

**N°s 436439, 436441, 436449 QPC**  
**Société The Betting and Gaming Council**

**5<sup>ème</sup> chambre jugeant seule**

**Séance du 15 juillet 2020**  
**Lecture du 19 août 2020**

*Décision inédite au recueil Lebon*

## **CONCLUSIONS**

**M. Nicolas Polge, Rapporteur public**

La société de droit anglais requérante justifie par la production de ses statuts de l'intérêt à agir que lui donne son objet social.

Sa question prioritaire de constitutionnalité est commune aux trois requêtes. Dans l'intérêt du respect scrupuleux du caractère contradictoire de la procédure, elle a été renvoyée à votre formation de jugement à l'issue de l'audience des 5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies à laquelle elle avait d'abord été appelée<sup>1</sup>. Elle est circonscrite aux I et II de l'article 137 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, dite « loi PACTE ».

Les dispositions critiquées sont applicables aux trois litiges. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution : en effet, par sa décision n°2019-781 DC du 16 mai 2019, le conseil constitutionnel a seulement déclaré conformes les dispositions du III de l'article 137, en jugeant que la Constitution ne s'oppose pas à la privatisation de la Française des jeux. C'était le principe d'appropriation par la Nation des services publics nationaux et des monopoles de fait qui était en cause.

La présente QPC invoque la liberté d'entreprendre, que le conseil constitutionnel rattache à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Selon sa jurisprudence, le législateur peut apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Les dispositions critiquées du I de l'article maintiennent dans le ressort de droits exclusifs d'exploitation attribués à une personne morale unique les jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne et les jeux de pronostic sportif commercialisés en réseau physique de distribution. Elles n'innovent pas sur ce point. Ces mêmes dispositions

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

ajoutent une limitation de ces droits dans le temps, pour une durée qui fait l'objet au IV (2°) d'une habilitation du Gouvernement à la fixer par ordonnance dans la limite de 25 ans. Le II critiqué désigne comme titulaire de ces droits exclusifs la Française des jeux, dont le III autorise la privatisation. Ainsi, les dispositions critiquées ne déplacent pas la ligne de partage entre concurrence et monopole et restreignent ce dernier dans le temps, en le limitant à une durée déterminée.

Or, à trois reprises, par trois décisions de 2010, le conseil constitutionnel a déjà admis que le régime légal des jeux d'argent et de hasard ne porte pas atteinte au principe de la liberté d'entreprendre, parce que, selon lui, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

Il l'a fait à propos des dispositions de l'article 2 de la loi n°83-628 du 12 juillet 1983 *relative aux jeux de hasard*, dans leur rédaction antérieure à la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 *relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, qui interdisent les machines à sous ailleurs que dans les casinos et ne permettent d'autres machines à jeu de hasard, aux enjeux bien moindre, que dans l'enceinte des fêtes foraines (2010-55 QPC du 18 octobre 2010). Il l'a fait à propos des dispositions de la loi du 2 juin 1891 *ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux*, dans sa rédaction antérieure à la même loi du 12 mai 2010, qui interdisent de recevoir des paris sur les courses de chevaux, sauf aux sociétés de pari mutuel spécialement autorisées par le ministre de l'agriculture (2010-73 QPC du 3 décembre 2010). Ces deux décisions QPC admettaient donc la constitutionnalité du dispositif antérieur à l'ouverture à la concurrence à laquelle a procédé la loi du 12 mai 2010 pour ce qui est des paris sportifs en ligne et des paris hippiques en ligne.

Et par sa décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, qui a une portée plus large et plus directement utile pour l'examen de la présente QPC, puisqu'elle couvre la question de la ligne de partage, aujourd'hui inchangée, entre le secteur soumis à des droits exclusifs et le secteur ouvert à des opérateurs agréés, il a validé le nouveau dispositif, plus ouvert à la concurrence, c'est-à-dire, en termes constitutionnels, à la libre entreprise, en réaffirmant que les mesures prises assuraient une conciliation qui n'était pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. On voit mal comment la loi du 22 mai 2019, qui ne restreint pas la concurrence par rapport à la situation antérieure, et qui n'étend pas le champ du monopole de la française des jeux, mais qui le limite désormais dans le temps, pourrait détériorer, au détriment de la liberté d'entreprendre, la conciliation opérée par le législateur avec d'autres objectifs à valeur constitutionnelle.

