

Camille GUIGOU

Master 2 Professionnel Droit Européen des Affaires

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Louis VOGEL

**L'OUVERTURE A LA CONCURRENCE  
ET A LA REGULATION DU SECTEUR  
DES JEUX D'ARGENT ET DE HASARD EN LIGNE**

*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.*

## Introduction

Le secteur des jeux d'argent constitue une source importante de revenus pour les Etats. Mais il a toujours été contrôlé pour des raisons de santé publique et de sécurité publique.

Faute d'adoption d'une directive communautaire, les Etats membres étaient libres de réglementer le secteur à leur convenance. La France, comme d'autres Etats membres, a privilégié la protection du consommateur et a appliqué une réglementation stricte, autour d'un monopole public.

Ce système est apparu dépassé et contesté. Dépassé tout d'abord par l'essor, ces dernières années, des sites internet de jeux et paris très accessibles et de plus en plus fréquentés par les internautes français. Contestable ensuite au regard du droit communautaire : la Cour de Justice considère depuis quelques années que l'offre de jeux d'argent et de hasard constitue une prestation de services, et qu'en conséquence les opérateurs communautaires doivent pouvoir les fournir sur le territoire d'un Etat membre dans le cadre de la liberté d'établissement ou en vertu de la libre prestation de services.

Faute d'adoption d'une directive communautaire également, le secteur des jeux d'argent et de hasard était soumis à la libre appréciation de la Commission Européenne, gardienne des traités. Considérant que les restrictions à la libre prestation de services mises en œuvre en France à l'égard des paris sportifs n'étaient pas justifiées, la France a fait l'objet le 27 juin 2007 d'un avis motivé de la Commission européenne lui demandant de modifier sa législation.

Afin de pouvoir parier en ligne sur les résultats de la Coupe du Monde de Football en juin 2010, et tout en tenant compte de l'évolution économique du secteur sous l'influence du droit communautaire, la loi n° 2010-476 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a été promulguée le 12 mai 2010. Mais, cette loi, à peine parue, est déjà sous le feu des critiques !

## Thème 1 : L'influence communautaire dans l'ouverture à la concurrence et à la régulation en France du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

Dans son exposé des motifs, le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ne faisait pas référence à une quelconque injonction ou influence communautaire. N'y en avait-il réellement aucune ?

Certes, il n'y avait aucune disposition de droit communautaire dérivé s'appliquant au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, mais le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne était applicable aux jeux d'argent et de hasard et ceux-ci ont été qualifiés de « services » au sens du Traité par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

La Cour de Justice s'est alors interrogée à plusieurs reprises sur le point de savoir si un Etat membre peut empêcher des prestataires de services d'autres Etats membres de proposer des jeux et paris en direction de son territoire, soit en créant un établissement, soit en libre prestation de services. Dans un premier temps, la Cour de Justice a laissé une large marge d'appréciation aux Etats pour réguler le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Mais depuis 2003, sa jurisprudence s'est infléchie dans un sens plus favorable à l'ouverture à la concurrence et elle opère un contrôle strict de la proportionnalité des mesures mises en place par l'Etat au regard des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique invoquées, ou au regard des raisons impérieuses d'intérêt général.

Cette inflexion initiée par la Cour de Justice a été fortement amplifiée par la Commission Européenne qui a engagé des procédures contre onze États membres, dont la France à qui elle a enjoint de modifier sa législation.

De plus, en tant que premiers juges communautaires, les juges de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat ont également subi l'influence communautaire et se sont placées dans la lignée de la jurisprudence communautaire.

## Thème 2 : Regards sur la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 et sur sa conformité au droit communautaire

La réglementation française des jeux d'argent et de hasard en ligne a été modifiée par la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

L'ancien dispositif fondé autour du duopole de la Française des Jeux et du Pari Mutuel Urbain était contraire au droit communautaire. Le projet de loi ne prenait encore « *pas la pleine mesure du droit communautaire* », selon l'expression de certains auteurs. La loi dans sa version définitive est-elle conforme au droit communautaire ?

La France et la Commission européenne ont toutes deux fait des concessions pour que la loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne soit en conformité au droit communautaire.

Cela est notamment flagrant s'agissant du principe de reconnaissance mutuelle des agréments que la Commission européenne aurait aimé voir figurer dans la loi française, mais qu'elle a abandonné, se contentant de l'insertion dans la loi d'une obligation de prise en compte des contrôles subis par un opérateur dans un autre Etat membre.

Mais la France n'a pas cédé aux injonctions de la Commission sur tous les points. Certaines dispositions de la loi semblent porter atteinte à la libre prestation de services. Pire encore, certaines dispositions semblent faire échec à la libre concurrence, alors même que la loi est « relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ».

Cette non-conformité partielle de loi au droit communautaire ne peut pas être sans conséquences pour la France. La compatibilité du nouveau dispositif avec les règles communautaires étant discutable, les pouvoirs publics français prendront-ils le risque de sanctionner un opérateur communautaire non agréé en France ? De telles actions en justice donneraient à ces opérateurs non agréés l'occasion de contester la compatibilité du nouveau régime légal français aux règles communautaires.

### Thème 3 : L'usage de la dénomination des acteurs sportifs par les opérateurs de paris en ligne

Les dénominations des acteurs sportifs sont généralement déposées à titre de marque, ce qui leur confère un monopole d'exploitation. Or, dans le cadre de leur activité, les opérateurs de paris en ligne ont besoin d'utiliser ces dénominations pour indiquer les rencontres sportives objets du pari qu'ils organisent. Dans bien des cas, ils se sont arrogés ce droit sans aucune concession.

Etant par ailleurs diplômée d'un Master en Droit de la Propriété Industrielle, il me semblait intéressant de revenir sur ce sujet situé à la frontière du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle et qui a fait l'objet de nombreux arrêts ces derniers temps. Les tribunaux se sont en effet prononcés sur la question de savoir si l'utilisation par les opérateurs de paris en ligne des marques sportives des organisateurs sportifs était condamnable sur le terrain de la contrefaçon ou de la concurrence parasitaire. La jurisprudence a été assez mouvante, opposant notamment la première chambre de la cour d'appel de Paris admettant ces deux moyens et sa deuxième chambre les rejetant plus récemment. L'incertitude demeure, notamment du fait de l'absence d'arrêt de la Cour de cassation ; les organismes sportifs sont donc dans la plus grande insécurité juridique.

Il paraissant donc opportun que les droits des clubs sportifs sur leurs signes distinctifs soient réaffirmés et renforcés par leur législateur. On a cru que la loi du 12 mai 2010 le ferait. Mais la nouvelle loi s'est avérée très décevante. D'une part, elle n'a pas réglé la question de savoir si le monopole d'exploitation des organisateurs sportifs comprend le droit d'organiser des paris, ainsi que le prévoyait le projet de loi ; ou si une telle inclusion porterait atteinte à la libre prestation de services, ce que pensait la Commission européenne. D'autre part, la nouvelle loi prévoit au profit des organismes sportifs un droit de concession des actifs incorporels, mais on peut s'interroger sur la motivation à conclure un contrat de concession alors que l'usage des marques a dernièrement été considéré non contrefaisant.

Des éclairages jurisprudentiels sont donc encore très attendus.

## Sommaire

Introduction générale.....	10
Thème 1 : .....	14
L'influence communautaire dans l'ouverture à la concurrence et à la régulation en France du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne .....	14
Introduction.....	15
I. L'influence des textes et de la jurisprudence communautaires sur les Etats membres .....	16
A. La faible influence des textes communautaires .....	17
1°) L'absence de directive d'harmonisation .....	17
2°) La partielle invocabilité des grandes libertés .....	18
B. L'interprétation évolutive des textes par la Cour de Justice de l'Union Européenne....	20
1°) La marge d'appréciation laissée par la Cour de Justice aux Etats membres .....	21
2°) L'inflexion de la jurisprudence de la Cour de Justice vers une appréciation sévère des restrictions aux jeux .....	21
3°) Les limites à l'application des règles du marché intérieur aux jeux en ligne .....	23
II. L'injonction ou l'influence communautaire sur le système français ? .....	24
A. La remise en question de la législation par la Commission européenne .....	25
1°) Les injonctions de la Commission européenne .....	25
2°) L'avis de la Commission européenne sur le projet de loi .....	26
B. Le doute semé dans la jurisprudence française .....	27
1°) Le ralliement de la Cour de cassation à la Cour de Justice .....	27
2°) Les interrogations du Conseil d'Etat.....	28
Conclusion : .....	29

Thème 2 : .....	30
Regards sur la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 et sur sa conformité au droit communautaire	30
 Introduction : .....	 31
I. La mise en conformité de la loi au droit communautaire .....	32
A. Les modifications opérées par la France pendant le processus législatif.....	32
B. Les concessions faites par la Commission européenne .....	33
1°) Son souhait avorté : l’insertion dans la loi d’un principe de reconnaissance mutuelle .....	33
2°) Sa concession : l’insertion d’une obligation de prise en compte des contrôles subis par l’opérateur de jeux dans un autre Etat membre .....	34
II. Le maintien de spécificités françaises .....	36
A. Le maintien de dispositions contraires au droit communautaire .....	36
1°) Des dispositions portant atteinte à la libre prestation de services.....	36
2°) Des dispositions portant atteinte à la libre concurrence .....	37
B. Les risques encourus par la France .....	38
 Conclusion : .....	 39
  Thème 3 : .....	  40
L’usage de la dénomination des acteurs sportifs par les opérateurs de paris en ligne .....	40
 Introduction : .....	 41
I. Une jurisprudence mouvante et peu accommodante avec les titulaires de marques sportives .....	42
A. Vers un rejet du grief de contrefaçon.....	42
1°) Le grief de contrefaçon écarté en aval sur le fondement de l’exception de référence	42
2°) Le grief de contrefaçon écarté en amont par le non-usage à titre de marque .....	44
B. Vers le rejet du grief de parasitisme .....	45
II. Une nouvelle loi décevante pour les titulaires de marques sportives .....	47
A. L’incertitude sur l’atteinte portée par le droit aux paris sportifs à la liberté de prestation de services .....	47

B. La double incertitude sur le droit de concession de marque des organisateurs sportifs	49
1°) La non-définition des actifs incorporels	50
b) La difficile conciliation du nouvel article L. 333-1-3 du code du Sport et des derniers arrêts de la cour d'appel de Paris	50
Conclusion	51

## Introduction générale

Historiquement, le sport a toujours suscité des pronostics et donc des paris.

