

La notion de proportionnalité appliquée au droit des jeux de hasard – Les cas *Placanica* et *Autorité de surveillance de l'AELE/Royaume de Norvège*

Eleanor Cashin Ritaine/Eva Lein

Sommaire

- A. Introduction
- B. La cohérence des entraves (admises) à la liberté de circulation
 - I. Les restrictions en cause
 - II. Les critères de justification des entraves constatées
- C. Le principe (à géométrie variable) de proportionnalité
 - I. La marge de manœuvre étatique
 - II. Les apports des deux arrêts
- D. Proportionnalité – *Quo vadis* ?

A. Introduction

Deux arrêts rendus respectivement à une semaine d'intervalle en mars 2007 par la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour de l'AELE viennent de compliquer, un peu plus encore, la situation juridique des opérateurs privés de jeux de hasard en Europe¹. En effet, alors même que la CJCE venait de condamner, le 6 mars 2007, l'Etat italien pour avoir sanctionné pénalement les agents italiens d'une entreprise britannique de paris en ligne agissant sans autorisations requises sur le territoire italien², en violation des libertés de circulation fondamentales du Traité de Rome, une semaine plus tard le 14 mars 2007, la Cour de l'AELE a confirmé la création par l'Etat norvégien d'un monopole public d'exploitation de machines à sous qui vise à restreindre drastiquement la possibilité pour les opérateurs nationaux et étrangers d'accéder au marché norvégien des machines à sous³.

Nous nous étions fait l'écho l'an passé de la vaste étude sur les jeux de hasard en Europe, réalisée par l'Institut suisse de droit comparé pour le compte de la Commis-

¹ Cette situation compliquée n'est pas confinée à l'Europe, comme en témoigne la récente décision des Etats-Unis d'Amérique de retirer le secteur des jeux de ses engagements sous l'accord OMC, suite à la condamnation dans l'affaire Antigua. Voir également le conflit entre les Etats-Unis et Antigua, qui s'est conclu par le rapport de l'Organe d'appel de ladite organisation, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 7 avril 2005.

² CJCE, arrêt du 6.3.2007, aff. jtes. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica et autres*, pas encore publié au Recueil. L'arrêt est disponible en ligne sous <http://www.curia.europa.eu>.

³ Cour de l'AELE, aff. E-1/06, 14.3.2007, *Autorité de surveillance de l'AELE/Royaume de Norvège*, pas encore publié au Recueil. L'arrêt est disponible en anglais sous <http://www.efta-court.lu>.

sion européenne⁴. L'étude s'était appuyée sur le postulat que toute opération de jeux de hasard était soumise aux articles 43 et 49 du Traité de Rome⁵. De façon similaire, les articles 31 et 36 de l'Accord sur l'Espace Economique Européen affirment les mêmes principes et s'interprètent ainsi parallèlement aux dispositions du Traité de Rome⁶. Les deux traités interdisent tout traitement discriminatoire à l'égard des nationaux d'un autre Etat membre ainsi que toute mesure nationale restreignant ces libertés à moins qu'elle ne soit fondée sur une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnée à cet objectif.

Précisément, dans les arrêts visés, tant la CJCE que la Cour de l'AELE, a eu à analyser certaines mesures nationales restrictives et à les apprécier sous l'angle de la proportionnalité. Or, à première vue, la comparaison entre les solutions adoptées dans les deux arrêts des 6 et 14 mars 2007 laisse l'observateur perplexe. En effet, comment peut-on affirmer que la création d'un monopole étatique en Norvège soit une solution plus adaptée pour limiter l'offre de jeu que l'application stricte d'un système restreint de licences en Italie? Se pose alors la question du contrôle judiciaire de la marge de manœuvre étatique lorsqu'un Etat prétend limiter, pour des raisons tenant à l'intérêt public, les libertés fondamentales du traité. Afin de mesurer toute la portée de cette double jurisprudence, nous examinerons successivement à la lumière de ces deux arrêts, la cohérence des entraves admises à la libre circulation (B.) et la concrétisation du principe de proportionnalité (C.) pour tenter d'en tirer des enseignements pour le futur (D.).

B. La cohérence des entraves (admises) à la libre circulation

I. Les restrictions en cause

Dans la première affaire, il s'agissait d'analyser le comportement restrictif de l'Etat italien fondé sur une législation entretemps abrogée et ayant déjà fait l'objet d'un arrêt de la Cour dans l'affaire *Gambelli*. La seconde affaire, à l'inverse, concernait

⁴ *Eleanor Cashin Ritaine/Eva Lein*, Les jeux de hasard dans l'Union européenne - Panorama de droit comparé et implications sur la libre circulation des services, in : Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling (éd.), ASDE 2006, 465 ss.

⁵ Pour mémoire, l'article 49 CE garantit la liberté de fournir et de recevoir des services au-delà des frontières et l'article 43 CE s'applique à la faculté des opérateurs de jeux de hasard d'un Etat membre de s'établir librement et de façon permanente dans un autre Etat membre. Sur la jurisprudence relative à ces deux articles, notamment l'Art. 49 CE, en matière de jeux de hasard : CJCE, aff. C-275/92, *Schindler*, Rec. 1994, I-1039 ; CJCE, aff. C-124/97, *Läära*, Rec. 1999, I-6067 ; CJCE, aff. C-67/98, *Zenatti*, Rec. 1999, I-7289 ; CJCE, aff. C-6/01, *Anomar*, Rec. 2003, I-8621 ; CJCE, aff. C-243/01, *Gambelli*, Rec. 2003, I-13031. Les arrêts sont tous publiés en ligne sous <http://www.curia.europa.eu>.

⁶ Article 108 de l'accord EEE. Cet accord, signé à Porto le 2 mai 1992, lie les pays membres de l'Union européenne avec certains pays membres de l'AELE, le Liechtenstein, la Norvège et l'Islande, à l'exclusion de la Suisse.

les implications futures d'une législation sur les machines à sous⁷ créant un monopole étatique, qui n'était cependant pas encore entrée en vigueur.

Dans son arrêt du 6 mars 2007⁸ dit *Placanica*, qui fait suite à la jurisprudence antérieure dans les affaires *Zenatti*⁹ et *Gambelli*¹⁰ la Cour de justice se prononce pour la troisième fois sur la législation italienne des jeux de hasard et à nouveau sur un cas de paris sportifs.

La législation italienne contestée interdisait les activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris sur les événements sportifs si l'opérateur ne disposait pas d'une concession et d'une autorisation de police¹¹. Les buts justifiant cette législation restrictive étaient la protection des consommateurs et la lutte contre la criminalité. L'attribution d'une concession par voie d'appel d'offres relève alors du pouvoir exclusif de deux monopolistes, CONI et UNIRE¹², seuls habilités à organiser les paris. Précédemment, l'accès à une telle concession était exclu pour les sociétés de capitaux cotées en bourse¹³. Suite à l'abrogation de cette disposition, les concessions attribuées pour plusieurs années sous l'égide de la loi ancienne n'ont pas été révoquées, ni même d'autres créées. Or, si un opérateur ne dispose pas d'une concession, il ne peut obtenir l'autorisation de police et encourt alors des sanctions pénales pour avoir exercé une activité illégitime de jeux de hasard en Italie¹⁴. Par ailleurs, l'Italie mène une politique expansive d'offre d'opportunités de jeu légal afin de pouvoir faire face aux offres des opérateurs illégaux.

