

# Kinofilm zum Swissair-Grounding: Persönlichkeitsschutz auf dem Prüfstand

Stephan Herren<sup>1</sup>

Dr. iur. Rechtsanwalt, LL.M., Bern

Im Januar 2006 ist der Kinofilm «Grounding» - Die letzten Tage der Swissair» des Filmproduzenten Peter-Christian Fueter angelaufen. Im Vorspann zum Film wird darauf hingewiesen, dass es sich um eine «Doku-Fiction» handelt, um einen Film also, bei dem Fiktion und Realität ineinander greifen. Im Film selber werden die Hauptakteure des Swissair Groundings vom 2. Oktober 2001 von Schauspielern dargestellt, welche ihren Originalen zum Teil verblüffend ähnlich sehen und auch unter deren Namen auftreten. Soweit die dargestellten Personen keine Einwilligung zum Film gegeben haben, stellen sich aus Sicht der Betroffenen heikle Fragen des Persönlichkeitsschutzes.

- 1 Der Autor nimmt in medienrechtlichen Fragen die Interessen der UBS AG wahr. In der NZZ Nr. 32 vom 08.02.2006, S. 15, ist eine gekürzte Fassung des vorliegenden Beitrages unter dem Titel «Grounding des Persönlichkeitsschutzes? Heikle juristische Fragen zum Film Grounding» erschienen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf das Persönlichkeitsrecht. Fragen des Lauterkeitsrechts und des Kennzeichenschutzes bleiben ausgeklammert.
- 2 Gemäss Angaben des Filmproduzenten basiert die Handlung auf dem Buch von René Lüchinger, Der Fall der Swissair, Zürich 2001. Vgl. NZZ am Sonntag vom 15.1.2006, S. 63.
- 3 Zum Begriff Doku-Drama, wie er häufig bei Fernsehproduktionen verwendet wird, Vgl. HANS-JÜRGEN HOMANN, Praxishandbuch Filmrecht, 2. Auflage, Berlin 2004, S. 58.
- 4 Vgl. WILLI EGLOFF, Dokumentarspiel, Öffentliches Informationsinteresse und Persönlichkeitsschutz, in ZBl 83 (1982), S. 57.
- 5 Vgl. FRANZ ZELLER, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 200 und MARIO M. PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 3. Auflage, Bern 1989, S. 135 f. Der Persönlichkeitsschutz geht weiter als das Strafrecht (Art. 173 ff StGB), indem nicht nur ein sozialetisch verpöntes Verhalten geschützt wird, sondern auch die gesellschaftliche Ehre und das gesellschaftliche Ansehen einer Person.
- 6 Vgl. ANDREAS MEILI, in Basler Kommentar zum ZGB, Rz 19 zu Art. 28, 2. Auflage, Basel 2002.

## I. Persönlichkeitsschutz bei Filmaufnahmen

### 1. Doku-Fiction als Präsentationsform des Kinofilms

Der Kinofilm «Grounding» ist als Doku-Fiction konzipiert.<sup>2</sup> Als Doku-Fiction oder «Doku-Drama» wird allgemein ein Dokumentarfilm verstanden, der Leben und Wirken tatsächlicher Personen zum Gegenstand macht und mit zusätzlichen dramatischen Mitteln und fiktiven Inhalten versieht.<sup>3</sup>

Die Verwendung dieses Filmgenres bringt es mit sich, dass komplexe reale Vorgänge dramaturgisch aufbereitet und auf Probleme von einzelnen Personen reduziert werden. Die Dramaturgie lebt von der Zuspitzung und der Vereinfachung. Der Zuschauer soll sich mit dem Guten identifizieren können.<sup>4</sup> Die einhergehende Emotionalisierung führt dazu, dass die Persönlichkeitsrechte der dargestellten Personen erheblich betroffen sein können. Dies insbesondere dann, wenn die Personen in einem falschen Licht oder in der Rolle des Bösen dargestellt werden.

### 2. Betroffene Persönlichkeitsrechte durch Filmaufnahmen

Muss sich eine Person gefallen lassen, gefilmt oder in einem Film erwähnt zu werden? Ausgangspunkt zur Klärung der Frage bildet das Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB.

Vom gesetzlichen Schutz erfasst ist unter anderem die persönliche Integrität von Personen und deren Ruf, als ehrbar zu gelten.<sup>5</sup> Das Persönlichkeitsrecht vermittelt auch ein Recht am eigenen Bild:<sup>6</sup> Damit wird eine Person grundsätzlich davor geschützt, ohne ihre Zustimmung abgebildet zu werden. Gemäss bundesgerichtlicher Recht-

**Résumé:** Dans le long métrage Grounding, les droits de la personnalité des personnes représentées sont mis en jeu: sous l'angle de la protection de la personnalité, et en particulier du droit à l'image, on ne peut utiliser l'image ou le nom d'une personne - notamment dans un film - sans obtenir son consentement. La portée de cette règle est toutefois moindre pour les personnages de l'histoire contemporaine («Personen der Zeitgeschichte») Ceux-ci doivent tolérer des incursions plus grandes dans leurs droits de la personnalité et, en particulier, accepter d'être photographiés ou filmés à l'extérieur de leur domaine privé. Le besoin d'information du public prime en effet dans de tels cas. La barrière absolue demeure toutefois l'exigence de vérité, laquelle exige que les informations données soient vraies. Dans le cas d'un docu-fiction tel que «Grounding», il faut tenir compte des aggravations dramatiques propres au genre. L'exigence de diligence journaliste, elle, demeure.

**Zusammenfassung:** Im Kinofilm *Grounding* sind Persönlichkeitsrechte der dargestellten Personen betroffen: Aufgrund des Persönlichkeitsschutzes und des darin verbrieften Rechts am eigenen Bild darf das Bild einer Person und deren Namen grundsätzlich nicht ohne ihre Einwilligung publik gemacht oder im Rahmen eines Films verwendet werden. Dieses Recht gilt bei Personen der Zeitgeschichte allerdings nur beschränkt. Personen der Zeitgeschichte haben stärkere Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte zu gewärtigen und müssen sich gefallen lassen, ausserhalb des privaten Bereichs fotografiert oder gefilmt zu werden. Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit geht in solchen Fällen vor. Absolute Schranke bildet aber das Wahrheitsgebot, welches selbst bei Personen der Zeitgeschichte verlangt, dass die verbreiteten Informationen wahr sind. Die bei einer Doku-Fiction wie beim Kinofilm *Grounding* feststellbare dramaturgische Zuspitzung von Sachverhalten ist hinzunehmen. Die Verpflichtung zur journalistischen Sorgfalt bleibt.

sprechung gilt das Recht am eigenen Bild auch für Filmaufnahmen.<sup>7</sup>

### 3. Träger der Persönlichkeitsrechte

Träger der Persönlichkeitsrechte sind sowohl natürliche als auch juristische Personen. Sie sind befugt, gegen eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte vorzugehen. Insbesondere ist heute ein Unternehmenspersönlichkeitsrecht anerkannt.<sup>8</sup> Analog dem deutschen Recht darf entsprechend einem Unternehmen in der Schweiz nicht ohne begründeten Anlass «Missmanagement» vorgeworfen werden.<sup>9</sup>

Beim Film «Grounding» stehen die Persönlichkeitsrechte einerseits den im Kinofilm dargestellten Hauptpersonen des *Swissair Groundings* zu, so u. a. den Herren Mario Corti (CEO *Swissair*), André Dosé (CEO *Crossair*), Lukas Mühlemann (Chef *CS*) und Marcel Ospel (Chef *UBS*). Träger eigener Persönlichkeitsrechte sind andererseits auch die dargestellten Unternehmen, namentlich die Banken *CS* und *UBS*. Die dargestellten Personen und Unternehmen können sich gegen die Ausstrahlung des Films wehren, wenn sie im Film in unnötig verletzender Weise dargestellt werden und damit in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt sind.<sup>10</sup>

### 4. Rechtfertigung

Eingriffe in die Persönlichkeit können gerechtfertigt sein. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB

sind Verletzungen der Persönlichkeit – z. B. Verletzung des guten Rufs der Person oder Verletzung des Rechts am eigenen Bild – trotz Widerrechtlichkeit immer dann hinzunehmen, wenn eine Einwilligung des Verletzten oder eine Rechtfertigung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse vorliegt. Denkbar ist auch eine Rechtfertigung durch Gesetz bzw. ein überwiegendes Verfassungsrecht. So kann beispielsweise im Einzelfall die Freiheit, einen Film zu drehen und ein aktuelles Ereignis aufzuarbeiten, dem Persönlichkeitsrecht der dargestellten Personen vorgehen.

#### A. Einwilligung

An der rechtfertigenden Einwilligung fehlt es bei Fotos und Filmaufnahmen, soweit die abgebildete Person nicht vorher angefragt wurde.<sup>11</sup>

Die Zustimmung muss grundsätzlich für jede Form der Abbildung gleichermassen gegeben werden, so für den Film als bewegtes Bild, für die klassische Fotografie, aber auch für Karikaturen oder die Darstellung durch Doubles.<sup>12</sup> Beim Film *Grounding* ist von einer Einwilligung des ehemaligen *Swissair*-Personalchefs Matthias Mölloney auszugehen, da er seine frühere Rolle gleich selber spielt. Die übrigen betroffenen Personen werden im Film durch Doubles gespielt. Bei ihnen dürfte eine rechtfertigende Einwilligung kaum vorliegen, soweit die Personen nicht vorher angefragt wurden. Die Einwilligung setzt zudem voraus, dass für die zustimmende Person im Vorfeld zumindest in Grundzügen erkennbar ist, wie sie später im Film dargestellt wird.

#### B. Abbildungsfreiheit

##### a. Abbildungsfreiheit bei Personen der Zeitgeschichte

Mit der vom deutschen Recht übernommenen Rechtsfigur der Person der Zeitgeschichte<sup>13</sup> schafft das Bundesgericht einen spezifischen Rechtfertigungsgrund, der Verletzungen des Rechts am eigenen Bild selbst dann erlaubt, wenn keine Einwilligung des Verletzten zur Bildpublikation vorliegt.<sup>14</sup> Die Qualifizierung als Person der Zeitgeschichte führt dazu, dass deren Bildnisse auch ohne Einwilligung veröffentlichungsfähig sind. Es gilt grundsätzlich die

7 BGE 129 III 723.

8 Vgl. ANDREAS MEILI (FN 6), Rz 33 zu Art. 28.

9 Vgl. MATTHIAS PRINZ/BUTZ PETERS, *Medienrecht*, München 1999, S. 124.

10 Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, *Personenrecht des ZGB*, 2. Aufl., Bern 2002, S. 513 (BGE 95 II 481 ff., *Medityrannis*).

