



Date de réception : 29/01/2015

Observations du royaume de Belgique

Affaire C-336/14*

Pièce déposée par:

Le gouvernement belge

Nom usuel de l'affaire:

INCE

Date de dépôt:

le 13 novembre 2011 (Fax/e-mail du 7 novembre 2014)

[omissis] [Or. 2]

À M. le Président et MM. les membres de la Cour de justice de l'Union européenne

Le gouvernement belge souhaite présenter les observations suivantes à la Cour:

I. LES FAITS

- 1 Pour la présentation des faits et de la procédure, le gouvernement belge souhaite se référer aux pages 4 et 5 de la décision de renvoi (dans sa traduction en néerlandais).
- 2 Dans la présente affaire, les questions préjudicielles suivantes ont été soumises à la Cour:

«I. S'agissant des premières charges (janvier 2012) et des deuxième charges (pour la période allant jusqu'à fin juin 2012) pesant sur la prévenue:

1.a) L'article 56 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il est interdit aux autorités répressives de sanctionner l'intermédiation de paris sportifs, effectuée sans autorisation allemande, à des organisateurs de paris titulaires d'une licence dans un autre État membre de l'UE lorsque cette intermédiation présuppose également que l'organisateur dispose d'une autorisation allemande, mais que, en raison d'une situation juridique contraire au droit de l'Union («monopole sur les

* Langue de procédure: l'allemand.

paris sportifs»)), les autorités nationales n'ont pas le droit de délivrer une autorisation à un organisateur de paris privé?

1.b) La réponse à la question 1, sous a), est-elle différente si, dans l'un des 15 Länder allemands qui ont instauré et exploitent conjointement un monopole des paris sportifs, les pouvoirs publics soutiennent dans le cadre des procédures d'interdiction et des procédures pénales que l'interdiction légale de délivrer une autorisation à des prestataires privés n'est pas [Or. 3] appliquée dans ce Land en cas d'une éventuelle demande d'une autorisation d'organisation ou d'intermédiation?

1.c) Les principes du droit de l'Union, et notamment la libre prestation des services, ainsi que l'arrêt Stanleybet International e.a. (C-186/11 et C-209/11, EU:C:2013:33) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils font obstacle à une interdiction durable et décrite comme «préventive» ou à une sanction de l'intermédiation transfrontalière des paris sportifs, lorsque cela est motivé par le fait que, à la date de la décision, il n'était pas «manifeste pour l'autorité d'interdiction, c'est-à-dire perceptible sans autre examen» que l'activité d'intermédiation satisfaisait à l'ensemble des conditions matérielles d'autorisation abstraction faite du monopole d'État?

2) La directive 98/34/CE doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle fait obstacle à la sanction de l'intermédiation de paris sportifs, effectuée sans autorisation allemande, à un organisateur de paris titulaire d'une licence dans un autre État membre de l'UE, par le biais d'une machine automatique proposant des paris, lorsque les interventions étatiques reposent sur une loi d'un Land spécifique qui n'a pas fait l'objet d'une notification à la Commission européenne et dont la teneur correspond au traité des Länder sur les jeux de hasard (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen, ci-après le «GlüStV») qui est devenu caduque?

II. S'agissant des deuxièmes charges pesant sur la prévenue pour la période courant à compter de juillet 2012

3) L'article 56 TFUE, le principe de transparence, le principe d'égalité et l'interdiction du favoritisme prévue par le droit de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils font obstacle à la sanction de l'intermédiation de paris sportifs, effectuée sans autorisation allemande, à un organisateur de paris titulaire d'une licence dans un autre État membre de l'UE dans un cas caractérisé, en vertu du traité modificateur des Länder sur les jeux de hasard en Allemagne (Glücksspieländerungsstaatsvertrag, [Or. 4] ci-après le «GlüÄndStV»), instauré pour une durée de neuf ans, par une «clause d'expérimentation pour les paris sportifs» qui prévoit pour une durée de sept ans la possibilité théorique d'attribuer également à des organisateurs de paris privés, avec effet de légalisation pour l'ensemble des Länder allemands en tant que condition nécessaire d'une autorisation d'intermédiation, un nombre de concessions fixé au maximum à 20 lorsque

