

La loi du 21 mai 1836 interdit l'organisation de loteries. Malgré ce principe d'interdiction générale, un grand nombre d'opérateurs de jeux proposent sur internet, par SMS, ou à la télévision des jeux d'argent. Par quels moyens échappent-ils au principe de prohibition des loteries ?

Le principe de remboursabilité comme condition de licéité des loteries payantes ? (*)

La loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries (ci-après la loi du 21 mai 1836) porte un principe d'interdiction générale des loteries de toute espèce. L'article 2 de cette loi condamne expressément « toute opération offerte au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort ».

Le délit de loterie prohibée requiert la réunion de quatre éléments : l'intervention du hasard, l'espérance d'un gain, la publicité de l'offre et un sacrifice pécuniaire. *A contrario* lorsque l'un d'eux fait défaut, l'on peut considérer la loterie comme licite. Les opérateurs de jeux ont su profiter de la rigueur du caractère cumulatif des éléments constitutifs du délit de loterie prohibée. Ils ont multiplié les offres de jeux en s'assurant de faire disparaître l'un d'entre eux : le plus souvent l'intervention du hasard (quizz, concours, jeux dont le résultat dépend exclusivement de la sagacité du joueur) ou le sacrifice pécuniaire (jeux gratuits).

Ainsi, la jurisprudence a qualifié de « pure libéralité non punissable », une offre de jeu qui n'impose aucun sacrifice financier aux participants (1). Concernant la condition liée au hasard, il suffit que le hasard tienne une place même secondaire dans la détermination des résultats pour qu'un jeu tombe sous le coup de la prohibition légale (2). En effet, l'article 2 de la loi de 1836 a été retouché pour interdire les opérations dues « même partiellement » au hasard, « sous quelque dénomination que ce soit » (3). C'est donc avant tout sur la condition de gratuité que les opérateurs de jeux cherchent à éviter l'interdiction légale. Alors qu'il est *a priori* légitime de douter de la rentabilité des jeux « gratuits » (4), ce modèle économique est pourtant celui qui séduit le plus les organisateurs de loteries en ligne.



Par Thibault VERBIEST

Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles
Cabinet Ulys
Chargé d'enseignement à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne



Par Pascal REYNAUD

Avocat au Barreau de Paris
Docteur en droit



Par Alexandre MANASTERSKI

Juriste

Afin d'examiner la légalité d'une offre de jeux gratuits, deux autres dispositions légales sont à prendre en compte. Il s'agit, tout d'abord, de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 interdisant la tenue d'une maison de jeux de hasard ouverte au public. Celle-ci vise au premier plan les jeux de hasard et non les loteries (5). De prime abord, il pourrait être tentant de s'inscrire dans le cadre des exceptions à la loi du 12 juillet 1983 en se plaçant sur le terrain des jeux d'adresse (6). En effet, la catégorie des jeux d'adresse n'entrant pas dans le champ d'application de la loi du 12 juillet 1983, ces jeux sont considérés comme licites. Ce dernier texte n'interdit ainsi que les jeux où le hasard prédomine. Cependant, cette piste est trop incertaine. En l'absence de définition légale, la notion de jeu d'adresse est difficile à cerner, et ce d'autant qu'elle est interprétée très strictement par les tribunaux. À titre d'exemple, la Cour d'appel de Versailles a décidé récemment que le jeu de « Texas Hold'em Poker » (7) était un jeu de hasard et non un jeu d'adresse, alors que de nombreux arguments abondaient en ce sens (8). Dès lors, il est beaucoup plus sûr de se placer dans le cadre des loteries gratuites. Les professionnels du jeu ont donc préféré proposer des jeux « gratuits », assimilés à des loteries régies par la loi du 21 mai 1836.

Second texte à prendre en considération, les articles L. 121-36 et suivants du Code de la consommation viennent aussi encadrer un type de loterie bien spécifique (9), à savoir les loteries publicitaires gratuites. Le Code de la consommation prévoit toute une série de conditions pour que ce type de loterie soit licite (mentions obligatoires du règlement des jeux, dépôt chez un huissier, etc.). Cependant, le principe de gratuité est apprécié de manière similaire dans le cadre de la loi du 21 mai 1836 sur les loteries et dans le Code de la consommation.

Une note émise par la DGCCRF du 6 novembre 1990 précise d'ailleurs que la jurisprudence rendue dans le cadre de la loi

(*) « Les choses gratuites sont celles qui coûtent le plus. Comment cela ? Elles coûtent l'effort de comprendre qu'elles sont gratuites », Extrait « le métier de vivre » de Cesare Pavese. (1) Cass. crim., 1^{er} juill. 1932, *Syndicat patronal de l'habillement d'Orléans et N. c/ N.*, Gaz. Pal. 1932, 2, p. 513, concernant la distribution gratuite de catalogue portant un numéro de tombola non réservés

du 21 mai 1836 pourra être utilisée pour interpréter la condition liée à l'interdiction de toute contrepartie financière selon l'article L. 121-36 du Code de la consommation.

