

12 **Ambush marketing** Panorama jurisprudentiel et conseils pratiques

Thibaud d'ALÈS,
avocat à la Cour, Counsel,
Clifford Chance Europe LLP

Marguerite AYNÈS,
avocat à la Cour,
Clifford Chance Europe LLP

L'ambush marketing est une pratique régulièrement sanctionnée par les tribunaux. L'analyse de la jurisprudence abondante rendue en la matière permet cependant de constater que les indemnités allouées aux victimes, qu'elles soient organisateurs ou sponsors d'événements sportifs ou culturels, restent fort éloignées des préjudices réellement subis. Elle met en lumière, dans le même temps, qu'une meilleure justification des demandes soumises aux juges permet d'espérer des condamnations plus adaptées.

1 - Les contrats de *sponsoring* représentent une ressource essentielle pour les organisateurs de compétitions sportives internationales. L'exclusivité totale ou partielle qui leur est consentie fait espérer aux *sponsors* des retombées importantes en termes d'image, de notoriété et de ventes¹. La tentation est donc grande, pour les entreprises qui n'ont pas signé de contrat de parrainage, de tenter de s'associer à ces événements afin de profiter, sans en avoir payé le prix, de leurs retombées financières.

Cette pratique – qui n'est pas réservée au sport mais constitue son domaine de prédilection – a été désignée au début des années 1980 sous le terme d'« *Ambush Marketing* »², c'est-à-dire « *marketing d'embuscade* » ou encore « *marketing sauvage* ».

Elle a récemment été définie par la cour d'appel de Paris comme « le fait pour une entreprise de se rendre visible du public lors d'un événement sportif ou culturel afin d'y associer son image tout en évitant de rétribuer les organisateurs et de devenir un supporter officiel »³.

Le droit commun de la propriété intellectuelle⁴ ainsi qu'un certain nombre de dispositions spécifiques, en particulier du Code du sport⁵, protègent en principe les organisateurs des manifestations sportives contre cette pratique⁶.

Ces dispositions peuvent cependant se révéler inefficaces lorsque l'organisateur n'est pas protégé par un droit privatif ou lorsque l'*ambusher* est suffisamment habile pour positionner ses agissements à la frontière des droits d'exploitation.

C'est également le cas lorsque la victime de l'*ambush* n'est pas l'organisateur de l'événement lui-même mais son ou ses partenaires officiels (certains auteurs parlent alors d'*ambush marketing* « indirect »)⁷. Les *sponsors* ne sont en effet pas visés par les textes et ne bénéficient d'aucun régime de protection spécifique, alors même que leur financement constitue une ressource indispensable pour l'organisation des événements sportifs et, de façon plus générale, pour la promotion du sport.

L'action en concurrence déloyale et parasitaire⁸, qui peut être intentée par celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif (cf.

résultats d'une compétition sont-ils couverts par le monopole d'exploitation des organisateurs ? : Cah. dr. sport, 2010, n° 20). La jurisprudence en la matière n'est en effet pas fixée : après avoir retenu une définition large des droits d'exploitation (cf. B. Galopin, *article préc.*, note 4), il semblerait que les dernières décisions soient revenues à une lecture plus stricte de ce texte dénoncée par une partie de la doctrine (cf. F. Fajgenbaum et T. Lachacinski, *FFR c/ Fiat : l'ambush marketing de mieux en mieux embusqué... pour l'instant ? : Comm. com. électr. 2013, étude 15*).

L'article 313-6-2 du Code pénal (issu L. n° 2012-348, 12 mars 2012) sanctionne enfin « le fait de vendre, d'offrir à la vente ou d'exposer en vue de la vente ou de la cession ou de fournir les moyens en vue de la vente ou de la cession des titres d'accès à une manifestation sportive, culturelle ou commerciale ou à un spectacle vivant, de manière habituelle et sans l'autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation de cette manifestation ou de ce spectacle, est puni de 15 000 euros d'amende. Cette peine est portée à 30 000 euros d'amende en cas de récidive ».

Ndlr : Les auteurs remercient Mademoiselle Eva Netter pour son aide précieuse dans la rédaction de cet article.

1. <http://www.mediapost.com/publications/article/178522/adidas-wins-euro-2012.html>
2. Ce terme a été inventé par l'ancien directeur marketing monde d'American Express, Jerry Welsh, au début des années 1980 : J. C. Welsh, *Ambush Marketing, What it is ; What it isn't ? : Welsh Marketing Associates*
3. CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (titulaire de la marque « Eden Park ») c/ TNT : *JurisData* n° 2012-004581.
4. Le droit commun des marques permet à l'organisateur de lutter contre l'*ambush marketing*, en protégeant les marques relatives à l'événement sportif (nom de l'événement, logos, mascottes, certaines expressions et termes caractéristiques de l'événement). Il en est de même, de façon plus incertaine, du droit d'auteur (cf. B. Galopin, *Comment contrer l'ambush marketing autour des événements sportifs ? Aspects tactiques : Propr. intell. 2014, comm. 50*).
5. Le législateur a mis en place un régime spécial applicable aux Jeux Olympiques. L'article L. 141-5 du Code du sport prévoit ainsi que : « Le Comité national olympique et sportif français est propriétaire des emblèmes olympiques nationaux et dépositaire de la devise, de l'hymne, du symbole olympique et des termes " jeux Olympiques " et " Olympiade ". Le fait de déposer à titre de marque, de reproduire, d'imiter, d'apposer, de supprimer ou de modifier les emblèmes, devise, hymne, symbole et termes mentionnés au premier alinéa, sans l'autorisation du Comité national olympique et sportif français, est puni des peines prévues aux articles L. 716-9 et suivants du code de la propriété intellectuelle ».

Les organisateurs d'autres événements sportifs sont également protégés, dans une certaine mesure, par l'article L. 333-1 du Code du sport, qui dispose que « les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent ». Cependant, le périmètre du monopole conféré par ce texte fait débat (cf. J.-M. Marmayou, *Les*

6. Les articles L. 121-1 et L. 121-8 du Code de la consommation, qui prohibent les pratiques commerciales trompeuses ou de nature à induire en erreur, peuvent également être utilisés pour lutter contre des pratiques d'*ambush marketing*.

7. P. Van Den Bulck indique ainsi qu'« il faut distinguer les formes directes d'*ambush marketing*, de ses formes indirectes. L'*ambush marketing* direct touche à la relation entre l'organisateur de l'événement et l'*ambusher*. L'*ambush marketing* indirect concerne, pour sa part, la relation entre l'*ambusher* et les sponsors officiels » (P. Van Den Bulck, *Quel régime juridique pour l'ambush marketing ? : Comm. com. électr. 2007, étude 26, § 6. – V. aussi B. Galopin, article préc., note 4*).

8. Parmi les « mauvais comportements » sanctionnés par la jurisprudence au visa des articles 1382 et 1383 du Code civil, sur le fondement de la concurrence déloyale, figure le parasitisme économique (cf. P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1 : Sirey 1952, n° 110. – Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et agissements parasitaires : RIPIA 1956, p. 19*).

Le parasitisme économique est une notion prétorienne définie comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire » (Cass. com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457). Elle recouvre deux pratiques distinctes : la « concurrence parasitaire » et les « agissements parasitaires », selon que les opérateurs économiques protagonistes sont, ou non,

infra), apparaît alors comme une solution opportune pour les victimes d'*ambush marketing*.

L'association non autorisée d'un acteur économique à un événement médiatique dans le but de profiter, sans bourse délier, de ses retombées économiques, n'est en effet ni plus ni moins qu'une forme de parasitisme économique.

