

Les jeux en ligne dans le marché intérieur :
**Les effets sur les politiques nationales et les stratégies des entreprises des libertés d'établissement
et de prestation de services**

A.-L. Sibony

S. Robin-Olivier

Les règles du marché intérieur concernent tous les secteurs. Pourtant, les jeux et paris font incontestablement l'objet d'un traitement spécifique en droit européen. Non qu'il existe des règles harmonisées spécifiques au secteur : ce n'est précisément pas le cas. Ce sont au contraire les règles communes, en particulier la liberté d'établissement et la libre prestation de services, qui sont appliquées d'une manière spécifique et inédite par la Cour de justice dans ce secteur. Une jurisprudence relativement abondante s'est développée depuis une dizaine d'années, à l'occasion des contestations par les opérateurs de différentes règles nationales qui restreignaient, à des degrés variables, l'accès aux marchés nationaux des jeux et paris. La Cour a ainsi été saisie à titre préjudiciel de la compatibilité avec le droit européen de nombreuses restrictions : interdiction de faire de la publicité pour des jeux de hasard¹, de vendre des billets sur le territoire national² ; interdiction d'établir des succursales sur le territoire national³ ; monopole des jeux de hasard ou droits exclusifs octroyés à quelques opérateurs pour certaines activités⁴ ; limitation du nombre de concessions octroyées⁵ ; conditions d'octroi de concessions restrictives voire discriminatoires⁶ ; sanctions pénales des atteintes à la réglementation nationale⁷ ; exigence d'une forme juridique particulière et d'un capital social minimum⁸. Certaines affaires, mais non la totalité, concernent les jeux en ligne⁹. Le développement soutenu des opérateurs en ligne a nourri le contentieux européen dans le secteur des jeux et paris, mais n'a pas donné lieu à une jurisprudence qui distingue selon les modalités d'offre de jeux (en ligne ou hors ligne). Du point de vue du droit européen, c'est donc le secteur des jeux dans son ensemble qui constitue un secteur à part.

La confrontation qui s'observe dans ce secteur entre les réglementations nationales et les libertés de circulation garanties par le droit de l'Union peut être abordée sous deux angles, selon que l'on adopte le point de vue des États ou celui des opérateurs. D'un côté, les libertés de circulation obligent les États à reconsidérer leurs réglementations relatives aux jeux et paris (I), de l'autre, elles témoignent des limites qui s'opposent à l'exploitation, par les entreprises, des libertés qui leur sont conférées dans le cadre du marché intérieur (II).

¹ CJCE, 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039.

² *Ibid.*

³ CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli e.a., C-243/01, Rec. p. I-13031.

⁴ CJCE, 21 septembre 1999, Läära e.a., C-124/97, Rec. p. I-6067 ; CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, C-67/98, Rec. p. I-7289 ; CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633 ; CJUE, 8 septembre 2010, Stoß, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, Rec. p. I-8069 ; CJUE, 3 juin 2010, Ladbrokes Betting & Gaming et Ladbrokes International, C-258/08, Rec. p. I-04757 ; CJUE, 30 juin 2011, Zeturf, C-212/08 ; CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, C-347/09.

⁵ CJCE, 6 mars 2007 Placanica, C-338/04, p. I-1891 ; CJUE, 9 septembre 2010, Engelmann, C-64/08, Rec. p. I-8219 ; CJUE, 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer, C-347/09

⁶ Gambelli, cité *supra* note 3 ; CJCE, 6 mars 2007 Placanica, C-338/04, p. I-1891 ; CJUE, 9 septembre 2010, Engelmann, C-64/08, Rec. p. I-08219 ; CJUE, 16 février 2012 Costa et Cifone, C-72/10.

⁷ Placanica, cité *supra* note 6 ; Stoß, cité *supra* note 4.

⁸ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4 ; Engelmann, cité *supra* note 5.

⁹ Liga Portuguesa cité *supra* note 4 ; Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4 ; Ladbrokes Betting & Gaming cité *supra* note 4 ; Zeturf, cité *supra* note 4.

I. LES POLITIQUES DES ÉTATS EN MATIERE DE JEUX ET PARIS CONFRONTEES AUX LIBERTES D'ETABLISSEMENT ET DE PRESTATION DE SERVICES

Comme toutes les activités économiques, l'offre de jeux de hasard relève des libertés de circulation prévues par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). À ce titre, les entreprises établies dans les différents États membres doivent pouvoir déployer librement leur activité sur le territoire des autres États. Cette ouverture se heurte, quel que soit le domaine, aux règles nationales encadrant spécifiquement certains secteurs. Plus la réglementation est contraignante, plus on peut s'attendre à ce que le carcan des règles fixées par les États soit contesté par les entreprises souhaitant bénéficier du marché intérieur. Tel est le cas, incontestablement, pour l'activité des jeux de hasard. Ce domaine n'étant ni exclu du champ d'application du droit de l'Union, ni réglementé de manière spécifique à l'échelle européenne, il revient aux États de respecter, dans le cadre de leurs politiques nationales en matière de jeux et paris, les exigences générales issues des libertés d'établissement et de prestation de services (articles 49 et 56 FTUE).

La jurisprudence de la Cour met en évidence les exigences qui s'imposent (A), en même temps qu'elle témoigne de la marge de manœuvre importante dont disposent les États dans un domaine qui fait, à cet égard, figure d'exception (B).

A. Les exigences imposées aux États au nom des libertés

Pour la clarté du propos, on peut distinguer, parmi les exigences qui pèsent sur les États, des obligations de fond (1) et des obligations de nature procédurale (2).

1. Les obligations de fond

Les obligations de fond sont d'une nature très classique au regard des libertés de circulation. Il s'agit de l'obligation de laisser « entrer » les opérateurs établis dans d'autres États membres et de laisser « sortir » les opérateurs nationaux.

L'obligation de garantir aux opérateurs établis dans d'autres États membres l'accès au marché national est la première exigence résultant des libertés d'établissement et de prestation de services. Cette obligation n'est toutefois pas absolue. Son intensité varie en fonction des raisons qui sous-tendent les choix réglementaires des États, c'est-à-dire des buts poursuivis par la réglementation nationale. Sous réserve d'un contrôle juridictionnel de proportionnalité, les États peuvent maintenir en vigueur des régimes restrictifs dès lors que leur action est systématique et cohérente (sur ce point, v. *infra*).

Plusieurs affaires illustrent ces exigences. Pour commencer par les restrictions les plus radicales, emportant une fermeture complète du marché aux opérateurs des autres États membres, on peut citer le cas du monopole accordé à un opérateur national. Si restrictif que soit ce mode d'organisation du secteur des jeux et paris au regard des libertés de circulation, il peut néanmoins être justifié si l'État cherche à assurer un niveau de protection particulièrement élevé¹⁰. Des mesures moins restrictives, comme l'attribution de concessions suite à un appel d'offre, sont également susceptibles d'être mises en cause, dans la mesure où elle peuvent avoir pour conséquence d'exclure les opérateurs des autres États membres. Tel était notamment le cas de la législation italienne, condamnée à plusieurs reprises dans ses versions successives¹¹ : les

¹⁰ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 48 et jurisprudence citée. V. aussi point 71.