Dans son acception la plus courante, l'adjectif « gratuit » désigne une chose dont on jouit sans payer. En droit des jeux, nous verrons que ce qui est gratuit peut être payant dans un premier temps, pourvu qu'il soit remboursable *a posteriori*. Le principe de remboursabilité s'appuie ainsi sur une conception assez extensive de l'exigence de gratuité. Il faut comprendre que ce qui est « remboursable » est juridiquement « gratuit ». Dès lors, les opérateurs de jeux ont vu l'opportunité de développer une offre très lucrative. En effet, s'agissant de jeux à faible mise, le nombre de demandes de remboursement est marginal, voire dans certains cas infinitésimal comparé au nombre total de participations (10). La première question est alors d'examiner, en pratique, les cas dans lesquels les tribunaux ont validé le principe de remboursabilité et ses modalités (I). On sait que la légalité des loteries à « double accès », a été admise par la jurisprudence. Ces loteries à double accès sont en fait des loteries qui présentent la particularité d'offrir deux voies d'accès à un même jeu : l'une gratuite et l'autre payante. La seconde question est alors de savoir si le montant remboursable peut être limité par l'opérateur de jeux à l'instar de ce qui est admis concernant la limitation du nombre de parties gratuites dans le cadre des loteries à double accès (II).

I. – LE PRINCIPE DE REMBOURSABILITÉ : APPLICATION PRATIQUE

Afin de conclure à la gratuité du jeu et par-delà à sa licéité, il faut déterminer précisément l'objet du remboursement (A). Il est, ensuite, nécessaire de définir les modalités pratiques du remboursement (B).

A. – Être ou ne pas être remboursé

En matière de jeux, le principe est simple : pour qu'un jeu de hasard soit considéré comme gratuit, il faut nécessairement que l'ensemble des frais exposés par le joueur soit offert au remboursement. Plusieurs décisions des tribunaux et une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) admettent ce principe (1°/). Mais certains frais liés n'ont pas à être remboursés (2°/).

1°/ Ce qui doit être remboursé : l'apport de la jurisprudence et du CSA

Plusieurs décisions permettent de mieux comprendre le principe de remboursabilité. Ce remboursement évite principalement que

les frais de communication et de correspondance occasionnés par le jeu puissent constituer un sacrifice financier, comme il a été jugé pour les jeux par courrier postal (11), par minitel (12), et par téléphone (13). À noter que la notion de sacrifice financier n'est pas synonyme de perte pour les joueurs (14). Les frais liés aux gains devront également faire l'objet d'un remboursement même si, globalement, le joueur ne perd rien.

Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris (15), dans un jugement du 17 décembre 2003, a validé un remboursement forfaitaire de 0,61 € par grille de jeu validée. Cette somme comprenait le remboursement de 0,56 € pour le prix de la communication téléphonique et de 0,05 € pour le prix de la connexion à internet. Le remboursement forfaitaire de 0,61 € proposé par la société était supérieur au coût d'un appel téléphonique qui était de 0,56 €. Par ailleurs, le règlement du jeu prévoyait expressément que le joueur pouvait être remboursé s'il justifiait de frais supérieurs. Dès lors, le Tribunal décide que la possibilité d'un remboursement des frais induits, dûment justifiés et vérifiés, est « exclusive » de la notion de sacrifice pécuniaire. Autrement dit, le remboursement des coûts du jeu ne permet pas de caractériser un des éléments constitutifs du délit de loterie prohibée, à savoir l'exigence d'une participation financière.

Depuis, la Cour d'appel de Paris a validé à deux reprises le remboursement de frais de timbres nécessaires pour participer au jeu. En 2003, la Cour (16) a estimé que le fait de faire l'avance d'un timbre remboursé au tarif lent ne constituait pas un sacrifice financier sur le fondement de la loi du 21 mai 1836. Selon la Cour, « enfin l'accès gratuit sur simple demande est licite, le fait de faire l'avance d'un timbre remboursé au tarif lent ne constituant pas un sacrifice financier ». Dans cette même logique, les juges du fond (17) ont confirmé la relaxe au motif que la société Sélection du Reader's Digest offrait au public « la possibilité de participer à un tirage au sort permettant l'obtention de gains, sans qu'il n'y ait aucune obligation d'achat du produit, (...), le client pouvant même obtenir le remboursement des frais de timbre ».