La jurisprudence sanctionne donc régulièrement les *ambushers* sur ce fondement. On constate cependant que les montants alloués aux victimes de ces pratiques sont très inférieurs au préjudice réellement subi, mais surtout *sans commune mesure* avec les gains que peuvent retirer les *ambushers* de leurs pratiques litigieuses. La menace d'une condamnation n'est donc pas suffisamment dissuasive.

2 - Une analyse approfondie et objective des décisions rendues sur ce sujet permet de dégager quelques pistes pour permettre aux victimes de lutter plus efficacement contre cette pratique.

1. Quand agir ?

3 - L'action en concurrence déloyale ou parasitaire est fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil. Le succès de cette action suppose donc que soient démontrés une faute, un préjudice et un lien de causalité.

La tendance de la jurisprudence, appuyée par un certain courant doctrinal, est d'encadrer cette action dans de plus « strictes conditions »⁹.

Avant d'agir, la victime doit donc s'assurer de l'existence d'un comportement réellement fautif, d'un préjudice, et de sa capacité à en rapporter la preuve.

A. - Preuve du comportement fautif

1° Comportements condamnables

4 - La jurisprudence, qui a pu naguère sanctionner le simple fait de se rattacher à une manifestation sportive ou culturelle, sans autre condition, semble aujourd'hui plus exigeante.

Les juges ont tendance à rechercher un juste équilibre entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la promotion de l'élan créatif – qui doivent laisser la possibilité à un opérateur économique d'évoquer un événement public dans son message publicitaire – et d'autre part, la protection de l'investissement et le respect de la loyauté des affaires.

a) *Exploitation usurpée de symboles, images, marques, logos ou de la mention « sponsor » ou « partenaire officiel »*

5 - La simple mention d'un événement sportif ou culturel dans un message publicitaire ne suffit pas¹⁰ (ou plus¹¹) à caractériser un comportement parasitaire.

La faute résulte aujourd'hui de l'utilisation abusive de cet événement.

La victime d'un *ambush marketing* doit donc démontrer, en plus de la mention de l'événement parasité, que l'*ambusher* s'est prévalu à tort dans son message publicitaire des termes « **sponsor** » ou « **partenaire officiel** »¹², ou encore de **marques** (ex. : Olympique, Jeux Olympiques, Roland Garros)¹³, d'**expressions** (« journal du tour », « village du tour », concept de « caravane publicitaire »)¹⁴ et de **symboles** (ex. : anneaux, flamme et médaille olympique ; carte et légendes, trophées du Tour de France)¹⁵ liés à cet événement.

fins commerciales) suffit à caractériser l'existence d'agissements parasitaires » (CA Paris, 20 nov. 1995, RG n° 93/022707, FFT c/ Actiomecia).

V. aussi : Le simple fait de se référer dans une documentation commerciale à la Foire de Paris « suffit à caractériser la volonté [du défendeur] de se placer dans le sillage de cette manifestation » (CA Paris, 15 mai 1996, RG n° 94/016395).

12. La cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a ainsi débouté la FFR de ses demandes fondées sur le parasitisme, après avoir relevé que « la publicité incriminée [ne] fait nullement référence [au terme « officiel »] » et « ne comporte aucune mention ou indication pouvant laisser croire que le [FIAT] exerçait [son] activité dans le cadre d'un rapport juridique quelconque avec la FFR » (CA Paris, 12 déc. 2012, RG n° 10/10996, confirmé par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FS-P+B, Féd. française de rugby c/ Sté Auto Picardie et autre : JurisData n° 2014-010678 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 186, obs. L. Leveure ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 191, obs. M. Malaurie-Vignal).

De même, la société Cinq-Huitièmes (titulaire de la marque « Eden Park ») a été déboutée de ses demandes à l'encontre de Carrefour, l'opération promotionnelle en cause « n'[étant] pas [...] de nature à laisser accroire que la société Carrefour Hypermarchés France serait un **partenaire officiel** de la Fédération française de rugby, dès lors qu'aucune mention ne fait référence à cet organisme ou même au XV de France ; que cette publicité évoque seulement la thématique du rugby dont la société Cinq-Huitièmes n'a pas le monopole » (CA Paris, 16 sept. 2009, RG n° 08/03742, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ Carrefour et Tefilex).

« L'utilisation du terme de « **radio partenaire officiel** » ou d'**expressions assimilées** par Radio Espace [...] [est] de nature à créer la confusion dans l'esprit des auditeurs qui peuvent penser que l'Olympique Lyonnais est effectivement partenaire avec Radio Espace. En conséquence, ces actes fautifs sont constitutifs d'actes de concurrence déloyale susceptibles de causer un préjudice à Radio Scoop [partenaire officiel de l'Olympique Lyonnais] » (CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, Radio Scoop c/ Radio Espace).

13. « La société [Groupement d'achat Edouard Leclerc a] commis une faute en constituant des droits de marques [i.e. Olymprix] imitant les **signes caractéristiques du mouvement olympique**, puis en les utilisant dans le but de profiter, sans bourse délier, de l'image d'excellence de ce mouvement » (Cass. com., 31 oct. 2006, n° 04-18.043, CNOSF c/ Groupement d'achat Edouard Leclerc : JurisData n° 2014-010678).

« Emploi d'un texte d'annonce sous le titre « **Roland Garros – demi-finales hommes** » [...] ainsi que d'une photographie représentant une raquette, une balle de tennis et en arrière-plan un terrain de terre battue caractéristique du tournoi en cause » (CA Paris, 30 mai 2008, RG n° 08/02005, FFT c/ Expekt.com).

14. V. aussi l'utilisation de la dénomination « **Village Roland Garros** », du « **dessin de tentes à rayures** », du « **programme officiel** », de la référence au « **service de navette entre le Pré-Catelan et le court central** » (TGI Paris, 28 janv. 2004, RG n° 02/08086, FFT c/ The Hospitality Group).

15. V. par ex. TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 4 oct. 1996, CNOSF c/ Henri Maire : « la reproduction des couleurs des anneaux olympiques, dans un ordre quasi identique [...] et la conjugaison de ces couleurs avec les autres symboles olympiques : flamme et médaille » sur une bouteille de vin constituent des actes de parasitisme. – V. dans le même sens, TGI Paris, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, CNOSF c/ Le Coq Sportif : le fabricant de basket a été condamné à indemniser le CNOSF sur le fondement du parasitisme, pour avoir présenté un nouveau modèle intitulé « **Joaquim Noah 3.0 Le Rêve Olympique** » reproduisant les couleurs des anneaux olympiques moins de trois mois avant le début des Jeux. – V. aussi Cass. com., 31 oct. 2006, n° 04-18.043, CNOSF c/ Groupement d'achat Edouard Leclerc : JurisData n° 2006-035696 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 5.

Il en va également de l'utilisation, par une société organisant une compétition de cyclisme féminine, d'« une carte identique à celle du Tour de France, avec des **symboles** et des **légendes** exactement similaires à ceux dont cette dernière se sert » alors que la société Tour de France organise elle-même une compétition féminine (TGI Paris, 10 sept. 1997, RG n° 96/16409, Tour de France c/ Tour féminin Organisation) ; ou de l'utilisation de la carte et de l'itinéraire du Tour de France aux fins de commercialiser des voyages organisés (CA Paris, 15 déc. 2010, RG n° 09/11.790, Tour de France c/ Orchester Consulting et Eurocycler).

en rapport de concurrence. La « concurrence parasitaire » exige ainsi, contrairement aux « agissements parasitaires », un rapport de concurrence, une clientèle commune et la création d'un risque de confusion avec les produits et service de son concurrent (L. Arcelin-Lécuyer, *Publicité et concurrence* : J.C.I. Concurrence-Consommation, Fasc. 797, n° 26 s. – V. par ex. CA Paris, 28 mars 2001, RG n° 1999/09753, Tour de France c/ Gemka Productions : « La société Gemka Production invoque en vain l'absence de situation de concurrence, dès lors que tout comportement déloyal peut résulter d'un comportement parasitaire, lequel n'exige nullement l'existence d'une telle situation »).