a) *la procédure de concession et les litiges conduits dans ce cadre sont menés conjointement par l'organisme concessionnaire et le cabinet d'avocats qui a conseillé de manière habituelle, dans le cadre du monopole des paris sportifs contraire à la législation de l'Union européenne, la majorité des Länder et leurs sociétés de loterie, qui les a représentés en justice contre les prestataires de paris privés et qui défendait les intérêts des pouvoirs publics dans les procédures préjudicielles à l'origine des arrêts Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, EU:C:2010:504), Carmen Media Group (C-46/08, EU:C:2010:505) et Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503),*

b) *qu'aucun détail concernant les conditions minimales relatives aux concepts à présenter, le contenu des explications et des éléments de preuve exigés au demeurant et le choix des 20 concessionnaires maximum ne résultait de l'appel d'offres en vue de la concession publié au JO de l'UE du 8 août 2012, que des détails n'ont été communiqués que postérieurement à l'expiration du délai de candidature, dans un «mémoire d'information» et dans de nombreux documents additionnels, aux seuls candidats sélectionnés pour une «deuxième étape» de la procédure de concession,*

c) *que, contrairement à l'appel d'offres, l'autorité concédante n'a invité, huit mois après le début de la procédure, que 14 candidats concessionnaires à une présentation personnelle de leurs concepts en matière de questions sociales et de sécurité, parce que ces candidats satisfaisaient à l'intégralité [Or. 5] des conditions minimales mais a indiqué 15 mois après le début de la procédure qu'aucun candidat n'avait établi, sous une «forme vérifiable», qu'il satisfaisait aux conditions minimales,*

d) *que le candidat concessionnaire contrôlé par des organismes publics (Ods Deutschland Sportwetten GmbH dit «Ods»), constitué des sociétés publiques de loterie, figurait parmi les 14 candidats invités à présenter leurs concepts à l'autorité concédante alors que, en raison de ses liens organisationnels avec les organisateurs de manifestations sportives, il ne semble pas être apte à se voir accorder une concession, parce que la législation (article 21, paragraphe 3, du GlüÄndStV) exige une séparation stricte entre, d'une part, les activités sportives et les associations qui les organisent et, d'autre part, l'organisation et l'intermédiation des paris sportifs,*

e) *que la présentation «de l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagés» est notamment exigée pour l'attribution d'une concession, et*

f) *que l'autorité concédante et le Glücksspielkollegium (collège des jeux de hasard), qui est composé de représentants des Länder et statue sur l'attribution des concessions, ne font pas usage de la possibilité d'attribuer des concessions à des organisateurs privés de paris, alors que des entreprises publiques de loterie peuvent, pendant une durée allant jusqu'à un an après l'éventuel octroi de telles*

concessions, organiser des paris sportifs, des loteries et d'autres jeux de hasard sans disposer d'une concession ainsi que les exploiter et promouvoir, par l'intermédiaire de leur réseau étendu de points de collecte professionnelle de paris?».

II. LE CADRE JURIDIQUE

- 3 Pour le cadre juridique existant au niveau national et au niveau de l'Union européenne, le gouvernement belge se réfère aux pages 4 à 6 de la décision de renvoi (dans sa traduction en néerlandais). **[Or. 6]**

III. L'ANALYSE

A. La recevabilité

- 4 Le gouvernement belge observe que la juridiction de renvoi souhaite obtenir, par les présentes questions préjudicielles, des éclaircissements sur le droit de l'Union, pour pouvoir se prononcer sur la situation de M^{me} Sebat Ince. M^{me} Ince est toutefois de nationalité turque, ce qui suscite des doutes quant à l'applicabilité de l'article 56 TFUE.
- 5 Le texte de cette disposition du traité précise, en effet, que *«les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres¹ établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation»*.
- 6 La juridiction de renvoi prétend néanmoins que M^{me} Ince peut se prévaloir de l'article 56 au motif qu'il s'agit en l'espèce d'un service protégé par cette disposition: l'offre de paris d'un prestataire résidant dans un État membre².
- 7 Dans l'arrêt *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, la Cour a déclaré cependant que les dispositions régissant la libre prestation de services s'appliquent uniquement si la prestation est effectuée à l'intérieur de l'Union et dans la mesure où *«le prestataire [...] [est un] ressortissant d'un État membre et [est] établi dans un pays de [l'Union]»³*.
- 8 Selon le gouvernement belge, l'entreprise autrichienne pour laquelle M^{me} Ince offre des paris sportifs peut incontestablement se prévaloir des principes de la libre prestation, mais là n'est pas la question. Les termes *«ressortissant d'un [Or. 7] État membre»* figurant dans le droit primaire de l'Union ne laissent aucun doute sur la condition que le justiciable doit remplir. L'application d'une théorie

¹ – C'est le gouvernement belge qui souligne.

