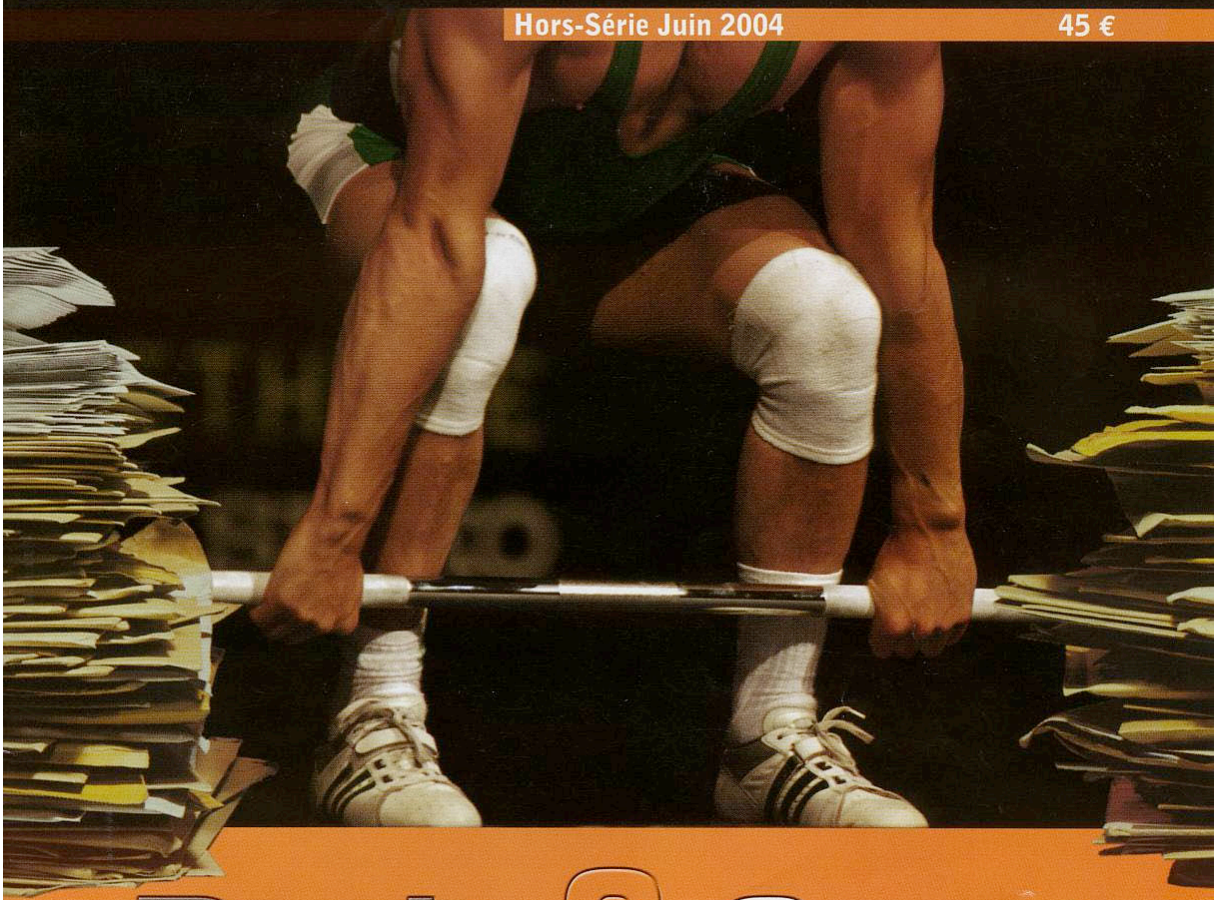
Sport FINANCE & MARKETING

Hors-Série Juin 2004 45 €



Droit & Sport

Numéro Spécial

- Le droit à l'image
- Le contrat de sponsoring
- Les droits TV
- La jurisprudence

GROUPE Les Echos

Le contrat de sponsoring

Piraterie, parasitisme

La protection contre l'« ambush marketing »

Fabienne Fajgenbaum
Avocat associé,
Nataf & Fajgenbaum

Publicité au plus près de l'événement, autour des stades ou à la TV, parrainage d'un athlète participant, organisation de jeu-concours, etc. Les méthodes ne manquent pas pour profiter des retombées d'une manifestation sportive, sans en être partenaire. Les solutions existent aussi pour contrer ces tentatives.

