

LA LEGISLATION BELGE EN MATIERE DE LOTERIE AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE: APPROCHE D'UN MONOPOLE ETATIQUE

par

Paul Nihoul¹

et

Michel L. Struys²

A l'heure de l'avènement du grand marché et de la disparition progressive des dernières entraves à la libre circulation des marchandises, à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement, le secteur des loteries apparaît comme l'un des derniers foyers de résistance à l'europanisation croissante de l'activité économique.

Un arrêt de la Cour de justice du 31 mars 1993 jette un éclairage intéressant sur une matière que d'aucuns considéraient jusqu'à présent comme relevant du domaine réservé des États membres. Si cet arrêt ne répond pas à toutes les questions que peut soulever la matière des loteries puisqu'il laisse intact (ou presque) le problème de la légalité au regard du droit européen des monopoles étatiques, il a, par contre, le mérite d'ouvrir le débat et de trancher un certain nombre de questions jusqu'ici demeurées sans réponse.

Le présent article se propose d'analyser la législation belge à la lumière de ce récent arrêt de la Cour et plus généralement de sa jurisprudence en matière de monopole. Pour ce faire, nous examinerons dans un premier temps le régime général des loteries en Belgique ainsi que le nouveau statut de la loterie nationale tel qu'issu de la loi du 22 juillet 1991³. Ayant posé les bases de notre réflexion, nous confronterons, dans une seconde partie, la situation belge à la réalité du droit communautaire.

I. LA LEGISLATION BELGE EN MATIERE DE LOTERIE

A. LE REGIME GENERAL

Les activités de loterie sont régies en Belgique par la loi du 31 décembre 1851. Celle-ci pose en son article premier un principe d'interdiction, dont la sanction est inscrite aux articles 301 à 304 du code pé-

nal⁴. Cette interdiction de principe établie par le législateur de 1851 procède de la même hostilité à l'égard des jeux de hasard et du gain "facile" que celle qui animait les auteurs du code civil à l'occasion de la rédaction des articles 1965⁵ et suivants⁶.

Si la règle qui prévaut est donc celle de la prohibition, le législateur a néanmoins voulu ménager certaines dérogations. Ainsi l'article 7 prévoit-il que

"sont exceptées des dispositions de la loi, les loteries exclusivement destinées à des actes de piété ou de bienfaisance, à l'encouragement de l'industrie et des arts ou à tout autre but d'utilité publique, lorsqu'elles auront été autorisées:

- par le collège des bourgmestre et échevins, si l'émission de billets n'est faite et annoncée que dans la commune et n'est publiée que dans les journaux qui s'y impriment;

- par la députation permanente du conseil provincial, si l'émission des billets est faite et annoncée dans différentes communes de la province ou publiée dans les journaux qui s'y impriment;

- par le gouvernement, si l'émission des billets est faite et annoncée ou publiée dans plus d'une province".

L'on constate que la loi du 31 décembre 1851 ne crée pas de monopole légal en matière d'organisation de loteries mais bien un régime général d'interdiction assorti d'un certain nombre de tempéraments qui autorisent notamment, la tenue de loteries poursuivant un but philanthropique ou d'utilité publique pour autant qu'elles aient au préalable été autorisées par le collège des bourgmestre et échevins, par la députation permanente, ou bien encore

¹ Chercheur à l'Université Catholique de Louvain (Faculté de droit).

² Référendaire à la Cour de Justice des Communautés Européennes, assistant à la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, maître de conférences invité à l'Université de Paris-Sceaux.

³ Loi du 22 juillet 1991 relative à la loterie nationale, *Moniteur* du 31 juillet 1991.

⁴ L'on peut noter ici que la Cour d'arbitrage a considéré dans un arrêt du 18 février 1992 que "les articles 301 à 304 du code pénal, qui ont pour objet de punir les infractions aux articles 1er et 7 de la loi du 31 décembre 1851 sur les loteries et à la loi du 6 juillet 1964 relative à la loterie nationale, ne viole pas les articles 6 et 6 bis de la constitution parce qu'en prévoyant que l'interdiction des loteries peut être levée au profit de celles dont les bénéfices sont affectés à des fins d'intérêt général, le législateur a établi une différence de traitement fondée sur un critère de justification objectif et raisonnable". *RDP*, 1993, n°6, p.658; *R.W.*, 1992/1993, n°34, p. 1160; *Prat. Comm.* 1993, n°6, p. 24.

⁵ L'article 1965 prévoit que "la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari".

⁶ On peut également trouver trace de cette antipathie du législateur à l'égard des jeux de hasard dans la loi du 24 octobre 1902 qui interdit leur exploitation.

lorsqu'il s'agit de loteries de grande ampleur par le gouvernement.

B. LA SITUATION DE LA LOTERIE NATIONALE

Autrefois dévolue au ministre des finances, l'organisation d'une loterie publique est, depuis la loi du 22 juillet 1991, du ressort d'un organisme public de catégorie C, dénommé Loterie nationale. Celle-ci est ainsi chargée, aux termes de l'article 1er la loi, "d'organiser, dans l'intérêt général et selon des méthodes commerciales les loteries publiques dans les formes fixées par le Roi sur la proposition du ministre des finances".

Cette proposition ne va pas sans susciter un certain nombre de questions sur lesquelles il paraît utile de s'arrêter quelques instants.

1. La notion d'intérêt général et le recours à des méthodes commerciales

Ainsi donc la loterie nationale est-elle non seulement chargée d'organiser des loteries dans l'intérêt public mais encore doit elle le faire selon des méthodes commerciales.

La référence à l'"intérêt public" contenue dans cet article 1er peut apparaître quelque peu paradoxale lorsqu'on se rappelle les raisons qui ont motivé pendant près de deux siècles l'hostilité du législateur à l'égard des jeux de hasard à l'encontre desquels il convenait de protéger le citoyen en raison de leur caractère néfaste sur les mœurs publiques. Pour maladroite que soit la formulation utilisée, elle peut néanmoins être réconciliée avec l'attitude traditionnelle des pouvoirs en la matière. La référence à la notion d'"intérêt public" ne vise en effet pas, selon nous, l'organisation de loteries en tant que telle mais bien l'objectif ultime poursuivi dans le cadre de l'organisation de telles activités à savoir la réalisation de bénéfices à affecter à différentes fins d'utilité publique⁷. L'article 15 de cette même loi semble d'ailleurs confirmer cette lecture puisqu'il prévoit "que les bénéfices de la loterie nationale sont affectés au financement de programmes d'aide au pays en développement et à des fins d'utilité publique déterminées par arrêté royal délibéré en conseil des ministres".

Quant au recours à des méthodes commerciales également visé à l'article 2, il a fait l'objet lors du débat à la chambre des représentants de vives critiques de la part de certains députés. Ainsi, M. De Vlieghere a-t-il proposé l'abandon pur et simple de la référence. Selon lui en effet *"la loterie nationale peut justifier son existence sur le plan moral en ce*

qu'elle est une institution qui canalise dans un jeu innocent une pulsion assez peu reluisante de la nature humaine à savoir l'appât du gain immédiat obtenu sans aucun effort et en ce qu'elle consacre en outre le produit de ses bénéfices nets à la réalisation d'objectifs sociaux tout à fait louables. Organiser cette mission selon des méthodes commerciales relève toutefois de l'antinomie. Les méthodes commerciales visent en effet à attiser l'envie d'acquérir l'objet mis en vente. La situation dramatique de notre environnement, qui est la résultante irréflectible de ces envies et de la production de biens aptes à les satisfaire devrait suffire à prouver que l'application de méthodes commerciales est loin d'avoir été une bénédiction pour notre planète. Les méthodes sont d'autant moins admissibles en ce qui concerne la loterie nationale, qu'elles ont pour conséquence d'assigner pour mission à la loterie d'attiser les envies qu'elle est supposée canaliser par une voie innocente".

Si nous avons pris la peine de citer *"in extenso"* ce passage des travaux préparatoires, c'est parce qu'il nous paraît être révélateur du changement de philosophie qui est à l'origine de la modification du régime de la loterie nationale en Belgique. En effet, alors que l'accent était jusqu'à présent mis sur la protection du public contre la passion du jeu, la nouvelle loi marque un changement de cap important dans le chef de notre législateur. Celui-ci semble avoir désormais pris conscience de l'importance de la source de revenus que représentent les loteries⁸. Par la référence qui est faite aux méthodes commerciales, il entend manifestement donner les moyens à la loterie nationale d'exploiter ce "filon"⁹. Certes, la volonté de protéger le public contre les excès du jeu n'est pas totalement évacuée puisque les formes des loteries restent fixées par le Roi sur proposition du ministre des finances, ce qui en principe devrait éviter une prolifération incontrôlée du nombre de loteries exploitées par le nouvel organisme¹⁰.

⁸ En 1964, les recettes générées par la loterie nationale s'élevaient à 1 122 631 380 et le bénéfice net était de 375 millions. En 1990 les recettes atteignaient quelques 28 419 000 000 pour un bénéfice approximatif de 8,2 milliards. Projet de loi relatif à la loterie nationale, Rapport fait au nom de la commission des finances par M. Van Hooland, doc. parl., Sénat, Sess. Ord. 1990-1991, n° 1296-2, p. 3.

⁹ Les déclarations du Secrétaire d'État aux finances sont assez révélatrices sur ce point: "l'intention est clairement indiquée dans l'exposé des motifs: exploitation commerciale et réalisation de bénéfices. Le but n'est donc pas de limiter les activités. La loterie nationale poursuit un but lucratif et peut par conséquent utiliser des méthodes commerciales pour lui permettre de réaliser des bénéfices".

¹⁰ A moins bien sûr que l'état des finances publiques ne pousse le gouvernement à vouloir exploiter davantage cette nouvelle source de revenus afin de parer à certains dérapages budgétaires. L'on peut, à cet égard, relever que la loi du 21 décembre 1994 prévoit en son article 175 que pour l'année 1994 la loterie nationale versera à l'État une redevance exceptionnelle d'un mon-

⁷ Projet de loi relatif à la loterie nationale, Rapport fait au nom de la commission des finances par M. Van Hooland, doc. parl., Sénat, Sess. Ord. 1990-1991, n° 1296-2, p. 3.