² – Résumé de la demande de décision préjudicielle (dans sa traduction en néerlandais), point 8.

³ – C-290/04, EU:C:2006:630, point 67.

d'«identification» des ressortissants et des non-ressortissants de l'Union – que le Bayerisches Verwaltungsgerichtshof préconise⁴ – constituerait, selon le gouvernement belge, une extension du champ d'application de l'article 56 TFUE. Une telle extension n'est toutefois pas souhaitée de façon générale par l'Union, à ce jour, bien que l'article 56, deuxième alinéa, TFUE prévoie expressément une habilitation, à cette fin, des institutions européennes.

- 9 Par conséquent, l'on ne peut que conclure à l'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle déposée par la juridiction de renvoi. Il ne saurait, en effet, y avoir application de l'article 56 TFUE et/ou des principes généraux du droit de l'Union qui en découlent.

B. Les réponses aux questions préjudicielles

- 10 À titre subsidiaire, le gouvernement belge répondra toutefois également à certaines des questions posées par la juridiction de renvoi. Il se limitera à émettre une réponse à la deuxième question et à la troisième question, sous b), c), et e).

1) La deuxième question préjudicielle

- 11 Dans sa deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance de préciser le contenu de l'article 8, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 98/34/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques] (ci-après la «directive 98/34»)⁵. Cet article prévoit que les États membres doivent procéder à une nouvelle communication s'ils apportent au projet de règle technique, «*d'une manière significative*», des «*changements*» qui auront **[Or. 8]** «*pour effet de modifier le champ d'application, d'en raccourcir le calendrier d'application initialement prévu, d'ajouter des spécifications ou des exigences ou de rendre celles-ci plus strictes*».
- 12 Cette question préjudicielle porte en substance sur le point de savoir si le simple fait que la loi régionale de la Bavière a maintenu le GlüStV en vigueur, et ce, en tant que droit de ce *Land*, doit être considéré comme apportant, «*d'une manière significative*», un «*changement*» qui entraîne une obligation de notification. La juridiction de renvoi indique que la jurisprudence allemande est divisée à cet égard. Une partie de celle-ci affirme que la notification est nécessaire, étant donné que l'exclusivité et les restrictions en matière de paris sportifs sont devenues caduques au terme de la période d'application du GlüStV. L'autre soutient que le GlüStV pouvait en tout état de cause être prorogé par décisions des *Länder*, étant donné que cette possibilité était déjà contenue dans le GlüStV originaire (notifié)⁶.

⁴ – Demande de décision préjudicielle (dans sa traduction en français), point 122.

⁵ – JO L 204, p. 37.

⁶ – Demande de décision préjudicielle (dans sa traduction en français), point 159.

- 13 Par conséquent, la deuxième question préjudicielle peut être brièvement résumée comme suit: une simple prorogation d'un texte notifié antérieurement doit-elle faire l'objet d'une nouvelle notification lorsque l'acte initial prévoyait la possibilité d'une prorogation? En d'autres termes, une telle prorogation peut-elle être considérée comme un changement significatif?
- 14 Le gouvernement belge considère qu'il ne peut **pas** s'agir en l'espèce d'un changement significatif. L'arrêt *Ivansson e.a.* le conduit à cette conclusion. Dans cette affaire, la Cour a décidé – sur la base d'un certain nombre de critères – que le raccourcissement du calendrier d'application de la règle technique doit être considéré comme une modification significative⁷. Cette interprétation reposait sur l'économie générale et la finalité de la directive 98/34, en particulier la libre circulation des marchandises et la sauvegarde de l'efficacité [Or. 9] de la procédure d'examen du projet de règle technique par la Commission et par les États membres⁸.
- 15 Le cas d'espèce, en revanche, ne permet pas d'affirmer que la simple prorogation du champ d'application ratione temporis entraîne un changement significatif, étant donné que l'absence de notification n'entame pas l'effet utile de la directive 98/34. Premièrement, il ne s'agit pas d'une modification de la teneur du GlüStV. Qui plus est, la Commission et les États membres ont déjà été en mesure de se prononcer sur cette teneur. Deuxièmement, il ressort de la décision de renvoi que le projet notifié prévoyait déjà une prorogation éventuelle. Par conséquent, il était possible, dans le cadre de la notification initiale, de faire des remarques ou encore d'émettre un avis circonstancié sur ce point.
- 16 Le gouvernement belge tient à ajouter qu'il est sans intérêt que cette prorogation soit issue, en fin de compte, de la loi d'un *Land* (donc en droit régional) au lieu de procéder du GlüStV (en droit national, comme prévu initialement). En effet, il est de jurisprudence constante que la répartition interne des compétences dans un État membre est sans incidence sur les obligations qui incombent aux États membres en vertu des traités⁹. Il faut donc admettre mutatis mutandis que la façon dont est mise en œuvre, dans le droit interne d'un État membre, une prorogation éventuelle notifiée antérieurement n'a aucune importance pour l'application de la directive 98/34.
- 17 Cela résulte d'ailleurs aussi de l'arrêt *Digibet et Albers*, dans lequel la Cour a réaffirmé qu'il incombe aux États membres d'organiser la mise en œuvre du droit de l'Union selon leurs principes constitutionnels respectifs, et ce également dans le secteur des jeux de hasard et des loteries¹⁰. Ce principe découle de l'article 4,

