

Observations de l'Allemagne

Affaire C-336/14\*

**Pièce déposée par:**

Allemagne

**Nom usuel de l'affaire:**

INCE

**Date de dépôt:**

6 novembre 2014 (original)

---

**République fédérale d'Allemagne**

Berlin, le 6 novembre 2014

À la Cour de l'Union européenne

Le greffe

2925 Luxembourg

**Observations**

dans l'affaire C-336/14 (Ince)

concernant la demande de décision préjudicielle introduite devant la Cour de justice de l'Union européenne par l'Amtsgericht Sonthofen (Allemagne), par l'ordonnance du 7 mars 2014, dans le cadre du litige au principal

Ministère public du Land de Bavière

contre

M<sup>me</sup> Sebat Ince

Nous présentons, au nom et pour le compte de la République fédérale d'Allemagne, les présentes observations.

\* Langue de procédure: l'allemand.

[Or. 2] [Or. 3]

Table des matières

|  |    |
|--|----|
| A. INTRODUCTION .....  | 4  |
| B. LE CADRE JURIDIQUE .....  | 5  |
| I. Le droit de l’Union et le droit national .....  | 5  |
| II. La pratique administrative.....  | 6  |
| 1. L’«ouverture bavaroise» en réaction à l’arrêt Markus Stoss e. a. ....                                 | 6  |
| 2. La procédure de concession en vertu de la clause<br>d’expérimentation .....                           | 7  |
| a) La situation de départ.....   | 7  |
| b) Une procédure conçue en deux phases.....  | 10 |
| c) Le déroulement de la première phase de la procédure .....   | 12 |
| d) Le déroulement de la seconde phase de la procédure.....   | 14 |
| aa) L’organisation de la seconde phase de la procédure – Les<br>règles du mémorandum d’information ..... | 15 |
| bb) Les délais dans le cadre de la seconde phase de la<br>procédure .....                                | 17 |
| cc) Les questions relatives aux exigences de la seconde phase.....                                       | 17 |
| dd) L’ouverture des candidatures dans le cadre de la seconde<br>phase .....                              | 17 |
| ee) L’examen des demandes et les conclusions de la seconde<br>phase .....                                | 18 |
| (1) Examen succinct.....   | 18 |
| (2) L’analyse finale des demandes.....   | 21 |
| (3) La présentation de demandes de renseignements<br>complémentaires .....                               | 21 |
| (4) La mise en œuvre de la phase de négociations .....   | 24 |
| ff) La mise en œuvre de la procédure de sélection .....  | 25 |
| gg) La décision du collège des jeux de hasard.....   | 25 |
| f) Situation actuelle: le recours en référé .....  | 27 |
| g) Conclusion.....   | 27 |
| C. EXPOSÉ DES FAITS ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES .....  | 28 |
| D. APPRÉCIATION JURIDIQUE.....   | 31 |
| I. Sur la question préjudicielle 1a .....  | 31 |
| 1. Le grief tiré du caractère contraire au droit de l’Union .....  | 31 |
| 2. L’absence d’interdiction de délivrer des autorisations .....  | 32 |
| II. Sur la question préjudicielle 1b.....  | 32 |
| III. Sur la question préjudicielle 1c.....   | 33 |

|   |    |
|---|----|
| IV. Sur la question préjudicielle 2 .....   | 34 |
| V. Sur la question préjudicielle 3a.....    | 35 |
| VI. Sur la question préjudicielle 3b .....  | 38 |
| VII. Sur la question préjudicielle 3c ..... | 40 |
| VIII. Sur la question préjudicielle 3d..... | 41 |
| IX. Sur la question préjudicielle 3e .....  | 42 |
| X. Sur la question préjudicielle 3f.....    | 44 |
| E. CONCLUSION .....                         | 45 |
| TABLE DES MATIÈRES .....                    | 45 |

[Or. 4]

## A. INTRODUCTION

- 1 La procédure au principal se compose de deux procédures pénales jointes concernant l'intermédiation sans autorisation de paris sportifs. Il est reproché à M<sup>me</sup> Ince, ressortissante turque domiciliée en Allemagne, d'avoir pratiqué, sans autorisation allemande, dans un bar sportif situé dans le Land de Bavière, l'intermédiation de paris sportifs à un organisateur de paris ayant son siège en Autriche où ce dernier dispose d'une licence à cet effet. Les deux procédures pénales jointes se distinguent en substance uniquement au regard des dispositions juridiques en vigueur à l'époque des faits:
- 2 Jusqu'au 30 juin 2012, c'est-à-dire **au cours de la période correspondant aux premières charges et à une partie des deuxièmes charges**, les paris sportifs proposés sur le lieu de l'infraction étaient régis par le droit du Land de Bavière.
- 3 Jusqu'au 31 décembre 2011, le Glückspielstaatvertrag (le traité d'État sur les jeux de hasard, ci-après «GlüStV») conclu entre les seize Länder allemands interdisait l'intermédiation et l'organisation de paris sportifs sans autorisation allemande. En outre, le GlüStV interdisait la délivrance d'autorisations à des organisateurs non publics de paris. Ces deux dispositions entraînaient finalement un monopole public des paris sportifs. Le 31 décembre 2011, le traité d'État sur les jeux de hasard est arrivé à expiration, mais il est demeuré en vigueur en Bavière en vertu du droit du Land de Bavière.
- 4 Par son arrêt du 8 septembre 2010 (Markus Stoss e. a., C-316/07), la Cour de justice a jugé que le droit allemand régissant les jeux de hasard et la pratique afférente, telle qu'elle avait été décrite par les juridictions allemandes de renvoi, pouvaient légitimement amener lesdites juridictions à considérer que le monopole allemand des jeux de hasard n'est pas de nature à atteindre les objectifs poursuivis d'une manière cohérente et systématique (soulignement ajouté).
- 5 En réaction à l'arrêt Markus Stoss, le Land de Bavière a ouvert à titre de précaution une procédure d'autorisation des opérateurs privés de points d'intermédiation de paris. Cette pratique administrative est ci-dessous désignée sous la dénomination «l'ouverture bavaroise». D'autres Länder allemands, dans lesquels le GlüStV continuait de s'appliquer en vertu de dispositions juridiques du Land, ont également ouvert des procédures d'autorisations comparables. Citons à titre d'exemple le Land de Rhénanie du Nord – Westphalie.
- 6 Une partie des **deuxièmes charges** relève du champ d'application du Glückspieländerungsstaatsvertrag (le traité d'État modifié sur les jeux de hasard, ci-après «GlüÄndStV»). Le 1<sup>er</sup> juillet 2012, le GlüÄndStV est entré en vigueur en Bavière ainsi que dans douze autres Länder allemands. Depuis le 8 février 2013, **[Or. 5]** il s'applique dans les 16 Länder allemands. Le GlüÄndStV contient une

clause d'expérimentation concernant les paris sportifs<sup>1</sup>. En vertu de cette disposition, des opérateurs privés peuvent être autorisés à pratiquer l'organisation ou l'intermédiation de paris sportifs. Le ministère de l'Intérieur du Land de Hesse est compétent pour délivrer des concessions pour l'ensemble de l'Allemagne. Ledit ministère a lancé en août 2012 la procédure de délivrance de concessions. La clause d'expérimentation et son application seront ci-dessous désignées sous la dénomination «procédure de concession en vertu de la clause d'expérimentation».

- 7 Il est incontesté que M<sup>me</sup> Ince a pratiqué l'intermédiation de paris sportifs pendant les deux périodes, sans détenir d'autorisation à cet effet. Les éléments objectifs de l'infraction sont donc réunis.
- 8 La juridiction de renvoi interroge – en substance – la Cour sur le point de savoir si le droit de l'État membre en vigueur à l'époque concernant les jeux de hasard – en tenant compte d'une part de «l'ouverture bavaroise» et d'autre part de la «procédure de concession en vertu de la clause d'expérimentation» – s'oppose au caractère punissable des actes de M<sup>me</sup> Ince.
- 9 Le gouvernement allemand invite la Cour à répondre négativement aux questions posées, car le droit en vigueur à l'époque, dans les deux formes décrites ci-dessus, était/est conforme au droit de l'Union.
- 10 Il est essentiel aux yeux du gouvernement allemand d'observer que la juridiction pénale de renvoi présente de manière **objectivement erronée** ou grossièrement dénaturée à la fois «l'ouverture bavaroise» et «la procédure de concession en vertu de la clause d'expérimentation».
- 11 Les observations du gouvernement allemand visent donc, au point B.II, à contester certains aspects importants des descriptions faites par la juridiction de renvoi à cet égard. Dans ce contexte, les deux pratiques administratives seront présentées de manière détaillée et illustrées dans des annexes. **[Or. 6]**

## B. LE CADRE JURIDIQUE

### I. Le droit de l'Union et le droit national

- 12 Nous renvoyons à l'ordonnance de renvoi décrivant les dispositions du droit de l'Union et du droit national pertinentes dans le présent contexte.

<sup>1</sup> L'expression paris sportifs est utilisée dans le cadre du présent mémoire en ce sens qu'elle n'inclut pas les courses hippiques.

## II. La pratique administrative

### 1. L'«ouverture bavaroise» en réaction à l'arrêt *Markus Stoss e. a.*

- 13 Le Land de Bavière a saisi l'occasion des arrêts de la Cour de justice du 8 septembre 2010 pour ouvrir aux organisateurs et aux intermédiaires privés de paris sportifs la procédure d'autorisation prévue par l'article 2 de la loi bavaroise d'application du traité d'État sur les jeux de hasard. En vertu de cette disposition, le Regierung der Oberpfalz (le gouvernement du district du Haut-Palatinat bavarois) était compétent pour délivrer de manière centralisée les autorisations pour l'organisation de paris sportifs.
- 14 Cette autorité a envoyé à tout intéressé ayant présenté une demande en ce sens, une liste de contrôle (document joint en annexe A1), donnant des informations détaillées concernant les documents devant être présentés par le demandeur pour obtenir une autorisation pour l'organisation ou l'intermédiation de paris sportifs. Ce document mentionnait par exemple un certificat de bonne vie et mœurs et une déclaration professionnelle.
- 15 Le gouvernement allemand conteste absolument l'observation faite par la juridiction pénale de renvoi dans l'ordonnance de renvoi, selon laquelle cette procédure d'autorisation préjugeait du résultat et n'était pas conforme au droit de l'Union (point 70 de l'ordonnance de renvoi).
- 16 Le Bundesverwaltungsgericht a examiné de manière détaillée, dans son arrêt du 16 mai 2013, la procédure administrative résultant de l'ouverture bavaroise, et en est venu à la conclusion suivante:

«Contrairement aux observations de la requérante, cette disposition, en combinaison avec les dispositions du traité d'État sur les jeux de hasard, fournissait une base juridique suffisante pour la mise en œuvre d'une procédure d'autorisation. La compétence du Regierung der Oberpfalz résultait de l'article 2, paragraphe 4, point 3, de la loi bavaroise d'application du traité d'État sur les jeux de hasard. Le caractère éventuellement illicite du monopole des paris sportifs était pris en compte par la non-application des dispositions du monopole et des dispositions accessoires. Les conditions matérielles prévues par la loi pour l'organisation et l'intermédiation de paris étaient appliquées à l'offre des prestataires privés de paris et à leur activité. [...] Au regard du droit constitutionnel et du droit de l'Union, il suffit qu'une application conforme aux droits et aux libertés fondamentales des dispositions débouchant sur la délivrance d'autorisations à des organisateurs privés [Or. 7] et à leurs intermédiaires soit possible, et que les intéressés disposent d'un recours juridictionnel effectif contre des décisions de rejet éventuellement entachées d'erreur de droit. Le fait souligné par la juridiction d'appel, qu'aucune autorisation n'ait été délivrée à ce jour ne résulte pas nécessairement, contrairement aux observations de la requérante, de violation systématique du droit. Cette situation peut également résulter du fait que,

dans les cas portés à la connaissance de la juridiction d'appel, au moins une condition d'autorisation importante et non accessoire n'était pas satisfaite»<sup>2</sup>.