¹¹ Gambelli, cité *supra* note 4 ; Placanica, cité *supra* note 5 ; Costa et Cifone, cité *supra* note 6. Fabrice Picod, Encadrement strict d'un appel d'offres de jeux de hasard, JCP (G) 2012 n° 13 p. 613 ; Denys Simon, Jeux de hasard, Europe 2012 Avril Comm. n° 4 p. 19-20.

conditions particulièrement restrictives d'octroi de concessions, combinées aux sanctions pénales encourues par les opérateurs qui développaient une activité connexe aux jeux (comme la prise de paris) sans être titulaires de concessions faisaient de ce dispositif une barrière à l'entrée difficilement franchissable pour les opérateurs étrangers, ce qui ouvrait la voie à une contestation au titre des libertés de circulation. Concernant les sanctions qui peuvent être imposées en cas de violation par des opérateurs des règles nationales, elles tombent également sous le coup de l'interdiction des restrictions aux libertés économiques. La Cour a tout d'abord jugé que la violation d'une règle indûment restrictive ne peut être punie de sanctions pénales, le juge national ayant, dans ce cas, l'obligation de laisser la loi pénale inappliquée¹². Elle a ensuite été plus loin, à l'occasion de l'arrêt *Costa et Cifone*, en examinant, au regard du principe de transparence, un régime de déchéance de concessions¹³.

Les libertés d'établissement et de prestation de services supposent aussi, bien que cela soit moins fréquemment source de contentieux, que les opérateurs nationaux puissent développer leurs activités dans les autres États membres. Cependant, les restrictions « à l'exportation », comme la limitation de l'accès au marché national, peuvent également être justifiées. Ainsi, dans l'arrêt *Dickinger et Ömer*, la condamnation de l'interdiction pour le concessionnaire de créer des succursales en dehors du territoire autrichien est jugée contraire aux libertés fondamentales garanties par le traité dans la mesure où aucune justification par un objectif légitime d'intérêt général n'est invoquée par l'État¹⁴.

2. Les obligations procédurales

Les obligations « procédurales » s'inscrivent, pour partie, dans la lignée de l'exigence de justification qui conditionne le maintien de toute restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services. La jurisprudence concernant les jeux de hasard y ajoute des conditions concernant les procédures administratives auxquelles est subordonné, dans certains États, l'accès au marché national.

Très classiquement, le droit de l'Union impose aux États membres qui optent pour un régime affectant les libertés de circulation de justifier les restrictions en vigueur et d'assurer la proportionnalité des mesures prises avec les objectifs poursuivis. Ce contrôle incombe en principe aux juridictions nationales. Bien que la Cour de justice insiste sur le fait qu'il incombe aux juridictions nationales de vérifier la proportionnalité des mesures prises, elle se contente rarement de renvoyer le contrôle de proportionnalité mais donne au juge de renvoi des lignes directrices, parfois assez précises, sur les éléments de la situation qu'il lui revient d'apprécier. Dans certains cas, cependant, l'appréciation de la proportionnalité des règles imposées est menée par la Cour elle-même, avec des conséquences variables. Par exemple, dans l'arrêt *Liga Portuguesa (Santa Casa)*¹⁵, l'exclusivité donnée à un opérateur est jugée justifiée pour lutter contre la fraude et la criminalité. À l'inverse, l'exclusion du secteur des jeux de hasard de certaines sociétés de capitaux dont les actions sont cotées sur les marchés réglementés est jugée non proportionnée, car d'autres moyens existent, selon la Cour, de remplir les objectifs poursuivis¹⁶.

Dans le cadre du contrôle des justifications, les États membres sont amenés à établir devant leurs juridictions les buts poursuivis par leur réglementation. Il leur revient de mettre la juridiction compétente en mesure d'exercer son contrôle : « c'est à l'État membre cherchant à se

¹² Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, points 32 et 43.

¹³ Costa et Cifone, cité *supra* note 6., point 81.

¹⁴ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, points 85 et s.

¹⁵ Liga Portuguesa, cité *supra* note 4.

¹⁶ Placanica, cité *supra* note 5, point 72.

prévaloir d'un objectif propre à légitimer l'entrave à la liberté de prestation des services qu'il incombe de fournir à la juridiction appelée à se prononcer sur cette question tous les éléments de nature à permettre à celle-ci de s'assurer que ladite mesure satisfait bien aux exigences découlant du principe de proportionnalité »¹⁷.

En matière de jeux, l'accent est mis sur le contrôle du caractère « cohérent et systématique » des mesures restrictives mises en cause. La Cour de justice a plusieurs fois réaffirmé qu'« une législation nationale n'est propre à garantir l'objectif invoqué que si elle répond véritablement à un souci de l'atteindre de manière cohérente et systématique »¹⁸. Cette exigence de cohérence des politiques nationales est bien illustrée dans l'arrêt *Dickinger et Ömer* : la Cour y indique que seule l'existence d'un secteur illégal important serait de nature à justifier qu'un État membre établisse un monopole des jeux *et* que celui-ci mène une politique commerciale expansionniste (par exemple en assurant la promotion des jeux proposées par de la publicité et du marketing *et/ou* en créant régulièrement de nouveaux jeu)¹⁹. Une telle politique commerciale expansionniste ne peut cependant être admise que si elle demeure mesurée, c'est-à-dire si elle n'est pas plus expansionniste qu'il n'est nécessaire pour capter le marché existant au profit de l'organisme bénéficiant du monopole. En revanche, une politique expansionniste dont l'objectif serait l'accroissement global des activités de jeux ne paraît pas compatible avec l'existence d'un monopole, car elle aurait nécessairement une dimension protectionniste.

Comme tout contrôle de proportionnalité, qui implique une appréciation de l'opportunité des mesures adoptées par les États, l'exigence de cohérence porte en germe un contrôle juridictionnel potentiellement très intrusif des choix opérés par les États. On peut en percevoir les effets, en dehors du secteur des jeux, dans une décision concernant la restriction à la libre circulation des marchandises au nom de la protection de l'environnement²⁰ : dans cet arrêt, la Cour de justice examine plusieurs études produites par les parties pour évaluer l'efficacité respective de différentes options réglementaires. Certes, cet arrêt n'est ni directement transposable au secteur des jeux ni généralisable (il s'agit d'un recours en manquement et le fait que la Commission avait, lors de la procédure pré-contentieuse évalué les mesures autrichiennes joue un rôle dans l'intensité du contrôle). Il n'en demeure pas moins que cet exemple illustre le rôle que pourraient jouer, devant les juridictions nationales, les études d'impact ou les études de droit comparé. En effet, ce type d'études constitue généralement la seule source d'information lorsque, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, il est nécessaire pour une juridiction d'évaluer l'aptitude d'une mesure à atteindre son but et sa nécessité pour atteindre ce but. La formulation des questions par la juridiction de renvoi dans l'arrêt *Stoß* le montre²¹. Dans l'arrêt *Carmen Media Group*, le recours à ce type d'études sert à étayer l'argumentation d'un État membre au soutien de sa réglementation des jeux de hasard²². Il paraît donc utile, en dépit de la

¹⁷ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 54. V. *Stoß*, cité *supra* note 4, point 71.

