

**Commentaire de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010**

Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

Le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a été adopté par le conseil des ministres du 25 mars 2009. Il s'agissait, selon les termes du communiqué du conseil des ministres, « *d'ouvrir à la concurrence, de manière maîtrisée, les jeux d'argent et de hasard sur Internet* » à un moment où « *la France est confrontée à une offre illégale très importante* » qui, « *faute d'être régulée et contrôlée par les pouvoirs publics* », fait « *peser des risques importants sur l'ordre public et social* ». Le projet de loi a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 13 octobre 2009 et par le Sénat le 24 février 2010. Il a été adopté de manière définitive par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 6 avril 2010.

La loi a été déférée au Conseil constitutionnel, le 13 avril 2010, par plus de soixante députés.

Ils contestaient d'abord l'ensemble de la loi, à la fois sur la forme – elle avait été, selon eux, adoptée suivant une procédure non conforme à la Constitution – et sur le fond – ils dénonçaient à la fois une atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la prohibition des jeux de hasard, une méconnaissance de l'intérêt général, le non-respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, enfin, un défaut d'adéquation des moyens aux objectifs poursuivis.

Ils attaquaient ensuite, de manière spécifique, les articles 1<sup>er</sup>, 26, 47 et 48 de la loi déférée.

En outre, les députés requérants ont transmis au Conseil constitutionnel, le 28 avril 2010, un mémoire complémentaire qui faisait référence à l'arrêt n° 12003 ND du 16 avril 2010 de la Cour de cassation par lequel cette dernière demande à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer, à titre

préjudiciel, sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne des dispositions organiques relatives à la question prioritaire de constitutionnalité.

Les requérants indiquaient au Conseil constitutionnel que : « *L'arrêt n° 12003 ND, rendu par la Cour de cassation le 16 avril 2010 indique que vous pourriez exercer un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire.*

« *Si tel est effectivement le cas, il vous revient de vous assurer que la loi déférée, en plus des griefs constitutionnels qu'elle encourt, n'est pas inconstitutionnelle.* »

Dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a rejeté tous les griefs dirigés contre l'ensemble de la loi. Cette décision lui a ainsi donné l'occasion de rappeler et de préciser sa jurisprudence à l'occasion de la première décision qu'il rendait après l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle relative à la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil a confirmé sa jurisprudence selon laquelle il ne contrôle pas la compatibilité des lois avec les engagements internationaux et européens de la France et précisé son application en matière de question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a également rejeté les griefs dirigés plus spécifiquement contre certains des articles de la loi déférée.

## **I. – Les griefs dirigés contre l'ensemble de la loi**

Les requérants ont d'abord soutenu des griefs transversaux, qui portaient contre l'ensemble de la loi. Dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel y a répondu en distinguant, d'une part, ce qui relevait de la procédure parlementaire et, d'autre part, ce qui relevait du fond en rassemblant les griefs en trois blocs : ceux relatifs à la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ceux relatifs à la non-compatibilité de la loi aux engagements internationaux et au droit de l'Union européenne et, enfin, ceux relatifs à la contrariété de la loi avec diverses exigences (intérêt général, sauvegarde de l'ordre public, moyens manifestement inappropriés aux objectifs).

### **A. – La procédure parlementaire**

Lors de l'examen en deuxième lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (première séance du 30 mars 2010), plusieurs incidents ont émaillé le vote de la motion de rejet préalable, motion qui remplace, depuis la réforme du règlement de cette assemblée du 27 mai 2009,

les anciennes motion d'irrecevabilité (pour inconstitutionnalité) et question préalable (non-lieu à délibérer).

Dans un premier temps, à la demande de l'orateur du groupe majoritaire, le président a suspendu la séance non sans avoir rappelé que « *le moment où un scrutin va être annoncé n'est pas le plus opportun pour solliciter une suspension de séance* ». Dans un deuxième temps, à la reprise de séance, le président annonce que le groupe SRC l'a saisi d'une demande de scrutin public et souligne que «  *cinq minutes au moins après l'annonce du scrutin, nous procéderons au vote* ». Les explications de vote se sont poursuivies. Dans un troisième temps, le Gouvernement, par la voix du ministre chargé du budget, relève qu'«  *à l'évidence, le groupe socialiste, radical, citoyen et divers gauche veut faire un coup, monsieur le président* » et que «  *lorsque la majorité n'est pas divisée, il n'y a aucun sens politique à vouloir faire un coup sous la moquette !* » Il demande alors une suspension de séance, ce qui est contesté par le président du groupe SRC qui estime que «  *le scrutin était donc annoncé dans le palais et il doit avoir lieu* ». Le président de séance annonce la suspension de séance. Dans un quatrième temps, à la reprise, le président de séance annonce que «  *dans ces conditions, que ceux qui sont favorables appuient sur le bouton... Le président Accoyer, présent dans l'hémicycle, souhaite m'entretenir.* » Le président de l'Assemblée nationale se rend alors au fauteuil de la présidence et suspend la séance. Dans un cinquième temps, le président du groupe SRC conteste l'interruption des opérations de vote «  *pour la seule raison que la majorité était en minorité* ». En réponse, le président de l'Assemblée nationale lui a indiqué que «  *la suspension de la séance au cours d'un scrutin est une convention de la conférence des présidents* », qu'«  *il y a un précédent – c'était en 1998, à l'occasion du PACS* » et que «  *cette disposition ne figure ni dans le règlement ni dans la Constitution* ». Le scrutin a finalement eu lieu et la motion a été rejetée.