- 17 L'allégation faite dans la motivation de l'ordonnance de renvoi, selon laquelle pendant la première période d'infraction (janvier 2012), la défenderesse n'avait pas la possibilité juridique d'obtenir une autorisation (voir les points 138 et suivants de l'ordonnance de renvoi) est donc incorrecte. Le fait que le Regierung der Oberpfalz ait été saisi de presque 70 demandes écrites d'autorisation pour l'organisation ou l'intermédiation de paris sportifs montre que la procédure correspondant à «l'ouverture bavaroise» était effectivement pratiquée et prise en compte par les opérateurs intéressés.

## 2. La procédure de concession en vertu de la clause d'expérimentation

### a) La situation de départ

- 18 En vertu de l'article 9a, paragraphe 2, point 3, du GlüStV, dans la version résultant du GlüÄndStV, le Land de Hesse, représenté par le Ministerium für Inneres und Sport (le ministère de l'Intérieur et des Sports du Land de Hesse, ci-après le «HMdIS») est chargé de la mise en œuvre de la procédure de délivrance des concessions pour l'organisation de paris sportifs conformément à l'article 21 du GlüStV, dans le cadre d'une procédure unique des Länder fondée sur la clause d'expérimentation de l'article 10a du GlüStV.
- 19 Sur cette base, 20 concessions au maximum (qui constituent une forme particulière d'autorisation) devaient être délivrées pour une durée expirant le 30 juin 2019.
- 20 Les concessions donnent aux concessionnaires le droit d'organiser et de faire l'intermédiation de paris – notamment sur internet ou par le biais d'internet, conformément à l'article 10a, paragraphe 4, du GlüStV. Les concessionnaires peuvent librement décider s'ils présentent leur offre au consommateur par le biais de points de collecte de paris, sur internet, ou en utilisant les deux canaux de distribution. Le nombre de points de collecte de paris est limité par les Länder afin d'atteindre les objectifs de l'article 1 du GlüStV. **[Or. 8]**
- 21 La procédure de délivrance des concessions pour l'organisation de paris sportifs poursuit les principaux objectifs suivants énoncés dans l'article 1 du GlüStV:
- prévenir la dépendance aux jeux de hasard et aux paris et créer les conditions d'une lutte efficace contre le risque de dépendance;
  - en proposant des jeux de hasard constituant une alternative limitée et appropriée aux jeux de hasard non autorisés, canaliser l'attraction naturelle de

<sup>2</sup> Bunverwaltungsgericht, arrêt du 16 mai 2013, 8 C 14/12, BVerwG 146, 303 et suivants, point 57.

- la population pour le jeu vers des canaux appropriés et contrôlés, et combattre le développement et la diffusion de jeux de hasard non autorisés sur le marché noir;
- garantir la protection de la jeunesse et les joueurs;
  - veiller à ce que les jeux de hasard soient mis en œuvre correctement, à ce que les joueurs soient protégés contre le risque d’escroquerie, et combattre les risques de criminalité associée accessoire dans le domaine des jeux de hasard; et
  - prévenir les risques concernant l’intégrité des compétitions sportives dans le cadre de l’organisation et de l’intermédiation de paris sportifs.

Une attention particulière est consacrée dans ce contexte à la lutte contre le marché noir et à la canalisation du marché des paris sportifs vers un marché licite, réglementé et contrôlé. Cela constitue le seul moyen de combattre efficacement les conséquences néfastes sur le plan social (notamment) de la dépendance au jeu.

- 22 Le cadre juridique de la procédure de concession résulte des dispositions des articles 4a et suivants du GlüStV. Selon l’approche fondamentale du GlüStV, et plus précisément en vertu de l’article 4b, paragraphe 1, du GlüStV, d’une part la procédure de concession ne constitue pas une procédure administrative classique, dans laquelle tout intéressé peut présenter une demande d’autorisation, sans restriction de délai ou restriction quantitative. D’autre part, la procédure de concession n’est pas directement régie par le régime strict des marchés publics, dès lors qu’il ne s’agit pas de l’attribution d’un marché public de services (ayant pour but la conclusion d’un marché rémunéré), de sorte que la procédure de concession ne relève pas des dispositions de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (la loi sur les restrictions de la concurrence), du Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (le règlement sur les marchés publics et les contrats de services, parties A et B, ci-après le «VOL/A» et le «VOL/B» respectivement) ou du Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (le règlement sur les marchés publics de services des professions libérales, ci-après le «VOF»).
- 23 La procédure de concession pour des paris sportifs constitue donc une procédure *sui generis*. Du fait de son importance au niveau européen (pertinence pour le marché intérieur) pour les candidats à une concession, la procédure - comme pour les concessions de service – **[Or. 9]** doit respecter les règles fondamentales de droit de l’Union résultant des articles 49 et 56 TFUE et les principes qui en résultent de transparence et d’égalité de traitement<sup>3</sup>. Cette exigence résulte en outre expressément de l’article 4b, paragraphe 1, première phrase, du GlüStV. Ces

<sup>3</sup> Voir l’arrêt de la Cour Engelmann, C-64/08, l’arrêt Teustria und Telefonadress, C-324/98, l’arrêt Coname, C-231/03, l’arrêt Parking Brixen, C-458/03, l’arrêt Wal, C-91/08, l’arrêt Sporting Exchange, C-203/08.

principes exigent, en particulier s'agissant de concessions limitées sur le plan quantitatif ou dans le temps, une procédure de sélection correcte garantissant l'égalité des chances et des règles uniformes applicables à tous les candidats – en particulier la fixation de délais de forclusion.

- 24 Les exigences de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination constituent également des principes pertinents du droit des ententes dans le domaine des marchés publics marqué par le droit européen, de sorte qu'il est logique que les dispositions détaillées régissant l'organisation de la procédure de concession dans le traité d'État sur les jeux de hasard s'inspirent largement de la procédure d'appel d'offres dans le domaine des marchés publics. Pour satisfaire ces exigences, le HMdIS a donc décidé d'organiser la procédure de concession à la manière d'une «procédure d'appel d'offres régie par le droit administratif», inspirée par la «procédure de négociation avec phase de présélection» du VOL/A dans laquelle les principes précités sont incontestablement respectés, et de faire connaître les règles de procédure qui découlent de cette décision.
- 25 Cette approche s'appuie en outre sur la jurisprudence de l'Oberverwaltungsgericht Niedersachsen<sup>4</sup> selon laquelle, dans le cadre d'une procédure administrative qui – comme dans la présente affaire – présente certains traits une procédure de marché public, il n'est pas seulement possible mais nécessaire juridiquement de mettre en œuvre une procédure de sélection correcte régie par le droit administratif, dans laquelle les structures du droit des marchés publics sont appliquées.
- 26 Cette transposition des structures du droit des marchés publics est nécessaire, car l'application directe du droit des marchés publics est impossible, mais le fait d'appliquer uniquement les dispositions du droit de la procédure administrative créerait une situation discutable sur le plan juridique. Le HMdIS est tenu, à la fois en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice et en vertu des dispositions du traité d'État sur les jeux de hasard, de respecter le droit des traités dans le cadre de la délivrance des concessions pour les paris sportifs, en particulier les articles 49 et 56 TFUE et le principe de transparence qui en découle. Dans ce contexte, on ne saurait reprocher au HMdIS **[Or. 10]** d'adopter une procédure de sélection formalisée prévoyant précisément des dispositions caractéristiques de la procédure d'attribution des marchés publics (voir l'arrêt ci-dessus de l'OVG Niedersachsen).
- 27 Cela signifie que, dans les circonstances de l'espèce, les dispositions générales du droit de la procédure administrative ont été «supplantées» par les dispositions des articles 4a et suivants du GlüStV, et donc également par les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence régissant le droit des marchés publics.

<sup>4</sup> Oberverwaltungsgericht Niedersachsen, ordonnance du 12 novembre 2012, 13 ME 231/12.

**b) Une procédure conçue en deux phases**

- 28 La procédure de concession a été conçue comme une procédure en deux phases, sur le modèle une procédure de négociation comprenant une phase de présélection du VOL/A.
- 29 La structure en deux phases de la procédure est conforme aux dispositions légales dont l'attribution des concessions pour l'organisation de paris sportifs doit tenir compte<sup>5</sup>.
- 30 La structure en deux phases résulte de l'article 4b, paragraphe 1, du GlüStV. Cet article distingue en effet entre «l'appel à candidatures» et «la mise en œuvre de la procédure de sélection». La loi s'inspire donc des dispositions régissant les marchés publics de services (VOL/A). En vertu de ces dispositions, dans le cadre d'une procédure de négociation avec phase de présélection (article 3, paragraphe 3, du VOL/A), les candidats doivent dans un premier temps présenter une candidature. Conformément à l'article 10, paragraphe 1, du VOL/A, le pouvoir adjudicateur sélectionne dans le cadre d'une phase de présélection, sur la base des dossiers de candidature (demande de participation), parmi les candidats remplissant les conditions de compétence, de performances et de fiabilité, ceux qu'il invite à présenter une offre dans le cadre de la procédure de négociation, en joignant un dossier d'appel d'offres<sup>6</sup>. Cette procédure permet de faciliter la tâche du pouvoir adjudicateur qui devra uniquement examiner les dossiers de candidature présentés par les candidats adaptés, et permet d'éviter aux candidats qui n'ont pas été retenus dans le cadre de la première phase (phase de présélection) d'avoir à élaborer un dossier détaillé de candidature<sup>7</sup>.
- 31 L'obligation de respecter les principes du droit européen conduit aux mêmes résultats. La Commission européenne a expressément indiqué, s'agissant de la procédure de sélection respectueuse des libertés fondamentales dans le cadre de la délivrance de concessions de service, **[Or. 11]** que l'autorité concédante ne connaît aucune restriction dans le choix de la procédure mais décide librement de la procédure d'attribution appropriée<sup>8</sup>. Cela concerne notamment la décision quant au point de savoir si l'autorité concédante souhaite prévoir une procédure en une phase, ou apprécier les conditions de délivrance des concessions en plusieurs phases.
- 32 Dans le présent contexte, seul le choix d'une procédure en deux phases permettait de tenir compte du fait que les modalités d'attribution devaient être adaptées au regard des particularités et de l'importance de l'objet de la concession.

<sup>5</sup> Voir à cet égard l'arrêt du VG Berlin du 23 mai 2014, VG 23 K 512.12 et l'arrêt du VG Wiesbaden, du 21 mars 2013 – 5 L 27/13.WI.

<sup>6</sup> Voir à cet égard Contag, un jurisPK-VergR, article 10 EG VOL/A 2009, points 7 et suivants.

<sup>7</sup> Voir Contag (op.cit. note de bas de page 6), point 10.

<sup>8</sup> Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, point 3.1.1.

