

Compte-rendu du séminaire DGTPE-Concurrence du 4 février 2008

« Liberté d'établissement et de prestation de services : le cas des jeux d'argent »

Présidente : ANNE PERROT, vice-présidente du Conseil de la concurrence

Intervenants : CHRISTIAN GOLLIER, professeur d'économie à l'université Toulouse I et directeur du Laboratoire d'économie des ressources naturelles (LERNA)

DIDIER THÉOPHILE, avocat au barreau de Paris, associé au cabinet Darrois, Villey, Maillot et Brochier

ANNE PERROT

Cette séance du séminaire DGTPE-Concurrence a pour objet de faire le point sur la question de la liberté d'établissement et de prestation de services dans le cadre des jeux d'argent. D'un point de vue juridique, la prestation de jeux d'argent est interdite en France par la loi, qui autorise cependant des dérogations (Française des jeux, PMU, casinos). La justification traditionnellement évoquée tient à une « attitude paternaliste » de l'État, dont l'objectif est de lutter contre l'addiction ou la criminalité liées à la consommation de jeux d'argent.

Dans d'autres secteurs, l'existence d'un monopole légal peut être justifiée par des raisons économiques, comme des rendements d'échelle croissants, ce qui appelle alors une régulation pour éviter que l'offre ne soit trop restreinte. D'un point de vue normatif, on pourrait chercher à déterminer quelle serait une bonne régulation appliquée au secteur des jeux et quel degré de concurrence peut être souhaitable entre offreurs de jeux.

Ces questions sont importantes dans la mesure où la Commission européenne pousse à la libéralisation du secteur des jeux d'argent, par l'application du principe de la liberté d'établissement (LE) et de la libre prestation de services (LPS). Enfin, ces analyses doivent prendre en compte l'émergence des sites de jeux en ligne, qui sont susceptibles de modifier l'économie du secteur.

Ces questions ont été traitées, dans l'ordre, par CHRISTIAN GOLLIER et DIDIER THÉOPHILE.

CHRISTIAN GOLLIER

1. Économie des jeux de hasard

CHRISTIAN GOLLIER rappelle qu'il est avant tout un spécialiste de la théorie de la décision dans l'incertain et non de la concurrence.

Il existe deux visions de l'économie des jeux :

- l'une qui assimile les jeux d'argent à des biens comme les autres mais présentant des rendements croissants, d'où un monopole naturel et des prix à réguler ou une rente à capter par l'État ;
- l'autre comme un bien addictif, justifiant une « régulation paternaliste » de l'État.

1.1. Le monopole naturel régulé

Un monopole naturel doit être régulé par un contrôle des prix. L'efficacité économique demanderait alors une tarification au coût marginal assortie d'une subvention pour couvrir les coûts fixes. Ce modèle n'est bien évidemment pas retenu dans le cas de jeux, qui laisse la tarification plus ouverte mais s'accompagne d'une taxation des profits des opérateurs.

Le système en place constitue cependant un système de taxation régressif, dans la mesure où il conduit à taxer davantage les populations défavorisées, davantage consommatrices de jeux.

1.2. La remise en question introduite par les nouvelles technologies

Les nouvelles technologies de la communication (Internet, en particulier) remettent en cause l'argument du monopole naturel en élargissant le marché. Il conviendrait donc de réévaluer l'argument de rendements d'échelle croissants.

En outre, les jeux d'argent nécessitent une bonne information des consommateurs. Or la profusion des jeux en ligne est susceptible de dégrader la qualité de l'information dont disposent les consommateurs.

Les jeux présentent également une situation d'inversion du cycle de production comparable à celle qui prévaut en assurance : le consommateur paie d'abord et reçoit le service ultérieurement, ce qui peut entraîner un risque d'« arnaque » ainsi qu'un risque d'insolvabilité de l'organisme (en dehors du cas du pari mutuel).

1.3. La demande de jeu

a) Le paradigme classique

La demande pour les jeux apparaît irrationnelle dans le paradigme classique du modèle d'espérance d'utilité avec une utilité marginale de la richesse décroissante.

Dans le cas des jeux de hasard, les risques ne sont pas corrélés avec d'autres risques dans l'économie, ce qui ne leur donne pas d'intérêt comme outil de couverture de risque (cas de l'assurance).

Dans ce cadre, seule la rationalité limitée peut expliquer la demande de jeu. En effet, les jeux de hasard réduisent le bien-être, ce qui justifie une réduction drastique de l'offre.

b) La demande rationnelle

Pour Friedman et Savage, la demande provient d'une préférence locale pour le risque. Dans ce cas, la demande est rationnelle, et l'interdiction de jouer a un effet négatif sur le bien-être, puisqu'elle empêche les consommateurs de satisfaire leurs aspirations.

Dans ce cadre, l'ouverture à la concurrence est efficace et souhaitable.

c) Les nouveaux paradigmes

La théorie économique, en lien avec l'analyse psychologique, a développé depuis une dizaine d'années de nouvelles théories pouvant expliquer la demande de jeux. Ce domaine fait toujours l'objet de recherches, ce qui explique le peu de réponses définitives fournies.

i. La théorie du regret

Un agent peut, tout à la fois, avoir une aversion pour le risque (*ex ante*) et une aversion pour le regret (*ex post*). Deux types de regrets *a posteriori* sont possibles :

- regret de ne pas avoir acheté un billet gagnant,
- regret d'avoir acheté un billet perdant.

L'aversion pour le regret peut alors inciter rationnellement à l'achat. Cette théorie est particulièrement efficace dans le cas des jeux très asymétriques, comportant des gains très élevés. L'effet peut être renforcé par la publicité.

Plus il y a de jeux offerts, plus on augmente le risque de regret. Cette théorie soutient une standardisation des jeux, où le gain est limité de façon à restreindre le regret.

ii. Théorie de l'optimisme optimal

Cette théorie suppose que les joueurs rêvent en surestimant la probabilité de gagner. Cet optimisme est optimal car il permet d'accroître le bénéfice des sensations anticipatoires (rêve), mais crée une dissonance cognitive.