¹⁸ Cf. notamment *Gambelli*, cité *supra* note 3; *Placanica*, cité *supra* note 5 ; *Liga Portuguesa*, cité *supra* note 4.

¹⁹ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 67 et s.

²⁰ CJUE (grande chambre), 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09 note A-L Sibony et S. Lieven, JDE mars 2012, pp. 80-82, disponible à l'url : <http://hdl.handle.net/2268/117701>

²¹ *Stoß*, cité *supra* note 4, point 22 : « [la juridiction de renvoi] se demande, premièrement, s'il est loisible à un État membre de se prévaloir de l'objectif déclaré de prévention de l'incitation à des dépenses excessives liées au jeu et de lutte contre l'assuétude à celui-ci, afin de justifier une mesure restrictive lorsque ledit État membre n'est pas en mesure de justifier de l'existence d'une étude effectuée antérieurement à l'adoption de ladite mesure et portant sur la proportionnalité de celle-ci. Une telle étude, qui impliquerait un examen du marché des jeux, de leurs dangers et des possibilités de prévenir ceux-ci ainsi que des effets des restrictions envisagées, n'aurait, en l'occurrence, pas été effectuée ».

²² CJUE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group*, C-46/08, points 10 et 11 (référence à une étude commandée en 2006 par la Commission à l'institut suisse de droit comparé à l'appui de l'aptitude d'une réglementation à prévenir l'assuétude aux jeux de hasard et à des « études scientifiques et rapports d'experts » pour appuyer le constat

marge de manœuvre importante que leur reconnaît la Cour de justice pour réglementer l'activité des jeux de hasard (cf. infra, B) que les États gardent des traces des différentes options envisagées et des raisons pour lesquelles certaines ont été écartées, afin d'être en mesure de faire si besoin valoir devant les juges la cohérence de leur choix au regard des objectifs poursuivis et des éléments caractéristiques de la situation nationale.

Outre l'exigence de justification et le contrôle de proportionnalité qui s'y rapporte, la jurisprudence concernant le secteur des jeux met en lumière une exigence de transparence des procédures restreignant l'accès au marché, au profit des opérateurs. L'obligation de transparence, selon la Cour, découle de l'exigence d'égalité de traitement entre les opérateurs²³. L'importance de cette obligation s'est très récemment illustrée au sujet d'une procédure d'obtention d'un accord préalable auprès d'une commune pour l'ouverture d'un casino, d'une salle de jeux ou d'une salle de bingo²⁴. La transparence implique, selon la Cour, que le régime d'autorisation des jeux de hasard soit « fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire »²⁵. Afin de permettre « un contrôle de l'impartialité des procédures d'autorisation », elle requiert, de surcroît, que les autorités compétentes « fondent chacune de leurs décisions sur un raisonnement accessible au public, indiquant de façon précise les raisons pour lesquelles, le cas échéant, une autorisation a été refusée »²⁶.

L'obligation de transparence est également très centrale en ce qui concerne les procédures d'octroi de concessions²⁷. Dans l'arrêt *Costa*, la Cour précise que l'obligation de transparence consiste « notamment à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution »²⁸. Elle ajoute que « le principe de transparence, qui est un corollaire du principe d'égalité, a, dans ce contexte, essentiellement pour but d'assurer que tout opérateur intéressé peut décider de soumissionner à des appels d'offres sur le fondement de l'ensemble des informations pertinentes et de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante et de mettre celle-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause »²⁹.

Dans l'arrêt *Costa*, l'obligation de transparence se double d'une exigence de respect du principe de sécurité juridique qui exige « que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables »³⁰. S'agissant en particulier d'imposer des sanctions sévères, le principe de sécurité juridique exige, « afin de permettre à tout soumissionnaire potentiel d'évaluer avec certitude le risque que de telles sanctions lui seront appliquées », que « les circonstances dans lesquelles lesdites sanctions seront appliquées soient formulées de

d'existence d'un risque). Le recours à des études scientifiques apparaît aussi dans la législation nationale (allemande) en cause. V. pt 17 *in fine* de ce même arrêt.

²³ Cf. notamment *Costa et Cifone*, cité *supra* note 6 ; CJUE, 19 juillet 2012, SIA Garkalns, C-470/11.

²⁴ Point 42.

²⁵ Point 43.

²⁶ Point 43.

²⁷ Cf., en dernier lieu, CJUE, *Costa et Cifone*, cité *supra* note 6.

²⁸ *Costa et Cifone*, cité *supra* note 6, point 72.

²⁹ Point 73.

³⁰ Point 74.

manière claire, précise et univoque »³¹. Associée au principe de sécurité juridique, l'obligation de transparence, qui comporte une première dimension procédurale, débouche ainsi également sur des exigences concernant la définition des règles de fond³² : le droit de l'Union requiert que les conditions et les modalités d'un appel d'offres soient formulées de manière claire, précise et univoque³³.

B. Les marges de manœuvre concédées aux États dans le domaine des jeux

La particularité du secteur des jeux, dans la mise en œuvre des libertés de prestation de services et d'établissement, tient dans la marge de manœuvre importante laissée aux États soucieux de réglementer cette activité. Cela se traduit, en premier lieu, par une approche ouverte de la Cour de justice à l'égard des objectifs que les États peuvent légitimement invoquer pour justifier le maintien de réglementations restrictives. De façon plus évidente encore, le caractère peu rigoureux du contrôle de proportionnalité, et spécialement la mise à l'écart de la reconnaissance mutuelle, confirment que de la Cour de justice a choisi, jusqu'ici, de laisser une grande liberté aux États dans la régulation de l'activité des jeux de hasard.

1. Le choix des objectifs de nature à justifier les réglementations nationales

Comme dans les autres domaines, les justifications que les États peuvent invoquer afin de justifier le maintien de réglementations restrictives sont de deux ordres : certaines sont prévues par le traité, d'autres relèvent de la catégorie jurisprudentielle des exigences impérieuses d'intérêt général. Les premières sont rarement invoquées dans les affaires concernant les jeux mais elles constituent en principe le seul recours, chaque fois que la Cour reconnaît le caractère discriminatoire de la mesure nationale en cause³⁴. Dans l'arrêt *Dickinger et Ömer*, par exemple, la Cour indique que la protection de l'ordre public par le moyen d'un système de contrôle et de surveillance pourrait éventuellement justifier l'obligation pour le titulaire d'un monopole d'avoir son siège sur le territoire³⁵.

Les exigences impérieuses d'intérêt général ont un spectre plus large et peuvent justifier toutes sortes de restrictions aux libertés de circulation. Les États disposent, au sein de cette catégorie, d'un large éventail de motifs légitimes permettant d'encadrer l'activité des jeux de hasard et de restreindre, en conséquence, les libertés d'établissement et de prestation de services. Parmi ces motifs d'intérêt général figure la protection des consommateurs³⁶, ce qui permet de justifier les politiques visant à lutter contre les conséquences individuelles et sociales dommageables de l'incitation à la dépense. La lutte contre la fraude et la criminalité, dans le cadre, notamment, de la politique pénale des États, constitue également un motif légitime. Dans le secteur des jeux de hasard par internet, spécialement, la Cour n'hésite pas à admettre que « le

³¹ Point 78.