⁷ – C-307/13, EU:C:2014:2058, points 45 et 46.

⁸ – Arrêt *Ivansson e.a.* (EU:C:2014:2058, point 43).

⁹ – Arrêts *Commission/Espagne*, C-417/99, EU:C:2001:445, point 37, et *Carmen Media Group*, C-46/08, EU:C:2010:505, point 69.

¹⁰ – Arrêts *Horvath*, C-428/07, EU:C:2009:458, point 49, et *Digibet et Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, point 33.

paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union **[Or. 10]** est tenue de respecter les structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres ¹¹.

- 18 La prorogation, par le *Land* de Bavière, des dispositions du GlüStV ne saurait donc être considérée comme une modification significative d'une règle technique, telle que visée par la directive 98/34. Cette disposition légale ne devait dès lors pas être notifiée.

2) La troisième question préjudicielle, sous b), sous c) et sous e)

- 19 Dans sa troisième question – du moins dans les branches pour lesquelles le gouvernement belge formulera une réponse – la juridiction de renvoi demande en substance si le droit de l'Union (plus précisément l'article 56 TFUE, le principe d'égalité et le principe de transparence qui en résulte) s'oppose à ce qu'un État membre inflige une sanction pour l'offre, sans l'autorisation de cet État, de jeux de hasard lorsque la législation applicable prévoit la possibilité d'accorder des concessions à des organisateurs privés de jeux de hasard et:

b) que l'appel à candidature pour ces concessions ne contenait dans la première phase aucune précision quant aux conditions minimales des offres à remettre, quant au contenu des déclarations et preuves requises par ailleurs et quant à la sélection, mais que ces précisions ont bien été communiquées, après l'expiration du délai de candidature, aux candidats retenus pour la seconde phase de la procédure d'attribution;

c) que, dans cette seconde phase, il restait encore quatorze candidats répondant aux conditions minimales de la première phase, que ceux-ci ont été autorisés à présenter, à l'autorité concédante, leurs concepts en matière sociale et sécuritaire sans qu'aucun d'entre eux ne se vit toutefois attribuer une concession parce qu'aucun candidat n'aurait démontré d'une manière contrôlable qu'il satisfaisait aux conditions (dans la seconde phase); **[Or. 11]**

e) que, pour obtenir une concession, le candidat doit démontrer «*l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagés*».

La troisième question, sous b)

- 20 On observera tout d'abord que cette question concerne spécifiquement les concessions de jeux de hasard (paris sportifs). Il s'agit, en d'autres termes, de «concessions de services». Dans l'état actuel du droit de l'Union, ce type de concessions ne relève pas de la législation de l'Union régissant les marchés publics ¹². Les règles propres aux marchés publics ne doivent donc pas être observées. Cela n'empêche pas toutefois, comme l'indique aussi la juridiction de

¹¹ – Arrêt Digibet et Albers, EU:C:2014:1756, point 34.

¹² – Voir, par exemple, l'arrêt Sporting Exchange, C-203/08, EU:C:2010:307, point 39.

renvoi, qu'il faille appliquer les règles et principes généraux du droit européen. Eu égard à l'absence de règles spécifiques en matière de concessions de services, les autorités contractantes doivent principalement tenir compte de l'article 56 TFUE et, plus spécialement, du principe d'égalité et de l'obligation de transparence qui en découle¹³.

