

LES JEUX D'ARGENT
ET DE HASARD
ET LE DROIT DE L'UNION
EUROPÉENNE

« **U**ne industrie milliardaire, qui concerne une activité dangereuse et culturellement sensible. Un service qui, grâce aux nouveaux moyens de communication, franchit facilement les frontières. Un secteur non harmonisé sur lequel n'existe qu'une jurisprudence au cas par cas¹. » Assurément, les jeux d'argent et de hasard ne sont pas une activité économique tout à fait comme les autres. C'est ainsi fort logiquement que le droit de l'Union européenne leur accorde un traitement qui comporte de nombreuses particularités. La première d'entre elles, et non la moindre, est qu'il s'agit d'un droit principalement jurisprudentiel. Faute de texte de droit dérivé régissant spécifiquement la matière, c'est la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui est venue dire ce que le droit de l'Union autorisait ou interdisait en matière de jeux d'argent et de hasard. Au fil des affaires, la Cour de justice a été conduite à confronter des législations nationales souvent très précises et contraignantes, allant parfois jusqu'au pénal, au regard des grands principes découlant des libertés économiques de circulation garanties par le traité.

La deuxième particularité tient au fait qu'il s'agit d'une matière dans laquelle les spécificités nationales sont très marquées et où les législations s'expliquent toujours par l'histoire du pays, par ses traditions juridiques et par des questions d'ordre moral, culturel et religieux. La Cour

1. Paolo Mengozzi, conclusions sur l'affaire *Markus Stoß e.a.* (C-316/07 e.a.) présentées le 4 mars 2010, paragraphe 1.

se montre naturellement prudente dans ce genre de situations, et rechigne à faire de l'harmonisation forcée par voie jurisprudentielle là où, précisément, le législateur de l'Union n'a pas encore voulu légiférer. Les États membres jouissent donc en la matière d'une réelle marge de manœuvre.

Il n'en reste pas moins que la Cour doit tout de même faire la part entre, d'un côté, ce qui relève de cette marge d'appréciation qu'elle reconnaît aux États membres et, de l'autre, les exigences qui découlent de sa jurisprudence classique sur la cohérence et la proportionnalité des mesures nationales susceptibles de porter atteinte aux libertés de circulation garanties par le traité.

FAUTE DE TEXTE SPÉCIFIQUE, UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

40

Les jeux d'argent et de hasard ne sont pas une activité économique tout à fait comme les autres et sont appréciés, faute de texte, au regard des libertés de circulation garanties par le traité.

Pas de directive

Première observation : il n'y a pas, à l'heure actuelle, de texte de droit dérivé spécifique applicable en la matière. Le législateur de l'Union, sans doute confronté à la difficulté de trouver un consensus européen sur la question, s'est montré très prudent. C'est ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, que les jeux d'argent et de hasard sont expressément exclus du champ d'application de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique », ou que les jeux d'argent le sont également du champ d'application de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. De même, ces jeux ont été expressément exclus, par amendement, du champ d'application de la future directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits du consommateur.

Ce n'est qu'indirectement que certaines dispositions de droit dérivé sont applicables aux jeux d'argent et de hasard, comme le sont, notamment, celles de la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007, dite « directive services de médias audiovisuels », qui vise les émissions consacrées à de tels jeux, tout comme certaines dispositions de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, ou encore la directive concernant les contrats à distance, la directive antiblanchiment, la directive sur la protection des données, la directive « vie privée et communications électroniques » et la directive relative au système commun de TVA.

Une activité économique

En l'absence de droit dérivé spécifiquement applicable aux jeux d'argent et de hasard, c'est parce qu'ils constituent une activité économique relevant des articles 49 et 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – qui garantissent, respectivement, la liberté d'établissement et la libre prestation des services – que la Cour de justice a eu à en connaître.