L'on ne peut cependant s'empêcher de constater un déplacement du centre de gravité entre, d'une part, le souci de protéger la population contre les excès du jeu et, d'autre part, la volonté de maximiser les ressources pouvant être affectées alternativement à des fins d'utilité publique ou à des fins philanthropiques.

Dans ce contexte de maximisation des recettes, le recours à des méthodes commerciales traduit également le souci qui anime notre législateur de préparer la loterie nationale à faire face à une concurrence toujours plus vive de la part de certains produits de substitution ainsi qu'à une éventuelle ouverture du marché à des loteries étrangères sous la pression du droit européen. Les travaux préparatoires sont tout à fait révélateurs à cet égard. Ainsi selon le secrétaire d'État aux finances, *"la perspective de l'achèvement du marché européen après 1992 touche également le monde des loteries, des jeux de hasard et des paris. Pour ce qui est des loteries, il n'est pas exclu que les loteries d'État finiront par conserver leur position relativement protégée (monopole ou quasi monopole) sur la base de considérations qui tiennent à la moralité, à l'ordre public ou à la protection du consommateur. Nous ne disposons d'aucune assurance à ce sujet. Les loteries d'État sont par ailleurs préoccupées par l'ampleur que prennent divers jeux de hasard et de paris qui pourraient affecter leurs parts de marché. Il en ressort que plusieurs loteries d'État de la Communauté européenne s'appliquent énergiquement à une adaptation de leurs structures, à l'amélioration de leurs techniques et à l'extension de leur gamme de produits, de façon à être préparées à tout et à gagner une bonne position de départ en vue de 1993 quoi qu'il advienne."*

2. Les loteries publiques

L'article 2 de la loi du 22 juillet 1991 charge la loterie nationale d'organiser les loteries publiques. Cette proposition suscite une double interrogation. L'utilisation de l'article défini "les" signifie-t-elle, d'une part, que la loterie nationale est chargée d'organiser toutes les loteries publiques? D'autre part, l'expression "loteries publiques" se réfère-t-elle à la notion de loteries offertes au public, par opposition aux loteries privées qui, elles, ne s'adressent qu'à un nombre limité de personnes, ou bien renvoie-t-elle à l'idée de loteries organisées par les pouvoirs publics par opposition aux loteries organisées par des personnes privées? Ces questions ont, sem-

tant de 115 millions. Cf. notamment sur ce point le rapport fait au nom de la commission des finances par M. Van Hooand; Projet de loi relatif à la loterie nationale, doc. parl., Sénat, Sess. Ord. 1990-1991, n° 1296-2, p. 7.

ble-t-il, été tranchées à l'occasion des travaux préparatoires.

En ce qui concerne l'utilisation de l'article défini "les", elle traduit en fait la volonté du législateur de conférer un monopole à la loterie nationale en matière d'organisation de loteries publiques. Le projet initial prévoyait en effet que "la loterie nationale était chargée d'organiser... des loteries publiques...", or cette formulation laissait la porte ouverte à l'organisation d'autres loteries publiques. C'est donc à dessein que le projet initial fut amendé afin d'écarter tout doute quant à l'existence d'un monopole dans le chef de la loterie nationale.

Si l'existence même d'un monopole ne semble guère contestable, il reste cependant à en circonscrire la portée exacte, portée qui dépend bien entendu de la définition de la notion de "loteries publiques". Des éclaircissements ont, également, été apportés sur ce point lors du débat en commission des finances du Sénat. L'intention n'est pas, selon le Secrétaire d'État aux finances, de reconnaître à la loterie nationale un monopole général en matière d'organisation des loteries, mais bien de lui conférer un monopole en ce qui concerne l'organisation de loteries par les pouvoirs publics¹¹. Parallèlement aux loteries publiques organisées par la loterie nationale, des personnes privées peuvent donc organiser des loteries pour autant, faut-il le rappeler, qu'elles respectent les conditions de fond et de forme prévues par la loi du 31 décembre 1851.

Il semble donc que depuis la loi du 22 juillet 1991 il ne soit désormais plus possible pour d'autres personnes de droit public d'organiser elles-mêmes des loteries. Il leur est cependant loisible d'utiliser les services de la loterie nationale puisque l'article 3 paragraphe 1er 1° autorise cette dernière à accomplir, contre rémunération, des travaux ou des services pour des tiers¹². Il devrait également leur être possible en vertu de l'article 3§1 2°¹³ d'organiser en commun avec la loterie nationale des opérations de loteries et ce sous certaines conditions.

En ce qui concerne les loteries étrangères, il semble qu'il faille également distinguer selon qu'elles sont de nature publique ou privée. Alors que les loteries privées devraient pouvoir bénéficier de déro-

¹¹ La version française du rapport de la commission des finances du Sénat peut paraître ambiguë à cet égard. Il y est fait état de déclarations du Secrétaire d'État aux finances selon lesquelles l'article 2 ne signifierait pas que des loteries organisées par d'autres établissements publics ne pourraient plus l'être. Cette ambiguïté ne résiste pas à la lecture de la version néerlandaise de ce même rapport selon laquelle "artikel 2 niet bepaalt dat loterijen, ingericht door andere dan openbare instellingen, niet meer mogen worden georganiseerd". C'est donc probablement une erreur de traduction qui est à l'origine de cette confusion.

¹² Le texte prévoit que cette faculté est ouverte à la loterie nationale en vue de rentabiliser ses installations.

¹³ Ceci semble confirmé par les déclarations du Secrétaire d'État aux finances... (p. 38).

gations au régime d'interdiction dans les conditions prévues par la loi du 31 décembre 1851, la situation est par contre nettement moins claire en ce qui concerne les loteries publiques. La question qui se pose à leur égard est de savoir si il leur est possible d'exercer leurs activités dans notre pays dans les conditions posées à l'article 7 de la loi du 31 décembre 1851 ou bien si elles sont également "affectées" en tant que loteries publiques par le monopole reconnu à la loterie nationale en vertu l'article 2 de la loi du 22 juillet 1991. Il convient de distinguer ici l'organisation de loteries sur le territoire belge de la diffusion en Belgique de billets de loteries organisées à l'étranger. En effet, s'il paraît exclu, en raison du monopole dont jouit la loterie nationale, qu'une loterie publique étrangère puisse organiser des tirages sur notre territoire, il n'est par contre pas impossible qu'elle puisse y diffuser des billets relatifs à des tirages organisés dans un autre État ¹⁴. Il va de soi que, dans ce second cas de figure, la diffusion ne pourrait être réalisée que dans les conditions énoncées à l'article 7 de la loi du 31 décembre 1851.

Notons encore que l'article 3 §1 2° de la loi du 22 juillet 1991 prévoit que la loterie nationale peut conclure des accords avec des loteries de pouvoirs publics étrangers (ou avec toutes autres personnes) soit en vue d'organiser des opérations en commun soit en vue de commercialiser leurs produits respectifs ¹⁵.

II. LE REGIME BELGE À L'EPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

A. L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DU TRAITE CEE

La question de savoir si les activités de loterie peuvent entrer dans le champ d'application du Traité CEE a longtemps été entourée d'incertitudes. En effet, la nature même des loteries ainsi que les régimes pour le moins restrictifs auxquels elles sont sou-

¹⁴ Il faut noter ici que si l'on se réfère à l'exposé des motifs de la loi du 31 décembre 1851, l'on constate qu'en principe les loteries étrangères ne devaient pas pouvoir bénéficier du système d'exemption mis en place par l'article 7: "le gouvernement a pensé qu'en présence de loteries instituées dans les États voisins, et pour prévenir dans le pays la participation à ces sortes d'opérations, il importerait de permettre l'institution de loteries belges non pas comme pur jeu, mais dans l'acception la plus large du mot, en combinant avec ce principe un système de pénalités prévues pour la répression tant des loteries non autorisées que des loteries étrangères quelconques." Doc. parl., Chambre des représentants, Sess. Ord. 1851, n° 241, p. 1565.

¹⁵ De tels accords devraient être soumis à l'autorisation du Ministère des finances lorsque les opérations visées sont menées à l'intérieur des États membres de la Communauté européenne (et donc également en Belgique) et par le Roi par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, lorsqu'elles le sont à l'extérieur de ceux-ci.

mise dans la plupart des ordres juridiques internes des États membres ont conduit certains à penser qu'elles ne constituaient pas des activités économiques au sens de l'article 2 du Traité et qu'elles pouvaient dès lors échapper à son application ¹⁶.

La Cour de justice a, dans son arrêt *Schindler* du 31 mars, mis un terme aux doutes qui planaient encore autour de l'applicabilité du Traité CE à la matière des loteries. Plusieurs États membres au nombre desquels figurait la Belgique avaient, en effet, soutenu que les loteries ne pouvaient être considérées comme des activités ayant caractère économique et ce tant en raison de l'absence de cause licite qui les caractérise, qu'en raison de leur caractère aléatoire, de leur inutilité économique et du potentiel de dangerosité qu'elles représentent. Ces États avaient donc conclu que les activités de loterie devaient échapper au champ d'application du Traité. S'appuyant sur les arrêts *Dona* et *Sleyven* ¹⁷, la Cour a rejeté cette argumentation en affirmant que l'importation de marchandises ou la prestation de services rémunérés devait être considérée comme une activité économique au sens du traité. Comme le relève très justement l'avocat général Gulmann, le fait que les jeux d'argent soient en principe illégaux dans tous les États membres et que les créances qui en résultent ne soient pas susceptibles d'exécution forcée ou encore qu'ils constituent une menace contre l'ordre public et qu'ils ne poursuivent aucun objet digne de protection ne saurait rien enlever au fait que la participation à des loteries se fait moyennant rémunération et que dès lors celles-ci constituent bel et bien des activités présentant un caractère économique.