Le secteur des jeux d'argent constitue une source importante de revenus pour les Etats. C'est même une activité économique en forte expansion, soutenue par l'augmentation régulière des mises des parieurs et par la multiplication des événements sportifs.

Il s'agit également d'une activité qui a toujours été contrôlée pour un motif de santé publique – le risque de dépendance pour les joueurs –, et pour des impératifs de sécurité publique - il faut limiter les fraudes et les activités criminelles, le blanchiment d'argent notamment - auxquels les jeux et paris peuvent donner lieu. Ainsi, en France, des dispositions visent à détourner les particuliers de cette activité. L'article 1965 du code civil dispose que « *la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari* » et l'article 1967 du code civil prévoit que « *Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie* ».

De fait, les gouvernements se trouvaient donc fréquemment en situation de conflit d'intérêts entre l'opportunité d'alimenter le budget de l'Etat via un prélèvement sur les enjeux ou sur le chiffre d'affaires des opérateurs, et la nécessaire préservation de l'ordre public et social.

Faute d'adoption d'une directive communautaire, les Etats membres étaient apparemment libres de réglementer à leur convenance le secteur des jeux d'argent et de hasard.

Certains Etats, tels que Malte, ont parié sur une reconnaissance mutuelle des agréments et ont donc privilégié l'attractivité de leur réglementation juridique et fiscale. D'autres Etats, tels que l'Allemagne, la Belgique, le Danemark ou la France ont privilégié la protection du consommateur et ont une réglementation stricte autour d'un monopole public.

En France, il existe donc des interdictions spécifiques qui couvrent les jeux d'argent et de hasard. La loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries dispose ainsi que les loteries de toute espèce sont prohibées. La loi du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard dispose

qu'est puni le fait de participer à la tenue d'une maison de jeux de hasard où le public est librement admis. La loi du 2 juin 1891 dispose quant à elle qu'aucun champ de courses ne peut être ouvert sans l'autorisation préalable du Ministre de l'Agriculture.

Des dérogations à ces interdictions permettent l'organisation de jeux d'argent et de hasard dans un cadre régulé. Ainsi, dans certaines communes, peuvent être ouverts des casinos. Des cercles de jeux au sein desquels sont pratiqués des jeux d'argent et de hasard peuvent aussi être autorisés par le Ministre de l'Intérieur. Les paris sur les courses de chevaux sont autorisés dans un cadre précisément organisé. La Française des jeux organise enfin des jeux de loterie sur le fondement de la loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général pour l'exercice 1933, et sur le fondement de la loi du 29 décembre 1984 pour les paris sportifs.

Mais ce système français réglementant les activités de jeux d'argent et hasard par des droits exclusifs accordés à la Française des Jeux, au Pari Mutuel Urbain et aux casinos apparaissait dépassé et contesté.

Dépassé tout d'abord par l'essor, ces dernières années, des sites internet de jeux et paris. La Française des Jeux avait été autorisée à développer des jeux en ligne et le Pari Mutuel Urbain organisait quant à lui des paris hippiques à distance ; mais de nombreux autres opérateurs de jeux, malgré leur interdiction d'exercer sur le territoire national, étaient de fait très accessibles et de plus en plus fréquentés par les internautes français. En mars 2009, avant l'ouverture du marché à la concurrence, le Ministère français du Budget recensait 25 000 sites illégaux dans le monde, dont 20% en langue française, et estimait que 75% des mises sur Internet en France étaient faites sur des sites illégaux<sup>1</sup>. L'Etat ne pouvait pas continuer à laisser en dehors du champ de l'impôt 75% du montant des mises faites en France. En outre, l'offre de ces jeux, proposée en violation des monopoles actuels et en toute illégalité, a été dénoncée comme dangereuse en terme d'addiction pour les joueurs.

Contestable ensuite au regard du droit communautaire. La Cour de Justice considère depuis quelques années que l'offre de jeux d'argent et de hasard constitue une prestation de services, et que donc les opérateurs communautaires doivent pouvoir les fournir sur le territoire d'un Etat membre dans le cadre de la liberté d'établissement ou en vertu de la libre prestation de services consacrés aux articles 49 et 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (anciens articles 43 et 49 du Traité instituant la Communauté

---

<sup>1</sup> Site du Ministère du Budget : [www.budget.gouv.fr](http://www.budget.gouv.fr) – Dossier de presse sur le projet de loi du 5 mars 2009

Européenne). Les opérateurs installés dans les pays les plus libéraux revendiquaient en effet la possibilité de conquérir de nouveaux marchés à l'exportation.

Faute d'adoption d'une directive communautaire également, le secteur des jeux d'argent et de hasard était soumis à la libre appréciation de la Commission Européenne, gardienne des traités. Il en est longtemps résulté une certaine insécurité juridique pour les Etats membres et une grande hétérogénéité pour les régimes nationaux applicables. La Commission européenne a demandé à l'Institut suisse de droit comparé d'effectuer une étude relative aux aspects juridiques et économiques des jeux de hasard dans le marché intérieur de l'Union européenne. S'appuyant alors sur la jurisprudence de la Cour de Justice pour mener à bien sa politique de libéralisation, elle a engagé des procédures contre différents États. Onze États membres se sont vus adresser soit une mise en demeure, soit un avis motivé.

Considérant que les restrictions à la libre prestation de services mises en œuvre en France à l'égard des paris sportifs n'étaient pas nécessaires, adéquates, non discriminatoires et strictement proportionnées, la France a fait l'objet le 27 juin 2007 d'un avis motivé par la Commission européenne lui demandant de modifier sa législation.

Un projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a alors été présenté à l'Assemblée Nationale le 25 mars 2009 par Monsieur Woerth, alors Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique. Tout en réaffirmant le rôle traditionnel de l'Etat en matière de jeux et paris, il tient compte de l'évolution économique du secteur sous l'influence du droit communautaire. Cette dernière motivation ne fait cependant pas partie des justifications évoquées dans l'exposé des motifs du projet de loi.

L'objectif d'adoption à temps du dispositif législatif pour pouvoir parier en ligne sur les résultats de la Coupe du Monde de Football en juin 2010 a accéléré le processus législatif. Le 12 mai 2010, la loi n° 2010-476 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>2</sup> a été promulguée. Elle prévoit que les opérateurs de jeux, proposant, sur Internet, une offre de paris sportifs, de paris hippiques ou encore de poker, pourront obtenir un agrément d'une durée de 5 ans renouvelable, sous réserve de respecter un cahier des charges. L'ARJEL (Autorité de Régulation des Jeux en Ligne) est chargée d'attribuer des agréments aux opérateurs, de contrôler leur activité et de participer, en ligne avec le ministère de l'Intérieur et le ministère de la Justice, à la lutte contre

---

<sup>2</sup> Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne : Journal Officiel 13 mai 2010

l'offre illégale. Avant la France, d'autres Etats membres s'étaient dotés d'un organe de contrôle spécifique en matière de jeux d'argent et de hasard, chargé d'appliquer la politique des jeux et de surveiller les différents opérateurs : ainsi au Royaume-Uni, le *Gambling Act* de 2005 a ainsi créé un établissement public autonome ou encore, à Malte, la *Lotteries and Gaming Authority* est échargée du contrôle du secteur des jeux d'argent autorisés.

Mais, cette loi, à peine parue, est déjà sous le feu des critiques !

Elle ne mentionne pas, dans l'exposé des motifs de son projet, une quelconque influence communautaire qui aurait amené la France à se poser la question d'une ouverture à la concurrence (Thème 1). De plus, son champ d'application est limité à un certain nombre de jeux et paris, et la conformité au droit communautaire de la loi dans sa version définitive est discutable (Thème 2). En outre, cette loi ne contient aucune disposition en ce qui concerne l'utilisation par les opérateurs des dénominations des acteurs sportifs, et l'on voit déjà poindre des actions en contrefaçon et en concurrence parasitaire, des atteintes à la libre prestation de services (Thème 3).

**Thème 1 :**

**L'influence communautaire dans l'ouverture à la concurrence et à la régulation en France du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne**

## Introduction :

Dans son exposé des motifs, le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>3</sup>, présentait comme justification de son adoption « *le fort développement du marché des jeux sur Internet en provenance d'opérateurs non autorisés par l'Etat* », mais ne faisait pas référence à une quelconque injonction ou influence communautaire.

Peut-on dire réellement dire que l'Union Européenne n'a eu aucune influence dans l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ?

Si la multiplication de l'offre de jeux en ligne non autorisée a bien sûr incité le ministère du Budget à établir un projet de loi, la rapide<sup>4</sup> mise en œuvre du projet provient très certainement de l'insistance des instances communautaires pour que les monopoles de la Française des Jeux sur les loteries et du Pari Mutuel Urbain sur les paris hippiques soient remis en cause. En effet, la Cour de Justice de l'Union Européenne et la Commission européenne se sont positionnées en faveur de la libéralisation du secteur des jeux d'argent et de hasard. La loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne visait donc à mettre en conformité le droit français au droit communautaire.

Si l'influence communautaire sur l'évolution de notre dispositif semble avérée, peut-on aller jusqu'à dire que l'Union Européenne a exercé une contrainte sur la France pour qu'elle abolisse son duopole ?

Plusieurs auteurs, notamment Doris Marcelessi et Virginie Bensoussan-Brulé, avocats au Barreau de Paris, considéraient que l'adaptation de la législation française était « *nécessaire* » et que « *sous la pression des autorités communautaires la France était contrainte de faire évoluer sa réglementation sur les jeux d'argent en ligne* »<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, présenté au nom de M. François Fillon, par M. Eric Woerth, Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 25 mars 2009.

<sup>4</sup> Le rapport Durieux date de mars 2008 et la loi a été promulguée le 12 mai 2010.

<sup>5</sup> Gazette du Palais, 25 octobre 2008, n° 299, p. 23, *Le cadre juridique des jeux et paris en ligne*, Doris Marcelessi et Virginie Bensoussan-Brulé

Mais le sénateur Ambroise Dupont n'est pas d'accord avec ces auteurs, et déclare dans son avis du 28 janvier 2010<sup>6</sup> que « *contrairement à ce qui a pu être avancé* », le droit communautaire n'imposait pas une ouverture à la concurrence. Selon lui, le droit communautaire demande simplement que les mesures de régulation soient justifiées par des motifs d'intérêt général, proportionnées et exemptes de tout caractère discriminatoire.