Elle leur applique alors sa grille d'analyse classique, qui comporte, en substance et ainsi que l'on sait, trois temps : toute mesure nationale qui entrave ou est susceptible d'entraver l'exercice de l'une de ces libertés est une restriction, *a priori* incompatible avec le droit de l'Union ; celle-ci peut être toutefois justifiée, notamment par des raisons impérieuses d'intérêt général ; cette justification est cependant soumise à la condition que ces restrictions soient non discriminatoires, propres à garantir la réalisation des objectifs visés et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre.

41

Guère de particularités à signaler s'agissant du premier temps du raisonnement. C'est sans surprise que la Cour a affirmé que constitue une restriction à l'une de ces libertés une réglementation interdisant ou limitant le droit d'exploiter des jeux de hasard dans un État membre (CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, *Rec.*, p. I-13031), la législation d'un État membre empêchant les opérateurs des autres États membres de procéder eux-mêmes à la collecte de paris sur le territoire national (CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, *Rec.*, p. I-7289), ou encore le fait de réserver l'exploitation de jeux de hasard dans les établissements de jeux aux seuls opérateurs ayant leur siège sur le territoire de cet État membre (CJUE, 9 septembre 2010, *Engelmann*, C-64/08, point 32).

Les deux autres temps du raisonnement, qui portent sur l'éventuelle justification de la restriction, présentent ici plus d'intérêt. Alors que la Cour de justice est en général très stricte dans son appréciation de l'adéquation de la mesure et de sa nécessité, elle se montre, dans les affaires concernant les jeux d'argent et de hasard, particulièrement respectueuse de la compétence des États membres et soucieuse de leur permettre d'encadrer ces activités au nom de « raisons impérieuses d'intérêt général » qu'elle rattache, en substance, à la protection des consommateurs et à celle de l'ordre social.

PRAGMATISME DE LA COUR
ET MARGE DE MANŒUVRE DES ÉTATS MEMBRES

La Cour de justice, tout en encadrant les législations nationales, laisse aux États membres une réelle marge de manœuvre et se montre compréhensive quant aux justifications apportées.

Les particularités socioculturelles des États membres

42 Ainsi qu'elle l'a affirmé à plusieurs reprises, c'est aux seuls États membres qu'il revient de déterminer l'étendue de la protection qu'ils entendent assurer sur leur territoire en matière de jeux d'argent (CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, point 61 ; *Zenatti*, précité, point 33), eu égard, ainsi que la Cour le dit dans des termes à vrai dire assez inhabituels sous sa plume, aux « particularités socioculturelles de chaque État membre », ou aux « particularités d'ordre moral, religieux ou culturel ».

Ces particularités expliquent ainsi que les autorités nationales jouissent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les exigences liées à la protection des joueurs et à celle de l'ordre social. À ce titre, elles sont libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et d'argent et de définir le niveau de protection qu'elles recherchent. Le pouvoir d'appréciation assez large qui leur est reconnu porte tant sur les modalités d'organisation des jeux que sur le volume de leurs enjeux ou sur l'affectation des profits qu'ils dégagent.

La prise en compte des particularités socioculturelles de chaque État membre conduit la Cour à reconnaître que le fait, pour un État membre, de choisir un système de protection différent de celui adopté par un autre est sans incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions nationales en cause (par exemple : CJCE, 21 septembre 1999, *Läärä e.a.*, C-124/97, *Rec.*, p. I-6067 ; CJCE, 8 juillet 2010, *Sjöberg et Gerdin*, C-447/08 et C-448/08, point 38). Celles-ci ne doivent être appréciées qu'au regard des objectifs poursuivis par les autorités nationales et du niveau de protection qu'elles entendent assurer, de sorte qu'un État membre est parfaitement en droit d'interdire certains types de jeux ou certains supports, pourtant autorisés par d'autres.