Se sont alors trouvés poursuivis, plusieurs intermédiaires italiens, dont *Massimiliano Placanica*, qui avaient collecté des paris pour le compte d'un bookmaker établi en Angleterre, société cotée en bourse et exclu *de facto* de la procédure d'attribution des concessions italiennes, sous l'égide de l'ancienne législation. L'infraction à la législation italienne était ainsi constituée : le *bookmaker* anglais et les intermédiaires italiens agissant pour son compte n'étaient pas habilités à exercer cette activité faute d'avoir obtenu préalablement une concession et, par voie de conséquence, l'autorisation de police¹⁵.

⁷ Loi n° 90 du 29 août 2003 : *Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen* (loi modifiant les lois relatives aux jeux d'argent et aux lotteries).

⁸ La présente contribution se borne à un exposé très bref des faits et des considérants des arrêts. Les difficultés procédurales des questions préjudicielles ne seront pas reproduites ici.

⁹ CJCE, C-67/98, *Zenatti* (note 5).

¹⁰ CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5).

¹¹ Cette autorisation de police était prévue par l'Art. 88 du décret royal n° 773 portant approbation du texte unique des lois en matière de sécurité publique (dans sa version modifiée au GURI n° 302 du 29 décembre 2000).

¹² CONI: *Comitato olimpico nazionale italiano* ; UNIRE: *Unione italiana per l'incremento delle razze equine*.

¹³ La modification de cette législation est entrée en vigueur en 2002. Désormais l'art. 22 al. 11 de la *Legge finanziaria* n° 289 du 27 décembre 2002, GURI n° 305 du 31 décembre 2002, suppl. ord. n° 240, permet à toute personne morale indépendamment de sa forme juridique de participer aux appels d'offre.

¹⁴ Article 4 de la loi 401/89 du 13 décembre 1989, GURI n° 294 du 18 décembre 1989.

¹⁵ Pour un exposé détaillé des faits voir les Conclusions de l'Avocat Général *Colomer*, aff. jtes. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres*, cons. 45 *et seq.*, pas encore publié au Recueil ; CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 18 *et seq.*

Statuant sur plusieurs demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE introduites par deux tribunaux italiens¹⁶, la décision de la Cour de Justice fait suite à un arrêt dit *Gesualdi* de la *Corte Suprema di Cassazione*¹⁷ du 26 avril 2004 qui avait provoqué une vive controverse sur l'interprétation du droit communautaire, notamment au regard de la jurisprudence *Gambelli*¹⁸. La Cour de Justice était alors invitée à se prononcer sur la compatibilité de la législation italienne en matière de paris avec les principes communautaires des art. 43 et 49 CE, et particulièrement sur l'application du principe de proportionnalité¹⁹.

De façon similaire, par l'arrêt du 14 mars 2007, la Cour de l'AELE a dû se prononcer sur la compatibilité avec les articles 31 et 36 du traité de l'EEE d'une nouvelle législation norvégienne²⁰ introduisant un monopole dans le secteur des machines à sous au profit d'un opérateur étatique, déjà titulaire par ailleurs d'un monopole pour l'opération des paris sportifs et autres jeux de hasard. Rompant avec le système antérieur de compétition entre une pluralité d'opérateurs à but social et caritatif, la Norvège entend ainsi mieux juguler la croissante dépendance des consommateurs au jeu, particulièrement dans le secteur des machines à sous. L'ensemble du dispositif est complété par des sanctions pénales pour l'opération sans autorisation d'une activité organisée de jeux de hasard.

Deux procédures séparées ont été introduites pour contester l'entrée en vigueur de cette nouvelle législation. Sur le plan interne, certains opérateurs privés affectés par la nouvelle législation ont porté une action jusqu'à la dernière instance norvégienne, la Cour suprême norvégienne, le *Høyesterett*. Sur le plan international, l'**Autorité de Surveillance de l'AELE** a introduit contre la Norvège une action pour violation des Art. 31 et 36 du traité de l'EEE. La décision de la Cour Suprême norvégienne et l'entrée en vigueur de la nouvelle législation ont été suspendues en attendant la décision de la Cour de l'AELE²¹.

¹⁶ Pour l'affaire C-338/04 le *Tribunale di Larino* et pour les affaires C-359/04 et C-360/04, le *Tribunale di Teramo*.

¹⁷ *Corte Suprema di Cassazione*, arrêt n° 111/04, 26 avril 2004, *Gesualdi*. Dans cette décision, la *Corte Suprema di cassazione* considère que le but de canaliser les activités de jeu de hasard dans des circuits contrôlables pour des raisons de prévention de criminalité justifie une législation nationale qui est, suite à une politique expansive dans le secteur des jeux, incohérente par rapport à l'objectif de protection des consommateurs. La Cour avait également estimé que l'exclusion par la législation incriminée des sociétés de capitaux dont l'actionnariat n'était pas transparent car les actionnaires individuels n'étaient pas identifiables à tout instant, n'était pas discriminatoire car elle s'appliquait indifféremment aux sociétés italiennes et étrangères.

¹⁸ Voir également *infra* B.II., C.

¹⁹ Etant souligné que dans le cadre de la procédure de demande préjudicielle, fondée sur l'article 234 CE, la Cour de Justice ne se prononce pas sur la compatibilité des normes de droit interne avec le droit communautaire, de la seule compétence des juridictions nationales, mais se borne à fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettront à celle-ci d'apprécier la compatibilité des normes de droit interne avec la réglementation communautaire. Voir à cet égard CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 5), cons. 36.

²⁰ Loi n° 90 du 29 août 2003 : *Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivning* (loi modifiant les lois relative aux jeux d'argent et aux lotteries).

²¹ La décision du *Høyesterett* est attendue pour le mois de juin, l'entrée en vigueur de la nouvelle législation pour juillet 2007.

La comparaison entre ces deux décisions fait apparaître une problématique juridique commune. Dans les deux cas, les entraves aux principes de libre circulation étaient incontestables, mais tant le traité de Rome que le traité de l'EEE permettent de telles restrictions si elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général²².

Dans la décision *Placanica*, il apparaissait clairement que l'impossibilité d'obtenir la concession et l'autorisation de police, le tout assorti de sanctions pénales pour les contrevenants non munis de ces autorisations inaccessibles, à l'opérateur exclu du marché était une limitation sérieuse des droits à la libre prestation de services et de libre établissement prévus par le Traite de Rome. De fait, la Cour de justice a pu décider que :

« Une réglementation nationale qui interdit l'exercice d'activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence de concession ou d'autorisation de police délivrées par l'Etat membre concerné, constitue une restriction à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services prévues respectivement aux articles 43 CE et 49 CE.