En fait, il semblerait que d'une manière générale, l'Union Européenne ait exercé une influence en remettant en cause les législations restrictives des Etats membres sur les jeux d'argent en ligne (I). Mais comme l'indique la mission conduite par Bruno Durieux<sup>7</sup>, nombreuses étaient encore « *les incertitudes du cadre juridique communautaire actuel qui résultent de l'absence de directive réglementant le secteur des jeux au sein de l'Union et d'une jurisprudence qui semble claire sur les principes mais qui permet des interprétations variées quant aux modalités de mise en œuvre des réglementations nationales* ». La Communauté a donc, de manière plus ciblée, exercé une influence, voire une contrainte sur la France pour qu'elle fasse évoluer sa législation (II).

## **I. L'influence des textes et de la jurisprudence communautaires sur les Etats membres**

Le sénateur François Trucy dans son rapport du 19 janvier 2010<sup>8</sup> explique que le secteur des jeux d'argent et de hasard se présente comme « *le creuset de deux légitimités concurrentes : celle des Etats qui entendent garantir l'ordre public et social, et celle des traités européens et des grandes libertés économiques* ». A partir de ce constat, on peut envisager l'influence communautaire en matière de jeux d'argent et de hasard de deux points

---

<sup>6</sup> Avis présenté par M. Ambroise Dupont au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 janvier 2010.

<sup>7</sup> Rapport de la mission sur l'ouverture du marché des jeux d'argent et de hasard, confiée à Bruno Durieux, inspecteur général des finances. Mars 2008.

<sup>8</sup> Rapport fait par M. François Trucy, au nom de la Commission des finances sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 janvier 2010.

de vue : du point de vue des textes communautaires (A), et du point de vue de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui se prononce sur les revendications des monopoles publics des Etats membres (B).

### **A. La faible influence des textes communautaires**

Selon un raisonnement plusieurs fois utilisé par les institutions communautaires en l'absence de directive d'harmonisation (1°), la politique d'ouverture du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne s'est appuyée sur l'application directe du Traité, l'invocation des grandes libertés communautaires (2°).

#### 1°) L'absence de directive d'harmonisation

Il n'existe pas de droit communautaire dérivé s'appliquant au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

D'une part, parce qu'aucune directive spécifique ne régit le secteur des jeux en ligne au sein de l'Union.

D'autre part, parce que les jeux d'argent ont été exclus de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ainsi que de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur qui en son considérant 25 justifie cette exclusion par « *la spécificité de ces activités qui entraînent de la part des Etats membres la mise en œuvre de politiques touchant à l'ordre public et visant à protéger les consommateurs* ». Les jeux ont aussi été exclus de la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 sur les services de médias audiovisuels.

On pourrait se demander pourquoi le secteur des jeux d'argent et de hasard a été exclu du champ des directives communautaires...

Pour le Professeur Péraldi Leneuf<sup>9</sup>, cette exclusion est certainement le fruit d'un lobbying actif de la part des loteries nationales ou des monopoles nationaux. Elle correspond aussi et surtout à l'absence de sens commun, de tradition commune dans un domaine exclusivement orienté vers le gain et sujet à d'importantes divergences quant à la protection à apporter aux utilisateurs et à la fiscalité du jeu, domaine par excellence de souveraineté.

---

<sup>9</sup> La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence : à propos de l'arrêt Santa Casa, Fabienne Péraldi Leneuf, Revue trimestrielle de droit européen, 2010, p.7

L'exclusion des jeux d'argent et de hasard du champ des directives est également à rapprocher des arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union Européenne qui, jusqu'en 2003, avait fait le choix de laisser une grande marge d'appréciation aux Etats pour réguler le secteur des jeux d'argent et de hasard (Voir infra I.B.1°).

Il faut aussi peut-être tirer des conclusions de cette absence de directive communautaire en la matière.

Cette absence de directive signifie-t-elle que les Etats membres sont très libres de réglementer le secteur à leur convenance ? Une étude de droit comparé permet d'observer que la réglementation du marché diffère en effet assez largement d'un Etat à l'autre.

Par ailleurs, il faut bien sûr déduire de cette absence de directive, que c'est donc le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui va trouver application.

## 2°) La partielle invocabilité des grandes libertés

L'article 26 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 14 du Traité instaurant la Communauté Européenne) prévoit l'instauration entre les Etats membres d'un marché intérieur caractérisé par la libre circulation, notamment des capitaux (a), des services (b) et des personnes (c).

### *a) L'applicabilité de la liberté de circulation des capitaux ?*

Le secteur des jeux d'argent et de hasard constitue une source importante de revenus pour les Etats.

Il est donc légitime de se demander si la libre circulation des capitaux de l'article 63 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 56 du Traité instituant la Communauté Européenne), qui dispose que « *toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites* », ne pourrait pas être invocable.

Dans l'affaire Liga Portuguesa<sup>10</sup> la juridiction de renvoi invitait en effet la Cour de Justice à donner son interprétation de l'article 56 du Traité instituant la Communauté

---

<sup>10</sup> Cf infra

Européenne, outre les articles 43 et 49 de ce même Traité. La Cour de Justice des Communautés Européennes (devenue Cour de Justice de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) a constaté que de telles restrictions aux mouvements de capitaux « *ne seraient que la conséquence des éventuelles restrictions imposées à la libre prestation de services* »<sup>11</sup>. Ainsi, la Cour de Justice s'est concentrée sur cette dernière liberté, sur laquelle il faut à présent revenir.

*b) L'application de la liberté de prestation de services*

Dans trois arrêts Schindler de 1994, Laara et Zenatti de 1999<sup>12</sup>, la Cour de Justice des Communautés Européennes (devenue Cour de Justice de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) a qualifié les jeux d'argent et les paris sportifs d'activités de services.

Les opérateurs bénéficient donc du principe de libre prestation de services de l'article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 49 du Traité instituant la Communauté Européenne) qui dispose que : « *Les restrictions à la libre prestation de services à l'Intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation* ».

Il est toutefois surprenant de voir qu'alors que la Cour de Justice s'accorde ainsi depuis plusieurs années à dire que les activités de jeux sont des services, ces activités aient été exclues de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (Voir infra I.A.1°).

En outre, en qualité d'entreprises communautaires, les opérateurs bénéficient de la liberté d'établissement l'article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 43 du Traité instituant la Communauté Européenne).

---

<sup>11</sup> Point 47

<sup>12</sup> CJCE, 24 mars 1994, C-275/92, Schindler, RTD eur. 1994. 465, obs. J.-G. Huglo ; CJCE, 21 septembre 1999, C-124/97, Laara et CJCE, 21 octobre 1999, C-67/98, Zenatti.

c) *L'applicabilité de la liberté d'établissement ?*

L'article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 43 du Traité instituant la Communauté Européenne) dispose que « *Les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites* ».

Cette liberté d'établissement est-elle invocable quand les jeux se développent exclusivement sur Internet ? Dans l'affaire *Liga Portuguesa*<sup>13</sup>, la Cour avait relevé que l'opérateur « *exerce ses activités au Portugal exclusivement par l'Internet, sans passer par des intermédiaires situés au Portugal* ». De plus, il ne ressortait pas du dossier que l'opérateur « *aurait eu l'intention de s'établir au Portugal* ». Donc « *rien n'indique que les dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement puissent être applicables au litige au principal* »<sup>14</sup>. La liberté d'établissement ne semble donc pas applicable au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

Le texte du Traité demeurant assez général, la Cour de Justice de l'Union Européenne est venue apporter quelques précisions pour son application au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

**B. L'interprétation évolutive des textes par la Cour de Justice de l'Union Européenne**

La Cour de Justice s'est interrogée à plusieurs reprises sur le point de savoir si un Etat membre peut empêcher des prestataires de services d'autres Etats membres de proposer des jeux et paris en direction de son territoire, soit en créant un établissement, soit en libre prestation de services.

Dans un premier temps, la Cour de Justice a laissé une large marge d'appréciation aux Etats pour réguler le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1°). Mais depuis 2003, sa

---

<sup>13</sup> Cf infra

<sup>14</sup> Point 46

jurisprudence s'est infléchi dans un sens plus favorable à l'ouverture à la concurrence (2°). Toutefois, les derniers arrêts ont semé le doute sur la continuité de cet infléchissement (3°).

### 1°) La marge d'appréciation laissée par la Cour de Justice aux Etats membres

Dans l'arrêt Schindler où elle traite pour la première fois un litige dans le secteur des loteries, la Cour de Justice considère que les particularités de l'activité de jeux « *justifient que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs et, plus généralement, compte tenu des particularités socio-culturelles de chaque Etat membre (...). Dans ces conditions, il leur revient d'apprécier, non seulement s'il est nécessaire de restreindre les activités de loteries, mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoires* »<sup>15</sup>.

On pressent ici l'application de l'article 52 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 46 du Traité instituant la Communauté Européenne) qui prévoit que, « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » peuvent justifier des mesures dérogatoires. Si ces restrictions ont été admises, rapidement la jurisprudence de la Cour de Justice s'est infléchi vers une appréciation sévère de ces restrictions.

### 3°) L'inflexion de la jurisprudence de la Cour de Justice vers une appréciation sévère des restrictions aux jeux

Rapidement, le juge communautaire a décelé une contradiction entre les motifs de préservation de l'ordre public avancés par les Etats pour justifier les monopoles attribués à des organismes contrôlés par l'Etat, et la politique d'expansion poursuivie par certains Etats dans ce domaine.

---

<sup>15</sup> Précité, Point 63

Il a donc, à partir d'un arrêt Gambelli du 6 novembre 2003<sup>16</sup>, opéré un contrôle strict de la proportionnalité des mesures mises en place par l'Etat au regard des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique invoqués, ou au regard des raisons impérieuses d'intérêt général. En l'espèce, il avait été décidé que la législation italienne interdisant à une société cotée étrangère de pratiquer des jeux en ligne était contraire aux articles 43 et 49 du Traité instituant la Communauté Européenne (devenus articles 49 et 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009), dans la mesure où l'exigence légale de connaître les personnes physiques pratiquant cette activité n'était pas proportionnée à l'objectif de lutte contre la criminalité. La Cour a considéré que les Etats membres ne sont fondés à limiter l'offre de jeux émanant d'autres Etats que s'ils ont mis en place une « *politique de canalisation du jeu cohérent et systématique* »<sup>17</sup>.