Les requérants estimaient qu'en suspendant la séance publique après avoir déclaré ouvert le scrutin pour le vote d'une motion de rejet préalable en deuxième lecture, le président de l'Assemblée nationale avait enfreint le règlement de cette assemblée et méconnu les exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

Le Conseil constitutionnel a répondu à ce grief en trois temps.

Il a d'abord relevé, à la lecture des travaux parlementaires, qu'au moment où le président a levé la séance, le scrutin n'avait pas été ouvert. À aucun moment, il n'a été dit : «  *Le scrutin est ouvert.* » Le moyen tiré de l'interruption de l'épreuve de vote manquait donc en fait.

Il a ensuite rappelé qu'il n'exerçait pas de contrôle de l'application des règlements des assemblées parlementaires, ces derniers n'ayant pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle, c'est-à-dire sauf à ce qu'ils mettent en œuvre une exigence constitutionnelle. Il a l'occasion régulièrement de le rappeler et l'a fait encore récemment<sup>1</sup>.

Enfin, en tout état de cause, aucune des dispositions du règlement de l'Assemblée nationale n'interdit au président de séance de suspendre la séance pendant les explications de vote. L'article 52 du règlement dispose que « *le Président (...) peut, à tout moment suspendre ou lever la séance* ». L'article 58, alinéa 3, dispose que « *les demandes de suspension de séance sont soumises à la décision de l'Assemblée sauf quand elles sont formulées par le Gouvernement (...)* ». Dans son alinéa 1, le même article prévoit que « *les demandes touchant au déroulement de la séance ont toujours priorité sur la question principale ; (elles) en suspendent la discussion* ». En outre, comme l'a rappelé le Gouvernement dans ses observations, la disposition de l'article 66 du règlement qui prévoyait que l'annonce du scrutin public interrompait tout débat a été supprimée en 1994<sup>2</sup>.

Par suite, le Conseil constitutionnel a déclaré la procédure d'adoption de la loi conforme à la Constitution.

## **B. – L'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la prohibition des jeux de hasard**

La notion de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR), inscrite dans le Préambule de la Constitution de 1946, a été relativement peu utilisée par le Conseil constitutionnel lui-même qui s'est imposé une discipline stricte d'interprétation dans la mise à jour de principes. Mais elle est souvent revendiquée par les requérants. Cela a été le cas récemment – les auteurs de la saisine sur la loi *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* ont ainsi invoqué l'existence d'un PFRLR qui

---

<sup>1</sup> Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 6 ; auparavant, décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 5 ; 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 6 ; 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, cons. 4 ; 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, cons. 6 et 15 ; 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, cons. 3 ; 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 7.

<sup>2</sup> Paragraphe I de l'article 34 de la résolution n° 151 du 26 janvier 1994 (décision du Conseil constitutionnel n° 94-338 DC du 10 mars 1994, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 14).

aurait imposé « *l'exercice des missions essentielles de La Poste par une personne morale de droit public* », tandis que ceux de la saisine sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public dénonçaient une atteinte aux PFRLR déjà admis par le Conseil constitutionnels, relatifs aux droits de la défense et à la justice pénale des mineurs<sup>3</sup>.

Dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a répondu à la question de la reconnaissance d'un nouveau PFRLR : en effet, selon les requérants, « *en décidant de libéraliser le secteur des jeux en ligne, le législateur remet frontalement en cause une tradition juridique française qui se traduit depuis le dix-neuvième siècle, en matière de jeux de hasard, par les trois principes de prohibition, d'exception et d'exclusivité* ».