- 21 Cette obligation de transparence a des conséquences spécifiques pour les autorités publiques au sein de l'Union qui lancent une procédure d'attribution de concessions de jeux de hasard. Tout d'abord, une concession ne peut pas être attribuée sans l'organisation d'une procédure préalable, transparente et équitable. L'obligation de transparence impose par conséquent à l'autorité concédante de garantir, en faveur de tout candidat potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution¹⁴. Une telle procédure n'est pas requise uniquement quand la **[Or. 12]** concession est octroyée à une entité placée sous la stricte surveillance de l'autorité publique¹⁵.
- 22 L'obligation de transparence limite dès lors la marge discrétionnaire des autorités concédantes dans leur décision en leur imposant d'agir dans le cadre de règles préétablies. En effet, tout comme l'appel même à concourir à [l'attribution] des concessions, les règles applicables doivent être communiquées de manière suffisamment claire¹⁶. Dans l'arrêt *Costa et Cifone* (C-72/10 et C-77/10, EU:C:2012:80), la Cour précise à cet égard que le principe de transparence a pour but d'assurer «*que tout opérateur intéressé [puisse] décider de soumissionner à des appels d'offres sur le fondement de l'ensemble des informations pertinentes et de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante et de mettre celle-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, point 111, ainsi*

¹³ – Arrêts *Sporting Exchange*, EU:C:2010:307, point 39, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, EU:C:2000:669, points 60 à 62, *Eurawasser*, C-206/08, EU:C:2009:540, point 44, et *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, point 33.

¹⁴ – Arrêt *Engelmann*, C-[64]/08, EU:C:2010:506, point 50.

¹⁵ – Par exemple, un opérateur économique privé dont les activités font l'objet d'un contrôle très étroit des instances compétentes. Voir arrêts *Sporting Exchange*, EU:C:2010:307, point 59, *Läärä e.a.*, C-124/97, EU:C:1999:435, points 40 à 42, et *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, EU:C:2009:519, points 66 et 67.

¹⁶ – Arrêts *Engelmann*, EU:C:2010:506, point 54 et la jurisprudence qui y est citée, et *Sporting Exchange*, EU:C:2010:307, point 51.

que du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, C-250/06, Rec. p. I-11135, points 45 et 46)»¹⁷.

- 23 Cela ne signifie toutefois absolument pas qu'aucune marge d'appréciation ne puisse être laissée à l'autorité dans les objectifs légitimes qu'elle entend poursuivre. Ainsi, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les règles applicables [Or. 13] donnent à une autorité la possibilité de refuser une concession si son attribution était susceptible de présenter un danger (par exemple sur le plan de la criminalité ou de la dépendance au jeu). En effet, on peut lire dans la jurisprudence de la Cour que «[l'article 49 CE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation] qui confie aux autorités locales un large pouvoir d'appréciation en leur permettant de refuser une autorisation d'ouverture d'un casino, d'une salle de jeux ou d'une salle de bingo, sur le fondement d'une 'atteinte substantielle aux intérêts de l'État et des habitants du territoire administratif concerné' pour autant que cette réglementation a véritablement pour objet de réduire les occasions de jeu et de limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique ou d'assurer l'ordre public et pour autant que l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes est exercé d'une façon transparente, permettant un contrôle de l'impartialité des procédures d'autorisation, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier»¹⁸. Il en va pleinement ainsi lorsque l'autorité de décision est investie d'un «large pouvoir d'appréciation», en particulier dans la nature des intérêts qu'elle entend protéger¹⁹.
- 24 En ce qui concerne plus spécifiquement la question 3 b), il faut vérifier si l'obligation de transparence doit être interprétée en ce sens que les *précisions* quant aux exigences minimales fixées, ainsi que quant aux déclarations et preuves à fournir pour être sélectionné en fin de compte en tant qu'un des (maximum 20) concessionnaires, doivent déjà être communiquées dès l'appel à candidature lancé dans la procédure d'attribution [de la concession].
- 25 Selon le gouvernement belge, étant donné que les faits en cause ne sont pas tout à fait clairs, deux hypothèses possibles doivent être examinées: 1) les candidats (éventuels) n'ont pas été suffisamment informés pour décider de participer ou non à la «première phase» de la procédure, et 2) les candidats (éventuels) n'ont pas été suffisamment informés pour décider de participer ou non à la «seconde phase» de la procédure (mais ont donc bel et bien été suffisamment informés pour décider de participer à la première phase). [Or. 14]
- 26 Dans la première hypothèse, qui suppose l'absence totale de communication d'informations suffisamment claires sur la manière dont l'autorité concédante déciderait des candidats admis à participer à la «seconde phase», un problème se pose sur le plan de l'obligation de transparence. Si les candidats éventuels n'ont

¹⁷ – Arrêt Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, EU:C:2012:80, point 73.