- 33 Dès lors que le traité d'État sur les jeux de hasard impose des exigences importantes aux candidats à une concession pour des paris et que la compilation d'un dossier de candidature représente charge importante en termes de ressources financières et humaines, il était dans l'intérêt à la fois des candidats et du HMdIS que les conditions fondamentales soient d'abord posées et examinées dans le cadre de la première phase, et que seuls les candidats retenus dans le cadre de cette première phase puissent participer à la seconde phase, qui exigeait notamment l'élaboration de cinq concepts. La structure en deux phases dispense les candidats ne remplissant pas les conditions fondamentales de délivrance d'une concession, d'avoir à supporter des charges considérables en termes de ressources humaines et financières, et dispense le HMdIS de la charge que représente l'examen des dossiers de candidats non adaptés.
- 34 Le collège des jeux de hasard doit participer à la mise en œuvre de la procédure de concession pour des paris sportifs, pour les raisons suivantes:
- 35 La procédure de concession pour des paris sportifs est une procédure unique des Länder conformément à l'article 9a du GlüStV, dans le cadre de laquelle l'autorité de surveillance des jeux de hasard d'un Land (en l'espèce le HMdIS) délivre les autorisations ou concessions pour l'ensemble des Länder. Dans le cadre de cette procédure, le collège des jeux de hasard est l'organe chargé de s'acquitter des obligations du HMdIS, l'autorité de surveillance des jeux de hasard compétente (article 9a, paragraphe 5 GlüStV). Conformément à l'article 9a, paragraphe 8, quatrième phrase, du GlüStV, l'autorité compétente dans le cadre de la procédure commune des Länder est liée par les décisions du collège des jeux de hasard, et doit appliquer ses décisions vis-à-vis de l'extérieur dans le délai fixé à cet effet par ledit collège des jeux de hasard. Tel est le cas du HMdIS dans le cadre de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs. **[Or. 12]**
- 36 Les droits et devoirs suivants sont notamment conférés au collège des jeux hasard dans le cadre de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs:
- 37 En tant qu'autorité de surveillance des jeux de hasard compétente dans le domaine de la procédure de concession pour des paris sportifs, le HMdIS est tenu de se prononcer par un vote du collège des jeux de hasard sur la publication prévue à l'article 4 b, paragraphe 1, deuxième phrase, du GlüStV (article 5, paragraphe 1, du Verwaltungsvereinbarung GlüStV, l'accord administratif relatif au GlüStV, ci-après «VwVGlüStV»), de transmettre dans les meilleurs délais les demandes de concessions reçues au collège des jeux de hasard (article 5, paragraphe 2, VwVGlüStV), et soit d'examiner lui-même les demandes de concessions, soit de les transmettre au collège des jeux de hasard avec une appréciation provisoire et une proposition de décision, ou d'en charger le service compétent (article 4, paragraphe 3, VwVGlüStV).

38 L'appréciation définitive de toutes les demandes de concession appartient au collège des jeux de hasard, conformément à l'article 1 du VwVGlüStV.

**c) Le déroulement de la première phase de la procédure**

39 Conformément à l'article 5, paragraphe 1, VwVGlüStV, le texte de l'avis de marché publié au niveau européen a été adopté par le HMdIS et le collège des jeux de hasard. Dans le cadre de sa deuxième réunion du 3 août 2012, le collège des jeux de hasard a adopté l'avis de marché dans sa version du 3 août 2012.

40 Le 8 août 2012, a été publié au journal officiel de l'Union européenne de 2012, l'avis de marché intitulé «Services liés au sport – avis de marché numéro 2012/S 151-253153». L'avis de marché européen a en outre été publié sur le site internet du HMdIS qui proposait un lien hypertexte vers la plate-forme de publication TED, puis ultérieurement sous forme de document PDF.

41 Dès lors qu'il n'existe pas, que ce soit pour les concessions de service qui doivent être publiées au niveau européen, ou pour la procédure dans la présente affaire, de formulaire adapté à une telle publication, le formulaire consacré aux «procédure de négociation pour les marchés de services» a été utilisé, comme cela est d'usage dans les concessions de services. Les particularités de la présente procédure ont été décrites dans la partie remplissable du formulaire prévue à cet effet, notamment aux points II.1.5 et VI.3.

42 Cet avis présente de manière succincte la procédure en deux phases.

43 La date limite (délai de forclusion) de présentation des candidatures (point IV.3.4 de l'avis) dans le cadre de la première phase (présélection des candidats) a d'abord été fixée **[Or. 13]** au 4 septembre 2012 à 12 heures. Par l'avis du 29 août 2012 (2012/S 165-273138), ce délai a été prolongé au profit des candidats jusqu'au 12 septembre 2012 à 10 heures.

44 Pendant le délai de candidature, des questions pouvaient être posées par écrit (et communiquées par courrier électronique). Les questions étaient traitées de manière anonyme et les réponses étaient adressées à tous les intéressés (sous forme de tableau). Deux cent vingt questions au total ont été posées par 35 cabinets d'avocats et personnes privées, et une réponse rapide a été donnée pendant le délai de candidature en plusieurs étapes. Le délai de présentation des questions est arrivé à expiration le 4 septembre 2012 à 24 heures, conformément à l'avis 2012/S 165-273138 publié au journal officiel de l'UE (et par lequel la prolongation du délai de candidature a également été publiée).

45 À l'expiration du délai de candidature, le 12 septembre 2012 à 10 heures, 72 candidatures avaient été présentées dans les délais impartis au cabinet d'avocats CBH, Bismarkstrasse 11-13, 50672 Cologne, le point de contact chargé de la réception des dossiers de candidature qui devaient être présentés sous enveloppe ou paquet scellé. Cinq candidatures ont été présentées tardivement.

- 46 Les dossiers de candidature représentaient au total un volume d'environ 100 classeurs.
- 47 Les 12 et 13 septembre 2012, les 72 candidatures présentées dans les délais impartis ont été ouvertes dans les locaux du HMdIS. Le cabinet d'avocats CBH n'a participé ni à l'ouverture des dossiers de candidatures, ni à l'appréciation des candidatures.
- 48 Un candidat dont la candidature est parvenue au points de contact avec un retard de 12 minutes, a introduit un recours en référé le 12 septembre 2012 devant le tribunal administratif compétent de Wiesbaden, sollicitant que sa candidature soit prise en compte dans la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs et déclarée recevable (a posteriori). Compte tenu des circonstances spécifiques de l'espèce, le VG Wiesbaden a ordonné, par son jugement du 13 septembre 2012 (5 L 1081/12.WI), la suppression des conséquences résultant de la forclusion et la réintégration dans l'état antérieur. La candidature a donc été prise en compte par le HMdIS.
- 49 Les dossiers des 73 candidatures admises à poursuivre la procédure ont ensuite été examinés par le HMdIS à la lumière des conditions énoncées dans l'avis de marché européen aux points III.2.1 et II.2.3. L'examen a d'abord porté sur le caractère complet des dossiers de candidatures de des candidats. Dans un second temps, l'aptitude du candidat a été examinée (fiabilité et compétence technique). **[Or. 14]** Dix-neuf candidatures étaient complètes et remplissaient les critères d'aptitude. Les cinquante-quatre autres candidatures présentées dans les délais impartis soit étaient incomplètes, soit ne remplissaient pas les critères d'aptitude.
- 50 Conformément aux dispositions du point VI.3 de l'avis de marché, et de l'article 4b, paragraphe 3, du GlüStV, le HMdIS s'était réservé la possibilité d'inviter les candidats à présenter des informations, des éléments de preuve ou des documents complémentaires, dans la mesure où cela était jugé nécessaire dans le cadre de l'appréciation des conditions de délivrance des concessions. Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, compte-tenu du fait que seulement 19 candidats avaient présenté un dossier de candidature complet, le HMdIS a décidé de présenter des demandes de renseignements complémentaires. Après l'examen des renseignements complémentaires, il a été jugé que 56 candidats remplissaient les critères de participation de la première phase de la procédure de concession pour des paris sportifs, et que 17 candidats ne remplissaient pas lesdits critères.
- 51 La liste des motifs de rejet au stade de la première phase a été arrêtée le 24 octobre 2012 dans le cadre de l'espace virtuel MOSS du collège des jeux de hasard. Comme cela avait été discuté lors de la quatrième réunion du collège des jeux de hasard du 9 octobre 2012, les membres du collège des jeux de hasard pouvaient adresser leurs observations ou leurs questions au bureau commun et au HMdIS, dans un délai de trois jours ouvrables à compter de la communication de

l'information concernant le chargement des documents dans l'espace virtuel MOSS.

- 52 Les 17 candidats n'ayant pas rempli les critères de participation ont reçu une décision de rejet par courrier daté du 6 ou du 7 novembre 2012, et dans un cas par courrier daté du 4 décembre 2012.

**d) Le déroulement de la seconde phase de la procédure**

- 53 Le 24 octobre 2012, a été lancée la seconde phase de la procédure, dans laquelle les 56 candidats retenus aux termes de la première phase de la procédure ont été invités à compléter leur candidature conformément aux indications des documents communiqués.

- 54 Les candidats (et les avocats qui les représentaient) ont reçu par télécopie un courrier les invitant à présenter une demande, et indiquant que tous les documents décrivant les conditions de présentation des offres seraient communiqués par courrier électronique.

- 55 Compte tenu de la quantité de données, deux courriers électroniques ont été envoyés et les documents suivants ont été mis à la disposition des candidats:  
**[Or. 15]**

1. Les règles de procédure (inspirées des dispositions du VOL/A) ont été résumées dans le cadre d'un mémorandum d'information.
2. Toutes les conditions de fond (concernant à la fois le respect des conditions minimales et les critères de sélection dans l'hypothèse où plus de 20 candidats seraient jugés aptes) étaient présentées dans les documents élaborés spécialement à cet effet et intitulés «conditions minimales générales», «conditions minimales des concepts» et «procédure de sélection», comprenant une matrice d'appréciation. Les différentes conditions étaient décrites successivement de manière claire.
3. Pour faciliter la tâche des candidats, une liste de contrôle était jointe concernant les documents, déclarations et éléments de preuve devant être fournis. Trois formulaires de réponse (correspondant respectivement aux trois documents décrivant les conditions notamment minimales) était mis à disposition, dans lesquels les observations des candidats, y compris les références à des documents spécifiques, devait être intégrées. La description de chaque élément demandé correspondait à la description des documents cités au point 2.
4. S'agissant de certaines déclarations (comme dans le cadre de la première phase) des formulaires pré formatés étaient joints (F01 à F13), et devaient uniquement être signés.

5. D'autres documents pertinents étaient également mis à disposition.
6. Tous les documents envoyés étaient énumérés dans une liste récapitulative.

**aa) L'organisation de la seconde phase de la procédure – Les règles du mémorandum d'information**

- 56 Le mémorandum d'information contient - outre la description des objectifs de la procédure de concession, du contenu de la concession et de son champ d'application – aux points 4 à 7 une description précise de la procédure par laquelle le nombre maximal de 20 concessions devaient être délivrées. Faute de caractère directement applicable des dispositions régissant les marchés publics, le mémorandum d'information fixe toutes les règles de procédure permettant de garantir la délivrance transparente et non discriminatoire des concessions. Ce document précise de manière suffisamment détaillée les dispositions relatives à la procédure des articles 4a et suivants du GlüStV. **[Or. 16]**
- 57 En particulier, le point 4, paragraphe 2, souligne une nouvelle fois dans ce contexte que le HMdIS se réserve le droit de réduire progressivement le nombre de candidats dans le cadre de l'examen des candidatures, ce qui avait précédemment été indiqué dans le cadre de l'avis publié au niveau de l'UE (points IV.1.3 et VI.3).
- 58 Au point 5.5 du mémorandums d'information, il est indiqué s'agissant des demandes d'explications, d'éléments de preuve et de documents complémentaires, que le HMdIS (en sa qualité de concédant) peut inviter les candidats, dans le cadre de l'examen des conditions de délivrance des concessions, à compléter les informations, les éléments de preuve et les documents dans un délai raisonnable, ou à fournir des informations, des éléments de preuve ou des documents complémentaires.
- 59 Le point 5.6 du mémorandum d'information précise les droits du HMdIS en matière d'examen. Il en résulte que le HMdIS se réserve expressément le droit de contrôler, ou de faire contrôler par d'autres autorités, à tout stade de la procédure, l'ensemble des déclarations, des éléments de preuve et des autres documents présentés par les candidats dans le cadre de la procédure (que ce soit au cours de la première ou de la seconde phase). En outre, le HMdIS peut notamment consulter les informations des autorités fédérales et des Länder chargés de la sécurité concernant les candidats. Cette consultation a lieu uniquement dans le cadre de la mise en œuvre des tâches et des compétences exercées dans le cadre de l'article 9, paragraphe 1, du GlüStV.
- 60 Il est expressément indiqué au point 5.12 du mémorandum d'information que le HMdIS informe par écrit chaque candidat dont la candidature ne peut être retenue, du rejet de sa candidature. Il est en outre expressément indiqué que cette notification mentionne le motif de rejet, et intervient 10 jours avant l'attribution

des concessions. Le HMdIS s'est donc lui-même engagé à respecter un délai de statu quo entre la notification des décisions de rejet et l'attribution des concessions.