La jurisprudence de la Cour laisse ainsi une assez large palette aux États membres : il leur appartient d'apprécier si, au regard du but poursuivi, il est nécessaire d'interdire totalement ou partiellement des activités de cette nature ou seulement de les restreindre et de prévoir des modalités de contrôle plus ou moins strictes. Un État membre est en droit

d'interdire totalement l'exercice d'un jeu sur son territoire (*Schindler*, précité, au sujet de l'interdiction au Royaume-Uni des loteries à grande échelle), de n'octroyer qu'à un nombre limité d'opérateurs économiques le droit d'exploiter un jeu d'argent et de hasard (CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar*, C-6/01, *Rec.*, p. I-8621, au sujet du régime portugais de concession), ou encore de n'attribuer qu'à un seul organisme des droits exclusifs (*Läärä*, précité, au sujet du monopole finlandais pour l'exploitation des machines à sous).

De même, rien n'interdit à un État membre de prévoir un monopole pour certains jeux et de soumettre les autres à un régime d'autorisations délivrées à des opérateurs privés (CJCE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group*, C-46/08, point 63), de n'attribuer l'exploitation des jeux de hasard qu'à des organismes publics ou caritatifs (*Sjöberg et Gerdin*, précité, point 43) ou encore de n'octroyer que des concessions de longue durée, pouvant aller par exemple jusqu'à quinze ans (*Engelmann*, précité, point 48).

43

Les jeux en ligne

Les États membres jouissent d'une marge de manœuvre sans doute encore plus importante en matière de jeux en ligne. Le principe de reconnaissance mutuelle ne leur est tout d'abord pas applicable : un État membre peut interdire à des opérateurs, pourtant légalement établis dans d'autres États membres, de fournir sur son territoire des services de jeu de hasard sur Internet (CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, *Rec.*, p. I-7633). De même, un État membre peut apporter à l'offre de jeu sur Internet des limitations qu'il n'impose pas aux mêmes jeux offerts physiquement, en raison des risques de fraude et de dépendance « de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux » (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, précité, points 70 à 72 ; *Carmen Media Group*, précité, points 101 à 105).

La Cour reconnaît qu'il peut certes être difficile, pour les autorités nationales, de faire respecter leur législation sur Internet. Mais de telles difficultés pratiques sont sans influence sur l'appréciation de la compatibilité des mesures en cause. Ainsi, la circonstance que les autorités compétentes d'un État membre seraient en peine de faire respecter un monopole sur les jeux d'argent par des organisateurs établis à l'étranger et opérant sur Internet en infraction avec ce monopole est sans incidence sur la question de savoir si celui-ci est compatible avec

le droit de l'Union (CJCE, 8 septembre 2010, *Stoß e.a.*, C-316/07 e.a., points 84 à 87).

Une Cour compréhensive

La Cour de justice se montre en outre compréhensive quant aux motifs de justification apportés qui, ainsi qu'il a été dit, peuvent être tirés de la protection des consommateurs, de celle de l'ordre social, de la lutte contre la fraude ou contre la dépendance au jeu. Deux exemples témoignent du pragmatisme dont elle fait preuve en la matière.

44 Le premier a trait à la question de savoir s'il faut tenir compte de la circonstance que les revenus du jeu peuvent être affectés au financement d'activités sociales ou d'utilité publique. La jurisprudence de la Cour est à cet égard nuancée. Elle juge certes que le fait, pour un État membre, d'affecter ces revenus à un tel financement ne saurait constituer, en tant que tel, une justification de la mesure, conformément en cela à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle des considérations d'ordre strictement budgétaire ne peuvent être estimées comme des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction aux libertés de circulation garanties par le traité. Toutefois, dit la Cour, il n'est pas « indifférent », dans l'appréciation à laquelle elle doit se livrer, que les recettes tirées des jeux d'argent et de hasard soient affectées au financement d'activités désintéressées (*Zenatti*, précité, point 36). Le fait que des activités sociales ou d'utilité publique bénéficient des revenus provenant des jeux, sans être un motif de justification à part entière, est ainsi bien pris en compte au moment d'apprécier la proportionnalité de la mesure. C'est au nom de considérations analogues qu'il est loisible à un État membre de ne confier l'exploitation des jeux qu'à des organismes publics ou caritatifs, dans la mesure où, dit la Cour dans des termes d'une grande fermeté, « selon l'échelle des valeurs propres à chacun des États membres », il pourrait être « considéré comme inacceptable de permettre que des profits privés soient tirés de l'exploitation d'un fléau social ou de la faiblesse des joueurs et de leur infortune » (*Sjöberg et Gerdin*, précité, point 43).