¹⁸ – Arrêt Garkalns, C-470/11, EU:C:2012:505, point 48.

¹⁹ – Arrêt Garkalns, EU:C:2012:505, point 45

pas été en mesure de savoir quelles informations ils devaient donner ni quels critères d'appréciation seraient appliqués, la procédure d'attribution ne peut pas être réputée conforme au droit de l'Union. Le gouvernement belge fait cependant remarquer que ces critères peuvent aussi figurer dans des dispositions réglementaires existantes. Il incombe aux candidats concessionnaires, eux-mêmes, de suivre l'évolution de la législation. De tels critères ne doivent donc pas nécessairement être communiqués à nouveau par l'autorité concédante.

27 Pour ce qui concerne ensuite la seconde hypothèse, le gouvernement belge estime que l'on ne peut pas ignorer que les autorités compétentes ont la faculté d'opter pour une procédure d'attribution en différentes phases, dans le cadre de laquelle on procède d'abord à une sélection de base d'un groupe de concessionnaires potentiels qui répondent à un certain nombre de conditions minimales. Rien n'impose, à cet égard, d'exposer le déroulement ultérieur de la procédure (la «phase 2») dès le lancement de la procédure d'attribution. Il en va ainsi, en tout cas, pour autant que les investissements liés à une candidature dans la première phase soient limités et que donc tout candidat concessionnaire éventuel puisse concourir sans devoir faire une vaste analyse des coûts et avantages. En outre, tant que chacun sait de quelle manière il peut présenter sa candidature dans la première phase et quels sont les critères d'appréciation qui seront utilisés (fût-ce par une simple référence aux dispositions légales applicables), les critères d'appréciation utilisés dans la première phase ne doivent pas nécessairement être précisés par le menu. La seconde hypothèse, qui suppose que l'incertitude des candidats ne concernait que la seconde phase et que cette incertitude a été dissipée ultérieurement par un mémorandum d'information donné aux candidats retenus dans la seconde phase, ne présente donc aucune méconnaissance du principe de transparence. **[Or. 15]**

28 Enfin, on peut affirmer qu'une modification fondamentale des critères d'attribution, après le lancement de la procédure, peut enfreindre l'obligation de transparence. En revanche, l'ajout de précisions complémentaires, par exemple sur la pondération de chacun des critères d'attribution, ne méconnaît pas cette obligation de transparence²⁰. Une autorité concédante peut fixer cette pondération à un moment où le délai de dépôt des candidatures est déjà expiré. L'obligation de transparence n'interdit pas non plus de préciser plus avant des critères d'attribution déjà fixés. En l'espèce, dans la mesure où elle peut s'analyser en une

²⁰ – Arrêt Commission/Irlande, C-226/09, EU:C:2010:697. Cette affaire concerne la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Lorsque certaines règles de publicité des contrats que cette directive prévoit ne sont pas d'application (parce que ces marchés relèvent de l'annexe II B de la directive), les règles fondamentales du traité doivent néanmoins toujours être respectées. À cet égard, il y a une similitude entre les marchés publics de services (auxquels ne s'applique qu'un certain nombre de règles des directives en matière des marchés publics) et les concessions de services. Les considérations que la Cour émet sur l'interprétation à donner aux principes fondamentaux du droit de l'Union dans le contexte des marchés publics de services peuvent dès lors être appliquées, par analogie, aux concessions de services.

définition des critères de base (première phase) qui sont ensuite développés plus en détail (seconde phase), la procédure ne semble pas non plus enfreindre l'obligation de transparence.

La troisième question, sous c)

- 29 D'après ce que le gouvernement belge comprend, quatorze candidats ont été admis à participer à la seconde phase de la procédure d'attribution, mais aucun d'entre eux ne s'est vu attribuer de concession par la suite. Dans l'hypothèse où aucun des soumissionnaires ne satisfaisait aux conditions, le fait de ne pas attribuer de concession n'est pas, en soi, contraire au principe de non-discrimination ni à l'obligation de transparence, tels qu'ils doivent être lus conjointement avec l'article 56 TFUE. Il en va de même lorsque les concessions ne sont pas attribuées pour défaut d'informations vérifiables. Les autorités compétentes peuvent exiger que les critères d'attribution ne soient appliqués qu'à des données effectivement vérifiables. On ne peut dès lors pas faire grief aux autorités d'agir à l'encontre du droit de l'Union pour la seule raison qu'aucun des candidats n'est parvenu à fournir les informations probantes requises. **[Or. 16]**
- 30 Les critères imposés et les informations réclamées aux candidats peuvent dès lors uniquement porter sur ce que l'autorité concédante a la possibilité d'apprécier effectivement. Il importe à cet égard que la procédure d'attribution soit dirigée par un organisme public qui est en mesure d'apprécier les informations fournies et qui peut prendre des décisions correctes à l'endroit des candidats concessionnaires. La supervision des opérateurs de jeux de hasard doit être faite par une autorité qualifiée et suffisamment forte qui dispose des moyens nécessaires pour accomplir sa mission.