- 61 Au point 5.15 du mémorandum d'information, il est indiqué que les ententes restrictives de la concurrence en lien avec la procédure sont interdites et entraînent l'exclusion de la procédure ou l'annulation des concessions précédemment délivrées.
- 62 Le point 6 du mémorandum d'information décrit le déroulement de la procédure d'examen. Cette procédure se déroule comme suit:
1. Examen du caractère complet du dossier sur le plan formel [**Or. 17**]
  2. Respect des conditions minimales générales
  3. Respect des conditions minimales des concepts, s'agissant uniquement des concepts en matière de distribution, de paiements et de rentabilité.
  4. Seuls les candidats ayant rempli les conditions minimales des points 2 et 3 ci-dessus sont invités à participer à la «phase de négociation». Dans le cadre de ladite «phase de négociation», les candidats présentent leurs concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité, et répondent à des questions à cet égard. Ils ont l'occasion de présenter leurs positions concernant les concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité. Sur cette base, le HMdIS décide si les conditions doivent être révisées et si les candidats doivent avoir de nouveau l'occasion d'adapter leurs concepts aux – nouvelles – conditions.
  5. Cela débouche sur un examen final des conditions minimales (éventuellement révisées) des concepts en matière de questions sociales et de sécurité.
  6. Si plus de 20 candidats remplissent les conditions des points 1 à 5, une procédure de sélection est mise en œuvre, au cours de laquelle leurs candidatures sont appréciées à la lumière de critères de sélection fixés et de la matrice d'appréciation afférente. Des renseignements complémentaires à cet égard sont disponibles au point 7 du mémorandum d'information ainsi que dans les documents intitulés «procédure de sélection» (y compris matrice d'appréciation) et dans le formulaire de réponse afférent à la «procédure de sélection». Le classement qui en résulte détermine la délivrance des concessions aux 20 candidats ayant obtenu le plus grand nombre de points.

### **bb) Les délais dans le cadre de la seconde phase de la procédure**

- 63 Un délai unique expirant le 20 décembre 2012 applicable à tous les candidats a été fixé pour la présentation des demandes dans le cadre de la seconde phase (procédure de négociation).
- 64 En raison du nombre important de questions soulevées par les 56 candidats admis, et des indications d'entreprises étrangères, selon lesquelles les délais seraient très courts pour rassembler les documents nécessaires compte tenu des réponses du catalogue des questions réponses, le HMdIS a décidé, par courrier électronique du 14 novembre 2012, à prolonger le délai de candidature jusqu'au 7 janvier 2013. **[Or. 18]**
- 65 Par courrier électronique du 23 novembre 2012, le HMdIS a fait usage de la possibilité qui lui est conférée par le point 5.4 du mémorandum d'information, lui permettant d'optimiser/de compléter les documents de procédure. Dans ce contexte, les documents intitulés «conditions minimales des concepts», «procédure de sélection», ainsi que les deux formulaires de réponse afférents dans leur forme révisée ont été de nouveau communiqués sous format électronique. Suite à cette révision, le délai de candidature a été fixé au 21 janvier 2013 à 12 heures, et a donc été une nouvelle fois prolongé au profit des candidats.

### **cc) Les questions relatives aux exigences de la seconde phase**

- 66 Au cours du délai de candidature, des questions écrites pouvaient être posées (par courrier électronique) (voir le point 5.4 du mémorandum d'information).
- 67 Les questions étaient traitées de manière anonyme et les réponses étaient communiquées (sous forme de tableau) à tous les candidats ayant été invités à présenter une demande.
- 68 Le catalogue des questions réponses a été élaboré sous format PDF et mis à disposition également sous forme de tableau Excel, et renvoyait aux conditions notamment minimales également formulées de manière claire. Les candidats pouvaient donc si besoin trier le catalogue des questions réponses ou utiliser la fonction de recherche du logiciel Excel, pour mieux localiser et identifier les réponses données, qui faisaient partie intégrante des conditions minimales. Au total 599 questions ont été posées, et ont obtenu une réponse rapide en plusieurs étapes dans le cadre du délai de candidature. Le délai dans lequel des questions pouvaient être présentées est arrivé à expiration le 10 décembre 2012.

### **dd) L'ouverture des candidatures dans le cadre de la seconde phase**

- 69 Parmi les 56 candidats invités à présenter une demande dans le cadre de la seconde phase, 41 candidats ont présenté une demande dans le délai imparti, c'est-à-dire avant le 21 janvier 2012 à 12 heures.

- 70 Les dossiers de candidature représentaient au total un volume d'environ 200 classeurs.
- 71 Les 21 et 22 janvier 2013, les 41 demandes présentées dans les délais impartis ont été ouvertes dans les locaux du HMdIS. Les 14 autres candidats ayant été invités à présenter une demande soit n'avaient pas présenté de demande, ce qui équivaut à un désistement de leur candidature, soit s'étaient expressément désistés de leur candidature. **[Or. 19]**
- 72 Par courrier du 22 janvier 2013, tous les demandeurs dont la demande avait été présentée dans les délais impartis ont reçu un accusé de réception.
- 73 En accord avec le collège des jeux de hasard, il a été décidé que, dans un premier temps, les dossiers de candidature ne seraient pas envoyés au collège des jeux de hasard. De même, pour des raisons de sécurité, il a été décidé de renoncer au chargement des documents dans l'espace virtuel MOSS du collège des jeux de hasard, car les documents contenaient un grand nombre de secrets commerciaux et d'exploitation, et devaient en grande partie être traités comme des documents confidentiels. Le 19 mars 2013, les membres du collège des jeux de hasard ont pu, dans le cadre de la huitième réunion dudit collège organisée à Wiesbaden, consulter les dossiers de candidature de la seconde phase de la procédure de concession dans les locaux du HMdIS.
- 74 À l'occasion de la 13<sup>ème</sup> réunion du collège des jeux de hasard des 21 et 22 août 2013, les dossiers de candidature complets ont été remis aux membres du collège des jeux de hasard sous format électronique sur des clés USB. Au moment de la remise des clés USB aux membres du collège des jeux de hasard, ces derniers ont signé un accusé de réception et un engagement de confidentialité, dans lequel étaient rappelées les règles de traitement des données sensibles des candidats.

**ee) L'examen des demandes et les conclusions de la seconde phase**

- 75 Les dossiers fournis à l'appui des 41 demandes présentées dans les délais impartis conformément aux dispositions du point 6 du mémorandum d'information ont ensuite été examinés, selon le schéma suivant:
1. Examen formel
  2. Examen des conditions minimales générales
  3. Examen des conditions minimales des concepts en matière de distribution, de paiements et de rentabilité.

**(1) Examen succinct**

- 76 Compte tenu des délais restreints et de l'ampleur considérable des dossiers de candidature, un examen succinct a été opéré dans un premier temps. L'examen des

documents des demandeurs a d'abord porté sur le caractère complet des dossiers et sur le respect des conditions minimales générales, et des conditions minimales **[Or. 20]** des concepts en matière de distribution, en matière de paiements, et en matière de rentabilité. Les conclusions de l'examen résultent du rapport d'examen manuscrit.

- 77 Suite à cet examen succinct, il a été considéré que 14 demandeurs remplissaient entièrement les conditions devant être examinées en premier lieu en vertu du point 6 du mémorandum d'information (caractère complet du dossier, respect des conditions minimales générales, des conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité), sans qu'il soit nécessaire de demander des explications ou des documents complémentaires. S'agissant des 27 autres demandeurs, il a été considéré à l'issue de l'examen succinct, qu'ils ne respectaient pas, ou ne respectaient pas entièrement, les conditions devant être examinées en premier lieu en vertu du point 6 du mémorandum d'information (caractère complet du dossier, respect des conditions minimales générales, et des conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité).
- 78 Le HMdIS a ensuite analysé si, conformément au point 5.5 du mémorandum d'information et à l'article 4b, paragraphe 3, du GlüStV, la possibilité pouvait ou devait être donnée aux demandeurs ayant présenté des dossiers incomplets, de les compléter par des informations, des éléments de preuve ou des documents complémentaires dans un délai raisonnable, ou s'il devait leur être possible de fournir des informations, des éléments de preuve et des documents complémentaires. Compte tenu du fait que 14 demandeurs respectaient les conditions devant être examinées en premier lieu en vertu du point 6 du mémorandum d'information, et compte tenu du fait qu'au maximum 20 concessions pouvaient être délivrées, le HMdIS, après avoir exercé le pouvoir d'appréciation qui lui est conféré, a décidé de ne pas demander d'éléments complémentaires dans le cadre de la seconde phase, et a appliqué cette décision à tous les demandeurs de manière égale.
- 79 L'exercice du pouvoir d'appréciation concernant la demande de documents complémentaires et concernant la suite du déroulement de la procédure, a fait l'objet d'un débat lors de la huitième réunion du collège des jeux de hasard des 18 et 19 mars 2013. L'extrait du procès-verbal de la huitième réunion du collège des jeux de hasard des 18 et 19 mars 2013 contient des éléments détaillés à cet égard.
- 80 Les 14 demandeurs ayant présenté des dossiers qui, selon les conclusions de l'examen succinct, satisfaisaient pleinement les exigences des documents intitulés «conditions générales minimales» et «conditions minimales révisées des concepts» en matière de distribution, en matière de paiements, et en matière de rentabilité, **[Or. 21]** ont été invités à présenter leurs concepts dans le cadre de la

«phase de négociation», conformément au point 6, point 4, du mémorandum d'information.