Dans son domaine de compétence, le CSA a admis la légalité du remboursement des frais liés à la participation aux jeux de loterie (18). Selon une délibération du 4 décembre 2007 : « Afin que les émissions de jeux soient conformes à la législation sur les jeux de hasard (loi du 21 mai 1836), les téléspectateurs doivent être clairement informés de la possibilité d'obtenir le remboursement des frais de communication et de correspondance engagés. Cette information doit être portée à leur connaissance dans les mêmes conditions que les coordonnées du service SMS ou téléphonique. En cas d'inscription à l'écran, elle doit donc s'afficher dans des

à des personnes ayant acheté des produits ; T. corr. Seine, 18 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, p. 231, J.-Cl., Lois pénales spéciales « Jeux, Loteries, Paris », Fasc. 20, pt 61, Decheix P. (2) CA Paris, 28 avr. 1971, 13^e ch., *Ministère public c/ L-R*, concernant un concours de pronostics portant sur des matches de football. (3) J.-Cl., Lois pénales spéciales « Jeux, Loteries, Paris », Fasc. 20, p. 20, Decheix P. (4) Il est ici question d'un opérateur qui exploiterait une plate-forme de jeux primés (« gamezone ») ayant pour activité principale une offre de jeux de hasard du type loterie ou tout autre opération assimilée) dont l'objectif est de générer du chiffre d'affaires direct auprès des joueurs et non le cas des loteries publicitaires qui, servant la promotion d'une gamme de produits ou services, assurent un retour sur investissement indirect à leurs organisateurs et ce même en étant gratuites. (5) Sur la question du concours de qualifications entre les délits issus de la loi de 1836 et celle de 1983 : Gioanni P., Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz 2009. Division Loterie, art. 2 - Possibilité de concours de qualifications n° 34-36. (6) Sur la distinction entre jeu de hasard et jeu d'adresse dans le cadre de la loi de 1983 : J.-Cl., Lois pénales spéciales « Jeux, Loteries, Paris », Fasc. 10, pt 33 et s., Decheix P. ; à comparer avec l'appréciation du hasard par les juges dans le cadre de la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries : J.-Cl., Lois pénales spéciales « Jeux, Loteries, Paris », Fasc. 20, pt 26 et s., Decheix P. (7) Le « Texas Hold'em Poker » est la variante du jeu de Poker la plus connue et la plus pratiquée en tournoi ou dans les casinos virtuels. (8) CA Versailles, 4 mars 2009, P. Partouche et a. c/ *Ministère public* ; CA Versailles, 4 mars 2009, *Ministère public c/ Patrick P. et a.* : Hattab Abrahams A. et Manasterski A., Cour d'appel de Versailles : Patrick Partouche relaxé ; par contre, le poker en ligne est mis sur la touche, <www.droit-technologie.org>. (9) Sur le champ d'application de la loi du 21 mai 1836 par rapport aux articles L. 121-36 et suivants du Code de la consommation, voir Bonnet-Desplan M.-P., Sermet N., Genty N., Droit de la publicité et de la promotion des ventes, Dalloz 3^e éd., 2006, n° 42.20 et s., p. 320. (10) Concernant les services offrant des jeux primés à courte durée, le nombre de remboursements excède rarement 1 % du total des participations. Certains opérateurs annoncent même des taux largement inférieurs à 0,1 %. En réalité plus le coût est faible, moins les participants réclament le remboursement de leurs frais. On constate que le nombre de remboursement augmente en fonction de la durée du jeu, du coût lié à la procédure mise en place (jeu accessible gratuitement en ligne, services surtaxés, SMS, etc.), de la simplicité des modalités d'accès au remboursement et de l'organisateur du jeu (marques de grande consommation). Il est certain que si la majorité des participants avait recours à la voie de remboursement, l'objectif poursuivi par les organisateurs ne serait pas atteint. S'agissant de participations à faibles enjeux, les opérateurs misent sur le fait que les joueurs trouvent leurs pertes si négligeables qu'ils ne solliciteront pas de remboursement. (11) CA Aix-en-Provence, 16 déc. 1986, Sté FDS, INC-Hebdo 18 mars 1988, n° 586, p. 12, concernant le coût engendré par l'obligation d'envoyer trois timbres postaux pour participer au jeu ; CA Douai, 20 sept. 1990, BRDA 1990/22, p. 8. (12) CA Paris, 18 janv. 1989, Juris PTT, 3^e trim. 1989, n° 17, p. 24, concernant les frais liés à l'utilisation des services Minitel pour accéder à un jeu. Il est dès lors logique que la même jurisprudence s'applique aux frais d'utilisation d'une connexion internet. (13) T. corr. Lille, 3 nov. 1989, INC Hebdo n° 1991, concernant le coût des appels téléphoniques nécessaires à la participation au jeu. (14) Cass. crim., 4 févr. 1941, *Ministère public c/ J.*, JCP 1941, II, n° 1653 ; voir aussi CA Paris, 4 mars 1975, 13^e ch., G. et a. c/ *Ministère public*, Gaz. Pal. 1975, 2, p. 609. (15) TGI Paris, 17 déc. 2003 ; TGI Paris, 16^e ch., 17 déc. 2003, n° 0226904589. (16) CA Paris, 14 nov. 2003, n° 2003/01523, n° 2003/01523, Gaz. Pal. 28-29 avr. 2004, note Elsen P. (17) CA Paris, 18 sept. 1997, Juris-Data, n° 1997-96-06141. (18) CSA, délibération du 4 décembre 2007 relative aux incitations à utiliser des services SMS ou téléphoniques surtaxés.