Cet effet est renforcé quand il existe une période longue entre l'achat et l'annonce du gain, ainsi que par une asymétrie très forte dans la distribution des gains (gain très élevé avec une probabilité très faible).

Dans ce cas, la concurrence est désirable. Et, de façon un peu paradoxale, l'information nuit au bonheur, puisqu'elle limite le rêve. Cette situation est comparable à celle du fumeur à qui l'on rappelle que fumer tue sans que cela le dissuade de continuer.

iii. Théorie des externalités de consommation

Cette théorie s'appuie sur l'idée que le niveau de bien-être d'un agent provient de la comparaison aux autres acteurs situés dans sa sphère de proximité (comparaison qui peut générer des envies, de la jalousie, un comportement conformiste...): « *keeping up with the Joneses* »¹. Dans ce cas, il peut exister des effets de contagion, qui conduisent un individu à jouer parce que les autres jouent.

Cette situation se caractérise par des équilibres multiples : « les autres ne jouent pas, je ne joue pas » ou « les autres jouent, je joue » sont, dans les deux cas, des équilibres mais le premier est plus efficace que le second.

Dans ce cas, il est utile de limiter l'offre pour éviter la contagion. La concurrence s'avère néfaste car elle augmente les incitations à jouer et conduit à un équilibre inefficace.

iv. Théorie de la formation des habitudes

Dans cette théorie, la consommation d'un bien aujourd'hui accroît l'utilité marginale de la consommation de ce même bien demain. Il en résulte une hystérésis, où la consommation hier augmente l'utilité de la consommation aujourd'hui, ce qui crée un phénomène d'addiction rationnelle.

Cette forme d'addiction n'implique pas de perte de bien-être. Si les jeunes sont parfaitement capables d'anticiper les conséquences de leur addiction, il n'y a pas de *market failure*, et la concurrence est souhaitable.

v. Théorie du *self-control*

Dans cette théorie, l'individu fait preuve d'incohérence temporelle. Il se révèle incapable d'anticiper les conséquences à long terme de sa consommation de court terme. Par exemple, l'année « n », l'individu choisit de consommer davantage de jeu plutôt que d'épargner (en anticipant qu'il modifiera ce choix l'année suivante). L'année « $n+1$ », il reproduira ce comportement et décalera, indéfiniment, année après année son projet d'épargne. Il s'agit d'un comportement d'addiction irrationnelle (procrastination).

Pour lutter contre ce phénomène, il est nécessaire de fournir des outils d'engagement crédibles, c'est-à-dire une possibilité pour les agents de contraindre aujourd'hui leurs choix de demain (i.e. offrir à l'agent la possibilité de s'engager formellement à arrêter de jouer). Les systèmes d'épargne forcée sur une longue période, ou les mécanismes d'exclusion volontaires des casinos offrent des illustrations des réponses possibles.

¹ « Faisons comme les voisins. »

La mise en place de ces outils de contrôle, par exemple sous la forme d'un fichier d'interdiction d'accès aux jeux, est plus facile dans un cadre monopolistique. L'ouverture à la concurrence peut alors être néfaste si elle ne place pas les offreurs de jeux en situation de coordonner leurs fichiers d'interdiction.

d) La demande de jeux

La demande de jeux provient de ces différentes formes de traits psychologiques. Certains justifient un contrôle de l'État paternaliste : *self control*, formation des habitudes en cas de faibles capacités d'anticipation, externalité de consommation, dans lesquels la demande comporte une part d'irrationalité. En revanche, le besoin de régulation est plus limité si l'on considère que la demande s'inscrit dans le cadre de l'optimisme optimal ou du regret (*cf. supra*).

1.4. Le contrôle par les prix

La régulation par les prix consiste à maintenir des prix élevés pour limiter la demande irrationnelle mais cela a aussi un effet négatif sur la demande rationnelle. Il en résulte en outre une rente importante pour les offreurs. À qui profite-t-elle ?

Pour répondre à cette question, il convient de mesurer l'élasticité-prix des différentes demandes. Malheureusement, il semble que l'élasticité-prix soit faible pour la demande irrationnelle, ce qui ne simplifie pas les modalités de la régulation.

1.5. Le contrôle du design des jeux

Un contrôle de la forme des jeux peut également être envisagé :

- empêcher les loteries avec distribution de gain très asymétrique permet de limiter le regret ;
- réduire la fréquence et augmenter la durée du jeu pour limiter les phénomènes d'addiction ;
- empêcher la publicité favorisant le regret.

La publicité visant à accroître la tendance à la surestimation de la probabilité de gain permettrait de limiter le regret mais réduit en même temps le rêve.

DIDIER THÉOPHILE

2. Analyse juridique la question des jeux d'argent, vue au travers de la liberté d'établissement et de circulation des services

L'angle principal retenu pour traiter de la question des jeux d'argent est celui de la liberté d'établissement et de circulation des services, et non celui de la politique de la concurrence, auquel on pourrait s'attendre. Cette approche est celle de la Commission européenne, qui recourt aux règles concernant les « grandes libertés » plutôt qu'aux règles de concurrence pour poursuivre l'objectif d'intégration du marché commun.

2.1. Un principe général d'interdiction des jeux

a) Interdictions

Le principe général qui prévaut en France est celui de l'interdiction générale et de principe des jeux de hasard². Il remonte au XIX^e siècle et vise à éviter la ruine des joueurs par un excès

² Cf. article premier de la loi n°83-628 du 12 juillet 1983.

de consommation et les tentatives d'escroquerie des joueurs de la part des organisateurs de jeux d'argent. Il est fortement inspiré par la condamnation morale que peuvent susciter des gains « mal acquis ».

Ces considérations peuvent être mises en parallèle avec la jurisprudence de la CJCE, qui, dans l'arrêt *Schindler*, a mentionné que les considérations d'ordre moral, religieux ou culturel peuvent conduire les législations nationales à limiter, voire à interdire, la pratique des jeux d'argent.

Aujourd'hui, deux justifications principales président à l'interdiction de principe les jeux d'argent :

1. la nécessité de limiter l'offre de jeux,
2. la lutte contre la criminalité.