Au demeurant, si la requérante critique plus particulièrement le maintien de droits exclusifs sur l'exploitation de tous les jeux commercialisés en réseau physique de distribution, alors même qu'est libéralisée depuis 2010 la commercialisation en ligne des paris sportifs et des paris hippiques, cette différence s'explique par la plus grande difficulté du contrôle des paris « en dur », ainsi que vous l'avez jugé à propos des paris hippiques par votre décision du 9 décembre 2016, *F...*, n°385934, T. 674, 995. Quant au maintien de droits exclusifs sur les

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

jeux de loterie en ligne, au contraire des paris sportifs en ligne et des paris hippiques en ligne, il peut se justifier par le plus grand attrait, pour le plus grand nombre, des jeux de loterie, qui n'exigent aucune compétence de pronostiqueur de la part des parieurs, tous placés à égalité face au pur hasard. La popularité de ces jeux en confirme la facilité d'accès. Elle justifie que s'exerce un contrôle plus étroit de l'offre, afin de limiter les risques d'assuétude au jeu.

Au regard de la portée propre des dispositions législatives critiquées, la jurisprudence paraît ainsi justifier pleinement les termes de l'avis sur le projet de loi PACTE adopté par l'assemblée générale du conseil d'Etat le 14 juin 2018 et rendu public, selon lequel « ces dispositions (...) ne sont pas contraires au droit de l'Union européenne et ne méconnaissent aucune règle constitutionnelle ».

Par ces motifs, je conclus à ce que vous ne renvoyiez pas au conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée.

---

<sup>i</sup> p. m. Conclusions prononcées à l'audience du 8 juillet 2020 :

Depuis au moins le financement par la loterie, à partir de 1721, de la reconstruction monumentale de l'église Saint-Sulpice (cf M.-L. Legay, *Les loteries royales dans l'Europe des Lumières*, 1680-1815, Presses universitaires du Septentrion, 2014) le rapport de l'autorité publique au jeu de hasard semble mêlé d'attraction et de répulsion, de méfiance moralisatrice, hygiéniste ou sécuritaire et d'appétits budgétaires. Cette tension demeure dans l'évolution récente plus libérale, plus ouverte à la concurrence et aux intérêts privés. Le principe reste celui de l'interdiction des jeux d'argent et de hasard. Par exception, leur exploitation est autorisée et encadrée dans quatre secteurs : celui des casinos, celui des jeux en ligne, celui du Pari mutuel urbain et celui de la Française des jeux. Jusqu'en 2010, le contrôle de ce type d'activité reposait sur l'exploitation des jeux licites par des opérateurs exclusifs contrôlés par l'Etat. La loi du 12 mai 2010 *relative à l'ouverture et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* a permis l'exploitation des jeux en ligne par une pluralité de sociétés privées agréées par un régulateur. Plusieurs segments du marché ont cependant été maintenus hors du domaine concurrentiel, notamment en maintenant des droits exclusifs de la Française des jeux sur l'ensemble des jeux de loterie, ainsi que sur les paris sportifs en réseau physique de distribution.

La loi du 22 mai 2019 *relative à la croissance et à la transformation des entreprises* constitue une nouvelle étape importante. L'article 137 de la loi dissocie le principe de l'attribution des droits exclusifs d'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne et des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'Etat, au I, de la désignation de la Française des jeux (FDJ) comme cette personne morale, au II. Le I ajoute une limitation de principe de ces droits à une durée limitée. Le III autorise le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la FDJ, détenu avant cette opération à 72 % par l'Etat. Le IV donne habilitation au gouvernement pour prendre par ordonnance différentes mesures.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

---

La requérante demande l'annulation pour excès de pouvoir de l'ordonnance prise sur le fondement de cette habilitation, du décret relatif aux modalités d'application du contrôle de l'Etat sur la société, du décret relatif à l'encadrement de l'offre de jeux de la FDJ et du pari mutuel urbain.

Il s'agit d'une personne morale qui revêt en droit anglais une forme qui s'approcherait de celle d'une SARL en droit français, et dont, pourtant, les statuts ne prévoient pas l'exploitation par elle-même d'activités de jeux mais la défense des intérêts communs d'opérateurs de ce secteur. L'exotisme de cette solution ne minore pas son intérêt à agir.

A l'appui de ses trois requêtes elle soulève une question prioritaire de constitutionnalité et vous n'aurez aujourd'hui à examiner que l'éventualité de son renvoi au conseil constitutionnel.

Cette QPC est circonscrite aux I et II de l'article 137 de la loi du 22 mai 2019 et porte sur leur conformité à la liberté constitutionnelle d'entreprendre.

