

Faculté de droit, sciences économiques et gestion

Université de Nancy 2

Master 2

« Juriste d'affaires européen »

LES JEUX ET PARIS EN LIGNE

**APPROCHES NATIONALES, COMMUNAUTAIRE
ET INTERNATIONALE**

par

Emeline THOMAS

mémoire rédigé sous la direction de M. Ludovic BERNARDEAU

*Maître de conférences associé à la Faculté
Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes*

Année 2006/2007

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à remercier :

M. Ludovic BERNARDEAU, pour avoir accepté de diriger le présent mémoire et pour son aide précieuse tout au long de l'élaboration et de la rédaction.

M. Thibault VERBIEST, pour avoir accepté de m'accueillir en tant que stagiaire au sein de l'association Ulys ;

Les membres de l'association Ulys, pour leur accueil chaleureux à Bruxelles ;

M^{me} Marie-Anne THOMAS, pour avoir pris le courage de relire ce mémoire ;

Julien, la famille THOMAS, pour m'avoir soutenu cette année, et

La promotion 2006/2007 du Master 2 « Juriste d'affaires européens », notamment Véronique, Philippe, Fabien, et Sébastien.

Sommaire

	n ^{os}
Introduction	1
I — UNE LIBÉRALISATION COMMUNAUTAIRE ENCADRÉE DES MARCHÉS DES JEUX ET DES PARIS EN LIGNE	8
A — LA DIVERSITÉ DES LÉGISLATIONS NATIONALES SUR LES JEUX ET PARIS EN LIGNE	9
1. Des logiques divergentes	10
a) Des logiques de concurrence	11
(i) Une législation et une fiscalité paradisiaque: l'exemple de Malte	12
(ii) Un marché ouvert mais protecteur du consommateur : le Royaume-Uni	14
b) Des logiques de monopole	18
(i) Monopole étatique atténué : l'exemple de la Belgique	19
(ii) Monopole étatique prononcé : l'exemple de la France	25
2. Des dynamiques antinomiques	31
a) Des dynamiques bilatérales	32
b) Des dynamiques unilatérales	42
B — LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE	44
1. Une volonté de libéralisation	43
a) Libéralisation des marchés par le contrôle des réglementations nationales relatives aux jeux et paris en ligne	47
b) Libéralisation des marchés par un contrôle des règles fiscales nationales	51
2. La nécessité d'un rapprochement des législations nationales	55
a) L'intérêt d'une réglementation commune	56
b) L'élaboration délicate d'une réglementation commune	62
(i) Les propositions de la Commission	63
(ii) Refus du Conseil et de la Commission	64
	00
II— DES SANCTIONS SUPRANATIONALES RENFORCÉES DES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE	70
A — LA SANCTION DU DROIT DES MARCHES DES JEUX ET PARIS EN LIGNE DANS LE CADRE COMMUNAUTAIRE	71
1. Sanction des atteintes aux libertés de circulation des entreprises	72
a) Elargissement de la liberté d'entreprise dans le cadre des jeux et paris en ligne	73

(i) Application alternative des principes communautaires	74
(ii) Application cumulative des principes communautaires	78
b) Renforcement du pouvoir d'appréciation du juge communautaire dans le cadre des marchés des jeux et paris en ligne	82
(i) Les restrictions aux articles 43 et 49 du Traité CE fondées sur l'intérêt général	83
(ii) L'arrêt <i>Gambelli</i> : appréciation des mesures d'intérêt général	86
(iii) L'arrêt <i>Placanica</i> : renforcement des pouvoirs du juge communautaire	90
2. Sanction des atteintes à la libre circulation des capitaux	101
B — LA SANCTION DU DROIT DES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE	106
1. Appréhension des marchés des jeux et paris en ligne dans le cadre de l'AGCS	108
2. Sanctions des législations nationales dans le cadre de l'AGCS	109
a) Précision des contours de l'AGCS par la décision de l'ORD	112
(i) Interdiction aux Etats membres de réduire la portée de leurs engagements	113
(ii) Interdiction aux Etats membres de porter atteinte aux dispositions de l'article 16 de l'AGCS en l'absence de mesures nécessaires	114
b) Inapplication des décisions de l'ORD par les Etats membres	118
(i) Adoption de l'UIEGA, la « Loi de 2006 sur la répression des jeux illicites sur Internet »	119
(ii) Nouvelle condamnation des USA par le Groupe Spécial	121
Conclusion	128
Bibliographie	p. 00
Annexe : rapport de stage	p. 00

Introduction

1. « *Faites vos jeux, les dés sont lancés, rien ne va plus* ». Ces trois formules reflètent parfaitement la façon dont sont abordés les jeux et paris en ligne en droit communautaire. « *Faites vos jeux* », au sein de la Communauté européenne les Etats membres sont libres de réglementer certains secteurs, dont les jeux de hasard. « *Les dés sont lancés* », ils doivent néanmoins respecter les principes énoncés dans le Traité instituant la Communauté européenne (ci-après, le Traité CE). Ainsi, chaque Etat membre choisit sa mise dans le respect des règles du jeu imposées par le Traité. « *Rien ne va plus* », ce cadre apparaît trop souple puisque chaque Etat membre pose ses propres règles et il en résulte un véritable chaos juridique intra-communautaire

2. L'intérêt de ce sujet est de démontrer la complexité juridique du secteur des jeux et paris en ligne. En raison du caractère international de ce type d'activité, plusieurs réglementations nationales sont applicables. Actuellement chaque Etat membre possède sa propre conception de la réglementation des jeux et paris. Cependant, la première mission attribuée à la Communauté est la réalisation d'un marché commun. Cet objectif est énoncé à l'article 2 du Traité CE : « *La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en oeuvre des politiques ou des actions communes (...) de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques.* ». Pour réaliser cet objectif, l'article 3 du Traité CE fait appel à quatre composantes, à savoir les différentes libertés de circulation: « *L'action de la Communauté comporte (...) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.* ». Les Etats membres doivent se conformer aux objectifs du Traité CE afin de mettre en œuvre le marché commun.

3. Dans le cadre des jeux et paris en ligne, il s'agit notamment du principe de libre circulation des services. En effet, les activités de loterie puis de paris ont été qualifiées de service par la Cour de justice des Communautés européennes¹ (ci-après « la Cour »). Les

¹ Voir en ce sens les arrêts de la Cour du 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec. 1994, p. I 10; et arrêt du 21 Oct. 1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec. 1999, p. I 7289.

autres principes communautaires, en particulier ceux de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux, jouent également un rôle dans l'ouverture de ce marché. Cependant il est difficile, pour les Etats membres de renoncer à certains de leurs monopoles justifiés par des raisons d'intérêt général. La libéralisation du marché n'est réalisable que par l'ouverture des marchés nationaux. En outre, Internet fait disparaître toute notion de frontière et le problème ne se limite pas à l'échelle communautaire mais prend alors une dimension internationale. L'objectif de ce sujet est de s'interroger sur la nécessité d'une libéralisation du marché. La Communauté européenne parvient-elle à réaliser ses objectifs en ce qui concerne le secteur des jeux et paris en ligne?.

4. Cette étude se limitera aux jeux de hasard et d'argent. Une définition générique de ce type d'activité est difficile à mettre en œuvre, car chaque pays présente sa propre définition. On peut cependant se référer à celle donnée par la directive européenne sur le commerce électronique qui dispose dans son considérant 16, « *que l'exclusion des jeux d'argent (...) couvre uniquement les jeux de hasard, les loteries et les transactions portant sur les paris, qui supposent des enjeux de valeur monétaire.* »². Ainsi, la qualification de jeu suppose trois conditions, un pari ou un jeu, dont le succès dépend en majorité du hasard ou d'un événement futur inconnu, et un enjeu³. Les termes jeu ou pari signifient que le joueur doit participer activement au déroulement des opérations. Par enjeu, il faut comprendre la possibilité pour le joueur de perdre ou de gagner un gain pour lequel il a misé de l'argent. Enfin la dernière condition implique l'intervention, même si elle est minime, du hasard. Le mot hasard vient de l'arabe oriental « az-zahr », le dé, qui désignait jusqu'au XII^{ème} siècle un jeu de dés. Le hasard se définit comme une « *circonstance de caractère imprévu ou imprévisible dont les effets peuvent être favorables ou défavorables pour quelqu'un* »⁴.

2 Directive 2000/31/CE relatives à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

3 Nous nous référons ici à la définition donnée par l'Institut suisse de droit comparé, « Study of Gambling in the internal Market of the European Union », 14 juin 2006, Part 1, p.6.

4 Définition de l'encyclopédie Larousse.

5. La limitation de ce sujet au jeu de hasard et d'argent permet d'inclure tous les types de jeu dans lequel le comportement du joueur ne peut influencer totalement le résultat. La prise en compte d'autres jeux, tels que les jeux vidéo est exclu.

6. En outre, le sujet se limite aux jeux et paris en ligne, c'est-à-dire ceux proposés et effectués via Internet. En effet, la complexité de l'environnement dans lequel évoluent les jeux de hasard dans la Communauté européenne est en partie due au développement exponentiel de ces activités. Ce moyen de communication présente l'avantage d'être rapide, (pari, enjeu et paiement éventuel du gain s'effectuent en un simple clic), d'outrepasser les frontières géographiques et de poser ainsi le problème de l'effectivité des règles nationales. Certes, ce problème peut également se soulever lors de jeu « physique », mais il l'est d'autant plus révélateur et pertinent par Internet. En outre, les enjeux économiques du marché des jeux en ligne sont colossaux; Internet est devenu l'outil privilégié pour les jeux d'argent. Ce moyen de communication brise toute frontière physique permettant ainsi aux internautes et aux prestataires de contourner les réglementations nationales.

7. Le problème soulevé relève de l'hétérogénéité des législations nationales qui paralyse le développement du marché commun et empêche les prestataires privés d'exercer leurs activités librement. Chaque pays défend sa propre conception sur la réglementation des jeux. Ainsi, dès qu'un élément d'extranéité intervient, les litiges peuvent se trouver rapidement sans issue. La Communauté tente de libéraliser le marché, mais en l'absence de directive efficace, cette libéralisation semble compromise. En attendant l'application d'une norme effective, les atteintes à la libéralisation du marché sont sanctionnées sur le fondement du droit primaire. Le principe de la libre circulation des services et de la liberté d'établissement sont les fondements du Traité interprétés par la Cour. Cependant, en raison du caractère transnational des jeux effectués depuis Internet, il faut également prendre en considération les Etats tiers. Ces derniers peuvent éventuellement se baser sur la liberté de circulation des capitaux. Enfin, à l'échelle mondiale, les atteintes à la circulation des services sont sanctionnées sur le fondement du droit de l'Organisation mondiale du commerce. Il sera donc étudié dans un premier temps la libéralisation communautaire encadrée des marchés des jeux et paris en ligne. Puis les sanctions relatives aux entraves à

la libéralisation des marchés seront étudiées au regard du droit communautaire et du droit de l'Organisation mondiale du commerce.

I — UNE LIBÉRALISATION COMMUNAUTAIRE ENCADRÉE DES MARCHÉS DES JEUX ET DES PARIS EN LIGNE

8. Il existe au sein de la Communauté européenne différentes manières de réglementer les jeux et paris en ligne. Certains états légifèrent spécifiquement ce domaine, d'autres lui appliquent les mêmes règles que pour les jeux physiques. En outre, l'ouverture de ce marché diffère selon les pays. En effet, certains pays comme Malte développent une politique libérale et attirent les prestataires de jeux privés. D'autres, comme la France, protègent leur monopole étatique et interdisent les jeux et paris en ligne hormis ceux proposés par les sociétés appartenant à l'Etat. Cette hétérogénéité législative au sein de la Communauté européenne engendre des conséquences fâcheuses. En effet, il peut exister des conflits entre les législations et juridictions des Etats membres défendant des politiques opposées. Pour illustrer ce problème, nous nous référerons notamment à l'affaire Zertuf contre le Pari Mutuel Urbain GIE. Ce cas met en exergue la volonté de chaque Etat membre de défendre ses propres intérêts. Cependant ce type de comportement affecte les principes communautaires, en particulier ceux relatifs à la liberté d'entreprise. Cette diversité au sein même de la Communauté paralyse l'établissement d'un marché commun. Pour pallier à ce problème, la Commission européenne tente diverses actions contre les Etats membres. En outre, elle propose une harmonisation du marché grâce à l'adoption future d'une directive communautaire. Il existe entre les différentes législations nationales une profonde diversité (A) aboutissant à une cacophonie dans les marchés des jeux en ligne. Pour remédier à ce problème la Communauté européenne tente de mettre en œuvre sa politique communautaire de libéralisation des marchés(B).

A — LA DIVERSITÉ DES LÉGISLATIONS NATIONALES

SUR LES JEUX ET PARIS EN LIGNE

9. Les différents Etats membres présentent chacun des logiques différentes. Certains sont favorables à une conception d'un marché concurrentiel tandis que d'autres s'attachent à leur monopole. Cette diversité législative (1) aboutit à un blocage entre les Etats membres, car chacun agit selon ses propres idées. Ainsi des dynamiques antinomiques apparaissent au sein de la Communauté (2). En effet lorsqu'il apparaît un conflit entre deux pays antagonistes, l'un protecteur et l'autre libéral, chacun veut défendre ses propres intérêts sans prendre en compte ceux de l'adversaire. La situation est alors paralysée.

1. Des logiques divergentes

10. Les législations nationales des jeux et paris en ligne sont très différentes. Certains, Malte et le Royaume-Uni, développent une logique concurrentielle (a) et attirent les bookmakers sur leur territoire. Pour cela, ils autorisent les jeux en ligne et proposent aux prestataires des avantages fiscaux. D'autres, comme la Belgique ou la France amorcent une logique de monopole d'état (b). La Belgique présente une législation permissive tout en protégeant le monopole alors que la France adopte une politique protectionniste de son monopole étatique.

a) Des logiques de concurrence

11. Il existe, au sein de l'Union européenne, deux principaux Etats présentant une législation libérale pour les jeux d'argent. Le premier, Malte, attire les sociétés de paris en ligne notamment pour des raisons fiscales et l'octroi aisé de licences. Le second état est le Royaume Uni qui a récemment ouvert son marché afin de rapatrier les prestataires de services de jeux et paris. Contrairement à Malte, la politique anglaise n'est pas totalement libérale et le législateur tente de protéger le consommateur et de lutter contre les fraudes.