Ce principe est décliné selon les différentes formes de jeux :

- la loi du 21 mai 1836 interdit les loteries de toute espèce;
- la loi du 2 juin 1891 sanctionne les paris sur les courses de chevaux ;
- la loi du 12 juillet 1983 est venue ensuite interdire les jeux de hasard en général et les « machines à sous » en particulier.

b) Les dérogations

Le principe général d'interdiction connaît cependant plusieurs dérogations encadrées :

- la loi du 15 juin 1907 autorise, sous conditions, l'exploitation de casinos dans les stations balnéaires, thermales ou climatiques (aujourd'hui stations de tourisme) ;
- la loi de finances du 16 avril 1930 autorise le pari mutuel sur les courses de chevaux ;
- la loi de finances du 31 mai 1933 crée la Loterie nationale.

i. L'exploitation de casinos

L'exploitation d'un casino suppose l'accord de la commune d'implantation, matérialisé par une convention de délégation de service public et l'accord du ministre de l'Intérieur.

La délégation de service public, établie sur la base d'un cahier des charges, est librement attribuée à l'issue d'une procédure d'appel d'offres. L'autorisation d'exploitation de jeux est ensuite délivrée par le ministre de l'Intérieur après enquête et avis consultatif de la Commission supérieure des jeux (CSJ). Toute extension du parc de machines à sous est également soumise à l'agrément du ministre après avis de la CSJ.

ii. Le pari mutuel sur les courses de chevaux

Le pari mutuel sur les courses de chevaux a été autorisé pour lutter contre des pratiques clandestines très répandues. Les sociétés de courses conservent aujourd'hui le statut d'associations sans but lucratif, vouées exclusivement à l'amélioration de la race chevaline.

iii. La loterie nationale

Les loteries ont été autorisées via une institution « la Loterie nationale » créée par la loi de 1933. La Française des jeux, comme le PMU, voit une partie des enjeux de ses clients alimenter le FNDS (Fonds national pour le fonctionnement du sport).

2.2. Droit de la concurrence et jeux d'argent

La jurisprudence du droit de la concurrence applicable aux jeux d'argent se décline selon :

- les pratiques anticoncurrentielles (article 81 et 82 TCE),
- les aides d'État (articles 86 et 87 TCE),
- le contrôle des concentrations, discuté avec la présentation du « cas » en fin du séminaire.

a) *Les pratiques anticoncurrentielles*

i. *Cas Ladbroke*

La jurisprudence communautaire consiste principalement en un arrêt de la CJCE dans une affaire *Ladbroke*³. L'entreprise *Ladbroke*, qui fournit des services de paris sur les courses hippiques, a porté plainte contre le PMU pour entente et abus de position.

Si *Ladbroke* n'a pas obtenu gain de cause, cette affaire a permis à la CJCE de préciser les conditions d'application des articles 81 et 82 TCE :

- si le comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale, les articles 81 et 82 TCE ne s'appliquent pas ;
- en revanche, si la législation nationale permet qu'une forme de concurrence s'exerce, les atteintes qui lui seront portées par les opérateurs relèvent des articles 81 et 82 TCE.

ii. *Cas dans d'autres pays européens*

Deux autres cas relevant de l'actualité récente des États membres peuvent être relevés :

- Le Tribunal espagnol de la concurrence, a condamné, le 17 février 2006, l'accord exclusif relatif au développement d'un réseau de bingo en ligne dans la mesure où il est susceptible de créer *de facto* une situation de monopole.
- Le Bundeskartellamt, le 30 mai 2006, a transmis une notification de griefs à l'encontre des sociétés régionales de loterie disposant d'un monopole relatif à l'organisation de tels jeux.

b) *Aides d'État*

Dans une première affaire *Ladbroke* concernant un accord entre le PMU français et le PMU belge en 1997⁴, le TPICE et la CJCE n'ont pas retenu la qualification d'aide d'État. En effet, la Cour relève que l'existence d'un avantage ne saurait être automatiquement déduite d'une différence de traitement entre les paris sur les courses belges et les paris sur les courses françaises et notamment de l'impossibilité de transposer le système de retenue sur les paris sur les courses françaises aux paris mutuels sur les courses belges en raison de la nature différente des cadres réglementaire et économique.

Dans une seconde affaire *Ladbroke* en 2000⁵, la CJCE a reconnu certains éléments constitutifs d'une aide d'État qui peut toutefois être exemptée d'application de la réglementation communautaire.

Au total, ces affaires apportent principalement des précisions sur la qualification d'aide d'État dans le domaine des jeux d'argent.

2.3. La qualification des jeux d'argent en « services »

Dans un premier temps, la CJCE a qualifié l'activité de jeux de loterie de « services » au sens de l'article 50 TCE avant d'étendre cette qualification aux jeux d'argent.

a) *Qualification des jeux de loterie en « services »*

La qualification d'activités économiques au sens de l'article 2 du TCE est intervenue dans l'affaire C-275/92, *Schindler* du 24 mars 1994. Dans ce même arrêt, la CJCE a pour la première fois qualifié l'activité de jeux de loterie d'activité de « services » au sens de

³ CJCE, 11 novembre 1997, aff. C-359/95 P, *Commission et France c/Ladbroke Racing*

⁴ CJCE, 9 décembre 1997, aff. C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission et France*.

⁵ CJCE, 16 mai 2000, aff. C-83/98 P, *France c/Tiercé Ladbroke Racing*.

l'article 50 TCE. Cette qualification a été confirmée dans un arrêt C-42/02, *Lindman* du 13 décembre 2003 relatif au gain d'une citoyenne finlandaise à la loterie suédoise.

b) *Extension de la qualification de « services » aux jeux d'argent*

La jurisprudence *Schindler* précitée a été étendue aux jeux d'argent dans l'arrêt C-124/97, *Laära*, 21 septembre 1999 relative à l'activité de machines à sous.