11 BGE 129 III 723 f.

12 Vgl. ROLF H. WEBER/ROLAND UNTERNÄHRER/RENA ZULAUF, *Schweizerisches Filmrecht*, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 158; UDO BRANAHL, *Medienrecht*, 4. Auflage, Wiesbaden 2002, S. 170; MARC BÄCHLI, *Das Recht am eigenen Bild*, Diss. Basel 2002, S. 30 ff.; KLAUS AHREND, *Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Medienberichterstattung*, Berlin 2002, S. 107: «Das Bildnis setzt nicht voraus, dass eine Person auch selbst abgelichtet wird. Auch die Abbildung eines Doubles verletzt das Recht des Imitierten, wenn sie an das Original mit seinem äusseren Erscheinungsbild anknüpft.»

13 Vgl. WILLI EGLOFF (FN 4), S. 60.

14 BGE 127 III 481 ff. (Minelli).

Abbildungsfreiheit, das Recht am eigenen Bild ist stark relativiert.<sup>15</sup>

Als absolute Personen der Zeitgeschichte gelten Personen, die unabhängig von Einzelereignissen im öffentlichen Leben stehen. Bei absoluten Personen der Zeitgeschichte geht es um Persönlichkeiten des wirtschaftlichen, kulturellen und religiösen Lebens, aber auch um Schauspieler, um Wissenschaftler von Rang und Sportler. Relative Personen der Zeitgeschichte sind diejenigen Personen, die lediglich aufgrund eines bestimmten, aktuellen Anlasses aus der Anonymität der Masse heraustreten.<sup>16</sup> Insofern ändert sich der Massstab der Rechtfertigung: Bei absoluten Personen der Zeitgeschichte gilt die Abbildungsfreiheit grundsätzlich generell, während sie bei relativen Personen der Zeitgeschichte auf das jeweilige Ereignis, für welches sie im Mittelpunkt stehen, beschränkt wird. In allen übrigen Bereichen des Lebens müssen relative Personen der Zeitgeschichte wie jeder Normalbürger um Erlaubnis für eine Bildpublikation angefragt werden.<sup>17</sup>

Die dargestellten Hauptpersonen des *Groundings*, namentlich die Wirtschaftsführer der Banken, dürften als absolute Personen der Zeitgeschichte gelten und haben sich eine Verfilmung ihrer Rolle grundsätzlich gefallen zu lassen. Die Personen, welche während der Zeit des *Groundings* eher im Hintergrund gearbeitet haben, so u. a. der Chef Logistik oder Personen untergeordneter Hierarchiestufe, würden als relative Personen der Zeitgeschichte eingestuft. Sie können grundsätzlich nur abgebildet werden, soweit ihre Tätigkeit in der Zeit des *Groundings* eine wesentliche Rolle gespielt hat.

Durch die Figur der Person der Zeitgeschichte werden dem Recht am eigenen Bild Grenzen gesetzt; diese Grenzen sind für den Film, welcher von Bildern lebt, von grosser Bedeutung.

#### b. Schutz des Privaten

Personen der Zeitgeschichte sind nicht völlig schutzlos, selbst wenn grundsätzlich von der Abbildungsfreiheit ausgegangen werden kann. Im Bereich des Privaten sind auch die Personen des öffentlichen Lebens geschützt. Sie können sich gemäss bundesgerichtlicher Praxis gegen entsprechende

Eingriffe wehren. So müsste sich beispielsweise Bundesrat Leuenberger nicht gefallen lassen, gegen seinen Willen in einem Boulevardblatt in Badehosen abgebildet zu werden.<sup>18</sup> Ähnliche Hürden hat der europäische Gerichtshof für Menschenrechte im *Caroline-Entscheid* aufgestellt.<sup>19</sup> Konkret ging es um Fotos von Prinzessin Caroline von Monaco, welche sich gegen diverse, in den Zeitschriften «Freizeit Revue» und «Bunte» publizierte Fotos wandte, besonders ein Foto, welches sie beim Einkaufen mit einer Einkaufstasche zeigt. Das Gericht kam zum Schluss, dass selbst absolute Personen der Zeitgeschichte ein Recht auf Privatsphäre haben. Anders als die Vorinstanz gewichtete der Gerichtshof für Menschenrechte damit die Persönlichkeitsrechte gewichtiger als die ebenfalls zur Diskussion stehende Pressefreiheit und hielt fest:<sup>20</sup>

«Even if such a public interest exists, as does a commercial interest of the magazines in publishing these photos and these articles, in the instant case those interests must, in the Court's view, yield to the applicant's right to the effective protection of her private life.»

Der *Caroline-Entscheid* bestätigt, dass auch öffentliche Personen das Recht auf Schutz des Privaten und ihres Privatlebens haben: Soweit sie in privater Mission unterwegs sind, dürfen Gazetten Bilder von absoluten Personen der Zeitgeschichte nicht gegen deren ausdrücklichen Willen publizieren. Beim *Grounding-Film* kommt dieser Schutz des Privaten allerdings nicht zum Zug, da die dargestellten Hauptpersonen nicht als Privatpersonen gehandelt haben, sondern als unmittelbar Beteiligte an einem Geschehen von aktueller, politischer Tragweite. Hier geht das öffentliche Interesse an Berichterstattung grundsätzlich vor. Würde hingegen in einer Originalaufnahme des Films beispielsweise Lukas Mühlemann

15 Vgl. hierzu PETER J. EISENBARTH, Das Recht am eigenen Bild von relativen und absoluten Personen der Zeitgeschichte, Konstanz 2000, S. 60; WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 12), S. 165.

16 Vgl. WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 12), S. 165.

17 Vgl. EISENBARTH (FN 15), S. 64.

18 Vgl. [persoendlich.com](http://www.persoendlich.com), Das Online-Portal der Schweizer Kommunikationswirtschaft («PETER STUDER: Leuenberger hätte mit Klage gute Chancen») vom 27.04.2006, abrufbar unter <http://www.persoendlich.com>.

19 EGMR Nr. 59320/00 (von Hannover v. Germany) vom 24. Juni 2004, in *medialex* 2004, S. 157 f.

20 Ziff. 77 EGMR Nr. 59320/00 (von Hannover v. Germany).

zusammen mit seiner Frau beim Morgensessen gezeigt, könnte der Betroffene gegen die Filmaufnahme einschreiten soweit er hierzu keine Einwilligung erteilt hat.

### C. Grundrechte als überwiegende öffentliche Interessen

Zu beachten sind die Grundrechte als mögliche Rechtfertigungsgründe bei Persönlichkeitsverletzungen, insbesondere das Grundrecht der Pressefreiheit. Die Pressefreiheit geht aber nicht generell vor. Im Rahmen einer Interessenabwägung bestimmt das Gericht wertend, ob der verfassungsrechtliche Informationsauftrag der Presse gegenüber der Öffentlichkeit allenfalls dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorgeht bzw. ob ein diesbezüglicher Rechtfertigungsgrund für den Eingriff vorliegt.<sup>21</sup> Als überwiegendes Grundrecht im Einzelfall kann auch die Filmfreiheit gelten: Die Filmfreiheit ist zwar verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich verankert, doch lässt sich der grundrechtliche Schutz zurückführen auf die Kommunikationsgrundrechte der Meinungsäusserungs- und Kunstfreiheit einerseits und der Wirtschaftsfreiheit andererseits.<sup>22</sup>

## II. Kasuistik zum Persönlichkeitsrecht

Zur Beurteilung der Frage, inwieweit der Film Grounding die Persönlichkeitsrechte der dargestellten Personen verletzt, ist ein Blick auf die Kasuistik unumgänglich.

### 1. Fall Irniger: Verbot eines Dokumentarspiels

Im Entscheid vom 9. Juni 1983 (Fall Irniger)<sup>23</sup> hat das Bundesgericht die Ausstrahlung eines Dokumentarspiels über Rundfunk verboten, weil damit unzulässig in die persönlichen Verhältnisse der Angehörigen von Paul Irniger eingegriffen worden wäre. Bei der produzierten zeitgeschichtlichen Hörfolge hätte das Schicksal des Ende der 30er Jahre in der

Schweiz hingerichteten Straftäters Paul Irniger behandelt werden sollen.<sup>24</sup> Das Bundesgericht stützt dabei die Annahmen der Vorinstanzen, wonach Paul Irniger, sollte er noch leben, durch eine Darstellung seiner Persönlichkeit in seinem Privat- und Geheimbereich verletzt worden wäre. Das Ziel der Resozialisierung des Straftäters würde mit einer Veröffentlichung untergraben.<sup>25</sup> Dem Schutz der Privatsphäre komme somit grundsätzlich grössere Bedeutung zu als dem Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit bzw. der Berichterstattung durch die Massenmedien, weshalb die «Prangerwirkung der Namensnennung» in der Regel nicht zulässig sei.<sup>26</sup>

Den Angehörigen von Irniger, die nicht als Berühmtheiten oder Personen der Zeitgeschichte gelten, billigte das Bundesgericht ein eigenes, vorrangiges Persönlichkeitsrecht ein, welches der ebenfalls angerufenen Pressefreiheit vorgeht. Der Kontext des Kinofilms Grounding ist ein anderer. Hier stehen Persönlichkeiten im Rampenlicht eines Geschehens von öffentlichem Interesse und gesellschaftspolitischer Bedeutung. Insofern ist die Berichterstattung im Rahmen des Films zulässig; dies umso mehr, als es sich um Personen des öffentlichen Lebens handelt.<sup>27</sup>

### 2. Fall Minelli: Grundsätzliche Abbildungsfreiheit bei der Person der Zeitgeschichte

Im Fall Minelli hat das Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung des Klägers Ludwig A. Minelli wegen einer Publikation in der Weltwoche mit dem Titel «Wenn der alte Wilderer zum Jagdaufseher wird» verneint. Die Bezeichnung «Wilderer» sei eine Meinungsäusserung des Journalisten und erscheine vertretbar, indem Folgendes festgehalten wird:<sup>28</sup>

«Wer wie der Kläger (vorliegend Minelli) mit einer gewissen Regelmässigkeit öffentlich in Erscheinung tritt, muss in Kauf nehmen, dass über diese Tätigkeiten und die dahinterstehende Person berichtet wird (...). Mithin ergibt sich, dass die Publikation der Wortberichterstattung über die Person des Klägers gegen seinen ausdrücklichen Willen durch ein überwiegendes Informationsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.»