(i) Une législation et une fiscalité paradisiaque : l'exemple de Malte

12. L'Etat de Malte a été qualifié de paradis fiscal par de nombreuses études⁵. Afin de favoriser le développement des activités de jeu et paris en ligne, Malte a su mettre en avant tous ses attributs. Elle s'est tout d'abord dotée en 2000 d'une législation complète sur les jeux et paris effectués par voie électronique. Ensuite, elle autorise tous types de jeux et paris en ligne, contrairement à la majorité des pays de l'Union européenne qui ont pour principe l'interdiction des jeux et pour exception leur autorisation. Les bookmakers peuvent ainsi proposer des jeux en ligne depuis Malte. Cet Etat membre pose une seule condition, celle d'obtenir une licence. Pour les jeux et paris organisés via Internet, la nouvelle réglementation a instauré quatre types de licences. Le principal critère retenu pour l'acquisition d'une licence est celui du domicile maltais. En revanche, le titulaire peut se voir suspendre ou retirer la Licence si l'autorité la délivrant estime que l'activité peut mettre en danger la réputation des jeux et paris sur l'île de Malte. Le second atout mis en avant par Malte pour attirer les bookmakers, est de leur proposer des avantages fiscaux.

13. Malte offre une large marge d'activité sur son territoire et la plupart des grands bookmakers y sont installés. Ils proposent depuis cette île des jeux et paris en ligne aux internautes des autres Etats membres dans lesquels ce type d'activité est interdite ou réservée au monopole d'Etat. Malte constitue l'Etat membre dans lequel la plupart des bookmakers européens se sont installés. Le Royaume-Uni tente également de rapatrier les opérateurs de jeux, sans pour autant être aussi attrayant que Malte notamment dans le domaine de la fiscalité.

(ii) Un marché ouvert mais protecteur du consommateur : le Royaume-Uni

14. Le Royaume-Uni est dit plus libéral que la plupart des pays de la Communauté européenne, car tous les types de jeux de hasard⁶ y sont autorisés. En outre, il présente la caractéristique de compter sur son marché des opérateurs privés et publics. Les monopoles

5 Voir en ce sens le Livre Blanc du CERT-LEXSI « Cybercriminalité des jeux en ligne » disponible sur http://www.mobile.cg18.fr/IMG/pdf/gambling_cybercrime_2006.pdf.

6 Nous nous référons ici uniquement aux jeux les plus connus et étudiés par la commission dans le « Study of Gambling », à savoir: la loterie, le casino, les machines à sous, les paris et le bingo ; « Study of Gambling in the internal Market of the european union », étude réalisée par l'Institut suisse de droit comparé à la demande de la Commission européenne, 14 juin 2006.

d'état, particulièrement la Loterie nationale, persistent mais des opérateurs privés peuvent intégrer ce marché par le biais d'une licence. Ce dernier est ouvert sous réserve de l'accord du Conseil des jeux.

15. Cette ouverture du marché anglais résulte d'une nouvelle loi, le Gambling Act 2005, qui devrait entrer en vigueur durant le deuxième semestre de l'année 2007. Cette loi a pour objectif de rapatrier les bookmakers installés dans les paradis fiscaux, ou à Gibraltar, territoire anglais sur lequel la législation est plus souple. Ce territoire d'outre-mer du Royaume-Uni bénéficie d'une autonomie législative. Seuls les résidents de Gibraltar peuvent offrir des services de jeux et paris. En raison des avantages fiscaux proposés, la plupart des sociétés de paris ont émigré sur ce territoire. Les licences s'y obtiennent facilement et les taxes sont très faibles. Afin de contrer l'émigration intensive des bookmakers anglais vers Gibraltar, le Royaume-Uni a adopté cette nouvelle loi légiférant les jeux et paris en ligne. Les opérateurs privés peuvent ainsi proposer leurs activités sous condition d'obtenir une licence par une autorité autonome, la Commission des jeux d'argent.

16. Le Royaume-Uni ne poursuit cependant pas une politique complètement permissive en la matière et le législateur fait preuve d'une certaine prudence. La volonté du législateur anglais est de concilier l'industrie des jeux d'argent avec la protection du consommateur. Le *Gambling Act* du 7 avril 2005, semble alors moins révolutionnaire que prévu.

Ainsi :

- les autorités entendent limiter le nombre, l'accessibilité et les possibilités de gains et de pertes des machines à sous en dehors des casinos ;
- un strict *numerus clausus* sera appliqué en ce qui concerne les casinos autorisés ; les collectivités locales pourront s'opposer à leur implantation ;
- la loterie nationale britannique continuera à jouir d'un monopole (mais pourra agréer d'autres opérateurs) ;
- le successeur du « *Horse Totalisation Board* », le PMU anglais, qui doit être privatisé, bénéficiera, pendant une période transitoire de 7 ans, de la même exclusivité sur les paris mutuels que son prédécesseur ;

- enfin, l'industrie du jeu, dans son ensemble, devra contribuer au financement de la prévention et du traitement de la dépendance.

En outre, pour obtenir les licences, la Commission prend en considération le critère de la résidence du demandeur ne siégeant pas en Grande Bretagne. Il semble peu probable que les mêmes règles soient appliquées pour les demandeurs résidants en Grande Bretagne et pour ceux souhaitant y résider que pour ceux résidant dans un autre état.

D'après la Study of Gambling⁷ la nouvelle loi posera des limites à la libre circulation contrairement aux réglementations actuelles qui ne prennent pas en compte ce critère de résidence.

17. Mais le Royaume-Uni demeure tout de même un des états qui ouvre son marché notamment dans le domaine très fructueux des paris sportifs. En contrepartie d'une réglementation favorable aux bookmakers, l'Etat entend bien y trouver des avantages fiscaux sur les taxes imposées aux sociétés de jeux et paris. La loi 2005 n'a cependant pas annoncé le montant des taxes qu'elle appliquera.

b) Des logiques de monopole

18. En opposition aux pays libéraux, d'autres états présentent une logique de monopole étatique. Cependant cette conception de monopole fonctionne à deux vitesses. D'un côté, la Belgique développe une politique de protection du consommateur tout en conservant le monopole d'état sur les loteries. D'un autre, la France, affiche une politique très protectionniste de son monopole et refuse de réglementer ou d'autoriser tout type de jeux et paris en ligne s'ils ne relèvent pas des loteries nationales ou des sociétés appartenant à l'Etat.

(i) Monopole étatique atténué : l'exemple de la Belgique

7 « Study of Gambling in the internal Market of the european union », op. Cit., pt 4.

19. Contrairement à d'autres pays de l'Union européenne, le monopole belge a pour unique objectif de lutter contre la criminalité. Il s'agit bien d'une raison d'intérêt général comme l'a reconnu la jurisprudence de la Cour de justice⁸. En effet, cet Etat membre essaie d'adapter sa législation aux attentes des institutions communautaires sans pour autant libéraliser totalement le marché des jeux et paris en ligne.

20. Il n'existe pas en Belgique de législation spécifique pour les jeux et paris proposés via internet. Il faut se référer à la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard. Cette loi définit le jeu de hasard comme « *tout jeu ou pari pour lequel un enjeu de nature quelconque est engagé, ayant pour conséquence soit la perte de l'enjeu par au moins un des joueurs ou des parieurs, soit le gain de quelque nature que ce soit, au profit d'au moins un des joueurs, parieurs ou organisateurs du jeu ou du pari et pour lequel le hasard est un élément, même accessoire pour le déroulement du jeu, la détermination du vainqueur ou la fixation du gain.* ». L'article 4 de cette même loi interdit d'exploiter un ou plusieurs jeux de hasard autres que ceux autorisés.

21. En l'absence de règles spécifiques relatives aux jeux de hasard en ligne, un projet de loi tendant à modifier la loi du 7 mai 1999 a été déposé. Ce projet prévoit une réglementation pour les jeux en ligne. Si il est adopté, la Commission des jeux de hasard pourra conclure un certificat de fiabilité avec un exploitant d'un Etat membre de l'Union européenne. L'octroi de ce certificat sera subordonné à un certain nombre de conditions que devra remplir l'exploitant et son exploitation⁹. La loi du 7 mai 1999 n'est pas applicable à la Loterie nationale. Cette dernière bénéficie d'un monopole pour l'organisation des loteries publiques, des jeux de hasard dans les formes et modalités fixées par le Roi et dans l'organisation des paris et concours dans les formes et modalités fixées par le Roi¹⁰. Ce monopole est limité au territoire belge, c'est-à-dire qu'il interdit toute activité de jeux et hasard réservé à la Loterie nationale sur le territoire belge, mais il n'interdit pas des activités de jeux de hasard proposées depuis la Belgique vers un autre Etat membre.

⁸ Voir par exemple, CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Schindler : Rec. CJCE 1994, I, p. 1039.

⁹ Article 6 du projet de loi portant des dispositions diverses relatives aux jeux de hasard.

¹⁰ Article 6§1 et 7 de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale.

22. Pour la Cour d'arbitrage la loi du 19 avril 2002 donnant à la loterie nationale un monopole porte atteinte à la libre prestation de service mais cette atteinte est justifiée par le fait qu'elle « *veille également à organiser des campagnes d'information sur les risques économiques, sociaux et psychologiques liés à la dépendance au jeu et à collaborer, de concert avec les autorités compétentes et les diverses associations œuvrant dans le secteur, à une politique active et coordonnée de prévention et d'assistance en matière de dépendance au jeu.* »¹¹ En outre, l'initiative du gouvernement belge de choisir la voie de la réglementation doit être saluée.

23. En effet, le projet de loi permet la reconnaissance des sites européens sous condition d'octroi d'un certificat de fiabilité. Ce système de licences délivrées à la suite d'enquêtes approfondies permet à la Belgique de se conformer aux obligations communautaires. A cet égard, l'exigence d'un « établissement permanent » comme condition d'octroi du certificat de fiabilité - soumise par amendement à l'article 33 bis du projet de loi - réintroduirait un élément de contrariété fondamental au droit communautaire. Dans la mesure où le droit communautaire interdit les entraves à la libre prestation de services au sein de la Communauté, une société de jeux en ligne légalement établie dans un Etat membre de l'Union européenne ne peut se voir imposer une exigence d'établissement permanent pour offrir ses services en Belgique, sans porter atteinte au fondement même de la libre prestation de services intracommunautaires.

24. Cependant la Belgique fait preuve de bonne volonté pour se conformer au droit communautaire. Le projet de loi pose des règles claires pour les paris et les jeux organisés par Internet. La compétence de la Commission des jeux de hasard belge sera étendue aux paris sportifs mais également à l'exploitation de ces paris proposés via Internet. En outre, cette commission pourra accorder à certains opérateurs de proposer en ligne des jeux de types casinos. La Belgique doit être considérée comme un élève studieux au regard des exigences communautaires, car bien qu'elle laisse à la Loterie Nationale un monopole étatique en matière de jeux de hasard, elle fonde ce statut sur la nécessité de protéger le

11 Cour d'Arbitrage n°33/2004 10 mars 2004, B.11.4, disponible sur <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>.

consommateur face aux risques d'addiction. D'autres Etats membres, comme la France, ne prennent pas en compte cet argument essentiel pour justifier leur monopole d'état.

(ii) Monopole étatique prononcé : l'exemple de la France

25. La France ne se conforme absolument pas au droit communautaire et adhère au principe d'interdiction totale des jeux et paris en ligne sauf ceux détenus et proposés par l'Etat. Il est donc question ici de situation monopolistique portant atteinte aux principes communautaires. La France, ainsi que d'autres Etats membres se trouvent d'ailleurs dans la ligne de mire de la Commission européenne. L'Italie, l'Autriche font également l'objet d'une enquête concernant les dispositions de leur législation restreignant la fourniture de certains services de jeux d'argent¹².

26. La France ne connaît pas de réglementation spécifique relative aux jeux et paris en ligne. Le principe en vigueur est celui de l'interdiction des jeux et paris. Actuellement, la législation relative aux jeux de hasard « physiques » est appliquée à ceux proposés par Internet. Mais ces textes sont cependant très anciens. En effet, les loteries sont régies par une loi du 21 mai 1836, les paris hippiques sont soumis à la loi du 2 juin 1891 et la réglementation sur les jeux de hasard date de 1983¹³. Il semble donc évident que la réglementation contemporaine apparaisse obsolète vis-à-vis des jeux et paris en ligne.

En matière de paris sur les courses de chevaux, seul le Pari Mutuel Urbain (PMU) est autorisé par les pouvoirs publics à proposer des paris. La loi française et ses décrets d'application¹⁴ réservent l'exclusivité des courses au PMU pour le compte des sociétés de courses, et interdit le *book-making*, y compris à des opérateurs français.

La Française des jeux est seule compétente pour les loteries et certains paris sportifs¹⁵. C'est à propos de la Française des jeux que le rapport Trucy¹⁶ a qualifié la France d'« *Etat croupier* ». En effet, l'Etat détient 72 % des parts sociales (peut être 92 % en

12 Voir l'enquête de la Commission européenne, 12 Octobre 2006, réf. IP/06/1362, disponible sur <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1362&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>.

13 Loi du n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard.

14 Loi du 2 juin 1891 réglementant l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux.

15 Titre II du décret du 9 novembre 1978.

16 « *Jeux de hasard et d'argent en France* », rapport du sénateur François Trucy, n°223 (2001-2002) disponible sur <http://www.senat.fr/rap/r01-223/r01-223.html>.

2008)¹⁷ de cette société d'économie mixte. Il tire de ses activités des ressources financières considérables destinées directement au budget de l'Etat ou au financement d'activité publique.

Mis à part les jeux et paris proposés par le PMU et la Française des jeux et quelques casinos, les jeux de hasard sont interdits sur le territoire français. Etant donné qu'aucune réglementation spécifique aux jeux et paris en ligne n'existe, ce sont donc les réglementations classiques qui s'appliquent.