- 81 À l'issue des présentations, il était prévu d'examiner les propositions des demandeurs à la lumière des différentes dispositions afin que, le cas échéant, les exigences spécifiques des concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité puissent être adaptées, conformément au point 5.4 du mémorandum d'information. Les 14 demandeurs ayant participé à la négociation devaient ensuite avoir la possibilité d'adapter leurs concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité.
- 82 Suite à cela, l'analyse finale des demandes de l'ensemble des 41 candidats au regard des conditions minimales générales et des conditions minimales en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité devait avoir lieu. Les concepts en matière de questions sociales et de sécurité des 14 demandeurs invités à participer à la phase de négociation devaient également être examinés. Le HMdIS s'était réservé la possibilité d'intervenir à nouveau dans le cadre de la «procédure de négociation», dans l'hypothèse où l'examen final des conditions minimales conduirait à une conclusion différente de celle résultant de l'examen succinct des demandes.
- 83 En fonction des résultats de cet examen final, soit une concession soit une décision de rejet devait être préparée et présentée au collège des jeux de hasard, pour chacun des 41 demandeurs.
- 84 La procédure est entrée dans une impasse lorsque 19 candidats qui n'avaient pas été invités à participer à la phase de négociation/présentation, ont introduit un recours en référé afin principalement d'être admis à participer à la phase de négociation. Par son jugement du 30 avril 2013 (5 L 90/13 Wi), le VG Wiesbaden a jugé que le HMdIS était tenu d'accorder au demandeur numéro 15, la possibilité de présenter personnellement ses concepts dans le cadre de la procédure de négociation. Il a jugé que le demandeur pouvait se prévaloir du droit de participer à la totalité de la seconde phase de la procédure de concession pour des paris sportifs. Par son jugement du 28 juin 13 (8 B 1200/13), le VGH Kassel a annulé la décision du VG Wiesbaden du 30 avril 2013 (5 L 90/13 Wi), et a rejeté en totalité le recours du demandeur (candidat numéro 15). Le VGH a motivé sa décision par le fait que le demandeur n'avait pas d'intérêt pour agir car, en vertu de l'article 44a du VwGO, les recours juridiques contre les actes de procédure administrative, dont la demande présentée dans cette procédure faisait partie, ne sont recevables qu'à titre exceptionnel avant l'adoption d'une décision administrative au fond dans le cadre de la procédure concernée. **[Or. 22]** Le VGH a considéré qu'une telle mesure exceptionnelle n'était pas nécessaire en l'espèce, car la requérante pourrait ultérieurement bénéficier d'un recours effectif devant les juridictions administratives contre un acte mettant fin à la procédure dans une mesure suffisante. Il a indiqué que le HMdIS s'était engagé à respecter un «délai de statu quo» de 15 jours avant la délivrance des concessions, et que les recours juridiques

disponibles avant et après la délivrance des concessions étaient donc suffisants. Ultérieurement, les 18 autres procédures pendantes devant le VG Wiesbaden soit ont été suspendues en raison du désistement de la demande ou en raison d'une déclaration de règlement du litige entre les parties, soit les recours ont été rejetés sur la base de l'arrêt du VGH faute d'intérêt pour agir. Le VGH a rejeté tous les recours dirigés contre cette décision de sorte que toutes ces procédures sont maintenant clôturées.

- 85 Par les courriers électroniques du 6 mai 2013 et du 17 mai 2013, les 41 candidats ont été informés de l'état d'avancement et du déroulement ultérieur de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs.

### **(2) L'analyse finale des demandes**

- 86 Après la mise en œuvre de la partie orale de négociations, l'examen final des demandes présentées par les candidats au regard de leur caractère complet et du respect des conditions minimales a commencé. L'adaptation des conditions minimales des concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité n'était pas nécessaire, car dans le cadre de la «phase de négociation» aucun besoin n'avait été constaté en ce sens.
- 87 Les dossiers de candidature des demandeurs ont donc été une nouvelle fois examinés pour apprécier le caractère complet du dossier, ainsi que le respect des conditions minimales générales, et des conditions minimales des concepts en matière distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité. De plus, les dossiers de candidature des demandeurs ont fait l'objet d'un examen détaillé au regard du respect des conditions minimales des concepts en matière de sécurité et en matière questions sociales.
- 88 En conclusion, il a été constaté que les conclusions de la première analyse – succincte – réalisée en février et mars 2013, en particulier s'agissant des conditions en matière de rentabilité, n'étaient pas suffisamment solides. En effet, aucun des 41 candidats ne remplissait pleinement les conditions minimales générales, les conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité. **[Or. 23]**

### **(3) La présentation de demandes de renseignements complémentaires**

- 89 Le HMdIS a ensuite de nouveau examiné la question de savoir si, conformément au point 5.5 du memorandum d'information, et à l'article 4b, paragraphe 3, du GlüStV, les candidats ayant présenté des dossiers incomplets pouvaient ou devaient avoir la possibilité de compléter les informations, les éléments de preuve et les documents dans un délai approprié, ou devaient avoir la possibilité de présenter de nouvelles informations, de nouvelles preuves et de nouveaux documents.

- 90 Dès lors qu'il avait désormais été constaté qu'aucun des candidats ne remplissait les conditions minimales nécessaires, le HMdIS s'est prononcé, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré, en faveur de la recevabilité/la possibilité de présenter une demande de renseignements complémentaires dans le cadre de la seconde phase de la procédure, et a communiqué cette décision à tous les candidats de la même manière.
- 91 Après avoir décidé de présenter des demandes de renseignements complémentaires, le HMdIS a décidé, pour gagner du temps, de demander des renseignements complémentaires concernant le caractère complet des dossiers, concernant les conditions minimales générales, et les conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de traitement des paiements et en matière de rentabilité, en même temps que des renseignements complémentaires concernant les concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité.
- 92 Par courrier électronique du 14 novembre 2013, les 41 candidats ont été informés de l'état d'avancement et du déroulement ultérieur de la procédure de concession. Après qu'un demandeur se soit désisté de sa candidature, le HMdIS a adressé le courrier de demande de renseignements complémentaires par courrier électronique du 17 janvier 2014 aux 40 candidats participant encore à la procédure. Outre la demande de renseignements complémentaires, le courrier contenait une liste de tous les documents joints, des formulaires devant être utilisés, ainsi que le rapport d'analyse du candidat concerné.
- 93 Les courriers de demande de renseignements complémentaires donnaient également aux candidats la possibilité de revoir en tout ou en partie leurs observations concernant les critères. Cela s'explique par le fait que, compte tenu des documents et des explications complémentaires devant être fournis concernant les conditions minimales, il pourrait être nécessaire pour certains candidats de réviser également le document intitulé «08a Formulaires de réponse Procédure de sélection révisée» contenant les références aux documents présentés et aux critères. Dès lors que l'on ne pouvait pas exclure **[Or. 24]** que certains candidats, pour lesquels des renseignements complémentaires importants étaient nécessaires, puissent également présenter des informations nouvelles ou «meilleures» concernant les critères K, il a été décidé, pour des raisons d'égalité de traitement, de donner à tous les candidats la possibilité de réviser en tout ou en partie leurs observations concernant les critères de sélection.
- 94 Concernant la phase de négociation, il a été indiqué dans le courrier de demande de renseignements complémentaires, que les candidats qui n'avaient pas été jusque-là invités à présenter leurs concepts en matière de questions sociales et de sécurité, le feraient par procédure écrite. Il a été indiqué que les courriers concernant la mise en œuvre de la phase écrite de négociation ne seraient envoyés qu'aux candidats ayant rempli les conditions minimales dans le cadre de l'analyse des documents complémentaires et n'ayant pas été déjà invités à participer au cycle oral de négociation, et que l'examen du respect des conditions minimales

s'étendait aux concepts en matière de questions sociales et de sécurité (parties A et B), car les courriers de demandes de renseignements complémentaires concernaient également les explications/documents manquants relatifs à ces conditions minimales.

- 95 Le délai de présentation des documents et/ou des explications complémentaires a été fixé au vendredi 14 mars 2014, à 12 heures.
- 96 Pendant le délai de présentation des renseignements complémentaires, il était possible de poser des questions écrites (par courrier électronique) (voir le courrier de demande de renseignements complémentaires). Les questions générales ont été traitées de manière anonyme et les réponses ont été communiquées à tous les candidats invités à présenter des documents complémentaires. Le catalogue des questions réponses était mis à disposition sous format PDF et sous forme de tableau Excel, avec une référence aux conditions minimales également décrites de manière claire. Les candidats avaient donc la possibilité de trier le catalogue des questions réponses en fonction de leurs besoins et d'utiliser la fonction de recherche du logiciel Excel, afin de classer et de localiser les réponses données concernant les différentes conditions minimales. Au total, 76 questions ont été posées et ont reçu une réponse en plusieurs étapes dans le délai de présentation des documents complémentaires demandés. Le délai de présentation des questions est arrivé à expiration le 5 mars 2014, comme indiqué par courrier électronique du 14 février 2014 à tous les candidats participants encore à la procédure. **[Or. 25]**
- 97 Outre les questions générales, les candidats participant encore à la procédure ont également posé des questions individuelles. Il s'agissait de questions concernant des circonstances de fait spécifiques résultant des courriers de demandes de renseignements complémentaires précis adressés aux candidats. Les réponses à ces questions individuelles, pertinentes uniquement pour le demandeur concerné, ont été adressées uniquement audit demandeur.
- 98 Parmi les 40 demandeurs qui participaient encore à la procédure et avaient reçu un courrier de demande de renseignements complémentaires, 39 ont présenté des documents dans les délais impartis. Un demandeur n'a présenté aucun document et a indiqué par courrier du 13 mars 2014 adressé au HMdIS qu'il n'entendait pas à ce stade poursuivre sa demande de délivrance d'une concession pour des paris sportifs, mais qu'il se réservait la possibilité de présenter de nouveau sa demande «le moment venu», en fonction du déroulement de la procédure en Allemagne. Le demandeur n'a pas réagi à la demande du HMdIS qui lui a été adressée par courrier du 13 mars 2014 également, l'invitant à indiquer s'il entendait se désister ou maintenir sa demande de délivrance d'une concession pour des paris sportifs.
- 99 Les demandes des demandeurs participants toujours à la procédure ont été examinées en tenant compte des documents complémentaires présentés, afin de déterminer si les dossiers étaient désormais complets, et s'ils respectaient pleinement les exigences des documents intitulés «conditions minimales

générales» et «conditions minimales des concepts». Trente-cinq demandeurs satisfaisaient l'ensemble des conditions énoncées dans les documents intitulés «conditions minimales générales» et «conditions minimales révisées des concepts».

- 100 Cinq demandeurs ne respectaient pas l'ensemble des conditions énoncées dans les documents intitulés «conditions minimales générales» et «conditions minimales révisées des concepts». Des décisions de rejet ont été préparées à l'attention de ces cinq demandeurs. Ces projets ont été chargés le 9 avril 2014 sur l'espace virtuel MOSS du collège des jeux de hasard, avec les rapports d'examen et les courriers précédemment communiqués de demandes de renseignements complémentaires, et ont ainsi été mis à la disposition du collège des jeux de hasard. Le jour même, le bureau conjoint du collège des jeux de hasard a lancé la procédure de concertation. Le 16 avril 2014, le bureau conjoint du collège des jeux de hasard a annoncé que la décision de rejet adressée au demandeur numéro 28 serait complétée de deux motifs de rejet, et a demandé que le projet modifié de décision soit soumis au vote. Le délai [Or. 26] de vote est arrivé à expiration le 17 avril 2014. Le collège des jeux de hasard a adopté les décisions de rejet dans la forme présentée à la majorité nécessaire, dans le cadre de la procédure de concertation.
- 101 Par courrier du 13 mai 2014, une clé USB contenant les documents complémentaires présentés par les candidats ainsi que différents documents (rapports d'examen par demande de renseignements complémentaires, demandes de renseignements complémentaires, décisions de rejet), a été envoyée à chaque membre du collège des jeux de hasard. Les informations contenues sur la clé USB étaient cryptées. Le mot de passe nécessaire à la lecture des données a été communiqué aux membres du collège des jeux de hasard par courrier séparé.