caractères identiques à ceux du numéro du service. Cette information doit également être directement délivrée lors de la connexion au service surtaxé, préalablement à toute participation effective au jeu ». Cette délibération prend expressément en compte l'existence de services surtaxés. C'est le remboursement du prix du service de jeux qui est regardé comme licite par le CSA.

En résumé, le principe de remboursabilité doit s'appliquer à toutes les dépenses de communication et de correspondance engagées par les joueurs pour accéder et participer au jeu.

2°/ Ce qui ne doit pas être remboursé

Plusieurs dépenses ne doivent pas être remboursées par l'organisateur et la loterie restera licite dans ce cas. Il s'agit, tout d'abord, des abonnements forfaitaires et illimités à internet. Aujourd'hui, la plupart des internautes bénéficient d'un accès illimité à internet en se connectant par le biais de connexions ADSL ou connexions par câble. Ces abonnements sont vendus à un prix forfaitaire. Les internautes utilisant ce type de forfait ne sauraient ainsi invoquer un sacrifice financier résultant de leur participation au jeu. Les frais d'accès sont en effet, par hypothèse, absorbés par le forfait contracté pour leur usage général de l'internet. Une solution contraire reviendrait à offrir gratuitement l'usage de l'internet aux participants en plus des gains éventuels mis en jeux. Aussi, seules les demandes de remboursement émanant de personnes dont le compte est débité au temps de connexion seront recevables. À la différence des abonnements illimités à internet, les abonnements SMS ou appels illimités ne dispensent pas forcément l'opérateur de rembourser les participants. En effet, ce type de forfait n'inclut pas le coût engendré par l'accès à ce type de services. Le coût du jeu reste alors à la charge des utilisateurs et devra leur être reversé afin de respecter le principe de gratuité.

Par ailleurs, les frais d'expédition du lot gagnant n'ont pas à être remboursés. Selon la Cour de cassation, ce coût ne doit pas être considéré comme étant la contrepartie de l'offre de jeux dès lors que le gagnant a été préalablement prévenu du montant à verser pour obtenir son lot et qu'il a donné son consentement (19). En ce sens, l'article L. 121-1-1-19 du Code de la consommation, créé par la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, dispose que « sont réputées trompeuses au sens de l'article L. 121-1 les pratiques commerciales qui ont pour objet : de décrire un produit ou un service comme étant "gratuit", "à titre gracieux", "sans frais" ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés (...) au fait de prendre possession ou livraison de l'article ».

Ne rentrent pas non plus dans le champ du remboursement le prix du papier, de l'encre ou de l'enveloppe utilisés pour formuler la demande de remboursement ainsi que le prix des photocopies des documents à lui adjoindre afin de justifier de la participation au jeu. En pratique, force est d'admettre que le calcul de ces frais est impossible et les tribunaux n'ont encore jamais considéré ces coûts comme relevant du sacrifice financier.

L'analyse des modalités de remboursement est cruciale car elle fixe la frontière entre jeux gratuits et jeux payants, entre la légalité et l'illégalité de l'opération commerciale envisagée.

Après avoir défini l'objet du remboursement, il incombera à l'opérateur de jeux de déterminer les conditions de mise en œuvre de la voie de remboursement afin de rendre son dispositif légal.

B. – Les conditions de mise en œuvre du remboursement

L'analyse des modalités de remboursement est cruciale car elle fixe la frontière entre jeux gratuits et jeux payants, entre la légalité et l'illégalité de l'opération commerciale envisagée. Il sera, tout d'abord, question des voies d'accès au remboursement (1°), puis de la question très souvent abordée en pratique du remboursement fixé selon un mode forfaitaire dans le règlement du jeu (2°).