9. M. Malaurie-Vignal, *La Cour de cassation pose des conditions strictes pour que la théorie de l'« ambush marketing » soit retenue* : JCP E 2014, 1453.

10. V. par ex. : CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ TNT : « La société Cinq-Huitièmes ne peut reprocher à la société TNT d'avoir apposé sur des polos la mention « 2007 Année du rugby » [...], ladite mention faisant uniquement référence à un événement mondial libre de droit se rapportant à l'univers du rugby ».

11. Voir la jurisprudence antérieure : En 1995, la cour d'appel de Paris avait condamné une société qui avait publié des documents publicitaires proposant à la vente des billets pour assister aux Championnats Internationaux de France de Tennis, aux motifs que « la référence aux Championnats Internationaux de France de Tennis figurant à chaque page de la brochure diffusée par la société Actiomecia [...] Non pas « dans un souci d'information du public » mais à des

En revanche, dès lors que les « termes qui gravitent » autour de l'événement en cause ne sont pas protégés (ex. : « allez les bleus »¹⁶ ; « 2007 année du rugby »¹⁷, « le calendrier, le score, et les noms des équipes participantes » du Match France-Angleterre [et du match France-Italie] dans le cadre du Tournoi de VI Nations 2008 »¹⁸) ou que les symboles reproduits ne sont pas suffisamment représentatifs de l'événement (ex. : coq, laurier, ballon ou couleurs bleu blanc rouge)¹⁹, la jurisprudence considère qu'il serait contraire à la liberté du commerce et de l'industrie d'en interdire l'utilisation.

La raison en est que le « parrainage ne peut avoir pour effet de priver tout autre acteur économique de fonder sa publicité autour d'un sport pour autant qu'il ne s'approprie pas les symboles et logos de la fédération qui organise les matches ni les images »²⁰.

6 - Le raisonnement est similaire dans le cas du pari en ligne, à l'origine d'une jurisprudence abondante. Les sociétés de paris en

ligne peuvent faire référence aux compétitions objet des paris qu'elles proposent et désigner les équipes y participant, sans qu'il ne soit considéré qu'elles se placent dans le sillage de leur organisateur²¹, à condition que l'utilisation du nom de ces compétitions soit nécessaire à leur activité.

Dès lors que le nom de l'événement ne sert pas uniquement à libeller les paris proposés mais est usurpé dans un but promotionnel (par exemple lorsqu'il apparaît en page d'accueil du site internet ou qu'il est accompagné d'un slogan), l'utilisateur fautif est sanctionné²².

7 - L'usurpation n'est pas suffisante. Elle doit en outre conduire à une « association illégitime » dans l'esprit du public entre l'auteur du message publicitaire et cet événement.

b) « Association illégitime » dans l'esprit du public avec un événement sportif ou culturel

8 - Dans plusieurs décisions récentes, les juges du fond ont rejeté des demandes fondées sur le parasitisme en estimant que les messages publicitaires incriminés n'étaient pas susceptibles de « créer un risque de confusion » chez leurs destinataires²³.

Il est pourtant admis depuis longtemps par la jurisprudence que le risque de confusion, requis dans le cadre d'une action en

16. Le dépôt de la marque « Allez les bleus » n'a pas été jugé comme constitutif d'un acte de parasitisme, la cour d'appel de Paris ayant considéré qu'« il serait contraire à la liberté du commerce d'interdire à des entreprises d'utiliser des termes qui gravitent autour du terme " allez les bleus " sur lequel la FFF [...] n'[a] aucun droit privatif » (CA Paris, 12 nov. 2003, RG n° 2002/14941, confirmé par Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-10.710, FFT c/ Allez les bleus).

17. Après avoir relevé que « les droits concédés par la [FFR à Cinq-Huitièmes] ne concern[ai]ent que l'autorisation [...] d'utiliser [...] les dénominations " EDEN PARK fournisseur officiel du XV de France ", " Eden Park habille le XV de France à la ville " et " Eden Park habille le XV de France " », la Cour a jugé que la publicité litigieuse, qui utilisait l'expression « 2007 année du rugby » « ne porte pas atteinte aux droits que lui a concédés [la FFR] » et a, en conséquence, débouté la société Cinq-Huitièmes de ses demandes sur le fondement de l'ambush marketing (CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ TNT. - V. aussi CA Paris, 16 sept. 2009, RG n° 08/03742, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ Carrefour et Tefilex).

18. Dans un arrêt qui a suscité la critique (cf. par ex. F. Fajgenbaum et T. Lachacinski, FFR c/ Fiat : l'ambush marketing de mieux en mieux embusqué... pour l'instant ? : Comm. com. électr. 2013, étude 15), les juges du fond, approuvés par la Haute Juridiction, ont refusé de condamner le constructeur automobile italien Fiat qui avait mentionné dans une publicité diffusée pendant la Coupe du monde de rugby « le calendrier, le score et les noms des équipes participantes » du Match France-Angleterre [et du match France-Italie] dans le cadre du Tournoi de VI Nations 2008 [...] en les associant à un véhicule Fiat, au logo de la marque FIAT » et à son site internet. La cour d'appel de Paris a en effet considéré que le constructeur automobile n'a fait « qu'user de la liberté de créer une publicité appuyée sur l'actualité, fut-elle sportive », sans utiliser « ni les marques, logos, symboles des organisateurs ni images et sons de la représentation sportive » (TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 30 mars 2010, RG n° 08/07671, confirmé par CA Paris, 12 déc. 2012, RG n° 10/10996, puis par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FFR c/ Fiat). La motivation citée porte non pas sur les agissements parasitaires mais « sur l'atteinte portée au droit d'exploitation prévu à l'article L. 333-1 du Code du sport », le Tribunal (en cela infirmé par la Cour d'appel de Paris) ayant retenu qu'il n'existait pas de « fait distinct » de nature à rendre recevable une action fondée sur les agissements parasitaires. Le raisonnement est cependant transposable aux agissements parasitaires. La Cour d'appel de Paris a quant à elle motivé le rejet des demandes fondées sur les agissements parasitaires sur l'absence de risque de confusion, ce qui est critiquable, cf. infra § 8.

V. contra : TGI Paris, 8 févr. 2013, RG n° 11/08731, FFT c/ Volkswagen : le constructeur automobile a été condamné sur le fondement des agissements parasitaires, alors même que le message publicitaire diffusé (sur l'application iPhone « Roland Garros ») n'utilisait pas la marque « Roland Garros » ni son logo, aux motifs, d'une part, que la publicité s'insérant quelques secondes après l'ouverture de la page d'accueil de l'application « se trouve [...] de fait précédée puis suivie des logos Roland-Garros, entraînant nécessairement une association d'idée entre le court de tennis qui y figure et ceux sur lesquels se déroulent le tournoi » et, d'autre part, que la publicité était diffusée « pendant le tournoi [...] au surplus sur l'application iPhone " Roland-Garros " ».

19. Par ex. : « La représentation d'un coq, de lauriers, d'un ballon, des couleurs bleu blanc rouge ou encore des écussons, ne renvoient [pas] nécessairement au football » (CA Paris, 12 nov. 2003, RG n° 2002/14941, confirmé par Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-10.710, FFF c/ Sté Allez Les Bleus).

Par ex. : « La combinaison des couleurs rose et marine [sur laquelle] la société Cinq-Huitième ne dispose d'aucun droit privatif [...] est amplement répandue dans le domaine du vêtement, est portée par l'équipe de rugby du Stade de France Paris et est ainsi associée à l'image du sport et du rugby » (CA Paris, 16 sept. 2009, RG n° 08/03742, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ Carrefour et Tefilex. - V. aussi CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ TNT).

20. TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 30 mars 2010, RG n° 08/07671 : Cah. dr. sport n° 20, 2010, p. 142, note J.-M. Marmayou.

21. « L'activité commerciale de paris en ligne ne peut s'exercer que si les équipes de football engagées dans des matchs sur lesquels les consommateurs sont appelés à parier sont identifiées ; [...] en désignant les équipes participant à ces matchs, les sociétés précitées ne se placent pas dans le sillage de la société Juventus qui ne peut leur interdire par ce biais d'exercer leur activité » (CA Paris, 11 déc. 2009, RG n° 08/11890, Juventus Football Club c/ Unibet).

V. dans le même sens : « Il n'est pas établi que les défenderesses, en annonçant notamment les matchs auxquels participe l'équipe du PSG, profitent des investissements de cette dernière en faisant plus de profits si davantage de parieurs misent sur ces matchs, d'autant moins que les événements sportifs auxquels l'équipe de la société demanderesse ne participe pas sont tout autant mis en avant sur les sites litigieux [...]. Les faits de parasitisme commercial n'étant pas établis, la société PSG doit être déboutée de l'ensemble de ses demandes » (TGI Paris, 17 juin 2008, RG n° 07/02500, PSG c/ Unibet et Bwin, confirmé par CA Paris, 2 avr. 2010, RG n° 08/14401, PSG c/ Unibet et Bwin).

22. N'est pas nécessaire à l'activité de paris sportif « l'usage en page d'accueil du slogan [...] (" partagez l'or de vos champions grâce à l'offre diversifiée des paris proposée à ce rendez-vous mondial "), lequel laisse à penser que les paris sont proposés en accord avec le CNOSF, et parasite les récompenses les plus prestigieuses qui couronnent les compétitions olympiques » (CA Paris, 21 janv. 2011, RG n° 09/20261, CNOSF c/ Interwetten Malta Ltd).

V. dans le même sens : CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, FFT c. Unibet : « [la société Unibet] se sert de ces mêmes références [à Roland Garros] non pas seulement [...] parce qu'elle ne saurait désigner autrement les paris qu'elle propose [...] mais aussi pour promouvoir d'autres paris sur une autre compétition ». - TGI Paris, 28 nov. 2007, RG n° 06/08916, CNOSF c/ Expekt.com. - TGI Paris, 30 mai 2008, RG n° 08/02005, FFT c/ Expekt.com : « le Tribunal constate que l'emploi d'une référence explicite au tournoi organisé par la demanderesse est ici effectué dans un but purement promotionnel, et nullement nécessaire à la désignation, par la défenderesse, des paris proposés aux internautes une fois passée la page de présentation ». Dans ces deux décisions, le Tribunal a relevé que les éléments incriminés étaient présents sur une page du site internet présentant l'ensemble des activités susceptibles d'intéresser les parieurs.

23. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « s'agissant d'un journal spécialisé en matière de sport ses lecteurs sont par ailleurs plus avertis dans ce domaine [...] la FFR n'est pas fondée à soutenir que la présentation incriminée serait [...] susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit du public » (CA Paris, 12 déc. 2012, RG n° 10/10996, confirmé par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FFR c/ Fiat).

La cour d'appel de Paris a également jugé que l'utilisation des expressions « village du Tour de France » par la société Tour Voile pour son « Tour de France à la Voile » ne caractérisait pas un comportement parasitaire dès lors que « les mécènes et partenaires financiers susceptibles d'apporter leur concours à ces deux épreuves sportives sont à même de les distinguer et de choisir celle qui représentera au mieux leurs propres intérêts sociaux ou économiques » (CA Paris, 13 juin 2001, RG n° 1999/10759, Tour de France c/ Tour Voile).

La cour d'appel de Lyon a jugé elle-aussi que « l'utilisation du terme de " radio partenaire officiel " ou d'expressions assimilées par Radio Espace [...] [est] de nature à créer la confusion dans l'esprit des auditeurs qui peuvent penser que l'Olympique Lyonnais est effectivement partenaire avec Radio Espace. En conséquence, ces actes fautifs sont constitutifs d'actes de concurrence déloyale susceptibles de causer un préjudice à Radio Scoop [partenaire officiel de l'Olympique Lyonnais] » (CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, Radio Scoop c/ Radio Espace).

concurrence déloyale ou parasitaire, n'est plus une condition nécessaire pour établir l'existence d'agissements parasitaires²⁴. La cour d'appel de Paris l'a rappelé dans plusieurs arrêts concernant précisément des situations d'*ambush marketing*²⁵.

Il semble que les juges aient en réalité souhaité sanctionner dans ces décisions²⁶ non pas le risque de confusion (entendu comme condition de l'action en concurrence parasitaire) mais, plus généralement, **l'association illégitime avec un événement sportif, c'est-à-dire le fait de « donner l'illusion » ou de « laisser accroire » dans l'esprit du public qu'il existerait un lien, une filiation, entre l'auteur de la publicité et l'organisateur de l'événement**²⁷.

Lorsqu'une telle association n'est pas crédible, l'auteur de la publicité n'est pas sanctionné, même s'il s'est approprié des expressions ou symboles liés à la compétition en cause (ex. : « Village du Tour de France » pour un tour de France à la voile)²⁸.

c) Les caricatures, les pastiches, l'hyperbole ou la parodie

9 - De la même manière, l'utilisation de l'humour, du pastiche et de l'hyperbole, qui fait échec à toute association crédible entre l'annonceur et l'événement envisagé (ex. : l'utilisation dans un magazine masculin de l'expression « *Jeux Olympiques du sexe* »), exclut la qualification d'agissements parasitaires²⁹.

24. *Concurrence déloyale et parasitisme*, in *Memento Pratique Concurrence Consommation* : Ed. Francis Lefebvre 2013-2014, n° 8700, p. 217, citant Cass. com., 27 juin 1995, n° 93-18.601 : *RJDA* 12/95, n° 1478 et Cass. com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654 : *RJDA* 5/01, n° 647.

25. « Un tel comportement [constitutif de parasitisme économique] est fautif sans qu'il soit nécessaire de démontrer un risque de confusion ou la recherche d'un avantage concurrentiel au détriment de la victime ; [...] il suffit de caractériser, à la charge du parasite, l'intention de promouvoir sa propre activité commerciale en profitant gratuitement et sans risque du fruit des efforts de toute nature et des investissements d'autrui » (CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, FFT c/ Unibet - V. aussi CA Orléans, 2 juill. 2004, RG n° 03/00709, CNOSEF c/ GALEC (Leclerc)).

La solution est identique lorsque les parties sont en situation de concurrence, cf. CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, *Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ TNT* : « il importe peu au regard des dispositions de l'article 1382 du Code civil que la société Cinq-Huitièmes soit [...] en situation de concurrence avec la société TNT ». - CA Paris, 14 sept. 2012, RG n° 10/24522, *PMU c/ Unibet* : « L'exercice de l'action pour parasitisme n'est pas subordonnée à une absence de concurrence entre les parties ».

26. Dans au moins l'une de ces affaires, le demandeur semble s'être lui-même placé, à tort, sur le terrain du risque de confusion, ce qui peut expliquer la motivation malheureuse de la décision : CA Paris, 12 déc. 2012, RG n° 10/10996, confirmé par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, *FFR c/ Fiat*.