27. Dans un premier temps, les jeux proposés par Internet peuvent tomber sous l'interdiction de la loi du 21 mai 1936 interdisant les loteries payantes. Aux termes de cette loi sont considérées comme loteries « *toutes opérations de jeux offertes au public, sous quelque forme que ce soit, pour faire connaître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort* »¹⁸. Une exception existe cependant au profit des loteries de bienfaisance et d'utilité publique¹⁹, des loteries publicitaires et celles autorisées par la loi du 31 mai 1933 dont l'organisation et l'exploitation sont confiées à la Française des Jeux.

Ce ne sont cependant pas les loteries qui intéressent les industriels de jeux en ligne. En effet, ces dernières sont peu rentables car elles ne proposent pas de mises et distribuent peu d'argent. Les industriels de jeux en ligne s'intéressent plus aux paris en ligne.

28. En ce qui concerne les paris en ligne, nous nous intéresserons principalement aux courses hippiques. Collecter les paris sur les courses de chevaux hors des lieux où elles se tiennent (cafés, boutiques spécialisées) est un privilège réservé au PMU²⁰.

L'article 4 de la loi du 2 juin 1891 sanctionne « *quiconque aura et sous quelque forme que ce soit, offert de recevoir ou reçu des paris sur les courses de chevaux, soit directement soit par intermédiaire* ». Selon une doctrine majoritaire²¹, cet article 4 est applicable aux paris proposés via internet. Ainsi, seul le PMU est autorisé à proposer

17 Ces données proviennent du rapport Trucy de 2006-2007, « *L'évolution des jeux de hasard et d'argent : le modèle français à l'épreuve* », rapport du sénateur François Trucy, n°58 (2006-2007), disponible sur <http://senat.fr/rap/r06-058/r06-058.html>.

18 Article 2 de la loi du 21 mai 1936.

19 Article 5 de la loi du 21 mai 1936.

20 Article 186 de la loi du 16 avril 1930.

21 Voir par exemple : « les jeux d'argent en ligne » A. Menais et M. Mercous, *juriscom.net*, 10 avril 2002 <http://www.juriscom.net>.

des paris sur les courses de chevaux. Les autres bookmakers, tel que Bwin ou Unibet sont donc en totale illégalité quand ils proposent des paris sur les courses effectuées en France. Le PMU se trouve placé au coeur d'une polémique extrêmement vive, centrée sur les monopoles de jeux des Etats européens, et animée par un nombre croissant d'opérateurs français et étrangers, qui interpellent les instances de Bruxelles et lui demandent de mettre fin aux monopoles et de libéraliser les jeux.

29. En outre, les sanctions destinées aux bookmakers contournant l'interdiction française sont très élevées. Une nouvelle loi, relative à la prévention contre la délinquance²², a d'ailleurs doublé les peines encourues par celui qui offre de recevoir ou reçoit des paris non autorisés sur les courses de chevaux. Cette loi n'a pas pour seule cible d'augmenter les peines dans le cadre des paris sur les courses de chevaux. La loi relative à la prévention contre la délinquance poursuit plusieurs objectifs²³.

Dans un premier temps, cette nouvelle loi a pour but d'interdire pour une durée de six mois renouvelable tout mouvement ou transfert de fonds en provenance des personnes physiques ou morales qui organisent des activités de jeux, paris ou loteries prohibées. Ce blocage des fonds est opposable à tout créancier et à tout tiers. En outre, les établissements des services bancaires ont pour obligation d'appliquer ces mesures d'interdiction et s'exposent à des sanctions si elles ne les respectent pas. Ces mesures ont pour objectif de bloquer les comptes ouverts en France par des sociétés de jeux offrant des services illégaux de jeux d'argent. Enfin, cette loi double les peines encourues par les organisateurs de jeux non autorisés et ceux faisant de la publicité pour ces activités. Les dispositions introduites dans cette loi témoignent de la volonté de maintien d'un système monopolistique pourtant sujet à de nombreuses discussions tant au niveau national que communautaire²⁴.

30. Une nouvelle fois, la législation française sanctionne les jeux d'argent illégaux mais elle protège sans merci les monopoles étatiques détenus par la FDJ et le PMU. Le rapport

22 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO 7 mars 2007.

23 Les articles 36, 37, 38 et 40 de la loi 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention contre la délinquance visent tous à renforcer la lutte contre les jeux prohibés.

24 La question de la compatibilité de cette loi avec le droit communautaire nécessite d'être soulevée. Le fait de geler les comptes financiers et d'interdire toute publicité sur les jeux d'argent hormis ceux proposés par la FDJ et le PMU constituent une entrave incontestable aux principes de libre circulation des services et à la liberté d'établissement. Par cette loi, le législateur tente de protéger le système monopolistique des jeux en ligne alors qu'il fait déjà l'objet à ce sujet d'une enquête par la Commission européenne.

Trucy parle même de « schizophrénie en la matière ». En effet, l'Etat interdit et sanctionne toute publicité relative aux jeux de hasard mais d'un autre côté il n'hésite pas à diffuser des annonces publicitaires pour la Française des jeux et le PMU.

La France ne tient absolument pas compte des dispositions communautaires. Par l'interdiction générale de proposer des jeux en ligne, elle porte gravement atteinte aux principes de libre circulation des services.

2.Des dynamiques antinomiques

31.Cette disparité de logiques au sein de la Communauté européenne implique nécessairement des contradictions sur le marché européen, voire certaines tensions entre Etats membres. Un barrage existe entre les législations libérales et protectionnistes. Mais chaque Etat membre tente de pourvoir à son étendue législative sans mesurer celle des autres. La difficulté se soulève notamment dans le cadre de la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et dans l'application des législations nationales. Les oppositions entre les Etats membres peuvent porter atteinte au droit des ressortissants. Il semble urgent que la Communauté européenne mette en oeuvre une harmonisation du marché des jeux et paris en ligne pour éviter des blocages entre les législations des Etats membres. Ainsi deux dynamiques opposées se côtoient au sein de la Communauté. Un rapport entre les législations des Etats membres (a) semblent endigués toute coopération, il s'agit de dynamiques bilatérales. Les législations individualistes marquent une dynamique unilatérale (b).

a)Des dynamiques bilatérales

32.Plusieurs affaires soulignent l'absence de communication et de coopération entre les états développant une politique de libéralisation du marché et ceux tentant de protéger leur monopole d'Etat. L'une des affaires les plus révélatrices est certainement l'affaire Zeturf contre PMU²⁵. Elle met en exergue le barrage existant entre Malte, pays libéral et la

²⁵ Court of appeal, sitting held Tuesday, 9 January 2007, number 3 appeal number: 92/06 : Communication-commerce électronique, avril 2007, n°57, p.36-39, note A.DEBET.

France, pays protectionniste du monopole d'état. Cette affaire rend compte de l'absence de coopération entre les états membres.

33. La société Zertuf Ltd est une société de droit maltais et propose des paris en ligne sur les courses de chevaux françaises depuis son site www.zeturf.com. Les règles de jeu figurant sur le site étaient uniquement rédigées en français et la participation était interdite aux ressortissants maltais. Selon la loi française, collecter les paris sur les courses de chevaux françaises en dehors des hippodromes est réservé au Pari Mutuel Urbain. Ce dernier ne tarde pas à réagir contre l'activité illicite de Zeturf et saisit le Tribunal de grande instance de Paris.

34. La juridiction française²⁶ se déclare compétente et considère que la loi française s'applique aux sites maltais de paris en ligne. En effet, le juge des référés relève que le site de Zeturf était exclusivement rédigé en langue française, son accès était interdit aux résidents maltais et les courses concernées se déroulaient sur le territoire français. Il semble indéniable que le lieu de réalisation du trouble, soit du fait dommageable au sens de l'article 46 du nouveau Code de procédure civile²⁷, se situe bien en France. De la sorte, les juridictions françaises sont compétentes. Le juge rappelle qu'il est sans conteste le Tribunal où le fait dommageable s'est produit. Ainsi il en déduit que sa compétence est justifiée tant sur le fondement du droit national que sur le fondement de l'article 5.3 du règlement communautaire n°44/2001 du 22 décembre 2000 posant le principe de compétence du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire en matière délictuelle.²⁸

35. Le juge des référés constate le trouble illicite apporté par le bookmaker et lui ordonne de mettre fin à cette activité de prise de paris en ligne sur les courses hippiques organisées en France. Il lui demande de tout mettre en oeuvre pour cesser toute contribution et exploitation de la prise de paris en ligne sur le site en question.

26 Voir l'ordonnance du juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris du 8 juillet 2005, Communication-commerce électronique 2005, n°11, p 28-29, note Luc GRYNBAUM.

27 Article 46 du Code de procédure civile : « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : (...) en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.* ».

28 Voir en ce sens « La police française de l'Internet à la conquête du paradis du jeu maltais », Laurent Pech, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2006, n°13, février 2006.

36. Par un arrêt du 4 janvier 2006, la Cour d'appel²⁹ de Paris confirme l'ordonnance de référé. Dans cet arrêt, les appelants invoquent l'atteinte au principe communautaire de libre prestation de service par le monopole confié au PMU pour la gestion des paris hippiques. La Cour d'Appel considère que la réglementation française n'est pas contraire à la norme européenne. Elle s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et l'affaire *Gambelli* arrêt du 6 novembre 2003³⁰. La Cour d'Appel recherche si la loi française consacrant le monopole au PMU est contraire au principe communautaire de libre prestation de service³¹. Pour relever que les dispositions françaises ne sont pas contraires à la norme communautaire, les juges considèrent que la loi française a pour objet la protection de l'ordre public. Selon la Cour d'Appel, le monopole est justifié par la protection de l'ordre public français et il permet de prévenir les risques d'exploitations frauduleuses sans aller au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

37. Le PMU souhaite voir la décision de la Cour d'Appel de Paris reconnue et exécutée sur le territoire maltais. Pour cela, il invoque le règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale devant les juridictions maltaises. Ce règlement fait suite à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Ces deux textes ont été adoptés dans le but de régler les conflits de juridiction entre les différents Etats membres. Ils ont pour objectif de permettre la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale.

En ce qui concerne l'exécution des décisions, l'article 38 du règlement dispose que « *les décisions rendues dans un Etat membre et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée* ».

38. Sur ce fondement, le PMU demande aux juridictions maltaises d'exécuter la décision française et de faire cesser les activités de Zeturf qui sont préjudiciables au monopole détenu par le PMU. En effet, la décision française ne présente aucun intérêt si elle n'est pas

29 CA Paris, 14^{ème} ch., 4 janv. 2006, Sté Zeturf Ltd et autre c/ GIE Pari Mutuel Urbain, www.droit-technologie.org

30 CJCE, « Gambelli », 6 Novembre 2003, affaire n° C-243/01.

31 Sur ce point voir notamment les propos de Thibault Verbiest « Paris hippiques en ligne: après l'opérateur, les hébergeurs condamnés en référés », <http://www.droit-technologies.org>

reconnue et exécutée à Malte puisque c'est depuis cet Etat que le bookmaker propose des paris en ligne aux internautes français.

39. Dans l'arrêt du 9 janvier 2007³², la Cour d'Appel maltaise refuse d'appliquer le règlement communautaire relatif à la reconnaissance et à l'exécution des décisions. Elle donne ainsi raison à l'argumentation développée par le bookmaker Zeturf selon lequel le règlement 44/2001 n'est pas applicable à l'espèce.

40. Pour argumenter sa décision, la Cour de Malte se réfère à l'article premier du règlement communautaire disposant : « *Le présent règlement s'applique en matière civile commerciale et quelque soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives* ».

Afin de refuser l'applicabilité du règlement à l'espèce, la Cour se demande si le litige relève de la compétence de 44/2001. Selon elle, les dispositions de ce règlement ne sont pas applicables, car le problème relève du droit administratif et non du domaine civil et commercial. Bien qu'il n'existe pas de définition précise des matières civiles et commerciales, la Cour conclut que le domaine du droit public est généralement exclu de ces matières. Pour justifier ce point de vue, elle se base sur l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes pour la délimitation des matières civiles et commerciales et les matières relevant du domaine administratif.

En effet, dans l'arrêt *Baten*³³, la Cour rappelle que « *si certaines décisions rendues dans les litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privée peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique.* »³⁴

Bien que ces arrêts se réfèrent à la Convention de Bruxelles, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est également applicable au règlement litigieux étant donné qu'il la remplace. En outre, la Cour maltaise se réfère directement à l'arrêt français :

32 Voir la décision de la Cour d'appel de Malte: Court of appeal, sitting held Tuesday, 9 January 2007, number 3 appeal number: 92/06 : précitée, pt 23.

33 Voir la décision de la CJCE, 14 novembre 2002, *Baten*, C-271/00, Rec. 2002, p. I-10489.

34 Voir également en ce sens l'arrêt du 16 décembre 1980, *Rüffer*; C-814/79, Rec. 3807, point 8 ; et l'arrêt du 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, C-29/76, Rec. p. 1541.

« Considérant sur le premier point que les dispositions françaises qui ne poursuivent pas un objectif de nature économique ont pour objet la protection de l'ordre public français ».