S'il est vrai que ces activités présentent certaines spécificités, il n'en demeure pas moins que l'exploitation des loteries draine dans la plupart des États

¹⁶ La plupart des États membres ont, il est vrai, fait montre, à l'instar de notre pays, de beaucoup d'hostilité à l'égard des jeux de hasard et plus particulièrement des loteries. Ainsi ces dernières sont-elles, lorsqu'elles sont de grande ampleur, soit purement et simplement interdites, soit exploitées par les pouvoirs publics directement ou par l'intermédiaire de sociétés chargées d'organiser au nom et pour compte de l'État des tirages. Cette hostilité à l'égard des jeux de hasard se manifeste également et de façon plus générale dans le traitement qu'ont réservé les auteurs de notre code civil aux dettes de jeu ou au paiement de paris pour lesquels la loi n'accorde aucune action.

¹⁷ Dans ces deux arrêts, la Cour a retenu comme critère déterminant pour apprécier l'existence d'une activité économique la présence d'une rémunération. Il importe, semble-t-il, peu que cette rémunération prenne la forme d'une rétribution en numéraire ou d'avantages en nature dès lors qu'elle constitue la contrepartie au service offert: arrêt du 14/07/1976, *Dona*, aff. 13/76, Rec. p. 1333; arrêt du 5 octobre 1988, *Steyman*, aff. 196/87, Rec. p. 6159. La cour considère par contre que n'entre pas dans la notion de rémunération les impôts versés par les contribuables qui sont ultérieurement affectées au financement de service tel l'enseignement. Arrêt du 27 septembre 1988, *Bahlmann*, aff. 263/86, Rec. p. 5365.

membres des sommes considérables dans un but, certes, la plupart du temps non lucratif.

Étant arrivés à la conclusion que les loteries constituent bien des activités économiques susceptibles d'entrer dans le champ d'application du traité CEE, il nous faut maintenant identifier les dispositions du traité qui ont vocation à s'appliquer en l'espèce. Il convient de distinguer ici le sort de la loi du 31 décembre 1851 de celui de la loi du 22 juillet 1991.

B. CONFORMITE AU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA LOI DE 1851.

La loi du 31 décembre 1851 pose, nous l'avons vu, un principe d'interdiction en ce qui concerne l'émission de billets de loterie sur le territoire belge. Elle assortit cependant ce principe d'un régime d'exceptions lié au respect de certaines conditions ainsi qu'à la délivrance d'une autorisation "ad hoc".

Trois types de dispositions communautaires semblent, a priori, pouvoir s'appliquer à cette législation: celles relatives à la libre circulation des marchandises, celles relatives à la libre prestation de services et enfin celles relatives à la liberté d'établissement.

1. *Marchandises ou services?*

La première question qu'il convient d'examiner renvoie à la qualification juridique des activités de loterie. Faut-il en effet considérer que la diffusion de billets étrangers sur le territoire belge relève de la libre circulation des marchandises ou bien de la libre prestation de services¹⁸. La Cour a abordé ce problème dans son arrêt *Schindler* précité. Elle a, à cette occasion, considéré que la vente de billets, ainsi que la diffusion de documents publicitaires et de formules de commande, ne constituaient en fait que des modalités concrètes d'organisation et de fonctionnement d'une loterie et qu'elles ne pouvaient dès lors, au regard du traité, être envisagées indépendamment de l'activité de loterie à laquelle elles se rattachent et qui, elle, relève de la libre prestation de services". L'importation et la diffusion d'objets ne sont en effet pas, selon la Cour, des fins en elles-mêmes mais sont seulement destinées à permettre la participation à la loterie.

Quoique la conclusion à laquelle soit parvenue la Cour nous paraisse fondée, l'on peut s'interroger sur la question de savoir s'il n'aurait pas été opportun de fonder la réflexion à cet égard à partir de l'arrêt

Sacchi¹⁹. La Cour avait en effet estimé dans cet arrêt que "l'émission de messages télévisés y compris ceux ayant un caractère publicitaire relève en tant que telle des règles du traité relatives aux prestations de services"; mais que, par contre, "sont soumis aux règles relatives à la libre circulation des marchandises les échanges concernant tous matériels, supports de son, films et autres produits utilisés pour la diffusion de message télévisé." Sur base de cette constatation, une partie de la doctrine²⁰ a, à notre sens, justement conclu qu'un message télévisé transmis par satellite, ondes hertziennes ou câble constitue une prestation de services et relève en tant que telle des règles de l'article 59 CE, alors que ce même message incorporé dans un support matériel --par exemple une vidéo cassette-- constitue une marchandise et relève en tant que telle des règles communautaires concernant la libre circulation des marchandises²¹.

La transposition de ce raisonnement aux activités de loterie n'aurait pas forcément conduit à une conclusion différente de celle à laquelle est parvenue la Cour dans son arrêt *Schindler*. En effet, contrairement à l'exemple du message télévisé, le service en cause, à savoir l'activité de loterie, ne s'incorpore pas à un support matériel. En effet, le billet de loterie ou le formulaire de loto n'est rien d'autre que l'élément de preuve d'un contrat. En faisant valider un formulaire de loto ou en acquérant un billet de loterie, l'acheteur passe un contrat en vue de participer à un jeu qui constitue un service. On peut rapprocher cette situation de celle du particulier qui acquiert un billet de train. Il n'achète pas le billet en tant que tel, mais bien le service, c'est-à-dire le transport, le billet n'étant qu'un élément de preuve du contrat. D'aucuns pourraient se demander dans quelle mesure cette conclusion resterait valable dans l'hypothèse où le billet incorpore le résultat du jeu (ex-*"Presto"*, *"Subito"*...). Il semble que la situation ne soit guère différente et ne justifie en tout cas pas une solution distincte. En effet, aussi longtemps que le billet n'a pas révélé son résultat, il n'est rien d'autre que l'élément de preuve de la participation à un jeu pour celui qui l'achète. Il ne changerait de nature juridique que dans l'hypothèse où après grattage, il ferait apparaître le gain d'une somme d'argent, ce qui, au demeurant, serait également le cas pour un billet "classique" s'il se révélait être, après tirage, un billet gagnant. Ces billets constitueraient dès lors des titres de créance et pourraient éventuellement en-

¹⁹ Arrêt du 30/04/74, aff. 155/73, Rec. p. 409.

²⁰ Cf. notamment A. Mattera, *"Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement"*, p. 29; édition Jupiter, 1990.

²¹ Il faut se rappeler que la catégorie des services est en principe une catégorie résiduaire où se retrouvent les prestations qui ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

¹⁸ Il faut se rappeler que la libre prestation de services constitue une catégorie résiduaire dans laquelle s'inscrivent les prestations fournies normalement contre rémunérations, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes. article 60 du Traité CEE.

trer dans le champ d'application du chapitre 4, titre 3, du traité. Cette question ne présente cependant guère d'intérêt sinon sur le plan académique dans la mesure où il n'existe dans les faits aucun "marché" des billets de loterie gagnants.

L'on peut donc conclure de ce qui précède qu'en principe la législation belge ne devrait pas être appréhendée par le biais de la libre circulation des marchandises mais bien par celui de la libre prestation de services.

2. La loi de 1851 au regard de la libre prestation de services (article 59 et suivants du Traité CEE).

Le régime de la libre prestation de services est, on le sait, dans une large mesure, calqué sur celui de la libre circulation des marchandises. La Cour considère en effet que "l'article 59 du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre où il fournit également des services analogues" ²².

Il ne paraît guère douteux que la législation belge en matière de loterie constitue bien une entrave au commerce intra-communautaire dans la mesure où elle est de nature à gêner considérablement, voire à empêcher, la vente de billets de loterie étrangères sur notre territoire. Les loteries étrangères, qu'elles soient publiques ou privées, ne peuvent en effet commercialiser leurs produits sur le territoire belge que moyennant autorisation et uniquement dans les conditions prévues à l'article 7 de la loi du 31 décembre 1851 ²³.

L'existence d'une entrave pour certaine qu'elle soit ne permet cependant pas de conclure directement à l'existence d'une violation du Traité CEE. En effet, à l'instar des autres libertés fondamentales, la libre prestation de services peut, sous certaines conditions, se trouver limitée par des dispositions nationales.

En sus des dérogations visées à l'article 56, dérogations qui sont liées aux notions d'ordre public, de sécurité et de santé publique, la Cour a considéré que certaines raisons impérieuses d'intérêt général

peuvent justifier des entraves à la libre prestation de services provenant d'une application non discriminatoire de réglementations nationales aux prestataires étrangers ²⁴.

Notons que c'est au titre de ces raisons impérieuses que la Cour de justice a retenu, dans son arrêt *Schindler*, la protection des consommateurs et de l'ordre social comme étant de nature à justifier certaines entraves à la libre prestation de services dans le domaine des loteries.

En principe, de telles justifications ne sont acceptables au regard du droit communautaire que pour autant que la législation en cause ne revête pas un caractère discriminatoire ²⁵. A cet égard, l'on observera que si les loteries étrangères, privées ou publiques, ne peuvent, en vertu de l'article 7 de la loi belge de 1851, être admises à diffuser des billets sur notre territoire que moyennant obtention d'une autorisation et respect de certaines conditions ²⁶, la loterie nationale est elle-même soumise, tant pour l'organisation de loteries que pour la commercialisation de produits étrangers, à une autorisation du Roi ou du ministre des finances. L'on peut donc en conclure qu'au moins sur le plan formel, la loi belge n'est pas discriminatoire.

Outre cette condition de non discrimination, il faut que l'objectif qu'il s'agit de protéger ne soit pas déjà sauvegardé par la législation à laquelle le prestataire de service est soumis dans l'État membre où il est établi ²⁷ mais également que "l'application des réglementations nationales aux prestataires établis dans d'autres États membres soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et qu'elle n'aille pas au delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint; il faut, en d'autres termes, que le résultat ne puisse être obtenu par des règles moins contraignantes" ²⁸.

²⁴ Cf. Arrêt *Gouda*, C288/89, précité. cf. également arrêt du 4 décembre 1986, *Commissions/ RFA*, aff. 205/84, *Rec.* p. 1123.