1°/ Entre clarté et effectivité du dispositif de remboursement

Le remboursement des frais exposés pour participer au jeu peut s'obtenir par voie postale, sur simple demande de l'utilisateur. Il n'existe pas de formalisme particulier pour cette requête mais il peut être exigé qu'à chaque participation corresponde une demande de remboursement individualisée. Le moyen utilisé pour le remboursement est sans importance (chèque bancaire ou virement) tant que celui-ci n'engendre pas de préjudice pour le consommateur. Il est également interdit à l'organisateur d'une loterie ou de toute opération assimilée de restreindre l'accès de la voie de remboursement à une seule catégorie de personnes. Cela devrait également viser les participants résidant à l'étranger dès lors que ceux-ci sont admis à participer au jeu considéré (20).

La jurisprudence ne donne que peu d'exemples relatifs aux modalités de mise en œuvre de la voie de remboursement. Pour définir celles-ci, il faut donc s'en remettre aux principes du droit de la consommation (21) et s'assurer que les moyens mis en œuvre garantissent une voie de remboursement réelle et effective.

Afin que les participants puissent librement exercer leur droit au remboursement, les règlements de jeux doivent être rédigés en des termes suffisamment clairs et précis. Mais surtout, l'information sur la possibilité d'être remboursé doit être donnée de prime abord avant toute dépense du client. Il ne faut pas que cette information sur la gratuité soit placée « au fond » d'un règlement difficilement accessible, ou pire encore une fois le jeu payé. Ainsi, la Cour d'appel de Paris (22) a estimé en ce sens, au sujet d'un jeu placé dans un magazine, « que toutefois la difficulté d'accès à cette information, voire la nécessité d'acquiescer un magazine sous cellophane en le payant, ont ruiné le dispositif prévu ».

Concernant les émissions de « télé-tirelire » (23), le CSA oblige les diffuseurs à faire figurer la possibilité de remboursement dans les mêmes conditions que les coordonnées du service SMS ou téléphonique. En cas d'inscription à l'écran, elle doit donc apparaître dans des caractères identiques à ceux du numéro du service. Cette information doit également être portée à la connaissance du joueur lors de sa connexion au service surtaxé, préalablement à toute participation effective au jeu (24).

(19) « Le sacrifice financier n'était pas consenti par le participant en contrepartie de l'offre qui lui était faite et n'avait d'autre effet que de lui permettre d'entrer en possession de ce qui n'était qu'une libéralité » : Cass. crim., 21 nov. 1989, D. 1990, I.R., p. 33 ; CA Paris, 9 mars 1995, Contrats, conc., consom. 1995, comm. n° 158, obs. Raymond G. (20) Pourtant, certains opérateurs, tout en désignant la loi française comme applicable, refusent le remboursement aux joueurs résidant à l'étranger. (21) Il s'agit, par exemple, du délit de publicité mensongère ou trompeuse selon l'article L. 121-1 du Code de la consommation (Cass. crim., 1^{er} oct. 1997, Bull. crim. 1997, n° 323 ; Contrats, conc., consom. 1998, comm. 13 et 124, note Raymond G.). (22) CA Paris, 21 janv. 2008, 13^e ch., sect. A, n° 07/02319, Juris-Data n° 2008-354831 confirmé par Cass. crim., 3 juin 2009, n° 08/82941. (23) La télé-tirelire également appelée « call-tv » est une sorte de jeu télévisé dans lequel pour participer, les téléspectateurs doivent appeler un numéro de téléphone surtaxé ou envoyer un SMS également par le biais d'un numéro surtaxé. (24) Délibération du CSA du 4 décembre 2007 relative aux incitations à utiliser des services SMS ou téléphoniques surtaxés remplaçant la recommandation du 5 mars 2002.

Les conditions de remboursement ne doivent, enfin, pas avoir pour effet de décourager le consommateur de solliciter un remboursement. Un jeu offrant une voie de remboursement factice serait alors requalifié de loterie payante, illicite par nature. Au début de l'année 2009, la DGCCRF a porté une attention particulière aux sites d'enchères à la baisse (25). Assimilés à des loteries, un certain nombre d'entre eux ont été suspendus le temps de l'enquête. La DGCCRF analyse les nouveaux usages de l'internet et veille à ce que les consommateurs ne soient pas trompés quant aux modalités d'accès à la voie de remboursement. Tel serait le cas si le délai de traitement de la demande de remboursement était excessif ou encore si la durée limitée pendant laquelle le participant peut envoyer sa demande était trop courte afin que celui-ci puisse réunir tous les éléments requis (26). Il en irait de même si l'opérateur de jeux offrait des bons d'achat ou des lots de parties gratuites en guise de remboursement, ce qui reviendrait indirectement à proposer un jeu avec obligation d'achat, illicite par définition.