Das Bundesgericht qualifizierte Minelli als relative Person der Zeitgeschichte («relativ

21 Pressefreiheit stärker gewichtet im Fall Minelli (BGE 127 III 481); Persönlichkeitsrecht gegenüber Pressefreiheit stärker gewichtet im Fall Irniger (109 II 358).  
22 Art. 16, 21 und 27 BV, vgl. WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 12), S. 58.  
23 Vgl. BGE 109 II 253 ff (Irniger).  
24 Vgl. EGLOFF (FN 4), S. 53.  
25 Vgl. BGE 109 II 353.  
26 Vgl. BGE 109 II 353.  
27 In diesem Sinne auch das BVerfG im Fall Helnwein, in NJW 1999, S. 1324.  
28 BGE 127 III 491 (Minelli).

prominente Persönlichkeit»).<sup>29</sup> Trotz fehlender Einwilligung zur Publikation in der Weltwoche erachtete das Bundesgericht die Persönlichkeitsverletzung als gerechtfertigt. Gleich beurteilte es die ebenfalls zur Diskussion stehende Verwendung des gegen seinen Willen verwendeten Bildes und dessen Abdruck in der Weltwoche. Anwendbar seien auch die Regeln des Datenschutzgesetzes, «die das Recht der Persönlichkeit des Zivilgesetzbuches ergänzen und konkretisieren». Unter den Begriff der Personendaten, die gemäss Datenschutzgesetz geschützt seien, würden auch Bild- und Tondateien einer Person fallen. Aufgrund des überwiegenden öffentlichen Informationsinteresses hielt das Bundesgericht allerdings die Bildpublikation und damit die diesbezügliche Bearbeitung von Personendaten als gerechtfertigt.<sup>30</sup>

Im Lichte der Rechtsprechung zum Fall Minelli müssen auch die dargestellten Personen im Film Grounding die Verwendung ihrer Namen und die Publikation von Bildern hinnehmen. Aussagen oder Filmsequenzen dürfen allerdings nicht ohne berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit die Intim- und Privatsphäre der dargestellten Personen betreffen. Der Schutz des Privaten geht grundsätzlich vor.

### 3. Gerichtliche Konkretisierung des Wahrheitsgebots

Schranke jeder Publikation bildet das Wahrheitsgebot, welches zwingend auch in der Berichterstattung über Personen der Zeitgeschichte einzuhalten ist. Bereits im Entscheid vom 18. September 1945 hat das Bundesgericht hierzu festgehalten:

«Eine unwahre Behauptung ist (...) niemals rechtmässig. Wird sie in guten Treuen erhoben, so entfällt nicht die Widerrechtlichkeit, sondern nur das Verschulden.»<sup>31</sup>

Gleiches gilt auch für die Veröffentlichung von Bildern: Die Publikation von Fotomontagen oder Retuschen ist durch das Informationsinteresse der Allgemeinheit nicht gerechtfertigt, zumal solche Bildverzerrungen nicht dem tatsächlichen Vorbild und damit nicht der Realität entsprechen. Eine Schranke ergibt sich auch bezüglich der Verwendung von Archivfotos beteiligter Prominenter. Eine Kommentierung von

aktuellen Ereignissen mit Archivfotos ist nur dann zulässig, wenn die Archivbilder als solche deklariert werden, um ein Herausreißen aus dem Zusammenhang und damit eine Täuschung auszuschliessen.<sup>32</sup>

Sofern die Fakten der Wahrheit entsprechen und ein legitimes Informationsinteresse vorliegt, hat das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, namentlich auch sein Recht am eigenen Bild, zu weichen. Der Schutz der Kommunikationsgrundrechte geht vor.<sup>33</sup>

Das Wahrheitsgebot gilt allerdings nicht absolut. Es ist wie folgt zu relativieren:

#### A. Ungenauigkeiten sind hinzunehmen

Hinzunehmen sind gewisse journalistische Ungenauigkeiten, weil sonst die journalistische Arbeit gar nicht mehr wahrgenommen werden könnte.<sup>34</sup> In diesem Sinne hat das Bundesgericht festgehalten:<sup>35</sup>

«Indessen lässt nicht jede journalistische Unkorrektheit, Ungenauigkeit, Verallgemeinerung oder Verkürzung eine Berichterstattung insgesamt als unwahr erscheinen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint eine in diesem Sinn unzutreffende Presseäusserung nur dann als insgesamt unwahr und persönlichkeitsverletzend, wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und die betroffene Person dergestalt in einem falschen Licht zeigt bzw. ein spürbar verfälschtes Bild von ihr zeichnet, das sie im Ansehen der Mitmenschen empfindlich herabsetzt.»

Diese Praxis des Bundesgerichts stösst allerdings auf Kritik, insbesondere weil die Rechtsprechung in Zusammenhang mit ungenauer Widergabe von Zitaten mit dem ebenfalls im Persönlichkeitsrecht ver-

29 BGE 127 III 489.

30 BGE 127 III 494.

31 BGE 71 II 191 ff. Vgl. ferner: KARL EGBERT WENZEL, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Köln 1967, S. 72; BGE 129 III 51: «Die Veröffentlichung unwahrer Tatsachen ist demgegenüber an sich widerrechtlich» (Bund Verlag AG gegen Kessler).

32 Vgl. BÄCHLI, (FN 12), S. 105 f.

33 BGE 111 II 214 (Eibel); BGE 122 III 457 (Firmenplanierer).

34 In diesem Sinne MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur 3. A., Bern, 2005, S. 157 (mit Kritik der bundesgerichtlichen Praxis in BGE 126 III 305 E4b/aa und 126 III 209 E3a).

35 BGE 129 III 49 (Schächtverbot).

brieften Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. mit dem Recht am eigenen Wort kollidiert.<sup>36</sup>

Kaum mehr als reine Unkorrektheit durchgehen könnte der Umstand, wie viel Geldmittel im Zeitpunkt des Groundings noch zur Verfügung standen: Während der Sachwalter von insgesamt 123 Mio. CHF ausgeht, wird im Film erwähnt, es seien lediglich 14 Mio. auf dem Konto der Swissair bereitgestanden.<sup>37</sup> Damit suggeriert der Film, dass primär die Banken die Schuld am vorzeitigen Grounding treffe, weil sie der Swissair weitere Finanzierungszuschüsse versagt haben. Eine stark verfälschende Darstellung der tatsächlichen finanziellen Mittel würde das Wahrheitsgebot verletzen.

#### B. Satire und Karikatur

Satire und Karikatur sind prinzipiell hinzunehmen, weil sie definitionsgemäss übertreiben und verfremden, selbst wenn man dieselben als unanständig und übertrieben einstuft.<sup>38</sup> Diese Formen stellen nur unter erschwerten Voraussetzungen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar, wie u.a. im Fall «Medityrannis»;<sup>39</sup> Satire und Karikatur können mit der Glaubens-, Gewissens- und Kulturfreiheit kollidieren, wie der jüngste Streit um die Karikaturen des Propheten Mohammed zeigt.<sup>40</sup> Angewendet auf den Fall des Films Grounding gilt folgendes: Soweit der Film einzelne Persönlichkeiten des Groundings karikiert und überzeichnet darstellt, dürfte im Einzelfall ein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Dies trifft beispielsweise für die dargestell-

ten Rechtsanwälte zu. Der Film verfremdet die Personen und ihre Namen derart stark, dass kein Bezug zu den echten Personen gemacht werden kann. Insofern scheidet eine Persönlichkeitsverletzung aus.

#### C. Kultureller Bereich

Eine Relativierung des Wahrheitsgebotes kann sich im kulturellen Bereich ergeben, was insbesondere für das Filmschaffen gilt.<sup>41</sup> Das Medium Film lebt von der Zuspitzung und der Dramaturgie, weshalb die Anforderung an die wahrheitsgemässe Darstellung nicht gleichermassen aufrechterhalten werden kann wie bei der Pressearbeit. Der Massstab an die Sorgfalt und die Beachtung des Wahrheitsgebots steigt aber auch beim Film, soweit derselbe den Anspruch auf wahrheitsgemässe Darstellung erhebt und nicht nur eine reine Kunstform darstellt. Gleichzeitig sind Konstellationen denkbar, wo das Persönlichkeitsrecht überwiegt, namentlich wenn die Kunstfreiheit zur persönlichen Abrechnung mit dargestellten Personen ausufert<sup>42</sup> oder die Intimsphäre der trauernden Angehörigen eines Toten<sup>43</sup> betroffen ist.

Beim Film Grounding ist davon auszugehen, dass der Persönlichkeitsschutz der betroffenen Personen in den Hintergrund rückt, je mehr der Film fiktive Inhalte übernimmt und zur reinen Kunstform wird. Diesfalls kann der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der dargestellten Personen neben dem bestehenden Informationsinteresse zusätzlich mit überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden, z. B. mit der Kunstfreiheit.<sup>44</sup>

#### 4. Würdigung

Die vorstehend skizzierte Kasuistik zeigt auf, dass Personen der Zeitgeschichte bei einer Veröffentlichung von Bildern – selbst gegen ihren Willen – relativ schutzlos ausgeliefert sind. Eine seit langem anerkannte Schranke ergibt sich aber aus dem Wahrheitsgebot: Soweit ein Tatsachenbericht zur Diskussion steht, hat derselbe auch im Rahmen eines Films grundsätzlich wahr zu sein. Unwahre Behauptungen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung persönlichkeitsverletzend und nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.<sup>45</sup> Hinzunehmen sind gewisse journalistische Ungenauigkeiten.

- 36 Vgl. BRUNO GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Bern 1997, S. 90 ff, insbesondere S. 92.  
37 Vgl. PETER-CHRISTIAN FUETER, Die Verantwortung als zentrale Frage – Der Swissair-Film «Grounding» und der Persönlichkeitsschutz, in NZZ Nr. 40 vom 17.02.2006, S. 15.  
38 Vgl. MEILI (FN 6), Rz 51 zu Art. 28.  
39 Vgl. BGE 95 II 481 ff (Medityrannis, abgedruckt bei HANS MICHAEL RIEMER, (FN 10), S. 501 ff).  
40 NZZ Nr. 32 vom 8.2.2006, S. 2 («Wer bietet am tiefsten?»).  
41 Vgl. hierzu WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 12), S. 169.  
42 Vgl. BGE vom 27. Mai 2003 (Nr. 5C.26/2003), zit. in sic! 10/2003, S. 792 ff (entblösste Oberkörper).  
43 BGE 70 II 127ff.  
44 Art. 21 BV, vgl. hierzu RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 128.  
45 Kritisch: SCHEFER (FN 34), S. 157, mit Verweis auf den benötigten «breathing space» der Presse gemäss der Einsicht des U.S. Supreme Court in: New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271f. (1964).

Die Gegenkorrektur ergibt sich im Bereich des Privaten, indem eine prominente Person vor den Ausuferungen der Paparazzi geschützt wird. Bilder und deren Veröffentlichungen sind grundsätzlich nicht zulässig, soweit die abgebildete Person sich bewusst zurückzieht und nur als Privatperson handelt (Schutz der Privatsphäre).<sup>46</sup> Diese Gegenkorrektur bleibt allerdings den Hauptpersonen des Groundings versagt: Die handelnden Personen sind als Organe von grossen, kotierten Gesellschaften – CS, UBS, Swissair – der Öffentlichkeit ausgesetzt und werden als öffentliche Personen durch das Grounding zusätzlich ins Rampenlicht gerückt. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Berichterstattung und Aufarbeitung des Ereignisses überwiegt deshalb. Allerdings sind die Schranken des Wahrheitsgebots zu beachten.

### III. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten

Um sich gegen allfällige Persönlichkeitsverletzungen im Film Grounding zu wehren, stehen den dargestellten Personen diverse Rechte zu, namentlich die Klagen aus Persönlichkeitsrecht wie auch die vorsorglichen Massnahmen.