³² V. Hatzopoulos, Arrêt « Costa et Cifone » : les conditions pour la délivrance des autorisations en matière de jeux et paris, JDE 2012 n° 189 p. 149-151.

³³ Costa, préc. point 89.

³⁴ Il arrive que la Cour n'applique pas le principe issu de sa propre jurisprudence selon lequel une entrave directement discriminatoire ne peut être justifiée que par une raison expressément prévue par le traité. Pour un rappel de ce principe, v. p.e. CJCE, 16 janvier 2003, Commission/Italie, C-388/01, Rec. p. I-721, point 19. Pour des entorses à ce principe, v. p.e. CJCE, arrêt du 15 mars 2007, Commission/Finlande, C-54/05, Rec. p. I-2473 et CJCE, arrêt du 11 décembre 2008, Commission/Autriche, C-524/07, Rec. I-187* (publication sommaire), où la Cour accepte des justifications tirées d'exigences impératives pour des mesures discriminatoires. Pour une discussion, v. les conclusions de l'avocat général Jacobs, sous CJCE, arrêt du 13 mars 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec., p. I-2099, points 227 et 228.

³⁵ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, points 80-84.

³⁶ Gambelli, cité *supra* note 3, point 67.

manque de contact direct entre consommateurs et opérateurs crée un risque particulier de fraude par les consommateurs »³⁷.

La protection de l'ordre social, en lien avec les « considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries et les autres jeux d'argents dans les États membres³⁸ ou la « prévention des troubles à l'ordre social »³⁹ est un autre argument qui permet aux États de résister efficacement à la dérégulation à laquelle les libertés de circulation pourraient conduire. L'ouverture à une variété de justifications susceptibles de permettre le maintien des réglementations nationales n'est pas atténuée par un contrôle qui porterait sur le niveau de protection. En effet, depuis une décision ancienne, rendue en matière de libre circulation des marchandises, il est de jurisprudence constante que les États membres peuvent choisir le niveau de protection qu'ils souhaitent garantir, notamment mais non seulement en matière de moralité publique⁴⁰. Dans les décisions concernant les jeux de hasard et depuis l'arrêt *Schindler*, l'approche de la Cour ne s'est pas démentie : les États sont libres de déterminer « selon leur propre ordre de valeurs, les exigences que comporte la protection du consommateur et de l'ordre social » et « la seule circonstance qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités compétentes de l'État membre concerné et du niveau de protection qu'elles entendent assurer »⁴¹.

Curieusement, la protection de l'ordre social, qui semble de nature à englober les autres considérations, apparaît comme une justification distincte dans l'approche de la Cour. Dans l'arrêt *Costa*, elle indique en effet qu'« un certain nombre de raisons impérieuses d'intérêt général, telles que les objectifs de protection des consommateurs, de prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu ainsi que de prévention de troubles à l'ordre social en général, ont été admises (...) par la jurisprudence »⁴². L'argument de la protection de l'ordre social « en général » constitue indéniablement une ouverture de la catégorie des justifications admissibles, qui confirme l'importance de la marge de manœuvre conférée aux États dans le secteur des jeux. En revanche, conformément à la jurisprudence de la Cour concernant l'inadmissibilité des justifications purement économiques⁴³, quel que soit le secteur concerné, l'augmentation des ressources fiscales ne constitue pas une justification admissible⁴⁴.

2. Un contrôle de proportionnalité peu rigoureux

L'examen de la jurisprudence de la Cour dans le secteur des jeux de hasard permet d'affirmer, sans hésitation, qu'aucun contrôle strict de la proportionnalité des mesures mises en cause, au regard de leurs objectifs, ne s'impose.

Dès l'arrêt *Schindler*⁴⁵, on trouve l'affirmation d'un large pouvoir d'appréciation devant être laissé aux États membres, en raison des particularités socio-culturelles de chacun, lesquelles justifient, selon la Cour, que la protection de l'ordre social (et des consommateurs en particulier)

³⁷ Liga Portuguesa, cité *supra* note 4, point 70.

³⁸ v. déjà l'arrêt *Läämä*, cité *supra* note 4.

³⁹ *Costa et Cifone*, cité *supra* note 5.

⁴⁰ CJCE, Henn et Darby, 14 déc. 1979, 34/79 : « il appartient, en principe, à chaque État membre de déterminer les exigences de moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle de valeurs et dans la forme qu'il a choisie ».

⁴¹ V. notamment arrêts *Läämä* cité *supra* note 4 et *Liga Portuguesa*, cité *supra* note 4, point 58.

⁴² *Costa et Cifone*, cité *supra* note 5, point 71.

⁴³ CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, 72/83, Rec. p. 2727, pt 35.

⁴⁴ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 55.

⁴⁵ *Schindler*, cité *supra* note 1.

se fasse de manière différente. Il est significatif, à cet égard, que, dans l'arrêt *Läära*, la Cour formule non une exigence de proportionnalité mais d'absence de « disproportion »⁴⁶. Depuis cet arrêt, la Cour ne semble pas avoir observé de convergence entre les réglementations nationales, puisqu'elle continue de relever, pour justifier un contrôle restreint, que la réglementation des jeux et paris constitue un « [domaine dans lequel] des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel existent entre les États membres »⁴⁷.

La marge de manœuvre laissée aux États est encore plus importante pour les jeux en ligne, comme le montre l'arrêt *Liga Portuguesa* : selon la Cour, la marge de manœuvre des États doit être large car, « en raison du manque de contact direct entre le consommateur et l'opérateur, les jeux de hasard accessibles par l'Internet comportent des risques de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs »⁴⁸.

Il reste que le plus frappant, dans la jurisprudence relative aux jeux de hasard, est l'absence d'obligation de reconnaissance mutuelle, qui constitue une dérogation par rapport à la solution établie par une jurisprudence ancienne⁴⁹. Ce rejet de l'équivalence mutuelle est suggéré dans l'arrêt *Liga Portuguesa*⁵⁰ : « le fait qu'un opérateur propose légalement ses services dans un autre État membre où il est établi et soumis à des conditions et des contrôles légaux ne peut être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux », car « des difficultés sont susceptibles d'être rencontrées dans un tel contexte par les autorités de l'État d'établissement pour évaluer la qualité et la probité professionnelles des opérateurs ». L'absence d'obligation de reconnaissance est formulée explicitement dans l'arrêt *Stoß*⁵¹ : « aucune obligation de reconnaissance mutuelle ne saurait exister », indique la Cour.

Des explications (appuyées) sont apportées par la Cour dans l'arrêt *Dickinger et Ömer* : « étant donné l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union de la réglementation du secteur des jeux de hasard et les divergences significatives entre les objectifs poursuivis ainsi que les niveaux de protection recherchés par les réglementations des différents États membres, le seul fait qu'un opérateur propose légalement des services dans un État membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier État, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques de fraude et de criminalité, eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'État membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs »⁵².