La reconnaissance d'un PFRLR est subordonnée à la triple condition qu'ils touchent aux droits et libertés – soit directement<sup>4</sup>, soit en garantie de ces droits et libertés<sup>5</sup> –, qu'ils présentent un caractère fondamental – la norme contenue dans les lois de la République doit être suffisamment générale et non contingente – et qu'énoncés par une loi de la République avant le 27 octobre 1946, ils aient reçu application avec une constance suffisante.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a reconnu comme PFRLR la liberté d'association (16 juillet 1971), les droits de la défense<sup>6</sup> (2 décembre 1976), la liberté d'enseignement (23 novembre 1977), la liberté de conscience (même décision), l'indépendance de la juridiction administrative (22 juillet 1980), la compétence exclusive de la juridiction administrative en matière d'annulation d'actes administratifs (23 janvier 1987), les libertés universitaires (20 janvier 1984) et la spécificité de la justice pénale des mineurs (29 août 2002).

Or, en l'espèce, le Conseil constitutionnel n'a pu que constater que le principe de prohibition des jeux a été constamment assorti d'exceptions qui interdisaient d'en faire un principe général. C'était le cas, par exemple des lois du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux et du 18 avril 1924 modifiant l'article 2 de la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries. Elles ont certes, pour l'une, affirmé un principe de prohibition des paris sur les courses de chevaux et, pour l'autre, confirmé un

---

<sup>3</sup> Décisions n<sup>os</sup> 2010-601 DC du 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* ; 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

<sup>4</sup> Par exemple, la liberté d'association (décision n<sup>o</sup> 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 2).

<sup>5</sup> Par exemple, l'indépendance de la juridiction administrative (décision n<sup>o</sup> 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6).

<sup>6</sup> Le principe des droits de la défense est rattaché à l'article 16 de la Déclaration de 1789 depuis la décision n<sup>o</sup> 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

principe antérieur de prohibition des loteries. Mais, elles ont également assorti cette interdiction de dérogations et d'exceptions importantes. Ces dérogations ont même été étendues par le législateur, par exemple, par la loi du 15 juin 1907 réglementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques ou par la loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933 dont l'article 136 a créé la Loterie nationale.

Après avoir écarté l'existence d'un PFRLR en cette matière, le Conseil constitutionnel, mentionnant le fait que la loi déférée institue un régime d'agrément préalable, n'a pu que constater que la loi s'inscrivait, en tout état de cause, dans la tradition d'un régime d'encadrement administratif des jeux.

### **C. – La compatibilité avec le droit de l'Union européenne**

La saisine initiale abordait la question de la compatibilité de la loi avec le droit de l'Union européenne de façon incidente et peu développée. Les requérants faisaient valoir que la réforme était présentée à tort comme une conséquence imposée par la réglementation de l'Union. Toutefois, par un mémoire complémentaire, les requérants ont invité le Conseil constitutionnel à vérifier que la loi n'est pas inconstitutionnelle.

À l'appui de cette demande, les requérants se fondaient sur l'arrêt du 16 avril 2010 de la Cour de cassation saisissant la Cour de justice de l'Union européenne de deux questions préjudicielles, dont l'une porte sur la compatibilité avec l'article 267 du TFUE des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 modifiée.

Dans le contexte de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, cette saisine complémentaire a conduit le Conseil constitutionnel, d'une part, à rappeler sa jurisprudence relative à l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de la compatibilité de la loi avec les engagements internationaux et européens de la France et, d'autre part, à préciser son application dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.

Il s'en suit une motivation particulièrement développée pour répondre à la saisine.

#### **1. – La supériorité des engagements internationaux et européens sur la loi**

Depuis 1975, le Conseil constitutionnel juge que, dans le cadre de sa mission de contrôle de la constitutionnalité des lois, il ne lui appartient pas d'examiner la

compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France<sup>7</sup>.

En 1975, il avait notamment fondé sa décision sur le caractère « *relatif et contingent* » de la supériorité des traités compte tenu, d'une part, de leur champ d'application limité et, d'autre part, de la condition de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution. Toutefois, par la suite, il n'a plus fait référence à cette argumentation qui n'était réellement opérante que pour les traités bilatéraux et se trouvait particulièrement inadaptée tant à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>8</sup> que du droit communautaire<sup>9</sup>.

Toutefois, il a toujours maintenu l'interprétation initiale de l'article 55 de la Constitution qui constitue une règle de conflit de normes dans un système français moniste. Il appartient à tout juge chargé de l'application de la loi de faire respecter cette règle de conflit qui conduit à écarter la loi nationale lorsqu'elle vient en conflit avec un engagement international ou européen en vigueur. La hiérarchie posée par l'article 55 ne constitue donc pas une règle de validité constitutionnelle des lois. Le Conseil applique lui-même strictement cette répartition entre le contrôle de constitutionnalité, réservé au juge constitutionnel, et le contrôle de conventionnalité, exercé par le juge chargé d'appliquer la loi : ainsi, lorsqu'il statue en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel refuse de déclarer une loi inconstitutionnelle alors que, lorsqu'il statue comme juge électoral, il vérifie que les lois qu'il doit appliquer ne méconnaissent pas les traités en vigueur<sup>10</sup>.