Les dispositions critiquées sont applicables aux trois litiges. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la constitution : par sa décision 2019-781 DC du 16 mai 2019, le conseil constitutionnel a seulement déclaré conformes les dispositions du III de l'article 137, en jugeant que la constitution ne s'oppose pas à la privatisation de la FDJ. C'était le principe de propriété publique des services publics nationaux et des monopoles de fait qui était en cause. La seule question porte donc sur le sérieux de la QPC, alors que le conseil constitutionnel a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer dans le sens de la conformité à la constitution du régime juridique des jeux d'argent et de hasard avant l'intervention de cette loi.

Le conseil constitutionnel rattache la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Selon son abondante jurisprudence, stabilisée dans ses principes depuis sa décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, le législateur peut y apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Pour se prononcer sur la constitutionnalité d'un monopole légal, le conseil constitutionnel apprécie dans un premier temps si ce monopole répond à une exigence constitutionnelle ou à un objectif d'intérêt général. Dans un second temps, il examine la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre. Cette deuxième étape laisse une large marge d'appréciation au législateur, laquelle conduit rarement le conseil constitutionnel à la censure, selon le commentaire aux cahiers du conseil constitutionnel de la décision n° 2019-791 DC, et en outre est plus libre encore lorsque la conciliation met en cause non un principe constitutionnel mais un motif d'intérêt général. L'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte repose sur le triple test de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité pure de la mesure.

La requérante soutient que le cumul de l'ouverture incomplète à la concurrence du

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

---

secteur en 2010 et de la privatisation de la FDJ en 2019 renouvelle suffisamment la question pour justifier un renvoi au conseil constitutionnel. Elle soutient qu'aucune des deux conditions de constitutionnalité n'est ou n'est plus remplie.

Cependant, en premier lieu, par sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le conseil constitutionnel a déjà admis que les objectifs que s'est assignés le législateurs (lutter contre les méfaits du marché illégal des jeux et paris en ligne en créant une offre légale sous le contrôle de l'Etat ; prévenir l'accoutumance au jeu ; protéger les publics vulnérables, lutter contre le blanchiment d'argent et garantissant la sincérité des compétitions sportives et des jeux) justifiaient les mesures alors prises pour assurer une conciliation qui n'était pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. On peut reconnaître aussi le droit constitutionnel à la santé dans certains éléments de l'énumération des objectifs de la loi qu'il a alors faite. Ces justifications demeurent aujourd'hui. La requérante soutient qu'elles ne suffisent plus, dès lors que, d'une part, la FDJ échouerait déjà, alors même qu'elle dispose d'un monopole, à atteindre les objectifs fixés par le législateur, et, d'autre part, parce qu'il serait possible d'atteindre ces objectifs par d'autres voies. Cependant, chacun de ces arguments paraît inopérant. D'une part, les insuffisances de fait de la FDJ si elles étaient établies, paraissent sans incidence sur la conformité à la Constitution du dispositif par lequel le législateur lui confie un monopole. D'autre part, à moins de démontrer la méconnaissance d'une exigence constitutionnelle du fait même des moyens choisis par le législateur, il n'appartient pas au conseil constitutionnel de déterminer si les objectifs poursuivis auraient pu être atteints par d'autres moyens, ainsi qu'il l'a encore rappelé dans la même décision du 16 mai 2019 à propos de la privatisation d'Aéroports de Paris.

Sous l'angle de la proportionnalité de l'atteinte, la solution paraît également bien engagée par la jurisprudence, bien que de manière moins évidente.

Par sa décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, le conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 2 de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, soit avant toute ouverture du secteur à la concurrence, en écartant le moyen tiré d'une atteinte au principe de la liberté d'entreprendre dans les termes suivants, retenant : *« qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu limiter strictement l'utilisation [des machines à sous] à des événements et lieux eux-mêmes soumis à un régime d'autorisation préalable et organiser le contrôle de la fabrication, du commerce et de l'exploitation de ces appareils ; qu'il a mis en place un contrôle public de ces activités ; qu'ainsi, il a souhaité assurer l'intégrité, la sécurité et la fiabilité des opérations de jeux, veiller à la transparence de leur exploitation, prévenir les risques d'une exploitation des appareils de jeux de hasard ou d'adresse à des fins frauduleuses ou criminelles et lutter contre le blanchiment d'argent ; qu'il a également souhaité encadrer la pratique des jeux afin de prévenir le risque d'accoutumance ; qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre*

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

---

*et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ».*

Si le régime de fermeture complète du secteur à la concurrence a pu être jugé conforme à la constitution en assurant une conciliation acceptable entre la liberté d'entreprendre et l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, on comprend mal comment un régime plus ouvert à la concurrence, résultant d'une limitation en 2010 du champ d'application du monopole et d'une limitation en 2019 de sa durée dans le temps pourrait être regardé comme portant une atteinte plus grave à la liberté d'entreprendre.