²⁵ Notons que dans l'arrêt *Schindler* la Cour a considéré que la législation britannique qui interdisait les grandes loteries n'était pas discriminatoire et ce en dépit du fait que cette même législation ne faisait pas obstacle à l'organisation de certaines formes de jeux pouvant donné lieu à des enjeux comparables à ceux des loteries de grande ampleur. La Cour a en effet estimé que la situation de ces jeux était différente de celle des loteries de grande ampleur, et ce tant en raison de leur objet et de leurs règles qu'en raison de leurs modalités d'organisation. Cette justification ne convainc pourtant pas tout à fait. L'on perçoit en effet mal en quoi ces différences techniques sont de nature à justifier une différence de traitement aussi radicale entre ces deux activités. Partant l'on peut se demander s'il n'y avait pas là une discrimination indirecte sur la base de la nationalité.

²⁶ Cf. *supra*.

²⁷ Il faut également qu'aucune harmonisation ne soit intervenue au niveau communautaire, ce qui est le cas en matière de loteries.

²⁸ Cf. notamment arrêts du 26 février 1991, *Commission c/ France*, C-154/89, *Rec.* p. I-659; *Commission contre Italie*, C-180/89, *Rec.* p. I-709 et *Commission c/ Grèce*, C-198/89, *Rec.* p. I-727.

²² Arrêts du 26 février 1991, *Commission c/ France*, C 154/89, *Rec.* I p. 659; *Commission c/ Italie*, C 180/89, *Rec.* I p 691; *Commission c/ Grèce*, C 198/89, *Rec.* I p. 709; Arrêts du 25 juillet 1991, *Sger*, C 76/90, *Rec.* I p. 4221; *Gouda*, C 288/89, *Rec.* I p. 4007; *Commission c/ Pays-Bas*, C 353/89 *Rec.* I p. 4069; Sur la question de la libre prestation de service cf. notamment *Commentaire Megret*, T.3, Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transport. édition de l'université de Bruxelles, 1990.

²³ Cf. *supra*.

Il est intéressant de constater que ce passage de la législation "suspecte" sous les fourches caudines des tests de la nécessité, de la proportionnalité, et de la substituabilité n'a pas eu lieu dans l'affaire *Schindler* précitée. La Cour s'est en effet bornée à constater que les "particularités des loteries justifient que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comporte la protection des joueurs et, plus généralement, compte tenu des particularités socio-culturelles de chaque État membre, la protection de l'ordre social, tant en ce qui concerne les modalités d'organisation des loteries, le volume de leurs enjeux, que l'affectation des profits qu'elles dégagent". Dans ces conditions, ajoute la Cour, "il leur revient d'apprécier non seulement s'il est nécessaire de restreindre l'activité des loteries mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoires".

Cette prise de position n'est pas sans surprendre. En effet, en abdiquant de la sorte son pouvoir de contrôle sur les questions de nécessité, de proportionnalité et de substituabilité, la haute Cour de Luxembourg semble donner un blanc seing aux États en matière de réglementation des activités de loterie sous la seule condition que les mesures nationales portant restriction à la libre prestation de services ne soient pas discriminatoires, ce qui tranche singulièrement avec l'attitude assez rigoriste qui est sienne habituellement.

Peut-on déduire de ce qui précède qu'une application de la législation belge qui aboutirait à interdire de façon systématique la diffusion sur le territoire du Royaume de billets de loterie autres que ceux mis sur le marché par la loterie nationale elle-même pourrait être justifiée sur la base de la nécessité de restreindre, ou à tout le moins de contrôler, le volume des enjeux dans notre pays pour autant bien sûr qu'elle ne soit pas jugée discriminatoire? Se poserait ici la question de savoir si la reconnaissance d'un monopole au profit de la loterie nationale sur la diffusion de billets en Belgique ne serait pas discriminatoire ²⁹.

3. La loi de 1851 et la liberté d'établissement

La liberté d'établissement est visée aux articles 52 et suivants du Traité CE. Elle concerne l'installation des ressortissants communautaires dans d'autres États membres que leur État d'origine en vue d'y exercer une activité indépendante. Sur le plan matériel, l'établissement se distingue de la prestation de services par "l'existence d'une installation matérielle stable

et permanente, même si celle-ci n'est pas synonyme d'immuabilité ni de fixité absolue" ³⁰.

Longtemps interprétée tant par la jurisprudence que par la doctrine comme établissant un principe d'égalité de traitement interdisant toute discrimination sur la base de la nationalité, la liberté d'établissement a, au cours de ces dernières années, connu une évolution majeure ³¹. Depuis les arrêts *Vlassopolou* du 7 mai 1991 ³² et *Kraus* du 31 mars 1993, le régime de la liberté d'établissement est en effet harmonisé, au niveau de son traitement, sur le modèle de la libre prestation de services ³³. La Cour considère ainsi que l'article 52 (tout comme d'ailleurs l'article 48) s'oppose à une mesure nationale "qui même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le Traité". La Cour admet néanmoins qu'"il en irait autrement si une telle mesure poursuivait un objectif légitime compatible avec le Traité et se justifiait par des raisons impérieuses d'intérêt général (...). Mais encore faudrait-il, en pareil cas, que l'application de la réglementation nationale en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (...)" ³⁴.

Étant donné le parallélisme qui existe aujourd'hui entre les raisonnements qui sont menés par la Cour en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, il serait redondant de répéter ici les observations qui ont été faites dans le cadre de la libre prestation de services, celles-ci nous paraissant transposables *à mutatis mutandis*.

³⁰ *Juris-classeur Europe*, 1991, Vol. 2, Fasc. 710.

³¹ Cf. sur ce point la chronique de J.G. Huglo sur le droit d'établissement et la libre prestation de service dans *La Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1994.

³² Arrêts du 7 mai 1991, C-340/89, *Rec. p. I-2357* et du 31 mars 1993, C-19/92, *Rec. p. I-1663*.

³³ L'arrêt *Ramrath* du 20 mai 1992 est également invoqué par certains auteurs comme démonstratif de cette évolution de la jurisprudence de la Cour (cf. dans ce sens J. Wouters "The case law of the European Court of Justice on direct taxes: Theme and variations", *Maastricht journal of European and Comparative law*, 1994, p. 179 et suiv.). Les circonstances très particulières de l'espèce ne permettent pas, selon nous, de conclure avec certitude dans ce sens. En effet dans cette affaire la Cour avait notamment à se prononcer sur la question de savoir si les dispositions du Traité relatives au droit d'établissement s'opposent à ce qu'un État membre interdise à une personne de s'établir sur son territoire et d'y exercer la profession de réviseur d'entreprises au motif que cette personne est établie et agréée comme telle dans un autre État membre. D'une part, il n'est pas sûr que l'attitude de l'État luxembourgeois n'ait pas eu un caractère discriminatoire et d'autre part cette exigence luxembourgeoise était par essence contraire au principe de la liberté d'établissement, liberté qui couvre également le droit de créer un établissement secondaire.

³⁴ Arrêt du 31 mars 1993 précité, C-19/92, *Rec. p. I-1663*.

²⁹ Cette question sera traitée dans le cadre la partie de cette étude consacrée à l'examen du monopole de la loterie nationale au regard du droit communautaire cf. infra.

C. LE MONOPOLE DE LA LOTERIE NATIONALE

L'article 222 pose, on le sait, le principe de la "neutralité" du droit communautaire à l'égard du régime de la propriété dans les États membres. Cette "neutralité" ne signifie néanmoins pas que les États membres et les entreprises qui leur sont liées échappent à l'application des règles du traité CE.

L'article 90 témoigne à cet égard de la détermination des pères du Traité de Rome à éviter que des pans entiers de l'économie européenne ne se situent en marge de l'action communautaire. Cet article, qui est divisé en trois paragraphes, réalise un équilibre délicat entre, d'une part, la volonté d'éviter que certaines entreprises ne puissent être soustraites à l'application du droit communautaire en raison de leurs liens particuliers avec les États et, d'autre part, le souci de prendre en considération pour l'application des règles du Traité certaines missions spécifiques³⁵ dont elles peuvent, le cas échéant, être investies.

1. Article 90 par. 1

a. Champ d'application

L'article 90 prévoit en son paragraphe 1 que "les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ou ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité notamment celles prévues aux articles 6 et 85 à 94 inclus".

Cet article ne s'autosuffit pas pour son application. Il s'agit en fait d'une disposition qui n'a vocation à s'appliquer qu'en conjonction avec un ou plusieurs autres articles du traité (qui comportent une règle matérielle). A cet égard, il y a lieu de relever que, quoique l'article 90 §1 fasse principalement référence aux articles 6 et 85 à 94, il a également été utilisé, ou a vocation à l'être, en coordination avec d'autres dispositions du traité relatives notamment à la libre circulation des marchandises (articles 30, 34, 37), à la liberté d'établissement (articles 52 et 53), à la libre prestation de services (article 59).

S'agissant de la loterie nationale, il importe, à titre liminaire, de vérifier dans quelle mesure elle se trouve visée par le premier paragraphe de l'article 90.

L'on observera que cette disposition ne comporte aucune définition de la notion d'entreprises publiques, ou bien encore de celle de droits spéciaux ou exclusifs.

En ce qui concerne la notion d'entreprise publique, la Cour semble avoir entériné dans son arrêt *Commission c/ Italie*, du 16 juin 1987³⁶, la définition qui en a été donnée par la Commission dans sa directive 80/723 du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques³⁷. Aux termes de l'article 2 de cette directive, il faut entendre par entreprise publique "toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent". Il semble indéniable à la lecture de cette définition que la loterie nationale relève bien, en tant qu'organisme d'intérêt public de catégorie C³⁸, de la notion d'entreprise publique au sens du droit communautaire et qu'elle se trouve par conséquent visée par l'article 90§1. Il est dès lors inutile de s'attarder sur la notion d'entreprise investie de droits spéciaux ou exclusifs.

b. Application combinée de l'article 90 par. 1 et de l'article 37.