27. Le comportement sanctionné est celui qui consiste à « **laisse(r) nécessairement accroire** dans l'esprit du public que [l'on] agit avec le consentement des organisateurs de la manifestation et sous son égide » (CA Paris, 28 mars 2001, RG n° 1999/09753, *Tour de France c/ Gemka Productions*), ou celui qui « **donne faussement l'illusion de l'accord** [avec] l'organisat[eur] de la manifestation » (*TGI Paris*, 28 janv. 2004, RG n° 02/08086, *FFT c/ The Hospitality Group*) ; ou encore lorsqu'« il est manifestement laissé à penser à l'internaute que le produit est issu d'un partenariat avec lesdits Jeux alors qu'il n'en est rien » (*TGI Paris*, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, *CNOSEF c/ Le Coq Sportif*).

28. Dans une affaire « Tour Voile », il a été jugé que « si dans le document incriminé, la société Tour Voile fait usage de la formule " Village du Tour de France " qui évoque la manifestation cycliste, ce seul emprunt ne revêt pas de caractère fautif », alors même que l'usage d'une expression identique avait entraîné la condamnation de la société « Tour Féminin Organisation ». Sans doute le public ne risquait-il pas de croire, selon la Cour, à une association entre le Tour de France (cycliste) et le Tour de France à la voile, puisque la société du Tour de France, qui organise des tours féminins, n'a jamais organisé de compétition de voile (CA Paris, 13 juin 2001, RG n° 1999/10759, *Tour de France c/ Tour Voile*. - V. aussi *TGI Paris*, 10 sept. 1997, RG n° 96/16409, *Tour de France c/ Tour Féminin Organisation*).

29. Les juges ont refusé de condamner le magazine *Têtu*, qui avait publié un numéro spécial « Jeux Olympiques du sexe » durant les Jeux Olympiques d'Athènes, au motif que « le ton décalé et l'humour qui la sous-tend préviennent la réalisation d'un préjudice » (CA Paris, 7 mars 2008, RG n° 06/01935, confirmé par Cass. com., 15 sept. 2009, RG n° 08-15.418).

Voir aussi : « C'est à juste titre que Radio Espace soutient que le terme " centaines " [de places, utilisé alors que la Radio ne disposait d'un nombre restreints de places par match à offrir dans le cadre d'un jeu publicitaire] était utilisé comme une hyperbole publicitaire destinée à attirer le plus d'auditeurs », de sorte que ce grief de publicité mensongère doit être rejeté comme mal fondé (CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, *Radio Scoop c/ Radio Espace*).

10 - Ces exclusions jurisprudentielles (cf. *supra* n° 8 et 9) sont à notre sens critiquables : même en l'absence de lien crédible entre un événement et l'auteur du message publicitaire, celui-ci n'utilise-t-il pas la notoriété de l'événement pour promouvoir sa propre activité, afin d'en retirer les fruits à moindre coût ? Ce comportement entre dans la définition des agissements parasitaires³⁰, de sorte que l'on comprend mal à quel titre l'auteur de ces agissements devrait échapper à la condamnation.

11 - En résumé, pour obtenir gain de cause, la victime doit pouvoir démontrer que l'*ambusher* a exploité indûment le nom, les symboles, marques et logos, ou encore la qualification de « sponsor » ou « partenaire officiel » de l'événement, et que cette exploitation a rendu possible une association illégitime entre l'auteur de la publicité incriminée et l'événement en cause.

Compte tenu de cette tendance jurisprudentielle, il est finalement assez simple pour l'*ambusher* habile d'éviter la condamnation en se plaçant à la frontière de ce qui est interdit.

C'est précisément ce comportement qu'envisageait l'auteur du concept, Jerry Welsh, pour qui l'*ambush marketing* consistait à « concevoir des opérations commerciales d'une manière telle qu'elles ne soient pas juridiquement interdites », c'est-à-dire « percevoir des failles des stratégies marketing des organisateurs d'événements et de sponsors officiels et de s'y engouffrer »³¹.

Inutile donc d'agir sans avoir déterminé au préalable si le comportement litigieux est réellement constitutif d'*ambush marketing*, au sens de la jurisprudence, ou simplement habile, à la frontière du parasitisme économique.

2° Preuve des comportements condamnables

12 - À supposer qu'un tel comportement condamnable existât, le demandeur doit être en mesure de le prouver. Pour ce faire, la préparation préalable du dossier est déterminante.

Les décisions ayant octroyé des dommages-intérêts à des victimes d'*ambush marketing* mentionnent qu'étaient versés aux débats des **documents publicitaires** (brochures, plaquettes, affichettes, etc.) ou des **procès-verbaux de constat**. Ces derniers constituent indéniablement le moyen de preuve le plus efficace lorsque le message publicitaire est diffusé sur internet, à la télévision, ou sur des panneaux d'affichages.

Il faut agir vite, les campagnes publicitaires étant souvent de courtes durées (c'est le cas des « campagnes perlées », qui permettent à l'auteur des agissements parasitaires d'éviter une interdiction de diffusion par la voie du référé, la campagne ayant cessé avant que le demandeur n'ait pu agir, cf. *infra*).

À défaut, ou en complément, des copies-écrans pourront être utilisées produites (et l'ont effectivement été dans les décisions examinées), la preuve d'un fait étant libre.

B. - Preuve du préjudice

13 - La victime de l'*ambush marketing* doit également démontrer l'existence d'un préjudice actuel, direct, certain et le chiffrer. Le demandeur qui prend la peine de **chiffrer sa demande au plus près**

30. La théorie des agissements parasitaires trouve d'ailleurs son origine dans l'arrêt *Pontiac* de la Cour d'appel de Paris. Or, la Cour a jugé, dans cette décision, qu'était fautive l'utilisation de la marque automobile *Pontiac* pour désigner des réfrigérateurs (CA Paris, 8 déc. 1962 : D. 1963, p. 406), alors même qu'il n'y a aucune association possible entre un réfrigérateur et une voiture (V. aussi CA Paris, 15 déc. 1993 : D. 1994, jurispr. 145, *Comité interprofessionnel du vin de champagne c/ Yves Saint Laurent* - V. encore Cass. com., 30 janv. 1996 : Bull. civ. 1996, IV, n° 32, *Fleurs Eclairs c/ Office Néerlandais des produits laitiers*, à propos du slogan « La côte d'Azur, l'autre pays de la Tulipe »).

31. Ou encore « Stratégie commerciale consistant pour une entreprise à se placer dans le sillage d'une entreprise parrainant un événement sportif mais dont le programme de parrainage était particulièrement mal conçu et mal mené ». J. C. Welsh, *Ambush Marketing, What it is ; What it isn't ?*, *Welsh Marketing Associates*, cité par J.-M. Marmayou, *les résultats d'une compétition sont-ils couverts par le monopole d'exploitation des organisateurs ?* : *Cah. dr. sport*, n° 20, 2010, p. 156.

du préjudice réellement subi augmente d'autant ses chances d'obtenir une plus juste réparation.

Lorsque la victime de l'*ambush* est l'organisateur de l'événement, la jurisprudence tient compte des éléments suivants :

- investissements financiers³² et humains réalisés, et dont l'organisateur est en droit de recueillir les fruits³³ ;
- renommée et « valeur économique » de l'événement³⁴, mise en lumière par des sondages d'opinion³⁵ ;
- risque de banalisation et de dévalorisation de l'événement³⁶ ;
- mise en difficulté de l'organisateur vis-à-vis de ses partenaires officiels³⁷ ;

32. V. par ex. « frais d'exploitation de l'événement en cause » (CA Paris, 28 mars 2001, n° 1999/09753, *Tour de France c/ Gemka Productions*).