#### 1. Klagen aus Persönlichkeitsrecht

Zu den Klagen aus Persönlichkeitsrecht zählen folgende Ansprüche:

- Negatorische Klagen:<sup>47</sup> Unterlassungsanspruch, gemäss welchem der Urheber der Verletzung unter Androhung strafrechtlicher Folgen angehalten wird, die störende Handlung zu unterlassen; Beseitigungsanspruch mit der Aufforderung, die noch bestehende Verletzung zu beseitigen (z. B. Vernichtung eines Filmnegatives); Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung bei schutzwürdigem Interesse.<sup>48</sup>
- Reparatorische Klagen:<sup>49</sup> Berichtigungsanspruch, Schadenersatz und Gewinnherausgabe.

Lässt sich ein Eingriff in die Persönlichkeit rechtfertigen, helfen die vorstehenden Klagen aus Persönlichkeitsrecht nicht. Angesichts des öffentlichen Informationsinteresses können sich die im Kinofilm Grounding dargestellten Personen nur dann er-

folgreich wehren, wenn das Wahrheitsgebot erheblich verletzt oder Persönlichkeitsrechte in sonstiger Weise schwerwiegend betroffen sind, beispielsweise durch Aufnahmen aus dem Privatbereich.

#### 2. Vorsorgliche Massnahmen und Akteneinsicht

Im Vorfeld der Ausstrahlung des Films Grounding konnte sich die Frage stellen, ob allenfalls mittels vorsorglicher Massnahmen eine Ausstrahlung hätte verhindert werden können.<sup>50</sup> Der Film Grounding zählt als einmalig erscheinender Kinofilm nicht zu den periodisch erscheinenden Medien, bei welchen ein vorsorgliches Ausstrahlungsverbot nur unter erschwerten Voraussetzungen zum Tragen käme (sog. Medienprivileg).<sup>51</sup> Bei periodisch erscheinenden Medien wäre demgemäss der qualifizierte Nachweis zu erbringen, dass ein «besonders schwerer Nachteil» vorliegt, «offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund» gegeben ist und die Massnahme «nicht unverhältnismässig» erscheint.<sup>52</sup>

Beim Kinofilm müssen die in den Persönlichkeitsrechten betroffenen Personen lediglich glaubhaft machen, dass sie in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt sind und aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.<sup>53</sup> Es genügt somit eine Behauptung, die der Richter – selbst wenn er von der Wahrheit nicht völlig überzeugt ist – überwiegend für wahr hält.<sup>54</sup> Mittels vorsorglicher Massnahmen kann der angerufene Richter zum Beispiel die Verbreitung eines Buches, das ehrverletzende Passagen enthält, vorläufig

46 Vgl. aber concurring opinion von Judge Zupancic im Fall von Hannover versus Germany, Nr. 59320/00: «The absolute incognito existence is the privilege of Robinson; the rest of us all attract to a greater or smaller degree the interest of other people.»

47 Art. 28a Abs. 1 ZGB.

48 BGE 127 III 485 (Minelli).

49 Art. 28a Abs. 2 ZGB.

50 Bei «dringender Gefahr» denkbar auch als superprovisorische Massnahme, d. h. ohne Anhörung der Gegenpartei (Art. 28d Abs. 2 ZGB).

51 Art. 28c Abs. 3 ZGB. Vgl. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2002, S. 193 f, Rz 815 ff; vgl. auch das Medienprivileg in Art. 10 DSG (beschränkte Auskunftspflicht des Inhabers einer Datensammlung bei periodischen Medien).

52 Vgl. zur spezifischen Hürde bzw. dem Medienprivileg allgemein PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH (FN 51), S. 193, Rz 815 f.

53 Art. 28c Abs. 1 ZGB.

54 Vgl. OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage, Bern 1999, S. 259 Rz 26.

verbieten.<sup>55</sup> Die Beurteilung der Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, kann u. U. die Sicherstellung von Beweisen erfordern. Das Bundesgericht hat hierzu das Feld zu Gunsten der Betroffenen relativ weit abgesteckt:<sup>56</sup>

«... [L]e juge saisi d'une requête de mesures provisionnelles par celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, de notamment prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves. De telles mesures pourraient consister... dans la confiscation de documents, de photos, de dossiers de fichiers d'enregistrements; elles pourraient même aller jusqu'à l'injonction faite à l'intimé de fournir les informations nécessaires pour que le requérant puisse savoir, s'il y a eu ou non atteinte à sa personnalité.»

Die Auffassung des Gerichtes, wonach vorsorgliche Massnahmen zur Beweissicherung bei drohenden Persönlichkeitsverletzungen möglich sein müssen, wird von der Lehre gestützt und auch für die vorgängige Visionierung eines Films bejaht:<sup>57</sup> «Wer Gegenstand eines Films ist, der ihn in seiner Persönlichkeit zu verletzen droht, muss diesen Film vor der Ausstrahlung anschauen können, damit er überhaupt in der Lage ist, mit der erforderlichen Genauigkeit die zu beanstandenden Sequenzen anzugeben, deren Beseitigung gemäss Art. 28 verlangt werden kann.»

Die Betroffenen haben somit grundsätzlich Anspruch darauf, einen Film vorgängig einer Veröffentlichung zu visionieren, soweit Anhaltspunkte einer drohenden Verletzung bestehen.<sup>58</sup> Die im Film *Grounding* dargestellten Personen hätten somit bei entsprechendem Nachweis der drohenden Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich bereits vor der Ausstrahlung Einsicht in das Filmmaterial verlangen können. Für die erforderliche Glaubhaftmachung des Anspruchs hätten sich die Betroffenen des Kinofilms namentlich auf das vor der Ausstrahlung des Films erhältliche Pressematerial abstützen können. Zusätzliches Filmmaterial wäre allenfalls beim Bundesamt für Kultur zu beschaffen gewesen, welches den Film mit CHF 1.5 Mio. subventioniert hat. Dies über ein von der Rechtsprechung anerkanntes Einsichtsrecht in Verwaltungsakten (vorliegend die Subventionsunterlagen), welche grundsätzlich auch ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens den Betroffenen offenzulegen sind.<sup>59</sup>

Das neue Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) vom 17. Dezember 2004 erleichtert diesen Zugang zu Verwaltungsakten:<sup>60</sup> Neu wird gesetzlich geregelt, dass jede Person ein durchsetzbares Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hat. Vorgesehen ist im BGÖ ein Einsichts- und Auskunftsrecht.<sup>61</sup> Es bestehen jedoch vielfältige gesetzliche Ausnahmen, namentlich wenn die Gewährung der Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann.<sup>62</sup> Im Einzelfall könnte dieser Schutz der Privatsphäre Dritter dadurch sichergestellt werden, indem allenfalls vertrauliche Daten abgedeckt und den Betroffenen so zumindest eingeschränkte Einsicht in die Verwaltungsakten gewährt wird.

### 3. Stopp des Kinofilms?

Angesichts der Tatsache, dass der Film *Grounding* ein öffentliches Ereignis aufarbeitet und der Film namentlich nur die Personen der Zeitgeschichte nennt, hätte wohl weder im Vorfeld noch im Nachgang zum Film ein Filmstopp durchgesetzt werden können. Die Filmfreiheit bzw. die Kunst- und allenfalls die Pressefreiheit dürften vorgehen. Je länger die Ereignisse allerdings zurückliegen, umso mehr können Personen, die nicht zur berühmten Person geworden sind bzw. sich nicht in der Öffentlichkeit exponieren, verlangen, dass sie nicht namentlich genannt werden.<sup>63</sup>

55 Vgl. hierzu die Beispiele bei BUCHER (FN 55), S. 156, Rz 628.

56 Vgl. BGE 122 III 355; vgl. ANDREAS BUCHER (FN 55), S. 156, Rz 630.

57 BUCHER, a.a.O., S. 156, Rz 630, allerdings mit Hinweis auf die andere Ansicht von BARRELET, plädoyer 1994, Nr. 1, S. 53 (er qualifiziert diese Massnahmen demgemäss als «Vorzensur»); bejahend für den «vorsorglichen Augenschein», z. B. für die Visionierung einer angekündigten Fernsehsendung: PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH (FN 51), S. 190, Rz 802.

58 Vgl. FRANZ A. ZÖLCH/RENA ZULAUF, Kommunikationsrecht für die Praxis, Bern 2001, S. 54; PETER STUDER/RUDOLF MAYR VON BALDEGG, Medienrecht für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 2001, S. 200.

59 Vgl. BGE 126 I 7; BGE 129 I 249 (wobei keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen; vgl. SCHEFER (FN 34), S. 299, N. 92).

60 Vgl. BBl 2004 7269 (Inkraftsetzung 1. Juli 2006, vgl. Mitteilung EJPd unter <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2006/2006-05-241.html> (zuletzt besucht 2. Juli 2006)).

61 Art. 6 Abs. 1 BGÖ.

62 Vgl. Art. 7 Abs. 2 BGÖ.

63 Vgl. BGE 122 III 457 (Firmenplanierer).



Nicht verhindert werden kann, dass die Namen der Hauptpersonen im Film zum Grounding konkret genannt werden, da es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt.<sup>64</sup> Vielmehr besteht ein Anspruch der Öffentlichkeit darauf, dass derartige Ereignisse auch eine gewisse Zeit nachher aufgearbeitet werden, was auch das Recht auf Namensnennung einschliesst.

#### 4. Gegendarstellungsrecht am Fernsehen

Sollte der Film dereinst am Fernsehen ausgestrahlt werden, ist an das Gegendarstellungsrecht zu denken. Die in der Persönlichkeit unmittelbar betroffenen Personen hätten in diesem Fall die Möglichkeit, im Fernsehen als «periodisch erscheinendem Medium» unrichtige Tatsachen zu berichtigen.

Offen ist die Frage, ob das Kriterium des «periodisch erscheinenden Mediums» auch voraussetzt, dass die Ausstrahlung des Films in einem spezifischen Sendegerät des Fernsehens erfolgt, welches in gewissen Abständen verbreitet wird.<sup>65</sup>

Grundsätzlich müsste die Fernsehanstalt einem Begehren um Gegendarstellung des Films durch nachträgliche Einblendung der Richtigstellung stattgeben, was auch bei der Ausstrahlung des BBC-Films *Nazigold* ein Diskussionsthema war und zu einer Programmrechtsbeschwerde führte.<sup>66</sup> Zu langes Zuwarten mit rechtlichen Schritten gegen den Film selber könnte unter Umständen zur Verwirkung der Ansprüche auf Gegendarstellung führen. Hingegen heisst Zuwarten nicht, dass die Inhalte akzeptiert sind.

#### 5. Vertragliche Gestaltung

Die Akteure des Kinofilms *Grounding* hätten im Vorfeld auch einen «Gestattungsvertrag» (sog. *Depiction Release*) mit dem Produzenten abschliessen können.<sup>67</sup> Im Rahmen des Gestattungsvertrages könnte zum Beispiel das Recht zur Namensverwendung geregelt werden, dies gegen das Recht, bei der Umsetzung des Drehbuchs mitwirken zu können. Dem Inhalt eines Gestattungsvertrages wären

angesichts der zu wahrenen Berufsgeheimnisse der involvierten Personen und Unternehmen – u. a. Bank- und Anwaltsgeheimnis – allerdings im Vorfeld des Films *Grounding* enge Schranken gesetzt gewesen.