Il incombera aux juridictions de renvoi de vérifier si, dans la mesure où elle limite le nombre d'opérateurs agissant dans le secteur des jeux de hasard, la réglementation nationale répond véritablement à l'objectif visant à prévenir l'exploitation des activités dans ce secteur à des fins criminelles ou frauduleuses.

Les articles 43 CE et 49 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans les affaires au principal, qui exclut et qui plus est continue d'exclure du secteur des jeux de hasard les opérateurs constitués sous la forme de sociétés de capitaux dont les actions sont cotées sur les marchés réglementés.

Les articles 43 CE et 49 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans les affaires au principal, qui impose une sanction pénale à des personnes telles que les prévenus au principal pour avoir exercé une activité organisée de collecte de paris en l'absence de concession ou d'autorisation de police exigées par la législation nationale lorsque ces personnes n'ont pu se munir desdites concessions ou autorisations en raison du refus de cet Etat membre, en violation du droit communautaire, de les leur accorder ».

Dans la décision norvégienne, la création du monopole étatique met fin immédiatement aux mêmes libertés, aussi bien pour les opérateurs nationaux qu'étrangers. Cependant, ici la Cour de l'AELE²³ énonce que :

« Les objectifs d'intérêt public dont la législation nationale tend à atteindre sont à considérer dans leur ensemble. Selon la Cour, il est raisonnable de supposer qu'un opérateur détenant un monopole dans le domaine des machines à sous, soumis à des contrôles efficaces par les autorités publiques compétentes, serait plus enclin à chercher des solutions pour lutter contre la dépendance au jeu qu'un opérateur privé ou des organisations humanitaires ou des activités sociales, qui dépendent partiellement des revenus des machines à sous. Par ailleurs, il est vraisemblable de supposer que, en principe, l'Etat peut plus facilement contrôler et orienter un opérateur appartenant à l'Etat que des opérateurs privés. De par son rôle de propriétaire, l'Etat possède des moyens additionnels pour influencer le comportement de l'opérateur par des réglementations de droit public et de surveillance. En fait, l'efficacité du contrôle public et l'application d'une approche véritablement restrictive vis-à-vis des machines à sous représentent dans ce cas le point central d'une évaluation de la proportionnalité de la mesure en cause. Dans une situation où la réforme de la réglementation des machines à sous en Norvège n'est pas encore entrée en vigueur, la Cour ne peut supposer que le contrôle public et l'application de la politique ne respecteront pas ces exigences.

²² CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 60 ; CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 45.

²³ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 51 s.

La Cour conclut que le défendeur a suffisamment démontré que le système de droit exclusif démontré dans la législation contestée est susceptible d'être plus efficace en vue d'atteindre les objectifs requis dans la législation, considérés dans leur ensemble, que les autres moyens proposés par le demandeur. »

Après la confirmation que toute opération de jeux de hasard est impérativement soumise aux articles 43 et 49 du Traité de Rome et aux articles 31 et 36 du traité de l'EEE, le point central des deux décisions se situe ainsi dans l'appréciation des raisons impérieuses d'intérêt général invoquées puis de l'application subséquente de la notion de proportionnalité.

II. Les critères des justifications des entraves constatées

Dans la décision *Placanica*, l'Etat italien invoque une meilleure protection des consommateurs et la lutte contre la criminalité. L'Etat norvégien énonce, pour sa part, dans l'arrêt de la Cour de l'AELE²⁴, que la création du monopole vise à mieux protéger les consommateurs d'une dépendance au jeu, à réduire les jeux sur machines à un niveau social défendable, à augmenter les contrôles publics, à lutter contre la criminalité, à assurer le respect de la limite d'âge à 18 ans, à empêcher les profits privés mais également de limiter les revenus générés jusqu'à présent par les opérateurs commerciaux afin de les affecter à des œuvres de bienfaisance.

Comme nous l'avons évoqué l'an passé²⁵, la Cour de Justice des Communautés Européennes a fréquemment eu l'occasion de dresser un catalogue de ces buts d'intérêt public aptes à justifier des restrictions aux libertés fondamentales dans le secteur du jeu de hasard. La Cour a ainsi pu valider des mesures restrictives fondées sur des motifs aussi variés que la protection des consommateurs contre la dépendance au jeu²⁶, la protection de l'ordre public²⁷ particulièrement contre la criminalité organisée²⁸, le maintien de l'ordre social et la protection de l'ordre moral et culturel²⁹. Par contre, ni les intérêts fiscaux, ni le financement d'œuvres de bienfaisance ne sont reconnues en tant que justification valable³⁰.

L'arrêt *Gambelli* de la CJCE avait également mis l'accent sur le fait que les restrictions nationales devaient réellement servir le but allégué **d'une manière cohérente et systématique**³¹. Dès lors, la Cour avait pu décider qu'une politique nationale de forte expansion du jeu incitant à participer aux jeux de hasard afin que le trésor public en retire les bénéfices fiscaux contredit les mesures restrictives fondées sur des

²⁴ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 19.

²⁵ *Cashin Ritaine/Lein* (note 4), 465, 471 s.

²⁶ CJCE, C-275/92, *Schindler* (note 5), cons. 60; CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 32; CJCE, C-67/98, *Zenatti* (note 5), cons. 30 et 35; CJCE, C-6/01, *Anomar* (note 5), cons. 73.

²⁷ Dans une conception contrôlée par la CJCE : CJCE, aff. C-36/02, *Omega*, Rec. 2004, I-9609, cons. 31; CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 31.

²⁸ CJCE, C-275/92, *Schindler* (note 5), cons. 60; CJCE, C-6/01, *Anomar* (note 5), cons. 62 et 73.

²⁹ CJCE, C-275/92, *Schindler* (note 5), cons. 58, 60; CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 32.

³⁰ La Cour de justice a estimé que le financement d'activités sociales ne doit pas être un objectif principal de la réglementation, mais simplement une conséquence secondaire : CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 61.

³¹ CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 67; CJCE, C-67/98, *Zenatti* (note 5), cons. 36.

justifications relevant de la protection de l'ordre public social et plus concrètement de la protection des consommateurs contre la dépendance au jeu. Dans ce cas de figure, les justifications alléguées perdent leur crédibilité et ne légitiment donc plus l'effet restrictif des mesures nationales³². Ainsi, la Cour a pu formuler une exigence clé : **la cohérence de la politique menée** en matière de jeux

Dans l'arrêt *Placanica*, la Cour de Justice examine, à l'aune de leur cohérence, les deux objectifs avancés par l'Etat italien pour justifier les entraves en matière de paris et apporte une précision importante.

Compte tenu de la politique italienne promouvant le jeu légal³³ afin de canaliser les jeux dans des circuits contrôlables, la Cour rejette le premier objectif, la meilleure protection des consommateurs, pour des raisons d'incohérence³⁴.