La Cour estime donc, contrairement à ce qu'elle admet en général, qu'un État membre n'a pas à justifier spécialement sa méfiance vis-à-vis d'un autre État membre : l'État de la prestation peut présumer l'absence de volonté ou l'incapacité de l'État membre d'établissement à contrôler les opérateurs de jeux en ligne de manière équivalente à sa propre réglementation. En effet, selon la Cour, « les différents États membres ne disposent pas nécessairement des mêmes moyens techniques pour contrôler les jeux de hasard en ligne et ne font pas forcément les mêmes choix à cet égard. Si le gouvernement maltais a lui-même affirmé que la République de Malte est le premier État membre à avoir développé un système régulateur visant spécifiquement à contrôler et à surveiller les jeux de hasard sur Internet, le fait qu'un niveau particulier de

⁴⁶ *Läära*, cité *supra* note 4, point 39.

⁴⁷ *Liga Portuguesa*, cité *supra* note 4, point 57.

⁴⁸ *Liga Portuguesa*, cité *supra* note 4, point 70.

⁴⁹ V. notamment CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80 ; 23 novembre 1999, *Arblade*, C-369/96 et C-376/96 ; 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99.

⁵⁰ Point 69.

⁵¹ *Stoß*, cité *supra* note 4, point 112.

⁵² *Dickinger et Ömer*, préc., point 96.

protection des consommateurs contre des fraudes de l'opérateur peut être atteint dans un État membre donné par l'application de techniques sophistiquées de contrôle et de surveillance ne permet pas de conclure que le même niveau de protection peut être atteint dans d'autres États membres ne disposant pas de ces moyens techniques ou n'ayant pas fait les mêmes choix. Un État membre peut, par ailleurs, légitimement être amené à vouloir surveiller une activité économique se déroulant sur son territoire, ce qui lui serait impossible s'il devait se fier à des contrôles effectués par les autorités d'un autre État membre au moyen de systèmes régulateurs qu'il ne maîtrise pas lui-même»⁵³. La confiance mutuelle est tout simplement évacuée, considérée comme impraticable dans le secteur des jeux en ligne.

La Cour indique clairement qu'elle entend déroger à sa jurisprudence relative à la liberté de prestation de services, selon laquelle il n'est pas conforme à l'article 56 TFUE de soumettre un prestataire à des restrictions pour sauvegarder des intérêts généraux dans la mesure où ces intérêts sont déjà sauvegardés dans l'État membre d'établissement. En réponse aux requérants ainsi qu'au gouvernement de l'État d'établissement des prestataires, la Cour indique que cette jurisprudence n'est pas, « en l'état actuel du développement du droit de l'Union, applicable dans un domaine comme celui des jeux de hasard, qui n'est pas harmonisé au niveau de l'Union et dans lequel les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les objectifs qu'ils entendent poursuivre et le niveau de protection qu'ils recherchent »⁵⁴. En d'autres termes, la Cour juge que les conditions d'applicabilité de la reconnaissance mutuelle, mécanisme fondamental du marché intérieur, ne sont pas réunies dans le secteur des jeux et Paris. Cette particularité sectorielle ouvre aux opérateurs du secteur un espace stratégique aux contours particuliers.

II. LES STRATEGIES DES ENTREPRISES CONFRONTEES AUX LIBERTES D'ETABLISSEMENT ET DE PRESTATION DE SERVICES

Si l'on lit la jurisprudence du point de vue des entreprises, il apparaît que le droit européen est à la fois source de contraintes pour les opérateurs nationaux établis (comme les loteries nationales) (A) et d'opportunités pour les opérateurs nouveaux entrants sur un marché (B).

A. Les contraintes pour les opérateurs établis

Pour les opérateurs établis sur un marché national, différentes contraintes résultent de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci ne sont pas absolues, car elles ont été formulées à l'occasion du contrôle de proportionnalité ou de cohérence de mesures nationales particulières. Ce sont donc des contraintes qui sont *susceptibles* de s'imposer aux opérateurs établis, dans l'hypothèse où l'État qui leur octroie ses faveurs réglementaires invoque certains motifs pour les justifier. En l'état actuel de la jurisprudence, deux types de contraintes apparaissent, en négatif des obligations des États : des contraintes sur la politique commerciale des loteries nationales et des contraintes sur l'organisation interne des groupes opérant sur le marché des jeux et paris.

Lorsqu'un opérateur bénéficie d'un monopole ou d'une concession, le sort de sa politique commerciale est lié, du point de vue du droit européen, à la politique de l'État qui lui a octroyé ce monopole ou cette concession. En effet, du point de vue du droit de l'Union, un tel régime, parce qu'il est nécessairement restrictif des libertés de circulation, appelle une justification. Le plus souvent, les États concernés invoquent à cet égard la nécessité de protéger les consommateurs contre le risque d'addiction au jeu et/ou la nécessité de proposer et de contrôler

⁵³ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 98.

⁵⁴ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 99.

une offre licite de jeux pour éviter le développement du marché noir. Ces raisons sont admissibles, mais elles ne peuvent justifier des mesures restrictives que si l'objectif des politiques publiques et la politique commerciale de l'opérateur en place, pris ensemble, forment un tout cohérent⁵⁵. Or tel ne peut pas être le cas si les justifications invoquées par l'État (protection des consommateurs, offre licite contrôlée) vont dans le sens d'une *restriction* de l'offre de jeux, tandis que, dans le même temps, l'opérateur ou les opérateurs titulaires de licences sont incités à pratiquer une politique commerciale *expansionniste* ou ont simplement intérêt à le faire et en ont la permission. À cet égard, la Cour distingue entre une politique d'expansion débridée, incohérente avec l'objectif de lutte contre l'assuétude au jeu et une politique d'expansion contrôlée⁵⁶ ou politique commerciale restreinte⁵⁷. Dès lors, pour savoir à quel point sa politique de conquête de clientèle doit être mesurée, un opérateur chargé d'un monopole national doit avoir égard au degré de protection des consommateurs choisi par l'État et à la situation initiale du marché⁵⁸. En pratique, la difficulté tient bien sûr au fait que ce degré de protection n'est pas nécessairement explicite. Quand bien même il le serait, il ne peut l'être que de manière qualitative. Dès lors, les opérateurs qui déploient leur activité sur un marché fortement régulé doivent faire preuve non seulement d'auto-discipline, mais aussi de jugement : il faut que leur politique commerciale puisse être présentée comme cohérente avec les objectifs – même non encore pleinement explicités – du gouvernement. À cet égard, il pourrait être habile pour les opérateurs concernés de conserver systématiquement des traces de leur processus décisionnel, en particulier lorsque sont écartées des options commerciales jugées trop agressives. Par contraste, les options choisies apparaîtront comme l'expression d'une politique de modération.

Au sein des politiques commerciales des opérateurs, la publicité fait l'objet d'une attention particulière de la Cour, spécialement la publicité ciblant les jeunes consommateurs. Celle-ci doit, d'une part, se limiter à ce qui est *nécessaire pour informer* les consommateurs des possibilités légales de jouer. Elle ne doit, d'autre part, *pas viser à encourager la propension naturelle au jeu* des consommateurs, notamment en stimulant leur participation active à celui-ci⁵⁹. La mise en œuvre de ces principes apparaît intrinsèquement délicate. Il est en effet bien connu – en tous cas des publicitaires et des annonceurs, sinon de la Cour – que la publicité (exception faite de la publicité légale, en petits caractères dans un journal austère) ne peut avoir une nature purement informative. Le message publicitaire n'est jamais perçu uniquement pour son contenu informationnel. Il est nécessairement et simultanément traité en tant que stimulus émotionnel⁶⁰.