2°/ La validité du remboursement forfaitaire

Un remboursement peut s'effectuer, non en fonction des dépenses réelles du participant, mais sur la base d'un forfait. Mais la possibilité de faire la preuve des coûts réels pour le joueur doit exister. Ce système serait même plus avantageux pour les consommateurs tant sur le plan financier que sur la facilité et la rapidité du remboursement. Le Tribunal de grande instance de Paris, dans la décision précitée du 17 décembre 2003 (27), a ainsi reconnu la légalité d'un règlement de jeu qui prévoyait un remboursement forfaitaire. Ce forfait a été jugé « plus que correct » par un spécialiste cité dans la décision. Le forfait remboursé était supérieur au coût réel de l'appel par le joueur. De plus, la société organisatrice s'engageait à rembourser tous les participants pouvant justifier des frais supérieurs.

Concernant la preuve de ces frais, cette même décision s'en est remise aux règles générales du droit des contrats. Il est affirmé que si le joueur ne peut justifier des débours supérieurs à ceux qui sont forfaitairement remboursés, il y a de sa part une sorte de « renonciation préalablement manifestée » par le fait même de sa connexion au site. Afin de faire valoir leurs droits, les participants pourront être amenés à produire des documents attestant de leurs dépenses et de leur identité (photocopie de la carte d'identité, relevé téléphonique ou facture du fournisseur d'accès internet, RIB, etc.).

Si le principe et les modalités d'un remboursement des frais liés aux jeux ont été validés par les tribunaux, il reste à examiner comment ce remboursement s'applique dans le cadre des loteries à « double accès ».

II. – LA REMBOURSABILITÉ AU SEIN DES LOTERIES « À DOUBLE ACCÈS »

Les tribunaux ne s'opposent pas à la mise en place de jeux payants si un accès gratuit à ces mêmes jeux est prévu (A). La

question est alors de savoir si une limitation du remboursement serait acceptée par les tribunaux comme cela a été le cas pour la limitation de la voie gratuite (B).

A. – La légalité des loteries à double accès avec limitation d'accès à la voie gratuite

La jurisprudence valide à la fois la mise en place de loteries payantes si celles-ci sont associées à des possibilités de jouer gratuitement (1°), et la possibilité de limiter le nombre d'accès au jeu par l'intermédiaire de la voie gratuite (2°).

1°/ La légalité des loteries à « double accès »

On appelle « loteries à double accès » (28) les formules dans lesquelles il est offert deux voies pour participer aux jeux – soit par un canal gratuit – soit par un canal payant. L'existence de la voie gratuite empêche alors la qualification de loterie prohibée sur le fondement de la loi du 21 mai 1836. En effet, les tribunaux estiment que le canal payant ne rend pas l'opération illicite dès lors qu'une voie gratuite réelle et effective est proposée aux joueurs.

Dans un arrêt du 28 avril 1976 (29), la Cour d'appel de Montpellier a accepté la gratuité de l'opération en raison de l'offre faite aux consommateurs de bons de participation(s) gratuits. La participation gratuite ne suppose que la prise en main du produit et non son achat. De son côté, la Cour d'appel de Paris avait, dans un premier temps, adopté une position très restrictive quand à l'existence de la voie gratuite. En effet, elle exigeait, *a posteriori*, la preuve que la voie gratuite avait bien été empruntée en nombre par les joueurs (30). À défaut, les juges concluaient au caractère fictif de la voie gratuite.

Mais cette appréciation restrictive de la voie gratuite paraît bien condamnée par cette même juridiction (31). Depuis un arrêt « Mac Donald » du 14 novembre 2003 rendu sur le fondement de loi du 21 mai 1836, la Cour d'appel de Paris (32) a jugé que l'opération était licite (33) dès lors qu'« un accès réel et effectif à la voie gratuite » permet de bénéficier d'une « équivalence de chance de gains ». Les juges ont aussi constaté que les chances de gains pour chacune des deux voies « étaient exactement identiques ». De plus, ils rejettent l'exigence d'une égalité des conditions d'accès entre la voie gratuite et la voie payante, « laquelle est par nature impossible à définir ». Il s'agit aussi ici de prendre le contre-pied de la précédente décision de la même Cour qui avait exigé la preuve d'un accès en nombre des joueurs à la voie gratuite pour rendre l'opération licite. Le même principe a été réaffirmé encore en 2008 par la Cour d'appel de Paris (34), même si en l'espèce le jeu n'a pas pu bénéficier de cette règle. Dans un considérant de principe, la Cour énonce « que par ailleurs, une loterie dite "à double entrée" offrant cumulativement au choix du consommateur un accès de participation gratuit et l'autre payant, n'est pas considérée comme illicite ». Mais ce n'est pas le seul avantage dont peut profiter l'organisateur du jeu, puisqu'il peut aussi limiter l'accès à la voie gratuite selon cette même Cour.