#### **(4) La mise en œuvre de la phase de négociations**

- 102 Certains demandeurs ont exprimé des réserves concernant le déroulement prévu de la phase de négociation dans le cadre de la procédure écrite. Le principal argument invoqué était que l'approche modifiée (passage de négociations orales à des négociations écrites) leur était défavorable et violait à leurs yeux le principe d'égalité de traitement. Il a donc été décidé, pour des raisons d'égalité de traitement, d'en revenir à des négociations orales. Il a ensuite été décidé dans ce contexte qu'il serait proposé aux demandeurs qui avaient déjà participé au premier cycle de négociations de participer à nouveau, mais il leur était indiqué que les questions ne seraient pas modifiées mais qu'une «nouvelle» équipe du HMdIS entendrait simplement la présentation.
- 103 Les 35 demandeurs dont les dossiers, compte tenu des documents complémentaires demandés, remplissaient pleinement les conditions énoncées dans les documents intitulés «conditions minimales générales» et «conditions minimales révisées des concepts» ont été invités à présenter leur projet dans le cadre de la «phase de négociation», conformément au point 6, point 4, modifié du

mémorandum d'information. Quatre demandeurs qui avaient déjà participé au premier cycle de négociations ont fait usage de la possibilité qui leur était donnée de ne pas participer une nouvelle fois au deuxième cycle de négociations. Les 31 autres demandeurs ont participé au cycle de négociations. [Or. 27]

**ff) La mise en œuvre de la procédure de sélection**

- 104 Comme plus de 20 demandes remplissaient désormais les conditions minimales, les demandes ont été appréciées en fonction des critères de sélection mentionnés dans le document intitulé «04a Procédure de sélection révisée» et selon la matrice d'appréciation mentionnée dans ce document, conformément au point 7 du mémorandum d'information.
- 105 Dans ce contexte, les observations des demandeurs concernant chaque critère étaient appréciées par une note comprise entre 0 et 5, en fonction de leur degré de contribution à la réalisation des objectifs poursuivis par les différents critères. Le document intitulé «04a Procédure de sélection révisée» fournissait des indications détaillées concernant le déroulement de la procédure de sélection.
- 106 Aux fins de la procédure de sélection, des équipes d'analyse comprenant deux membres du HMdIS (spécialistes des technologies de l'information, économistes, juristes) étaient chargées d'apprécier le respect de certains critères de sélection par les 35 candidats, selon le principe du double contrôle. En cas de différences d'appréciation, les examinateurs convenaient du nombre de points à accorder.
- 107 Comme indiqué au point 7 du mémorandum d'information, les différents critères étaient pondérés en fonction de leur importance aux yeux du HMdIS, c'est-à-dire assorti d'un coefficient. La note attribuée (comprise entre 0 et 5) ont été multipliée par ce coefficient. L'appréciation des différents candidats est relatée dans les rapports de sélection. Les points attribués aux candidats ont été additionnés. Un classement des candidats a ensuite été opéré selon le nombre de points obtenus (sur un maximum de 5000 points) (voir le point 5.8).

**gg) La décision du collège des jeux de hasard**

- 108 Le 7 août 2014, les membres du collège des jeux de hasard ont reçu par courrier recommandé une clé USB contenant les rapports de sélection, la matrice relative aux points relatifs aux critères (classement), le tableau comprenant les données relatives aux candidats, les projets de décisions de rejet, les projets de concessions, le projet de décision de la 22<sup>e</sup> réunion du collège des jeux de hasard des 26 et 27 août 2014, ainsi que les projets de courriers et les informations préalables adressées aux candidats participant encore à la procédure. Les informations contenues sur la clé USB étaient cryptées et accessibles grâce à un mot de passe préalablement communiquée aux membres du collège des jeux de hasard. Le 21 août 2014, le HMdIS a complété les documents par un extrait du dossier (provisoire) de la procédure, concernant en particulier la décision de

sélection ainsi que d'autres documents placés dans l'espace virtuel MOSS du collège des jeux de hasard. **[Or. 28]**

109 Lors de sa 22<sup>e</sup> réunion des 26 et 27 août 2014, le collège des jeux de hasard a décidé d'adopter la décision de sélection conformément à l'article 4b, paragraphe 5, du GlüStV. En vertu de cette décision, 20 concessions (article 10a, paragraphe 3, du GlüStV) devaient être délivrées à l'expiration du délai de statu quo de 15 jours.

110 La décision était motivée comme suit:

111 Le collège des jeux de hasard a débattu de manière approfondie de la proposition de décision de sélection, a consulté dans ce contexte les membres des groupes d'examen formés par le HMdIS et chargés de veiller à l'application de critères de sélection comparables, et a demandé des explications complémentaires concernant certaines appréciations dont l'examen avait soulevé des questions supplémentaires.

112 Dans le cadre d'une appréciation comparative, le HMdIS a conclu de son examen que les 20 premiers demandeurs remplissaient le mieux les critères d'appréciation. Le collège des jeux de hasard a contrôlé l'application objective et égale des critères d'appréciation par le HMdIS, en se basant sur les rapports d'examen et en tenant compte, de manière ponctuelle et selon les besoins du dossier de candidature, et a confirmé ses conclusions.

**e) L'envoi de l'information préalable**

113 Par courrier électronique du 2 septembre 2014, une information préalable a été communiquée aux 35 demandeurs participants encore à la procédure. Les 20 demandeurs qui, à l'issue de la procédure de sélection, devaient se voir délivrer une concession ont reçu les documents suivants:

- courrier; **[Or. 29]**
- information préalable (comprenant les noms des 20 candidats auxquels la délivrance d'une concession était envisagée et, pour chacun d'eux, le nombre total de points obtenus dans le cadre de la procédure de sélection; une information indiquant qu'il était envisagé de délivrer une concession aux candidats concernés; une information indiquant que les concessions devaient être délivrées le 18 septembre 2014);
- rapport de sélection.

114 Les 15 candidats qui, à l'issue de la procédure de sélection, ne pouvaient pas se voir délivrer une concession ont reçu les documents suivants:

- courrier;

- information préalable (comprenant le nom de tous les candidats précédant le demandeur concerné dans le classement et, pour chacun d’entre eux, le nombre total de points obtenus; une information indiquant que la demande de concession ne pouvait être satisfaite et serait rejetée compte tenu du nombre insuffisant de points obtenus; une information indiquant que les concessions devaient être délivrées le 18 septembre 2014);
  - décision de rejet;
  - rapport de sélection.
- 115 Les cinq candidats n’ayant pas satisfait les conditions résultant des documents intitulés «conditions minimales générales» et «conditions minimales des concepts», y compris sur la base des renseignements complémentaires, ont reçu le 2 septembre 2014 un courrier électronique comprenant un courrier, le rapport d’examen avant présentation des renseignements complémentaires, le rapport d’examen après présentation des renseignements complémentaires, et la décision de rejet.
- 116 En outre, les 40 demandeurs ont reçu par courrier recommandé du 2 septembre 2014, les différents documents qui leur étaient destinés en vertu des points ci-dessus.

#### **f) Situation actuelle: le recours en référé**

- 117 Cependant, le HMdIS n’a pas été en mesure de délivrer les concessions le 18 septembre 2014, car des candidats dont la candidature avait été rejetée ont introduit un recours en référé devant les juridictions administratives compétentes. Ils demandaient qu’il soit provisoirement interdit au HMdIS de délivrer les concessions. Par son ordonnance de référé du 17 septembre 2014, le Verwaltungsgericht Wiesbaden a enjoint le HMdIS de suspendre la procédure de délivrance des concessions jusqu’à ce que le tribunal se prononce sur la demande de référé, et de s’abstenir de délivrer des concessions aux candidats retenus (5 L 1428/14 WI). Le 18 septembre 2014, le HMdIS a introduit un recours contre cette décision. L’Oberverwaltungsgericht Hamburg a également, par son ordonnance du 22 septembre 2014, interdit au HMdIS de délivrer des concessions jusqu’au 31 octobre 2014, mais uniquement s’agissant des concurrents de la requérante dans la procédure de référé (4 Bs 189/14).

#### **g) Conclusion**

- 118 Le grief implicite résultant en particulier des questions 3c et 3f de l’ordonnance de renvoi, selon lequel le HMdIS et le collègue des jeux de hasard n’avaient en réalité pas l’intention de délivrer des concessions pour des paris sportifs à des organisateurs privés de paris sportifs, est manifestement infondé. **[Or. 30]** Les observations ci-dessus montrent au contraire que la procédure de concession a été menée de manière soigneuse, non discriminatoire et transparente. La procédure de

concession avait et a pour objet la délivrance de concessions. Le fait que telle n'ait pas été le cas à ce jour ne résulte pas de l'absence de volonté en ce sens du HMdIS mais résulte plutôt, comme nous l'avons montré, de l'ordonnance de référé rendue dans le cadre du recours introduit par des candidats dont la candidature a été rejetée.

### C. EXPOSÉ DES FAITS ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

- 119 Concernant les agissements reprochés à M<sup>me</sup> Ince, sur lesquels le ministère public fonde ses charges tirées de l'organisation de jeux de hasard sans autorisation, nous renvoyons aux développements de l'ordonnance de renvoi.
- 120 Il convient de souligner à titre complémentaire que M<sup>me</sup> Ince n'a pas présenté de demandes d'autorisation de concession pour l'intermédiation de paris sportifs, que ce soit dans le cadre de «l'ouverture bavaroise» ou dans le cadre de la «procédure de concession en vertu de la clause d'expérimentation». L'allégation selon laquelle M<sup>me</sup> Ince n'avait pas la possibilité juridique d'obtenir une autorisation ou une concession est infondée, comme nous l'avons montré ci-dessus (point 17 et point 118).
- 121 Il convient en outre de rappeler qu'au moins depuis janvier 2012, M<sup>me</sup> Ince est représentée et conseillée par un avocat spécialisé en matière de droits des jeux de hasard. Il faut donc considérer qu'elle était informée des possibilités décrites ci-dessus en matière d'obtention d'une autorisation ou d'une concession.
- 122 Dans le cadre de l'affaire relative aux deux procédures pénales jointes, la juridiction pénale de renvoi pose les questions suivantes:

*S'agissant des premières charges (janvier 2012) et des deuxièmes charges (pour la période allant jusqu'à fin juin 2012) pesant sur la prévenue:*

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

*1, sous 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 [Or. 31] de délivrer une autorisation à des prestataires privés n'est pas appliquée dans ce*

*Land en cas d'une éventuelle demande d'une autorisation d'organisation ou d'intermédiation?*

*1, sous 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 [du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques] 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?*

*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, 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 Stofß 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 [Or. 32] 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 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 Glü.ÄndStV) 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?*

- 123 Le gouvernement allemand estime qu'aucune des circonstances exposées dans les questions préjudicielles ne conduit, dans aucune des constellations décrites, à considérer que le droit de l'Union s'oppose au caractère punissable en vertu du droit pénal national de l'organisation sans autorisation de jeux de hasard. [Or. 33]

## D. APPRÉCIATION JURIDIQUE

### I. Sur la question préjudicielle 1a

- 124 Par la question préjudicielle 1a, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur les effets d'une réglementation nationale précise régissant les jeux de hasard sur le caractère punissable de l'organisation sans autorisation de jeux de hasard. Cette réglementation nationale régissant les jeux de hasard se caractériserait par le fait que, d'une part, elle exige qu'une autorisation soit délivrée aux organisateurs de paris sportifs, et que d'autre part, «une situation juridique contraire au droit de l'Union» interdit précisément la délivrance d'une telle autorisation.
- 125 Le gouvernement allemand estime que cette question est irrecevable car la situation juridique nationale en vigueur à la date des faits (premier semestre 2012) sur le lieu de l'infraction reprochée (Bavière) ne présente pas les caractéristiques décrites dans la question 1a. La situation juridique n'était pas contraire au droit de l'Union (point 1), et en particulier à la date de l'infraction, l'interdiction de délivrer des autorisations à des intermédiaires privés de paris n'était plus en vigueur.

### 1. Le grief tiré du caractère contraire au droit de l'Union

- 126 Il convient en premier lieu d'observer que, dans l'arrêt Markus Stoss, la Cour de justice n'a absolument pas constaté de manière contraignante le caractère contraire au droit de l'Union du monopole allemand des paris sportifs. La Cour a plutôt confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle la décision définitive concernant le caractère contraire au droit de l'Union d'un monopole des paris sportifs doit être fondée sur les constatations des juridictions nationales. La Cour a dit pour droit:

«La Cour a, de même, précisé qu'**il incombe aux juridictions nationales**, de s'assurer, notamment au vu des modalités concrètes d'application de la réglementation restrictive concernée, que celle-ci réponde véritablement au souci de réduire les occasions de jeu et de limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique»<sup>9</sup> (mise en exergue ajouter).