Cependant, les particularités propres aux réglementations nationales en matière de jeux de loterie sont transposables aux jeux d'argent :

- des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel tendant à limiter, voire interdire, la pratique de ces jeux et à éviter qu'ils ne soient la source de profits individuels ;
- des considérations de lutte contre les délits et fraudes ;
- la prise en considération de la participation significative des recettes découlant des jeux d'argent au financement d'activités d'intérêt général.

Il faut cependant noter que cette dernière considération ne peut être érigée en justification objective d'une entrave à la libre circulation des biens et des services (CJCE, *Läära*, *Op. Cit.*).

c) *Certains jeux demeurent cependant exclus de la qualification de « services »*

C'est le cas des jeux concours proposés dans les magazines sous formes de mots croisés ou d'énigmes permettant après tirage au sort l'obtention de gains et/ou lots, en raison de leur petite échelle, des enjeux peu importants et du fait qu'ils ne constituent pas une activité économique indépendante⁶.

2.4. Application des principes de la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services aux jeux d'argent

La liberté d'établissement est définie par l'article 43 TCE et la libre prestation des services par l'article 49 TCE. Pour leur application, la jurisprudence distingue les mesures discriminatoires et les mesures indistinctement applicables.

a) *Les principes*

La liberté d'établissement (article 43 TCE) prévoit que tout opérateur économique – personne physique ou morale – peut mener une activité économique de manière stable et continue dans un ou plusieurs États membres.

La libre prestation des services (article 49 TCE) prévoit que tout opérateur économique – personne physique ou morale – qui fournit ses services dans un État membre, peut également offrir de manière temporaire ses services dans un autre État membre, sans avoir à y être établi.

b) *Les mesures discriminatoires*

Il s'agit de toute mesure qui crée des discriminations – directes ou indirectes – à raison de la nationalité⁷ : ces mesures sont incompatibles avec les articles 43 et 49 TCE⁸.

Les seules exceptions sont les mesures justifiées au titre des dérogations expressément prévues par le traité :

- activités relevant de l'exercice de l'autorité publique (article 45 TCE),

⁶ Cf. *Laära*, *Op. Cit.*, point 23.

⁷ CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*.

⁸ Principe du traitement national : CJCE, 71/76, *Thieffry*, 28 avril 1977.

- « *raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (article 46 TCE).

c) *Les mesures indistinctement applicables*

Il s'agit de toute mesure qui s'applique indifféremment aux ressortissants nationaux et aux ressortissants d'autres États membres, mais qui est « *de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre* »⁹.

Ces mesures sont incompatibles avec les articles 43 et 49 TCE.

Elles peuvent cependant être justifiées par :

- « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (article 46 TCE) ;
ou
- une justification jurisprudentielle (précisée ci-dessous), qui nécessite quatre conditions cumulatives :
 1. application non discriminatoire,
 2. existence de raisons impérieuses d'intérêt général, (« RIIG »)
 3. nécessité de la mesure restrictive,
 4. proportionnalité de la mesure restrictive,
- l'accomplissement d'un SIEG (article 86.2. TCE).

Cette dernière dérogation pourrait être envisageable, d'un strict point de vue théorique, en ce qui concerne les casinos dont l'activité est formellement qualifiée de service public en France en raison de leur contribution au rayonnement touristique des communes et de l'obligation conjointe d'avoir des salles de spectacles.

Elle paraît en revanche inenvisageable pour la FDJ dont l'activité ne revêt pas le caractère d'une mission de service public¹⁰.

Quant au PMU, il serait envisageable d'arguer d'un SIEG au titre du financement de la filière équine.

Les quatre conditions cumulatives permettant une justification jurisprudentielle sont analysées ci-dessous.

i. Première condition : mesure non discriminatoire

En droit communautaire, pour qu'une mesure puisse être justifiée alors même qu'elle déroge à une liberté fondamentale, elle doit remplir deux conditions :

- être fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, et
- reposer sur un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés un traitement objectif et impartial, dans un délai raisonnable.

Plus spécifiquement, la Cour a par exemple jugé en matière de paris sportifs que, dans le cas d'un système de licence d'exploitation de paris sportifs accordée aux seuls bénéficiaires d'une concession ou d'une autorisation, les conditions d'obtention de ladite concession ou autorisation devaient :

- non seulement être énoncées de façon non discriminatoire
- mais aussi ne devaient pas avoir pour effet de favoriser les opérateurs nationaux, au détriment des opérateurs étrangers¹¹.

⁹ CJCE, 25 juillet 1991, C-288/89, *Gouda*.

¹⁰ Conseil d'État, 1999, Rolin.

¹¹ CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-243/01, *Gambelli* ; CJCE, 6 mars 2007, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica*.

ii. Deuxième condition : existence de raisons impérieuses d'intérêt général

Il s'agit de considérations tenant, de manière générale, à la protection des destinataires du service, des consommateurs, et plus largement de l'ordre social.

Deux catégories de RIIG peuvent être invoquées en matière de jeux d'argent :

- limiter l'offre de jeux en vue de prévenir l'incitation des consommateurs à une dépense excessive liée aux jeux,
- prévenir les risques d'une exploitation des jeux à des fins frauduleuses et criminelles.

Ainsi, l'arrêt de la Cour AELE du 14 mars 2007¹² reconnaît la possibilité pour un État (la Norvège en l'occurrence) d'instaurer un monopole public sur les jeux d'argent à condition que l'État ne poursuive pas une politique d'expansion de l'offre de jeux.

En revanche, certaines RIIG ont été rejetées par la CJCE, en particulier celles tenant à mettre en avant un motif économique :

- l'argument du financement d'activités sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes provenant des jeux autorisés lorsqu'il ne constitue qu'une conséquence bénéfique accessoire et non la justification réelle de la politique restrictive mise en place¹³ ;
- argument tenant à la réduction ou la diminution des recettes fiscales qui découlerait de la suppression de la limitation de la liberté d'établissement ou de prestation de services (LE/LPS)¹⁴ ;
- l'argument justifiant la mesure limitant la LE/LPS par la volonté de limiter l'offre de jeu, lorsque la mesure en cause poursuit en fait une politique d'expansion dans le but d'augmenter les recettes fiscales¹⁵ ;
- l'argument justifiant la mesure limitant la LE/LPS par la nécessité de garantir la continuité et la stabilité financière d'anciennes concessions¹⁶.

iii. Troisième condition : nécessité de la mesure

Contrôle de la nécessité de la mesure au regard de l'objectif poursuivi¹⁷.

iv. Quatrième condition : proportionnalité de la mesure

Contrôle du caractère proportionnel de la mesure restrictive, *i.e.* la mesure ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁸.