Comme nous venons de le voir, l'article 90 § 1 a, en principe, vocation à être appliqué avec l'article 37. Aux termes de ce dernier, les États membres sont tenus d'aménager progressivement leurs monopoles nationaux présentant un caractère commercial de telle façon qu'à l'expiration de la période transitoire, soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouché, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.

Selon le paragraphe 2, cette obligation trouve à s'appliquer, d'une part, aux organismes par lesquels les États membres contrôlent, dirigent ou influencent sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres et, d'autre part, aux monopoles d'État délégués. L'on pourrait donc penser a priori que la situation privilégiée dont bénéficie la loterie nationale pourrait être visée par cet article.

Le champ d'application de l'article 37 a été précisé par la Cour dans son arrêt *Sacchi* du 30 avril 1974³⁹. La haute juridiction de Luxembourg y a en effet considéré que la qualification "commerciale"

³⁶ 118/85, Rec. p.2619.

³⁷ JOCE L 195 p. 35. modifiée par la directive 85/417/CEE

³⁸ Aux termes de l'article 9 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, les organismes d'intérêt public de catégorie B, C ou D sont soumis au pouvoir de contrôle du ou des ministre dont ils relèvent (à savoir le ministre des finances dans le cas de la loterie nationale). Ce contrôle est exercé par le biais d'un commissaire du gouvernement lequel dispose d'un droit de recours auprès du ministre contre toutes les décisions qu'il estimerait contraire à la loi, aux statuts ou à l'intérêt général.

³⁹ Arrêt du 30 avril 1974, aff. 155/73, Rec. 1974 p. 409.

³⁵ Cf. infra.

des monopoles visés à l'article 37 renvoyait aux seuls monopoles nationaux chargés de la vente de produits, c'est à dire à des monopoles de produits pouvant faire l'objet de transactions commerciales, à l'exclusion des monopoles de services. Cette position de la Cour n'est guère surprenante dans la mesure où tout comme l'article 30, l'article 37 figure sous le titre I relatif à la libre circulation des marchandises. L'article 37 ne trouverait donc à s'appliquer au monopole de la loterie nationale que dans l'hypothèse où l'on considérerait que la vente de billets de loterie relève des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises ⁴⁰. Or, comme nous l'avons précédemment vu, la Cour a estimé que la vente de billets de loterie relève de la libre prestation de services et non de la libre circulation des marchandises.

Notons néanmoins que la Cour a, dans son arrêt Mialocq du 28 juin 1963, considéré que l'article 37 ne concerne pas un monopole de prestations de services "à condition qu'il ne contrevienne pas au principe de libre circulation des marchandises en discriminant les produits importés au profit de produits d'origine nationale" ⁴¹. "La possibilité ne peut en effet être exclue qu'un monopole de prestation de services puisse avoir une influence indirecte sur les échanges de marchandises entre les États membres". Il se pourrait donc "in fine" que la situation privilégiée de la loterie nationale puisse quand même être envisagée sous l'angle de la libre circulation des marchandises; tel pourrait, par exemple, être le cas dans l'hypothèse où le régime juridique aménagé par la loi du 22 juillet 1991 aurait un impact sur l'importation du matériel nécessaire à la poursuite des activités de loteries. Quoiqu'un tel cas de figure ne puisse totalement être exclu, nous ne le traiterons pas ici dans la mesure où il s'inscrit en marge du sujet que nous nous sommes donné pour but de traiter dans la présente étude.

c. Application combinée de l'article 90 § 1 et des dispositions relatives à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services

L'article 90 §1 pourrait, nous l'avons déjà souligné, également trouver à s'appliquer en coordination avec les articles 52 et 59 du Traité CEE.

⁴⁰ Cette interprétation est au demeurant parfaitement conforme à la version anglaise de l'article 37 laquelle prévoit en son paragraphe 1er: "Member states shall progressively adjust any state monopolies of commercial character so as to ensure that when the transitional period has ended no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of Member States".

⁴¹ Arrêt du 28 juin 1983, aff. 271/81, *Rec.* p. 2057

Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, si les textes légaux ne prévoient de monopole au profit de la loterie nationale que pour l'organisation de loteries publiques, l'on ne peut néanmoins exclure que la loi de 1851 soit appliquée de telle sorte que l'on aboutisse à interdire de façon systématique la vente sur le territoire belge de billets de loterie autres que ceux mis sur le marché par la loterie nationale elle-même. Il y aurait, dans cette hypothèse, création d'un monopole au profit de la loterie nationale sur la diffusion de billets.

Nous avons également vu que, sous réserve de l'absence de discrimination, la Cour de justice a reconnu aux États membres, dans le cadre de la libre prestation de services (et par extension dans celui de la liberté d'établissement), un large pouvoir d'appréciation en matière de réglementation des loteries, pouvoir qui s'étend non seulement à la définition de leurs modes d'organisation, mais également à la détermination du volume de leurs enjeux ou bien encore au choix de l'affectation des bénéfices qu'elles dégagent. Il en résulte selon nous que, sauf à démontrer l'existence d'une discrimination, la reconnaissance d'un monopole au profit de la loterie nationale devrait être considéré comme licite au regard des articles 90 et 52, d'une part, et 90 et 59, d'autre part et ce en raison précisément de l'importante marge de manoeuvre dont dispose les États pour organiser ces activités.

Ceci nous amène à nous interroger sur le caractère ou non discriminatoire des monopoles et donc sur leur éventuelle incompatibilité avec les articles 7, 52 ou 59 et 90 du Traité ⁴². Rappelons à cet égard que pour qu'il y ait discrimination au sens de ces articles, il faut, d'une part, qu'il y ait pour une même situation une différence de traitement entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres et, d'autre part, que cette différence ne puisse être justifiée sur base de l'article 56 par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. En ce qui concerne le premier point, l'on ne saurait nier qu'un monopole établit une différence de traitement entre l'entreprise qui en est investie et les autres entreprises qui, du fait de ce monopole, ne peuvent exercer leurs activités. Il ne s'agit cependant pas là d'une différence de traitement entre entreprises nationales et entreprises communautaires mais bien d'une différence de traitement entre l'entreprise titulaire du monopole et toutes les autres entreprises qu'elles soient nationales ou communautaires. Une telle différence de traitement ne nous

⁴² Par contre, il y aurait à coup sûr discrimination dans l'hypothèse où la législation serait appliquée de telle sorte que des loteries privées belges seraient autorisées alors que les loteries étrangères seraient empêchées de diffuser leurs billets dans les mêmes conditions sur le territoire national.

paraît pas devoir relever du "cocktail" 7, 52 ou 59, 90⁴³.

Si toutefois la Cour devait juger discriminatoire au sens des articles 7 et 52 ou 59 l'existence d'un monopole au profit de la loterie nationale, il conviendrait alors de vérifier si cette situation peut relever de l'une des exceptions visées à l'article 56 du traité⁴⁴ auquel renvoie l'article 66. L'on peut s'interroger ici sur l'étendue du contrôle qui serait exercé par la Cour. Celle-ci s'en tiendrait-elle au principe dégagé dans l'arrêt Schindler ou bien reviendrait-elle à une conception plus orthodoxe de son rôle qui l'amènerait alors à se pencher sur les questions de nécessité, de proportionnalité et de substituabilité? Pour notre part, nous serions plutôt enclins à penser que la Cour choisirait la seconde voie, c'est à dire celle d'un contrôle strict à l'égard de la mesure (ou du comportement) discriminatoire. En effet tout autre comportement dénoterait par rapport à l'attitude restrictive que la Cour a toujours adopté dans l'interprétation de ces exceptions⁴⁵.

d. Application combinée des articles 90, par. 1, et 86 du traité C.E.⁴⁶

1° Pratiques abusives

La jurisprudence relative aux articles 86 et 90 combinés est née à partir de situations dans lesquelles des entreprises bénéficiant d'un droit exclusif pour la réalisation de leur objet social offraient des services présentant une qualité insuffisante ou dont le prix était trop élevé.

Dans ces affaires, la Cour a constaté que les entreprises en cause avaient utilisé leur(s) droit(s) exclusif(s) d'une manière peu satisfaisante et a qualifié ces pratiques d'"abus de position dominante" au sens de l'article 86 C.E.

Prix inéquitables.

Ainsi, dans l'arrêt *Bodson*,⁴⁷ le monopole pour l'organisation d'enterrements avait été confié, par la ville de Charleville-Mézières, à l'entreprise Pompes funèbres générales. Cette dernière entreprise assigna un concurrent, Mme Bodson, qui avait pratiqué des enterrements en violation de ce monopole. Soulevant une exception d'illégalité à l'encontre du monopole, Mme Bodson fit valoir, devant la juridiction nationale, que ledit monopole était contraire au droit communautaire. Son argument principal était que les prix pratiqués par l'entreprise en situation de monopole étaient "excessifs" (point 30) -- ce qui correspond au prix inéquitable constitutif d'abus de position dominante aux termes de l'article 86. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour accueillit l'argument tout en relevant cependant l'absence de renseignements lui permettant de constater, elle-même, l'existence d'un abus, et en invitant la juridiction de renvoi à comparer les prix dits excessifs avec ceux pratiqués par d'autres entreprises⁴⁸.

Le récent arrêt *La Crespelle*⁴⁹ fournit un autre exemple de prix inéquitable pratiqué par une entreprise visée par l'article 90. Il s'agissait en l'occurrence d'un prix pour la commande de semences bovines. La Cour a considéré qu'il y a exploitation abusive d'une position dominante lorsque l'entreprise bénéficiant d'une situation de monopole administratif exige, pour ses services, des redevances disproportionnées par rapport à la valeur économique de la prestation fournie ou lorsque l'entreprise réclame aux utilisateurs des frais supérieurs à ceux effectivement encourus pour se procurer et conserver la semence importée d'un autre État membre à la demande d'un utilisateur (points 25 et 26).

Ces deux arrêts montrent qu'un prix excessif par rapport à celui que l'on pourrait obtenir en situation de concurrence, peut constituer un abus au sens des articles 86 et 90.