(25) Jeu au cours duquel le participant qui a proposé l'enchère unique la plus basse remporte le lot. Pour plus d'information sur les enchères à la baisse : Litzler J.-B., Faut-il faire confiance aux sites d'enchères inversées ?, 4 mars 2009, <www.lefigaro.fr/hightech/>. (26) Cas d'un règlement de jeu qui, en même temps qu'il oblige les participants à produire des factures de téléphone ou d'abonnement internet dans leur demande de remboursement, les contraint par un délai qui les empêche matériellement de fournir certains de ces documents (facture mensualisée ou trimestrielle). En pratique, si un opérateur exige d'un joueur une facture de téléphone pour obtenir un remboursement, il ne pourra réduire la durée pendant laquelle le joueur peut formuler sa demande de remboursement à moins de trois mois, sous peine de rendre son dispositif inopérant et donc illégal. (27) TGI Paris, 16^e ch., 17 déc. 2003, n° 0226904589. (28) Sur ce sujet, voir Bonnet-Desplan M.-P., Sermet N., Genty N., Droit de la publicité et de la promotion des ventes, Dalloz 3^e éd., 2006, n°s 41.111 et s., p. 312. (29) CA Montpellier, 28 avr. 1976, D. 1977, jur., p. 214, note Guyot Sionnest J. (30) TGI Paris, 28 avr. 1971, D. 1972, p. 7 ; confirmé par CA Paris, 13 nov. 1973, inédit. (31) Voir aussi T. com. Paris, 29 juill. 1995, Scott Keizersberg, citée in Rev. Fid n° 1893, oct. 2001, p. 132. (32) CA Paris, 14 nov. 2003, n° 2003/01523, n° 2003/01523, Gaz. Pal. 28-29 avr. 2004, note Elsen P. (33) Dans le même sens concernant les loteries à double voie : « si depuis les années 1970 et au vu de la jurisprudence alors dominante, les professionnels de ces opérations promotionnelles ont très généralement considéré les loteries comportant "un canal gratuit" comme impliquant pour eux des risques excessifs sur le plan juridique et devant être évitées, il n'en reste pas moins qu'elles ne sont interdites par aucun texte et doivent donc être dites licites dans leur principe ». T. com. Paris, 26 juill. 1995, 2^e ch., SNC Scott c/ SA Kaysersberg. (34) CA, Paris, 21 janv. 2008, 13^e ch., sect. A, n° 07/02319, Juris-Data n° 2008-354831, confirmé par Cass. crim., 3 juin 2009, n° 08/82941.

2°/ La légalité de la limitation du nombre de parties gratuites

Pour éviter les abus, les organisateurs de jeux limitent souvent le nombre de parties gratuites au sein de leurs règlements. Est-ce pour autant licite ? Dans ce même arrêt « Mac Donald » de 2003, la Cour a estimé que les conditions d'accès au jeu n'étaient pas inégalitaires alors même que la voie gratuite était limitée. Ainsi, selon la Cour, « le fait que cet accès n'ait été ouvert qu'à raison d'une possibilité de jeu par personne et par semaine ne peut suffire à rendre inégalitaire cette voie d'accès, étant en outre observé que la société Mac Donald démontre que la fréquentation moyenne de ses établissements est d'environ une fois toutes les quatre semaines, que les conditions d'accès n'apparaissent donc pas inégalitaires entre les voies ».

Les juges du fond ont ainsi validé le principe d'une limitation de la voie gratuite, selon eux sans conséquence sur la légalité de la loterie (35). Selon la Cour, cette limitation doit tenir compte du niveau de fréquentation habituel du restaurant. Reste à traduire ce principe pour un site internet. Tout organisateur du jeu devra s'assurer de l'équité dans la limitation de la fréquence à l'accès gratuit. Une limitation raisonnable de l'accès au jeu paraît suffisante. À cette fin, la limitation de l'accès au jeu sera déterminée en fonction d'éléments objectifs. Elle devra être supérieure au taux moyen de participation au jeu. Les juges du fond ayant admis cette première limitation, peut-on alors étendre cette limitation au remboursement des frais de participation ?

B. – Limiter le remboursement des coûts générés par la loterie

Limiter la fréquence d'accès aux jeux gratuits revient nécessairement à limiter le remboursement lié à ces parties gratuites. Peut-on alors interpréter l'arrêt « Mac Donald » comme permettant aussi une limitation des remboursements ? Le débat est ouvert (1°/), mais en toute hypothèse, ce principe devra être appliqué avec précaution (2°/).