A l'égard du deuxième, la lutte contre la criminalité, la Cour indique qu'une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard visant à diriger des joueurs des jeux clandestins vers des activités autorisées et réglementées, une publicité d'une certaine envergure et les nouvelles techniques de distribution ne contredisent pas en soi cet objectif visant un contrôle initial et une surveillance mieux encadrée³⁵. Pourtant, la Cour ne va pas au-delà de ce constat et renvoie au juge national, la décision finale sur la **cohérence** de la pratique étatique et le respect des exigences découlant du droit communautaire au regard des éléments factuels.

Et c'est précisément dans cette analyse que la décision contient un élément nouveau par rapport à la jurisprudence antérieure: la Cour permet expressément une certaine flexibilité des justifications nationales, en validant un glissement des moyens invoqués entre eux, tel qu'il était prôné auparavant par la *Corte Suprema di Cassazione* italienne³⁶. Il n'y a donc pas de raison d'écarter une mesure nationale incohérente par rapport à un objectif visé, lorsqu'il y a d'autres motifs légitimes et cohérents aptes à la justifier. Par hypothèse, un Etat qui élargit son offre de jeux pour concurrencer les opérateurs clandestins ne pourra pas arguer de sa volonté de protéger ses consommateurs mais pourra, en revanche, soutenir valablement que cette mesure restrictive est nécessaire pour lutter efficacement contre le crime et la fraude. Dans la mesure où la décision finale sur ce point appartient aux juridictions étatiques, ces buts d'intérêt public deviennent ainsi des armes discrétionnaires et flexibles pour les Etats.

Ainsi, un Etat peut, par exemple, exposer *de facto* ses consommateurs à une offre importante de jeux provenant d'un opérateur étatique sans que sa législation soit forcément mise en cause, pourvu que, le but de la protection des consommateurs devenu caduc, un autre objectif d'intérêt public puisse valablement justifier que le domaine reste un bastion de l'Etat. Ce dernier peut également vouloir empêcher les profits privés au profit des revenus étatiques considérables et cette intention devient secondaire derrière des motifs tels que la lutte contre la criminalité. La Cour constitutionnelle allemande était d'ailleurs plus conséquente sur ce point que la Cour de Justice ou la *Corte Suprema di Cassazione*³⁷.

³² CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 69, 72.

³³ CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 32; CJCE, C-67/98, *Zenatti* (note 5), cons. 36 et 38; CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 67.

³⁴ CJCE, C-338/04, C 359/04 et C 360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 54.

³⁵ CJCE, C-338/04, C 359/04 et C 360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 55 *et seq.*

³⁶ *Corte Suprema di Cassazione*, arrêt n° 111/04, 26 avril 2004, *Gesualdi*.

³⁷ Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*), BVerfG, 1 BvR 1054/01, 28 mars 2006 cons. 97 *et seq.*, 119 *et seq.*, spéc. 127, 142 : „Die rechtliche Ausgestaltung des

Dans le cas *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège*, la Cour aligne son interprétation des Art. 31 et 36 du traité de l'EEE sur les exigences posées par la Cour de Justice. Sa décision se concentre sur les mêmes problèmes juridiques fondamentaux que celles évoquées devant la Cour de Justice : les intérêts légitimes justifiant la législation nationale restrictive en matière de jeux, sa cohérence et sa nécessité.

Quant aux critères de justification, le législateur norvégien avance plusieurs objectifs justifiant la création d'un monopole dans le secteur des machines à sous, dont notamment la protection des consommateurs de la dépendance au jeu, la protection de l'ordre social, la lutte contre la criminalité, le but d'empêcher les profits privés mais également d'augmenter les revenus générés jusqu'à présent par les opérateurs commerciaux pour les œuvres de bienfaisance.

La Cour de l'AELE considère ces objectifs dans leur ensemble sur la base des documents préparatoires de la législation en cause. Elle souligne d'abord, que le fait que certains des objectifs allégués « accessoires » du futur monopole, tels qu'une limitation de la réduction des revenus à disposition des organismes de bienfaisance, sont critiquables et ne valent pas comme justification, n'empêchant pas que la mesure envisagée soit justifiée par des **objectifs légitimes**. La Cour de l'AELE fait référence aux jugements de la CJCE dans les affaires *Zenatti* et *Gambelli* qui concernaient la même argumentation, la justification d'une mesure pour des raisons de financement d'activités sociales³⁸.

Ensuite la Cour vérifie la **cohérence** entre la création d'un monopole dans le secteur des machines à sous et les objectifs allégués et la confirme. Notamment à l'égard de la prévention de dépendance au jeu, elle considère qu'un lien cohérent était suffisamment prouvé par des expertises présentées à la Cour par le Royaume de Norvège. La Cour de l'AELE avait déjà préalablement statué dans ses arrêts *Restamark*³⁹ et *Autorité de surveillance de l'AELE/Islande*⁴⁰, et conformément au constat de la CJCE dans l'arrêt *Lindman*⁴¹, que le fardeau de la preuve incombe à l'Etat⁴². Selon la Cour, les machines à sous présentent indubitablement un danger particulier parmi les

Wettmonopols gewährleistet nicht hinreichend, dass das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt ist und ein Konflikt mit fiskalischen Interessen des Staates nicht zu Gunsten dieser ausgeht. [...] Die in der gesetzlichen Regelung angelegten und dementsprechend in der Praxis realisierten Defizite bei der Verwirklichung der ein Wettmonopol grundsätzlich rechtfertigenden Ziele bewirken, dass die geltende Rechtslage nicht ausreicht, um dieses Monopol zu legitimieren und allein damit den Ausschluss privatwirtschaftlicher Unternehmen vom Veranstanalten von Sportwetten verfassungsrechtlich zu begründen."

³⁸ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 37 et 40: "The Zenatti judgement cannot be understood to the effect that the Norwegian legislation in question [voir également note 7] would a priori be rendered unacceptable by the fact that one of the aims of the legislation is to limit the reduction in revenue for humanitarian and socially beneficial causes.[...] Based on the above, the Court concludes that limiting the reduction in revenues for humanitarian and socially causes from machine gaming was not the real justification, within the meaning of Zenatti, for the restrictive policy adopted, but a beneficial consequence which is incidental in the meaning that it is accessory.[...] [T]his does not, however affect the overall legitimacy of the motives behind the contested legislation."

³⁹ Cour de l'AELE, E-1/04, *Restamark*, Rec. 1994-1995, 15, cons. 60.

⁴⁰ Cour de l'AELE, E-1/03, *Autorité de surveillance de l'AELE/Islande*, Rec. 2003, 143, cons. 34 s.

⁴¹ CJCE, aff. C-42/02, *Lindman*, Rec. 2003, I-13519.

⁴² Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 31.

jeux à haut risque de dépendance⁴³. Compte tenu du fait que l'Etat norvégien ne poursuit pas, comme l'Italie, une politique de marketing excessif dans le **secteur spécifique** en cause⁴⁴, la Cour affirme la cohérence entre le futur monopole et son objectif de protection des consommateurs norvégiens⁴⁵.