Il est à noter que l'existence de législations nationales moins contraignantes dans d'autres États Membres est sans incidence sur l'appréciation des principes de nécessité et de proportionnalité (CJCE, *Anomar*, *Op. Cit.*, point 81).

2.5. Application par les juridictions nationales

Les juridictions nationales doivent vérifier, en cas de contentieux porté devant elles sur le sujet et au vu des modalités d'application de la loi en cause, si :

- la mesure restrictive répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier,

¹² AELE, 14 mars 2007, aff. E-1/06.

¹³ CJCE, *Schindler*, *Op. Cit.*, point 60; CJCE, *Zenatti*, *Op. Cit.*, point 36.

¹⁴ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, point 61.

¹⁵ CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, point 54.

¹⁶ CJCE, 13 septembre 2007, aff. C-260/04, *République italienne c/ Commission*, point 35.

¹⁷ CJCE, *Placanica*, *Op. Cit.*, point 49 ; CJCE, 11 septembre 2003, « *Anomar* », aff. C-06/01, point 80.

¹⁸ CJCE, *Laära*, *Op. Cit.*, point 31 ; CJCE, *Gambelli*, *Op. Cit.*, point 67.

- la restriction est bien proportionnée aux dits objectifs ¹⁹.

En principe, elles doivent apprécier les quatre conditions jurisprudentielles précédemment mentionnées. Toutefois, la CJCE tend à procéder elle-même à l'analyse de ces quatre conditions à l'occasion de l'examen de la question préjudicielle, ce qui a pour conséquence de réduire la marge de manœuvre du juge national dans son appréciation du respect du droit communautaire ²⁰.

a) *La juridiction judiciaire française*

Le juge judiciaire apprécie la compatibilité de la législation française au regard du droit communautaire.

i. *Affaire Zeturf*

Dans l'affaire *Zeturf* ²¹, l'arrêt de la cour d'appel (CA) de Paris a été cassé aux motifs :

- qu'elle n'a pas souligné que l'État retirait des profits importants de l'activité de paris, et par conséquent, que les dispositions françaises en matière de jeux d'argent poursuivaient un objectif de nature économique ;
- qu'elle n'a pas vérifié si la restriction en cause tendait bien à prévenir les risques de délits et de fraude et à limiter les occasions de jeux. La CA aurait dû rechercher si les autorités nationales n'adoptaient pas une politique d'expansion dans le secteur des jeux de hasard afin d'augmenter les recettes du Trésor public ;
- qu'elle aurait dû rechercher si l'intérêt général en cause, sur lequel se fondent les objectifs poursuivis, n'était pas déjà sauvegardé par les règles de l'État membre où la société Zeturf était établie (Malte).

ii. *Affaire Dewyn*

L'ancien dirigeant d'Unibet, Didier Dewyn a été inculpé en avril 2007 à la suite de deux plaintes pour « atteinte au monopole » déposées par le PMU et la Française des Jeux. Il demande en appel l'annulation de sa mise en examen pour « loterie illicite » et « prise de paris clandestins sur les courses de chevaux ».

La Cour d'appel de Paris (CA) est allée au-delà des réquisitions de l'avocat général, qui s'en remettait simplement à saisir la CJCE d'une question préjudicielle relative à la conformité du monopole de la Française des Jeux (FDJ). La CA a considéré que la jurisprudence de la CJCE était suffisamment claire et a ordonné un supplément d'information pour permettre au juge pénal de vérifier que le monopole organisé par l'État français est bien légal.

b) *La juridiction administrative*

Dès 2000, le Conseil d'État (CE) a été amené à se prononcer sur la compatibilité de la réglementation française relative à l'organisation et à l'exploitation des jeux de loterie (titre II du décret du 9 novembre 1978) avec les articles 43 et 49 TCE ²².

Dans cet arrêt, le CE a observé que la réglementation française était contraire aux articles 43 et 49 TCE mais il a relevé que l'attribution d'un monopole à la FDJ sans appel d'offre ne portait pas en elle-même une atteinte disproportionnée à un article, qu'elle poursuivait des

¹⁹ CJCE, *Zenatti*, *Op. Cit.*, point 37.

²⁰ Dans l'affaire *Gambelli* la CJCE a examiné de façon approfondie si la législation italienne remplissait les 4 conditions.

²¹ Cour de cassation, 10 juillet 2007, aff. *Zeturf et E turf c/ PMU*.

²² Conseil d'État, 15 mai 2000, *Confédération française des professionnels en jeux automatiques*.

objectifs de protection de l'ordre public et, partant, qu'elle pouvait être justifiée sur la base du RIIG. Cela dit, l'arrêt du CE et les conclusions du commissaire du gouvernement Daussun comportent déjà à cette époque une mise en garde explicite.

Le CE a en effet relevé que les conditions concrètes d'application du décret se caractérisaient par une propension de la FDJ à diversifier son offre de jeux mais a considéré qu'elles n'avaient pas, « à la date d'intervention de la décision du Premier ministre refusant d'abroger le décret » revêtu une ampleur telle qu'elle devait conduire à l'abrogation du décret. Le CE note un décalage entre l'objectif poursuivi (tel qu'affiché) et la réalité. Il n'exclut donc pas qu'à l'avenir, les conditions d'application du décret doivent conduire à son abrogation.