#### IV. Fazit

Die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der dargestellten Personen im Film *Grounding* sind entsprechend beschränkt. Noch vor Ausstrahlung des Kinofilms hätte bei Glaubhaftmachung der drohenden Verletzung und eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils als Beweissicherungs-massnahme ein vorsorglicher Augenschein – d. h. die Visionierung des Films – verlangt werden können. Bei Erhärtung einer Persönlichkeitsverletzung könnte unter Umständen auch nachträglich ein Ausstrahlungsverbot verlangt werden. Der Filmstopp würde als schwerer Eingriff in grundrechtliche Interessen allerdings eine sorgfältige Interessenabwägung voraussetzen. Nur wenn wirklich schwerwiegende Beeinträchtigungen vorliegen, kann sich eine solche Massnahme im Einzelfall rechtfertigen.

Angesichts des öffentlichen Informationsinteresses an der Aufarbeitung der Geschehnisse des *Grounding* der *Swissair* wäre ein Ausstrahlungsverbot kaum angemessen; dies jedenfalls soweit die Fakten stimmen und das Private der dargestellten Personen ausgeklammert bleibt. ■

64 Bejaht für den Vorstandsvorsitzenden der Hoechst AG (Walter Hilger); vgl. PRINZ/PETERS (FN 9), S. 568 (vom Bundesgerichtshof BGH wurde allerdings – mangels Entscheidungserheblichkeit – offenbar offen gelassen, ob es sich um eine absolute oder relative Person der Zeitgeschichte handelt).

65 Art. 28g ZGB; vgl. hierzu BEATRICE BÄNNINGER, Die Gegendarstellung in der Praxis, Diss. Zürich 1998, S. 150. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Gesetzestext einzig auf das Verbreitungsmedium abstellt (explizit genannt sind Presse, Radio, Fernsehen), so dass es von daher keine Rolle spielen kann, ob der ausgestrahlte Film in ein «regelmässigen oder unregelmässigen Abständen verbreitetes Sendegerät» eingebettet ist oder nicht [z. B. DOK (SF) oder Echo der Zeit (Radio DRS)]. Der Ort der Platzierung der Gegendarstellung wäre allerdings wegen der einmaligen Ausstrahlung im Einzelfall noch zu klären].

66 Entscheidung der UBI vom 24.10.1997, publiziert in VPB 62.50.

67 HOMANN (FN 3), S. 139.

# Le placement de produit dans les programmes de radio-télévision: libéralisation en vue?

*Bertil Cottier*

*Professeur, Faculté des sciences de la communication, Université de la Suisse italienne, Préverenges*

*Nicolas Capt*

*DEA en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies, Rolle*

**Zusammenfassung:**  
Sowohl im Ausland als auch in der Schweiz werden die Regeln über das Product Placement liberalisiert. Auf europäischer Ebene zeichnen sich klare Linien der Regelung der umstrittenen, aber immer mehr benutzten Werbeform ab – nicht so in unserem Land. Der Entwurf der neuen Radio- und Fernsehverordnung basiert weiterhin auf dem Verbot der Schleichwerbung und weicht die strikte Haltung nur in den Bereichen Sponsoring und neuen Techniken wie Splitscreen und virtuelle Werbung auf.

## I. Introduction

Un fort vent de libéralisation souffle, dans notre pays, sur le régime de la publicité radiodiffusée. La nouvelle loi sur la radio et la télévision (nLRTV), adoptée le 24 mars dernier après d'âpres discussions au Parlement fédéral, non seulement autorise la publicité pour les boissons alcoolisées mais aussi augmente les possibilités d'interrompre une émission par des messages commerciaux.

Cette flexibilisation touche-t-elle également le placement de produit, autrement dit l'insertion délibérée de communications publicitaires de toutes sortes au sein du programme? A première vue, on pourrait répondre par la négative. La nLRTV se contente en effet de reconduire le statu quo: à savoir une interdiction catégorique de la publicité clandestine (art. 10 al. 3)<sup>1</sup>.

Cela dit, un examen plus attentif de la nLRTV nous contraint à nuancer notre réponse. L'article 9 al. 1 de ce texte contient en effet une délégation de compétences permettant au Conseil fédéral de limiter des procédés

publicitaires qui transgressent le sacro-saint principe de la séparation entre promotion commerciale et programme. Or qui dit limiter, dit autoriser (même si c'est sous conditions). La nLRTV a ainsi entrouvert la porte aux mélanges des genres. Et notre gouvernement entend tirer parti de cette prérogative, puisque le projet d'ordonnance sur la radio-télévision, mis en consultation au début de l'été 2006, donne le feu vert au parrainage promotionnel et à ces techniques nouvelles que sont les écrans partagés, la publicité virtuelle et la publicité interactive. Des procédés intrusifs qui étaient jusqu'alors bannis.

Le régime juridique du placement de produit est donc aujourd'hui en ébullition. En prévision des prochaines échéances, il est judicieux de faire le point sur le statut (*de lege lata et de lege ferenda*) de ce procédé dont d'aucuns estiment qu'il constitue aujourd'hui le gros du contingent des violations du régime de la publicité radiodiffusée<sup>2</sup>. Des estimations qui sont corroborées par les faits: au printemps 2006, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) a entrepris une surveillance systématique des programmes de télévision au niveau régional-linguistique et au niveau local. Le constat est accablant: la grande majorité des diffuseurs examinés étaient en infraction.<sup>3</sup>

L'objectif de la présente contribution ainsi défini, il importe de souligner que celle-ci sera axée sur le droit suisse; nous ne manquerons toutefois pas de faire un bref détour par le droit européen qui, lui aussi, évolue vers plus de tolérance en matière de placement

- 1 Les débats parlementaires n'ont pratiquement pas abordé la question du placement de produit.
- 2 CHRISTIAN GAVALDA/PIERRE SIRINELLI, Droit des médias et de la communication (Lamy), Paris 2004, ad 333-12.
- 3 CAROLE WINISTÖRFER-GERBER, Recensement systématique de la publicité clandestine, OFCOM, 19 juillet 2006, disponible sur le site: <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/3333.pdf>

de produit. Mais avant de passer le droit à la loupe, il importe de dire quelques mots sur les enjeux de cette technique publicitaire, et notamment de rappeler le pourquoi d'un régime voulu à l'origine très restrictif.

## II. Le placement de produit: un procédé controversé

Assimilé, sans autre distinction, à la publicité clandestine<sup>4</sup>, le placement de produit a pendant longtemps été très mal vu; et ce, pour diverses raisons.

Première critique essuyée par ce procédé: il entre en conflit frontal avec un principe cardinal du régime de la radiodiffusion, celui de la stricte séparation entre le programme et la publicité (*Trennungsgebot*). Ce principe, qui est ancré tant dans l'ancienne que dans la nouvelle LRTV (respectivement, art. 16 et art. 9)<sup>5</sup>, entend prévenir toute manipulation du téléspectateur-consommateur: interpellé par une promotion commerciale à un moment où il ne s'y attend pas, il serait privé de sa liberté de décision<sup>6</sup>. Le téléspectateur sait en effet (ou à tout le moins est présumé savoir) que dans le secteur programmatique prévaut un haut standard de diligence: les présentations doivent être équilibrées et fidèles. Tout le contraire dans le secteur dédié aux écrans publicitaires: la propagande peut y régner en maître, faute d'exigences qualitatives

particulières (sauf à ne pas diffuser de messages fallacieux<sup>7</sup> et, bien entendu, à respecter les règles générales ressortissant au droit commun de la publicité, notamment les interdits posés par la loi contre la concurrence déloyale<sup>8</sup>).

A cette justification de l'interdiction du placement de produit, s'en ajoutent d'autres, qui, si elles sont moins fréquemment avancées, sont tout aussi pertinentes, telle la nécessité d'assurer la neutralité du radiodiffuseur dans la compétition économique ou le risque d'influence indue de l'annonceur sur le contenu des programmes (et en conséquence la mise en danger de l'autonomie du radiodiffuseur). En outre, suivant la manière dont le message promotionnel est inséré dans l'émission (superposition ou incrustation notamment), une atteinte à l'intégrité de l'œuvre diffusée, en particulier aux droits moraux de l'auteur, ne saurait être exclue.

La dernière objection tient aux risques de contournement des règles limitant la durée de la publicité radiodiffusée. Il est vrai— et la presse écrite qui est le principal bénéficiaire de ces limitations a beau jeu de s'en plaindre— que le placement de produit permet de diffuser des promotions commerciales au mépris des restrictions temporelles, qu'elles soient horaires ou journalières<sup>9</sup>.

## III. L'interdiction de la publicité clandestine en pratique

Cette interdiction est facile à poser, mais beaucoup plus difficile à faire respecter. Ici, la mention de produits à l'écran ou au micro est inévitable; là, elle est, en pratique, difficile à combattre; ailleurs, elle peut se justifier par le besoin de compenser la perte d'efficacité de la publicité radiodiffusée classique. Mais voyons cela de plus près.

Au chapitre de l'inévitable, il y a d'abord les émissions d'information des consommateurs, où des produits déterminés sont décrits, comparés et évalués, et celles qui ont justement pour thème la publicité. Quoique qu'ils poursuivent des objectifs différents, ces deux types de programmes ont un trait commun: les présentations ne recherchent pas délibérément un effet publicitaire; si promotion il y a, le producteur des biens ou services mentionnés n'y est pour rien; il n'a

**Résumé:** *Tant à l'étranger qu'en Suisse, le régime juridique du placement de produit à la radio et à la télévision est en voie de libéralisation. Si la nouvelle réglementation qui se dessine au niveau européen va enfin clarifier le statut d'un vecteur de publicité controversé mais toujours plus fréquemment utilisé, il est à craindre qu'il n'en sera pas de même dans notre pays. La nouvelle LRTV comme le projet d'ordonnance d'exécution continuent à se fonder sur une interdiction de la publicité clandestine, quitte à prévoir quelques aménagements pour le parrainage promotionnel ou pour les nouvelles techniques que sont l'écran partagé ou la publicité virtuelle.*

- 4 Le message du Conseil fédéral à la nLRTV (28 décembre 2002, FF 2003 1425ss) est emblématique de cette confusion: s'il évoque par trois fois le placement de produit, c'est simplement pour signaler qu'il s'agit d'une forme «proche» ou «pas très éloignée» de la publicité clandestine.
- 5 Ce principe fondamental est aussi au cœur de la directive européenne sur la télévision transfrontière (89/552/CEE); son article 10 dispose en effet que: «La publicité télévisée doit être aisément identifiable comme telle et être nettement distincte du reste du programme grâce à des moyens optiques et/ou acoustiques».
- 6 Corollaire du principe de séparation: l'interdiction faite aux animateurs des programmes d'apparaître dans des spots télévisés (art. 18 al. 1 LRTV et art. 9 al.2 nLRTV).
- 7 Art. 15 ORTV.
- 8 RS 241. On songe en particulier à l'interdiction du dénigrement de concurrents (art. 3 let. a LCD).
- 9 Ce n'est d'ailleurs pas le seul risque de fraude: les interdictions de publicité pour l'alcool ont souvent été contournées par du placement de produit pour des bières.

ni financé le diffuseur, ni même commandité le message<sup>10</sup>. A la différence d'une autre catégorie de promotions: les prix des concours radiodiffusés; le plus souvent en effet, ils sont offerts par un parrain qui table sur l'exhibition de ses produits lors de la présentation du palmarès.