C. Le principe (à géométrie variable) de proportionnalité

C'est surtout au regard de la notion de proportionnalité que se dessine une divergence de conception, voire de méthode dans les deux arrêts examinés. L'explication des résultats différents des deux arrêts découle de la notion même de proportionnalité, notion juridique indéterminée, qui doit nécessairement être concrétisée par le juge. Or cette concrétisation est difficile à mettre en œuvre de façon homogène sur le plan européen, tant les conceptions de cette notion peuvent diverger d'un Etat à un autre. Car précisément, c'est là où le bât blesse : la concrétisation du concept de proportionnalité est en dernier lieu nécessairement nationale, comme le confirment également ces deux arrêts tendant à une application pourtant uniforme du droit issu de ces deux traités.

I. La marge de manœuvre étatique

La CJCE avait toujours insisté sur la nécessité de contrôler toute mesure nationale restrictive à l'aune du fameux « test de proportionnalité » principe fondamental du droit communautaire et de vérifier alors si le but allégué de la mesure nationale restrictive ne pouvait être atteint au moyen de mesures nationales moins rigoureuses. Cette vérification devait se faire *in concreto*, par une véritable évaluation⁴⁶, car les entraves aux libertés fondamentales doivent être proportionnées au but à atteindre concrètement dans chaque cas⁴⁷. Pourtant, cette jurisprudence comportait une nuance importante précisément dans le domaine du jeu, puisque la Cour avait établi que le niveau national de protection était défini souverainement par chaque Etat⁴⁸ et pouvait donc être différent d'un Etat à un autre⁴⁹. Cette marge de manœuvre était mal interprétée par les Etats, comme a pu le montrer la vaste étude sur les jeux de hasard en Europe, réalisée par l'Institut suisse de droit comparé pour le compte de la Commission européenne⁵⁰. Nous avons pu écrire que les politiques nationales en matière de

⁴³ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 45: "Studies in the field of gambling presented to the Court point at gaming machines as the single most potentially addictive form of gambling."

⁴⁴ Même s'il en est tout autre dans d'autres secteurs du jeu.

⁴⁵ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 43.

⁴⁶ CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 32; CJCE, C-67/98, *Zenatti* (note 5), cons. 36 et 38; CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 67.

⁴⁷ CJCE, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, I-4165 ; CJCE, aff. C-100/01, *Oteiza Olazabal*, Rec. 2002, I-10981; CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 67.

⁴⁸ Avec toutefois un contrôle par la CJCE de certains concepts juridiques, telle la notion **ordre public** : CJCE, C-36/02, *Omega* (note 27), cons. 31.

⁴⁹ CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 35; CJCE, C-275/92, *Schindler* (note 5), cons. 61.

⁵⁰ Disponible sur demande à l'Institut suisse de droit comparé.

réglementation des jeux de hasard se retranchent derrière une jurisprudence européenne très perméable, afin de justifier le maintien de monopoles nationaux ou pour restreindre de façon générale l'accès à leur marché national d'opérateurs étrangers.

La Cour de Justice, limitée par le cadre de la procédure de demande préjudicielle fondée sur l'article 234 CE, avait, en effet, jusqu'alors peu guidé les instances nationales pour mieux cerner les exigences de la proportionnalité des mesures qui *a priori* relèvent de leur pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, les Etats considéraient disposer d'une liberté importante leur permettant de contourner les principes du traité, puisqu'il leur suffisait de poser un niveau de protection élevé pour restreindre l'accès au marché des jeux de hasard.

Pourtant, l'arrêt *Gambelli* indique certaines pistes s'imposant aux juridictions nationales permettant de concrétiser la notion de proportionnalité. La Cour analyse ainsi la gravité des mesures envisagées et indique surtout certaines alternatives moins drastiques. La juridiction de renvoi est dès lors invitée, surtout lorsqu'il s'agit de sanctions pénales, de mettre en doute la proportionnalité de la restriction nationale et ce notamment d'une part, lorsqu'une sanction est infligée aux joueurs alors même que la participation à des paris est encouragée dans le contexte de jeux organisés par des organismes nationaux autorisés ; et d'autre part, lorsque les opérateurs de jeux sont assujettis dans leur Etat d'origine à un système réglementaire de contrôle et de sanctions susceptible de garantir la même protection que celle visée par l'Etat de destination de ses services. L'arrêt *Gambelli* ajoute que les juridictions nationales doivent examiner d'autres moyens de contrôle des opérateurs pour prévenir le risque d'activités criminelles ou frauduleuses⁵¹.

Enfin, complétant le dispositif, l'arrêt *Lindman*⁵² précise que le fardeau de la preuve de la nécessité des mesures nationales restrictives incombe aux autorités étatiques.

Malgré toutes ces précisions, il apparaît que la Cour n'a proposé aucun critère suffisamment clair, notamment puisqu'elle n'a ni les moyens ni la compétence d'évaluer concrètement les éléments de fait, de la seule compétence des juges nationaux. Le caractère flou de ses indications permet dès lors des interprétations nationales divergentes qui prennent en compte le caractère hautement politique au plan national du domaine des jeux⁵³. Le risque d'abus de ce pouvoir étatique discrétionnaire est ainsi permanent. De nombreux cas l'ont montré : du simple constat de la proportionnalité d'une mesure nationale présentant un but justificatif quelconque⁵⁴ à des délibérations

⁵¹ CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 73. Voir également CJCE, aff. C-222/95, *Parodi*, Rec. 1997, I-3899; CJCE, aff. jtes. C-369/96, C-376/96, *Arblade*, Rec 1999, I-3899.

⁵² CJCE, C-42/02, *Lindman* (note 41) cons. 25 s.

⁵³ Dans un domaine d'un tel intérêt financier et politique comme celui des jeux de hasard, le primat du droit européen et de ses exigences est vite oublié et lorsque l'examen de la nécessité des mesures est négligé, il n'est pas incohérent de soupçonner que la politique restrictive découle essentiellement d'une volonté de protéger les revenus toujours plus importants de l'opérateur national et de la caisse publique. Voir également en Italie (*Tribunale di Viterbo*, arrêt du 25 juin 2003) ; en Allemagne (Tribunal Administratif (*Verwaltungsgericht*) VG Osnabrück, 2 B 60/03, 27 mai 2004 et expressément la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*), BVerfG 1 BvR 1054/01, 28 mars 2006 jugeant que des considérations d'ordre fiscal ne constituent pas une justification valable).

⁵⁴ E.g. en Finlande (Cour Suprême (*Högsta Domstolen*), KKO 2005:27, 24 février 2005) ; aux Pays-Bas (Cour d'Appel *s'Hertogenbosch*, n° 20.003207, 2 mars 2004) ; en Autriche (Cour Suprême Administrative (*Verwaltungsgerichtshof*), VwGH 97/17/0175, 21 décembre 1998) ;

prudemment critiques de la jurisprudence interne⁵⁵, la Cour n'a pas pu empêcher les autorités comme les tribunaux d'avoir les plus grandes difficultés à gérer ce pouvoir discrétionnaire d'une manière convaincante et d'étoffer leurs arguments par des preuves. La plupart des autorités nationales valident sans discussion les mesures nationales, confirmant leur compatibilité avec le droit européen. Il existe ainsi une sorte de présomption réfragable en faveur de la compatibilité des mesures nationales avec le droit communautaire.

