formulées par ces représentants des auteurs sont rapidement évoquées par le CSA dans le « bilan de l'application de la délibération du 16 février 2010 » réalisé en octobre 2012²⁴. Il évoque les « difficultés soulevées par les auteurs » qui ont « vivement contesté » le recours à ce pictogramme. Pour autant, jamais il n'est fait référence expressément au droit moral et sur ce point aucune évolution de la délibération du CSA n'a été jugée nécessaire alors que d'autres aspects ont été modifiés par une nouvelle délibération du 24 juillet 2012²⁵. Mieux même, dans son bilan, le CSA affirme en conclusion la nécessité de « rappeler aux chaînes qu'elles sont tenues d'informer le public sur la signification du pictogramme "P" ». Cela a conduit à modifier la délibération initiale pour ajouter que les diffuseurs doivent, en plus du pictogramme, diffuser « un bandeau comportant la phrase suivante clairement lisible : "ce programme comporte du placement de produit" ».

La finalité d'information des téléspectateurs l'a donc clairement emporté sur l'intérêt des auteurs alors même que des aménagements étaient facilement envisageables, comme par exemple la diffusion des éléments d'information avant le début de l'œuvre et non lors de la première minute.

Il faut encore noter que si le CSA a donc encadré les modalités du placement de produit lorsqu'une œuvre est diffusée à la télévision, rien n'a été spécialement prévu lorsque cette opération concerne une œuvre cinématographique diffusée en salles. On pourrait d'ailleurs s'étonner que la décision d'autoriser le placement de produit dans les œuvres cinématographiques ait apparemment été confiée au CSA. L'article 14-1 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit en effet simplement, outre un rappel des règles générales issues de la directive SMA, que « le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les conditions dans lesquelles les programmes des services de communication audiovisuelle, et notamment les vidéomusiques, peuvent comporter du placement de produit ». C'est donc bien le CSA, dans sa délibération précitée, qui a décidé de viser les « œuvres cinématographiques ». Certes, l'article 11 de la directive SMA vise lui-même expressément cette catégorie d'œuvres et la

²² Communiqué de presse de l'ARP (Société civile des Auteurs-Réalisateurs-Producteurs), du Club des auteurs, du groupe 25 images, de la SACD (Société des Auteurs Compositeurs Dramatiques), de la SRF (Société des Réalisateurs de Films) et de l'UGS (Union Guildes des Scénaristes) intitulé « Décision du CSA sur le placement de produit à la télévision : une signalétique honteuse qui ne respecte pas le droit moral des auteurs » (<http://www.larp.fr/home/wp-content/uploads/2010/11/CdP-ARP-CDA-25I-SACD-UGS-SRF-Placement-de-produit-240310.pdf>)

²³ CA Paris, 1^{ère} ch., 25 oct. 1989, D. 1990, somm. p. 54, obs. C. Colombet. Sur cette question, C. Bernault, préc., n° 651 et suiv.

²⁴ <http://www.csa.fr/en/Television/Le-suivi-des-programmes/Les-communications-commerciales/Bilan-de-l-application-de-la-deliberation-du-16-fevrier-2010-relative-au-placement-de-produit-deux-ans-apres-l-autorisation-de-cette-pratique-dans-les-programmes-des-services-de-television>

²⁵ JO 7 août 2012.

référence à la notion de « programme » dans la loi de 1986 peut inclure les œuvres cinématographiques. En ce sens, l'article 1.1 b) de la directive SMA définit le programme comme « un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale ». Mais il peut tout de même sembler curieux que le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dont la mission est de garantir « l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique »²⁶, investisse le champ cinématographique. En réalité, le CSA ne s'intéresse aux œuvres cinématographiques qu'à partir du moment où elles ont vocation à être télédiffusées. Ainsi, la délibération précitée concerne uniquement l'encadrement du placement de produit à la télévision, notamment en imposant le pictogramme déjà évoqué. Il en résulte que le placement de produit dans les œuvres cinématographiques diffusées en salles est autorisé, soumis aux règles générales posées par la directive SMA, mais à aucun encadrement particulier. Ainsi, si la finalité du dispositif relatif au placement de produit est notamment d'informer le téléspectateur, le spectateur des salles de cinéma ne bénéficie pas de la même faveur.

Globalement, il apparaît donc là encore que la prise en compte des intérêts des auteurs ne constitue pas vraiment une préoccupation du législateur ou même du CSA. Il en va un peu différemment lorsque l'on évoque le cas de la coupure publicitaire des œuvres audiovisuelles.