Au considérant 10 de sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a repris les termes mêmes des considérants 2 et 3 de sa décision du 15 janvier 1975.

Le Conseil constitutionnel a fait une application constante de sa jurisprudence IVG tant pour des traités internationaux<sup>11</sup> que pour le droit communautaire<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 2 à 7.

<sup>8</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume Uni*, n° 91, § 239 et 240

<sup>9</sup> Cour de justice des Communautés européennes, 13 novembre 1964, affaires n°s 90 et 91/63, Rec. p. 1232.

<sup>10</sup> Décision n°s 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, *A.N., Val-d'Oise (5<sup>ème</sup> circ.)*, cons. 1 ; 88-1113 AN du 8 novembre 1988, *A.N., Seine-Saint-Denis (6<sup>ème</sup> circ.)*, cons. 4 ; 2004-3384 SEN du 4 novembre 2004, *Sénat, Yvelines*, cons. 6, et 2007-3451/3452/3535/3536 AN du 12 juillet 2007, *A.N., Bouches-du-Rhône et autres*, cons. 2 à 5.

<sup>11</sup> Décisions n°s 77-83 DC du 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961*, cons. 6 ; 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle*, cons. 3 ; 80-116 DC du 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, cons. 7 ; 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 79 ; 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 6 ; 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 9 ; 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, cons. 12 ; 98-405 DC du 29 décembre

Cette orientation jurisprudentielle s'est trouvée consacrée dans la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'article 61-1 de la Constitution. Cet article 61-1 reconnaît à tout justiciable le droit nouveau de poser une question de constitutionnalité et de voir cette question, qui a un objet propre, examinée par le juge (et par le Conseil constitutionnel, si elle répond aux critères définis). Le législateur organique a, en conséquence, souligné que la question de constitutionnalité n'est pas « préjudicielle », mais « prioritaire ». Le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et le deuxième alinéa de son article 23-5 ont instauré une règle procédurale de priorité d'examen des moyens de constitutionnalité sur les moyens de conventionnalité, imposant aux juges d'examiner s'il y a lieu de transmettre la question de constitutionnalité même si, par ailleurs, il est saisi d'un moyen de conventionnalité qui pourrait, s'il était accueilli, permettre de trancher le litige.

Le choix du législateur de distinguer entre les moyens de conventionnalité et les questions de constitutionnalité a pour conséquence d'interdire la confusion des deux. Le législateur organique français a écarté la possibilité que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité soient associés et symétriques comme c'est le cas dans certains États européens<sup>13</sup>.

En effet, le législateur organique a procédé à une répartition des compétences entre, d'une part, les juridictions chargées de trancher le litige au principal, qui sont et demeurent seules compétentes pour veiller au respect des engagements internationaux et européens et procéder au contrôle de conventionnalité de la loi et, d'autre part, le Conseil constitutionnel à qui est réservée la compétence pour exercer le contrôle de constitutionnalité et prononcer le cas échéant une décision ayant pour effet d'abroger la loi.

Cette distinction a également pour conséquence que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel tant dans le contrôle *a priori* que dans le contrôle *a posteriori*, n'ont d'autorité qu'en ce qui concerne la constitutionnalité des lois. La compétence des juges pour exercer le contrôle de conventionnalité n'est pas affectée par une éventuelle décision du Conseil constitutionnel déclarant la loi conforme à la Constitution.

---

1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 15 et 34 et 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 27.

<sup>12</sup> Décisions n<sup>os</sup> 91-293 DC du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, cons. 4 et 5 ; 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 20 et 21 ; 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 13 et 16.

<sup>13</sup> Anne Levade (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en Europe*, CERCO-CDE EA n<sup>o</sup> 3485, 2007.



À ces développements confirmant l'absence de contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel, le Conseil, dans sa décision 2010-605 DC, a apporté deux précisions quant à la compétence des juges administratifs et judiciaires pour garantir le respect des engagements internationaux et européens de la France.

– En premier lieu, le Conseil a rappelé qu'il appartient aux juges administratifs et judiciaires de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'une disposition incompatible avec le droit de l'Union européenne produise des effets. Si le juge transmet une question prioritaire de constitutionnalité, ces mesures sont prises en application de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Lorsque la loi ou le règlement prévoit que le juge statue dans un délai déterminé ou en urgence, il peut statuer au fond sans attendre la décision sur la question prioritaire de constitutionnalité. Dans les autres cas, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. Il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tirent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir.