C'est sans doute dans cette voie que s'était engagé le syndicat du Casino Moderne de France tout récemment devant le CE. Et si sa requête a été rejetée, c'est en raison d'une irrecevabilité manifeste et non pas pour des raisons de fond. La question demeure donc entière aujourd'hui.

c) *Autres législations européennes*

i. Tribunal de commerce de Liège, ordonnance du 23 avril 2007, Green Cycle Associates (« GCA ») c/ Amaury Sports Organisation (« ASO »)

ASO a refusé d'inscrire GCA à des courses cyclistes aux motifs que :

- GCA violerait la réglementation belge relative aux jeux de hasard (l'équipe GCA étant sponsorisée par Unibet, société active en matière de paris sportifs, une activité en contradiction selon elle avec la législation belge), et
- GCA s'exposerait à des actions judiciaires et/ou poursuites pénales.

Selon le tribunal, il n'y avait pas de justification objective :

- absence de risques avérés de poursuites judiciaires,
- il incombe à ASO de démontrer la conformité de la réglementation belge avec l'article 49 TCE.

Selon le tribunal, la législation belge constitue *prima facie* une restriction à la LPS.

ii. Cour constitutionnelle allemande, 28 mars 2006

Elle a constaté l'inconstitutionnalité du monopole d'État relatif aux paris sportifs :

- la justification est insuffisante, *i.e.* lutte contre les dangers des jeux de hasard,
- il existe une propension à développer l'offre en matière de jeux (développement de nouveaux réseaux de distribution, politique marketing, etc.).

3. Interventions de la salle

PIERRE DE MONTALEMBERT, avocat, souhaite apporter quelques précisions. Il souligne que la directive « services » ne dit rien sur les jeux d'argent puisqu'ils sont exclus de son champ d'application. Il rappelle que la Commission s'appuie sur l'article 49 TCE. La France a répondu une première fois à la Commission qui a rendu ensuite un avis motivé. La Commission est donc en mesure de porter l'affaire devant la CJCE mais elle ne l'a pas encore fait.

MATTHIEU VINCENT, avocat, rappelle que l'appellation « monopole d'État » pour les entreprises du secteur des jeux, souvent reprise par la presse, est inappropriée. La Française des jeux est un établissement d'économiste mixte, le PMU constitue une association loi 1901 privée, les casinos sont privés.

DIDIER THEOPHILE est d'accord pour les désigner comme des monopoles attribués par l'État.

MATTHIEU VINCENT signale qu'on observe un manque de concurrence lors des appels d'offre pour les casinos, au moment de l'attribution des délégations de service public.

CHRISTIAN GOLLIER rappelle que les entreprises des jeux constituent bien de monopoles, entraînant une captation de rente.

PIERRE DE MONTALEMBERT rappelle que le pari hippique peut être organisé hors des hippodromes par différentes sociétés. Il s'agit certes d'un droit exclusif, mais qui concerne une soixantaine d'entreprises. Le GIE PMU légal a été prévu par décret. Il s'interroge sur la manière d'organiser la concurrence dans ce cadre.

CHRISTIAN GOLLIER évoque la possibilité d'une concurrence en régulation entre pays.

DIDIER THEOPHILE signale que la Commission veut harmoniser la situation en ouvrant à la concurrence. Il rappelle que, si l'on suit la position de la Commission, tout droit exclusif entrave potentiellement la liberté d'établissement, comme l'a précisé la CJCE.

CHRISTIAN GOLLIER signale que le GIE peut cependant avoir une position de monopole naturel.

ANNE PERROT se demande s'il existe des raisons de privilégier certains jeux par rapport à d'autres dans le cadre d'une ouverture à la concurrence.

CHRISTIAN GOLLIER indique que cette question va demander encore du travail, dans la mesure où il n'existe pas de typologie suffisamment probante des jeux. Il indique que les comportements compulsifs nécessitent un contrôle, par opposition au jeu plaisir ou loisir.

DIDIER THEOPHILE rappelle que certains jeux sont plus contrôlés que d'autres. C'est en particulier le cas des casinos.

LA SALLE fait remarquer que le PMU comporte une part non aléatoire, par opposition au loto qui constitue du hasard pur. S'agit-il d'un bon critère de séparation ?

CHRISTIAN GOLLIER reconnaît qu'il s'agit d'une classification intéressante. Il fait remarquer qu'un jeu où un talent particulier peut s'exercer induit généralement un phénomène de surconfiance.

DIDIER THEOPHILE fait remarquer que la loi a partiellement répondu à cette question, en assimilant l'ensemble des paris sportifs à des loteries.

JEROME BERTIN, avocat, s'interroge sur le cas du poker : est-ce que le hasard est prédominant ? De manière générale, est-ce qu'on peut quantifier l'importance du hasard dans un jeu ?

LA SALLE soulève le problème de l'hétérogénéité entre agents.

CHRISTIAN GOLLIER souligne que les études empiriques montrent une très grande hétérogénéité dans la capacité à anticiper l'avenir et à prédire l'addiction. L'évolution des décideurs publics semble dictée par un principe de préférence révélée : s'il existe une demande pour les jeux, c'est que c'est bon pour le bien-être. Le problème est qu'il peut exister des effets irrationnels.

4. Cas de concentration : Affaire Accor Casinos/ Colony/Famille Barrière-Desseigne

Le cas discuté est la décision rendue le 28 juillet 2004 par le ministre chargé de l'économie dans l'affaire Accor Casinos / Colony / famille Barrière-Desseigne, relative à une concentration dans le secteur des casinos (C2004-117, BOCCRF n° 6 du 23 juin 2005).

Son intérêt réside dans les éléments apportés sur la nature de la concurrence entre casinos et sur le marché pertinent.

4.1. L'opération

L'opération consistait en la création d'une entreprise commune contrôlée conjointement par Accor, Colony et la famille Barrière-Desseigne et rassemblant les actifs hôteliers et casinotiers d'Accor Casinos et de la famille Barrière-Desseigne.

a) La procédure

L'opération a initialement été notifiée auprès de la Commission européenne mais les autorités françaises ont formulé une demande de renvoi sur le fondement de l'article 9 du règlement n° 4064/89, alors encore applicable.