⁵⁵ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, points 65 et s. ; Ladbrokes Betting cité *supra* note 4, point 37 ; Zeturf, cité *supra* note 4, point 69

⁵⁶ Placanica, cité *supra* note 5, point 55 : « une politique d'expansion contrôlée desdites activités peut être cohérente avec l'objectif visant à canaliser celles-ci dans des circuits contrôlables en attirant des joueurs exerçant des activités de jeux et de paris clandestins interdites vers des activités autorisées et réglementées. En effet, afin d'atteindre cet objectif, les opérateurs autorisés doivent constituer une alternative fiable, mais en même temps attrayante, à une activité interdite, ce qui peut en soi impliquer l'offre d'une gamme de jeux étendue, une publicité d'une certaine envergure et le recours à de nouvelles techniques de distribution ». V. aussi Stoß, cité *supra* note 4, point 101.

⁵⁷ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 69

⁵⁸ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 100

⁵⁹ Dickinger et Ömer, cité *supra* note 4, point 68 : « Une telle publicité ne saurait, en revanche, viser à encourager la propension naturelle au jeu des consommateurs en stimulant leur participation active à celui-ci, notamment en banalisant le jeu ou en donnant une image positive liée au fait que les recettes récoltées sont affectées à des activités d'intérêt général ou encore en augmentant la force attractive du jeu au moyen de messages publicitaires accrocheurs faisant miroiter d'importants gains (arrêt Stoß e.a., cité *supra* note 4 point 103) ».

⁶⁰ Cet aspect forme l'objet de tout un pan de la psychologie du consommateur et, plus récemment, du neuromarketing. Pour une introduction, v. M. Wänke (ed), *Social Psychology of Consumer Behavior*, Taylor and Francis, New York, 2009, section III, p. 157 et s. ; M. Lindstrom, *Buy.ology : Truth and Lies about Why We Buy*, Boradway Books, New York, 2008, chap. 4 (à propos des messages subliminaux). Pour une introduction au

Même à supposer qu'une publicité puisse être justifiée pour son contenu informatif, elle aura nécessairement aussi un effet extra-informatif. Comment, dès lors, prétendre sérieusement qu'elle puisse ne pas encourager l'appétit au jeu ? Certes, la Cour dit seulement qu'elle ne doit pas *viser à* encourager l'appétit au jeu. Faut-il dès lors comprendre que la publicité peut avoir cet effet dès lors qu'elle n'a pas cet objet ? Ne serait-ce pas là une règle bien hypocrite ?

Il est certain en tous cas que, en cas de contestation, il incomberait à l'État, avec l'aide – on peut le supposer – de l'opérateur concerné, de démontrer que tel est le cas. Dans ce contexte, on peut se demander quelles preuves seraient jugées satisfaisantes. Verra-t-on, par exemple les parties contestant les réglementations restrictives (en pratique, les nouveaux entrants) brandir des études de neurosciences pour établir l'effet « d'encouragement de la propension naturelle au jeu » ? Les opérateurs en place seraient dans cette hypothèse bien avisés d'imaginer des argumentaires visant à contester la pertinence ou la robustesse de telles études. Si le contentieux des jeux prend cette direction, des questions passionnantes se profilent. À l'instar des fabricants de tabac, les loteries pourraient se voir opposer au contentieux des études relatives aux mécanismes de l'addiction. Si les plaideurs en décident ainsi, d'autres questions pourraient également être abordées à travers un éclairage scientifique, notamment la question de savoir si un régime particulier doit être réservé aux consommateurs particulièrement vulnérables, en raison notamment de leur âge ou de certains traitements médicaux⁶¹.

Plus généralement et en dehors de toute contestation, il peut être dans l'intérêt bien compris du titulaire d'un monopole ou d'une concession de s'auto-réguler, sous peine de voir le régime réglementaire dont il bénéficie menacé pour cause de contrariété avec le droit européen. Tel est le cas, comme nous l'avons vu, en ce qui concerne les politiques commerciales expansionnistes, mais pourrait également valoir à d'autres égards. Même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'explicitier toutes les conséquences qui découlent, pour les opérateurs, du principe de cohérence, celles-ci pourraient en effet toucher d'autres domaines de la vie des entreprises. Cela tient notamment au fait que les opérateurs participent souvent, directement ou indirectement à l'élaboration du cadre juridique dans lequel ils opèrent, et ce tout spécialement dans le cas d'un monopole. Dès lors, les opérateurs aussi doivent être attentifs aux exigences formulées par la Cour à propos des réglementations étatiques. Dans l'arrêt *Dickinger et Ömer*, celle-ci a jugé, au nom du principe de cohérence, que « [l']imposition de certaines restrictions au titulaire d'un monopole en matière de jeux de hasard est [...] en principe, non seulement compatible avec le droit de l'Union, mais exigée par ce dernier »⁶². Cette exigence pourrait à notre avis déployer ses conséquences notamment en matière de *corporate governance*. En effet, si l'on prend au sérieux le principe selon lequel un monopole ne se justifie que dans le cadre d'une politique restrictive en matière d'offre de jeux, il faut que le monopole, qui contrôle par hypothèse tout l'offre, soit *incité* à adopter une telle politique. Les incitations qui pourraient être examinées au regard de ce principe peuvent se situer à plusieurs niveaux. Il peut s'agir des exigences de l'État actionnaire (ou d'autres actionnaires le cas échéant) mais aussi des dispositifs d'intéressement des dirigeants.

neuromarketing : P. Renvoisé et Ch. Morin, *Neuromarketing*, Thomas Nelson, Nashville, 2007 ; P. Georges et M. Badoc, *Le neuromarketing en action : Parler et vendre au cerveau*, Eyrolles, Paris, 2010.

⁶¹ Certains traitements de la maladie de Parkinson induisent une propension parfois irrésistible au jeu. Le tribunal de grande instance de Nantes a ainsi, dans un jugement du 31 mars 2011, condamné le laboratoire pharmaceutique GSK, producteur du Requip, à verser 117 100 euros de dommages et intérêt à un patient parkinsonien, en réparation du préjudice subi du fait des effets secondaires dont il avait souffert suite à la prise de ce médicament. Le patient avait développé des addictions au sexe et aux jeux qui ont pu être causalement imputées à la prise du médicament. La responsabilité du laboratoire a été retenue sur le fondement de la responsabilité du fait d'un produit défectueux. V. p.e. http://www.lexpress.fr/actualite/sciences/sante/le-requip-juge-responsable-des-addictions-d-un-patient_978363.html (consulté en dernier lieu le 29/12/2012).

⁶² *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 72.

Les opérateurs en place doivent donc lire entre les lignes la jurisprudence qui porte sur les réglementations étatiques, car elle porte en germe une série de contraintes pour leurs stratégies et peut être aussi pour la structuration de leurs activités.