– En second lieu, le Conseil a précisé que les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 modifiée ne privaient aucunement le juge de son pouvoir de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, y compris lorsqu'il transmet une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le fait de poser une question préjudicielle constitue une mesure d'instruction avant dire droit que le juge peut prendre lorsqu'il l'estime nécessaire, sans que le fait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée au juge, ni le fait qu'il ait procédé à sa transmission puissent faire obstacle à cette faculté (ou, pour la Cour de cassation et le Conseil d'État, cette obligation).

## **2. – L'exigence constitutionnelle de transposition des directives**

L'article 88-1 a été introduit dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 92-554 juin 1992 qui a ajouté dans la Constitution un titre « *Des communautés européennes et de l'Union européenne* ». Cette modification faisait suite à la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992<sup>14</sup> jugeant que le traité de « Maastricht » ne pourrait être ratifié sans une révision préalable de la Constitution.

---

<sup>14</sup> Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*.

Cet article a été modifié par la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 en vue de la ratification du traité instituant une constitution pour l'Europe, mais cette modification n'est jamais entrée en vigueur compte tenu de l'absence de ratification de ce traité. En vue de la ratification du traité de Lisbonne, il a été modifié par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008. Le dernier état de sa rédaction, applicable à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2009, date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, énonce : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »

Toutefois, ces modifications n'ont porté que sur l'intitulé des institutions communautaires (Communautés, Union) et sur la référence aux traités qui les fondent.

Le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 88-1 de la Constitution que : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »<sup>15</sup>.

Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel a réaffirmé cette exigence constitutionnelle dont il lui appartient, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, de contrôler le respect par le législateur : une loi de transposition ne doit contredire ni les dispositions ni l'objectif général de la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Sur le fondement de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le Conseil a censuré les dispositions de la loi transposant les directives gaz et électricité de 2003 qui pérennisaient les tarifs réglementés comme manifestement incompatibles avec l'objectif d'ouverture à la concurrence fixé par ces directives<sup>16</sup>. Il a également eu l'occasion d'émettre des réserves d'interprétation de façon à ce que la loi relative au droit d'auteur se conforme au droit communautaire en transposant la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information »<sup>17</sup>.

Dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil a rappelé la double limite à ce contrôle. D'une part, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre

---

<sup>15</sup> Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7 et six décisions ultérieures.

<sup>16</sup> Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

<sup>17</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti, d'autre part, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel est à la fois restreint et asymétrique.

– Il est restreint dans la mesure où le Conseil ne dispose que d'un délai très court (un mois parfois réduit à huit jours en cas d'urgence) qui ne lui permet que de sanctionner la violation manifeste de l'exigence de transposition.

– Il est asymétrique dans la mesure où le Conseil ne se reconnaît pas le pouvoir de rendre une décision de validation de la loi de transposition qui serait nantie de l'autorité que l'article 62 de la Constitution attache à ses décisions. Compte tenu du caractère restreint du contrôle qu'exerce le Conseil, et de la compétence, constitutionnellement protégée, des juridictions administratives et judiciaires pour procéder au contrôle de conventionnalité et poser, le cas échéant, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil ne peut déclarer une disposition législative contraire à l'article 88-1 de la Constitution que si cette disposition méconnaît manifestement les dispositions ou l'objectif général de la directive qu'elle a pour objet de transposer. En l'absence de méconnaissance manifeste, il ne se prononce pas sur la validité de la loi de transposition au regard de cette directive : il revient alors aux juridictions administratives et judiciaires de procéder, dans le cadre de leur compétence, au contrôle de conventionnalité.

À ces deux limites, le Conseil a, dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, ajouté une troisième précision tenant à l'entrée en vigueur de la question prioritaire de Constitutionnalité : l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne figure pas au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Cette exigence n'est pas invocable par les justiciables dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution : le droit pour les justiciables d'invoquer une directive de l'Union européenne et, plus largement, le respect du droit de l'Union européenne est garanti par l'article 55 de la Constitution. Ce droit s'exerce devant les juridictions administratives et judiciaires selon les modalités déjà évoquées précédemment au sujet du contrôle de conventionnalité de la loi qui incombe à ces seules juridictions.

Cette jurisprudence sur l'exigence de transposition des directives n'a donc pas pour effet de remettre en cause l'incompétence du Conseil constitutionnel pour connaître de la compatibilité des lois avec le droit international et avec le droit communautaire en particulier. Le Conseil l'a rappelé très précisément dans sa décision du 12 mai 2010.