33. « Des différentes institutions qui ont organisé cet événement sportif [...] ont] réalisé des investissements financiers et humains particulièrement importants pour organiser la manifestation sportive du Tour de France et lui donner ce retentissement international et cette popularité qui en font l'un des événements sportifs de l'année les plus connus et les plus suivis du public [...] qui [les] auto-rise[n]t légitimement [...] à recueillir les fruits des efforts qu'elle[s] consacrent] à cette manifestation [...] ces fruits [leur] permettent au surplus d'assurer la pérennité de la manifestation » (CA Paris, 28 mars 2001, n° 1999/09753, *Tour de France c/ Gemka Productions*).

« La société [défenderesse] a [...] détourné, sans contrepartie, les retours que le CNSOF est en droit d'attendre de ses efforts en vue de maintenir l'image et la notoriété des jeux olympiques » (TGI Paris, 4 oct. 1996, *CNOSF c/ Henri Maire*).

« La FFT a réalisé des investissements destinés à promouvoir les manifestations ayant lieu dans le cadre du tournoi de tennis de Roland Garros » (CA Paris, 28 sept. 2007, RG n° 05/09322, *FFT c/ SEGA*).

34. « Il n'est pas contestable que [...] Roland Garros [a] acquis une renommée internationale qui se traduit par une valeur économique en constant développement, non seulement par l'exploitation directe des entrées ou des droits de retransmission, mais aussi par des retombées commerciales indirectes auxquelles se trouvent associés les partenaires de la fédération organisatrice. [...] La valeur économique à prendre en considération est celle de l'événement sportif lui-même, et non pas des seuls termes " Internationaux de France " » (CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, *FFT c/ Unibet*).

35. V. par ex. CA Orléans, 2 juill. 2004, RG n° 03/00709, *CNOSF c/ GALEC (Leclerc)* ; Mais ces sondages d'opinion ne suffisent pas toujours à convaincre les magistrats : la Cour d'appel de Paris a ainsi débouté Cinq-Huitièmes de ses demandes fondées sur l'exploitation parasitaire par TNT des rayures marines et roses de ses polos, en dépit d'un sondage IFOP démontrant que 22 % des personnes interrogées associent spontanément les rayures marines et roses à la marque Eden Park, 49 % l'associent après exposition à un visuel et 75 % après exposition aux différents visuels et à une liste de marque (CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, *Cinq-Huitièmes [Eden Park] c/ TNT*).

36. CA Paris, 28 mars 2001, RG n° 1999/09753, *Tour de France c/ Gemka Productions*. – V. aussi CA Paris, 21 janv. 2011, RG n° 09/20261, *CNOSF c/ Interwetten Malta Ltd*. – CA Orléans, 2 juill. 2004, RG n° 03/00709, *CNOSF c/ GALEC (Leclerc)*.

37. « Les meilleures entreprises françaises paient très cher le droit de se prévaloir du titre de partenaire officiel des jeux olympiques ; [le défendeur] compromet le financement du comité et le met en difficulté vis-à-vis de ses partenaires officiels » (TGI Paris, 4 oct. 1996, *CNOSF c/ Henri Maire*).

« Le comportement de [Volkswagen] a pu avoir pour effet de priver la FFT d'une partie de ses revenus, les entreprises avec lesquelles elle noue des partenariats, dont la société PEUGEOT, liée de manière exclusive avec elle depuis 1989, pouvant être amenées à ne plus accepter de payer pour bénéficier des retombées du tournoi » (TGI Paris, 8 févr. 2013, RG n° 11/08731, *FFT c/ Volkswagen*).

« [Le CNOSF] subit également un préjudice d'image auprès de ses partenaires officiels, qui peuvent douter au vu des faits commis, de l'intérêt de solliciter le statut de partenaire officiel [...] ce qui est de nature à fragiliser sa source principale de financement, puisque ces contrats de partenariat lui procurent 60 % de ses revenus » (TGI Paris, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, *CNOSF c/ Le Coq Sportif*).

Voit aussi : CA Paris, 21 janv. 2011, RG n° 09/20261, *CNOSF c/ Interwetten Malta Ltd* : le comportement de l'auteur de l'*Ambush* « a porté préjudice aux partenariats qu'il a conclus avec d'autres sociétés dans le cadre de l'accompagnement de l'équipe de France ». – TGI Paris, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, *CNOSF c/ Le Coq Sportif* : Le Tribunal a relevé que « de tels partenariats nécessitent de la part de ceux qui les souscrivent d'importants investissements, le ticket d'entrée de ces collaborations s'élevant d'après un article des Echos du 9 février 2010 à 500 000 euros par an en moyenne ». – CA Paris, 28 sept. 2007, RG n° 05/09322, *FFT c/ SEGA*. – V. aussi CA Paris, 15 déc. 2010, RG n° 09/11790, *Tour de France c/ Orchester Consulting et Eurocycler*. « de tels agissements caractérisent suffisamment des actes de parasitisme alors que l'ASO est en droit d'établir des partenariats commerciaux ».

– prix qu'aurait payé l'auteur d'*ambush marketing* s'il avait conclu un contrat de parrainage³⁸.

Lorsque la victime de l'*ambush* est le « partenaire officiel » de l'événement, la jurisprudence tient compte :

- des investissements financiers réalisés par le « partenaire officiel » pour se prévaloir de ce titre³⁹ ;
- d'un détournement de clientèle⁴⁰ ;
- de la dépréciation de ses investissements et de son titre de partenaire officiel⁴¹.

L'examen de la jurisprudence montre que ces éléments d'évaluation ne sont pas suffisamment exploités par les demandeurs, qui se contentent trop souvent de s'en prévaloir sans rien démontrer, et de solliciter une réparation forfaitaire (qui ne peut être pourtant valablement accordée)⁴². Ceci conduit les juges à n'octroyer que des dommages-intérêts de faibles montants, voire même symboliques⁴³.

Aucune décision ne mentionne par exemple le recours à un cabinet d'expertise financière. Cette solution apparaît pourtant particulièrement opportune puisqu'elle donne au juge un élément tangible d'évaluation du préjudice subi.

Le recours à un expert judiciaire peut également s'avérer fort précieux⁴⁴ (bien que cette procédure soit plus longue et son résultat plus aléatoire, tant au moment où elle est demandée qu'après qu'un expert a été désigné).

Outre les éléments précités, les juges du fond examinent le comportement de l'auteur de l'*ambush*⁴⁵, la durée⁴⁶ et l'ampleur⁴⁷ des agissements litigieux⁴⁸, et la rapidité avec laquelle la victime des agissements a intenté une action⁴⁹, puis modulent en conséquence l'indemnisation octroyée.

38. « Du fait des actes de parasitisme de la société [le Coq Sportif], le demandeur a subi un manque à gagner qui peut être chiffré au montant qu'il aurait normalement dû recevoir pour cette opération de communication si la défenderesse avait souscrit auprès de lui un partenariat rémunéré » : TGI Paris, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, *CNOSF c/ Le Coq Sportif*. – V. aussi CA Orléans, 2 juill. 2004, RG n° 03/00709, *CNOSF c/ GALEC (Leclerc)*. La Cour a estimé que Galec avait causé au CNOSF un « préjudice matériel [...] en le privant d'une partie des ressources qu'il aurait pu obtenir de l'accord de partenariat qu'il aurait pu négocier avec [...] Galec ». – V. *contra*, si l'organisateur prétend qu'un tel parrainage aurait porté atteinte à l'esprit olympique et dévalorisé des marques, il ne peut solliciter dans le même temps que lui soit versé à titre de dommages-intérêts le prix qu'il aurait obtenu s'il avait conclu ce contrat de partenariat : CA Paris, 21 janv. 2011, RG n° 09/20261, *CNOSF c/ Interwetten Malta Ltd*.

39. V. par ex. CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, *Radio Scoop c/ Radio Espace*.

40. V. *contra* CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, *préc.* « le détournement de clientèle invoqué [...] n'est pas identifié précisément. Même si les audiences de la radio ont baissé, il n'est pas démontré avec certitude qu'il existe un rapport de cause à effet entre les agissements déloyaux et l'importante baisse d'audience ».