B. Les opportunités ouvertes aux nouveaux entrants

Pour les nouveaux entrants, qui se heurtent à des réglementations restrictives dans les États où ils cherchent à déployer leur activité, le droit de l'Union est un allié. En effet, il permet aux entreprises de pratiquer le *forum shopping*, en ce sens qu'elles peuvent choisir de s'établir dans l'État membre de leur choix – Gibraltar et Malte semblant à cet égard des États privilégiés par les opérateurs – puis prester des services dans tout le territoire de l'Union.

Les seules contraintes à respecter pour les opérateurs sont celles qui résultent de la prohibition de l'abus de libertés de circulation⁶³. Elles sont légères, car la jurisprudence de la Cour retient une conception restrictive de l'abus. Ainsi, dans l'arrêt *Centros*⁶⁴, la Cour a admis qu'une société incorporée au Royaume-Uni (dans le but avoué d'éviter les exigences de capital social minimal résultant du droit danois) pouvait déployer toute son activité au Danemark à partir d'une succursale, et ce sans que les autorités danoises puissent requalifier cette succursale en établissement. À première vue donc, les entreprises ont toute latitude pour s'adonner au *law shopping* et faire jouer la concurrence réglementaire entre États membres. Ce mécanisme opératoire est particulièrement intéressant pour les opérateurs du secteur des jeux et paris qui se heurtent à des réglementations nationales restrictives, en particulier celles qui réservent un monopole à un unique opérateur choisi par l'État.

Il demeure néanmoins que l'utilisation stratégique de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services connaît des limites. En particulier, la jurisprudence réserve la possibilité pour les États dont la législation est contournée de requalifier en établissement l'installation (par exemple une succursale) dont dispose sur leur territoire un opérateur établi dans un autre État membre. Ainsi, dans l'affaire *VT4*, où la législation contournée était une régulation sectorielle en matière d'audiovisuel, la Cour a admis qu'une chaîne de télévision émettant à partir d'une société immatriculée au Royaume-Uni des émissions destinées exclusivement au public belge néerlandophone pouvait voir sa succursale implantée en Flandre requalifiée en établissement et, partant, soumise au droit qu'elle cherchait à éviter⁶⁵. La Cour a, à cet égard, précisé que les autorités et juridictions nationales pouvaient tenir compte du lieu où sont prises les décisions concernant la politique de programmation et l'assemblage final des programmes à diffuser⁶⁶. L'analogie entre le secteur de l'audiovisuel et celui des jeux est sans doute imparfaite, en ceci qu'il n'existe pas, en matière de jeux, d'équivalent à la directive télévision sans frontières⁶⁷. Toutefois, il ressort de des arrêts rendus à propos des stratégies de *law shopping* mises en œuvre par les opérateurs audiovisuels que la notion d'« État compétent » (pour réguler), au sens de la directive télévision sans frontières, notion qui était au centre de l'affaire *VT4* et d'autres affaires similaires, correspond en substance à la notion d'établissement⁶⁸. Dès lors, l'harmonisation par un texte spécial, qui fait défaut en matière de jeux, ne paraît pas

⁶³ I. Illiopoulou, « Libertés de circulation et abus de droit » in E. Dubout et A. Maitrot de La Motte, *L'unité des libertés de circulation*, Larcier, 2013 (sous presse). Sur l'abus de droit en droit de l'Union plus généralement, R. N. Ionescu, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2012.

⁶⁴ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, spéc. point 22

⁶⁵ CJCE, 5 juin 1997, *VT 4*, C-56/96, point 23.

⁶⁶ *VT4*, cité *supra* note 65, point 19. V. aussi CJCE, 5 octobre 1994, *TV10*, C-23/93, Rec. p. I-4824, point 21.

⁶⁷ Directive 97/36/CE du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOUE L 202 du 30.7.1997, p. 60-70.

⁶⁸ *VT4*, cité *supra* note 65, pt 17.

jouer un rôle déterminant dans la solution retenue. Il en découle que les opérateurs de jeux qui s'établiraient dans un État dont la réglementation est favorable pour prester des services dans un autre État s'exposent en principe aussi à la possibilité que cet État requalifie leur montage pour les soumettre à sa réglementation sectorielle.

Toutefois, la jurisprudence témoigne du fait qu'il est en réalité assez facile pour les opérateurs d'éviter la requalification, à tous le moins dans le cas des activités en ligne. Ainsi, la qualité de prestataire de services n'a été remise en cause ni pour la société établie à Gibraltar dans l'affaire *Liga Portuguesa* ni pour la société établie à Malte dans l'affaire *Dickinger et Ömer*. La Cour a également jugé que « l'activité consistant à faire participer les ressortissants d'un État membre à des jeux de paris organisés dans un autre État membre, même si ceux-ci ont pour objet des événements sportifs organisés dans le premier État membre, se rattache à une activité de 'services' au sens de l'article [56 TFUE] »⁶⁹. La Cour s'attache ainsi avant tout à la nature de l'activité pour appliquer la qualification de services. Les jeux étant des services par nature⁷⁰, la qualification de prestation de services est immédiatement acquise. Dans la jurisprudence récente en matière de jeux, on peut avoir l'impression qu'il existe un effet d'attraction de cette qualification au détriment de la liberté d'établissement au point que, contrairement à l'affirmation souvent réitérée selon laquelle « la notion d'établissement s'entend de manière très large »⁷¹, c'est la notion de prestation de services qui est entendue de manière très large.

Ainsi, dans l'arrêt *Dickinger et Ömer* la Cour semble avoir repoussé les frontières de la libre prestation de services au détriment de la liberté d'établissement. En l'espèce, les fondateurs autrichiens d'un groupe actif dans le secteur des jeux avaient structuré leurs opérations de la manière suivante : une société établie à Malte détenait un agrément dans cet État et prestait depuis Malte des services destinés aux clients dans plusieurs États membres dont l'Autriche. La société du groupe qui était établie en Autriche avait seulement un rôle de support. Elle était ainsi chargée de la maintenance du site internet (et, pendant une première période, de la gestion d'un serveur situé sur le territoire autrichien). Elle était également titulaire des licences de logiciels nécessaires pour le fonctionnement du site de jeux en ligne. Enfin, elle assurait un service d'assistance aux utilisateurs⁷². On peut remarquer que ces fonctions support constituent des besoins constants pour le groupe ; il s'agit de fonctions qui doivent être assurées en permanence. Dès lors, on comprend les hésitations de la juridiction de renvoi, qui s'interrogeait sur la qualification de ces opérations.

La Cour, après avoir pourtant rappelé que le critère permettant de distinguer l'établissement et la prestation de service est la permanence, juge néanmoins que la division des tâches au sein des sociétés du groupe n'empêche pas de considérer que c'est bien la société maltaise qui preste des services en Autriche⁷³. Le fait que le groupe ait en Autriche une activité permanente est jugé sans importance dès lors que la société maltaise qui preste des services aurait pu faire appel pour la maintenance de son site à un autre co-contractant que la société autrichienne du même groupe⁷⁴. Si cela est certainement exact d'un point de vue contractuel comme d'un point de vue technique, il demeure que le raisonnement de la Cour paraît faire

⁶⁹ Gambelli, cité *supra* note 3, point 52.