En l'espèce, l'article 88-1 de la Constitution n'était pas méconnu dès lors que la loi déferée n'a pas pour objet de transposer une directive en droit interne.

#### **D. – L'intérêt général, la sauvegarde de l'ordre public et l'adéquation des moyens aux objectifs poursuivis**

Les requérants dénonçaient, également de manière transversale, successivement « *une loi outrageusement contraire à l'intérêt général* », « *une violation manifeste de l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public* » et des « *moyens mis en œuvre par le législateur... manifestement inappropriés aux objectifs poursuivis* », en particulier en matière de publicité. Enfin, selon eux, le système mis en place par la loi déferée contribuerait à faciliter la corruption.

Était ainsi posée, à chaque fois, la question de la conciliation, par le législateur, entre différentes exigences constitutionnelles. Pour répondre de manière cohérente à l'ensemble de ces griefs qui posaient tous cette même question et portaient tous sur l'ensemble de la loi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, les a réunis dans un même considérant (cons. 21) et y a répondu de manière globale.

Comme il le fait régulièrement, le Conseil constitutionnel a, d'abord, rappelé le rôle de chacun : dans son contrôle, il ne saurait se substituer au législateur, en particulier pour apprécier l'intérêt général ; il « se contente » de vérifier que le législateur a opéré dans ses choix une conciliation entre diverses exigences qui n'est pas manifestement contraire à la Constitution ; le législateur dispose d'une marge de manœuvre importante dès lors qu'aucune exigence constitutionnelle n'a été privée de garanties légales<sup>18</sup>.

Il a, ensuite, rappelé, comme en 2001 et encore récemment<sup>19</sup>, que la liberté d'entreprendre pouvait être limitée par le législateur par d'autres exigences de caractère constitutionnel (la sauvegarde de l'ordre public par exemple) ou

---

<sup>18</sup> Décision n°s 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 2 ; 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 4 ; 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 67 ; 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 7 ; 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, cons. 16 ; 2007-546 DC du 25 janvier 2007, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique*, cons. 13 ; 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 101.

<sup>19</sup> Décisions n°s 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 18 ; 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 18.

justifiées par l'intérêt général, sous réserve que ces limitations soient proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>20</sup>.

Ces principes posés, le Conseil constitutionnel a mis en évidence ce qui, dans la loi déferée, répondait à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et qui était donc susceptible d'être mis en équilibre avec l'autre exigence constitutionnelle que constitue la liberté d'entreprendre.

Le législateur a ainsi défini l'intérêt général qui justifie la loi : la lutte contre les méfaits du marché illégal des jeux et paris en ligne en créant une offre légale encadrée.

Puis, pour assurer la réalisation de cet objectif, il a mis en œuvre un régime, non de liberté totale, ni de prohibition absolue, mais d'autorisation préalable (chapitre II de la loi déferée), assortie de garanties :

– création d'une autorité administrative, l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), « *chargée d'agréeer les nouveaux opérateurs, de contrôler le respect de leurs obligations et de participer à la lutte contre les opérateurs illégaux* » (article 34) ;

– mesures destinées à prévenir une accoutumance aux jeux (chapitre VII), à protéger les publics vulnérables et en particulier les mineurs (articles 1<sup>er</sup>, 3, 5, 7), à lutter contre le blanchiment d'argent (articles 3, 18, 21 et 25) et à garantir la sincérité des compétitions sportives et des jeux (article 3, chapitres IX et XIII) ;

– interdiction de l'accès des opérateurs agréés au marché des jeux de pur hasard (article 11) ;

– encadrement de la publicité en faveur de l'offre légale de jeu tout en sanctionnant pénalement celle en faveur de l'offre illégale (articles 7 et 8, 30, 57).

Le Conseil constitutionnel a alors exercé un contrôle normal d'adéquation et un contrôle restreint de proportionnalité<sup>21</sup> en jugeant que ces mesures étaient « *propres* » à assurer une conciliation qui n'est pas « *manifestement* » déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur

---

<sup>20</sup> Décisions n<sup>os</sup> 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n<sup>o</sup> 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 40 ; 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 20 ; 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 13.

<sup>21</sup> Décision n<sup>o</sup> 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 21.

constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Il a donc rejeté les griefs dirigés contre l'ensemble de la loi.

## II. – Les griefs dirigés contre certains articles de la loi

Étaient plus particulièrement contestés les articles 1<sup>er</sup>, 26, 47 et 48 de la loi.