Cette souveraineté nationale conduit ainsi à des contradictions voire à une certaine schizophrénie du droit. Alors même que l'offre de jeux est toujours croissante et la promotion commerciale toujours plus agressive, les opérateurs publics entendent limiter l'accès à des concurrents en arguant de motifs divers, telles la protection des consommateurs, la prévention de la dépendance au jeu et la prophylaxie criminelle. Si l'incohérence entre la politique réelle en matière de jeux et sa justification théorique fait perdre à un objectif sa force justificative solide, il n'en manque pas d'autres pour s'y substituer : la lutte contre le crime, contre la fraude et contre les aspirations des privés à générer des profits par le biais du jeu en profitant de la passion humaine du jeu.

Or cette situation est-elle susceptible d'évoluer sous l'influence de la plus récente jurisprudence des deux Cours européennes ?

II. L'apport des deux arrêts

L'arrêt *Placanica* reste plutôt en ligne avec la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de jeux de hasard. Mais même si cet arrêt n'apporte pas la révélation que certains avaient espérée, la Cour prend néanmoins plus clairement position par rapport à la **nécessité** des mesures législatives nationales, donc l'exigence de proportionnalité, que dans l'arrêt *Gambelli*.⁵⁶ Par la fixation de certains critères précis de proportionnalité, la Cour prévient des abus où ils deviennent évidents et où les faits lui permettent de se prononcer concrètement, notamment en cas de discrimination incontestable lors de l'accès au marché et à l'égard de la gravité des sanctions qui passent outre même une violation du droit communautaire.

Ainsi, la CJCE considère qu'un système de concessions peut être un mécanisme efficace de contrôle des opérateurs de jeux contre un abus criminel de leurs activités. La Cour ne suit donc pas l'idée de l'Avocat général d'une reconnaissance mutuelle des licences issues par un autre Etat membre⁵⁷. Néanmoins, elle condamne l'exclusion de

en Allemagne (Cour Administrative Suprême (*Bundesverwaltungsgericht*), BVerwG 6 C 2.01, 28 mars 2001).

⁵⁵ E.g. au Luxembourg (Tribunal Administratif, arrêt n° 1050569 du 7 mai 2003) et en Allemagne (Tribunal Administratif supérieur (*Oberverwaltungsgericht*) OVG Sachsen, 3 BS 28/04, 405/03, 22 décembre 2004 ; Tribunal Administratif (*Verwaltungsgericht*) VG Osnabrück, 2 B 60/03, 27 mai 2004, VG Karlsruhe, 11 K 160/04, 10 mai 2004, Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) BVerfG 1 BvR 1054/01, 28 mars 2006.

⁵⁶ Pour le possible impacte de l'arrêt *Placanica* sur la législation allemande voir *Ronald Reichert/Michael Winkelmüller*, Commentaire d'arrêt, CJCE, aff. jtes. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica et autres*, EuZW 2007, 214 s.

⁵⁷ Conclusions, aff. jtes. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 15), cons. 130, 150.

facto des sociétés étrangères du marché national des jeux de hasard, car l'exclusion pour des raisons de contrôle efficace d'une société de capitaux dont les actions sont cotées sur les marchés réglementés va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir l'exploitation des activités de jeu à des fins criminelles ou frauduleuses. Les modalités d'octroi d'une concession ou d'une autorisation de police ne peuvent pas dépendre de la forme juridique de l'opérateur. D'autres moyens existent pour assurer un contrôle efficace, qui restreignent moins les libertés du traité⁵⁸. Il appartient également aux Etats de prévoir des modalités assurant la sauvegarde des droits des opérateurs tirés de l'effet direct du droit communautaire⁵⁹. En effet, la législation incriminée avait déjà été condamnée par la Cour dans l'affaire *Gambelli*, mais entretemps rien n'avait été fait pour assurer l'accès des opérateurs floués⁶⁰ au marché italien, comme la révocation des concessions existantes et l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution, ou la création de nouvelles concessions.

La Cour estime également que la pénalisation d'une activité exercée sans autorisation est disproportionnée dans les circonstances de l'espèce. Même si la législation pénale relève de la compétence étatique, elle est néanmoins soumise aux libertés fondamentales garanties par le droit communautaire⁶¹. Il va ainsi au-delà du nécessaire d'appliquer une sanction pénale pour une formalité administrative non remplie **lorsque l'accomplissement de cette formalité est refusé ou rendu impossible par l'Etat membre concerné en violation du droit communautaire**⁶².

En l'espèce, deux enseignements clairs peuvent être tirés de cet arrêt, précisant la notion de proportionnalité. Les articles 43 CE et 49 CE s'opposent à une réglementation nationale qui organise une pluralité de concessions mais exclue du secteur des jeux de hasard certains opérateurs à cause de leur forme juridique. Il est contraire aux libertés fondamentales de sanctionner pénalement les opérateurs non détenteurs de telles concessions alors même que l'Etat leur a refusé les dites autorisations en violation du droit communautaire.

On pourra ainsi s'attendre à des répercussions en matière des sanctions, notamment pénales, prévues pour une activité organisée mais non autorisée de jeux de hasard. Les Etats seront forcés de ne pas condamner un opérateur qui agit sans autorisation dans l'hypothèse que cette dernière n'ait pas pu lui être accordée suite à une procédure administrative violant le droit communautaire. Mais si les instances nationales soumises à l'empreinte du système et de la politique de jeu nationaux considèrent leurs procédures administratives valables et nient une violation du droit communautaire, rien ne changera, puisque les conditions d'une sanction seront quand même remplies.

⁵⁸ La Cour énonce ainsi qu'une simple obligation d'information sur l'actionnariat principal et sur les représentants sociaux serait une alternative possible. De façon incidente, elle remarque également que dans la mesure où l'Etat italien n'a pas remplacé la législation incriminée par d'autres mesures restrictives, l'utilité même de ces restrictions est discutable.

⁵⁹ CJCE, C-338/04, C 359/04 et C 360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 62 s.

⁶⁰ Dans les deux affaires, CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5) et CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), il s'agissait du même *bookmaker* anglais, *Stanley International Betting Ltd*, basé à Liverpool.

⁶¹ CJCE, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-11, cons. 17.

⁶² CJCE, aff. C-5/83, *Rienks*, Rec. 1983, 4233, cons. 10 s. ; CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 71.

De plus, même si la Cour souligne, une fois de plus, que la marge de manœuvre étatique n'affranchit pas l'Etat de procéder à un examen précis de mesures alternatives moins restrictives, son arrêt ne montre pas avec une clarté suffisante, que les Etats doivent fournir des preuves concrètes de la nécessité de leur législation en matière de jeux de hasard.