De la même manière, dans un arrêt Placanica du 6 mars 2007<sup>18</sup>, tout en confirmant qu'un système de concession peut constituer un mécanisme effectif de contrôle du secteur des jeux d'argent et de hasard, le juge communautaire a estimé que l'exclusion des sociétés de capitaux cotées en Bourse des appels d'offre pour l'attribution des concessions allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

Cette inflexion initiée par la Cour de Justice a été fortement amplifiée par la Commission Européenne, dont l'objectif était d'ouvrir à la concurrence le marché des jeux et paris, et de supprimer progressivement les entraves à la prestation transfrontalière de cette catégorie de services. Elle a demandé à l'Institut suisse de droit comparé d'effectuer une étude relative aux aspects juridiques et économiques des jeux de hasard dans le marché intérieur de l'Union européenne, puis a engagé des procédures contre onze États membres qui se sont vus adresser soit une mise en demeure, soit un avis motivé (Voir infra II.A.).

---

<sup>16</sup> CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli, C-243/01

<sup>17</sup> Point 67

<sup>18</sup> CJCE, 6 mars 2007, Placanica, affaires jointes, C-338/04, C-359/04 et C-360/04

## 2°) Les limites à l'application des règles du marché intérieur aux jeux en ligne

Jusque-là, la jurisprudence communautaire s'accordait à juger que les jeux d'argent et de hasard en ligne entrent bien dans le champ d'application matériel du droit de l'Union Européenne.

Mais dans un arrêt du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin contre Departamento de Jogos da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, la Cour de Justice<sup>19</sup> a adopté une logique se démarquant de celle du marché intérieur en légitimant un système monopolistique. Elle a jugé que le Portugal était en droit d'interdire à l'opérateur Bwin, établi à Gibraltar, de proposer des loteries et paris sportifs sur Internet, afin de prévenir l'exploitation de jeux de hasard par Internet à des fins frauduleuses ou criminelles. Elle a affirmé que « *l'article 49 du Traité instituant la Communauté Européenne (devenu article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) ne s'oppose pas à une réglementation d'un Etat membre qui interdit à des opérateurs établis dans d'autres Etats membres où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'internet sur le territoire dudit Etat membre* »<sup>20</sup>. En fait, elle affirme qu'il existe bien une restriction à la libre prestation de services, mais qu'elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Cet arrêt marque le rejet du principe de reconnaissance mutuelle car, en l'absence d'harmonisation communautaire en matière de réglementation des jeux de hasard en ligne, le seul fait qu'un opérateur œuvre depuis un autre Etat membre ne l'autorise pas à proposer des services dans un Etat sans qu'il ait obtenu de celui-ci un agrément.

Certains auteurs parlent de « *revirement* »<sup>21</sup>. Mais le Sénateur François Trucy dans son rapport du 19 janvier 2010<sup>22</sup> estime que cette décision « *manifeste plutôt un retour à la jurisprudence des arrêts Schindler de 1994 et Laara de 1999 qu'un revirement substantiel* ».

---

<sup>19</sup> CJCE, C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin contre Departamento de Jogos da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, Rev. Jur. Eco. Sport, n° 93, déc. 2009, p. 53, obs F. Fajgenbaum et M-C. Boutard ; Cah. Dr. Sport, 2009, n° 17. 172, note Forti et .182, note Miège ; Jeux en ligne et droit communautaire : RLDI 2009/52, n° 1721, obs. Costes L. ; Dépêches J.-Cl, 9 septembre 2009, n° 933 ; Le monopole d'Etat sur les paris en ligne doit être justifié par des raisons d'intérêt général, AJDA 2009, p. 1584 ; La CJCE se prononce sur le monopole d'exploitation des jeux de hasard en ligne, Dalloz actualité, 14 sept. 2009, obs. Lavric S. ; AJDA 2009, p. 2184, note M. Le Roy ; D. 2009, p. 2585, note J. Clergerie.

<sup>20</sup> Point 73

Lorsque cet arrêt est paru, on s'est demandé si cette décision de la Cour de Justice était susceptible d'avoir des conséquences sur les travaux parlementaires en cours en France. Mais il n'en fut rien, car d'autres éléments militaient en faveur d'une modification de la législation française, et notamment le poids des lobbys et la difficulté à réglementer l'Internet. Enfin, plusieurs auteurs et parlementaires<sup>23</sup> s'accordent à dire que cet arrêt est un « *cas d'espèce difficilement transposable à la France* », car la Française des Jeux et le Pari Mutuel Urbain ne sont pas, à la différence du monopole portugais, des organismes à vocation sociale. D'ailleurs, un mois après que cet arrêt soit rendu, le 13 octobre 2009, l'Assemblée Nationale a adopté en première lecture le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a repris la solution *Liga Portuguesa* dans deux arrêts du 3 juin 2010<sup>24</sup>.

Ces évolutions de la jurisprudence de la Cour de Justice ont généré une certaine confusion sur le droit applicable en France.

## **II. L'injonction ou l'influence communautaire sur le système français ?**

Tant la législation française (A), que la jurisprudence française (B) ont été considérablement fragilisées et remises en question par les injonctions (A), ou plus subtilement sous l'influence (B) de la Communauté.

---

<sup>21</sup> Loi « jeux en ligne » : tout est prêt pour la Coupe du monde, Luc Grynbaum, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 06-2010, n° 61, Perspectives – Réflexions croisées ; Jeux et paris en ligne – Revirement de la CJCE : faites vos jeux, Luc Grynbaum, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 10-2009, n° 53, Actualités

<sup>22</sup> Précité, Page 22

<sup>23</sup> Rapport fait par M. Jean-François LAMOUR, au nom de la Commission des Finances, de l'Economie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 février 2010.

<sup>24</sup> CJUE, 3 juin 2010, Sporting Exchange c/ Minister von Justitie et Ladbrokes Betting & Gaming C-203/08, et Ladbrokes Betting & Gaming, Ladbrokes International c/ Stichting de Nationale Sporttotalisator

## **A. La remise en question de la législation par la Commission européenne**

En France, l'encadrement juridique présenté en introduction avait été pensé pour le jeu en dur, et permettait donc le développement d'un marché de fait des jeux d'argent et de hasard en ligne. Cette situation était très insatisfaisante.

La Commission Européenne, en tant que gardienne des Traités, est intervenue, dans un premier temps pour enjoindre à la France de modifier sa législation (1°), et dans un second temps exprimant son avis sur le projet de loi d'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (2°).

### 1°) Les injonctions de la Commission européenne

La Commission européenne s'est penchée sur la question de la conformité au droit communautaire de notre système duopolistique de jeux.

La procédure d'infraction prévue à l'article 258 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 226 du Traité instituant la Communauté Européenne) a été engagée à l'encontre de la France. Cet article dispose que « *Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne.* »

Une mise en demeure a été adressée le 12 octobre 2006 par la Commission à la France : elle demandait officiellement des informations concernant les dispositions de la législation française restreignant la fourniture des paris sportifs.

Après avoir examiné la réponse de la France, la Commission lui a envoyé, le 27 juin 2007, un avis motivé en lui ordonnant de changer sa législation sur les paris sportifs. Elle mettait en doute le fondement des restrictions françaises aux libertés communautaires, notamment leur nécessité, leur adéquation et leur caractère non-discriminatoire. Elle considérait qu'en imposant des restrictions sur la prestation et la promotion des services de paris sportifs par des opérateurs légalement établis et qui ont légalement obtenu des licences

dans un autre Etat membre de l'espace économique européen, et qu'en ne poursuivant pas une politique visant à réduire les occasions de jeux d'une manière cohérente et systématique, la France avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 du Traité instituant la Communauté Européenne (devenu article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) sur la libre prestation de services.

L'avis motivé est l'étape ultime avant la saisine de la Cour de Justice : la menace d'une procédure en manquement pesait donc sur la législation française...

Afin de se conformer à la règle communautaire, le Gouvernement français a présenté au printemps 2008 un avant-projet de loi. Mais la Commission Européenne a, à nouveau, du intervenir.

## 2°) L'avis de la Commission européenne sur le projet de loi

Conformément à la directive du 22 juin 1998 relative à la procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques<sup>25</sup>, les Etats membres sont tenus, avant de les adopter, de notifier à la Commission européenne et autres Etats les projets de lois concernant les produits et les services dans la société de l'information, tels que les jeux et paris en ligne. La notification d'un texte entraîne une période de statu quo de trois mois, durant laquelle le projet de loi ne peut pas être adopté.

Le 8 juin 2009, la Commission a adressé un avis circonstancié<sup>26</sup> demandant au Gouvernement de revoir le projet de loi sur plusieurs points. Ce dernier lui a adressé une réponse et des informations complémentaires, et a surtout modifié sur certains points son projet de loi.

De cette fragilisation et évolution prévisible de la législation française, a découlé une fragilisation de la jurisprudence française.

---

<sup>25</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques

<sup>26</sup> Avis circonstancié de la Commission européenne, 8 juin 2009, Notification 2009/0122/F

## **B. Le doute semé dans la jurisprudence française**

Cette partie sur la jurisprudence française dans une étude sur l'influence communautaire ne doit pas surprendre : **le premier juge communautaire est en effet le juge national.**

Bien que la jurisprudence communautaire n'ait jamais visé la France, elle faisait planer une importante menace sur le système français des jeux et paris. La Cour de cassation (1<sup>o</sup>) et le Conseil d'Etat (2<sup>o</sup>) dans l'affaire Zeturf sont venus porter un « coup de grâce », selon l'expression du Professeur Grynbaum<sup>27</sup>, à nos monopoles.

### 1<sup>o</sup>) Le ralliement de la Cour de cassation à la Cour de Justice

La Cour de cassation a mis en doute la conformité du droit français au droit communautaire.

Le Pari Mutuel Urbain a engagé une action à l'encontre d'une société de droit maltais, la société Zeturf, qui proposait aux internautes français, via son site internet, de miser sur des courses françaises de chevaux. Le Pari Mutuel Urbain invoqua son monopole.