1°/ La question de la limitation de la remboursabilité des frais de la loterie

Limiter la remboursabilité comporte un risque : un tribunal pourrait estimer que cette limite posée au remboursement des frais occasionnés par la loterie constitue, en définitive, un sacrifice financier et donc une opération illicite. En sens inverse, on peut invoquer plusieurs arguments pour justifier de cette limite. En effet, la Cour a admis que l'avance du timbre « au tarif lent » ne constituait pas un « sacrifice financier ». Mais en pratique, les joueurs pouvaient avoir eu recours au « tarif rapide ». Dès lors, la Cour a admis implicitement une limitation

sans condition au remboursement des frais réels du participant. De même, le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 17 décembre 2003 a bien admis la possibilité de recourir à un forfait limitant le remboursement des frais des joueurs, mais uniquement à défaut de preuve de dépenses supérieures à ce forfait. On trouve d'ailleurs souvent un remboursement forfaitaire et donc limité dans les règlements des jeux gratuits.

La limitation du remboursement pourrait se justifier par la nécessité de canaliser l'offre de jeux pour lutter contre les dangers d'addiction (36). On peut soutenir, en effet, que limiter la gratuité d'un service de jeux conduit presque toujours à en réduire la fréquentation. La lutte contre le jeu « abusif » apparaît aussi comme une justification plausible d'un tempérament au principe de remboursabilité. De plus, si le but premier d'une loterie « gratuite » n'est pas d'enrichir son organisateur, il n'est pas non plus de causer sa perte. Le principe de remboursabilité doit s'appliquer de manière neutre et équitable à tous les intervenants : tant pour les opérateurs que les consommateurs. Sa finalité n'est ni de favoriser les opérateurs, ni d'encourager les joueurs pathologiques ou les participants mal intentionnés qui abuseraient de cette voie en sollicitant toujours plus de parties gratuites.

2°/ Des précautions à prendre en cas de choix d'une limitation du remboursement

En toute hypothèse, une telle restriction au principe de remboursabilité devrait néanmoins satisfaire à toutes les conditions abordées ci-dessus et notamment une information claire et préalable du joueur sur l'existence de cette limite. Cette dernière sera supérieure au taux de participation moyen au jeu. Pour minimiser les risques, une possibilité de prouver des frais supérieurs pour le joueur sera vivement conseillée. Tel ne serait pas le cas d'une limitation de la voie de remboursement qui n'aurait pour finalité que d'inciter les participants à employer la voie payante, ce qui rendrait le principe de remboursabilité « illusoire » et une régularité du dispositif seulement « apparente » (37). En pratique, si l'on regarde le nombre de demandes de remboursement, les opérateurs de jeux ne prennent que peu de risques à définir une limitation haute de la voie de remboursement (38).

À l'heure où l'ouverture à la concurrence du marché des jeux d'argent devient réalité, se pose désormais la question de l'encadrement des jeux « gratuits » et des risques liés à cette activité. Compte tenu du fort potentiel de croissance de ce secteur d'activités, il incombera aux autorités de répondre le plus rapidement possible à ces questions et notamment à celles concernant l'application du principe de remboursabilité et de sa limitation, afin que ce marché, à la fois prometteur et créateur d'emplois (39), soit préservé de certaines dérives (40). ♦

(35) « Il conviendra de vérifier le respect de cette stipulation [l'absence de sacrifice financier] au regard de la jurisprudence résultant de la loi de 1836 », note d'information 311 à l'intention des directeurs départementaux de la DGCCRF concernant l'application de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relatif aux jeux, concours et loteries publicitaires. (36) Se prévaloir de la protection de l'ordre social pour limiter une voie de remboursement implique nécessairement pour les opérateurs de s'inscrire dans une démarche proactive de lutte contre l'addiction en s'assurant notamment que la limitation portée à la voie de remboursement conduit effectivement à une réduction des occasions de jeux et en adaptant l'ensemble de leur offre de manière cohérente au regard de cet objectif.

(37) CA Paris, 28 avr. 1971, 13^e ch., *Ministère public c/ L.-R.*, concernant un concours de pronostics à double voie dont la voie gratuite était limitée à un bulletin de participation par demande à renouveler chaque semaine. (38) En 2008, le secteur des jeux gratuits représentait environ 235 millions d'euros de chiffre d'affaires dont un peu plus de 30 millions générés par les plates-formes en ligne dédiées à l'offre de jeux « gratuits » (interview de J. Parrou, Président Fondateur du Groupe ConcoursMania, 11 mai 2009, <www.journaldunet.com>). (39) En 2008, on comptait 63 entreprises spécialisées dans le domaine des jeux « gratuits » employant un peu moins de 1 000 personnes. Ce modèle original est aujourd'hui exporté dans d'autres pays de l'Union européenne par les acteurs français de ce marché (interview de J. Parrou, précitée). (40) En ce sens, une proposition de loi (n° 362) déposée par le Sénateur Nicolas About, le 21 avril 2009, relative aux dispositifs d'assistance aux joueurs dans le cadre des jeux de hasard et qui prévoit un certain nombre d'obligations en matière de lutte contre l'addiction applicable tant aux opérateurs de jeux payants que gratuits.