En revanche, dans l'arrêt *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* la Cour de l'AELE se penche plus clairement sur la notion de **proportionnalité** dans la perspective des preuves à fournir par l'Etat incriminé. Alors même qu'elle affirme la marge de manœuvre étatique admise par la Cour de Justice⁶³, la Cour de l'AELE ne confirme pas la proportionnalité du futur monopole à l'égard de la lutte contre le crime et la fraude. Au contraire, elle l'écarte, faute de preuves suffisantes de la nécessité d'une structure monopoliste⁶⁴.

Nonobstant ce constat, la Cour voit dans le monopole, la forme de restriction nationale la plus efficace dans la perspective de la lutte contre la dépendance au jeu, appliquant ainsi un raisonnement différent que celui suivi dans l'arrêt *Placanica*. Pour la Cour, un opérateur commercial visant au financement d'activités caritatives et sociales par les revenus du secteur des machines à sous est susceptible de poursuivre moins conséquemment le but de protéger le public contre les jeux qu'un monopoliste étatique. En outre la Cour considère qu'un contrôle est plus facilement réalisable lorsqu'il est exercé sur un opérateur étatique. Compte tenu du fait qu'à ce stade, l'efficacité pratique du monopole envisagé ne peut pas encore être examinée en détail, la Cour se borne à une projection future et au constat que la démonstration de l'efficacité de la régulation en cause a été suffisamment convaincante et ne permet pas de présomption du contraire.

La Cour de l'AELE vise très spécifiquement les particularités du seul secteur des machines à sous qui présente en Norvège un danger potentiel de dépendance démontrable. Selon elle, les objectifs poursuivis par l'Etat norvégien sont à analyser dans leur ensemble et une fois de plus on constate un certain glissement flexible d'un objectif à l'autre. Mise à part les objectifs économiques, qui n'ont en soi pas de valeur justificative, la Cour constate que la cohérence entre les objectifs invoqués et la mise en place d'un monopole dans le secteur norvégien des machines à sous n'est pas susceptible de la même critique que celui affectant le secteur des paris en Italie, puisqu'une politique excessive d'expansion dans le secteur des machines à sous n'existe pas. L'objectif apte à justifier le futur monopole norvégien était donc celui qui fut écarté dans *Placanica* pour des raisons de politique incohérente. Pourtant la Cour de l'AELE ne prend pas en compte l'activité expansive du futur opérateur monopoliste dans d'autres secteurs où un risque d'addiction existe et s'abstient de prôner des exigences de contrôle supplémentaires telles que des restrictions en matière de publicité. L'argumentation est donc diamétralement opposée à celle développé dans le cas *Placanica*.

⁶³ CJCE, C-124/97, *Läära* (note 5), cons. 41 s.

⁶⁴ Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège* (note 3), cons. 50: "[T]he Defendant has failed to demonstrate that a licensing scheme allowing private operators, if necessary with more restrictive rules on who may qualify, will not be equally effective as an exclusive right [...] in preventing money laundering and embezzlement."

Nonobstant ces différences majeures, la Cour de l'AELE est, quant à la démonstration des faits, plus claire sur la charge de la preuve que la CJCE⁶⁵. C'est l'Etat qui doit impérativement justifier la voie régulatrice choisie, notamment en ce qui concerne les aspects de sa proportionnalité⁶⁶. Contrairement à la CJCE dans *Placani-ca*, qui renvoie à la décision finale du juge national, la Cour de l'AELE a écarté faute de preuves la nécessité d'un monopole pour lutter contre le crime et la fraude. Ce renvoi au juge national de l'évaluation de la cohérence de l'objectif de lutte contre la fraude et sa nécessité entraîne, de nouveau, le risque d'une interprétation non uniforme au niveau national et surtout une insécurité quant à l'important aspect de la charge de la preuve.

Ainsi, malgré un parallélisme des exigences des traités CE et EEE et de la façon de raisonner des deux Cours, leurs conclusions sont différentes. En définitive, comme nous l'avions annoncé d'emblée, la Cour de l'AELE approuve le monopole norvégien fondé sur un objectif (la lutte contre la dépendance au jeu) écarté par la CJCE en Italie pour des raisons d'incohérence, mais rejette, faute de preuves suffisantes de sa nécessité, l'objectif (la lutte contre les activités criminelles) qui est le fondement de la législation italienne.

D. Proportionnalité – *Quo vadis* ?

Les deux arrêts montrent que la mise en œuvre des exigences de la cohérence et de la proportionnalité des législations étatiques en matière de jeux est une tâche difficile. Le changement d'un oligopole en un monopole peut être proportionné, les modalités d'application d'un système de concession peuvent ne pas l'être.

A l'exemple du traité de Rome, les bases sont pourtant claires. Le pilier central de la construction européenne est la **création d'un marché intérieur** (art. 3 al. 1 lit c, 14 al. 2 CE) qui se caractérise par **l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux**⁶⁷. Ces libertés fondamentales du traité CE sont les éléments clés de sa réalisation.

Malgré ce but primordial d'un marché intérieur sans obstacles, le droit et la jurisprudence communautaires concèdent aux Etats membres une certaine marge de manœuvre à restreindre ces libertés fondamentales, pourvu qu'il y ait des objectifs d'intérêt public national qui prévalent. Il faut bien noter que les exceptions expresses

⁶⁵ Dans son arrêt C- 42/02, *Lindman* (note 41), la CJCE s'est prononcé plus clairement à l'égard du fardeau de la preuve, voir cons. 25 s. : « À cet égard, il importe de rappeler que les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un Etat membre doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet Etat. [...] le dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi ne révèle aucun élément de nature statistique ou autre permettant de conclure à la gravité des risques liés à la pratique des jeux de hasard ni, *a fortiori* (italique ajouté), à l'existence d'une relation de connexité particulière entre de tels risques et la participation des ressortissants de l'Etat membre concerné à des loteries organisées dans d'autres Etats membres. »

⁶⁶ Cour de l'AELE, E-1/04 *Restamark* (note 39), cons. 60 ; Cour de l'AELE, E-1/03 *Autorité de surveillance de l'AELE/Islande* (note 40) cons. 34 s.

⁶⁷ Art. 3 al. 1 lit c CE.

dans le traité CE⁶⁸ et les « raisons impérieuses d'intérêt général » aptes à justifier des obstacles au marché intérieur que la Cour de Justice a admis, limitent la portée du droit européen en faveur des Etats mais seulement **à titre d'exception**⁶⁹. Les mesures restrictives se placent donc dans un cadre étroit établi par le traité et précisé par la Cour de Justice. Lorsque la CJCE énonce que la décision finale sur la démarcation de ce cadre incombe aux instances nationales, ceci ne signifie pas qu'elle accorde l'absolution à une application atténuée du droit communautaire, telle que les instances nationales la pratiquent fréquemment⁷⁰. Le domaine du jeu est soumis aux exigences des articles 43 et 49 CE et le pouvoir discrétionnaire des Etats quant à la nécessité des mesures pour régler le marché national du jeu s'inscrit dans le contexte d'une exception aux libertés fondamentales qui est à interpréter d'une manière stricte.