Le Tribunal de grande instance de Paris a relevé que « *c'est au Pari Mutuel Urbain qu'a été confiée la gestion relative à l'organisation par les sociétés de courses autorisées du paris mutuel en dehors des hippodromes* » ; en conséquence « *la prise de paris en ligne cause bien un trouble manifestement illicite au Pari Mutuel Urbain, dès lors qu'elle n'a pas été autorisée* ». Le juge a donc ordonné à la société Zeturf de mettre fin à son activité de prise de paris en ligne sur les courses de chevaux organisées en France.

La société Zeturf a fait appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris, mais celle-ci a confirmé la solution rendue en première instance.

---

<sup>27</sup> Projet de loi jeux et paris en ligne : une ouverture mesurée à la concurrence partiellement conforme au droit communautaire, Luc Grynbaum, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 05-2009, n<sup>o</sup> 49 Perspectives Analyse

La société Zeturf a alors formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Le 10 juillet 2007, le juge de cassation<sup>28</sup>, a cassé l'arrêt de cour d'appel, se fondant sur le principe communautaire de libre prestation de services et faisant explicitement référence à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Elle déclare qu'il en résulte « *qu'une restriction à la libre prestation de services, découlant d'une autorisation limitée des jeux d'argent dans le cadre de droits spéciaux ou exclusifs accordés ou concédés à certains organismes, peut être justifiée soit au regard de l'objectif consistant à prévenir l'exploitation des jeux de hasard à des fins criminelles ou frauduleuses en les canalisant dans des circuits contrôlables, soit au regard de l'objectif tenant à la réduction des occasions de jeux et, que cette restriction ne peut être justifiée au regard de ce dernier objectif que si la réglementation qui la prévoit répond, au vu de ses modalités concrètes d'application, au souci de réduire véritablement les occasions de jeux et de limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique, ce qui est exclu lorsque les autorités nationales adoptent une politique expansive dans le secteur des jeux afin d'augmenter les recettes du trésor public* ». Elle en déduit que le monopole accordé au Pari Mutuel Urbain ne peut être justifié.

Parallèlement, le Conseil d'Etat<sup>29</sup>, saisi d'une requête de la société Zeturf tendant à l'annulation du refus du Gouvernement d'abroger l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 27 du décret du 5 mai 1997 qui officialise le monopole du Pari Mutuel Urbain, a, à son tour, décidé de suivre la position du droit communautaire.

## 2°) Les interrogations du Conseil d'Etat

Depuis l'arrêt Nicolo<sup>30</sup>, il est bel et bien admis que le juge administratif est le juge de droit commun de l'application du droit de l'Union Européenne.

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 9 mai 2008, a entendu, là encore, se placer dans la lignée de la jurisprudence communautaire : d'une part en citant les affaires Gambelli et

---

<sup>28</sup> Cass, com, 10 juill. 2007, n° 06-13.986 : JurisData n° 2007-040137, Bull.civ.2007, n° 186 ; Rev.jur. éco. sport, n° 84, 2007. 100, obs. J-P. Boucheron

<sup>29</sup> Cons. d'Etat, 9 mai 2008, aff. 287503

<sup>30</sup> CE, 20 octobre 1989, Nicolo. Lebon 190

Placanica ; d'autre part en décidant de surseoir à statuer et de poser deux préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés Européennes (devenue Cour de Justice de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) sur la compatibilité du monopole du Pari Mutuel Urbain avec le principe de libre prestation de services, et sur la manière dont l'atteinte à la libre prestation de services doit être appréciée.

### **Conclusion :**

L'influence communautaire dans la modification du dispositif français semble indéniable.

Mais, puisque d'autres Etats membres ont reçu cette influence et ces injonctions de la Communauté, on peut encore se demander si une harmonisation communautaire ne serait pas envisageable et souhaitable. Le député Jean-François LAMOUR, dans son rapport sur le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>31</sup> relève qu'une telle harmonisation est peu probable à moyen terme puisque le Parlement Européen a adopté le 10 mars 2009 une résolution sur l'intégrité des jeux d'argent en ligne selon laquelle, en vertu du principe de subsidiarité, les Etats membres demeurent compétents pour la réglementation des jeux en ligne, et estime qu' « *une approche purement axée sur le marché intérieur ne convient pas dans un domaine aussi sensible* ».

On peut alors redouter que les divergences d'interprétation perdurent.

---

<sup>31</sup> précité

**Thème 2 :**

**Regards sur la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010  
et sur sa conformité au droit communautaire**

## **Introduction :**

Dans plusieurs Etats membres, les législations restrictives encadrant les jeux d'argent et de hasard ont été mises en cause au regard des grands principes communautaires de libre prestation de services et de liberté d'établissement : ces restrictions n'étaient pas justifiées. Ainsi, par exemple, la législation française ou la législation suisse n'étaient pas considérées comme conformes au droit communautaire.

La réglementation française des jeux d'argent et de hasard en ligne a été modifiée par la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. L'objectif de mise en conformité du droit français au droit communautaire a-t-il été atteint ?

S'agissant du projet de loi, conformément à la directive 98/34/CE relative à la procédure d'information dans le domaine des normes techniques<sup>32</sup>, la Commission devait donner son avis avant le démarrage de la discussion parlementaire. L'avis qu'elle a rendu le 8 juin 2009 était un avis circonstancié, ce qui signifie qu'elle considérait que le projet de loi était susceptible d'engendrer des entraves à la liberté du commerce, des services ou d'établissement au sein de l'Union.

Elle soulignait, que la procédure d'agrément prévue par le projet de loi était en l'état incompatible avec le droit communautaire.

Elle remettait également en cause le plafonnement du taux de retour aux joueurs.

Elle critiquait le mécanisme de droit aux paris imposant aux opérateurs de négocier avec les fédérations sportives l'autorisation d'offrir de paris sur les compétitions sportives qu'elles organisent.

Enfin, l'obligation pour les opérateurs de disposer d'un représentant fiscal en France a été jugée disproportionnée par la Commission Européenne.

Le Gouvernement lui a adressé ses réponses le 8 juillet 2009 ; celles-ci n'ont pas suscité d'objection formelle de la Commission européenne.

---

<sup>32</sup> Directive 98/34/CE

Selon le sénateur Monsieur François Trucy<sup>33</sup>, cela laisse donc présumer la conformité du projet de loi au droit communautaire.

Mais d'autres auteurs ont critiqué le dispositif mis en place par le projet de loi dans la mesure où il ne prenait « pas la pleine mesure du droit communautaire »<sup>34</sup>. On rappellera d'ailleurs que l'exposé des motifs du projet de loi est silencieux sur l'influence communautaire, ce qui peut paraître révélateur...

Des modifications ont-elles été opérées pendant la discussion parlementaire afin d'assurer la mise en conformité de la loi au droit communautaire ?

Si l'objectif de mise en conformité du droit français au droit communautaire semble avoir été partiellement atteint (I), il n'en demeure pas moins que certaines des obligations de la loi demeurent des restrictions aux libertés fondamentales, et on peut douter que ces restrictions soient strictement nécessaires et proportionnées aux raisons impérieuses d'intérêt général qu'elles poursuivent, à savoir la lutte contre la fraude et le blanchiment d'argent, la protection des joueurs et des populations vulnérables, et la sécurité des opérations de jeux (II).

## **I. La mise en conformité de la loi au droit communautaire**

La France (A) et la Commission européenne (B) ont toutes deux fait des concessions pour que la loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne soit en conformité au droit communautaire.

### **A. Les modifications opérées par la France pendant le processus législatif**

Déjà dans le rapport Durieux en 2008<sup>35</sup>, toute première étape dans l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, certaines

---

<sup>33</sup> Rapport fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, par M. François Trucy, Sénateur. Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 janvier 2010.

<sup>34</sup> Le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence du marché des paris et des jeux sur Internet : le pari risqué du gouvernement, Sylvain JUSTIER, avocat associé Magenta, en collaboration avec Matthieu Relange, Contrats Concurrence Consommation, n° 7, Juillet 2009, alerte 50

dispositions posaient problème au regard du droit communautaire. Le rapport Durieux avait envisagé une condition d'installation sur le territoire français pour permettre une meilleure efficacité de la réglementation française par la possibilité de contrôles administratifs sur place. Cette condition, si elle avait été maintenue, aurait été considérée comme attentatoire à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services.

La France a elle-même pris note de ce risque d'entrave au droit communautaire et impose seulement que l'opérateur de jeux ou de paris en ligne ait son « *siège social établi, soit dans un Etat membre de la Communauté européenne, soit dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales* »<sup>36</sup>.

Mais cette suppression de la condition d'installation sur le territoire français est palliée par l'exigence de représentant fiscal, et nous verrons que sur ce point, la France n'a pas modifié son projet en réponse aux critiques de la doctrine et de la Commission européenne.

## **B. Les concessions faites par la Commission européenne**

Alors que la Commission européenne aurait aimé faire insérer dans la loi française un principe de reconnaissance mutuelle des agréments (1°) ; elle ne l'a pas fait, et s'est contentée de l'insertion dans la loi d'une obligation de prise en compte des contrôles subis par un opérateur dans un autre Etat membre (2°).

### 1°) Son souhait avorté : l'insertion dans la loi d'un principe de reconnaissance mutuelle

Dans son avis motivé de 2007, la Commission européenne<sup>37</sup> tendait à faire admettre un principe de reconnaissance mutuelle. Elle avait considéré comme incompatible avec le droit communautaire, le fait que le projet de loi interdise à tout opérateur de « *prouver que les*

---

<sup>35</sup> Rapport de la mission sur l'ouverture du marché des jeux d'argent et de hasard, confiée à Bruno Durieux, inspecteur général des finances. Mars 2008.

<sup>36</sup> Article 21 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

<sup>37</sup> Comm. CE, communiqué IP/07/909, 27 juin 2007 : Libre prestation de services : la Commission prend des mesures pour lever les obstacles à la libre prestation de services de paris sportifs en France, en Grèce et en Suède

*contrôles auxquels il est astreint dans son Etat d'établissement garantissent une protection équivalente à celle exigée par les autorités nationales ».*

Mais dans son avis circonstancié rendu le 8 juin 2009 sur le projet de loi, la Commission européenne<sup>38</sup> se montre plus nuancée.