Aussi fréquent que difficile à combattre est le placement de produit «importé», qui résulte de la diffusion d'oeuvres cinématographiques ou de séries télévisées étrangères contenant des références publicitaires. Dans le premier cas, l'asymétrie du régime juridique du placement de produit en est la cause: si la publicité clandestine est interdite en radiodiffusion, elle est parfaitement licite dans les autres médias (sauf restrictions d'ordre éthique<sup>11</sup>). On comprend dès lors que ce procédé soit devenu monnaie courante au cinéma; ainsi, pour prendre un exemple particulièrement frappant, les long-métrages américains qui ne font pas de la promotion indirecte pour les ordinateurs Apple – la célèbre pomme bien en vue dans le champ de la caméra – se font de plus en plus rares<sup>12</sup>. Le placement de produit dans les séries télévisées tient en revanche à la différence de régime juridique de la publicité radiodiffusée de par le monde: nombre de pays, à commencer par les Etats-Unis, règlementent peu (ou même pas du tout) le placement de produit à la radio et à la télévision. Dans ces deux hypothèses, et pour autant que la publicité clandestine se fasse modérée, la tolérance est de mise.

Avec l'apparition des nouvelles techniques publicitaires que sont l'écran partagé et la publicité virtuelle, le placement de produit a pris une nouvelle orientation; la promotion commerciale devient étrangère au scénario de l'émission: soit elle est diffusée en marge de celle-ci, soit elle est insérée après coup. L'avènement de ces nouveaux procédés, fruits du progrès technique, se veut la réponse à une perte d'audience des messages publicitaires traditionnels. Dans un environnement multi-chaînes, le spectateur «zappe» les spots publicitaires et va se positionner, le temps des messages commerciaux, sur une autre chaîne; il y a plus, depuis peu sont apparus sur le marché des magnétoscopes qui reconnaissent les publicités et les éliminent des enregistrements. Intégrant la promotion commerciale au programme lui-même, les nouvelles techniques s'imposent au téléspectateur qui ne peut échapper à la publicité sans renoncer à son émission favorite.

L'écran partagé (ou *splitscreen*) consiste en effet en la diffusion parallèle, sur le même écran, d'une émission à contenu rédactionnel et de messages commerciaux. Le signal émis est ainsi divisé en deux parties (ou plusieurs): l'une diffuse le programme régulier, l'autre de la publicité (un peu comme une page d'un quotidien peut contenir à la fois de l'information et de la réclame)<sup>13</sup>. La différence avec le placement de produit classique tient au fait qu'il n'y a pas à proprement parler confusion des genres, car une séparation formelle entre les deux émissions subsiste<sup>14</sup>.

La publicité virtuelle quant à elle permet d'insérer électroniquement un message commercial – généralement un logo ou un slogan – au sein du programme. Ce message peut recouvrir un message déjà existant – une publicité pour Coca-Cola qui se substituerait à une affiche pour Pepsi-Cola apposée en bordure d'un terrain de sport – ou venir s'incruster électroniquement sur une surface quelconque du décor (une pelouse ou un mur, par exemple).

#### IV. L'évolution du droit européen en bref

Au sein de l'Union européenne, la libéralisation du placement de produit est en marche. Certes, nombreux sont les Etats membres qui étaient déjà plutôt tolérants en la matière, à commencer par l'Allemagne qui a autorisé, en 2000 déjà, l'écran partagé et la

- 10 Cette question a fait l'objet d'une vive discussion en France. Finalement, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a édicté une circulaire le 22 septembre 1997 disposant que pareilles émissions ne sont licites que «dans la mesure où elles traitent notamment de l'actualité de la publicité, de son histoire, de son économie et ont un caractère informatif».
- 11 Voir, pour la presse écrite, la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste directive, directive 10.1: «La séparation entre la partie rédactionnelle, respectivement le programme, et la publicité doit être signalée de manière visible et claire pour l'entendement. Il est de la responsabilité du/de la journaliste d'observer cette séparation et de ne pas la transgresser en intégrant de la publicité clandestine dans les articles ou émissions. La transgression intervient lorsque la mention d'une marque, d'un produit ou d'un service, ou la répétition de cette mention, ne répond pas à l'intérêt public légitime ni à l'intérêt des lecteurs ou auditeurs à être informés».
- 12 Pour plus de détails sur le placement de produit dans les films, voir SANDRA VINCIGUERRA, La nouvelle pub: plus on la voit, moins on la reconnaît, Le Courrier, 23 novembre 2002.
- 13 Une variante moins intrusive de l'écran partagé est la diffusion simultanée d'une émission et de messages publicitaires sous forme de textes défilant au bas de l'écran.
- 14 En théorie du moins, car de la publicité clandestine peut s'infiltrer dans la partie programmatique...

publicité virtuelle<sup>15</sup>. Reste que les plus restrictifs devront bientôt lâcher du lest: en 2004 déjà, la Commission européenne avait fait savoir que rien dans le droit communautaire en vigueur ne permettait a priori d'interdire ces nouvelles techniques publicitaires<sup>16</sup>. Le projet de révision (profonde) de la directive télévision sans frontières, qui a été publié par la Commission en décembre 2005, poursuit dans la voie de l'indulgence en faisant tomber d'autres barrières au placement de produit<sup>17</sup>. L'objectif de cette flexibilisation est clair: augmenter les rentrées financières des radiodiffuseurs et promouvoir la compétitivité du marché des services audio-visuels.

Le projet de révision reconnaît ainsi pleinement la licéité du placement de produit, mais l'enserme dans un cadre juridique circonstancié, qui rappelle plus celui du parrainage que celui de la publicité<sup>18</sup>. Comme pour le sponsoring, le principe de base est la transparence: l'auditeur ou le téléspectateur ne doivent pas être pris au dépourvu. D'où une première règle fondamentale: les téléspectateurs doivent être clairement informés, au début de toute émission, que des séquences comporteront du placement de produit<sup>19</sup>. A défaut, on a affaire à de la publicité clandestine, qui, elle, est dans tous les cas inadmissible.

Seconde partie du dispositif législatif: certaines émissions sont plus sensibles que d'autres, partant le placement de produit y sera prohibé. Sont ainsi des zones interdites, les émissions d'informations et d'actualités d'une part, les documentaires d'autre part; ouvrir ces émissions au placement de produit, c'est risquer la prise d'influence de l'annonceur sur le programme et la manipulation de l'audience. L'interdiction du placement de produit au sein des émissions pour les enfants répond quant à lui à une autre logique: même avertis, les enfants, surtout ceux en bas-âge, ne sont pas en mesure de distinguer l'information de la propagande commerciale.

Enfin, il va sans dire que le placement de produits interdits de publicité (tel le tabac ou les médicaments vendus sur ordonnance) est prohibé.

## V. La Suisse: état des lieux

### 1. Un cadre juridique strict mais lacunaire

Le statut du placement de produit est encore incertain en droit suisse. Il se fonde sur

des dispositions très générales de la loi fédérale sur la radio et la télévision<sup>20</sup> et de son ordonnance d'application<sup>21</sup>. L'alinéa 1er de l'art. 18 LRTV prévoit ainsi que «la publicité<sup>22</sup> doit se distinguer des autres parties du programme et être clairement reconnaissable comme telle». Dans cette perspective, l'ORTV précise que la séparation doit s'opérer par un signal acoustique ou optique, placé au début et à la fin de la séquence commerciale<sup>23</sup>. Plus important, elle interdit la publicité clandestine, soit «en particulier l'utilisation contre rémunération de produits ou de services à des fins publicitaires lorsqu'elle a lieu hors de son cadre spécifique»<sup>24</sup>. A ces trois dispositions, il faut ajouter une norme qui vise un cas particulier de placement de produit, le parrainage promotionnel. L'art. 19 al. 3 LRTV défend en effet aux émissions parrainées «d'inciter à passer des contrats portant sur les produits ou les services du parrain ou d'un tiers, en particulier en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services».

Apparemment clair, ce cadre juridique s'est pourtant avéré insuffisamment circonstancié pour tenir compte des réalités pratiques,

- 15 Non sans les soumettre à un cadre restrictif (voir respectivement les nouveaux alinéas 4 et 6 de l'article 7 du «Rundfunkstaatsvertrag»). Pour plus de détails, BERND HOLZNAGEL ET DANIEL STEENER, Die Zulässigkeit neuer Werbeformen – Von der Splitscreentechnik zu den neuen interaktiven Werbestrategien im Fernsehen, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2004, p. 617ss.
- 16 Communication interprétative de la Commission, du 23 avril 2004, relative à certains aspects des dispositions de la directive «Télévision sans frontières» concernant la publicité télévisée [COM(2004) 1450-Journal officiel C 102 du 28.04.2004].
- 17 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85/552/CE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (13 décembre 2005; ci après la Proposition de directive); cette proposition a été favorablement accueillie par le Conseil le 18 mai 2006. Pour un aperçu des principaux enjeux de la révision, voir FRANÇOIS JONGEN, La directive Télévision sans frontières va changer de nom, *medialex* 1/06, p. 12s.
- 18 D'ailleurs la plupart des dispositions de la Proposition de directive sont communes au parrainage et au placement de produit (cf. art. 3<sup>nonies</sup> al. 1, 2 et 4).
- 19 Art. 3<sup>nonies</sup>, al. 1, lettre c; cette disposition s'applique non seulement aux services classiques de radiodiffusion (services dits linéaires), mais aussi aux services non linéaires (tel le *podcast*).
- 20 LRTV, RS 784.40.
- 21 ORTV, RS 784.401.
- 22 L'art. 11 al. 1<sup>er</sup> ORTV la définit comme «toute annonce publique effectuée pour passer un acte juridique portant sur des produits ou des services, pour promouvoir une cause ou une idée, ou pour produire quelque autre effet souhaité par l'annonceur, celui-ci disposant d'un temps d'émission moyennant rémunération ou contrepartie similaire».
- 23 Art. 12 al. 1<sup>er</sup> 1<sup>ère</sup> phrase ORTV.
- 24 Art. 15 al. 2 ORTV.

notamment des diverses situations, présentées sous chiffre III, dans lesquelles une certaine tolérance est de mise. La jurisprudence a comblé certaines lacunes, en dégagant des critères permettant de distinguer les cas de placement de produit licites de ceux qui tombent sous le coup de l'interdiction de la publicité clandestine. Nous allons passer en revue ces jalons, mais il faut d'emblée souligner que la jurisprudence topique est difficile à analyser, et ce pour deux raisons. En premier lieu, elle est le fait de deux autorités aux compétences parallèles: l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) et l'Office fédéral de la communication (OFCOM)<sup>25</sup>. Enfin, elle se révèle fluctuante, notamment du fait que l'AIEP a changé de cap à plusieurs reprises.