Le second exemple peut être trouvé dans l'évolution jurisprudentielle consacrée par l'arrêt *Placanica* (CJCE, 6 mars 2007, C-338/04 et C-360/04, *Rec.*, p. I-1891), qui reconnaît l'intérêt qu'il peut y avoir, pour la protection de l'ordre social, à ce que l'État poursuive lui-même une politique d'expansion contrôlée de l'offre de jeu.

Jusqu'à-là, la jurisprudence de la Cour était fixée en ce sens qu'un État membre ne pouvait, pour justifier des restrictions aux activités de jeu,

invoquer valablement l'argument tenant à la nécessité de réduire les occasions de s'y livrer lorsque, sur le plan national, ce même État poursuit, dans le but d'en retirer des bénéfiques, une politique de forte expansion du jeu et des paris (*Gambelli*, précité, points 68 et 69). La position de la Cour consistait, en quelque sorte, à dire aux États d'être cohérents avec eux-mêmes et de ne pas restreindre l'exploitation de jeux de hasard par certains, tout en encourageant l'offre de ces mêmes jeux par d'autres, opérateurs agréés par l'État.

Cela semblait de bon sens. L'argument pouvait toutefois prêter le flanc à une critique simple consistant à dire qu'il vaut mieux, à tout prendre, que les jeux soient organisés par l'État, de manière publique et officielle, plutôt que de laisser le jeu illégal prendre la place que les jeux agréés n'occupent pas. C'était notamment la position défendue par la République française dans l'affaire *Placanica* (précitée), où elle faisait valoir qu'une politique nationale trop restrictive en matière de jeux pourrait aller à l'encontre des objectifs de protection des consommateurs et de l'ordre social dès lors que cela risquait de favoriser l'apparition de jeux illégaux et clandestins, dont les dangers sont évidents. C'est la raison pour laquelle, soutenait la France, la régulation et la maîtrise par les États membres de l'offre de jeu peuvent aussi passer par une expansion contrôlée de ces derniers.

45

C'est ce terrain que la Cour a retenu, jugeant qu'une « politique d'expansion contrôlée » dans le secteur des jeux de hasard peut être cohérente avec l'objectif visant à protéger les consommateurs, canalisés vers des offres légales et contrôlées par les pouvoirs publics, en attirant vers les activités autorisées et réglementées les joueurs qui s'adonnent aux jeux et paris clandestins (arrêt *Placanica*, points 55 *sq.*). Une telle politique d'expansion contrôlée est compatible non seulement avec l'objectif de lutter contre la criminalité liée aux jeux de hasard mais également avec celui de refréner la dépendance au jeu (CJCE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming*, C-258/08, point 26). Et la Cour est allée jusqu'à préciser que, afin d'atteindre cet objectif, les opérateurs autorisés doivent constituer une alternative « fiable et attrayante » par rapport aux activités interdites, ce qui peut justifier l'offre d'une gamme de jeux étendue, une publicité d'une certaine envergure et le recours à de nouvelles techniques de distribution (*Placanica*, précité, point 55). Il y a toutefois des limites : ainsi, la publicité éventuellement mise en œuvre par le titulaire d'un monopole public doit rester « mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser [...] les consommateurs vers les réseaux de jeu autorisés » (*Stoß*, précité, point 103).