41. La Cour maltaise déduit des dispositions de l'arrêt français que le litige n'entre pas dans la sphère du droit privé mais dans celle du droit public. Pour les juges maltais, le fait que le PMU soit une personne morale de droit privé importe peu. Ainsi, au vu du règlement 44/2001, la Cour maltaise refuse de reconnaître l'arrêt français demandant à Zeturf de cesser son activité préjudiciable au Pari Mutuel Urbain³⁵. Le raisonnement de la Cour maltaise est contestable. Tout d'abord, le PMU est une personne morale de droit privé et propose des paris en ligne. L'activité du PMU devrait donc relever de la matière civile et commerciale. En outre, l'argumentation maltaise selon laquelle l'objet principal du PMU est de protéger l'ordre public français apparaît surfait. En effet, la France a été qualifiée d'Etat croupier par le sénateur Trucy. Cette qualification signifie que l'Etat conserve ses monopoles non pas dans un but d'ordre public mais dans un but lucratif. En outre, la Commission européenne a demandé à la France de justifier l'existence de ses monopoles. Il semble que l'objectif principal du PMU n'a pas pour objet la protection de l'ordre public français mais a un objectif de nature économique. Ainsi la justification de la Cour maltaise semble excessive. Elle a voulu protéger les intérêts des bookmakers au détriment d'une application correcte du règlement 44/2001.

b) Des dynamiques unilatérales

42. L'affaire Zeturf contre PMU met en évidence la sourde oreille existant entre les Etats membres et prouve ainsi la nécessité d'une harmonisation au sein de la Communauté en matière de jeux d'argent en ligne. Il semble évident que les juges maltais n'ont pas reconnu,

³⁵ Le PMU peut désormais agir contre les fournisseurs d'accès sur le fondement de l'article 6, I, 8 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique par lequel le juge peut ordonner aux fournisseurs d'accès de mettre en œuvre toute mesure propre à interrompre l'accès à partir du territoire français au site www.zeturf.com. Cependant, il n'est pas évident que le juge accepte car la compatibilité du droit français au droit communautaire n'est pas évidente. Voir en ce sens Anne Debet, « *Affaire Zerturf : la cour d'appel de Malte refuse de faire application de l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu contre l'éditeur du site* », Communication-commerce électronique, avril 2007, n°57, p.36-39.

ni exécuté l'arrêt français pour des raisons de compatibilité avec le droit communautaire mais pour protéger leur situation. Malte est un véritable paradis pour les bookmakers européens car c'est le seul Etat membre à proposer une politique aussi libérale en matière de jeux et paris en ligne. Il faut également préciser que Malte propose des conditions fiscales très avantageuses pour attirer les bookmakers sur son territoire. Etant donné l'importance financière que représente le secteur des jeux et paris en ligne, il est évident que ce sont surtout des raisons de lobbying plus que des justifications juridiques qui ont influencé les juges maltais et français.

43. Le blocage est similaire en ce qui concerne les états développant une logique monopolistique. La France et l'Italie n'agissent pas dans l'intérêt d'une harmonisation au sein de la Communauté. Ces états défendent également leurs propres intérêts en privilégiant les loteries nationales. Mais cet « individualisme législatif » généralisé porte atteinte à chacun d'entre eux puisqu'il empêche de résoudre les blocages existants. Les marchés communautaires des jeux et paris en ligne ne peuvent donc s'ouvrir si les états se ferment. L'intervention des institutions communautaires semble alors nécessaire pour détruire les barrages.

B — LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DANS LES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE

44. Le défaut d'harmonisation entre les réglementations des Etats membres crée de nombreux problèmes au sein de l'Union européenne. Chaque état tente de défendre ses intérêts et ses conceptions. Cependant cette diversité législative perturbe la création du marché unique européen. Les états, désireux de défendre leurs causes, portent atteinte aux principes communautaires tels que la liberté d'établissement et de circulation des marchandises instauré par le Traité instituant la Communauté européenne.

Cette disparité législative, notamment la volonté des Etats de protéger ce domaine pour en conserver les avantages fiscaux qu'ils en retirent porte indéniablement atteinte aux principes du marché commun énoncés dans le Traité instituant la Communauté européenne.

La Commission européenne a demandé à l'Institut suisse de droit comparé d'effectuer une étude sur la compatibilité des différentes réglementations nationales avec le droit communautaire. Ce dernier confirme une atteinte certaine au principe de libre

circulation des services et d'établissement de la part de certains Etats membres. La Commission européenne souhaite libéraliser ce marché en exigeant des Etats qu'ils se conforment aux principes libre circulation des marchandises (a). Afin de mettre en œuvre cette libéralisation, la Commission soulève régulièrement la question d'une réglementation communautaire des jeux (b). Mais, le Conseil et le Parlement européen ne souhaitent pas conférer à ce secteur une compétence simplement communautaire, contrairement à la Commission.

1. Une volonté de libéralisation

45. La première mission de la Communauté est la réalisation d'un marché commun. Pour réaliser cet objectif, l'article 3 du TCE fait appel à quatre composantes, à savoir les différentes libertés de circulation: « *L'action de la Communauté comporte (...) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.* ».

L'article 49 interdit la restriction à la libre circulation des services et l'article 43 prohibe les restrictions à la liberté d'établissement. Soumis aux articles 49 et 43 du TCE, le secteur du jeu ne peut être limité que s'il est justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général. Selon l'étude de l'institut suisse de droit comparé, la plupart des Etats membres, principalement les nouveaux, n'ont jamais été confrontés aux problèmes de compatibilité entre les lois nationales et les principes communautaires. Mais les autres Etats membres prennent des dispositions contraires aux principes communautaires.

Les jeux de hasard et d'argent sont qualifiés par la Cour de justice des Communautés européennes de services. Dans les arrêts Schindler, Läära et Zenatti³⁶, la Cour a jugé que ces activités remplissent les conditions nécessaires du service. Il s'agit bien d'une prestation rémunérée offerte de manière indépendante. La question s'est tout d'abord posée pour les loteries (Schindler) puis la Cour a élargi sa jurisprudence aux paris sportifs (Zenatti).

36 CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, Schindler: Rec. CJCE 1994, I, p. 1039 – CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, Läära: Rec. CJCE 1999, I, p. 6067 – CJCE, 21 Oct. 1999, aff. C-67/98 Zenatti: Rec. CJCE 1999, I, p. 7289.

Selon la jurisprudence de la Cour, des objectifs de protection de l'ordre social et de prévention de la fraude peuvent donc justifier des limitations de l'activité de jeux de hasard, y compris en réservant des droits exclusifs d'exploitation à une société, mais à la condition qu'elles n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs. Faute de réglementation communautaire, le traité s'applique directement sous le contrôle du juge communautaire. Les juridictions nationales doivent assurer le respect et la mise en œuvre de ces principes.

46. Pour ouvrir le marché des jeux et paris, la Commission contrôle les Etats membres sur deux points. Tout d'abord, elle contrôle la conformité des législations nationales relative aux jeux et paris aux principes du Traité. Puis, elle analyse les règles fiscales des Etats membres afin qu'elles ne soient pas excessivement attrayantes pour les prestataires de service de jeux en ligne.

a) Libéralisation des marchés par le contrôle des réglementations relatives aux jeux et paris en ligne

47. La Commission européenne a demandé à l'institut suisse de droit comparé³⁷ de recenser les obstacles juridiques et économiques, dans le domaine des jeux, au bon fonctionnement et à l'achèvement de la mise en place du marché intérieur européen. Cette étude met en avant la disparité des normes nationales impliquant une incompatibilité avec la liberté de circulation des services et à la liberté d'établissement. Les Etats membres poursuivent tous un objectif de protection de l'intérêt général.

Selon l'Institut suisse, le marché intérieur des jeux de hasard est actuellement peu réalisable.

48. Suite à l'étude effectuée par l'Institut suisse, la Commission a décidé de lancer de la procédure d'infraction contre certains Etats pour avoir restreint l'accès à leur marché des paris sportifs. Les comportements des Etats membres sont contraires aux articles 43 et 49 du TCE aux yeux de la Commission. L'intervention de cette dernière consiste uniquement à vérifier la compatibilité des mesures nationales avec les dispositions communautaires. Le commissaire du marché intérieur, Monsieur McCREEVY, a précisé qu'il ne s'agit pas de

37 « *Study of gambling service in the internal Market of the European Union* », 14 juin 2006, précité, pt 4.

libéraliser le marché des jeux de hasard mais de vérifier si les normes nationales « *sont pleinement compatibles avec le droit communautaire en vigueur ou ont été totalement mises en conformité avec ce dernier.* » D'après les propos de M. McCREEVY les actions de la Commission n'ont pas pour objectif de libéraliser complètement le marché des jeux et paris, puisque la légalisation de ce domaine est réservée aux Etats membres, mais bien de vérifier la conformité de cette législation au droit communautaire. Son objectif est d'inciter l'ensemble de la communauté à se conformer aux articles 43 et 49 du TCE.

49. La Commission a d'ailleurs demandé très récemment au Danemark, à la Finlande et à la Hongrie³⁸ de modifier leur législation nationale considérée comme non compatible avec la libre prestation des services de paris sportifs. Selon elle, les Etats membres n'ont pas démontré que les mesures prises pour limiter la libre prestation de services de paris sportifs sont nécessaires, adéquates et non discriminatoires. Les autres pays, qui ont fait également l'objet d'une demande officielle au sujet de la libre circulation des paris sportifs, subiront certainement le même sort. En effet, l'Italie et la France sont depuis longtemps dans la ligne de mire de la Commission en ce qui concerne ce secteur. Ces deux Etats membres tentent de protéger le monopole et les avantages fiscaux qu'ils tirent des activités de jeux. Les prestataires de service de paris en ligne privés leur ont déclaré depuis longtemps une guerre sans merci. Ces derniers se plaignent auprès de la Commission et saisissent également les Tribunaux nationaux dans le but de condamner les restrictions qui s'appliquent à la libre prestation de service. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, un Etat ne peut pas invoquer la nécessité de limiter l'accès de ses citoyens aux services de paris si, dans le même temps, il les incite à participer aux loteries nationales, jeux de hasard et paris qui bénéficient aux finances de l'Etat.

50. Il est possible de douter des intentions de la Commission de ne pas libéraliser le marché. Ces enquêtes et procédures d'infraction ne cessent depuis 2006. En outre, elle a demandé à l'Institut suisse de droit comparé d'étudier la compatibilité entre les jeux de hasard et la réalisation du marché commun. L'atteinte au marché intérieur n'est pas

38 Voir l'enquête de la Commission européenne, IP/07/360, 21 mars 2007.

seulement justifiée par la réglementation destinée à limiter le nombre d'opérateur. Elle l'est également par la diversité des règles fiscales.

b) Libéralisation des marchés par un contrôle des règles fiscales nationales

51. Une étude comparative sur ce sujet a été effectuée mais l'auteur insiste sur la complexité de comprendre et de pouvoir comparer les taxes entre états³⁹. Cet obstacle provient tout d'abord de la fixation de l'impôt payable par le fournisseur de jeu. Cette taxe peut s'exprimer en pourcentage ou en somme fixe payable annuellement ou mensuellement. Ce chaos intracommunautaire porte préjudice au développement du marché intérieur. En effet, les origines des revenus et les activités taxées sont différentes d'un état à l'autre.

52. L'hétérogénéité des taxes est révélatrice dans le cadre du secteur des paris. Seuls quatre pays, la Finlande, la France, l'Italie et la Suède imposent les activités à plus de cinquante pourcent. Certains pays fixent un taux d'imposition qui peut être six fois plus élevé que dans certains autres Etats. La distorsion du marché intérieur est évidente en raison des divergences entre les Etats membres du taux d'imposition des paris. La Grande-Bretagne a été confrontée à ce genre de problème. Etant donné que Gibraltar proposait des avantages fiscaux aux entreprises défiant toute concurrence. Tous les prestataires de service de paris en ligne ont quitté Londres pour Gibraltar étant donné. Afin de permettre une harmonisation et une libéralisation progressive du marché, la Commission tente de contrer ce phénomène.

53. Lorsqu'un état fixe un taux d'imposition faible, il crée des obstacles à l'établissement d'un marché commun. Les prestataires de service seront attirés par les avantages fiscaux de ce dernier et s'installeront sur son territoire. Les autres Etats membres seront dépouillés des prestataires privés.

La Commission européenne a demandé à Malte de supprimer progressivement ses régimes fiscaux générateurs de distorsions.

Elle attend d'elle l'abrogation d'ici la fin de 2010 des régimes fiscaux appliqués aux sociétés maltaises percevant des revenus d'origine étrangère et aux sociétés de commerce international. En effet ce régime fiscal permet aux sociétés maltaises

39 «Study of gambling services in the internal market of the european Union», précitée, pt 3.

percevant des revenus d'origine étrangère, (par exemple les bookmakers installées à Malte percevant des revenus des paris proposés dans un autre Etat membre,) de se voir appliquer une taxation minime voire nulle.

54. Les régimes fiscaux maltais permettent aux sociétés maltaises dont l'activité s'effectue à l'étranger de bénéficier de remboursements extraordinaires de l'impôt des sociétés pour les bénéfices distribués aux actionnaires qui résident hors de Malte. Les bénéfices des sociétés percevant des revenus d'origine étrangère et des sociétés de commerce international reversés aux actionnaires qui vivent à l'étranger sont soumis à une imposition très faible à Malte (4,2 % au lieu de 35% normalement prévus)⁴⁰. Selon la Commission ce régime fausse gravement la concurrence et le commerce au sein du marché unique⁴¹.

2. La nécessité d'un rapprochement des législations nationales

55. Bien que la Commission tente de libéraliser ce secteur, l'élaboration d'une norme communautaire permettrait une orchestration plus efficace. Malgré les propositions de la Commission européenne pour réglementer les jeux et paris, le Conseil et le Parlement européen ne sont pas favorables aux propositions de la Commission.

a) L'intérêt d'une réglementation commune

56. Les paris et jeux via Internet percent toutes frontières. Rien, dans les faits, n'empêche un internaute d'un Etat membre de jouer ou parier avec un prestataire installé dans un autre Etat membre. Une législation dans chaque pays est au préalable nécessaire. La France, par exemple ne présente aucune réglementation en ce qui concerne ces activités contrairement au Royaume-Uni qui a récemment légiféré cette région. Différents arguments mettent en avant ce besoin d'harmoniser ce secteur à l'échelle communautaire.

40 Voir « Study of Gambling », op.citée study 2, p.606.

41 Communiqué de la Commission européenne du 23 mars 2006, IP/66/363, http://www.fiscalonline.com/fc_aides_etat_2.htm#22

57. Le premier est l'ascension exponentielle de propositions des jeux et des internautes durant ces dernières années. Le marché des jeux en ligne s'élève en 2005 à 20,8 milliards de dollars en Europe et aux Etats-Unis alors qu'il n'atteignait que 6,7 milliards de dollars en 2001⁴². L'acclimatation des jeux d'argent aux nouvelles technologies a été plus rapide que celle des Etats. En effet, nombreux sont ceux qui n'ont pas encore légiféré les jeux proposés via Internet.

58. Dans un deuxième temps, nous avons analysé que les régimes nationaux sont très hétérogènes et parviennent rarement à un accord en cas de litige. L'existence de régimes différents au sein d'un même espace économique empêche également une politique cohérente.