### A. – L'article 1<sup>er</sup> et le caractère normatif de la loi

L'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée dispose que « *les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect du principe de subsidiarité, ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs* ».

Il était reproché à cet article d'être dépourvu de tout caractère normatif.

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel a évolué sur ce point, elle n'en reste pas moins d'une application limitée.

Dans un premier temps, le Conseil considérait que les dispositions législatives dépourvues de caractère normatif n'étaient pas par elles-mêmes contraires à la Constitution dès lors qu'elles ne produisaient pas d'effets juridiques<sup>22</sup>. Cette jurisprudence a ainsi permis au législateur, sans encourir de sanction constitutionnelle, d'adopter des dispositions telles que : « *L'architecture est une expression de la culture* »<sup>23</sup> ; « *Les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre* »<sup>24</sup> ; « *L'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé* »<sup>25</sup>.

En 2004<sup>26</sup>, le Conseil a manifesté son intention de reconsidérer sa position, jusqu'alors tolérante, à l'égard des dispositions non normatives en formulant ce considérant de principe : « *Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale" ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ».

---

<sup>22</sup> Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, cons. 8.

<sup>23</sup> Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

<sup>24</sup> Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

<sup>25</sup> Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 relative à l'air et à l'utilisation rationnelle de l'énergie.

<sup>26</sup> Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 12.

Cet avertissement a été suivi de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 qui a censuré un article de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, qui ne figurait pas dans sa partie programmatique et qui prévoyait : « *L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel* ».

Il faut donc que l'absence de caractère normatif soit à la fois manifeste et absolue. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée a pour objet de soustraire les jeux d'argent et de hasard au droit commun de la liberté d'entreprendre.

## **B. – L'article 26 et le droit à la protection de la santé**

Le droit à la protection de la santé est posé à l'alinéa 11 du Préambule de 1946, aux termes duquel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

La dépendance au jeu constituant un enjeu de santé publique, il revient au législateur qui régit le secteur des jeux de hasard et des paris de ne pas priver de garanties légales cette exigence constitutionnelle, quitte à ce que ces mesures retreignent la liberté d'établissement, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé à propos de la lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme<sup>27</sup>.

En l'espèce, les requérants estimaient que les mesures prévues par l'article 26 de la loi déferée étaient insuffisantes.

Le Conseil constitutionnel ne les a pas suivis. Il a, d'une part, rappelé les obligations instituées par cet article 26 :

– obligation, pour les opérateurs de jeu, de consulter les fichiers des interdits de jeu par l'intermédiaire de l'ARJEL, d'empêcher la participation aux activités de jeu ou de pari des personnes interdites de jeu ou exclues de jeu à leur demande

---

<sup>27</sup> Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*.

et de clôturer tout compte joueur dont le titulaire viendrait à être touché par une interdiction ou une exclusion ;

– mise en place de dispositifs d’auto-exclusion, de modération de jeu et de limitation des comptes des joueurs ;

– communication permanente au joueur du solde instantané de son compte ;

– information des joueurs sur les risques liés au jeu excessif ou pathologique par le biais d’un message de mise en garde, ainsi que sur les procédures d’inscription sur les fichiers des interdits de jeu tenus par les services du ministère de l’intérieur.

D’autre part, le Conseil constitutionnel a rappelé les autres dispositions de la loi destinées à prévenir l’addiction au jeu, à savoir :

– son article 5 qui pose le principe général d’interdiction de jeu des mineurs, même émancipés, et impose aux opérateurs de jeux en ligne de faire apparaître sur leur site Internet une mention spécifique rappelant cette interdiction ; en outre, la date de naissance du joueur est exigée au moment de son inscription, ainsi qu’à chacune de ses visites sur le site de l’opérateur ;

– son article 7 qui impose que toute publicité en faveur d’un opérateur de jeu - en dur ou en ligne – soit « assortie d’un message de mise en garde contre l’addiction au jeu », comme il en existe déjà pour le tabac et institue plusieurs restrictions destinées à protéger les mineurs ;

– son article 27 qui oblige les opérateurs agréés à rendre compte à l’Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) des actions menées contre l’addiction ou contre la promotion du « jeu responsable », ainsi que des contrôles en matière de fraude, de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ;

– son article 28 qui leur impose d’informer en permanence les joueurs de l’existence d’un service d’information et d’assistance ;

– son article 29 qui prévoit la mise en place d’un numéro téléphonique, tarifé au prix d’un d’appel local et dédié à l’accueil des joueurs excessifs ou pathologiques et de leur entourage sous la responsabilité de l’Institut national de prévention et d’éducation pour la santé ;

– son article 30 qui prohibe le jeu à crédit ; il interdit à tout opérateur agréé de consentir des prêts d’argent, de mettre en place des dispositifs permettant aux joueurs de s’accorder des prêts entre eux, ainsi que de faire de la publicité ou de



proposer un lien vers le site Internet d'une entreprise susceptible de consentir des prêts d'argent aux joueurs ou de permettre le prêt entre joueurs.