Cette jurisprudence peut être comparée à la position adoptée par la Cour dans l'arrêt *Campus Oil* du

⁴³ Cf. dans ce sens M.J. Domestici-Met, in *Juris Classeur Europe*, Fasc. 710 pt.34.

⁴⁴ Les exceptions visées par l'article 56 renvoient aux notions de sécurité publique, de santé publique et d'ordre public. Il convient de souligner à propos de cette dernière notion que la Cour a considéré dans son arrêt du 26 avril 1988, *Bond Van Adverteerders*, 352/85, Rec. p. 2085, que des objectifs de nature économique ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de cet article.

⁴⁵ Cf. notamment dans ce sens arrêt du 26 avril 1988, *Bond van adverteerders*, 352/85, Rec. p. 2085; Arrêt du 4 mai 1993, *Federacion de distribuidores cinematograficos*, C-17/92, Rec. p. I-2239.

⁴⁶ Sur le sujet, v. D. Edward et M. Hoskins, Article 90: Deregulation and EC law. Réflexions arising from the XVI FIDE conference, *C.M.L.Rev.*, 1995, p. 157; A. Wachsmann et F. Berrod, Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire *Corbeau*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 39-61; L. Defalque, Le traité de la C.E.E. interdit-il la création, le maintien ou l'extension de monopoles nationaux, *J.T.D.E.*, 1993, p. 42; P. Delsaux, Concentration des entreprises, monopole des services publics et intérêt général, *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marché*, 1993, p. 383 et s.; R. Kovar, La peau de chagrin, ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics, *Europe*, 1993, p. 1 et s.; G. Marenco, Legal monopolies in the case-law of the Court of justice of the European Communities, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* 1991, 1992, p. 197 et s.

⁴⁷ 4 mai 1988, 30/87, Rec. p. 2479

⁴⁸ Dans l'arrêt *Merci* (*infra*), elle adoptera l'attitude inverse, consistant à constater par elle-même l'existence d'un abus. Une question préjudicielle a été récemment posée sur le point de savoir si c'est à la Cour ou à la juridiction nationale qu'il revient de constater un abus de position dominante: aff. C-397/93, *Voltri*.

⁴⁹ 5 octobre 1994, C-323/93, Rec. p. I-5077

10 juillet 1984 ⁵⁰, arrêt qui a été rendu sur la base des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises et non pas sur celle des règles de concurrence. Dans cette affaire, l'Irlande souhaitait, pour des raisons de sécurité publique, maintenir une raffinerie de pétrole sur son territoire. En vue d'assurer la viabilité de cette raffinerie, elle avait imposé aux importateurs l'obligation d'acheter, auprès de cette entreprise, une quantité déterminée de leurs importations de pétrole. Ladite raffinerie disposait ainsi d'un droit exclusif pour la fourniture d'une partie des besoins du pays en pétrole.

Saisie d'une demande visant à évaluer cette mesure nationale au regard des règles sur la libre circulation des marchandises, la Cour conclut à l'existence d'une restriction à l'importation du pétrole provenant d'autres États membres, mais considéra que cette restriction pouvait être justifiée par l'ordre public et la sécurité publique: la Cour estima en effet que le maintien d'une raffinerie nationale était essentiel en vue d'assurer à la population, aux services publics et aux entreprises du pays, l'énergie nécessaire pour vivre ou fonctionner.

Exerçant un strict contrôle de proportionnalité, la Cour releva cependant que la réglementation nationale ne pouvait être admise que dans la mesure nécessaire aux objectifs poursuivis et que le pétrole devait être vendu au prix du marché, les pertes éventuellement subies par la raffinerie devant être assumées par les pouvoirs publics.

Il existe des différences importantes entre, d'une part, la jurisprudence *Campus Oil* et, d'autre part, les arrêts cités à propos des articles 90, par. 1er, et 86: dans le premier cas, il s'agit d'une obligation d'achat auprès d'une entreprise nationale et de l'application de règles sur la circulation des marchandises tandis que, dans le second, il s'agit d'un monopole légal pour la fourniture d'un service déterminé et de l'application des règles sur la concurrence. Toutefois, ces divers arrêts manifestent qu'un privilège légal ne permet pas à l'entreprise de pratiquer n'importe quel prix: un prix excessif peut constituer un abus. Par ailleurs, ces arrêts semblent également indiquer qu'il appartient le cas échéant à l'autorité publique ayant conféré le droit spécial ou exclusif de supporter la différence pouvant exister par rapport au prix qui serait pratiqué en situation de concurrence. Nous verrons que cette conclusion sera cependant nuancée par la jurisprudence communautaire ultérieure.

Autres pratiques abusives

D'autres pratiques menées par des entreprises visées à l'article 90 ont été jugées abusives. Ainsi, dans

⁵⁰ Rec., p. 2727.

l'arrêt du 18 juin 1991, *ERT* ⁵¹, la Cour a considéré qu'une entreprise disposant d'un monopole pour l'émission de sons et d'images, ainsi que pour l'installation de stations de radiodiffusion et de télévision, abuse de sa position dominante lorsqu'elle pratique une "politique d'émissions discriminatoires en faveur de ses propres programmes" (point 38).

L'arrêt du 23 avril 1991, *Höfner* ⁵², mérite une attention toute particulière. Dans cet arrêt, la Cour a constaté que le bureau allemand disposant du monopole pour le placement des travailleurs n'était manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché" (point 25): selon la haute juridiction, exiger, dans ces conditions, le respect du monopole, constitue un abus.

Cet arrêt nous semble susceptible de deux interprétations. Tout d'abord, il peut être rattaché à la notion de pratique abusive. Le fonctionnement déficient d'une entreprise n'est pas cité comme tel parmi les abus énumérés à l'article 86. Mais la liste des pratiques abusives que contient cette disposition n'est pas exhaustive (voir le terme "notamment" qui y est utilisé). Par ailleurs, l'incapacité de répondre à la demande peut provoquer une limitation de la production ou des débouchés, limitation qui est explicitement mentionnée à l'article 86, b). Dans cette interprétation, un mauvais fonctionnement de l'entreprise peut être source d'un abus comme peut l'être une mauvaise gestion entraînant des prix excessifs ou le défaut de recourir à des techniques nouvelles.

Ensuite, dans la mesure où elle condamne les monopoles en raison de leur fonctionnement déficient, la jurisprudence ainsi décrite porte en germe la condamnation de nombreux monopoles, tant il est vrai qu'en général l'absence de concurrence nuit à l'efficacité des entreprises ⁵³. Cette analyse constitue la seconde interprétation pouvant être donnée de l'arrêt *Höfner*: elle consiste à mettre en cause le monopole non pas en raison d'un comportement abusif pouvant avoir été commis par l'entreprise, mais sur la base de déficiences inévitablement liées à la présence d'un monopole, déficiences que l'on pourrait qualifier de structurelles.

2° De la condamnation des pratiques abusives à la mise en cause des situations monopolistiques

Dans la deuxième étape de sa jurisprudence sur les articles 86 et 90 par. 1er C.E., la Cour a été amenée à se concentrer sur les droits spéciaux ou exclusifs dont disposent les entreprises visées à l'article 90.

⁵¹ Aff. C-41/90, Rec. p. I-2925.

⁵² Rec. p. I-1979.

⁵³ V. not. P. Samuelson et W. Nordhaus, *Micro-économie*, Les Editions d'organisation, 1995, p. 258 et s. et E. Phelps, *Economie politique*, Fayard, 1990, p. 319 et s.

L'arrêt du 10 décembre 1991, *Merici*⁵⁴ illustre très clairement le passage de la condamnation d'une pratique abusive à celle de la structure monopolistique en tant que telle - passage qui était déjà annoncé dans l'arrêt *Höfner* précité. Diverses entreprises détenaient en commun un monopole pour la manutention des marchandises dans le port de Gênes, en Italie. La Cour constate, dans leur chef, diverses pratiques correspondant aux abus *sub a)*, *b)* et *c)* de l'article 86:

"Il apparaît des circonstances décrites par la juridiction nationale et discutées devant la Cour que les entreprises investies, selon les modalités définies par la réglementation nationale en cause, des droits exclusifs sont, *de ce fait*, amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, ce qui entraîne un accroissement du coût des opérations et un allongement des délais d'exécution de celles-ci, soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation concomitante de ces réductions par une augmentation des prix facturés à d'autres utilisateurs" (point 18) (nous soulignons).

Une autre décision montre bien le passage réalisé par la Cour de la critique de pratiques abusives à celle de la structure du monopole: c'est l'arrêt *RTT* du 13 décembre 1991⁵⁵. Cet arrêt est basé sur la théorie de l'extension abusive de position dominante, qui avait déjà été énoncée par la Cour dans l'arrêt du 3 octobre 1985, *CTM*⁵⁶. Voici, tout d'abord, les faits à la base de cette dernière affaire et, ensuite, l'utilisation qui en a été faite dans l'arrêt *RTT*.

La CLT émet des programmes de radio et de télévision. Un contrat avait été conclu entre cette compagnie et une entreprise fournissant un service (fourniture de renseignements complémentaires sur les annonces publicitaires) aux annonceurs diffusant des messages publicitaires sur la chaîne CLT. Estimant que le service pouvait être une source appréciable de revenus, la CLT avait refusé de reconduire ce contrat pour confier ledit service à une entreprise faisant partie de son propre groupe. La Cour considéra que la CLT avait utilisé d'une façon *abusive* la position dominante dont elle disposait sur le marché de diffusion (refus de donner accès au réseau) en vue d'*étendre* cette position à une activité distincte (télé service) mais liée à la diffusion.