⁷⁰ Sur cette catégorie, V. Hatzopoulos, *Regulating services in the European Union*, OUP, 2012, p. 22 et s.

⁷¹ Stoß cité *supra* note 4, point 59 citant CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, point 25. La citation complète est la suivante : « la notion d'établissement s'entend de manière très large comme impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté européenne dans le domaine des activités non salariées »

⁷² *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 25.

⁷³ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, points 33 et s.

⁷⁴ *Dickinger et Ömer*, cité *supra* note 4, point 36.

abstraction de la réalité humaine de l'entreprise. En effet, le centre de gravité du groupe était en l'espèce clairement l'Autriche : les fondateurs du groupe étaient autrichiens et la société autrichienne du groupe avait certainement de leur point de vue une permanence plus grande que celle qu'ils avaient créée à Malte. On peut supposer que c'est par opportunisme qu'ils avaient choisi d'établir une filiale maltaise, tandis que la société autrichienne « participait véritablement à la vie économique autrichienne », pour utiliser le langage de la Cour. L'affirmation de la Cour – il ne s'agit pas véritablement d'un raisonnement – est d'autant plus surprenante qu'elle cite à l'appui de ce passage l'arrêt *Stoß*, dans lequel elle rappelle que « le maintien d'une présence permanente dans un État membre par une entreprise établie dans un autre État membre est susceptible de relever des dispositions du traité sur la liberté d'établissement, même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau géré, le cas échéant, par une personne indépendante, mais mandatée pour agir en permanence pour cette entreprise comme le ferait une agence »⁷⁵. En l'espèce, la filiale autrichienne du groupe Bet at Home est considérée comme un prestataire local auquel la filiale maltaise du même groupe se trouve pour l'instant faire appel et non comme une présence permanente pouvant être qualifiée d'établissement par l'État de la prestation, à savoir l'Autriche. Il est vrai qu'il s'agit d'une présence permanente *du groupe* Bet at Home et non, à proprement parler *de la filiale* maltaise de ce groupe. Il n'en demeure pas moins que le fait que la Cour raisonne ainsi en termes de *sociétés* titulaires des libertés d'établissement et de prestation de services et non en termes d'*entreprise* facilite les stratégies de contournement d'une réglementation restrictive⁷⁶.

Les nouveaux entrants dans le secteur des jeux paraissent donc bénéficier d'une faveur jurisprudentielle. En effet, un opérateur peut avoir une présence significative et permanente dans un État tout en étant considéré comme établi dans un autre. Il lui suffit pour cela de structurer intelligemment un groupe de sociétés.

Conclusion

Au terme de cette analyse, le droit du marché intérieur appliqué aux jeux et paris présente plusieurs particularités. Tout d'abord, les obligations que le droit de l'Union impose aux États sont moindres que dans d'autres secteurs. Le contrôle de compatibilité des réglementations nationales avec les libertés de circulation est substantiellement allégé en raison de l'inapplication du principe de reconnaissance mutuelle. Les États peuvent donc imposer aux opérateurs établis dans d'autres États de l'Union leur propre réglementation sans se soucier de savoir si les opérateurs satisfont déjà dans leur État d'établissement à des obligations réglementaires similaires. Cette entorse à la logique du marché intérieur en faveur du pouvoir de régulation étatique se combine toutefois avec une autre ligne jurisprudentielle⁷⁷, qui, contrairement à la première, n'est pas appuyée par des considérations spécifiques au secteur et pourrait dès lors avoir des implications plus vastes. Cette seconde ligne de force porte sur une question qui est au cœur des stratégies de *law shopping* des opérateurs nouveaux entrants, à savoir : « quel degré de présence peut-on avoir dans un État membre sans être considéré comme établi dans cet État et, partant, soumis à sa réglementation ? ». Sur ce point, la Cour se montre très tolérante : dès lors qu'un opérateur prend soin de faire assurer la prestation de services principale, à savoir l'offre de jeux, aux consommateurs, à partir d'une société établie dans l'État membre qu'il aura choisi pour

⁷⁵ Stoß cité *supra* note 4, point 59 et jurisprudence citée.

⁷⁶ Si ce raisonnement est commandé par le texte du traité en ce qui concerne la liberté d'établissement, il n'en va pas de même en ce qui concerne la libre prestation de services. En effet, l'article 54 TFUE, qui assimile aux ressortissants des États membres « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union » ne vaut que pour le chapitre consacré à la liberté d'établissement.

⁷⁷ Nous empruntons l'expression à B. Bertrand, Les blocs de jurisprudence, RTDeur, 2012/4, sous presse.

l'agrément de sa réglementation, l'État de la prestation ne peut pas facilement requalifier la présence de cet opérateur sur son territoire en établissement, et ce quand bien même cette présence serait permanente et servirait à assurer une partie déterminante du service (comme l'assistance aux consommateurs). Cet état de la jurisprudence paraît paradoxal, car l'acceptation large de la notion de prestation de service favorise les stratégies de *forum shopping*, mais l'absence de reconnaissance mutuelle prive ces stratégies des bénéfices qu'elles apportent habituellement aux opérateurs, puisque, dans le secteur des jeux, être établi dans un autre État que celui de la prestation ne donne pas un droit à ne pas subir un double fardeau réglementaire.

Cette orientation paraît assez peu claire. Si elle est le fruit d'une intention de la part de la Cour, peut-être répond-elle, là encore, à une particularité du secteur. Dans le secteur des jeux et paris, il subsiste en effet dans de nombreux États membres des réglementations qui rendent l'établissement d'opérateurs étrangers impossible ou très difficile. Dans un tel contexte, élargir la notion de prestation de services leur ouvre au moins les portes de marchés nationaux qui resteraient sinon fermés. Certes, cela ne supprime pas toutes les entraves auxquels les opérateurs doivent faire face, mais cela représente un minimum d'ouverture des marchés.

Outre cet élément d'ouverture au bénéfice des opérateurs qui souhaitent pénétrer de nouveaux marchés, le droit de l'Union exerce une autre influence, qui concerne principalement les opérateurs en place, comme les loteries nationales. Le contrôle de cohérence, qui joue un rôle particulièrement important dans la jurisprudence en matière de jeux, rayonne en effet sur ces opérateurs, qui peuvent voir la licéité de leurs pratiques commerciales liée au sort des politiques publiques. Ces opérateurs doivent tout particulièrement veiller à ce que leurs pratiques de publicité et de marketing n'aillent pas à l'encontre des objectifs visés par la réglementation publique, sauf à risquer de perdre la protection que celle-ci leur confère.

En somme, la jurisprudence Cour apparaît donner trois impulsions aux marchés des jeux en Europe : elle force l'ouverture des marchés nationaux des jeux au profit des nouveaux entrants, tout en préservant, les pouvoirs des États, mais sous réserve que leurs monopoles et autres opérateurs en place jouent, si l'on ose dire, le même jeu que les pouvoirs publics. En d'autres termes, la concurrence entre opérateurs sur chaque marché national est favorisée tandis que la concurrence des droits est évitée.