3. La coupure publicitaire des œuvres audiovisuelles

Il fait peu de doute que l'interruption d'un film ou d'une série par exemple pour diffuser des messages publicitaires peut constituer une atteinte à l'intégrité de cette œuvre et donc une violation du droit moral de ses auteurs. Dès que sont apparues en France des chaînes de télévisions privées qui tirent l'essentiel de leurs revenus des recettes publicitaires, devait se poser la question de savoir quand et comment ces publicités pouvaient être diffusées. Initialement, l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 autorisait une seule coupure publicitaire lors de la diffusion d'œuvres cinématographiques²⁷ ou audiovisuelles. Depuis la loi n° 2009- 258 du 5 mars 2009, il est possible de procéder à deux interruptions.

La directive SMA aurait permis d'aller beaucoup plus loin. Il faut en effet constater une tendance très nette à un assouplissement du droit de l'Union européenne applicable aux « communication audiovisuelles commerciales » pour reprendre le vocabulaire de la dite directive²⁸. Rappelons que l'article 11.3 de la directive 89/552 dite directive « télévision sans

²⁶ Art. 3-1 loi du 30 sept. 1986 (nous soulignons).

²⁷ On a pu s'interroger sur le point de savoir si cette disposition devait être appliquée aux seules œuvres cinématographiques françaises ou exploitées dans des salles de cinéma en France. Le Conseil d'Etat a levé toute incertitude en qualifiant d'œuvre cinématographique un film qui n'avait pas été diffusé en salles en France mais avait fait l'objet d'une « exploitation cinématographique significative » dans son pays d'origine (CE 26 juill. 1991, AJDA 1991, p. 911, note J.-P. Théron. V. aussi X. Philippe, L'œuvre cinématographique dont la diffusion ne doit être interrompue par des coupures publicitaires que dans certaines conditions peut être une œuvre inédite en salles de cinéma en France, D. 1993, p. 485).

²⁸ V. constatant que la directive procède à un « assouplissement des règles traditionnelles » et considérant que le secteur des « communications audiovisuelles commerciales » a « largement profité de la réforme » : L. Bottallo,

frontières » permettait une seule interruption publicitaire s'agissant des œuvres cinématographiques et des « films conçus pour la télévision » et cela sous réserve que « leur durée programmée soit supérieure à quarante-cinq minutes ». Une seconde interruption était possible si « leur durée programmée est supérieure d'au moins vingt minutes à deux ou plusieurs tranches complètes de quarante-cinq minutes ». Les séries, feuilletons, émissions de divertissement et documentaires étaient expressément exclus de ce dispositif protecteur, la seule obligation consistant à laisser s'écouler une période d'au moins 20 minutes entre chaque interruption publicitaire. L'évolution est intervenue avec la directive 2007/65 du 11 décembre 2007. Les œuvres cinématographiques et films pour la télévision peuvent désormais être interrompus « une fois par tranche programmée de trente minutes au moins », ce qui permet d'augmenter la fréquence et donc le nombre de coupure. Par ailleurs la limitation à une interruption toutes les 20 minutes pour les autres œuvres disparaît purement et simplement. Cette évolution est justifiée dans ces termes au 57^{ème} considérant de la directive :

« Compte tenu des moyens accrus dont disposent les téléspectateurs pour éviter la publicité grâce au recours aux nouvelles technologies, telles que les enregistreurs vidéo numériques personnels, et de l'élargissement de la palette des canaux disponibles, le maintien d'une réglementation détaillée en matière d'insertion des spots publicitaires en vue de protéger les téléspectateurs ne se justifie plus. La présente directive ne devrait pas réviser à la hausse le volume horaire admissible de publicité mais devrait donner la possibilité aux organismes de radiodiffusion télévisuelle de procéder à l'insertion de messages publicitaires lorsque cela ne porte pas préjudice à l'intégrité des programmes ».