C'est cette théorie de l'extension abusive de position dominante que la Cour a appliquée dans l'arrêt *RTT* cité ci-dessus. Comme la CLT, la RTT disposait d'un monopole pour la gestion d'un réseau, en l'occurrence celui des télécommunications publiques en

Belgique. La Cour releva que cette entreprise était également active sur le marché distinct, mais voisin, de la fabrication et de la commercialisation des appareils de télécommunication. Le pouvoir conféré à cette entreprise par la réglementation nationale d'autoriser le raccordement de ces appareils au réseau lui donnait le moyen d'étendre son monopole sur le réseau du marché des appareils pouvant être utilisés en Belgique. Cela suffisait selon la Cour, à rendre incompatible avec le droit communautaire le monopole en question.

La différence entre les arrêts *RTT* et *CLT* saute aux yeux. Dans ce second arrêt, la CLT avait *effectivement* utilisé de façon abusive, en vue de l'étendre, sa position dominante. En revanche, la Cour ne disposait d'aucun indice permettant d'affirmer que la RTT avait, dans les faits, abusé de ses prérogatives: seule existait la *possibilité* d'une utilisation abusive -- possibilité qui découlait du pouvoir, dont disposait cette société, de refuser le raccordement d'appareils fabriqués ou commercialisés par des concurrents⁵⁷. Cela était-il suffisant pour rendre le monopole contraire au traité? Oui, répondit la Cour. Voici le passage pertinent de l'arrêt:

"24. Selon la RTT, une infraction à l'article 90, paragraphe 1, du traité ne pourrait être constatée que si l'État membre avait favorisé un abus effectivement commis par elle, par exemple une application discriminatoire des règles relatives à l'agrément. Elle souligne cependant que le jugement de renvoi n'a relevé aucun abus effectif et que la simple possibilité d'une application discriminatoire de ces règles, du fait de la désignation de la RTT comme autorité d'agrément alors qu'elle est concurrente des entreprises qui demandent l'agrément, ne saurait en elle-même être constitutive d'abus au sens de l'article 86 du traité CEE.

25. Cette argumentation ne saurait être retenue. Il suffit de relever à cet égard que c'est l'extension du monopole de l'établissement et de l'exploitation du réseau téléphonique au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective, qui est prohibée comme telle par l'article 86 ou par l'article 90, paragraphe 1, en relation à l'article 86, lorsque cette extension est le fait d'une mesure étatique. La concurrence ne pouvant être éliminée de cette manière, elle ne peut pas non plus être faussée."

L'attitude de la Cour consistant à mettre en cause la structure monopolistique était dans une certaine mesure préfigurée par celle de la Commission. Prenons, pour nous en convaincre, l'exemple de la décision 90/16/CEE adoptée par la Commission à pro-

⁵⁴ C-179/90, *Rec.*, p. I-5889.

⁵⁵ *Rec.*, p. I-5941

⁵⁶ 311/84, *Rec.*, p. 3261

⁵⁷ Ce refus ne pouvait être donné que pour non-conformité à des normes techniques édictées par la RTT. Sur l'existence d'un pouvoir de réglementation et de surveillance dans le chef d'une même entreprise déployant également une activité économique, voir l'arrêt *British Telecommunications*, *Rec.*, 1985, p. 873.

pos du monopole postal aux Pays-Bas ⁵⁸. Dans ce pays, les PTT disposaient, au moment où a commencé cette affaire, d'un quasi-monopole pour le transport des lettres dont le poids est inférieur à 500 grs. Selon la Commission, ce quasi-monopole entraînait l'imposition de prix et de conditions non équitables, ainsi qu'une limitation de l'offre. Voici comment est exprimé le premier de ces griefs dans la décision (de la Commission) constatant l'incompatibilité de cette situation avec le droit communautaire:

"Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, de nombreuses entreprises faisaient appel aux services des entreprises privées de distribution du courrier rapide. Elles estimaient que les services de la poste correspondaient moins, du fait de leur prix ou de leur qualité, à leurs besoins en la matière. *Ces entreprises n'ont actuellement plus le choix entre les services de la poste et les services des entreprises privées (...)* La loi leur impose d'avoir recours aux services de courrier rapide de PTT-Post B.V. aux conditions fixées par celle-ci, qu'elles correspondent ou non à leurs besoins." (nous soulignons)

Quant au second grief, il est ainsi formulé:

"La nouvelle mesure affectera négativement le nombre de prestataires et la qualité du service. En effet, *du fait que les entreprises privées de courrier rapide ne peuvent plus fournir ces services (...), leurs clients ne disposent plus de services d'une même qualité*, vu que la poste néerlandaise et son service EMS n'offrent pas encore un service de courrier rapide d'une rapidité et d'une fiabilité comparables (...).

En outre, *cette mesure empêche les concurrents de la poste en matière de services de courrier rapide de plus de 500 grs d'offrir une gamme complète de services de courrier rapide et, dès lors, les désavantages par rapport à la poste*" (Nous soulignons).

En bref, la Commission reprochait au monopole de ne pas être ouvert à... la concurrence: elle regrettait que le choix des consommateurs soit limité par la présence du monopole (1er grief) et que les entreprises actives sur des marchés voisins subissent un désavantage en raison du droit exclusif conféré audit monopole (second grief). Ces caractéristiques ne sont-elles pas, toutefois, inhérentes à la situation monopolistique? Fondé sur de pareilles bases, le raisonnement développé par la Commission ne conduit-il pas à condamner tout monopole?

3° Consolidation de la jurisprudence sur la condamnation de la situation monopolistique

Dans la troisième étape de sa jurisprudence sur les articles 86 et 90, la Cour s'est exclusivement concentrée sur la structure de la concurrence. C'est ainsi

qu'elle a condamné le cumul de fonctions économiques et réglementaires ou quasi-réglementaires dans le chef de certaines personnes morales ou administratives. Cette approche a notamment été utilisée dans le secteur des télécommunications. Voici ce que la Cour a déclaré à cet égard dans les arrêts *France/Commission* (point 51) et *Decoster* (point 19):

"... un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée... le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent que la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services concurrents dans le domaine des télécommunications." ⁵⁹

Récemment, la Cour a pu définir de manière plus explicite, dans l'arrêt du 19 mai 1993, *Corbeau* ⁶⁰, sa position à propos des droits spéciaux ou exclusifs attribués à certaines entreprises dans l'exercice de leurs activités économiques.

La Poste bénéficie, en Belgique, d'un monopole pour la collecte et la distribution du courrier. Ce monopole fut mis en cause, pour ce qui concerne le courrier rapide, à l'occasion d'un litige porté devant une juridiction nationale. Une entreprise collectant et distribuant le même jour du courrier dans la province de Liège avait été assignée pour contre-ven-tion à ce monopole. La juridiction nationale interrogea la Cour de justice par voie préjudicielle. A cette occasion, celle-ci établit une distinction entre, d'une part, le service postal de base et, d'autre part, celui portant sur le courrier rapide. Le premier relèverait clairement d'une mission d'intérêt général, et serait donc légitime au regard du droit communautaire. Quant au second, il concernerait des "services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général" (point 19) et ne pourrait faire l'objet d'un monopole que si cela est nécessaire en vue d'assurer l'équilibre financier de l'entreprise.

"14. Cette dernière disposition permet ainsi aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de

⁵⁸ J.O.C.E. 1990 L 10, p. 47.

⁵⁹ Arrêts du 19 mars 1991, *France c. Commission*, C-202/88 Rec. p. I-1223; du 27 octobre 1993, *Decoster*, C-69/91, Rec. , p. I-5355; ainsi que l'arrêt *British Telecommunications* précité.

⁶⁰ C-230/91, Rec. p. I-2533.

la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs.

15. En ce qui concerne les services en cause dans l'affaire au principal, il ne saurait être contesté que la Régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle.

16. En conséquence, il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables.

17. A l'effet de cet examen, il faut partir de la prémisses que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables.

18. En effet, autoriser des entrepreneurs particuliers de faire concurrence au titulaire des droits exclusifs dans les secteurs de leur choix correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par les titulaires des droits exclusifs, étant donné que, à la différence de ces derniers, ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables.

19. L'exclusion de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, telles que la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution ou encore la possibilité de modifier la destination en cours d'acheminement, et dans la mesure où ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts, tel que le secteur géographique dans lequel ils interviennent, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.

20. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si les services qui sont en cause dans le litige dont elle est saisie répondent à ces critères."

Selon nous, cet arrêt indique que tout droit exclusif doit désormais être tenu pour contraire aux règles communautaires sur la concurrence, sauf si l'État membre ou l'entreprise concernés peuvent établir que ce droit est strictement nécessaire à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission d'intérêt général confiée à l'entreprise.

4° Application à la Loterie nationale

Si l'on s'en tient aux derniers développements dans la jurisprudence de la Cour, il faut considérer que le droit exclusif réservé à la Loterie nationale pour les activités de loterie publique est en principe contraire au droit communautaire, sauf si une mission d'intérêt général a été confiée à la Loterie nationale et si le droit exclusif dont elle dispose est nécessaire pour réaliser cette mission ⁶¹.

Dans le cadre de l'analyse consistant à mettre en cause les monopoles publics lorsqu'ils sont responsables de pratiques abusives, il faudrait, pour pouvoir critiquer le droit exclusif dont dispose la Loterie nationale, être en mesure de montrer que, par exemple, celle-ci a pratiqué des prix pouvant être qualifiés d'excessifs eu égard à ceux en vigueur dans les autres États membres pour des jeux similaires, ou qu'elle distribué aux joueurs sous forme de gains une partie insuffisante des mises.

2. Article 90 par. 2.

Aux termes de l'article 90, par. 2, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie; le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

De cette disposition, telle qu'elle est interprétée par la Cour, il résulte qu'un comportement d'entreprise ou un monopole en principe contraires au droit communautaire peuvent être justifiés si quatre conditions cumulatives sont remplies ⁶²:

⁶¹ Cf. sur ce point l'analyse de l'article 90§2 infra.