41. CA Lyon, 18 oct. 2012, RG n° 12/02039, *préc.*

42. Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-71.665, *Sté Meny : JurisData n° 2010-021985*.

43. V. par ex. CA Paris, 28 sept. 2007, RG n° 05/09322, *FFT c. SEGA* (ayant condamné Sega à un euro symbolique).

44. V. par ex. TC Paris, 22 févr. 2013, RG n° 2012/076280 (sur la base du rapport d'expertise, le Tribunal a évalué le préjudice subi par Bouygues Télécom du fait du détournement de clientèle à la somme de 15 000 000 euros).

45. Dans une affaire récente, le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi jugé que « le montant de la réparation sollicitée doit être ramené à de plus justes proportions », après avoir « relevé que la publicité litigieuse a été diffusée 3 jours et que son visuel a été modifié moins de 24h après l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception » (TGI Paris, 8 févr. 2013, RG n° 11/08731, *FFT c/ Volkswagen*).

La cour d'appel de Paris a également limité la condamnation de l'auteur d'agissements parasitaires, celui-ci ayant pris des mesures correctrices (CA Paris, 28 sept. 2007, RG n° 05/09322, *FFT c/ SEGA*).

Dans une autre affaire, le même juridiction a tenu compte de « la poursuite des agissements [...] en dépit de l'exécution provisoire » pour juger que le préjudice de la FFT était « aggravé » et condamner l'auteur de ces agissements à des dommages-intérêts particulièrement élevés de 500 000 euros (CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, *FFT c/ Unibet*).

46. V. par ex. TGI Paris, 8 févr. 2013, RG n° 11/08731, *FFT c/ Volkswagen*, *préc.*

47. TGI Paris, 13 juin 2014, RG n° 12/09737, *CNOSF c/ Le Coq Sportif* (le Tribunal a pris en compte la large diffusion de la publicité litigieuse).

2. Comment agir ?

A. - Qui peut agir ?

14 - Dans la grande majorité des décisions citées, l'organisateur de la manifestation sportive est à l'origine de l'action.

On peut regretter que le *sponsor* n'agisse pas plus fréquemment, seul ou de concert avec l'organisateur de l'événement. Le *sponsor* a en effet intérêt à protéger son investissement et à solliciter la protection de l'organisateur, avec qui il a signé un contrat de partenariat (en le faisant par exemple intervenir à l'instance).

Sans doute le *sponsor* ne dispose-t-il pas de la protection du droit de la propriété intellectuelle et du droit du sport (cf. *infra*). Il ne peut en outre agir que si l'utilisation de l'événement par l'*ambusher* est celle qui est protégée par le partenariat exclusif⁵⁰. Mais l'existence de son préjudice dans ce cas est difficilement discutable.

Une demande de réparation formulée par le *sponsor*, couplée avec celle de l'organisateur, aurait l'avantage d'opposer deux plaideurs au seul *ambusher* et d'augmenter corrélativement leurs chances d'obtenir gain de cause.

B. - Quel fondement invoquer ?

15 - Pour l'organisateur d'un événement, l'intérêt d'agir sur le fondement du parasitisme économique est de pallier les lacunes du droit de la propriété intellectuelle⁵¹.

Le cumul de ce fondement avec le droit commun de la propriété intellectuelle et le code du sport reste bien sûr possible, et même souhaitable.

La jurisprudence rappelle dans ce cas que les demandes subsidiaires formées sur le fondement du droit des agissements parasitaires ne sont recevables que si des demandes principales fondées sur la protection d'un droit privatif ont été rejetées⁵² ou si chacune de ces demandes sont fondées sur des « faits distincts »⁵³.

Les sponsors qui, quant à eux, ne peuvent agir que sur le fondement de la concurrence déloyale ou parasitaire ont également intérêt à fonder leurs demandes (au moins subsidiairement) sur la théorie des agissements parasitaires, cette théorie présentant l'avantage de ne pas exiger la démonstration de l'existence d'un rapport de concurrence et d'un risque de confusion⁵⁴.

C. - Initiatives judiciaires envisageables

1° Au fond

16 - Sont demandés, et souvent octroyés :

48. « Considérant néanmoins que l'atteinte a été limitée dans le temps et dans son importance, le second jeu litigieux ne présentant plus les éléments condamnables, [...] la Cour [...] fixe à la somme de un euro le montant devant venir assumer la réparation du préjudice subi » (CA Paris, 28 sept. 2007, RG n° 05/09322, FFT c/ SEGA).

49. La cour d'appel de Paris a débouté la société du Tour de France de ses demandes fondées sur le comportement parasitaire de la société Tour Voile, relevant que « la tolérance dont a fait preuve la société du Tour de France à l'égard de la société Tour Voile durant 18 ans témoigne de l'inexistence de son préjudice commercial » (CA Paris, 13 juin 2001, RG n° 1999/10759, Tour de France c/ Tour Voile).

50. V. par ex. CA Paris, 10 févr. 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ TNT. - V. aussi CA Paris, 16 sept. 2009, RG n° 08/03742, Cinq-Huitièmes (Eden Park) c/ Carrefour et Teflex.

51. « Chaque fois que quelqu'un utilise sans droit, de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif » (Ph. le Tourneau, - Gaz. Pal. 1982, doct. p. 370).

52. TGI Paris, 17 juin 2008, RG n° 07/2500, PSG c/ Unibet et Bwin, confirmé par CA Paris, 2 avr. 2010, RG n° 08/14401, PSG c/ Unibet et Bwin.

53. TGI Paris, 9 déc. 2008, RG n° 08/00052, Tour de France et a. c/ Eurocyclers LLC. - CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, FFT c/ Unibet. - TGI Paris, 28 nov. 2007, RG n° 06/08916, CNOFSF c/ Expekt.com. - TGI Paris, 30 mai 2008, RG n° 08/02005, FFT c/ Expekt.com. - Pour des exemples d'actes non distincts : CA Paris, 21 janv. 2011, RG n° 09/20261, CNOFSF c/ Interwetten Malta Ltd.

54. Cf. *supra*, note de bas de page n° 8.

- la cessation des agissements parasitaires (ex. : retrait ou modification de la publicité en cause), à solliciter sous astreinte ;

- le paiement de dommages-intérêts (si les montants octroyés sont souvent décevants, il arrive qu'ils soient conséquents⁵⁵, à condition que le quantum demandé soit documenté et qu'il reflète le préjudice réellement subi, cf. *supra*) ;

- la publication (obtenue dans quasiment toutes les décisions examinées) ;

- un article 700 (qu'il ne faut pas hésiter à documenter, par exemple, par une attestation du montant des honoraires réellement versés, pour éviter une condamnation symbolique) ;

- l'exécution provisoire (à demander « sur minute »).

2° En référé

17 - Au-delà des obstacles qui tiennent à la démonstration de la faute et du préjudice (cf. *supra*), la procédure au fond est longue (12 à 18 mois en moyenne en première instance) de sorte que la décision intervient souvent après que la campagne publicitaire litigieuse a cessé d'être diffusée.

La voie du référé (et à plus forte raison celle du référé d'« heure à heure ») peut se révéler plus efficace pour faire cesser rapidement les agissements illicites, une action au fond pouvant par la suite être initiée afin de solliciter réparation du préjudice subi. Le préalable du référé pourra de surcroît aider la victime à démontrer au juge du fond la réalité de son préjudice et sa volonté d'y mettre un terme.