La troisième question, sous e)

- 31 Pour la troisième question, sous e), le problème de transparence semble présenter deux aspects: quels sont les «*moyens nécessaires*» et quand l'«*origine*» en est-elle «*licite*»? Si ces deux aspects devaient ne pas être suffisamment clairs, cela pourrait être considéré comme un défaut de transparence puisque, dans ce cas, les candidats ne savent pas comment ils doivent soumissionner ni comment ils peuvent démontrer qu'ils satisfont à cette condition.
- 32 Le gouvernement belge considère qu'il est préférable d'indiquer dans la réglementation applicable quels sont les «*moyens nécessaires*» dont un opérateur de jeux de hasard doit disposer. Cela peut se faire, par exemple, en imposant un ratio de solvabilité minimal. Une solution de rechange serait peut-être de laisser aux soumissionnaires le soin d'indiquer eux-mêmes l'importance des moyens qu'ils estiment nécessaires à l'exercice de leurs activités. En effet, on peut partir du principe que, dans la seconde phase de la procédure d'attribution, le soumissionnaire aura établi, pour lui-même, un plan d'entreprise et pourra

indiquer le montant des capitaux qu'il pense investir à ce titre dans l'exploitation de la concession, en précisant ou non un facteur variable selon le nombre de lieux où les paris seront proposés. Selon le gouvernement belge, l'information disponible ne permet pas de conclure que, en [Or. 17] l'espèce, l'approche des autorités sur ce plan est contraire à l'obligation de transparence.

33 La condition que les moyens soient, en outre, d'origine licite ne semble pas être nécessairement disproportionnée. En effet, la lutte contre la criminalité et contre la fraude constitue un des éléments essentiels du contrôle des autorités sur l'offre des jeux de hasard. L'élimination de fonds d'origine criminelle ou issus de la fraude ou du blanchiment cadre avec cet objectif. Dans cette optique, on peut également éliminer les moyens provenant de l'exploitation illicite de jeux de hasard en Allemagne ou dans autre État membre. L'évolution de la politique d'un État membre, d'une interdiction absolue à une ouverture partielle du marché des jeux de hasard, ne rend pas l'interdiction antérieure illégale. Il s'agit seulement d'un choix politique que les États membres (et, le cas échéant, leurs *Länder*²¹ ou entités fédérées) sont libres de faire. Les moyens acquis en violation d'une interdiction (antérieure) d'exploitation de jeux de hasard peuvent dès lors légitimement être rejetés.

34 Cette position paraît d'ailleurs être conforme à la résolution du Parlement européen, du 11 juin 2013, sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur²². Le Parlement européen y souligne clairement que *«les mesures de protection des consommateurs devraient être accompagnées d'un ensemble de **mesures répressives de prévention et de réaction, pour limiter les contacts des citoyens avec des opérateurs non autorisés**; souligne l'importance d'une définition conjointe de la notion d'opérateur exerçant son activité de manière licite, afin que les États membres n'autorisent que les seuls opérateurs qui remplissent au moins les exigences suivantes, et dont l'activité est donc considérée comme licite:*

a) l'opérateur doit disposer d'une licence, l'autorisant à exploiter ses services dans l'État membre du joueur; [Or. 18]

b) l'opérateur n'est pas considéré comme illicite en vertu de la loi applicable dans tout autre État membre»²³.

35 Le Parlement était tout à fait conscient de la nécessité de respecter pleinement l'article 56 TFUE et l'obligation de transparence qui en résulte. Il a souligné à cet égard *«que les États membres qui choisissent d'ouvrir leur secteur des jeux*

²¹ – Arrêt Digibet et Albers, EU:C:2014:1756.

²² – Résolution 2012/2322 (INI). Même si cette résolution concerne les jeux de hasard en ligne, un bon nombre de ses éléments peut également être pris en considération de manière générale.