⁶² Pour une présentation de ces conditions, v. not. *Code européen de la concurrence, Annotations de jurisprudence et bibliographie* par R. Kovar, Codes Dalloz, Paris, 1993, p. 23 et s.; Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, Sweet & Maxwell, London, 1993 (4th ed.), p. 13-021 et s.; R. Whish et B. Sufrin, *Competition law*, Butterworths, London, 1993, p. 335.

i) l'entreprise doit être chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal,

(ii) sa mission doit lui avoir été expressément confiée par les pouvoirs publics,

(iii) la non-application des règles du traité doit être nécessaire à l'accomplissement en droit ou en fait de cette mission et

(iv) le développement des échanges ne peut pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

L'analyse de la Cour à propos de ces diverses conditions procède d'une logique semblable à celle suivie par elle dans le cadre de l'examen de la compatibilité de mesures nationales avec les dispositions communautaires relatives à la libre circulation des marchandises, à la libre prestation de service et à la liberté d'établissement (*supra*). La Cour examine d'abord si le droit exclusif est justifié par un service d'intérêt économique général ou présente le caractère d'un monopole fiscal. Ensuite - et c'est ici que se marque le plus nettement l'analogie avec le raisonnement suivi par la Cour dans d'autres matières -, elle tente de déterminer si les moyens utilisés sont nécessaires pour remplir la mission confiée à l'entreprise. A notre sens, ce concept recouvre à la fois (i) celui d'aptitude du moyen à réaliser l'objectif poursuivi - ce qui correspond au critère de nécessité dégagé par la doctrine - et (ii) celui du caractère le moins entravant du moyen - ce qui correspond, dans la doctrine, aux tests de substituabilité et, dans une certaine mesure, de proportionnalité ⁶³.

Une nuance est ajoutée par rapport au contrôle de proportionnalité opéré par la Cour dans les autres matières: il faut que la mesure n'affecte pas de manière excessive l'intérêt communautaire. Dès lors, même si le moyen est apte à réaliser l'objectif, et s'il est le moins entravant parmi les mesures aptes à ce faire, il devra être rejeté si l'entrave est jugée excessive.

Examinons si ces conditions sont remplies dans le chef de la Loterie nationale. Pour ce faire, analysons chaque justification avancée par les autorités nationales lors de la création du monopole en nous demandant si cette justification est compatible avec le droit communautaire et s'il en va de même pour les moyens mis en oeuvre pour réaliser l'objectif poursuivi.

Première justification. Ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, l'attribution d'un droit exclusif à la

Loterie nationale résulte en premier lieu du souhait de canaliser les jeux de hasard en vue d'éviter leur prolifération, en les confiant à une seule société exerçant sa mission sous le contrôle permanent des pouvoirs publics.

Inspirées par des soucis d'ordre social (éviter la dissipation de revenus devant servir à l'entretien d'une famille ou d'un groupe) et moral (ne pas encourager l'espoir de gains trop faciles qui risqueraient d'affaiblir l'ardeur au travail), ces préoccupations servent sans aucun doute l'intérêt général au sens de l'article 90 CE. L'on peut cependant se demander si elles présentent bien le caractère économique requis par cette disposition. Ces préoccupations présentent en tous cas des implications économiques: l'ardeur mise au travail peut se trouver affectée par le jeu; des revenus sont dépensés avec pour conséquence que l'entreprise organisant les jeux dispose d'argent pouvant être investi ou distribué ⁶⁴.

Comme dans la plupart des hypothèses où la CJCE contrôle la compatibilité d'un droit national avec le droit communautaire, l'examen portera donc essentiellement sur l'adéquation des moyens, en particulier sur le caractère nécessaire des moyens pour atteindre l'objectif visé.

A cet égard, on ne peut manquer de s'interroger: une règle stricte déterminant le nombre de jeux pouvant être organisés ainsi que la forme pouvant revêtir ces jeux, et qui serait assortie d'une surveillance adéquate, ne pourrait-elle canaliser les jeux de hasard de manière aussi satisfaisante, quoique moins restrictive sur le plan de la concurrence, que l'octroi d'un droit exclusif à un opérateur déterminé ⁶⁵?

Deuxième justification pouvant être avancée: la création de la Loterie nationale aurait pour objectif de récolter des fonds pouvant être affectés à des fins décidées par l'État et que celui-ci ne veut ou ne peut financer par des fonds provenant directement de la perception d'impôts.

Nous touchons là au coeur même de la notion de monopole à caractère fiscal, notion utilisée à l'article 90, par. 2 et qui n'a jusqu'à présent guère trouvé d'illustration dans la jurisprudence de la Cour.

Les contours de cette notion paraissent particulièrement flous. Tout monopole, dès lors qu'il est

⁶³ Selon nous, ces deux tests renvoient à une même réalité: comment peut-on dire en effet que les effets produits dépassent ceux strictement nécessaires pour atteindre l'objectif (test habituellement dit "de proportionnalité") si ce n'est en comparant ces effets avec ceux produits par une autre mesure, qui est jugée moins entravante (test généralement appelé "de substituabilité")?

⁶⁴ Autre implication économique, plus indirecte: les pouvoirs publics seront le cas échéant amenés à subvenir aux besoins du groupe (par exemple, la famille) qui escomptait recevoir les revenus dépensés au jeu.

⁶⁵ Remarquons que la première justification permet d'expliquer que l'organisation de loteries soit réservée à un opérateur économique, mais ne démontre pas pourquoi l'entreprise choisie est en l'espèce la Loterie nationale. L'on peut se demander, à cet égard, si la libre concurrence ne requiert pas que la possibilité d'organiser des loteries publiques en exclusivité soit ouverte à toutes les entreprises intéressées, y compris des entreprises publiques, le choix entre ces entreprises devant se faire sur la base de critères économiques objectifs.

rentable, assure à son (ses) titulaires(s) ce qui, en termes économiques, est qualifié de rente. Lorsqu'il exerce une activité en monopole, l'État jouit d'une telle rente. Cette rente constitue pour lui une recette pouvant être affectée à la réalisation d'objectifs décidés par lui et le monopole qui permet de la produire pourrait dès lors être considéré comme présentant un caractère fiscal.

Il reste cependant que, s'agissant des loteries, la production de recettes pouvant être affectées à des fins d'utilité publique ne constitue pas seulement une conséquence des activités de la Loterie nationale, mais bien son objectif (unique?) ⁶⁶. Il en va différemment, par exemple, d'un monopole tel que celui de La Poste, dans la mesure où l'objectif de cette dernière n'est pas de maximiser les ressources de l'État mais bien d'assurer au public un service d'intérêt général, à savoir la collecte et la distribution du courrier.

Si la Loterie nationale peut sans doute être considérée comme étant une entreprise présentant le caractère d'un monopole fiscal au sens de l'article 90, par. 2, l'on doit toutefois se demander si l'octroi d'un droit exclusif à cette entreprise est conforme aux critères de nécessité et de substituabilité.

A cet égard, on peut s'interroger sur la question de savoir si les recettes dégagées des activités de la Loterie nationale ne pourraient être récoltées, pour un montant analogue voire même supérieur, par d'autres biais conformes aux règles du traité CE? L'on songe, par exemple, à une taxe perçue de manière spécifique sur les activités de loterie qui seraient exercées par des entreprises dans un contexte concurrentiel ou à un prix à payer pour l'autorisation d'exercer ces activités.

Combinaison des deux justifications. L'on pourrait enfin prétendre que l'octroi d'un monopole à la Loterie nationale constitue le meilleur moyen de maximiser les recettes de l'État - ou susceptibles d'être utilisées à des fins d'utilité publique - tout en canalisant la passion du jeu. Mais il n'est pas sûr que ce résultat ne pourrait être atteint en limitant simplement le nombre d'entreprises autorisées à exercer les activités de loterie publique et/ou le nombre de jeux pouvant être offerts au public.

CONCLUSION

Nous avons vu que les activités de loteries sont soumises, en Belgique, à deux régimes distincts se-

lon que l'organisateur est privé ou public. Dans le premier cas, ces activités sont interdites, des dérogations pouvant toutefois être autorisées par diverses autorités lorsqu'elles sont organisées à des fins d'utilité publique déterminées par la loi. Quant aux loteries publiques, le monopole pour les organiser relève de la Loterie nationale. Ces deux régimes provoquent une entrave à la libre prestation des services au sein de la Communauté européenne: les loteries étrangères ne peuvent librement exercer leurs activités sur le territoire belge. Mais l'on peut considérer, compte tenu du récent arrêt *Schindler*, que cette entrave est justifiée par deux raisons impérieuses d'intérêt général: l'ordre social et la protection des consommateurs.

Le régime de la Loterie nationale est-il compatible avec les règles communautaires de concurrence? Il s'agit d'une entreprise publique au sens de l'article 90 du traité C.E. Cette disposition prévoit notamment, dans l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de justice, qu'un droit exclusif ne peut être accordé à une telle entreprise que si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour accomplir la mission d'intérêt économique général qui lui a été assignée. Une telle mission existe sans doute dans le chef de la Loterie nationale (canalisation du jeu, récolte de fonds). Mais un droit exclusif est-il nécessaire pour mettre en oeuvre cette mission? Les mêmes objectifs ne pourraient-ils être réalisés en ouvrant les activités de loterie à la concurrence et en les encadrant par une réglementation appropriée? A cet égard, il faut rappeler que, dans l'arrêt *Schindler* précité, la Cour a, dans le cadre des dispositions sur la libre prestation de services, renoncé à exercer un contrôle de nécessité à l'égard d'une loi britannique interdisant les activités de loterie sur le territoire national. Il est vraisemblable que, si elle était un jour saisie d'une question ou d'un recours relatifs à la légitimité d'un monopole en matière de loterie, la Cour adopterait une attitude similaire. La législation relative à la Loterie nationale ne semble donc pas en danger, pour l'instant, au regard du droit communautaire...

La conclusion serait-elle être différente si la Loterie nationale était privatisée? Il nous semble que non. Elle disposerait encore d'un droit exclusif. A ce titre, elle relèverait toujours de l'article 90, par. 2, précité, et l'analyse développée ci-dessus devrait lui être appliquée dans les mêmes termes: cette disposition ne traite pas les entreprises différemment selon qu'elles sont privées ou publiques.

⁶⁶ Voir *supra* la discussion sur les objectifs de la Loterie nationale, Partie I.