Cette voie du référé exige bien entendu de la victime de l'*ambush* une très grande réactivité. Il existe en effet des délais incompressibles inhérents à cette procédure (demande d'autorisation d'assigner d'« heure à heure », assignation du défendeur, audience de plaidoiries suffisamment éloignée pour lui permettre de préparer sa réponse). Or, il arrive fréquemment que les campagnes publicitaires soient de courte durée, dans le but précis de faire échec à cette procédure (le demandeur étant privé de son intérêt à agir lorsque les agissements litigieux ont cessé). La domiciliation à l'étranger de l'*ambusher* peut par ailleurs ralentir ce processus, notamment à raison des difficultés matérielles rencontrées pour lui signifier l'acte introductif d'instance traduit dans une langue qu'il comprend.

La préparation du dossier (faire procéder à des constats, à des études techniques) et la prise de décision dès la constatation des faits litigieux sont essentielles au succès de l'action.

3. Faut-il agir ?

18 - La grande majorité des décisions examinées a accueilli la qualification de parasitisme économique et condamné l'auteur des messages publicitaires litigieux à réparer - au moins partiellement - le préjudice subi.

L'action sur ce fondement reste néanmoins aléatoire. La motivation des juges est fluctuante et le résultat de l'action incertain, comme en atteste la décision récemment rendue par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Fiat*⁵⁶.

Certaines « embuscades », plus habiles, ne sont pas sanctionnées⁵⁷.

55. V. par ex. 500 000 euros octroyés à la FFT contre Unibet par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 14 oct. 2009, RG n° 08/19179, FFT c/ Unibet) ; 1 000 000 euros octroyés au CNOFSF contre Carrefour (marque « Olymprim ») (CA Orléans, 2 juill. 2004, RG n° 03/00709, confirmé par Cass. com., 31 oct. 2006, n° 04-18.043, CNOFSF c/ Groupement d'achat Édouard Leclerc).

56. CA Paris, 12 déc. 2012, RG n° 10/10996, confirmé par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FFT c/ Fiat. - Cf. note de bas de page n° 18.

57. CA Paris, 7 mars 2008, RG n° 06/01935 confirmé par Cass. com., 15 sept. 2009, RG n° 08-15.418. - CA Paris, 12 déc. 2012, confirmé par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FFT c/ Fiat. - CA Paris, 13 juin 2001, RG n° 1999/10759, Tour de France c/ Tour Voile. - CA Paris, 7 mars 2008, RG n° 06/01935, confirmé par Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-15.418 : JurisData n° 2009-049449.

Or, une action jugée abusive ou même insuffisamment justifiée peut être sanctionnée par une forte condamnation sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile⁵⁸. Les organisateurs et *sponsors* ont en outre intérêt à ne pas voir leur nom associé à de mauvais « précédents » jurisprudentiels et à n'agir que lorsque leurs chances de succès sont élevées.

Dans ce contexte, et pour tromper l'aléa inhérent à toute action judiciaire, le meilleur atout semble une préparation anticipée et rigoureuse du dossier. La victime d'*ambush* doit agir vite, être en mesure de démontrer l'existence d'un comportement réellement fautif et d'un dommage réparable, en respectant les règles de prin-

cipe qui viennent d'être rappelées. La stratégie procédurale (fond vs. référé, for approprié) ne doit pas être négligée.

19 - Conclusion. – Sans les ressources financières offertes par les *sponsors*, les événements sportifs et culturels (de même que leur effet bénéfique tant au plan économique que sociétal) risquent de disparaître. Une protection efficace doit donc leur être assurée. L'éco-système qui s'est créé autour de ces événements ne peut en effet tolérer des pratiques initiées par certains acteurs qui refusent de respecter les règles du jeu, ou feignent de ne les pas connaître.

Plus que jamais, la lutte contre l'*ambush marketing*, lorsqu'il est avéré, apparaît légitime.

Mots-Cles : Ambush marketing - Concurrence déloyale - Concurrence parasitaire - Parasitisme

58. *TC Paris, 20 janv. 2012, Orange c/ Numéricable* (qui a condamné Orange à 50 000 euros au titre de l'article 700).

13 Ventes avec primes : la nouvelle réglementation et ses conséquences

Éric ANDRIEU,

avocat à la Cour,
Cabinet Péchenard & Associés

Le gouvernement a publié, le 17 septembre dernier, un décret qui abroge les articles R. 121-8 à R. 121-10 du Code de la consommation, modifiant la réglementation des ventes avec primes. Explications et détails.

1 - Les ventes avec primes sont une mécanique d'incitation à l'achat qui existe sans doute depuis que le monde est monde et en tout cas depuis que le commerce est commerce.

Elles se sont développées sous la forme que nous connaissons actuellement depuis la deuxième moitié du 20^{ème} siècle et ont été largement popularisées par la marque de lessive Bonux du Groupe Procter & Gamble, qui a construit une partie importante de sa notoriété sur la pratique consistant à placer un objet promotionnel au sein de ses packs de lessive, pratique qui est devenue quasiment générique sous le nom de « cadeau Bonux ».

1. Évolution de la réglementation

2 - Cette pratique a fait l'objet d'une réglementation spécifique depuis la loi du 20 mars 1951 portant interdiction « du système de vente avec timbres primes ou tout autre titre analogue ou avec primes en nature »¹, modifiée par la loi du 29 décembre 1972².

1. La loi n° 51-356, 20 mars 1951 portant interdiction du système de vente avec timbres-primes ou tous autres titres analogues ou avec primes en nature (*JO 24 mars 1951, p. 2980*), dont le titre n'était pas trompeur, prévoyait dans ses deux premiers articles :

– « Est expressément interdit [...] le système de vente avec distribution de coupons primes, timbres primes, bons, tickets, vignettes ou autres titres de dénomination quelconque donnant droit à une prime dont la remise est différée par rapport à l'achat » (art. 1^{er}).

– « Sont également interdites [...] les ventes avec primes en nature consistant en produits différents de ceux qui font l'objet de la vente réalisée » (art. 2).

La loi prévoyait cependant deux exceptions pour :

– « la distribution de menus objets de faible valeur marqués d'une manière indélébile et apparente, conçue spécialement pour la publicité » (art. 3, 1^o),

Les dispositions de la loi de 1951 modifiée étaient abrogées par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence³.

– « les escomptes ou remises en espèces » (art. 3, 2^o).

2. La loi n° 72-1221 du 29 décembre 1972 modifiant la loi n° 51-356 du 20 mars 1951 sur les ventes avec primes et améliorant les conditions de concurrence (*JO 30 déc. 1972*), donnait une définition des primes (art. 3) :

« 1^o) Tout produit ou prestation de service différent de ceux faisant l'objet de la vente ou de la prestation de service, attribué ou susceptible d'être obtenu, immédiatement ou d'une manière différée, chez le vendeur ou chez un autre fournisseur :

– soit à titre gratuit,

– soit à des conditions de prix ou de vente présentées explicitement ou implicitement comme un avantage, quelles que soient la forme ou les modalités suivant lesquelles l'attribution de cet objet ou de cette prestation est effectuée, lors même que l'option serait laissée au bénéficiaire d'obtenir une remise en espèce,

2^o) Tout produit ou prestation de service, attribué aux participants à une opération présentée sous forme de concours, de jeu ou sous toute autre dénomination lorsque d'une part la participation à l'opération ou l'octroi de bonification de points est subordonnée à une ou plusieurs transactions et que d'autre part la facilité des questions permet normalement au plus grand nombre de participants de trouver la solution. »

Pour le reste, cette loi reprenait pour l'essentiel les règles de celle de 1951, notamment pour exclure de l'interdiction « la distribution de menus objets de faible valeur marqués d'une manière indélébile et apparente, conçus spécialement pour la publicité ».

3. L'article 29 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (*JO 9 déc. 1986, p. 14773*), énonçait : « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produit, bien ou service ou s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.