²³ – Résolution du Parlement européen, du 10 septembre 2013, sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur (2012/2322(INI)), point 26.

*d'argent et de hasard en ligne doivent prévoir **une procédure d'agrément transparente et juridiquement sûre, fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires**, dans le plein respect du droit de l'Union et en assurant une protection stricte et suffisante des citoyens et des consommateurs»²⁴.*

- 36 Tout comme le Parlement européen, le gouvernement belge considère qu'une procédure d'attribution conforme au droit de l'Union peut en tout cas se combiner avec des mesures qui protègent ou protégeaient la population contre l'exploitation illégale des jeux de hasard (selon la définition utilisée dans la résolution du Parlement européen). Par conséquent, il ne paraît pas disproportionné de considérer qu'un opérateur qui a tiré certains des moyens nécessaires de l'exploitation illicite de jeux de hasard en Bavière ne puisse pas se voir attribuer une concession pour l'exploitation de jeux de hasard en Bavière. De cette manière, l'opérateur qui a exploité illégalement des jeux de hasard en Bavière ne peut pas se servir des moyens qu'il en a retirés illégalement pour s'adapter au nouveau système qui lui permet de proposer légalement des paris sportifs. À l'ouverture (partielle) d'un marché des jeux de hasard, fermé auparavant, il n'est pas disproportionné de prendre des mesures pour veiller à ce que les opérateurs illégaux ne soient pas «récompensés» des services qu'ils ont déjà offerts sans autorisation pendant un certain temps. Les autorités bavaroises peuvent mettre en place un ensemble de règles qui assure des conditions de concurrence non-faussées entre tous les candidats concessionnaires. La transparence s'en trouve justement renforcée. **[Or. 19]**
- 37 La condition qui impose au demandeur d'une concession d'être en mesure de démontrer «l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagés» ne paraît donc ni contraire à l'article 56 TFUE ni contraire au moindre principe de droit dérivé.

IV. CONCLUSION

- 38 Le gouvernement belge propose à la Cour de justice de l'Union européenne de déclarer la demande de décision préjudicielle irrecevable.
- 39 Si la Cour devait toutefois en décider autrement, le gouvernement belge propose de répondre à la deuxième question préjudicielle et à la troisième question préjudicielle sous b), sous c) et sous e) comme suit:

«2. La directive 98/34/CE ne fait pas obstacle à l'imposition d'une sanction pour l'intermédiation, sans autorisation, de paris sportifs au moyen d'un terminal dans le ressort du juge saisi dans le cas où l'action des pouvoirs publics se fonde sur une loi d'un seul Land dont la teneur non notifiée à la Commission européenne est en substance celle de la loi de l'État membre.

²⁴ – Résolution du Parlement européen du 10 septembre 2013 sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur (2012/2322(INI)), point 33.

3. L'article 56 TFUE, le principe de transparence et le principe d'égalité ne font pas obstacle à l'imposition d'une sanction pour l'intermédiation, sans autorisation, de paris sportifs dans le ressort du juge saisi dans le cas où, sur une période de sept ans, la législation applicable limite à vingt les attributions, à des organisateurs privés de paris, d'une concession nécessairement requise pour bénéficier d'une autorisation d'intermédiation, lorsque

a) l'appel à candidature pour la concession ne contenait aucune précision quant aux conditions minimales applicables aux offres à remettre, quant au contenu des déclarations et preuves requises par ailleurs et quant à la sélection plafonnée à vingt concessionnaires, et que ces précisions n'ont été communiquées qu'après l'expiration du [Or. 20] délai de candidature dans un document intitulé «mémoire d'information» remis avec de nombreux autres documents aux seuls candidats retenus pour la «seconde phase» de la procédure d'attribution de la concession;

b) que, huit mois après le début de la procédure, l'autorité concédante n'invite que quatorze candidats à présenter personnellement leurs concepts en matière de questions sociales et de sécurité, parce que ces candidats auraient satisfait intégralement aux conditions minimales, mais les informe, quinze mois après le début de la procédure, qu'aucun d'entre eux n'a démontré «d'une manière vérifiable» qu'il satisfaisait aux conditions minimales;

c) qu'une des conditions d'octroi de la concession impose de démontrer «l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagés».

Bruxelles, le 7 novembre 2014

Liesbet Van den Broeck

Marie Jacobs

Agents du gouvernement belge assistés par

Philippe Vlaemminck

Bart Van Vooren

Robbe Verbeke

avocats