Elles avançaient, à titre principal, que l'opération affectait la concurrence sur la côte basco-landaise ainsi que sur la Côte d'Azur, qui constituent des marchés distincts à l'intérieur du territoire français et ne constituent pas une partie substantielle du marché commun. Elles se plaçaient donc sur le terrain de la compétence liée de la Commission pour renvoyer une opération.

Les autorités françaises avançaient également, à titre subsidiaire, que l'opération risquait de créer ou renforcer une position dominante sur les deux zones identifiées dans la demande de renvoi.

b) Les décisions rendues par la Commission et la DGCCRF

Par décisions du 4 juin 2004, la Commission européenne a, d'une part, fait droit à la demande de renvoi formulée par les autorités françaises en ce qui concerne la côte basco-landaise et la côte d'azur, d'autre part, autorisé pour le reste l'opération sur les marchés non concernés par la demande de renvoi.

Les autorités françaises ont, pour leur part, autorisé l'opération de concentration le 28 juillet 2004 sous réserve toutefois du respect d'un certain nombre d'engagements de cession d'actifs dans chacune des deux zones concernées par la demande de renvoi.

c) Quelques précédents peu éclairants

Il n'existait que quelques précédents des autorités de concurrence portant sur des définitions de marchés en matière de jeux d'argent. Mais ces précédents n'étaient pas très éclairants :

- La décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, dont il ressort que les jeux de hasard des casinos ne sont pas substituables avec les jeux organisés par la Française des Jeux, ni avec ceux organisés par le Pari Mutuel Urbain ;
- La décision de la Commission du 13 février 2003 (COMP/M.3109 - Candover/Cinven/Gala), dont il ressort qu'il existe un marché de produits des machines de jeux, incluant les machines à sous, de dimension géographique nationale ;
- La décision de la *Competition Commission* britannique d'août 1997 (*London Clubs International Plc and Capital Corporation Plc*), dont il ressort qu'il existe un marché des casinos, au sein duquel il faut identifier les casinos haut de gamme à Londres. Cette différenciation est basée sur des différences de services, de qualité, de locaux, de montant maximal et minimal des mises mais aussi et surtout sur la présence de « grands joueurs » dans ces casinos.

La décision rendue par le ministre chargé de l'économie est donc en France la première décision qui analyse en détail le secteur des casinos, que ce soit en termes de définitions de marchés ou en termes d'analyse concurrentielle.

4.2. Les définitions de marché

La distinction entre un marché amont et un marché aval est opérée compte tenu à la fois de la réglementation du secteur et de son mode de fonctionnement.

a) En amont

En amont, un marché de l'obtention de délégations de service public à l'issue d'appels d'offres a été identifié par la Commission européenne. Ce marché est de dimension au moins nationale, selon la décision de la Commission européenne.

b) En aval

i. Marché de services

Le marché de l'exploitation des casinos a été identifié en tant que tel. La Commission européenne a laissée ouverte la question de savoir s'il convenait de distinguer, au sein de ce marché, entre l'exploitation des machines à sous (MAS) et des jeux de table (JT).

Le ministre chargé de l'économie a, pour sa part, considéré qu'il convenait de segmenter le marché de l'exploitation des casinos en distinguant les MAS des JT, compte tenu des modalités de fonctionnement et des caractéristiques propres à chacune de ces deux activités (différence de clientèle, droit de timbre, mises plus élevées pour les jeux de table et existence de règles et de codes spécifiques à ces derniers).

Il ne s'est en revanche pas interrogé sur le point de savoir s'il existait une substituabilité ou non entre les jeux des casinos et les jeux en ligne, alors que ceux-ci connaissaient déjà un certain succès en 2004.

ii. Marché géographique

Le ministre chargé de l'économie, tout comme la Commission avant lui, retient une zone de chalandise d'une heure environ en voiture autour d'un casino.

Deux éléments confortent cette définition : la proximité d'un casino constitue l'un des tout premiers critères de choix d'un casino selon les études des parties et le ministère de l'Intérieur adopte la même approche dans sa politique de délivrance des autorisations nécessaires à l'exploitation des casinos puisqu'il se fonde sur la notion de « *bassin ludique* ».

Le ministre chargé de l'économie observe que, dans les zones concernées par sa demande de renvoi (côte basco-landaise et Côte d'Azur), il existe une très forte densité de casinos, de sorte que les zones de chalandise de ces casinos se recoupent dans des proportions importantes.

Le ministre identifie alors un effet de substitution en chaîne, conduisant à une homogénéisation des conditions de concurrence au sein de chacune de ces deux zones. Le ministre en conclut à l'existence de marchés de dimension plus large que la zone de chalandise d'une heure en voiture, englobant par conséquent plus de casinos.

In fine, le ministre mène son analyse concurrentielle à la fois sur les zones de chalandise d'une heure et sur les zones prises dans leur globalité (côte basco-landaise et côte d'azur).

En revanche, le ministre exclut du marché géographique les casinos de San Remo et de San Sebastian, situés de l'autre côté des frontières italienne et espagnole alors qu'ils appartiennent aux zones de chalandise d'une heure en voiture des casinos des parties notifiantes. Il pourrait être possible de discuter du bien-fondé de cette exclusion qui est, probablement, liée au fondement choisi par les autorités françaises pour demander le renvoi de l'opération (cas de compétence liée de la Commission). En tout état de cause, la Commission avait adopté le même point de vue dans la demande de renvoi.

4.3. Analyse concurrentielle

- a) *Selon les parties, l'opération n'entraîne pas de création ou de renforcement de position dominante*

Les parties avançaient en effet que les principaux facteurs de concurrence étaient, dans l'ordre, les suivants : (1) la localisation du casino, (2) la qualité de service, (3) la présence de services annexes, (4) le taux de redistribution des MAS et (5) le choix et la diversité du parc de machines.

Or, sur chacun de ces aspects, les casinotiers concurrents disposent d'atouts aussi importants que ceux des parties, de sorte que l'opération n'affecte pas la concurrence.