59. Ensuite, la nécessité de protéger le consommateur est une des raisons principales qui pousse au constat de la nécessité d'une régulation. L'internaute trouvera de plus en plus d'offre et un mineur ou un interdit de jeux pourra se connecter sur les sites de jeux d'argent. Il faut noter que 2005 sites ont été identifiés comme détenteurs d'une licence, ce qui ne représente que 14% du total des offres disponibles. Les services de jeux « sauvages » (sans licence d'aucune sorte) agissent en dehors de toute régulation et contrôle⁴³. En outre, le consommateur pourra être confronté à des détournements de ses données personnelles effectués par les prestataires « bandits ». Une coopération intracommunautaire permettrait notamment d'éviter les fraudes dont la France comptabilise à elle seule 300 à 400 millions de fraude par an⁴⁴. Elle assurerait une meilleure coopération entre les Etats pour palier les blanchiments.

60. Enfin, une réglementation minimiserait l'émigration des bookmakers vers des pays présentant une législation plus souple et une fiscalité alléchante. Elle permettrait d'empêcher certains états de présenter une réglementation non protectrice des consommateurs et des problèmes de blanchiment tout en palliant les monopoles détenus par les états.

42 M. Ciprut, *Vers une régularisation des casinos en ligne*, *Les Echos*, 4 février 2004, p. 35.

43 « Cybercriminalité des jeux en ligne », Livre blanc du Cert-Lexsi, juillet 2006 (p.3) disponible sur http://www.lexsi.com/telecharger/gambling_cybercrime_2006.pdf.

44 Voir en ce sens « Cybercriminalité des jeux en ligne », op. cit.

61. Cependant, cette harmonisation tarde à apparaître. Seule la Commission européenne est favorable à la création d'une directive relative aux jeux d'argent et de hasard. Le Conseil, le Parlement européen et s'y opposent. Ils fondent l'argumentation de leur refus sur le particularisme du secteur et la nécessité de laisser cette compétence aux Etats membres.

b) L'élaboration délicate d'une réglementation commune

62. Une harmonisation des règles au niveau communautaire semble nécessaire⁴⁵. Mais les récentes directives⁴⁶ prouvent que le législateur européen n'est pas pressé de mettre en œuvre cette orchestration. La question a fait l'objet d'un débat entre les institutions européennes notamment lors de la rédaction de la directive 2006/123 CE, appelée communément la « directive service » posant le principe du pays d'origine.

(i) Les propositions de la Commission

63. Lors de l'élaboration de cette directive, la Commission avait proposé d'intégrer dans son champ d'application certains services spécifiques dont les jeux de hasard et d'argent. Ils seraient alors également soumis au principe du pays d'origine mis en place par la directive. La Commission considérait que les régimes nationaux qui réservent l'accès à des activités telles que les jeux de hasard à des prestataires privés devaient faire partie des restrictions à examiner. Elle laissait néanmoins un délai de un an après l'application de la directive pour proposer des instruments d'harmonisation sur les activités de jeux d'argent et de hasard.

(ii) Le refus du Conseil et du Parlement européen

64. Mais le Conseil et le Parlement n'ont pas tenu rigueur de la question de l'harmonisation juridique. Cette dernière exclut de son champ d'application les jeux d'argent, y compris les loteries et paris, « compte tenu de la spécificité de ces activités qui entraînent de la part

45 Voir en ce sens, « les jeux d'argent sur Internet : une réglementation disparate ancienne et inadaptée de part et d'autre de l'Atlantique », Guillaume JAHAN, Gazette du Palais, 18 janvier 2007 n°18, p.25.

46 Voir les directives n° 2000/31, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et de la directive 2006/123/CE relative aux services.

des États membres la mise en œuvre de politiques touchant à l'ordre public et visant à protéger les consommateurs »⁴⁷.

65. Les parlementaires ont refusé d'appliquer le principe du pays d'origine pour les services sectoriels dont les jeux de hasard⁴⁸. Selon eux, ce principe serait une incitation légale à délocaliser vers les pays où les exigences fiscales, sociales et environnementales sont les plus faibles et d'y créer des entreprises « boîtes aux lettres » qui, à partir de leur siège social, pourront essaimer sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne à des conditions défiant toute concurrence. Il en résultera une pression terrible sur les pays dont les standards sociaux, fiscaux protègent davantage l'intérêt général.

66. L'actuelle directive service n'a pas intégré dans son champ d'application le secteur des jeux. L'article 2 de la directive 2006/123 CE du 12 décembre 2006 l'exclut expressément de son champ d'application.

67. Ce n'est pas la première fois que la normalisation du secteur des jeux est mise à l'écart d'une directive. La directive européenne sur le commerce électronique⁴⁹ exclut également ce domaine de son champ d'application. La justification est toujours la même, ce secteur est considéré comme trop spécifique pour faire l'objet d'une harmonisation générale.

68. Ainsi, ni le Parlement européen, ni le Conseil ne sont favorables à une orchestration normative. Malgré les désapprobations des institutions communautaires, la Commission européenne, a décidé de réfléchir à une harmonisation et voudrait voir son projet aboutir en 2010.

69. Aux termes de cette première étude, le marché des jeux en ligne prend une tournure chaotique. Chaque Etat membre présente une législation différente des autres et une compréhension entre elles apparaît difficile voire impossible. Cependant une partie des institutions communautaires s'oppose à une harmonisation normative de ce secteur, le

47 Considérant 25 de la directive 2006/123/CE, op. cit.

48 Voir pour cela le rapport d'Evelyne Gebhardt, sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur.

49 Directive n° 2000/31, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, article 1-5.

considérant trop spécifique. Il a fait part à plusieurs reprises de son refus d'intégrer le secteur des jeux de hasard et d'argent dans les directives communautaires. En attendant qu'une concertation au sein de la Communauté aboutisse, les mesures adoptées unilatéralement doivent être analysées au regard du Traité. Transitoirement, ce secteur doit respecter les principes communautaires. Dès lors, le non-respect des principes du traité pourra être sanctionné par le pouvoir judiciaire européen. La Cour de Justice a rendu à ce sujet plusieurs arrêts de principes. La libre circulation des entreprises et la libre circulation des capitaux sont les principes développés par la Cour. La dimension des jeux en ligne va au-delà des frontières de l'Union européenne. La question des jeux sur Internet est abordée non seulement à l'échelle communautaire mais également par l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC). Ainsi les atteintes aux marchés des jeux et paris en ligne sont sanctionnées à l'échelle communautaire et au regard du droit de l'OMC.

II — DES SANCTIONS SUPRANATIONALES RENFORCÉES

DES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE

70. Dans l'attente d'une libéralisation efficace et reconnue de ce marché, le respect des objectifs communautaires demeure le seul moyen d'influencer les Etats membres à ouvrir leur marché. Ces derniers doivent se conformer aux objectifs communautaires énoncés dans le Traité. La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour apprécier le respect de ces principes. Les Etats peuvent justifier les entraves aux principes communautaires par des mesures d'intérêt général. Mais ces justifications sont de plus en plus encadrées par la Cour (A). Les exigences de la Cour sont reprises par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce qui insiste également auprès des états sur l'ouverture des marchés nationaux aux prestataires étrangers (B).

A — LA SANCTION DE DROIT DES MARCHÉS DES JEUX ET PARIS EN LIGNE
DANS LE CADRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

71. Dans le cadre du droit communautaire, la libéralisation du marché est mise en œuvre par différents principes. Le premier relève de la libre circulation des entreprises. Ce principe ne s'applique qu'entre Etats membres de la Communauté (1). Etant donné qu'Internet abolit la notion de frontière, la question d'ouverture du marché peut être soulevée entre les Etats membres et les pays tiers ; il s'agira alors de la libre prestation des capitaux (2).

1. Sanction des atteintes à la libre circulation des entreprises

72. La question de la compatibilité des législations nationales avec les principes communautaires a été à de nombreuses reprises posée devant la Cour de justice. En ce qui concerne les marchés des jeux et paris en ligne, la libre circulation des entreprises est mise en place à travers la libre circulation des services et la liberté d'établissement (1). Les atteintes à ces principes par les législations nationales sont très encadrées par la Cour de justice (2).

a) Elargissement de la notion de liberté d'entreprise dans le cadre des jeux et paris en ligne

73. En ce qui concerne le secteur des jeux et paris en ligne, la liberté d'entreprise est analysée selon deux principes fondamentaux communautaires à savoir la libre prestation de service et la liberté d'établissement. Dans un premier temps, la Cour n'a pris en compte que le principe de libre circulation des services énoncé à l'article 49 du Traité. Elle a ensuite mis en œuvre celui de l'article 43 relatif à la liberté d'établissement. Pendant un certain temps, la juxtaposition de ces deux principes était impossible. Puis, la jurisprudence a peu à peu confondu ces deux principes afin de protéger efficacement la liberté d'entreprendre.

(i) Application alternative des principes communautaires

74. La libre prestation de service permet à un opérateur économique fournissant des services dans un Etat membre d'offrir ceux-ci de manière temporaire dans un autre Etat

membre sans obligation d'y être établi. Par corollaire, les destinataires de la prestation de service ont le droit de se rendre dans un autre Etat membre que celui dans lequel ils résident pour bénéficier de ce type de prestations. L'article 50 du Traité CE définit le service comme « *les prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.* »

75. La jurisprudence de la Cour a reconnu les jeux comme des activités de service. Pour être qualifiée comme telle, l'activité doit dans un premier temps, constituer une activité économique. Ce caractère est satisfait par la rémunération que paie le parieur. « *Le caractère aléatoire du gain, en tant que contrepartie de la rémunération perçue par l'organisateur, ni le fait que, si l'organisation d'une loterie poursuit un but lucratif, la participation à celle-ci peut revêtir un caractère ludique, ni même le fait que les bénéfices générés par une loterie ne puissent, généralement, recevoir qu'une affectation relevant de l'intérêt général, ne sont de nature à ôter aux activités de loterie leur caractère d'activité économique* »⁵⁰.

76. Dans un second temps, l'activité concernée doit être qualifiée de service. Dans l'affaire Schindler, il était question de l'importation de documents publicitaires et de billets de loteries au Royaume-Uni pour une loterie organisée en République fédérale d'Allemagne. Le problème était de savoir si l'activité de loterie entrait dans le domaine des marchandises ou des services.

La Cour relève que « *l'importation de documents publicitaires et de billets de loterie dans un État membre pour faire participer les habitants de cet État membre à une loterie organisée dans un autre État membre se rattache à une activité de « services », au sens de l'article 60 (nouvel article 50) du traité.* ».

Considérant que l'activité de loterie ne relève ni des règles relatives à la libre circulation des marchandises, ni de celles relatives à la libre circulation des personnes, cette activité s'inscrit alors dans la catégorie des services. Il n'existe plus de doute quant à la

50 Voir arrêt de la Cour du 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec 1994 p. I-1039.

qualification de service, car cette jurisprudence a été étendue aux machines à sous⁵¹ et aux paris sportifs⁵².

77.L'article 43 du Traité CE interdit les restrictions à la liberté d'établissement d'un ressortissant d'un Etat membre dans un autre Etat membre. Ce principe fondamental permet à un opérateur d'avoir une activité économique de manière stable et continue dans plusieurs Etats membres. La notion d'établissement se définit comme l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée⁵³. La Cour n'hésite pas à élargir la définition du champ d'application de la liberté d'établissement. Ainsi, un établissement secondaire⁵⁴, une succursale ou une filiale sont considérés comme une entité autonome opérant pour la maison mère et se prévalant ainsi de l'article 43 Traité CE.

(ii) Application cumulative des principes communautaires

78.Dans le secteur des jeux en ligne, le principe de liberté d'établissement a été invoqué tardivement. Auparavant, on ne pouvait pas invoquer cumulativement la liberté d'établissement et la liberté de services.⁵⁵ La question de la subsidiarité d'un article par rapport à l'autre s'était également posée⁵⁶. Considérant que l'article 43 se place avant l'article 49 dans le Traité, certains auteurs considéraient qu'il primait sur l'autre. Dans l'arrêt *Gambelli*⁵⁷, que la Cour a toléré le cumul de ces deux principes fondamentaux.

51 Voir arrêt de la Cour du 21 sept. 1999, *Läärä*, C-124/97, Rec. p. I-6067.

52 Voir arrêt de la Cour du 21 oct. 1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec. p. I-7289.

53 Définition donnée par la Cour dans l'arrêt du 25 juillet 1991, *Factomane*, C-221/89, Rec. p.I- 3905, point 20.

54 Voir arrêt de la Cour du 4 décembre 1986, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, C-205/84, Rec. p.3755.

55 Voir arrêt de la Cour, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, C-205/84 précitée.

56 Voir en ce sens, CJCE, 3 nov. 1995, C-55/94, *Gebhard*, Rec. CJCE, I, 4165, pt 22.

57 CJCE, 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli*; la Cour n'est pas aller dans le sens des conclusions de l'avocat général qui incitait la Cour à choisir entre la libre prestation de service et la liberté d'établissement.

79. Dans cette affaire, la Cour a élargi la notion d'établissement. Une question originale s'est posée pour savoir si un bookmaker anglais peut être considéré comme établi en Italie par l'intermédiaire de centres de transmission de données. Selon l'avocat général et la Commission, il n'existe pas de lien de dépendance entre le bookmaker anglais et les agences ; ces dernières ne représentant pas l'anglais de manière durable. L'avocat général affirme que le problème ne relève pas du principe de liberté d'établissement mais de la libre prestation de service. Il se conforme à la jurisprudence classique selon laquelle on ne peut invoquer cumulativement l'article 43 et l'article 49 du Traité CE. Mais la Cour en a décidé autrement. L'arrêt *Gambelli* analyse conjointement les entraves à ces deux principes communautaires. Quel que soit le principe atteint, certaines conditions doivent être remplies. Les entraves doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et être propres à garantir l'objectif poursuivi sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.

80. Très récemment, la Cour a rendu un nouvel arrêt concernant les jeux et paris en ligne dans lequel elle confond les principes de prestation de service et liberté d'établissement. En effet, dans l'arrêt *Placanica*⁵⁸, rendu le 6 mars 2007, elle analyse de concert l'entrave à la liberté d'établissement et celle relative à la libre circulation des services.