## 2. Les jalons posés par la jurisprudence

### A. Remarques préliminaires

Plusieurs critères - positifs, négatifs, voire sans pertinence - ont été dégagés: la volonté d'informer, la fréquence de la communication commerciale, sa nécessité pour la dramaturgie ou encore sa diffusion gratuite.

Nous avons choisi de donner un coup de projecteur sur les seuls *leading cases*. La diversité des éléments pris en compte pour juger de la licéité d'un placement de produit illustre avant tout la difficulté d'appréhender cet instrument sous toutes ses facettes, notamment d'établir des indices indiscutables d'un effet publicitaire crasse.

### B. La volonté d'informer

Dans une décision remontant à 1990, l'AIEP a rejeté une plainte visant l'émission de consommateurs «Kassensturz»<sup>26</sup>. Cette dernière avait diffusé, à la veille des fêtes de fin d'année, un test comparatif de vins mous-

seux et de champagnes. Le plaignant soutenait notamment que l'indication de marques violait l'interdiction de la publicité clandestine. L'AIEP n'a pas été de cet avis. Elle a au contraire estimé que, quand bien même l'émission contestée aurait pu produire un effet publicitaire indirect, celui-ci était sans commune mesure avec l'intérêt et la valeur des informations communiquées. Cette décision consacre l'autorisation du placement de produits à des fins de pure information.

### C. La fréquence de l'insertion commerciale

Autre décision à relever, celle prise par l'AIEP en 1997 dans l'affaire «Verkehrsinformationen DRS TCS»<sup>27</sup>. En cause la mention, au début des bulletins d'informations routières diffusées par la radio DRS, des noms de fournisseurs des informations, les organisations de défense des automobilistes «TCS» et «ACS». Le plaignant dénonçait notamment un cas de publicité politique clandestine. L'AIEP a considéré que la fréquence avec laquelle les noms TCS et ACS étaient cités posait problème. Elle a toutefois estimé que l'on ne pouvait pas parler de publicité indirecte illicite car, en l'espèce, les auditeurs percevaient avant tout l'information. Bien que l'AIEP ait ainsi rejeté la plainte, la décision est importante car elle souligne que l'insistance et la répétition sont des éléments qui entrent en jeu dans l'appréciation de la licéité d'un placement de produit.

### D. La nécessité pour la dramaturgie

Dans une décision de 1999<sup>28</sup>, l'AIEP a rejeté une plainte dirigée contre le *talk show* «Swiss Date», lequel avait été filmé dans un studio transformé pour l'occasion en bar. Le plaignant reprochait au diffuseur d'avoir toléré deux panneaux publicitaires pour une marque de bière dans le champ de la caméra. A cette occasion, l'AIEP, modifiant sa jurisprudence<sup>29</sup>, a restreint la licéité du placement de produit dans les œuvres de fiction et de divertissement aux seuls cas où l'insertion commerciale participe du réalisme du décor. En l'espèce, elle a estimé que les panneaux publicitaires, bien que grands et très visibles, remplissaient cette nouvelle condition.

### E. Le placement sans contrepartie

En 2005, l'AIEP s'est penché sur le cas d'un reportage de la Télévision suisse italienne,

25 Pour plus de détails sur les voies de droit, voir infra V.7.

26 Décision de l'AIEP du 2 mars 1990, publiée in JAAC 55/1991, N° 35, p. 320.

27 Décision de l'AIEP b. 331 du 30 mai 1997 publiée in *medialex* 3/97, p. 166ss.

28 Décision de l'AIEP du 10 décembre 1999.

29 Auparavant, la publicité n'était clandestine que lorsque l'impact publicitaire était plus grand que la valeur de l'information communiquée (cf. notamment décision de l'AIEP b.331 précitée). Cette pratique avait été critiquée par la doctrine. Pour plus de détails, voir CHRISTOPHE BEAT GRABER, Danaergeschek für die Meinungsfreiheit? Zur Vermischung von Werbung und Programm in Radio und Fernsehen, *medialex*, 1/98, p. 35ss.

tourné quelques mois après le terrible Tsunami qui venait de ravager la Thaïlande; ce reportage, diffusé dans le cadre de l'émission d'information «Il Quotidiano», présentait notamment la collecte de fonds lancée par un entrepreneur tessinois établi à Phuket, pour financer des projets de reconstruction<sup>30</sup>. Peu avant la fin la séquence, un numéro de compte bancaire, accompagné de la mention du nom de l'entrepreneur, avait été affiché à l'écran, en surimpression, pendant neuf secondes. L'AIEP a estimé qu'il aurait été possible de relater ce projet d'assistance de manière satisfaisante sans afficher le numéro de compte. Tout en admettant que l'émission a été diffusée dans une période particulière et qu'elle ne poursuivait pas de but lucratif, l'AIEP a été d'avis qu'on ne saurait, même dans de telles circonstances, déroger à l'interdiction de la publicité clandestine<sup>31</sup>. Il s'ensuit que l'absence de contrepartie ne rend pas en soi licite le placement de produit.

#### F. Les décisions de l'OFCOM

A ces décisions de l'AIEP, s'ajoutent celles, plus nombreuses, de l'OFCOM<sup>32</sup>. Sans qu'il n'y soit jamais fait référence à la pratique de l'AIEP, celles-ci ne se démarquent pas de la ligne suivie par cette autorité. Dès lors, on se bornera à mentionner, à titre illustratif, trois cas où l'OFCOM a sanctionné un placement de produit illicite en raison d'un effet publicitaire délibéré et manifeste: d'abord l'émission «Hitzsigg»<sup>33</sup> où des gobelets *Quick Lunch* avaient été ostensiblement dégustés par les protagonistes, ensuite l'émission de télé-réalité «Traumjob»<sup>34</sup> qui déroulait ses fastes dans un palace nommément désigné et filmé sous toutes ses coutures, enfin le cas le plus récent qui met en cause la présentation dithyrambique d'un téléphone portable de «Coop Mobile- Prix Garantie», dans un épisode du sitcom satirique «Café Bâle»<sup>35</sup>.

*Last but not least*, il importe de relever que l'OFCOM a posé l'interdiction de l'écran partagé, estimant que cette technique contrevenait à l'obligation de séparer - sur le plan temporel - la partie publicitaire du reste du programme<sup>36</sup>.

#### 3. Un bilan

Cet examen sommaire de la jurisprudence sur le placement de produit nous permet de

constater que certaines clarifications bienvenues ont été apportées. L'instrument est toléré, mais à deux conditions cumulatives: d'une part, l'insertion commerciale est nécessaire pour la dramaturgie ou la communication de l'information, d'autre part son effet publicitaire doit rester modéré. Cela dit, deux observations s'imposent.

Premièrement, aucune décision jurisprudentielle n'aborde la question de la diffusion d'œuvres étrangères contenant du placement de produit. Cette absence peut partiellement s'expliquer par la volonté de l'OFCOM - qui pourtant a le pouvoir d'intervenir d'office - de ne pas s'aventurer sur un terrain instable qui pourrait risquer de priver les spectateurs suisses d'une large palette de fictions très populaires. Reste que d'une manière générale, un régime juridique identique doit gouverner la diffusion d'émissions produites en Suisse et la diffusion de celles produites à l'étranger. Ainsi, l'AIEP a rappelé que «la liberté de réception de l'article 52 LR-TV n'est pas un blanc seing qui donnerait le droit de diffuser ou de regarder toutes les émissions dès l'instant où elles ont été destinées à un public étranger, sans que le droit suisse des programmes s'applique»<sup>37</sup>. Quoi qu'il en soit, on pourrait exiger plus de rigueur, car la technique permet aujourd'hui d'effacer, sans perte de qualité d'image, les présentations d'une marque ou d'un logo.

Deuxièmement, les critères - apparemment solides - retenus par la jurisprudence n'ont pas toujours été mis en œuvre de façon conséquente. Ainsi, l'exigence de la nécessité pour la dramaturgie n'a pas été appliquée

30 Décision de l'AIEP b.510 du 1<sup>er</sup> juillet 2005.

31 Seules exceptions posées à ce principe, les récoltes de fonds orchestrées par des organisations caritatives d'envergure nationale et les émissions dédiées à une cause particulière.

32 Cela dit, il convient d'observer que la plupart d'entre elles concernent moins le placement de produit proprement dit que les références promotionnelles aux produits du parrain.

33 Décision de l'OFCOM «Quick Lunch» du 10 janvier 2001.

34 Décision de l'OFCOM «Traumjob- Victoria Jungfrau» du 15 juillet 2005, confirmée par le DETEC le 30 juin 2006.

35 Décision de l'OFCOM «Coop Mobile- Prix Garantie» du 18 juillet 2006 (pas encore entrée en force). Une actrice du sitcom exhibait son nouveau téléphone portable en déclarant: «Aber he, das ist im Fall ein süpergünstiges Angebot gewesen, die gibt's doch jetzt überall, in jedem Coop-Supermarkt mit Kiosk... die alte Nummer kann man zum Glück behalten... es ist überhaupt megapraktisch, he, du kannst du im Fall an jeder Coop-Kasse aufladen un sogar mit Super-Punkten bezahlen!». On relèvera encore que l'épisode lui-même était parrainé par «Coop Mobile- Prix Garantie».

36 Décision de l'OFCOM «Aphrodisia» du 13 décembre 2001.

37 Décision de l'AIEP b.521 du 27 janvier 2006

correctement dans le cas d'espèce même qui a été à son origine. Les deux panneaux publicitaires pour une marque de bière présents sur la scène de l'émission «Swiss Date» se trouvaient en plein champ de la caméra. Le réalisme pouvait certes commander de décorer le studio comme l'aurait été le bar qu'il était censé figurer. En revanche, il importe de ne pas confondre utilité et nécessité. L'ambiance d'un bar aurait ainsi très bien pu être recrée sans l'utilisation de ces panneaux. Il s'agissait dès lors d'un cas flagrant de placement de produit illicite. Qui plus est pour un produit alors strictement interdit de publicité...

Autre exemple d'incohérence, l'extension de l'interdiction de la publicité clandestine à la réclame caritative non rémunérée consacrée par la décision «Il Quotidiano»<sup>38</sup>. On touche là aux confins de la notion même de la publicité. Il n'était en effet aucunement question de placement de produit à des fins mercantiles mais d'un appel à des dons pour une action de bienfaisance. Certes, l'exigence de transparence était mise à mal du fait que le téléspectateur ne pouvait savoir si la chaîne de télévision était impliquée dans le projet ou si ce dernier était le fait d'un simple particulier. Cela étant, l'AIEP aurait dû se contenter de blâmer le reportage sous l'angle du non respect des principes de diligence journalistique (art. 4 LRTV). En choisissant d'intervenir sous l'angle de la publicité clandestine, elle est allée à l'encontre des intentions réglementaires de l'Union européenne: la Proposition de directive précise en effet que les appels en faveur d'œuvres de bienfaisance diffusés gratuitement ne sont pas des communications commerciales<sup>39</sup>, partant ils peuvent être librement insérés dans le programme.