En outre, la concurrence par les prix entre casinos est secondaire. La concurrence entre casinos joue principalement par la qualité des services et non par les prix car :

- les casinos en monopole ont un taux de redistribution (*i.e.*, pourcentage de la somme « rendue » aux joueurs) comparable à celui des casinos en concurrence ;
- il est difficile de modifier le taux de redistribution (il ne peut être modifié que tous les trois mois par des sociétés agréées par le ministère de l'Intérieur) ;
- les casinotiers n'ont aucun intérêt à diminuer le taux de redistribution car une telle diminution implique mécaniquement une diminution du « temps de jeu » (à mise égale) et donc la non-satisfaction des joueurs.

- b) *Selon le ministre, il existe une concurrence en prix et un risque d'élévation des barrières à l'entrée*

i. La concurrence en prix entre casinos

Le ministre rejette l'analyse des parties et considère qu'il y a une concurrence par les prix entre casinos. Il avance plusieurs raisons.

D'après le test de marché, le principal facteur de concurrence serait le mix-machines, c'est-à-dire le couple type de machines (rouleaux/poker) et la dénomination des machines, à égalité avec la localisation du casino et devant les services. Or le mix-machines est un facteur clé du PBJ, qui dépend du taux de marge des machines et du *coin-in* (nombre de pièces jouées).

Le ministre observe ensuite que s'il est difficile pour les casinotiers d'influer sur le taux de marge puisqu'il dépend du taux de redistribution (minimum légal de 85 %), il est en revanche facile d'influer sur le *coin-in* en modifiant le mix-machines :

- par augmentation du parc de MAS mais cette solution nécessite une autorisation du ministère de l'Intérieur ;
- par modification des machines à l'intérieur d'un parc constant, ce qui est beaucoup plus aisé puisqu'aucune autorisation du ministère de l'Intérieur n'est requise.

Un opérateur peut donc augmenter la dénomination des machines (*i.e.* la valeur faciale des pièces jouées).

Dans une telle hypothèse, les consommateurs devront mécaniquement augmenter leur budget pour bénéficier d'un temps de jeu équivalent à celui dont ils bénéficiaient auparavant : c'est une forme de « prix » pour les consommateurs. Or les consommateurs ne peuvent pas s'opposer à une telle stratégie, de sorte qu'il n'existe pas de contre-pouvoir de la demande.

D'après le ministre, l'exemple du passage à l'euro serait particulièrement révélateur. En effet lors du passage à l'euro, un phénomène général d'inflation tarifaire des dénominations des MAS a pu être observé dans l'ensemble des casinos, ayant entraîné une augmentation du produit brut des jeux. La portée de cet exemple pourrait cependant être nuancée.

Le ministre observe en outre que les concurrents ne sont pas en mesure de proposer un mix-machines comparable à celui de la nouvelle entité. En cas d'augmentation générale de la

dénomination des MAS de la nouvelle entité, les concurrents ne seront pas à même de s'opposer à une telle stratégie dans la mesure où ils disposent de beaucoup moins de machines que la nouvelle entité, et il est difficile pour eux d'obtenir des MAS supplémentaires (autorisation préalable du ministère de l'Intérieur).

En conclusion, il ressort de l'analyse concurrentielle du ministre qu'il existe une concurrence par les « prix » dans le secteur des casinos, cette concurrence étant exercée *via* les modifications de dénomination des MAS.

ii. Une telle analyse suscite toutefois deux interrogations

D'une part, il convient de s'interroger sur le point de savoir si elle est transposable aux jeux de table, qui n'ont pas fait l'objet d'une analyse détaillée.

D'autre part, le Conseil de la concurrence ne semble pas complètement partager l'analyse du ministre. En effet, dans une décision postérieure à la décision du ministre, le Conseil de la concurrence a indiqué que : *« la question se pose de savoir s'il existe véritablement une concurrence autre que spatiale entre les casinos, sachant que chaque casino présente globalement la même offre (à l'exception des très grands casinos où le profil des joueurs est différent), et qu'il est souvent en monopole dans un secteur en raison de la réglementation qui limite fortement l'implantation des casinos »*²³.

iii. L'élévation des barrières à l'entrée

Le ministre observe que, d'après les résultats du test de marché, l'opération entraînerait une élévation des barrières à l'entrée sur le marché en raison d'un « effet de dissuasion » à l'implantation sur la côte d'azur, notamment pour les indépendants.

Cela dit, il est possible de s'interroger sur ce point. Le secteur casinotier est en effet un secteur très fortement réglementé, ce que le ministre a d'ailleurs lui-même relevé. Aussi est-il possible de se demander en quoi, dans ce contexte, des parts de marché importantes sur une zone donnée élèveraient les barrières à l'entrée.

CHRISTIAN GOLLIER

Pourquoi, de façon très générale, autoriser les concentrations, qui réduisent la concurrence et nuisent donc au bien-être ? En raison des gains d'efficacité productive. Où sont-ils dans le cas présent ?

Concernant la concurrence par les prix, son application apparaît difficile au cas des jeux d'argent. Si on retient comme critère le taux de rendement, il est négatif. Le taux de retour est inférieur à 1, quand par exemple seuls 85 % de la mise sont rendus aux joueurs. Le prix implicite n'est donc pas un indicateur très pertinent. De même l'élasticité de la demande est sans doute faible à court terme.

La concurrence avec les jeux en ligne n'apparaît pas évidente, dans la mesure où les services semblent assez différents.

En réponse **DIDIER THEOPHILE** rappelle que les gains d'efficacité ne sont pratiquement jamais invoqués en première analyse dans les affaires de concentration. Ils le sont plutôt après que les autorités ont indiqué que la concentration soulevait un problème de concurrence. Le critère de la position dominante est retenu par les autorités. Au cas d'espèce, elles ont cherché à réduire la part de marché des parties suite à l'opération par des cessions de casinos. Il faut

²³ Décision 05-D-20 du 13 mai 2005 relative à une saisine de la société le casino du Lac de la Magdeleine, paragraphe 22.

également remarquer que la concurrence de la vente en ligne s'exerce dans des secteurs où le service est pourtant important, comme la vente de livres, de disques ou l'habillement.