La requérante soutient néanmoins, pour l'essentiel, que l'ouverture des jeux en ligne, autres que les loteries, à la concurrence, montrerait, d'une part, que l'exclusivité d'exploitation sur les jeux commercialisés en circuit physique ne se justifierait pas, d'autre part, que le maintien des loteries en ligne dans le monopole de la FDJ ne se justifierait pas non plus. Vous avez déjà rencontré la première question à propos du pari mutuel urbain, du point de vue de la conventionnalité du monopole maintenu en sa faveur sur les paris hippiques pris en réseau physique de distribution hors des hippodromes. En effet, Par votre décision du 9 décembre 2016, *F...*, n° 385934, T. 674, 995, vous avez jugé que les droits exclusifs du PMU sont conformes au droit de l'Union dès lors qu'ils ont pour objectif de lutter contre la fraude et de protéger l'ordre social et compte tenu de l'étroit contrôle exercé par le ministère de l'agriculture. Vous l'avez justifié en retenant : « qu'*autoriser une multiplicité d'opérateurs à pratiquer les paris « en dur » hors des hippodromes rendrait le contrôle de cette activité plus difficile et présenterait, par l'intensification de la concurrence qui en résulterait, un risque de développement du volume des enjeux et des problèmes d'assuétude au jeu ; que la circonstance que le législateur a, par la loi du 12 mai 2010, afin de lutter contre le développement incontrôlé de l'offre illégale de jeux et de paris sur internet, décidé de légaliser l'offre de paris en ligne en ouvrant ce secteur à la concurrence tout en maintenant un monopole national sur les paris hippiques « en dur » hors hippodromes, n'est pas de nature à affecter la cohérence de la politique de l'Etat en la matière, eu égard aux objectifs légitimes qu'il poursuit d'encadrement et de canalisation de l'offre de jeux afin d'en limiter l'expansion et des modalités différentes de contrôle de ces deux types d'activité* » (§ 8). Le raisonnement paraît transposable dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité d'une pareille distinction entre jeux en ligne et jeux dit « en dur » du point de vue constitutionnel et non plus conventionnel.

S'agissant de la deuxième question, qui porte sur le maintien de droits exclusifs sur l'exploitation des jeux en ligne pour ce qui est des seules loteries, elle peut se justifier, au regard des objectifs de santé publique, par la plus grande accessibilité des jeux de loterie. Ne faisant entrer aucune compétence de pronostiqueur dans l'espoir du gain, ils sont plus propices au développement de l'assuétude au jeu ou à tout le moins au développement de la pratique du jeu d'argent et de hasard parmi une plus large population, ce qui paraît pouvoir justifier le maintien de cette activité entre les mains d'un opérateur placé « sous le contrôle étroit de l'Etat ».

Enfin, un dernier argument paraît inopérant : la requérante critique la durée de vingt-cinq ans d'exclusivité accordée à la FDJ – mais cette durée ne résulte pas des dispositions critiquées elles-mêmes, le IV, qui n'est d'ailleurs pas visé par la QPC,

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

---

ayant seulement habilité le gouvernement à fixer cette durée dans la limite de 25 ans, par l'ordonnance dont l'annulation est demandée par un recours pour excès de pouvoir.

Les considérations qui précèdent paraissent justifier les termes de l'avis adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 14 juin 2018 sur le projet de loi PACTE et rendu public, rendu, pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, dans les termes suivants :

**« Privatisation de la Française des jeux**

« 81. La Française des jeux, société anonyme détenue à 72 % par l'État, s'est vue confier, pour une durée illimitée, les droits exclusifs d'exploiter en France les jeux de loterie en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que les jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution.

« En premier lieu, le projet de loi prévoit que l'exploitation de ces jeux de loterie et de ces jeux de pronostics sportifs est confiée, pour une durée limitée, à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'État. Il désigne la Française des jeux comme la personne morale unique titulaire de ce droit d'exploitation à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

« Ces dispositions, qui ne sont pas contraires au droit de l'Union européenne et ne méconnaissent aucune règle constitutionnelle, n'appellent pas de remarques particulières. »

(PCM : ne pas renvoyer)

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*