## VI. Les réponses partielles apportées par la nouvelle législation

### 1. Le nouveau cadre général

Ce cadre s'articule encore et toujours autour d'une interdiction de la publicité clandestine, interdiction qui cette fois est ancrée au

niveau de la loi<sup>40</sup>. La portée de cette interdiction est précisée dans le projet d'ordonnance, lequel dispose qu'«on entend par publicité clandestine toute annonce diffusée gratuitement ou à titre onéreux dans la partie rédactionnelle d'un programme et contenant un effet publicitaire au sens de l'art. 2, let. k LRTV, lorsque a. le diffuseur recherche intentionnellement cet effet publicitaire et que b. le public peut être induit en erreur quant au véritable but de l'annonce ou de la présentation<sup>41</sup>». Rien n'est dit en revanche du placement de produit, encore moins des conditions de son admissibilité. En outre, il y a lieu de relever que le projet d'ordonnance excède la volonté du législateur: celui-ci a en effet exclu de la notion de publicité les promotions gratuites<sup>42</sup>. Or le projet d'ordonnance, dans la ligne de la regrettable décision «Il Quotidiano», fait tomber sous le coup de la publicité clandestine les annonces non onéreuses, notamment caritatives. Enfin, on peut craindre que l'ajout à la définition de la publicité clandestine d'une condition subjective – la recherche intentionnelle d'un effet publicitaire – ne vienne encore compliquer la tâche de l'autorité de surveillance. L'effet publicitaire étant déjà en soi un concept complexe, apporter la preuve de son intention sera une entreprise périlleuse. Il y a plus; l'exigence que le public puisse être induit en erreur quant au véritable but de l'annonce ou de la présentation pour que la publicité soit qualifiée de clandestine est étrange. En clair, cela signifie qu'une réclame située au cœur du programme mais qui n'induit pas le public en erreur sur son véritable but ne tombe pas sous le coup de la publicité clandestine. On peine à comprendre la portée de cette seconde condition et ses éventuelles conséquences pratiques.

Le projet d'ordonnance régleme aussi la «présence du parrain dans l'émission», à savoir le parrainage promotionnel<sup>43</sup>: «les biens ou services mis à disposition par le parrain peuvent être intégrés dans l'émission. Cette intégration ne doit toutefois entraîner aucun effet publicitaire pour le parrain ou pour des tiers». Le second alinéa du même article prévoit que, dans ce cas, le placement de produit doit être signalé en début d'émission. Cette exigence a le mérite d'être conforme au principe de transparence. Cela dit, à nos yeux, la condition de l'absence d'effet publicitaire n'a aucun sens. On voit mal ce qui

38 Voir supra V.2.E.

39 Chiffre 18 du préambule de la Proposition de directive.

40 Art. 10 al.3 nLRTV.

41 Art. 10 al.1 pORTV.

42 La définition de la publicité posée par l'art. 2 let.k nLRTV n'englobe que les annonces diffusées en échange d'une rémunération ou d'une contrepartie similaire.

43 Art. 20 al. 1 pORTV.



pourrait décider une entreprise à mettre ses produits à disposition sans obtenir le moindre effet publicitaire en contrepartie.

## 2. La régulation des nouvelles techniques publicitaires

Si le projet d'ordonnance se révèle relativement peu loquace sur le placement de produit, il introduit plusieurs dispositions circonstanciées s'agissant des nouvelles techniques d'insertion publicitaire que sont l'écran partagé, la publicité interactive et la publicité virtuelle. Celles-ci deviendront en principe licites. Leur admissibilité sera toutefois subordonnée au respect de conditions aussi nombreuses que précises, lesquelles s'inspirent des solutions allemandes en la matière<sup>44</sup>.

### A. L'écran partagé

La nouvelle ordonnance autorisera la publicité sur écran partagé mais la soumettra à d'importantes cautions énoncées à son article 12. Les conditions posées poursuivent deux buts distincts mais complémentaires. D'une part, la future ordonnance concrétise le principe de distinction stricte entre contenu publicitaire et programme rédactionnel: la surface publicitaire doit former une unité, être séparée du programme par des limites bien visibles ainsi que par une présentation visuelle différente et doit être signalée en permanence par le terme clairement lisible de «publicité». D'autre part, le projet d'ordonnance consacre la prééminence du programme sur la publicité. C'est ainsi que la publicité sur écran partagé doit être muette, ne doit pas recouvrir plus d'un tiers de l'écran et, *last but not least*, ne peut être placée qu'au bord de l'écran. Enfin, la SSR se voit imposer un régime différencié: elle ne pourra avoir recours à l'écran partagé que pendant les manifestations sportives<sup>45</sup>. Cette règle vise à garantir des ressources aux diffuseurs qui ne bénéficient pas de la redevance; elle relève donc de mesures tendant à promouvoir le pluralisme au sein des médias électroniques.

Pour éviter que la réclame ne vienne envahir certains domaines sensibles, la technique de l'écran partagé est exclue des émissions d'information et des magazines traitant de l'actualité politique, des émissions pour enfants, ainsi que des services religieux. Enfin, les messages commerciaux sur

écran partagé seront soumis aux limitations de durée de la publicité<sup>46</sup>.

Cette dernière exigence est contestable: le législateur devrait tenir compte du fait qu'une publicité muette recouvrant moins d'un tiers de l'écran n'a de loin pas le même impact qu'une réclame sonorisée classique en plein écran. A cet égard, il se justifierait d'introduire une comptabilisation différenciée correspondant à l'effet publicitaire moindre de l'écran partagé.

### B. La publicité interactive

Si le téléspectateur a la possibilité, en activant un symbole à l'écran, de passer du programme à un environnement commercial interactif, les conditions suivantes, posées par l'article 13 pORTV, doivent être remplies afin de garantir la liberté de choix du téléspectateur consommateur:

- une fois l'activation effectuée, le public doit être informé qu'il quitte le programme pour entrer dans un environnement commercial;
- le public doit confirmer une seconde fois son choix d'entrer dans l'environnement commercial;
- la surface venant immédiatement après la confirmation ne doit contenir aucune publicité pour des produits ou des services soumis à une interdiction publicitaire;
- le symbole menant à l'environnement publicitaire doit répondre aux exigences posées pour la technique de l'écran partagé.

### C. La publicité virtuelle

Cette innovation technologique ne sera autorisée que lors de transmissions de manifestations sportives; et encore, elle ne peut que remplacer une surface publicitaire fixe placée sur le lieu de l'enregistrement et hors du terrain de jeu<sup>47</sup>. De plus, elle ne contiendra pas d'images animées. En revanche, la publicité virtuelle n'a pas besoin d'être identifiée comme telle au sens de l'article 9 nLRTV. Enfin, elle n'entre pas dans le calcul des limitations temporelles de l'article 11 nLRTV.

44 Cf. supra III.

45 Art. 21 al. 2 pORTV.

46 L'article 12 al. 2 pORTV renvoie en effet à l'article 18 pORTV pour ce qui est du calcul du temps de publicité en écran partagé.

47 Art. 14 pORTV.

### 3. Voies de droit

La répartition de compétence voulue par la nouvelle loi et son ordonnance d'application bouleverse radicalement la surveillance de la publicité clandestine et donc du placement de produit. Aujourd'hui encore une compétence partagée de l'AIEP (pour ce qui est de l'éventuelle atteinte à la libre formation de l'opinion) et de l'OFCOM (pour les aspects relatifs au financement), la traque de la publicité clandestine sera désormais l'apanage du seul OFCOM comme le prévoit l'article 97 al. 2 nLRTV *a contrario*<sup>48</sup>. La compétence parallèle des deux autorités a ainsi fait long feu. La sécurité du droit s'en verra certainement améliorée. L'attribution de l'ensemble des compétences à l'OFCOM ne manque en revanche pas de singularité. Elle s'inscrit même en contradiction avec la tendance observée en Europe de confier à des instances indépendantes la surveillance de la publicité<sup>49</sup>.

### VII. Conclusion

Nul doute que le nouveau cadre juridique du placement de produit qui est en train de prendre forme apportera des éclaircissements attendus. Reste qu'il sera encore loin de débrouiller complètement l'écheveau de problèmes soulevés par un instrument de communication commerciale aussi difficile à maîtriser que prisé. La nouvelle LRTV comme le projet d'ORTV perpétue en effet une carence essentielle: la coexistence de deux notions juridiques qui, somme toute, recouvrent une seule et même réalité, à savoir l'insertion dans le programme de communications commerciales. La publicité

clandestine en est la face négative, le placement de produit la face positive.

Dès lors, il aurait été judicieux que le législateur saisisse l'occasion de la dernière révision de la LRTV pour substituer à l'interdiction de la publicité clandestine une admission, sous strictes conditions, du placement de produit. Une profonde ambiguïté aurait ainsi été levée. Il est cependant aujourd'hui trop tard pour corriger le tir. Cela dit, le projet d'ordonnance pourrait, s'il est modifié, apporter une amélioration décisive.

Améliorer, mais comment? Tout simplement en posant clairement les conditions auxquelles le placement de produit est fréquentable. Pour ce faire, le législateur s'inspirera d'abord des conditions posées par la jurisprudence: nécessité pour la dramaturgie, volonté d'informer, effet publicitaire modéré sont en effet des critères parfaitement raisonnables. Mais une simple codification ne suffira pas. Il importe, à l'instar de la future réglementation européenne, que le placement de produit soit transparent: mention devra donc en être faite aux débuts des émissions concernées. De même, certaines émissions plus sensibles – bulletins d'informations, services religieux ou encore séries destinées aux enfants – lui seront interdites. Enfin, la réglementation ne devrait viser que le placement de produit contre rémunération.

Ce nécessaire souci du détail n'est pas trop demander. Il a été possible de fixer un cadre juridique précis aux nouvelles techniques de communication commerciales ou au parrainage promotionnel, il devrait en aller de même pour l'instrument de base qu'est le placement de produit.

Entendons-nous bien, il ne s'agit pas d'ouvrir les portes à un envahissement du programme par des communications commerciales, mais de contenir une évolution inéluctable, en posant des règles claires et strictes. Ce faisant, on rendra enfin justice à une affirmation, certes ancienne mais toujours et encore pertinente, du Tribunal fédéral: «Das Programm dient der Information und Unterhaltung, nicht aber die Werbung»<sup>50</sup>. ■

48 «L'autorité de plainte établit: a. si les émissions contestées enfreignent les dispositions relatives au contenu des émissions rédactionnelles de la présente loi (art. 4 et 5) ou du droit international applicable; b. si le refus d'accorder l'accès au contenu du programme est illicite.»

49 La Proposition de directive prévoit ainsi que «les instances de régulation devraient être indépendantes des gouvernements nationaux comme des fournisseurs de services de médias audiovisuels, afin de pouvoir mener à bien leur tâche de manière impartiale et transparente et de contribuer au pluralisme».

50 ATF 116 Ib 37 consid. 5 b.