Le Conseil constitutionnel en a conclu qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'avait pas privé de garanties légales les exigences énoncées par le onzième alinéa du Préambule de 1946. Par suite, l'article 26 de la loi déferée a été déclaré conforme à la Constitution.

### **C. – Les articles 47 et 48 et l'égalité devant les charges publiques**

Ces articles réforment profondément, en les simplifiant, les prélèvements fiscaux et sociaux actuellement applicables aux paris sportifs ou hippiques et aux jeux de cercle.

L'article 47 de la loi traite des prélèvements fiscaux. Il insère dans le code général des impôts les articles 302 *bis* ZG à 302 *bis* ZN relatifs aux prélèvements sur les jeux et paris. En particulier, l'article 302 *bis* ZK fixe le taux de ces prélèvements à 5,7 % des sommes engagées au titre de paris hippiques ou sportifs, quel que soit leur mode de distribution, et à 1,8 % de celles engagées au titre des jeux de cercle en ligne.

Quant à l'article 48, il insère dans le code de la sécurité sociale les articles L. 137-20 à L. 137-26. En particulier, les articles L. 137-20 et L. 137-21 instituent, pour les paris hippiques ou sportifs, un prélèvement de 1,8 % des sommes engagées et l'article L. 137-22 un prélèvement de 0,20 % sur celles engagées au titre des jeux de cercle en ligne.

Les auteurs de la saisine estimaient que ces dispositions méconnaissaient le principe d'égalité devant les charges publiques.

Ce principe trouve son fondement dans l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». Il doit être combiné avec l'article 34 de la Constitution qui donne compétence au législateur pour déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives.

Selon une jurisprudence constante<sup>28</sup>, le Conseil constitutionnel exerce un double contrôle :

- un contrôle normal sur le caractère objectif et rationnel des critères retenus par la législature pour fonder son appréciation en fonction des buts qu’il se propose ;
- un contrôle restreint sur la rupture d’égalité devant les charges publiques, celle-ci devant être caractérisée pour être contraire à la Constitution.

En l’espèce, le Conseil constitutionnel n’a rien trouvé à redire sur le plan constitutionnel au choix des taux et aux modalités de taxation retenus par le législateur. Il a constaté que les paris hippiques et sportifs en ligne et les jeux de cercle en ligne présentaient des caractéristiques différentes et qu’il en était de même pour le poker dans les casinos, qui se pratique entre joueurs physiquement présents, et le poker en ligne, qui se pratique de façon plus rapide sur un écran, sans adversaire clairement identifié. Il a considéré que le législateur s’était fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec la nécessité de percevoir des recettes fiscales tout en prenant en compte la concurrence internationale et notamment celle issue des pays à prélèvements faibles, voire nuls. Il a estimé que le législateur n’avait introduit aucune distorsion entre les diverses personnes s’adonnant à ces paris ou jeux, dès lors que toute personne participant au même pari ou au même jeu sera assujettie dans les mêmes conditions. Enfin, il a jugé que ces différences de taxation ne créaient pas une rupture caractérisée de l’égalité devant les charges publiques.

Les articles 47 et 48 ont été déclarés conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel n’a soulevé d’office aucune disposition ni aucune question de constitutionnalité. Les débats parlementaires avaient donné lieu à des débats portant sur les dispositions transitoires de la loi et en particulier sur les conditions dans lesquelles la Française des Jeux pourrait exercer son activité entre l’entrée en vigueur de la loi nouvelle et l’obtention de son agrément dans le cadre de cette loi. Était en cause l’avantage concurrentiel dont aurait bénéficié cette entreprise publique susceptible d’entrer sur ce nouveau marché avant ses concurrents et sans attendre son agrément. Toutefois, le paragraphe I de l’article 68 n’a pour objet que d’autoriser la Française des jeux et le PMU à poursuivre provisoirement leurs activités précédemment autorisées. Cette prolongation d’activités n’a ni pour objet et ne peut avoir pour effet, quels que soient les termes de l’article 67 de la loi, d’appliquer ce régime de prolongation à de

---

<sup>28</sup> Décisions n<sup>os</sup> 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 15 ; 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l’emploi et du pouvoir d’achat*, cons. 2 et 3 ; 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, cons. 25.

nouvelles activités jusqu'à présent interdites. Il n'y avait donc pas de question de constitutionnalité.