Les retombées commerciales des partenariats sportifs ont pris une telle ampleur que les entreprises n'y ayant pas accès développent des trésors d'imagination afin de contrecarrer l'effet positif que leurs concurrents tirent de ce parrainage. Le plus souvent, elles cherchent à s'associer, sans pour autant y contribuer de quelque manière que ce soit, à la notoriété de l'événement sportif qui les intéresse. C'est dans ces conditions que s'est développé le phénomène que les Anglo-Saxons désignent sous l'appellation « *ambush marketing* ». La traduction libre de ce terme pourrait être « le marketing d'embuscade » ou encore « le guet-apens commercial ». En France, on le qualifie parfois de « marketing pirate » ou encore de « marketing parasitaire ». Ces méthodes sont fréquemment utilisées par les grandes entreprises nationales ou multinationales, concurrentes directes des partenaires officiels des organisateurs de manifestations sportives. En effet, les moyens utilisés par les « *ambushers* » ou « embusqués » ne sont pas uniquement ceux employés par les « pirates » que l'on connaît dans d'autres domaines en matière de contrefaçon tels que le domaine musical, le luxe, les vêtements ou encore la parfumerie. Il s'agit ici de développer une stratégie commerciale à part entière qui consiste, pour l'« embusqué », à profiter des retombées commerciales d'un événement sportif sans en être le partenaire.

Références implicites

En d'autres termes, l'*ambush marketing* consiste à exploiter commercialement l'image d'une manifestation sportive sans être l'un de ses sponsors. Il revêt des formes multiples passant généralement par les moyens classiques de promotion d'une entreprise, lesquels ne sont pas, en eux-mêmes, illégaux : achat d'espaces publicitaires pendant les retransmissions télévisuelles de l'événement, sponsoring direct de certaines équipes, d'athlètes ou de fédérations, achats de billets en vue de les offrir à l'unité ou par paquet directement ou encore, par la voie de concours, messages publics d'encouragements, marchés ou espaces de promotion autour ou à proximité de l'événement parasité, campagnes publicitaires faisant des références généralement implicites à l'événement. A titre d'exemple, en 1996, après la victoire de Marie-José Pérec aux jeux Olympiques d'Atlanta, Pepsi Cola a congratulé l'athlète en pleine page du magazine *L'Equipe* en la représentant en plein effort accompagnée de la mention suivante : « *Marie-José Pérec, représentante officielle d'une boisson non officielle à Atlanta.* »

> *« Marie-José Pérec, représentante officielle d'une boisson non officielle à Atlanta. »*

Responsabilité civile délictuelle

L'embuscade était ainsi organisée autour de : la mention de la ville olympique mais sans le millésime des Jeux (1996), sans référence expresse aux jeux Olympiques, ni aux signes distinctifs protégés (emblèmes, anneaux, termes « Olympiques », « Olympiade » ou dérivés) ; la photographie de la gagnante, l'indication du parrainage de l'athlète, la mention de l'absence de partenariat de Pepsi avec l'organisateur, et enfin une image contraire à celle de son concurrent : une image gagnante pour Pepsi, contre une image neutre pour la boisson officielle qui n'est pas citée. Alors que le concurrent pouvait ressentir la diminution de l'impact de sa propre campagne, celle de Pepsi Cola pouvait espérer bénéficier d'un impact positif auprès de sa clientèle tout en économisant le coût du sponsoring auprès de l'organisateur. Toutefois, des moyens tant judiciaires que contractuels ont été mis en place, en France, afin de lutter efficacement contre ces comportements illégaux. Ainsi, tout d'abord du strict point de vue juridique, les pratiques d'*ambush marketing* peuvent être classées dans deux catégories distinctes. D'abord, les pratiques traditionnellement considérées comme de la contrefaçon, autrement connues du public comme de la « piraterie ». Pour ces activités, l'arsenal juridique français dispose de réponses adaptées, bien connues et largement utilisées, notamment les actions en contrefaçon en cas de violation des droits de propriété intel-

lectuelle (marques, logos, droits d'auteur...). Les autres pratiques, ensuite, souvent plus subtiles, ne sont pas nécessairement appréhendées en tant que telles dans une catégorie juridique spécifique du droit français mais peuvent être sanctionnées par le droit commun (parasitisme, concurrence déloyale, certaines infractions pénales relevant du droit de la presse et notamment la diffamation, ou encore l'action civile sanctionnant l'enrichissement sans cause). La législation française peut permettre de sanctionner ces comportements mais encore faut-il que la jurisprudence accepte d'appréhender en tant que tel leur caractère parasitaire.