2°) Sa concession : l'insertion d'une obligation de prise en compte des contrôles subis par l'opérateur de jeux dans un autre Etat membre

Dans son avis circonstancié, la Commission européenne ne demande pas que soit automatiquement accordé en France un agrément à un opérateur qui exercerait d'ores et déjà ses activités en toute légalité dans un autre Etat membre, mais insiste sur la nécessaire prise en compte par les autorités françaises appelées à se prononcer sur la demande d'agrément d'un tel opérateur, de la réglementation à laquelle celui-ci est déjà soumis dans cet autre Etat membre, et des obligations et contrôles auxquels il est soumis en application de cette réglementation. Concrètement, il s'agit ainsi de ne pas faire obstacle à la libre prestation de services en imposant à un opérateur des obligations faisant doublon avec celles pesant déjà sur lui et qui peuvent poursuivre les mêmes conditions d'intérêt général que celles défendues par la France.

Cette position s'insère dans la lignée des arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui n'a jamais imposé de principe de reconnaissance mutuelle. En effet dans son arrêt du 8 septembre 2009<sup>39</sup>, la Cour de Justice des Communautés Européennes (devenue Cour de Justice de l'Union Européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009) a considéré que « *Le secteur des jeux de hasard offerts par l'Internet ne fait pas l'objet d'une harmonisation communautaire. Un Etat membre est donc en droit de considérer que, le seul fait qu'un opérateur propose légalement des services relevant de ce secteur par l'Internet dans un autre Etat membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier Etat, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des*

---

<sup>38</sup> Dans le cadre de la procédure de notification 2009/0122/F

<sup>39</sup> CJCE, 8 septembre 2009, C-42/07, Ligia Portuguesa de Fuetbol Profissional et Bwin contre Departamento de Jogos da Santa Casa de Misericordia de Lisboa ; Loi « jeux en ligne » : tout est prêt pour la coupe du monde, Luc Grynbaum, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 2010, 06-2010, n° 61 Perspectives

*consommateurs nationaux contre les risques de fraude et de criminalité eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'Etat membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs ». Partant « l'article 49 CE (devenu article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne) ne s'oppose pas une réglementation d'un Etat membre, qui interdit à des opérateurs établis dans d'autres Etats membres, où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'Internet sur le territoire dudit Etat membre ».*

La loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne s'est inscrite dans ce mouvement et a écarté le principe de reconnaissance mutuelle des licences accordées dans les autres Etats membres. Elle prévoit que les opérateurs des Etats membres doivent demander l'agrément de l'ARJEL (Autorité des Régulation des Jeux en Ligne) quand bien même ils auraient obtenu une autorisation similaire dans leur Etat d'origine.

Mais les sénateurs ont scrupuleusement respecté l'avis circonstancié de la Commission puisqu'ils ont ajouté des dispositions dans la loi précisant que toute entreprise opérant légalement dans son Etat d'établissement et sollicitant l'agrément pour une même catégorie de jeux ou de paris en ligne que celle pratiquée dans son Etat, doit communiquer à titre d'information les exigences et , en général, la surveillance réglementaire et le régime des sanctions auxquels elle serait déjà soumise dans cet Etat<sup>40</sup>. Lors de la procédure d'examen des demandes d'agrément, l'ARJEL, doit prendre en considération ces éléments.

On notera qu'avant la France, l'Italie avait déjà fait le choix de subordonner l'exercice de l'activité d'opérateur à la délivrance d'une autorisation, quand bien même l'opérateur est déjà légalement établi dans un autre Etat membre.

---

<sup>40</sup> Article 16 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

## **II. Le maintien de spécificités françaises**

La France n'a pas cédé aux injonctions de la Commission sur tous les points, ce qui fait que certaines dispositions de la loi sont contraires au droit communautaire (A), et que de ce fait, la France a donc pris le risque de voir sa loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne remise en question (B).

### **A. Le maintien de dispositions contraires au droit communautaire**

Certaines dispositions semblent dans le texte de loi encore porter atteinte à la libre prestation de services (1°). Pire encore, certaines dispositions semblent porter atteinte à la libre concurrence, alors même que la loi est « relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et hasard en ligne » (2°).

#### 1°) Des dispositions portant atteinte à la libre prestation de services

Les jeux d'argent et de hasard sont depuis plusieurs années dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne considérés comme des services et se voient appliquer le principe de libre prestation de services de l'article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

Le projet de loi prévoyait que les opérateurs étrangers seraient tenus de désigner un représentant fiscal en France.

La Commission Européenne dans son avis circonstancié du 8 juin 2009 avait attiré l'attention de la France sur le fait que cette disposition constituait une importante restriction à la libre prestation de services qui lui semblait disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (lutte contre la fraude et l'évasion fiscales). Cet objectif pouvait en effet être atteint par des mesures moins attentatoires à la libre prestation de services, et ce d'autant plus que plusieurs mesures de contrôle envisagées par le projet de loi devaient déjà permettre d'atteindre cet objectif.

Cette position de la Commission Européenne était conforme à la position de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a jugé le 5 juillet 2007<sup>41</sup> que « *s'agissant de*

---

<sup>41</sup> CJCE, 5 juill. 2007, aff. C-522/04, Commission CE / Belgique

*l'obligation pour une entreprise d'assurances établie dans un autre Etat membre, de désigner un représentant responsable en Belgique, une telle obligation par les charges et les contraintes qu'elle entraîne, est de nature à dissuader ces entreprises de proposer leurs services en Belgique. Partant, une telle réglementation constitue également une entrave à la libre prestation de services ».*

Mais le projet de loi n'a pas été modifié et la loi dispose en son article 18 que l'entreprise demandant l'agrément doit accréditer un représentant en France si elle est redevable des prélèvements que cette loi institue dans le Code général des impôts. Or, les opérateurs de paris sportifs en ligne et de jeux de cercle sont sujets à de tels prélèvements. Dès lors, tous les opérateurs de paris sportifs en ligne et de jeux de cercle établis à l'étranger devront désigner un représentant fiscal en France.

Le maintien de cette disposition est justifiée par le Gouvernement au motif que le jeu en ligne constitue une prestation de service dématérialisé et, de ce fait, la majorité des opérateurs agréés exercent par voie de libre prestation de services à partir d'un autre Etat européen sans siège fiscal en France, et donc ne sont pas imposables en France. La loi semble avoir été guidée par un objectif financier...

Mais le maintien de cette disposition risque de susciter la réticence bruxelloise dans la mesure où elle entraîne un supplément de coûts pour l'opérateur et entrave la liberté de prestation de services.

## 2°) Des dispositions portant atteinte à la libre concurrence

Le projet de loi prévoyait que les opérateurs autorisés en France devaient être en mesure d'accepter de pratiquer un taux de retour aux joueurs moyen fixé par décret. Le ministère du Budget envisageait de le plafonner à un niveau situé entre 75% et 85% du montant des mises. Le Gouvernement avançait qu'un taux de retour aux joueurs plafonné permettrait de lutter contre les phénomènes d'addiction puisque l'espérance de gain serait moins attractive.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> L'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne en France : éclairages économique et juridique croisés, Pauline Le More et Olivier Sautel, Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2010, Etude 7

Cependant dans son avis du 8 juin 2009, la Commission européenne a indiqué qu'un tel plafonnement pouvait être regardé comme une mesure restreignant la libre prestation de services de jeux et paris en ligne et que, en l'état, cette restriction n'était pas justifiée.

Mais dans la loi, la France a maintenu ce plafonnement.

Au-delà de l'atteinte à la libre prestation de services, cette régulation déroge au principe de la liberté de prix. Pour Delphine Le More et Olivier Sautel, le taux de retour aux joueurs aura une influence double sur la concurrence du marché des jeux en ligne. D'une part, il limite la possibilité pour un nouvel entrant d'être agressif en prix, et donc de compenser son déficit de notoriété ou de confiance face à l'ancien monopole. D'autre part, fixer un taux de retour aux joueurs uniforme en présence d'une asymétrie structurelle de clientèle limite mécaniquement l'attractivité de l'offre de nouveaux entrants.

Cette non-conformité partielle de loi au droit communautaire ne peut pas être sans conséquences pour la France.

## **B. Les risques encourus par la France**

Le nouveau dispositif instaure un arsenal de sanctions qui permettra de réduire l'offre illégale de jeux et paris en ligne. Mais la compatibilité du nouveau dispositif avec les règles communautaires étant discutable, les pouvoirs publics français prendront-ils le risque de sanctionner un opérateur communautaire non agréé en France ?

De telles actions en justice donneraient à ces opérateurs non agréés l'occasion de contester la compatibilité du nouveau régime légal français aux règles communautaires.

Pour prévenir ce risque, l'ARJEL pourrait décider de n'engager des actions en référé que pour bloquer l'accès à des sites d'opérateurs. Début juillet, elle annonçait dans son communiqué de presse, qu'elle avait déjà envoyé 19 mises en demeure à des opérateurs illégaux ; le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris a été saisi de ces affaires en référé afin qu'il ordonne le blocage de l'accès à ces sites aux fournisseurs d'accès et aux hébergeurs.

## **Conclusion :**

Au niveau français, l'adoption le 12 mai 2010 de la loi n° 2010-476 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a été également contestée politiquement. En effet, les députés socialistes ont déposé un recours devant le Conseil Constitutionnel le 13 avril 2010 faisant valoir que la philosophie du texte est « *outrageusement contraire à l'intérêt général* », que le texte permet de « *consolider des situations acquises illégalement au détriment d'autres entreprises* » qui auraient respecté la loi et attendu la libéralisation du marché et, enfin que le texte rompt le principe d'égalité devant les charges publiques en instaurant une différence de taux de prélèvement fiscal et social entre les différents jeux.

Cependant le Conseil constitutionnel a rejeté l'ensemble des griefs présenté contre le texte par les députés requérants et a considéré, par décision en date du 12 mai 2010<sup>43</sup>, que les articles du projet portés à son attention étaient conformes à la Constitution.

Ainsi, si la conventionalité de la loi peut être discutée, sa constitutionnalité ne fait aucun doute.

---

<sup>43</sup> Cons. const., déc., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010

**Thème 3 :**

**L'usage de la dénomination des acteurs sportifs  
par les opérateurs de paris en ligne**

## **Introduction :**

« RG Roland Garros », « Juventus » ou encore « PSG », ces dénominations sont généralement déposées à titre de marque par les clubs sportifs ou les organismes sportifs. Ces marques leur confèrent un monopole d'exploitation.