81. Cette application cumulative entre la notion d'établissement et la libre prestation de service pourrait avoir des conséquences dommageables en matière de sécurité juridique⁵⁹. En élargissant la notion d'établissement, un Etat membre pourra considérer que le prestataire est établi sur son territoire et lui appliquer sa réglementation. Inversement, le simple prestataire sera soumis à une autorisation de son pays d'origine. En outre, cette application cumulative entre les articles 43 et 49 semble peu compatible avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle on ne peut assimiler ces deux articles sans porter atteinte au Traité CE.

«Un État membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement,

58 Arrêt de la Cour du 6 mars 2007, *Placanica*, C-338/04.

59 Voir en ce sens, T. Verbiest et P. Reynaud, « *Jeux et paris virtuels : évolution ou révolution du droit européen ?* » ; Comm. Commerce électronique, novembre 2004, p. 19.

sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services »⁶⁰.

b) Renforcement du pouvoir d'appréciation du juge communautaire dans le cadre des marchés des jeux et paris en ligne

82. La Cour a précisé les causes justifiant une entrave à la liberté d'entreprise. Auparavant, elle développait une jurisprudence permissive à travers laquelle les Etats membres vérifiaient si leurs réglementations correspondaient aux objectifs communautaires. Puis la Cour a démontré sa volonté de donner aux articles 43 et 49 une réelle efficacité en adoptant une interprétation large des mesures interdites.

(i) Les restrictions aux articles 43 et 49 du Traité CE fondées sur l'intérêt général

83. Dans un premier temps, la Cour a développé une jurisprudence retenue. Elle se contentait de donner les grandes lignes et le juge national devait effectuer une appréciation concrète des arrêts. Il existe deux hypothèses autorisant une entrave aux principes énoncés dans les articles 43 et 49 du Traité CE : soit elles sont expressément prévues par le Traité, soit elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans le cadre des jeux, la Cour ne s'intéresse qu'aux raisons impérieuses d'intérêt général. Elle ne prend pas en compte les raisons énoncées aux articles 46 et 55 du Traité CE⁶¹.

Au fur et à mesure des arrêts, la jurisprudence de la Cour s'est précisée.

84. L'arrêt *Schindler*⁶², définit les raisons impérieuses d'intérêt général permettant de justifier une entrave aux principes. Il s'agit de : « *prévenir les délits et garantir que les participants aux jeux d'argent seront traités honnêtement; éviter de stimuler la demande dans le secteur des jeux d'argent dont les excès ont des conséquences sociales dommageables; veiller à ce que des loteries ne puissent pas être organisées en vue d'un profit personnel et commercial mais seulement à des fins caritatives, sportives ou culturelles.* » Il était question en l'espèce d'une interdiction totale des loteries.

⁶⁰ Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. p. I-4221, pt 13.

⁶¹ Article 46 du Traité autorise les entraves aux articles 43 et 49 quand elles sont « justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. » ; dans l'arrêt *Zenatti*, la Cour a examiné l'article 46 CE qui, via l'article 55 CE, s'applique également dans le cadre de la libre prestation des services.

⁶² Voir l'arrêt de la Cour du 24 mars 1994, *Schindler*, op. cité note 1.

85. Puis, dans l'arrêt *Zenatti*⁶³, la Cour reconnaît aux États membres un pouvoir d'appréciation leur permettant de décider s'ils entendent interdire totalement ou partiellement les activités de ce type ou s'ils veulent simplement les restreindre. A cet effet, les États membres peuvent prévoir des modalités de contrôle. Dans ces conditions il appartient aux États membres de définir les objectifs et le niveau de protection. Elle remarque qu'une restriction à la libre prestation des services ne peut être justifiée que si elle a pour objectif de limiter les occasions de jeux. Le financement d'activité sociale découlant des recettes de ces activités ne constitue qu'une « conséquence bénéfique accessoire ».

(ii) L'arrêt Gambelli : appréciation des raisons d'intérêt général

86. Dans cette affaire, M. Gambelli gère des bureaux servant d'intermédiaire entre le bookmaker, Stanley, installé et autorisé en Angleterre. Le Ministère italien intente une procédure à l'encontre des intermédiaires. Il les accuse d'avoir commis le délit de collecter des paris sportifs sans y être habilités. La législation italienne sanctionne pénalement les personnes organisant clandestinement des paris ou étant propriétaires de centres exerçant une activité illicite. Cependant l'activité du bookmaker en Angleterre est légale. Cette loi interdit donc à un prestataire de service anglais d'exercer ses activités en Italie et de s'y établir. Le Tribunal saisi alors le juge communautaire pour savoir si la législation italienne est contraire aux principes énoncés aux articles 43 et 49 du Traité CE.

87. La Cour recherche alors si les entraves à ces principes ne sont pas justifiées au titre des dérogations prévues par le Traité ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Elle indique à la juridiction de renvoi la ligne à suivre pour étudier concrètement les restrictions apportées par la loi italienne. Les restrictions doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, justifiées par des raisons d'intérêt général et être propres à garantir l'objectif poursuivi sans pour autant aller au-delà de ce qui est nécessaire.

63 Voir l'arrêt de la Cour du 21 Oct. 1999, *Zenatti*, op. cit note 1.

Afin de s'assurer que les juridictions italiennes se conformeront à ces intentions, la Cour précise ses attentes.

88. Les raisons d'intérêt général peuvent correspondre à la protection du consommateur, la lutte contre la fraude, ou la lutte contre les troubles à l'ordre social. Mais la diminution des recettes fiscales ne peut pas constituer une raison d'intérêt général. Elle relève également que dans la mesure où l'Etat incite à la participation aux jeux et paris pour en tirer les bénéfices, il ne peut se prévaloir de l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu. La justification est dès lors contradictoire. Le but de la législation italienne tend plus à protéger le monopole d'état que les consommateurs. La Cour relève également que le critère de non-discrimination n'est pas rempli. Les restrictions imposées en matière d'appel d'offre ne s'appliquent pas de la même manière aux opérateurs nationaux et aux opérateurs étrangers. Enfin la Cour considère que les sanctions pénales, pouvant s'élever jusqu'à un an d'emprisonnement, apparaissent disproportionnées par rapport à l'objectif suivi. Le contrôle des comptes des opérateurs pourrait, par exemple, permettre un rapport plus adéquat à l'objectif poursuivi. Mais la Cour laisse le soin aux juridictions nationales d'analyser si les entraves aux principes des articles 43 et 49 sont justifiées. Elle se contente de lui présenter les lignes directrices.

89. A la suite de cet arrêt, la haute juridiction italienne a été saisie pour des faits similaires. Cette dernière a déclaré que les dispositions de la loi italienne sont compatibles avec les principes communautaires⁶⁴. Elle n'a absolument pas tenu compte de l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes. La Cour de cassation italienne déclare que le but réel de la législation italienne est de canaliser les activités de jeu de hasard dans des circuits contrôlables afin de prévenir l'exploitation de ces activités à des fins criminelles. Ces objectifs justifient les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service.

(iii) L'arrêt Placanica: renforcement des pouvoirs du juge communautaire

64 Arrêt Gesualdi de la Corte suprema di cassazione n°11/04 du 26 avril 2004.

91. Quelques temps plus tard, des faits similaires se sont reproduits en Italie. Messieurs Placanica, Palazze et Sorricchio gèrent des bureaux qui servent d'intermédiaire entre le bookmaker et les parieurs italiens. Le Ministère italien intente une procédure pénale à l'encontre des intermédiaires. Le Tribunal saisi de l'affaire a sursis à statuer, car il émet des doutes quant à la compatibilité du contenu de l'arrêt *Gesualdi* avec la jurisprudence *Gambelli*. Il se demande si les objectifs d'ordre public invoqués par la Corte suprema di cassazione justifient les restrictions aux articles 43 et 49 du traité CE.

92. Pour la troisième fois, les juges communautaires sont appelés à rendre un arrêt au sujet de la législation italienne. L'avocat général remarque qu'un litige quasi-similaire n'aurait pas vu le jour devant la Cour si elle avait été plus précise. Cette fois-ci, les juges rendront une décision claire et non équivoque à l'égard de la législation italienne. Elle ne se contente plus de donner des lignes de conduites, elle analyse directement la législation italienne. Cet arrêt porte un réel coup d'envoi à la rupture des monopoles d'état.

93. Dans cette affaire un premier problème se pose quant à la compétence de la Cour. En effet, le Tribunal italien lui demande de se prononcer sur la compatibilité du droit italien avec le droit communautaire. Les représentants des gouvernements ont en majorité déclaré que la question préjudicielle est irrecevable, car elle vise l'interprétation du droit national et non du droit communautaire. L'avocat général a plaidé en faveur de la compétence de la Cour de justice. Il considère en effet que le problème est de plus grande envergure : « *la fonction de la Cour est celle de garantir à titre exclusif la justesse de l'interprétation et de l'application des dispositions communautaires.* »⁶⁵. Selon lui, le présent litige entre les juridictions italiennes provient du manque de précision de la Cour dans l'arrêt *Gambelli*. Elle se conforme aux décisions de l'avocat général et se déclare compétente.

94. Selon l'avocat général, la Cour « *a pêché par excès de prudence* » (point 106). Il préconise une analyse plus approfondie. La Cour se conforme aux attentes de l'avocat général et rend une décision précise et non équivoque quant à la compatibilité de la

65 Voir les conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, le 16 mai 2006, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, pt 87.

législation italienne. En effet, elle analyse précisément les différentes restrictions imposées par la législation nationale.

95. Selon elle, une réglementation nationale excluant du secteur des jeux de hasard les opérateurs constitués sous forme de sociétés de capitaux, dont les actions sont cotées en bourse, va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Un Etat membre ne peut pas interdire à des compagnies cotées sur le marché boursier en Europe d'exercer leur activité. L'Italie avait justifié cette atteinte par l'objectif d'éviter les activités criminelles et frauduleuses. Mais la Cour n'a pas accepté cette justification d'autant plus que l'Etat propose lui-même de telles activités. Ce point aura de lourdes conséquences en Europe puisque de nombreux Etats membres interdisent à des bookmakers étrangers d'agir sur leur territoire.

96.

97. Enfin les juges communautaires analysent les dispositions pénales. Ils rappellent également que la loi pénale relève de la compétence des Etats membres mais qu'il appartient à la Cour de s'assurer qu'elle respecte bien les principes fondamentaux. Après avoir mentionné la jurisprudence *Gambelli*, la Cour affirme qu'une loi nationale ne respectant pas les dispositions communautaires ne peut pas infliger de sanctions pénales. En effet, les opérateurs privés sont sanctionnés pénalement s'ils agissent sans autorisation ou concession délivrée sur le territoire italien. Or, cette exigence est contraire au principe de libre prestation de service puisque l'Etat italien ne reconnaît pas les autorisations délivrées par un autre Etat membre. Ce refus de délivrance est en lui-même contraire aux principes de l'article 49 du Traité CE. Cependant la Cour n'est pas allée aussi loin dans l'interprétation du traité que l'avait demandé l'avocat général. Il souhaitait que des sanctions pénales allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement soient déclarées disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis.

98. Sa décision est plus précise et stricte que dans les arrêts précédents, car elle ne laisse plus aucune possibilité d'interprétation divergente aux juridictions italiennes. Désormais les Etats membres violant le principe de libre prestation de service ne pourront infliger de sanctions pénales aux opérateurs privées si ces dernières découlent de la violation du Traité.

99. D'un excès de prudence, elle est arrivée à un excès de précision à travers lequel elle s'attribue des compétences méconnues auparavant. En attendant une orchestration normative, la Cour parvient à une solution provenant du droit primaire. Les mesures adoptées unilatéralement par les Etats sont analysées à la lumière du Traité, dans l'attente d'une concertation au sein de la Communauté.

100. Certains Etats membres ont déjà pris en compte la portée de l'arrêt *Placanica*. La France, actuellement dans la ligne de mire de la Commission, a adopté un décret par lequel elle interdit les jeux de grattage aux mineurs⁶⁶. Cette réglementation intervient certainement dans le but de se conformer à la jurisprudence de la Cour et de justifier les restrictions apportées par la loi relative à la prévention contre la délinquance. Cette loi porte atteinte au principe de libre circulation des services, car elle interdit indirectement les jeux et paris en ligne⁶⁷. En interdisant aux mineurs les activités de loteries et de paris, le gouvernement français espère que les restrictions aux articles 43 et 49 apparaîtront justifiées et cohérentes, comme le demande la jurisprudence de la Cour.

2. Sanction des atteintes à la libre circulation des capitaux

101. La question de l'application de la libre circulation des capitaux au domaine des jeux et paris en ligne n'a pas fait l'objet d'une interprétation devant la Cour mais mérite cependant d'être soulevée. En effet, la circulation des capitaux peut être prise en compte dans le cas des transferts des gains ou des enjeux. Mais cette liberté demeure l'accessoire des libertés énoncées aux articles 49 et 43 du Traité CE.

102. La liberté de mouvement des capitaux, énoncée à l'article 56 du Traité CE, présente l'avantage d'avoir des effets non seulement entre les Etats membres mais aussi entre un Etat membre et un Etat tiers. Un ressortissant d'un Etat tiers ne peut se prévaloir du principe de libre circulation des services mais peut en revanche alléguer le principe de libre circulation des capitaux. Cette constatation permet, en ce qui concerne le secteur des jeux

⁶⁶ Décret du 8 mai 2007.

⁶⁷ n° Loi n°2007-297 du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, articles 36.

et paris en ligne, d'élargir les possibilités de recours. Mais il n'est pas certain que le principe de libre circulation des capitaux s'applique aux transferts financiers provenant d'une activité de jeu et pari.