A cet égard, on relèvera avec intérêt l'application récente par la jurisprudence des dispositions de la loi n°84-610 du 16 juillet 1984, dite « loi sur le sport », et plus particulièrement s'agissant de la protection étendue du droit d'exploitation de la manifestation sportive expressément reconnu aux organisateurs. Aujourd'hui, la jurisprudence française ne se limite plus à la protection de la notoriété d'une personne physique ou morale mais s'étend également à celle d'un événement sportif. C'est donc la notoriété de l'événement lui-même qui est protégée et non plus seulement celle de son organisateur. Ainsi, une fédération sportive a pu interdire à une entreprise d'utiliser sans licence son sigle, ou même de citer l'événement lui-même, dès lors que cette utilisation excédait le strict souci d'informer le public (cour d'appel de Paris, 20 novembre 1995, Fédération française de tennis, PIBD 1996, III, p.71). Le Comité national olympique et sportif français (CNOSF) a agi de même contre une entreprise qui utilisait de façon tendancieuse des symboles rappelant les signes olympiques sur l'étiquette d'une bouteille de vin (tribunal de grande instance de Paris, 4 octobre, 1996 CNOSF c/ Société Henri Maire, jugement définitif). La responsabilité civile délictuelle, qu'elle se manifeste sous la forme de la concurrence déloyale ou du parasitisme, constitue donc une arme efficace contre les opérations d'*ambush marketing*.

Contrôles et obligations contractuelles

Mais pour voir cette action prospérer, il conviendra néanmoins de prendre soin de caractériser les comportements répréhensibles et les risques qu'ils font courir au parasité. L'*ambush marketing* présente également, dans certaines circonstances, la particularité d'être difficile à sanctionner *a posteriori*. C'est pourquoi il est important pour les sponsors de pouvoir communiquer auprès du public de la meilleure façon et dans les meilleures conditions sur leur qualité de *« partenaire officiel »* pour laquelle ils bénéficient, souvent, d'une exclusivité consentie par l'organisateur. Eduquer le public sur l'*ambush marketing* et prévenir au maximum les actions des *« ambushers »* devrait d'ailleurs permettre de diminuer l'impact des campagnes d'*ambush marketing*. Le programme de marketing de l'organisateur d'une manifestation sportive peut ainsi être protégé par un programme actif d'enregistrement et de surveillance de ses marques.

En outre, en vue d'assurer une stratégie complète contre l'*ambush marketing*, les organisateurs peuvent mettre en place les moyens nécessaires au contrôle de l'environnement des sites et des lieux mêmes de déroulement des manifestations. Cette forme de prévention consiste essentiellement à imposer des obligations contractuelles aux différents participants, spectateurs et partenaires. Ainsi peuvent figurer sur les billets d'entrée et tous les droits d'accès des obligations contractuelles strictes afin de se réserver le droit d'entrée et celui d'exclure toute personne susceptible de porter atteinte au programme marketing. Cela vise notamment les partenaires officiels, les licenciés pour la fabrication des produits officiels, et les spectateurs. A titre d'exemples, il est possible de limiter les sous-licences, d'interdire les opérations jointes de promotion avec des « *ambushers* » éventuels, de contrôler tout jeu-concours, loterie ou autre, et enfin de contrôler l'attitude des spectateurs, leurs vêtements et les produits qu'ils sont susceptibles d'introduire dans les enceintes sportives.

Prévention

Les dispositions contractuelles envisageables sont notamment : la distribution sélective des produits sous licence, l'accord préalable à tout lancement de produit sous licence, les interdictions des opérations de promotion jointes avec des entreprises autres que les partenaires officiels, l'interdiction de sous-licence, de cession des licences, ou d'autres formes de partage des droits officiels concédés, droit de priorité des partenaires officiels sur les espaces publicitaires dans les publications officielles, renforcement de la sécurité juridique en prévoyant, dans les contrats consentis aux futurs partenaires, que ceux-ci pourront seuls exercer les droits consentis, à l'exclusion de tout tiers, par le jeu des clauses *intuitu personae* associées aux clauses de résiliation automatique, les interdictions et restrictions sur la vente et la revente des billets, le droit d'accès réservé dans les sites.

Pour conclure, il est nécessaire de rappeler que la sanction et la prévention des comportements d'*ambush marketing* sont nécessaires à la pérennité de la plupart des grands événements sportifs. En effet, si les sponsors ne trouvent plus d'intérêt à parrainer un événement sportif, cet événement risque tout simplement de ne plus disposer des moyens nécessaires à son organisation et, à terme, de disparaître. ■

Fabienne Fajgenbaum

(Le titre, le chapeau et les intertitres sont de la rédaction)