Or, dans le cadre de leur activité, les opérateurs de paris en ligne ont besoin d'utiliser ces dénominations sur leur site internet pour indiquer les rencontres sportives objets du pari. En pratique, ils se sont donc arrogés des droits sur les marques et logos des clubs, en les utilisant et en les exploitant sans avoir recueilli au préalable l'autorisation de leurs propriétaires.

Ce comportement a suscité la réaction des clubs sportifs et des organisateurs sportifs qui ont donc assigné les opérateurs de paris en ligne en contrefaçon et en concurrence parasitaire dans plusieurs affaires ces dernières années.

Il est intéressant d'observer que le débat jurisprudentiel a eu lieu avant l'adoption de la loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>44</sup>. A ce moment-là, seuls la Française des Jeux et le Pari Mutuel Urbain étaient légalement autorisés à organiser des paris sportifs. Surprenant donc de voir que les tribunaux se sont interrogés sur le monopole d'exploitation des organisateurs sportifs, sans tenir compte, en dehors de ces deux exceptions du caractère illicite des paris sportifs.

Les tribunaux se sont en effet prononcés sur la question de savoir si l'utilisation par les opérateurs de paris en ligne des marques sportives des organisateurs sportifs était condamnable.

Nous verrons que la jurisprudence a été assez mouvante, fragilisant les droits des sociétés sportives sur leurs marques et les plaçant dans une insécurité juridique pour protéger leurs actifs incorporels (I). Il était donc souhaitable que les droits des clubs sur leurs signes distinctifs et, plus généralement, sur leurs actifs incorporels soient réaffirmés et renforcés par le législateur. C'était peut-être l'occasion à travers la loi du 12 mai 2010 ; nous verrons si elle y est parvenue (II).

---

<sup>44</sup> Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, JO 13 mai, p. 8881 et s.

## I. Une jurisprudence mouvante et peu accommodante avec les titulaires de marques sportives

A titre principal, les sociétés sportives fondaient leur action sur un moyen tiré de la contrefaçon de leur marque (I). Et comme souvent en propriété intellectuelle, elles invoquaient également le parasitisme (II). Mais l'un comme l'autre fondement ont été de plus en plus souvent rejetés.

### A. Vers un rejet du grief de contrefaçon

Après une appréciation casuistique de l'usage de la marque sportive qui oscillait entre utilisation strictement nécessaire et utilisation à titre promotionnel, puis une admission systématique de la contrefaçon de la marque sportive, la jurisprudence a penché pour une appréciation plutôt favorable aux opérateurs de jeux en ligne qui consiste à écarter le grief de contrefaçon.

En fait, pour estimer si l'usage de la marque est contrefaisant, les tribunaux résonnent en deux temps : ils examinent tout d'abord si l'usage de la marque sportive constitue un usage à titre de marque (2°). Si tel est le cas, ils examinent si cet usage remplit les conditions de l'exception de référence nécessaire prévue à l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle permettant d'écarter le grief de contrefaçon (1°).

#### 1°) Le grief de contrefaçon écarté en aval sur le fondement de l'exception de référence

En principe, le droit de marques confère un monopole d'exploitation à son titulaire. Mais, par exception, l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *L'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme : (...) b) Référence nécessaire pour indiquer la **destination** d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine.* ».

Dans un premier temps, les décisions ont appliqué cette exception en la subordonnant à deux conditions : la référence à la marque d'autrui doit être nécessaire et il ne doit exister

aucun risque de confusion concernant l'origine du produit ou du service. Ainsi dans deux jugements du Tribunal de grande instance de Paris du 30 mai 2008<sup>45</sup>, opposant Unibet et Expekt à la Fédération française de Tennis, il a été considéré que « *l'usage de la marque Roland Garros était nécessaire pour informer les internautes de l'objet des paris proposés* » et que la mention du nom de l'opérateur de paris sur la page web comportant le signe en cause excluait « *tout risque de confusion sur l'identité des services* ». Le tribunal a ainsi estimé que l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle autorise la défenderesse à faire usage du nom Roland Garros.

En fait, les tribunaux opéraient une distinction et considéraient que l'utilisation des marques sportives par les opérateurs de paris pour désigner l'objet des paris proposés constituait une référence nécessaire à l'information des joueurs du site au sens de cet article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle ; tandis que l'utilisation de ces mêmes marques dans un but publicitaire constituait une contrefaçon.

Mais dans un arrêt de la première chambre de la cour d'appel de Paris du 14 octobre 2009<sup>46</sup>, la cour a retenu que l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle n'était pas applicable alors même que la marque avait un but d'information. Elle a considéré que cette utilisation est contrefaisante car « *le signe a été utilisé pour désigner les produits proposés eux-mêmes* » et que « *le même signe ne peut être regardé comme une référence nécessaire pour désigner, non pas le produit proposé lui-même, mais celui auquel il est destiné* ». Elle précise que « *les paris sportifs ne sont nullement conçus pour satisfaire un besoin ou une utilité quelconque ayant quelque rapport avec l'organisation, le déroulement ou le succès de la manifestation sportive, laquelle ne dépend nullement de l'offre de paris auxquels elle sert de prétexte* ».

Cette interprétation de la cour d'appel de Paris est discutable : elle a adopté une conception très restrictive de la condition tenant à l'indication de la destination. Elle a procédé à une interprétation littérale de l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle en s'attachant aux notions « *d'accessoire* » et de « *pièce détachée* », alors que, dans le texte de l'article, l'adverbe « *notamment* » indique bien que cette liste n'est pas limitative. Mais le mot destination ne doit peut-être pas être interprété comme visant seulement l'accessoire ou la pièce détachée, mais être étendu au but, à la finalité. Dans le cas des paris sportifs, l'usage de

---

<sup>45</sup> TGI Paris, 30 mai 2008 : RG n° 08/02005, aff Expekt et RG n° 08/02006, aff Unibet

<sup>46</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 octobre 2009, Société Paris Saint Germain c/ Société Internet Opportunity Entertainment Limited et a.

la marque sportive est bien réalisé pour indiquer la finalité et le but d'un service, à savoir le pari sportif.

Ces critiques ont peut être été entendues par les juges de la deuxième chambre de la cour d'appel de Paris, puisqu'elle a adopté la position inverse dans les arrêts du 11 décembre 2009 et du 2 avril 2010, en arrêtant son raisonnement à la question de l'usage à titre de marque, avant même de devoir se poser la question de l'exception de référence.

## 2°) Le grief de contrefaçon écarté en amont par le non-usage à titre de marque

Dans les arrêts précités à propos de l'exception de référence, les juges avaient considéré que l'usage du nom d'un club constitue un usage à titre de marque.

En effet dans le jugement du 30 janvier 2008, le Tribunal de grande instance de Paris<sup>47</sup> avait estimé que les sociétés défenderesses avaient bien fait usage de la marque.

De la même manière, la première chambre de la cour d'appel de Paris le 14 octobre 2009<sup>48</sup> déclarant que « *le signe Roland Garros a été utilisé par Unibet pour distinguer, parmi les paris sur lesquels elle invite ses clients à miser, ceux qui portent sur le tournoi de Roland-Garros* » et que « *le signe avait été utilisé à titre de marque dans sa fonction d'individualisation des produits et services* », en a déduit que « *le signe avait été utilisé pour désigner les produits proposés eux-mêmes* ».

Mais, deux mois plus tard, la deuxième chambre de la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 décembre 2009<sup>49</sup> a jugé que « *La dénomination Juventus est utilisée dans l'expression « Juventus de Turin » non pas pour identifier des produits ou services, dont le service de paris (...), mais pour désigner l'équipe de football considérée afin de permettre à l'internaute de parier, aucun autre terme ne permettant de désigner l'équipe engagée dans le match qui l'oppose à une autre équipe tout autant désignée par son nom* » (...)« *Qu'un tel usage, fut-il dans la vie des affaires, n'est pas un usage à titre de marque : qu'il ne constitue donc pas un acte de contrefaçon de la marque dont la société Juventus est propriétaire* ».

---

<sup>47</sup> Précité

<sup>48</sup> Précité

<sup>49</sup> CA Paris, pôle 5, 2<sup>e</sup> ch. 11 déc 2009, Global Entertainment Antigua Ltd (Unibet)

Cette solution a été confirmée par la même chambre de la cour d'appel de Paris le 2 avril 2010<sup>50</sup>.

Certains se sont réjouis de cette solution beaucoup plus facile d'application et qui évite l'épineuse question de l'utilisation à titre promotionnel.

Cette jurisprudence écarte aussi la question des licences de marques qui auraient dues être conclues et qui ne l'étaient en pratique jamais, notamment car l'organisateur d'une compétition sportive n'est pas nécessairement titulaire des droits sur l'ensemble des signes distinctifs qui transitent lors de sa compétition et notamment des signes des clubs sportifs. Si la jurisprudence n'avait pas évolué, l'organisation d'un pari sur une compétition aurait nécessité l'accord de tous les participants. De plus, des licences de marques concédées exclusivement par des organisateurs sportifs et des acteurs sportifs à des opérateurs auraient empêché les opérateurs non licenciés d'utiliser de tels signes.

D'autres regrettent le raisonnement fondé sur la distinction entre la référence nécessaire et l'utilisation dans un but publicitaire. Trois avocats du cabinet Reinhart Marville Torre<sup>51</sup> se demandent alors comment sera déterminée l'étendue exacte de ce droit d'usage de la dénomination des clubs reconnu par les juges au profit des opérateurs de jeux en ligne.

Si les derniers arrêts tendent à rejeter le grief de contrefaçon, on ne peut toutefois affirmer que c'est une tendance générale, puisque c'est la solution retenue uniquement par la deuxième chambre de la cour d'appel de Paris, et que la première chambre n'a pas modifié sa position.

## **B. Vers le rejet du grief de parasitisme**

Classiquement dans la jurisprudence, et notamment dans nos arrêts de référence sur l'usage des marques sportives par les opérateurs de paris, le parasitisme économique est défini

---

<sup>50</sup> CA Paris, pôle 5, 2<sup>e</sup> ch. 2 avril 2010, Société Paris Saint Germain c/ Société Internet Opportunity Entertainment Limited et a.

<sup>51</sup> La loi sur les jeux et paris en ligne : les apports majeurs pour les organisateurs des compétitions et les sociétés sportives, Virginie Molho, Charlotte Jacquin et Jean-Baptiste Guillot, Revue Lamy Droit de l'immatériel, Juin 2010, n° 61, p. 69 et s.

comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire. Un tel comportement est fautif sans qu'il soit nécessaire de démontrer un risque de confusion ou la recherche d'un avantage concurrentiel au détriment de la victime.