L'ENCADREMENT MESURÉ
DES LÉGISLATIONS NATIONALES

46 On le voit à ce précédent : le pragmatisme de la Cour en la matière ne signifie pas que toute réglementation nationale est compatible avec le droit de l'Union. Un État membre ne saurait ainsi valablement réserver les concessions octroyées pour l'exploitation de casinos aux seules sociétés anonymes établies sur son territoire national, une telle discrimination apparaissant disproportionnée au regard de l'objectif visant à combattre la criminalité (*Engelmann*, précité, points 34 à 37), même si, il est vrai, il pourrait peut-être en aller autrement s'agissant des loteries par Internet, eu égard aux particularités des jeux en ligne (voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général Bot présentées le 31 mars 2011 sur l'affaire *Dickinger et Ömer*, C-347/09). De même, dans les États où les jeux de hasard sont soumis à des droits exclusifs, la publicité illégale pour des jeux organisés dans un autre État membre ne saurait être passible de sanctions plus sévères que celles prévues en cas de publicité, également illégale, pour des jeux organisés sans autorisation sur le territoire national (*Sjöberg et Gerdin*, précité, points 56 et 57).

La politique suivie doit en outre être cohérente et les mesures adoptées à cette fin proportionnées. Ainsi, aux yeux de la Cour, une mesure aussi restrictive qu'un monopole ne saurait se justifier qu'en vue d'assurer un niveau de protection des consommateurs particulièrement élevé, de sorte qu'elle doit être accompagnée d'un cadre normatif garantissant que le titulaire du monopole poursuive effectivement cet objectif d'une façon cohérente, par exemple au travers d'une offre de jeu quantitativement et qualitativement aménagée (*Stoß*, précité, point 83). Dans la pratique, le respect de telles exigences, et notamment de celle de cohérence, peut évidemment s'avérer difficile. Par exemple, une politique d'expansion et de création de nouveaux jeux d'argent et de hasard, entourée de surcroît de publicité, ne peut être considérée comme cohérente avec l'objectif de protection des consommateurs contre la dépendance au jeu qu'à la condition, dit la Cour, que les activités illégales revêtent dans l'État membre en cause une telle ampleur qu'il est justifié de lutter contre elles de la sorte (*Ladbroke's Betting & Gaming*, précité, point 30). La voie est assurément étroite pour les pouvoirs publics, et elle l'est de plus en plus, entre ce qui peut être considéré comme relevant d'une politique d'expansion contrôlée des jeux d'argent et de hasard et ce qui risque d'apparaître, aux yeux de la Cour, incohérent ou disproportionné.

La Cour, consciente de sa volonté, depuis quelques années, d'être plus précise encore dans l'encadrement des pouvoirs des États membres, semble vouloir contrebalancer en quelque sorte cette évolution par un renvoi plus fréquent au juge national, à qui on laisse le soin d'apprécier si les entraves sont justifiées au regard des objectifs poursuivis ou si la législation nationale est cohérente.

Ainsi que l'on sait, la Cour de justice, lorsqu'elle est saisie à titre préjudiciel, n'est pas, dans la pureté des principes, juge de l'affaire au principal, et doit se borner à interpréter le droit de l'Union sans l'appliquer à un litige. Dans la réalité, il arrive toutefois qu'elle donne au juge national une réponse tellement précise qu'elle ne lui laisse plus grand-chose à juger... C'est ce qu'elle faisait très souvent, en matière de jeux, jusqu'à l'arrêt *Gambelli* de 2003. Depuis lors, la Cour semble être revenue à une démarche plus orthodoxe, consistant à poser le cadre dans lequel doivent agir les États membres, mais confiant au juge national le soin d'appliquer ce cadre au litige dont il est saisi. En d'autres termes, la motivation des arrêts était, avant 2003, sans doute plus générale et moins contraignante, mais se prononçait au cas par cas sur la compatibilité avec le droit communautaire de la législation nationale. Depuis 2003, la Cour dicte une ligne de conduite plus rigoureuse au juge national, mais le laisse prendre ses responsabilités dans l'exercice classique consistant à concilier différents objectifs ou à apprécier la proportionnalité entre les atteintes aux libertés garanties par le traité et leurs justifications.