- 127 Suite à cet arrêt, la Cour a simplement donné aux juridictions nationales des indications concernant les circonstances pouvant révéler une incohérence du

<sup>9</sup> Arrêt de la cour du 8 septembre 2010, Markus Stoss, C-316/07, point 98.

monopole des paris sportifs, et pouvant donc plaider à l'encontre de la conformité des dispositions avec le droit de l'Union.

- 128 Il est également inexact – bien que la question préjudicielle puisse être interprétée en ce sens – que le monopole des paris sportifs résultant du GlüStV [Or. 34] aurait été jugé contraire au droit de l'Union par les juridictions administratives allemandes suite à l'arrêt Markus Stoss e. a., de manière globale pour l'ensemble des Länder. Le Bundesverwaltungsgericht a en particulier considéré que le monopole des paris sportifs résultant du GlüStV (article 10, paragraphe 2 et 5, du GlüStV de 2008) n'était pas contraire au droit de l'Union, en particulier dans le Land de Bavière.
- 129 Par son arrêt du 20 juin 2013, le Bundesverwaltungsgericht a simplement observé que le monopole public des paris sportifs résultant du traité d'État sur les loteries violait la liberté d'établissement et de prestation des services dans le Land de Bavière au cours de la période antérieure au 31 décembre 2007. Concernant la période comprise entre l'automne 2010 et le 30 juin 2012, la Cour a expressément indiqué que le refus d'appliquer la réserve d'autorisation résultant des dispositions régissant les jeux de hasard en vertu de l'article 4, paragraphe 1, du GlüStV, était possible sans que cela ne constitue une erreur d'appréciation <sup>10</sup>.
- 130 En outre, le caractère contraire au droit de l'Union des dispositions du droit allemand, retenu par la juridiction de renvoi, ne résulte pas non plus des faits allégués, globalement reprochés aux organisateurs de paris sportifs autorisés. En particulier, l'administration publique de la loterie en Bavière ne faisait pas de campagne d'image afin d'augmenter les recettes des activités de loterie. En outre, les orientations en matière de publicité ont été adaptées pour tenir compte de la jurisprudence du Bundesverwaltungsgericht.

## **2. L'absence d'interdiction de délivrer des autorisations**

- 131 Surtout, l'allégation selon laquelle il était interdit de délivrer des autorisations à des prestataires privés ne correspond pas aux dispositions juridiques en vigueur en Bavière entre janvier et juin 2012. Nous renvoyons à cet égard à nos précédentes observations concernant la pratique administrative (voir les points 13 et suivants ci-dessus). Pour toutes ces raisons, la question préjudicielle 1a est une question purement hypothétique, qui n'est pas déterminante de l'issue du litige devant la juridiction pénale.

## **II. Sur la question préjudicielle 1b**

- 132 Par la question préjudicielle 1b, la juridiction pénale souhaite en substance savoir si la pratique administrative de «l'ouverture bavaroise» permet d'écarter les doutes exprimés à l'encontre du monopole des paris sportifs en vigueur en Allemagne. Le gouvernement allemand estime que, même dans un cas dans lequel

<sup>10</sup> BVerwG, arrêt du 20 juin 2013 – 8 C 39.12, points 48 et suivants.

le droit national régissant les jeux de hasard reste inappliqué en raison d'une législation ou d'une pratique administrative fondée sur le droit de l'Union, **[Or. 35]** il appartient en premier lieu aux juridictions nationales d'apprécier le droit national au regard de son caractère cohérent et systématique.

- 133 Cette appréciation a déjà été retenue par un grand nombre de juridictions administratives allemandes. En dernière instance, le Bundesverwaltungsgericht a contrôlé, en invoquant des arguments détaillés (voir le point 16 ci-dessus), la cohérence du droit des jeux de hasard présentant les caractéristiques mentionnées. Ce droit se caractérise par une réserve d'autorisation, ainsi que par les conditions devant être satisfaites en vertu du droit national pour qu'une autorisation puisse être délivrée.
- 134 Le Bundesverwaltungsgericht a confirmé la cohérence, la transparence, et le caractère systématique de «l'ouverture bavaroise». Le gouvernement allemand partage les arguments retenus par le Bundesverwaltungsgericht à cet égard.

### **III. Sur la question préjudicielle 1c**

- 135 Par la question préjudicielle 1c, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur le point de savoir quelles sont les répercussions de l'arrêt OPAP de la Cour de justice au regard de la conformité avec le droit de l'Union d'une interdiction préventive.
- 136 Par une série d'arrêts, la Cour de justice a souligné le caractère particulier du domaine des jeux de hasard où, à la différence d'un marché traditionnel sur lequel peut être instaurée une concurrence libre et non faussée, l'application d'une telle concurrence dans ce marché très spécifique entre plusieurs opérateurs qui seraient autorisés à exploiter les mêmes jeux de hasard, est susceptible d'entraîner un effet préjudiciable, lié au fait que ces opérateurs seraient enclins à rivaliser d'inventivité pour rendre leur offre plus attrayante que celle de leurs concurrents et, de cette manière, à augmenter les dépenses des consommateurs liées au jeu ainsi que les risques de dépendance de ces derniers (arrêt de la cour de justice du 12 juin 2014, C-156/13, point 31, arrêt 30 avril 2014, C-390/12, point 46, arrêt du 24 janvier 2013, C-186/11, point 45).
- 137 Dans l'arrêt OPAP, auquel la question préjudicielle 1c fait précisément référence, la Cour a en outre observé que le refus d'octroyer une période transitoire en cas d'incompatibilité de la réglementation nationale avec les articles 43 CE et 49 CE n'entraîne pas nécessairement l'obligation de l'État membre concerné de libéraliser le marché des jeux de hasard, s'il devait estimer qu'une telle libéralisation n'est pas compatible avec le niveau de protection des consommateurs et de l'ordre social que cet État membre entend assurer. En effet, en l'état actuel du droit de l'Union, **[Or. 36]** une réforme du monopole existant afin de le rendre compatible avec les dispositions du traité, en le soumettant notamment à un contrôle effectif et strict de la part des autorités publiques, reste

ouverte aux États membres (arrêt de la cour de justice du 24 janvier 2013, C-186/11, point 46).

- 138 Il résulte des principes précités de l'arrêt OPAP que le droit de l'Union n'exige **pas** que l'interdiction totale de l'organisation et de l'intermédiation de paris sportifs non autorisés repose non seulement sur le critère de l'illégalité formelle, mais également sur le rejet de l'**aptitude** à obtenir une autorisation.
- 139 En d'autres termes, considérant qu'il est particulièrement important de contrôler au préalable les autorisations d'opérer sur le marché des jeux de hasard, le droit de l'Union permet qu'une interdiction préventive soit prévue.
- 140 Le BVerwG a donc à juste titre décidé d'appliquer, dans son arrêt du 16 mai 2013 concernant une procédure de révision bavaroise, un principe reconnu depuis des décennies dans le domaine du droit allemand en matière de sécurité: Toute activité formellement illégale dans le domaine des jeux de hasard peut en principe être interdite. Une exception s'applique, pour des raisons de proportionnalité, lorsque l'activité formellement illégale satisfaisait aux conditions matérielles d'autorisation, et que cela est manifeste pour l'autorité d'interdiction, c'est-à-dire perceptible sans autre examen, à la date de sa décision. Dans les autres cas, l'interdiction était nécessaire afin de garantir la clarification dans le cadre de la procédure d'autorisation et d'empêcher que l'activité illicite ne conduise à une situation de faits accomplis et que des dangers non vérifiés se concrétisent (voir l'arrêt du BVerwG du 16 mai 2013 – 8 C 14.12, points 54 et suivants).
- 141 C'est à juste titre que le BVerwG a invoqué à l'appui de cet arrêt la jurisprudence OPAP de la Cour de justice, et a souligné à cet égard que l'interdiction préventive n'est pas exclue, jusqu'à la clarification de l'aptitude à obtenir une autorisation – indépendamment du monopole (voir l'arrêt du BVerwG du 16 mai 2013 – 8 C 14.12, point 56).

#### **IV. Sur la question préjudicielle 2**

- 142 Contrairement à l'analyse juridique de la juridiction de renvoi exprimée dans la question préjudicielle 2, l'article 10, paragraphe 2, de la loi d'application du GlüStV de 2008, qui prévoit le maintien en vigueur du GlüStV de 2008 au cours de la période comprise entre le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et le 30 juin 2012, n'est pas contraire à la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (ci-après la «directive prévoyant une procédure d'information»). **[Or. 37]**
- 143 D'une part, le GlüStV en tant que tel avait été notifié. Par conséquent, peu importe la question de savoir s'il s'agissait de «dispositions techniques» au sens de la directive sur la procédure d'information. La disposition du droit du Land prévoyant le maintien en vigueur du GlüStV de 2008 ne devait pas, quant à elle, être notifiée. En effet, il ne s'agissait pas de dispositions «plus strictes», puisque le contenu des dispositions restait identique. Le fait que la disposition restreignant la

liberté de prestation des services ait été prolongée ne reflète pas non plus une disposition «temporairement plus stricte». En effet, le maintien en vigueur du traité d'État (notifié) au-delà du 31 décembre 2011 était déjà prévu par l'article 28, paragraphe 1, première phrase, du GlüStV 2008. En outre, l'article 8, paragraphe 1, troisième sous paragraphe, de la directive prévoyant une procédure d'information indique de manière définitive quelles modifications significatives du point de vue temporel doivent faire l'objet d'une notification, et précise qu'il s'agit uniquement du raccourcissement du calendrier initialement prévu d'application de la disposition technique (voir sur l'ensemble de ces aspects l'arrêt de l'OLG Saxe-Anhalt du 27 septembre 2012 – 9 U 73/11, points 80 et suivants, voir également l'arrêt du VGH Bade Württemberg du 23 mai 2012 – 6 S 389/11, point 19; l'arrêt de l'OLG Köln du 30 novembre 2012 – I 6 U 114/10, point 14; et l'arrêt de l'OLG Bremen du 12 octobre 2012 2 U 61/12, point 36).

### V. Sur la question préjudicielle 3a

- 144 Il n'existe pas de conflit d'intérêts dans le chef du cabinet d'avocats CBH (ci-après «CBH»). Il n'existe pas non plus de risque de favoritisme. Plus précisément:
- 145 Au printemps 2012, le HMdIS a décidé de sélectionner, sur la base de trois à cinq propositions comparables, un cabinet d'avocats chargé de fournir une assistance et des conseils juridiques dans le cadre de la procédure d'attribution des concessions en vertu des articles 4a à 4e du GlüStV, par le biais d'un marché négocié de gré à gré conformément au Vergabebeschleunigungserlass (le règlement sur la procédure accélérée d'attribution des marchés publics) du 1<sup>er</sup> novembre 2007 (point 2.1.1, sous b, en combinaison avec le point 2.2, paragraphes 5 à 7). Dans ce contexte, outre le cabinet CBH, six autres cabinets ont été contactés et invités à se prononcer sur les critères d'aptitude mentionnés. Outre le cabinet CBH, d'autres cabinets remplissaient les critères d'aptitude et ont été invités à présenter une offre. Le cabinet CBH ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le marché lui a été attribué le 11 juin 2012.
- 146 L'activité de conseil du cabinet CBH était cependant limitée à la première phase de la procédure de concession pour des paris sportifs (élaboration des documents de la première phase et assistance dans l'élaboration du catalogue de questions réponses afférent à la première phase) et au conseil dans l'élaboration de certaines parties des documents de l'appel d'offres afférent à la seconde phase de la procédure de concession pour des paris sportifs. **[Or. 38]** Au stade de la mise en œuvre de la seconde phase de la procédure, le cabinet CBH ne conseillait plus l'HMdIS. En particulier, le cabinet CBH n'a pas ouvert ou analysé les candidatures ou les demandes, et ne les a pas appréciées dans le cadre de la procédure de sélection. Dans le cadre de son activité de conseil, le cabinet n'a pas examiné les dossiers de candidature ou de demande des candidats/demandeurs dans la procédure de concession.