103. Prenons l'exemple de la loi française relative à la prévention de la délinquance. Elle interdit tout mouvement ou transfert de fonds en provenance des personnes physiques ou morales qui organisent des activités de jeux, paris ou loteries prohibées. La jurisprudence donne une définition large de la libre circulation des capitaux. Le traité opère une distinction entre les paiements courants et les mouvements de capitaux. La Cour définit les paiements courants comme « *des transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente* »⁶⁸. Cette définition large des paiements courants permet éventuellement d'intégrer les paiements des gains obtenus lors de paris ou de jeux en ligne. L'importance de la libre circulation des capitaux dans le secteur des jeux et paris en ligne se soulève lorsque le prestataire de service est installé dans un Etat tiers. En effet, ce dernier ne peut se prévaloir de la libre circulation des services mais peut en revanche invoquer la libre circulation des capitaux. On peut alors imaginer qu'un prestataire de service de jeux et paris en ligne, installé dans un pays tiers, invoque le principe de libre circulation des capitaux pour contrer une législation nationale lui interdisant de prendre des paris et de distribuer les gains en France. Cette faculté permettrait de donner un véritable effet à la libéralisation du marché des jeux et paris en ligne. Cependant, il n'est pas certain que cette prérogative soit reconnue aux prestataires de service installés dans un pays tiers.

104. En effet, la Cour considère que « *Lorsqu'une mesure nationale se rapporte à la fois à la libre prestation des services et à la libre circulation des capitaux, il convient d'examiner dans quelle mesure l'exercice de ces libertés fondamentales est affectée et si, (...), l'une d'elles prévaut sur l'autre* »⁶⁹. La Cour considère qu'il convient en principe d'examiner la disposition nationale en cause au regard de l'une seulement de ces deux libertés.

105. Etant donné qu'elle a préalablement reconnu l'appartenance des activités de jeux et paris au domaine des services, il semble difficile que le principe de libre circulation des capitaux soit appliqué dans le cas du litige concernant les jeux et paris en ligne et le gel de

68 Voir arrêt de la Cour du 31 janv. 1984, *Luisi et Carbone*, C-286/82, Rec. I. p.377.

69 Voir arrêt de la Cour du 3 Octobre 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, Rec 2006, p.I-9521, pt 34.

flux financier s'y rattachant. En effet, la liberté fondamentale de l'article 49 doit être considérée comme prédominant celle de l'article 56. En ce qui concerne les Etats tiers, l'atteinte à la libre prestation des services peut être contestée sur le fondement du droit de l'Organisation mondiale du commerce devant ses Institutions⁷⁰.

B — LA SANCTION DU DROIT DES MARCHÉS ET DES JEUX ET PARIS EN LIGNE
DANS LE CADRE DU DROIT DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

106. La dimension géographique des frontières disparaît soudainement quand il est question de service proposé depuis Internet. Les problèmes posés à l'échelle communautaire se retrouvent dans le cadre international. Une affaire similaire à celles de *Gambelli* et *Placanica* a été soulevée devant les institutions de l'Organisation mondiale du commerce (l'OMC). Les mesures américaines relatives aux jeux et paris en ligne ont été contestées par Antigua et Barbuda. Selon eux les dispositions américaines empêchent les prestataires étrangers d'exercer leurs activités sur le marché américain.

107. Dans un premier temps, les jeux et paris en ligne sont qualifiés de service par le droit de l'OMC. Ils sont ainsi soumis aux dispositions de l'Accord général sur le commerce des services. Un état ne peut pas restreindre la circulation transfrontière des services de jeux et paris sauf si ces restrictions sont justifiées par des mesures nécessaires. En l'espèce, les réglementations américaines autorisent l'exploitation des services liés aux jeux et paris. Cependant cette autorisation n'est pas destinée aux exploitants étrangers qui se trouvent dans l'impossibilité de l'obtenir. Ces dispositions sont dénoncées par les institutions de l'OMC comme s'opposant aux dispositions de l'Accord général sur le commerce des services. Selon l'organe d'Appel, les mesures constituent des interdictions totales des activités de jeux et paris en ligne transfrontières et elles ne peuvent être justifiées sur le fondement de l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

70 Un particulier ne peut pas invoquer les accords de l'OMC devant une juridiction d'un Etat membre pour contester une réglementation. En outre, les accords de l'OMC ne figure pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions européennes. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 1^{er} mars 2005, *Léon Van Parys*, C-377/02.

1. Appréhension des marchés des jeux et paris en ligne dans le cadre de l'AGCS

108. Le GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, en français *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*) a été signé en 1947 pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires. Cet accord a permis de promouvoir et d'assurer la libération d'une grande partie du commerce mondial. Cependant il ne concernait que le commerce sur les marchandises. Dès le début des années quatre-vingt, les Etats-Unis ont souhaité que les services soient couverts par les disciplines du GATT. C'est à la conférence de Punta del Este que les Etats se sont mis d'accord pour inclure les services dans les activités de l'OMC. L'AGCS, comme toutes les règles de l'OMC, fournit un cadre mais ne libéralise pas le secteur ; l'ouverture du marché est réalisée grâce à des concessions que s'accordent mutuellement les Etats membres. Les rédacteurs de l'AGCS ont souhaité donner à ce texte une valeur effective en embrassant toutes les activités de service. Quatre formes d'échange international de service, appelés modes de fournitures, sont à distinguer : la prestation transfrontière, la consommation à l'étranger, l'établissement à l'étranger et le mouvement temporaire de personnes physiques. La prestation transfrontière comprend celle où le service lui-même passe la frontière en partant d'un pays pour être consommé dans un autre. Les jeux et paris en ligne relèvent de ce mode de fourniture.

2. Sanctions des législations nationales dans le cadre de l'AGCS

109. Dans le cadre de l'OMC, les organes de l'OMC tentent de libéraliser le marché. Les restrictions quantitatives et qualitatives à la fourniture de service ne peuvent être justifiées que par des mesures nécessaires. Les organes de l'OMC ont été amenés à préciser ces notions dans un litige évoquant le mythe biblique de David contre Goliath. En effet ce différend oppose la grande puissance américaine, les Etats-Unis, à deux petites îles antillaises, Antigua et Barbuda. Le gouvernement des deux îles allègue devant le Groupe spécial puis l'Organe d'appel que la législation américaine est contraire au principe de l'AGCS. Les institutions de l'OMC donnent raison à Antigua et à Barbuda et demandent

aux Etats-Unis de prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences de l'AGCS.

110. Antigua et Barbuda sont deux petites îles antillaises, spécialisées à l'origine dans la canne à sucre. Mais en raison de la chute du prix du sucre, Antigua a dû modifier ses activités et s'est spécialisée dans le tourisme et les activités de jeux et paris en ligne. Elle accueille la majorité des sociétés de jeux et paris.

111. Les Etats-Unis regroupent à eux seuls la moitié des parieurs et joueurs mondiaux. Le marché américain, en pleine expansion, est une véritable mine d'or pour les prestataires de ce type de service. Mais la réglementation américaine n'est pas favorable aux sociétés de jeux et paris installés sur les îles antillaises. Bien au contraire, les Etats-Unis tentent de paralyser le développement des cybercasinos.

a) Précisions des contours de l'AGCS par la décision de l'ORD

112. Le rapport le plus important de ce litige interminable opposant David contre Goliath est celui rendu par l'Organe d'appel. Ce rapport est important sur deux points. Tout d'abord, il intègre les jeux et paris au secteur des services. Cette qualification permet d'appliquer les principes de l'OMC à ce secteur d'activité et libéraliser le marché. Ensuite, il considère que les mesures sont contraires au principe d'interdiction des restrictions quantitatives et qualitatives à la fourniture de service et qu'elles ne peuvent se justifier par des mesures nécessaires.

(i) Interdiction aux Etats membres de réduire la portée de leurs engagements

113. Le problème de la qualification des jeux et paris a été soulevé devant le Groupe spécial et l'Organe d'appel. Les Etats-Unis ont établi une liste d'engagements spécifiques qui couvre le secteur des services récréatifs, culturels et sportifs. Les Américains se sont engagés à ne maintenir aucune limitation d'accès aux marchés en ce qui concerne les services récréatifs. Bien évidemment, ils ont essayé de démontrer que les jeux et paris ne sont pas compris dans le secteur des services récréatifs. Mais l'Organe d'appel a estimé

que ce type d'activité est intégré au secteur des services récréatifs. Dès lors, les Etats-Unis se sont engagés à accorder le plein accès à ce marché. En prenant parti pour la qualification de jeux récréatifs, l'Organe d'appel refuse aux états de s'affranchir facilement de ses engagements. Il ne souhaite pas que les états limitent leurs engagements dans l'accès au marché des prestataires des autres pays. Il assure une ouverture de marché des jeux et paris.

(ii) Interdiction aux Etats membres de porter atteinte aux dispositions de l'article 16 de l'AGCS en l'absence de mesures nécessaires

114. L'article XVI de l'AGCS pose la règle du traitement national et l'interdiction des restrictions quantitatives et qualitatives à la fourniture de service. La règle du traitement national signifie que chaque Etat accorde aux services et fournisseurs de service d'un autre Etat membre un traitement « *qui ne sera pas moins favorable* » que celui qui est prévu pour les nationaux. L'Organe d'appel confirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les Etats-Unis violent la règle du traitement national en maintenant certaines limitations au marché des jeux et paris.

115. L'alinéa 2 de l'article XIV interdit les restrictions quantitatives et qualitatives à la fourniture de service. Les Etats-Unis considèrent que ce principe n'est pas violé, car la législation n'impose aucun nombre spécifique de fournisseurs sous forme de « contingent numérique ». Mais les organes de l'OMC estiment que des limitations équivalant à un contingent nul sont des limitations quantitatives et relèvent ainsi de l'article XVI:2 a) et c). Les Etats-Unis tentent de défendre leurs réglementations en soutenant qu'elles ont pour but d'encadrer les caractéristiques de la fourniture de services et non la quantité de services ou de fournisseurs de services. L'Organe d'appel estime que l'article XVI doit faire l'objet d'une interprétation large. En effet, bien que les mesures nationales ne soient pas conçues en apparence sous forme de restrictions quantitatives, elles doivent tout de même tomber dans l'interdiction de cet article quand elles produisent clairement une telle limitation. Par cette interprétation large, l'Organe d'appel veut donner une valeur effective aux dispositions de l'AGCS. En élargissant les dispositions de l'article XVI, il lui donne une valeur réelle en permettant plus facilement un recours contre l'atteinte à la liberté de proposer des services transfrontières. Ce dernier sera invoqué dès qu'une restriction aux

services est en cause. Les Etats ne pourront alors plus s'affranchir facilement de leurs engagements⁷¹.

116. L'article XIV de l'AGCS permet aux Etats de maintenir des mesures nécessaires en particulier la protection de la moralité publique, le maintien de l'ordre public. Ces mesures ne doivent être des discriminations arbitraires ou des restrictions déguisées. Les Etats-Unis ont justifié leurs atteintes aux principes de l'OMC sur le fondement de la protection des mineurs et de la lutte contre le crime organisé en raison des risques élevés de blanchiment d'argent. Le Groupe d'appel infirme ici le rapport du Groupe spécial, car il n'a pas retenu que ces mesures étaient nécessaires à la protection de la moralité publique. Le Groupe spécial a considéré qu'il existait des mesures alternatives pour atteindre ces objectifs. L'Organe d'appel considère au contraire que ces mesures sont nécessaires mais il constate qu'elles sont appliquées différemment aux fournisseurs de service étrangers et aux nationaux. C'est sur ce point qu'il constate la violation de l'AGCS par les Etats-Unis. L'Organe d'appel fait preuve d'une réflexion remarquable dans cette affaire. Certes, les mesures revendiquées par les américains sont nécessaires mais leur application est discriminatoire. Le caractère discriminatoire est l'élément clef du raisonnement de l'Organe d'Appel. En effet, les mesures adoptées auraient été justifiées si la réglementation américaine ne traitait pas différemment les fournisseurs étrangers et nationaux. La discrimination est également l'argument fort développé par la jurisprudence communautaire dans les arrêts *Gambelli* et *Placanica*. Ainsi, il faut remarquer une similitude voire un plagiat des raisonnements juridiques au plan communautaire et de l'OMC.

117. Le 20 avril 2005, l'Organe de règlement des différends a adopté le rapport de l'Organe d'appel⁷². Dans ses recommandations, l'ORD a demandé aux Etats-Unis de mettre leurs mesures en conformité avec leurs obligations au titre de l'AGCS. Suite à un différend entre les deux parties quant à la définition du délai raisonnable dans lequel Goliath devait se

71 Voir en ce sens « *Les jeux d'argent sur l'Internet facilités dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.- Réflexions à propos de la décision de l'Organe d'appel de l'OMC du 7 avril 2005* », A. TENENBAUM, Com. Commerce électronique, n°9, septembre 2005, Etude 31.

72 Rapport de l'organe d'appel n° WT/DS285/AB/R disponible sur <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/285ABR.doc>.

mettre en conformité avec les mesures de l'AGCS, une décision arbitrale a déterminé le délai à onze mois et deux semaines. Cependant, les Etats-Unis ne manifestent depuis aucune volonté de se conformer aux exigences de l'OMC. Deux points mettent en exergue son opposition : l'adoption d'une loi en contrariété avec les objectifs de l'AGCS et une nouvelle condamnation des Etats-Unis par l'OMC sur le même sujet.

b) Inapplication des décisions de l'ORD par les Etats membres

118. Les Etats-Unis ont refusé de se soumettre aux dispositions de l'OMC. Bien qu'ils ont été condamnés par les organes de l'OMC pour avoir violé les dispositions de l'AGCS, les USA se montrent encore très réfractaires pour ouvrir leurs marchés aux prestataires étrangers.

(i) *Adoption de l'UIEGA, la « Loi de 2006 sur la répression des jeux illicites sur Internet »*

119. Moins d'une semaine après qu'Antigua ait déposé sa première communication écrite dans la présente procédure, les États-Unis ont promulgué the Unlawful Internet Gambling Enforcement Act (UIGEA). Cette loi enfreint l'AGCS à un certain nombre d'égards. L'UIGEA criminalise le fait pour un fournisseur de services de jeux et paris à distance d'accepter des fonds de la part de consommateurs aux États-Unis ou de leur en remettre. Ceci constitue désormais une infraction pénale, ce qui est effectivement encore une autre méthode de prohiber la fourniture transfrontière de services de jeux et paris depuis Antigua vers les consommateurs aux États-Unis. Cette réglementation enfreint l'article XVI:1 et XVI:2 a) et c) de l'AGCS exactement au même titre que la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites enfreignent l'AGCS. Par ailleurs, le fait de criminaliser "les transferts et paiements internationaux pour les transactions en cours" concernant une activité pour laquelle les États-Unis ont pris des engagements spécifiques dans leur liste dans le cadre de l'AGCS enfreint clairement l'article XI de l'AGCS.