C'est ce dispositif qui a été repris dans la version codifiée de la directive SMA du 10 mars 2010. Certes, le 86^{ème} considérant relève toujours que « la présente directive vise à sauvegarder le caractère spécifique de la télévision européenne, où les écrans publicitaires sont insérés de préférence entre les programmes, et limite des lors le nombre des interruptions autorisées pendant la diffusion des œuvres cinématographiques et des films conçus pour la télévision, ainsi que de certaines catégories de programmes qui nécessitent une protection particulière »²⁹. Mais une fois la spécificité soulignée, l'article 20 se contente de poser un principe très général en exigeant que « les Etats membres veillent à ce que, en cas d'insertion de publicité télévisée ou de téléachat pendant les programmes, il ne soit pas porté atteinte à l'intégrité de programmes, compte tenu de leurs interruptions naturelles, de leur durée, de leur nature, ni aux droits des ayants droit ». Il est ensuite précisée que « la diffusion des films conçus pour la télévision (à l'exclusion des séries, feuilletons et documentaires), des œuvres cinématographiques et des journaux télévisés peut être interrompue par de la publicité télévisée et/ou du téléachat une fois par tranche programmée de trente minutes au moins ». Pour tous les autres programmes, aucune limite n'est imposée.

Compte tenu des termes de la directive, on peut considérer que le législateur français a procédé à une transposition « *a minima* »³⁰ en autorisant « seulement » deux interruptions lorsque l'œuvre audiovisuelle ou cinématographique est diffusée par des services de télévision privée autre que de cinéma. Aucune interruption n'est possible sur les chaînes publiques. Par ailleurs, il est désormais précisé à l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986 que « les œuvres cinématographiques, les œuvres audiovisuelles qui ne sont ni des séries ni

La directive « Services de médias audiovisuels » : cadre juridique et industrie européenne des programmes, Légipresse 2008, n° 248, II, p. 9. Dans le même sens : C. Haquet, préc.

²⁹ Reprise du 58^{ème} considérant de la directive 2007/65.

³⁰ C. Haquet, préc.

des feuilletons ni des documentaires et les programmes destinés à la jeunesse ne peuvent faire l'objet que d'autant d'interruptions qu'elles comportent de tranches programmées de trente minutes ». En outre, l'article 15 du décret du 27 mars 1992 précité dispose qu'« une période d'au moins vingt minutes doit s'écouler entre deux interruptions successives à l'intérieur d'une émission ». Il prévoit également : « lorsque la diffusion d'une œuvre cinématographique est interrompue par la publicité, celle-ci ne peut comporter des messages d'une durée totale supérieure à six minutes ». Le droit français limite donc beaucoup plus nettement que la directive européenne la possibilité de recourir à la publicité.

Par ailleurs, l'intérêt des auteurs, ou plus globalement des ayants droit, est clairement évoqué dans l'article 20 précité de la directive. C'est également le cas dans l'article 73 de la loi de 1986 qui dispose : « sans préjudice des dispositions du code de la propriété intellectuelle, la diffusion par un service de télévision d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ne peut faire l'objet de plus de deux interruptions publicitaires ». La situation paraît donc claire : la directive SMA et la loi du 30 septembre 1986 encadrent ces interruptions publicitaires mais sans que cela interdise aux auteurs de faire valoir leurs droits pour s'opposer à ces pratiques. La réalité est pourtant bien différente. Pour les diffuseurs, l'article 73 de la loi de 1986 signifie tout simplement qu'ils ont le « droit » de procéder à deux interruptions publicitaires et l'auteur qui prétendra s'y opposer au nom de son droit moral sera banni du petit écran par les chaînes privées concernées qui, il faut le rappeler, occupent une place incontournable dans le financement des œuvres cinématographiques. Autant dire que bien peu d'auteurs seront en mesure de faire respecter leurs droits et l'on peut comprendre l'ironie de Jean-Luc Godard dans cette lettre adressée en 1988 à la SACD à l'occasion d'une diffusion d'« A bout de souffle » sur M6 :

« Je souhaite sincèrement non pas une mais six coupures publicitaires, de façon à imposer une notion de continuité et de variation et non une notion d'exclusion. Je vous joins ci-après les endroits où il me semble que ces variations seraient le mieux placées, et je suis tout à fait prêt à en discuter devant une table de montage, vidéo je pense, avec le ou les responsables de M6 »³¹.