Dans le but de mieux tracer ce cadre, afin d'éviter des restrictions trop importantes au marché intérieur, les mesures prises par les Etats membres nécessitent un contrôle subséquent: ils doivent poursuivre de manière cohérente un but d'intérêt public et ne pas aller au delà de ce qui est nécessaire afin de l'atteindre. La démarcation plus précise de ce cadre se fait ainsi par des notions indéterminées et perméables, notamment celle de la proportionnalité. Puisqu'elle est le critère de fixation définitif des exceptions aux libertés fondamentales, sa précision doit s'effectuer prudemment et devant cet horizon qu'on vient de décrire. De plus, celui qui invoque une restriction doit prouver sa **nécessité**⁷¹.

Et c'est là, la clé de compréhension de ces deux arrêts, puisque dans les deux cas, seules les mesures démontrées comme nécessaires ont été retenues par les deux Cours. La lutte contre l'addiction au jeu en Norvège, a été corroborée par des analyses statistiques montrant que 81% des personnes appelant par téléphone un service de soutien pour dépendance au jeu, faisaient état d'une dépendance aux machines à sous (contre environ 7% seulement pour les autres jeux)⁷². En Italie, la moitié du chiffre

⁶⁸ Le traité prévoit d'un coté des exceptions sectorielles très limitées de la sorte qu'il déclare les libertés fondamentales non applicables à certaines matières, voir l'art. 45 CE. En outre il prévoit notamment dans les art. 55 et 46 CE un catalogue de justifications des restrictions nationales très étroit.

⁶⁹ Il ne s'agit pas d'une exception sectorielle du domaine des jeux comparable à l'art. 45 CE que la pratique semble parfois refléter (voir spéc. les arrêts Tribunal administratif supérieur (*Oberverwaltungsgericht*), OVG Münster, 4 B 961/06, 28 juin 2006, EuZW 2006, 603 ; Tribunal administratif supérieur (*Verwaltungsgerichtshof*), VGH Kassel, 11 TG 1465/06, 25 juillet 2006, NVwZ 2006, 1435). Le domaine des jeux de hasard est soumis aux exigences des articles 43 et 49 CE. Voir également les observations de *Reichert/Winkelmüller* (note 57), 214 s.

⁷⁰ Exemples tirés des jurisprudences étatiques : France (Conseil d'Etat, arrêt du 15 mai 2000), Finlande (Cour Suprême (*Högsta Domstolen*), KKO 2005:27, 24 février 2005) ; aux Pays-Bas (Cour d'Appel s'*Hertogenbosch*, n° 20.003207, 2 mars 2004) ; en Autriche (Cour Administrative Suprême (*Verwaltungsgerichtshof*), VwGH 97/17/0175, 21 décembre 1998) ; en Allemagne (Cour Administrative Suprême (*Bundesverwaltungsgericht*), BVerwG 6 C 2.01, 28 mars 2001).

⁷¹ CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 48. A cet égard les Etats membres sont libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché, les restrictions qu'ils imposent doivent toutefois satisfaire aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité.

⁷² Cour de l'AELE, E-1/06, *Autorité de surveillance de l'AELE/Norvège*, cons. 45

d'affaires total dans le secteur du jeu est générée par des activités illégales⁷³, faisant ainsi de la lutte contre la criminalité un objectif prioritaire du législateur italien. Néanmoins, la mesure adoptée n'était pas nécessaire puisque des dispositions moins restrictives pouvaient être prises. Dès lors, loin de fixer un cadre général, permettant une interprétation uniforme paneuropéenne de la notion de proportionnalité, ces deux arrêts sont empreints des circonstances des espèces en cause. Mais pouvait-il en être autrement dès lors que l'appréciation de la proportionnalité relève d'un examen *in concreto* des circonstances de l'espèce ?

Néanmoins, afin de mieux préserver le rôle régulateur de la Cour de justice, il aurait fallu mettre un accent beaucoup plus fort sur la charge de la preuve de l'Etat, à l'exemple de la Cour de l'AELE. Seul un exposé clair et circonstancié des faits devrait pouvoir fonder les mesures nationales, pour démontrer concrètement que les mesures choisies sont réellement nécessaires afin d'atteindre l'objectif poursuivi et qu'une autre option est nettement moins efficace. La jurisprudence reste à cet égard trop prudente et relativement vague et sa valeur de guide pour les instances nationales demeure relative.

En outre, le danger d'abus du cadre discrétionnaire que le droit européen accorde à titre d'exception pourra même être encouragé par la flexibilité dans l'usage des objectifs d'intérêt public, si la preuve de la nécessité d'une mesure ne devient pas l'aspect clé de la notion de proportionnalité.

Enfin, les considérations prudentes de la CJCE dans l'affaire *Gambelli* indiquent que le concept du marché intérieur peut également obliger à examiner la proportionnalité des mesures nationales sous l'angle de la reconnaissance mutuelle lorsque l'opérateur est déjà soumis dans son Etat d'origine à un système strict de contrôle⁷⁴. Cette exigence suit la jurisprudence préalable de la Cour de justice relative à l'art. 49 CE⁷⁵ et apparaît également dans les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Placanica*⁷⁶. La Cour ne reprend pas cette idée dans l'arrêt, mais laisse entendre qu'il y a lieu de réfléchir sur un contrôle des opérateurs au lieu de leur exclusion. N'y a-t'il pas également lieu d'examiner en détail l'option d'un contrôle interne stricte des intermédiaires d'un opérateur étranger, tout en reconnaissant que ce dernier soit valablement licencié dans son Etat d'origine⁷⁷ ?

Compte tenu du fait que le secteur économique des jeux est encadré dans tous les Etats européens d'une manière relativement stricte, il faut, en effet, se demander si un marché intérieur n'exige pas une plus grande tolérance à l'égard des opérateurs des autres Etats membres, et ce également à la lumière du principe de la libre concurrence. L'Avocat Général *Colomer* avait ainsi pu écrire dans l'affaire *Placanica*, que le secteur des jeux a besoin de solutions plus claires et qu' « il serait opportun de procéder à une harmonisation de la matière dans le cadre des compétences de la Communauté »⁷⁸. Cette proposition d'inclure le secteur des jeux dans le champ

⁷³ CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 56.

⁷⁴ CJCE, C-243/01, *Gambelli* (note 5), cons. 73.

⁷⁵ CJCE, C-222/95, *Parodi* et C-369/96, C-376/96, *Arblade* (note 51).

⁷⁶ Conclusions C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 150.

⁷⁷ CJCE, C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica et autres* (note 2), cons. 62.

⁷⁸ Conclusions C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica et autres* (note 15), cons. 144, faisant également référence aux occasions d'harmonisation qui se sont présentés avec la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électro-

d'application du droit dérivé est particulièrement pertinente dans un marché global du *online gambling*. Dès lors, le choix d'un marché européen ouvert avec un accès contrôlé régulièrement par les Etats membres devra l'emporter sur un contrôle *ex post* sur la base du droit primaire dont l'issue restera, semble-t-il, toujours un jeu de hasard.

que, dans le marché intérieur, JO 2000 L 178, 1 ss., et la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO 2006 L 376, 36 ss.