47

Il n'est sans doute pas anodin de remarquer que cette évolution a été initiée dans une affaire qui mettait en cause les paris sur Internet, comme si la Cour avait voulu, à la fois, introduire plus de rigueur face aux possibilités accrues de fraude et de détournement qu'offrent les paris en ligne, tout en reconnaissant que la complexité matérielle de ces affaires plaide pour qu'elles soient réglées par le juge le mieux à même de les apprécier, à savoir le juge national.

Plusieurs exemples récents illustrent cette démarche à la fois plus rigoureuse et plus respectueuse du rôle des juridictions nationales. Ainsi, dans son arrêt *Ladbroke's Betting & Gaming* de 2010 (précité), la Cour invite le *Hoge Raad* néerlandais à examiner « si les activités de jeux illégales peuvent constituer un problème aux Pays-Bas et si une expansion des activités autorisées et réglementées serait de nature à remédier à un tel problème » et « si l'évolution du marché des jeux de hasard aux Pays-Bas permet de constater l'existence d'un contrôle effectif par les autorités de cet État membre de l'expansion des jeux de hasard, au niveau tant de l'ampleur de la publicité effectuée par les bénéficiaires d'une autorisation

exclusive que de la création par ceux-ci de nouveaux jeux, et, par conséquent, de concilier d'une manière appropriée la réalisation simultanée des objectifs poursuivis par la réglementation nationale » (points 29 et 37), sans nullement préjuger du résultat de cet examen.

De même, dans les affaires *Stoß* et *Carmen Media Group* (précitées), la Cour de justice a répondu aux doutes dont elle était saisie quant à la compatibilité avec le droit de l'Union d'un monopole institué afin de lutter contre la dépendance envers le jeu en disant à la juridiction de renvoi que, si elle constatait que d'autres types de jeux de hasard, présentant un danger supérieur, pouvaient être exploités par des opérateurs privés et que ces derniers jeux faisaient par ailleurs l'objet d'une politique d'expansion de l'offre menée par les autorités compétentes, elle pourrait alors légitimement considérer qu'un tel monopole n'est pas propre à assurer la réalisation de l'objectif poursuivi. Même si elle le fait dans des termes d'une grande précision, la Cour de justice laisse au juge national le soin d'apprécier et de pondérer ces divers éléments.

En définitive, si les États membres jouissent d'une réelle marge d'appréciation en matière de réglementation des jeux d'argent et de hasard, ils n'en restent pas moins tenus de poursuivre une politique cohérente et systématique. À cet égard, il semble de plus en plus difficile pour les pouvoirs publics de mener une politique d'expansion contrôlée des jeux sans franchir la limite qui sépare ce qui est justifiable au nom de la protection de l'ordre social de ce qui est incohérent ou disproportionné. Tout cela plaide sans doute en faveur d'une harmonisation au niveau européen. Celle-ci, toutefois, risque fort de s'avérer délicate à atteindre. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les prudentes conclusions du 3057^e Conseil « compétitivité » du 10 décembre 2010 sur le cadre relatif aux jeux de hasard et aux paris dans les États membres de l'Union européenne ou de parcourir le Livre vert de la Commission européenne sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur du 24 mars 2011 (SEC [2011] 321 final). La Cour de justice aura contribué à éclairer le débat en précisant les critères que doivent respecter les réglementations nationales des jeux d'argent et de hasard.

BIBLIOGRAPHIE

LITTLER, Alan, HOEKX, Nele, FIJNAUT, Cyrille et VERBEKE, Alain-Laurent (sous la dir.), *In the Shadow of Luxembourg, EU and National Developments in the Regulation of Gambling*, Leyde-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

R É S U M É

Faute de droit dérivé spécifiquement applicable aux jeux d'argent et de hasard, c'est la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a progressivement forgé les règles que les États membres doivent appliquer. Consciente de ce qu'il s'agit d'une activité économique pas tout à fait comme les autres, dans un domaine où les spécificités nationales sont très marquées, elle leur a reconnu une réelle marge de manœuvre, laquelle ne justifie toutefois pas l'adoption de législations incohérentes ou de mesures disproportionnées.