Le Tribunal de grande instance de Paris le 30 mai 2008<sup>52</sup> a condamné les opérateurs Unibet et Expekt pour avoir employé une référence au tournoi Roland Garros dans le cadre de leur offre de paris sportifs, jugeant qu'une telle référence démontrait « *la volonté de promouvoir son activité de paris en ligne en faisant référence, sans nécessité, aux Internationaux de France de Tennis* ».

De la même manière, dans son arrêt du 14 octobre 2009, la première chambre de la cour d'appel de Paris<sup>53</sup> a retenu que l'opérateur Unibet avait commis des agissements parasitaires en se plaçant délibérément dans le sillage de la fédération sportive pour assurer à moindre frais la promotion et le développement de ses activités. Plus précisément, en faisant usage de la marque sportive dans le cadre de slogans publicitaires présents sur son site internet dans le but de promouvoir des paris sur une autre compétition, l'opérateur a clairement eu « *l'intention de promouvoir sa propre activité commerciale en profitant gratuitement et sans risque du fruit des efforts de tout nature et des investissements d'autrui* ».

Mais là encore, la deuxième chambre de la cour d'appel de Paris s'est démarquée de la première chambre en faveur des opérateurs de paris en ligne.

Dans son arrêt du 11 décembre 2009<sup>54</sup>, elle a jugé que la théorie du parasitisme ne peut être invoquée pour interdire à une entreprise d'exercer son activité commerciale, dès lors que celle-ci est propre et se distingue de celle de l'organisateur de la manifestation sportive.

Dans son arrêt du 10 avril 2010<sup>55</sup>, la cour d'appel a également rejeté le grief de parasitisme soulevé par les organisateurs sportifs. Mais elle a estimé que le grief de parasitisme aurait pu être relevé au préjudice des clubs sportifs. Peut-on en déduire que les organisateurs sportifs dans un litige les opposant à un opérateur de jeux pourraient obtenir

---

<sup>52</sup> Précité

<sup>53</sup> Précité

<sup>54</sup> Précité

<sup>55</sup> Précité

gain de cause sur le fondement du parasitisme alors même que leur demande fondée sur la contrefaçon serait rejetée ?

Toutes les décisions citées ont été rendues avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Celle-ci a-t-elle résolu les divergences de position entre la première et la deuxième chambres de la cour d'appel de Paris ?

## **II. Une nouvelle loi décevante pour les titulaires de marques sportives**

La loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne n'a pas introduit les dispositions qu'on attendait d'elle pour éclairer le droit aux paris sportifs (A), et elle a introduit des dispositions troublantes par rapport à la jurisprudence existante (B).

### **A. L'incertitude sur l'atteinte portée par le droit aux paris sportifs à la liberté de prestation de services**

L'article L. 333-1 du Code du sport, qui n'a pas été modifié par la loi du 12 mai 2010 dispose que « *Les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent.* »

S'est posée la question de savoir si cet article couvre l'exploitation des compétitions sportives sous forme de paris, et donc règle la question de l'utilisation des marques sportives par les opérateurs de paris en ligne.

Dans les deux jugements du 30 mai 2008, le Tribunal de grande instance de Paris<sup>56</sup> avait considéré que l'organisation de paris en ligne ne figure pas au rang des exceptions au

---

<sup>56</sup> Précité

droit exclusif d'exploitation et relève du monopole instauré au profit de l'organisateur de manifestations sportives.

Cette position a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 14 octobre 2009<sup>57</sup>, qui a interprété de manière extensive les dispositions de l'article L. 333-1 du Code du sport en indiquant qu' « *en l'absence de toute précision ou distinction prévue par la loi concernant la nature de l'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qui est l'objet du droit de propriété reconnu par ces dispositions, toute forme d'activité économique, ayant pour finalité de générer un profit, et qui n'aurait pas d'existence si la manifestation sportive dont elle est le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas, doit être regardée comme une exploitation au sens de ce texte.* »

Afin de consacrer sans ambiguïté ce droit d'exploitation, une disposition législative était nécessaire. Ainsi, dans sa version initiale, l'article 52 du projet de loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne<sup>58</sup> et l'article 32 de l'avant-projet de loi<sup>59</sup> préoyaient d'introduire un article selon lequel « *Le droit d'exploitation défini au premier alinéa de l'article L. 333-1 inclut le droit d'organiser des paris sportifs sur les manifestations ou compétitions sportives* ».

Mais, d'une part, un appel a été interjeté contre le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 mai 2008.

D'autre part, le projet d'insertion de l'article a été supprimé lors de l'adoption de la loi sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, et celle-ci ne contenait dans sa version finale plus aucune disposition réglant le droit d'organiser des paris sportifs.

En fait, c'est la Commission Européenne, qui, dans son avis circonstancié<sup>60</sup>, a estimé que l'obligation d'obtenir le consentement du propriétaire du droit d'exploitation pourrait empêcher ou rendre moins attractif l'exercice de la liberté de fournir des services et pourrait être considérée comme constituant une restriction injustifiée à la libre prestation de services au sens de l'article 49 du Traité instituant la Communauté Européenne (devenu article 56 du

---

<sup>57</sup> précité

<sup>58</sup> Article 52 du projet de loi tel qu'il avait été voté par l'Assemblée Nationale, le 13 octobre 2009

<sup>59</sup> Article 32 de l'avant-projet de loi notifié à la Commission Européenne le 5 mars 2009

<sup>60</sup> Avis circonstancié de la Commission européenne, 8 juin 2009, Notification 2009/0122/F

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009).

Les opérateurs de jeux en ligne ont bien sûr profité de la période où cet article faisait encore partie du projet de loi pour construire leur argumentaire devant les juges. Dans l'arrêt du 14 octobre 2009<sup>61</sup>, la cour rappelle qu'Unibet a fait valoir qu'« à supposer que le droit d'exploitation reconnu par l'article L. 333-1 du code du sport s'étende à l'organisation de paris en ligne, l'existence même de ce droit d'exploitation constituerait une entrave à la libre prestation de services ». Mais la cour d'appel de Paris avait rejeté cet argument et avait donc adopté une vision totalement différente de celle de la Commission Européenne. Elle avait considéré que « ce droit d'exploitation, avec les prérogatives qu'il comporte, ne constitue pas per se une restriction de nature à prohiber, à gêner ou même seulement à rendre moins attrayante la prestation de services en cause : qu'il n'est pas en soi porteur d'une discrimination dès lors que, tout au contraire, il place également tous les prestataires de services potentiels, en l'occurrence les organisateurs de paris en ligne, dans un rapport égal avec l'organisateur de la manifestation sportive ».

Dans le silence de la loi, on peut se demander si les organisateurs de paris sportifs pourront continuer à s'appuyer sur cet arrêt pour fonder leur droit d'exploitation ?

## **B. La double incertitude sur le droit de concession de marque des organisateurs sportifs**

La loi du 12 mai 2010 a inséré un article L. 333-1-3 dans le Code du sport. Elle y précise le régime des droits d'exploitation que détiennent les organisateurs de manifestations sportives : « Les associations visées à l'article L. 122-1 et les sociétés sportives visées à l'article L. 122-2 peuvent concéder aux opérateurs de paris en ligne, en tout ou partie, à titre gratuit ou onéreux, de manière exclusive ou non, des droits sur les actifs incorporels dont elles sont titulaires, sous réserve des dispositions des articles L. 333-1 et L. 333-2. ». Mais la loi n'a pas défini les actifs incorporels (1°), et la conciliation de ce nouvel article avec la jurisprudence existante n'est pas évidente (2°).

---

<sup>61</sup> précité

### 1°) La non-définition des actifs incorporels

L'article L. 333-1-3 du Code du sport dispose in fine que « *Les conditions de commercialisation du droit d'organiser des paris sur les manifestations ou compétitions sportives et la définition des actifs incorporels pouvant être concédés aux opérateurs de paris en ligne sont précisées par décret.* »

Or, à ce jour, le décret d'application n'est pas encore paru. Nous sommes impatients de savoir si ces actifs incorporels comprendront ou non le droit de marque, même si cela est très probable.

Dans l'hypothèse où ces actifs incorporels comprendraient le droit de marque, il reste encore une incertitude.

### b) La difficile conciliation du nouvel article L. 333-1-3 du code du Sport et des derniers arrêts de la cour d'appel de Paris

La concession prévue à l'article L.333-1-3 du Code du sport devra être formalisé par un contrat qui, préalablement à sa signature, devra être transmis pour avis à l'ARJEL (Autorité de Régulation des Jeux en Ligne), cette dernière étant tenue de se prononcer dans un délai de 15 jours.

Comment concilier ce texte avec la jurisprudence de la cour d'appel de Paris du 11 décembre 2009 et du 2 avril 2010 qui avaient exclu les griefs de contrefaçon et de parasitisme invoqués par les organisateurs sportifs ?

Maître Cécile Fontaine et Maître Matthieu Bourgeois<sup>62</sup> se demandent si les opérateurs de paris se verront contraints d'acquérir un droit d'utilisation de la marque sportive alors que l'usage qu'ils font actuellement de cette marque n'est pas contrefaisant. Nos deux solutions deviendraient-elles obsolètes ? Retournera-t-on alors à la solution contraire mais antérieure de la première chambre civile de la cour d'appel de Paris.

---

<sup>62</sup> L'usage d'un nom d'un club de football pour des paris en ligne ne constitue pas un usage à titre de marque, Cécile Fontaine, avocat à la Cour, KGA Avocats et Matthieu Bourgeois, avocat à la Cour, KGA Avocats, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 17, 29 avril 2010, 1404

Il sera très intéressant de suivre la nouvelle jurisprudence pour voir comment la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation jugeront les affaires à l'aune du nouvel article L. 333-1-3 du Code du sport.

**Conclusion :**

La loi du 12 mai 2010 sur l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne est loin d'avoir résolu toutes nos questions. Non seulement elle n'a pas résolu la divergence de position entre la première et la deuxième chambre de la cour d'appel de Paris. En outre, elle crée de nouvelles incertitudes dans la mesure où sa conciliation avec la dernière jurisprudence parue n'est pas du tout évidente.