Pour autant, on pourrait également considérer qu'en limitant le nombre d'interruptions publicitaires, le législateur réduit de fait l'atteinte portée à l'intégrité de l'œuvre³². Mais la « consolation » paraît bien maigre et elle peut céder la place à une certaine amertume lorsque l'on prend connaissance des motivations du législateur. Nulle place ici pour l'intérêt des auteurs, c'est celui des téléspectateurs que l'on a pris en compte pour tenter de les protéger de « l'agression publicitaire »³³ tout en cherchant à préserver le financement des chaînes de télévision privées³⁴. En ce sens, le sort particulièrement peu favorable réservé aux feuilletons, séries et documentaires dans la directive SMA est bien difficile à justifier dans une logique de droit d'auteur. Lors des travaux parlementaires précédant le vote de la loi de 1986, il a même été clairement affirmé que « prévoir une coupure, c'est conduire les cinéastes à accepter une

³¹ <http://www.derives.tv/A-propos-de-la-coupure>

³² V. ainsi, affirmant que ce dispositif a pour but « notamment d'assurer la protection de l'intégrité des œuvres cinématographiques et audiovisuelles » : E. Derieux et A. Granchet, préc., n° 785.

³³ M.-C. Blandin, Intervention lors des débats précédant le vote de la loi du 5 mars 2009 : Sénat, séance du 16 janv. 2009.

³⁴ V. en ce sens les propos du ministre de la culture : il s'agit « de concilier à la fois (...) les intérêts du téléspectateur, l'équilibre financier des entreprises et la spécificité des sociétés du secteur public » : F. Léotard, JO Sénat CR 18 juill. 1986, p. 2995.

mutilation de leur œuvre pour qu'elle soit programmée »³⁵ et en 2009 la seconde coupure publicitaire a été vue comme une forme de « mépris pour l'œuvre »³⁶. Certes, le rapporteur du texte au Sénat a souligné : « il faut que les auteurs donnent un accord de principe sur les coupures éventuelles de leurs œuvres »³⁷. Et d'ajouter immédiatement « les sociétés d'auteurs nous ont répondu que c'était entendu »³⁸. On ne saurait mieux dire qu'il s'agit là d'une simple formalité même si pour la ministre « on préfère la diffusion de films, fût-ce avec une deuxième coupure, dans le respect du droit moral de l'auteur, bien entendu, que pas de film du tout ! »³⁹. Le rapporteur de la future loi du 5 mars 2009, à l'Assemblée Nationale, explique clairement que l'objectif est de s'assurer que les publicités qui ne pourront plus être diffusées sur les chaînes publiques en soirée trouvent place auprès des chaînes privées⁴⁰. Il souligne aussi, tout de même, que « cette mesure devrait également être favorable au secteur cinématographique, dans la mesure où la programmation du cinéma à la télévision connaît un fort recul. La seconde coupure permettra donc d'accroître l'attractivité des films pour les diffuseurs en augmentant les recettes publicitaires tirées de ces diffusions »⁴¹. On ne saurait dire plus clairement que les œuvres cinématographiques ont pour seul intérêt d'attirer les annonceurs !

On est donc bien loin de la logique du droit d'auteur⁴². D'ailleurs dans ce cadre, si l'auteur souhaite que son œuvre soit interrompue à six reprises, comme Jean-Luc Godard, rien ne devrait le lui interdire. Le créateur devrait être le seul à déterminer si une coupure est trop dénaturante pour être réalisée ou si de multiples interruptions sont au contraire possible, quitte à revendiquer une partie des recettes publicitaires ainsi générées comme l'a fait l'auteur du « Mépris » dans la lettre précitée ! Preuve semble donc être faite que les intérêts des auteurs sont loin d'être prioritaires lorsque l'on envisage le recours à la publicité et cela que ce soit sous forme d'interruption publicitaire, de placement de produit ou de parrainage.

Carine Bernault
Professeur à l'Université de Nantes, France
Directrice de l'IRDP

Septembre 2014

³⁵ V. l'intervention de M. Marson, JO Sénat CR 18 juill. 1986, p. 2995.

³⁶ M.-C. Blandin, Intervention lors des débats précédant le vote de la loi du 5 mars 2009 : Sénat, séance du 16 janv. 2009.

³⁷ M. Thiollière, Intervention lors des débats précédant le vote de la loi du 5 mars 2009 : Sénat, séance du 16 janv. 2009.

³⁸ Ibid.

³⁹ C. Albanel, Intervention lors des débats précédant le vote de la loi du 5 mars 2009 : Sénat, séance du 16 janv. 2009.

⁴⁰ C. Kert, Rapport n° 1267 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, Ass. Nat., 19 nov. 2008, p. 71.

⁴¹ Ibid.

⁴² V. C. Bernault, préc., n° 662 et suiv.