120. Dans la procédure d'arbitrage, les États-Unis ont adopté la position selon laquelle ils promulgueraient une législation pour clarifier le fait que l'IHA (Interstate Horseracing Act) n'autorise pas les jeux à distance nationaux aux États-Unis. Avec l'adoption de l'UIGEA, et ses exemptions expresses concernant un certain nombre de possibilités de jeux à distance

sur le marché national, il est devenu impossible d'affirmer que la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites sont appliquées conformément au texte introductif de l'article XIV de l'AGCS. Antigua ne peut pas fournir ses services aux consommateurs dans le cadre de l'IHA, ni, par définition, fournir des services transfrontières intra-États ou à l'intérieur des territoires des Américains autochtones. Plutôt que de saisir une occasion de fournir à Antigua, au plan législatif, un accès au marché des consommateurs américains, le Congrès a choisi de rendre ses lois encore plus discriminatoires et incompatibles avec les règles de l'OMC.

(ii) Nouvelle condamnation des USA par le Groupe Spécial

121. Dans une communication datée du 6 juillet 2006, Antigua demande à l'ORD d'établir à nouveau un groupe spécial⁷³. Antigua demande au Groupe spécial de constater que les États-Unis n'ont pas pris de mesures pour se conformer aux décisions de l'ORD.

122. Des consultations entre les parties ont été tenues le 26 juin 2006 à Washington D.C., mais n'ont pas permis de régler le différend. Pour justifier leur absence de mise en conformité, les États-Unis estiment qu'ils se sont conformés aux recommandations et décision de l'ORD en présentant des nouveaux arguments. Or, comme le remarque le groupe spécial, il n'était pas question de rendre conforme l'évaluation de ces mesures mais de rendre les mesures conformes. Mais aucune modification des lois fédérales n'a été apportée depuis la procédure initiale.

123. Le Groupe spécial prend également en compte des événements nouveaux qui prouvent que les États-Unis ont délibérément refusé de se conformer aux exigences de l'AGCS. Il remarque tout d'abord que les tribunaux américains ont poursuivi à de nombreuses reprises des exploitants de sociétés installés à l'étranger. Les États-Unis ont également poursuivi des bookmakers américains qui transmettaient des paris hippiques inter-États illégaux sans se conformer aux dispositions de l'IHA, c'est-à-dire sans obtenir l'accord des associations hippiques et partager leurs revenus avec les hippodromes. Cependant il remarque que les

⁷³ Organe de règlement des différends, *Compte rendu de la réunion*, WT/DSB/M/210, 30 mai 2006, paragraphes 33 à 35.

services de paris à distance fournis conformément à l'IHA sont tolérés, même s'ils ne sont pas autorisés par la législation fédérale. Or des poursuites à l'encontre de telles activités permettraient de prouver que les mesures prises s'appliquent de la même façon pour les activités proposées depuis l'étranger que celles proposées depuis les Etats-Unis. Elles permettraient ainsi d'évaluer le respect par les États-Unis de leurs obligations internationales au titre de l'AGCS.

124. Il remarque ensuite que depuis la procédure initiale, les États-Unis ont eu l'occasion de lever l'ambiguïté et de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD. Mais, la nouvelle loi, l'UIGEA, ne fournit pas aux prestataires de services étrangers un accès au marché des consommateurs des Etats-Unis. Au lieu de cela, le Congrès a choisi de rendre ses lois encore plus discriminatoires et incompatibles avec les règles de l'OMC qu'elles ne l'étaient lors de l'adoption des décisions de l'ORD.

125. Par ce rapport, le Groupe spécial condamne une deuxième fois les Etats-Unis pour violation des principes de l'AGCS dans le secteur des jeux et paris. Cette condamnation est très grave pour les Etats-Unis, car elle apparaît comme un rappel à l'ordre. En effet, ces derniers n'ont pas respecté la précédente condamnation. Goliath serait-il mauvais perdant face à David ?

Conclusion

128. Malgré les résistances de certains états, une libéralisation du marché est entreprise dans le cadre du droit communautaire et du droit de l'OMC. Cependant ce sont

généralement des états dans lesquels la consommation des jeux et paris en ligne est élevée qui se montrent réfractaires vis-à-vis des dispositions libéralisant le marché. Il est évident que ces états souhaitent conserver leur monopole pour des raisons financières. Le litige opposant Antigua aux Etats-Unis, met en avant la résistance des états protecteurs à mettre en œuvre les décisions de l'OMC. La question de l'efficacité des mesures prises peut alors se poser. Les Etats-Unis ont été condamnés deux fois par les organes de l'OMC pour ne pas s'être conformé aux exigences de libéralisation du marché. Au lieu de cela, le Congrès a adopté une loi accentuant cette opposition aux principes de l'AGCS. Bien que l'OMC condamne ce type de comportement, les discriminations entre les prestataires de services nationaux et étrangers persistent.

129. Dans un second temps, l'effectivité des dispositions développées préalablement peut être soulevée dans le cadre de l'invocabilité de ces règles par un prestataire de services. Prenons l'exemple de loi française relative à la prévention contre la délinquance. Les articles concernant les jeux de hasard sont en contradiction avec le principe communautaire de libre prestation de services et l'article XVI de l'AGCS puisqu'ils interdisent aux personnes privées de proposer des jeux et paris en ligne. Les sanctions sont doublées et elle interdit pour une durée de six mois renouvelables tout mouvement ou transfert de fond en provenance des personnes physiques ou morales qui organisent des activités de jeux, paris ou loteries prohibées.

130. Dans le cadre du droit de l'OMC, les particuliers ne peuvent pas se prévaloir d'une violation des mesures devant l'Organe de règlement des différends. Seuls les gouvernements peuvent se prévaloir de telles prérogatives. Ce moyen de recours leur est donc exclu.

131. Devant les instances communautaires, une contestation des législations nationales est possible pour un particulier mais limitée. En effet, seul le renvoi préjudiciel lui offre la possibilité de solliciter le juge communautaire. Mais ce moyen est restreint, car la procédure intervient uniquement dans le cadre d'un litige au cours duquel le juge national souhaite être éclairé sur l'interprétation du Traité. Ce recours est d'autant plus limité que le juge national n'est pas obligé d'effectuer un renvoi préjudiciel sauf dans l'hypothèse où il

statue en dernier recours. En outre le juge communautaire se contente d'éclairer le juge national et de le mettre en état de constater lui-même une éventuelle incompatibilité et d'en tirer les conséquences. On peut dès lors imaginer la longueur des procédures. La Cour apprécie la conformité du droit national au droit communautaire uniquement dans l'hypothèse d'un recours en manquement, prérogative réservée à la Commission et aux Etats membres. Ainsi, les possibilités de recours devant les instances communautaires pour un prestataire privé sont très limitées, et ce bien que la violation du droit primaire soit manifeste.

132. En outre, les bookmakers ne peuvent pas espérer remettre en cause la loi relative à la protection de la délinquance devant les juridictions nationales puisqu'en droit français la contestation d'une loi s'accomplit a priori devant le juge constitutionnel. Le Conseil d'Etat a cependant lancé un mince espoir en ce qui concerne la contestation d'une loi pour non-conformité avec les normes internationales. Par un arrêt du 8 février 2007, il a consacré la responsabilité de l'Etat du fait des lois en contrariété aux engagements internationaux. La décision était relative à une loi de validation contraire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette jurisprudence permettrait alors de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat du fait des lois en contradiction avec le droit communautaire et notamment avec le principe de libre circulation des services. Mais cette opportunité n'est pas encore certifiée et les opportunités de recours des opérateurs privés demeurent aujourd'hui restreintes.

Bibliographie

I. Ouvrages

- Georges CHATILLON, *Droit international de l'Internet*, Bruylant, 2003.
- Louis FAVOREUX, *droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 9^{ème} édition, 2006.
- Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, « *Droit des affaires de l'Union européenne* », Litec, 5^{ème} édition, 2006.
- Richard GEHVONTIAN, *droit communautaire*, Sirey, 3^{ème} édition, 2006.
- Gérard-Marie HENRY, *L'OMC*, Studyrama, collection poche.

II. Articles, études et rapports

- Eric BARBY et Vincent DUFIEF, « le projet de loi relatif à la prévention contre la délinquance : vers un droit pénal numérique », *Gaz. Pal.*, 18 janvier 2007, n°18, p.18.
- Olivier CACHARD, *le domaine coordonné sur le commerce électronique et de droit international privé*, *RDAI*, 2004, n°2, p.161.
- Guillaume JAHAN, *les jeux d'argent sur Internet : une réglementation disparate ancienne et inadaptée de part et d'autres de l'Atlantique*, *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2007, n°18.
- Aurore LAGET-ANNAMAYER, *Les jeux d'argent sur l'Internet facilités dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce- Réflexions à propose de la décision de l'organe d'appel de l'OMC du 7 avril 2005*, *Communication commerce électronique*, sept. 2005, n° 31.
- Aurore LAGET-ANNAMAYER, *Le statut des accords de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité*, *RTD eur.* 42 (2), avr.-juin 2006.
- Institut suisse de droit comparé, « Study of Gambling in the internal Market of the european union », 14 juin 2006, http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_fr.htm.
- Flavien MARIATTE, « le juge communautaire et l'effet des décisions de l'organe de règlement des différends de l'OMC », *Revue Europe*, 2005, n°6.
- Laurent PECH, *la police française de l'internet à la conquête du paradis du jeu maltais*», *Revue Lamy droit de l'Immatériel*, 2006, n°13, février 2006.
- Thibault VERBIEST et Pascal REYNAUD, *jeux et paris virtuels : évolution ou révolution du droit européen*, *Communication commerce électronique*, nov. 2004, p.19.
- François TRUCY, *L'évolution des jeux de hasard et d'argent : le modèle français à l'épreuve* Rapport d'information n° 58 (2006-2007), <http://senat.fr/rap/r06-058/r06-058.html>.
- D. VEAUX et S. DURAND, « Jeux d'argent sur Internet », *Jurisclasseur Contrats distribution*, Fasc. 3320.

— Denis WAELBROECK, « le droit juridictionnel effectif du particulier, trois pas en avant, deux pas en arrière », CDE 2002, p.3.

III. Notes

— Anne DEBET, *Affaire Zeturf : la cour d'appel de Malte refuse de faire application de l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu contre l'éditeur du site*, Communication commerce électronique, avril 2007, n°57.

— Luc GRYNBAUM, *La loi française applicable à un site maltais de paris en ligne sur les courses hippiques*, Communication commerce électronique, novembre 2005, n° 172.

ANNEXE 1: RAPPORT DE STAGE

I.PRESENTATION DE L'ORGANISME

Ulys est une association d'avocats internationale basée à Bruxelles et à Paris. Elle est spécialisée dans quatre principaux domaines d'activités : Propriété intellectuelle et industrielle, médias et presses, nouvelles technologies et informatique, divertissement et droit commercial.

Ulys est composée de quatre avocats associés et neuf avocats collaborateurs spécialisés. Thibault Verbiest et Etienne Wéry gèrent les secteurs d'activités relatifs aux nouvelles technologies. Maître Verbiest s'occupe notamment du domaine du droit des jeux, noms de domaine et du commerce électronique. Maître Wéry est plus particulièrement en charge des matières relatives à la vie privée et données personnelles

Joost Verbeek et Paul Van den Bulk sont membres du département de propriété intellectuelle et de médias et divertissement. Maître Verbeek gère les activités relatives au droit des marques et des brevets. Maître Van den Bulk est particulièrement en charge des matières suivantes: propriété littéraire et artistique, droit des biotechnologies, droit audiovisuel, protection des bases de données et du droit audiovisuel

II.EXPOSE DU STAGE

Mon stage a été effectué à Bruxelles sous la direction de maître Verbiest. La majorité des tâches réalisées relevaient du secteur des nouvelles technologies et du droit des jeux. Cependant j'ai également travaillé sous la direction d'Etienne Wéry et de Paul Van den Bulck avec lequel j'ai pu traité des dossiers relatifs à la propriété intellectuelle.

En matière droit des jeux, le panel d'activités effectué est assez vaste et enrichissant. Mon travail consistait notamment a rédigé des actualités relatives au droit des jeux. Ces textes étaient ensuite publiés sur le site Internet <http://www.droit-technologie.org> . J'ai étudié notamment les conclusions de l'affaire Placanica et l'arrêt de la Cour d'Appel de Malte développée dans le mémoire.

Il m'a également été demandé de rédiger un essai de recours devant le Conseil constitutionnel français dans le cadre de l'adoption de la loi relative à la prévention contre la délinquance. Ce travail avait pour objectif de contester les articles 36 à 38 relatif aux jeux de hasard. Cette loi double les sanctions infligées à ceux organisant et participant à des activités de jeux prohibés et interdit aux banques de percevoir des fonds provenant de ce type d'activité. Malheureusement un recours contre ces articles n'a pas été effectués mais ce travail a été enrichissant intellectuellement. J'ai également effectué des recherches sur les jeux et paris en ligne en Belgique et sur la problématique de qualification entre jeux et hasard et jeux d'adresse. Ces différents travaux étaient effectués sous la direction de Thibault Verbiest et avec l'aide (sacrée) de l'avocat collaborateur Evelyn Heffermeh.

Outre le secteur des jeux et paris en ligne, j'ai également travaillé sous la direction de Paul Van den Bulck dans un dossier relatif au droit des brevets. Il s'agissait en l'espèce de répondre à une appel d'offre dans le cadre de l'ouverture d'activités des entreprises. Ce travail a été enrichissant dans la mesure où l'on m'a laissé la responsabilité de gérer le dossier seule.

Dans le département des nouvelles technologies, il m'a également été demandé d'effectuer une recherche sur les pharmacies en ligne et sur l'adoption de la directive communautaire sur les services de paiement.

Ainsi les travaux effectués lors de mon stage recouvrent différents domaines et sont divers. Je tiens à remercier Thibault Verbiest et Paul van den Bulck pour le travail intéressant qu'ils m'ont donné et l'encadrement, Etienne Wéry et Joost pour leur accueil chaleureux au sein de l'association ULYS.