- 147 En novembre 2012 et janvier 2013, le cabinet CBH a obtenu, en raison de son activité de conseil dans le cadre de la première phase de la procédure, un mandat de représentation dans le cadre de neuf procédures introduites devant le VG Wiesbaden. Il s'agit de recours basés sur des allégations identiques de candidats ayant été admis à participer à la seconde phase la procédure est qui, pour huit d'entre eux, continuent de participer à la procédure de concession à ce jour. Les requérants demandent que la procédure de concession soit remise en l'état dans lequel elle se trouvait à la date de la publication au journal officiel de l'Union européenne, car elle aurait prétendument été conçue de manière incorrecte. Dans toutes ces procédures, les requérants sont représentés par le même cabinet d'avocats. Les procédures portent uniquement sur les modalités d'organisation de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs (obligation de notification, division en deux phases, etc.). Le cabinet CBH a présenté dans les neuf procédures un mémoire en réponse (identique dans toutes les procédures). Dans sept des procédures, qui sont actuellement pendantes devant le VG Wiesbaden, le jour de l'audience n'a pas encore été fixé. Les deux autres procédures sont actuellement pendantes devant le VGH Kassel, en raison de la présentation d'un mémoire ampliatif. Il n'a pas été nécessaire à ce stade de consulter les dossiers de candidature/demande des candidats/demandeurs dans le cadre de ses neuf procédures, et les dossiers n'ont pas été consultés par le cabinet CBH.
- 148 Le HMdIS s'est lui-même chargé des 30 procédures juridictionnelles environ conduites entre septembre 2012 et février 2014, c'est-à-dire en particulier de toutes les procédures menées pendant cette période concernant la mise en œuvre de la seconde phase de la procédure de concession pour des paris sportifs et les décisions de rejet. Le cabinet CBH n'a fourni aucun conseil et/ou aucune assistance de quelque nature que ce soit dans le cadre de ces procédures.
- 149 Cependant, comme il est apparu assez rapidement qu'un nombre important de procédures de recours ou de référé seraient introduites en lien avec la publication de la décision relative à la délivrance des concessions, un appel à manifestation d'intérêt a été lancé en mai 2013. L'objectif était de rechercher un cabinet d'avocats susceptible de représenter le HMdIS dans le cadre des procédures au fond et des procédures de référé introduites en lien avec la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs (élaboration des mémoires et participation aux audiences) et de fournir des conseils juridiques. Le nombre de procédures devant les juridictions administratives [Or. 39] était estimé à 80, avec une estimation distincte des procédures au fond et des procédures de référé.
- 150 Dès lors qu'il s'agissait de services secondaires/non prioritaires en vertu de l'annexe I B, catégorie 21 (conseil et représentation juridiques) du VOF et que lesdits services n'ont pas été considérés comme pertinents pour le marché intérieur, le marché a été attribué dans le cadre d'une procédure d'appel à manifestation d'intérêt non formelle (nationale). Le 17 mai 2013, l'appel à manifestation d'intérêt a été publié sur la base de données des appels d'offres du

Land de Hesse (HAD) (sous le numéro de référence 17/1693). Un avis rectificatif a été publié le 3 juin 2013 dans la base de données HAD (sous le numéro de référence 17/1731). L'avis mentionnait comme condition de candidature que le cabinet ne devait exercer aucun mandat pour le compte d'un candidat /demandeur dans le cadre de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs. Les critères d'attribution étaient le prix à hauteur de 60 %, la qualité des services juridiques à hauteur de 40 %.

- 151 Outre le cabinet CBH, plusieurs cabinets d'avocats ont manifesté leur intérêt. L'appréciation des offres a conduit à conclure que le cabinet CBH proposait l'offre économiquement la plus avantageuse. Le marché a donc été attribué au cabinet CBH le 24 février 2014. Depuis, le cabinet CBH a, sur la base de cette attribution, obtenu des mandats ad litem dans 33 procédures juridictionnelles (état au 29 septembre 2014). Il est prévisible que le nombre de mandats augmentera encore à l'avenir.
- 152 Le cabinet CBH n'a fourni aucun conseil juridique en dehors des éléments et des périodes mentionnées ci-dessus. En particulier, le cabinet CBH n'a jamais été investi d'aucun pouvoir de décision dans le cadre de la procédure de délivrance des concessions pour des paris sportifs.
- 153 En outre, il importe de souligner expressément que le cabinet CBH ne représente aucun candidat/demandeur dans le cadre de la procédure de concession pour des paris sportifs, que ce soit dans le cadre de la présente procédure de délivrance des concessions ou dans un autre cadre, et que ce n'était pas non plus le cas antérieurement. Il est incontesté que le cabinet CBH a conseillé et représenté en justice différentes sociétés de loterie des Länder et certains Länder, et que tel est toujours le cas. Mais cela ne constitue pas un motif de partialité résultant d'un double mandat.
- 154 L'analyse selon laquelle le risque de favoritisme résulterait du fait que le monopole sur les paris sportifs poursuit des objectifs illégitimes et que CBH aurait fourni des conseils juridiques dans le cadre de la procédure de concession, et représenterait le HMdIS dans le cadre de nombreuses procédures devant des juridictions administratives, est incompréhensible. Le fait que CBH [Or. 40] ait par le passé défendu le monopole sur les paris sportifs pour le compte des titulaires de monopoles publics et des Länder représentés ne peut pas lui être reproché, car CBH défendait uniquement dans ce contexte le droit en vigueur à l'époque en République fédérale d'Allemagne. L'hypothèse selon laquelle CBH souhaiterait maintenir cette situation juridique antérieure, même si le traité d'État sur les jeux de hasard dans sa version actuelle prévoit précisément l'ouverture du marché des jeux de hasard aux prestataires privés de paris dans le cadre d'une clause d'expérimentation, est incompréhensible et en outre inexacte.
- 155 De plus, il convient de souligner que l'article 29, paragraphe 1, troisième phrase, du GlüStV, selon lequel l'offre de paris sportifs des sociétés publiques de loterie

reste possible pendant un an à compter de la délivrance des concessions, ne s'applique pas à la société ODS Oddset Deutschland Sportwetten (ci-après «ODS»), dont les associés sont différentes sociétés de loterie des Länder, et qui est la seule entreprise publique à avoir participé à la procédure de concession pour des paris sportifs. La société ODS ne peut pas non plus, en tant qu'entreprise publique, exercer illégalement ses activités sur le marché avant la délivrance des concessions, comme le font un grand nombre d'organismes privés de paris sportifs. La demande d'ordonnance de référé visant à contraindre le Land de Hesse à délivrer une concession provisoire a été rejetée par le VG Wiesbaden par son jugement du 20 décembre 2013 (5 L 970/13). La société ODS a donc toujours eu un intérêt important à ce que la procédure de concession débouche aussi rapidement que possible sur une décision définitive. Pour cette raison également, l'allégation selon laquelle le cabinet CBH considérerait comme de son devoir de faire obstacle à ce que la procédure de concession débouche sur une décision définitive, pour prévenir le risque de perte juridique de la société de loterie des Länder, est dépourvue de tout fondement. Ce seraient plutôt les organismes privés de paris sportifs exerçant actuellement illégalement leurs activités sur le marché, qui pourraient avoir intérêt à faire obstacle à la délivrance définitive des concessions, car alors - en cas de délivrance d'une concession - ils seraient soumis aux restrictions du traité d'État sur les jeux de hasard, et - en cas de refus - ils courraient le risque sérieux que les autorités de contrôle prennent des mesures contre leur offre illégale de paris sportifs.

## **VI. Sur la question préjudicielle 3b**

- 156 Comme nous l'avons précédemment indiqué, la procédure de concession pour des paris sportifs a été conçue comme une procédure en deux phases, sur le modèle d'une procédure de négociation assortie d'une procédure de présélection, conformément au VOL/A. L'organisation de la procédure en deux phases [Or. 41] correspond aux dispositions juridiques applicables à l'attribution des concessions pour l'organisation de paris sportifs. L'organisation en deux phases résulte de l'article 4b, paragraphe 1, du GlüStV, qui dispose que les concessions sont délivrées suite à un appel à candidature et à la mise en œuvre d'une procédure de sélection transparente et non discriminatoire (voir l'arrêt du 21 mars 2013 du VG Wiesbaden – 5 L 27/13). Indépendamment de cela, l'organisation de la procédure en deux phases n'exigeait aucune disposition légale. La Commission européenne a expressément indiqué qu'une procédure de sélection conforme aux libertés fondamentales européennes exige qu'aucune restriction ne soit imposée au concédant dans le cadre du choix de la procédure, mais laisse le concédant libre de choisir la procédure d'octroi la plus appropriée (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, point 3.1.1). Cela concerne également la décision sur le point de savoir si l'autorité concédante entend délivrer les concessions en vertu d'une procédure comprenant une ou plusieurs phases. Le principe de transparence ne réduit pas non plus la liberté de choix. En effet, les règles plus strictes du droit européen des marchés publics, également soumis au principe de transparence, prévoient également la

possibilité d'une procédure en deux phases. Dans le cadre de la procédure de négociation prévue à l'article 101, paragraphe 3, du GWB, qui comprend une procédure préalable de présélection, les candidats ne sont pas non plus informés dans le cadre de la phase de présélection de tous les détails relatifs au contenu de la procédure de sélection (voir également à cet égard l'arrêt 3 mai 2014 du VG Berlin, VG 23 K 512.12, ainsi que l'ordonnance du 21 mars 2013 du VG Wiesbaden – 5 L 27/13 WI).

- 157 Il est en outre inexact que, sur la base de l'appel d'offres, les intéressés pouvaient difficilement déterminer s'ils avaient des chances suffisantes d'obtenir une concession. Dans le cadre de l'avis européen, les entreprises intéressées étaient informées (au point VI.3) du fait que les candidats devaient fournir des déclarations, éléments de preuve et documents permettant d'établir leur performance économique et financière, ainsi que la transparence et la sécurité de leur offre de paris sportifs, comme exigé par l'article 4a, paragraphe 4, points 1c, 2 et 3, et par l'article 4b, paragraphe 2, du GlüStV. Cela était suivi par une longue énumération, et par la mention du fait que tous les détails concernant les exigences minimales des concepts, le contenu des déclarations et des éléments de preuve, et concernant la sélection des concessionnaires, seraient communiquées aux candidats retenus pour participer à la seconde phase et invités à présenter une demande, dans le cadre d'un mémorandum d'information. Les opérateurs savaient donc ce qui serait exigé dans le cadre de la seconde phase, et seules les modalités détaillées n'étaient pas connues. **[Or. 42]** Le principe de transparence n'a donc pas été violé.
- 158 L'organisation de la procédure en deux phases est également appropriée au regard de son objet. La complexité de la décision de sélection prévue à l'article 4b, paragraphe 5, du GlüStV, rend évidente une procédure en plusieurs phases, qui permet de conduire en plusieurs étapes l'analyse des conditions de délivrance résultant de l'article 4a, paragraphe 4, du GlüStV. L'exclusion de candidats manifestement peu fiables ou incompetents dans le cadre de la première phase permet de faire l'économie d'une analyse des concepts en matière de sécurité, en matière de questions sociales et en matière de rentabilité exigeant beaucoup de temps et de ressources humaines, s'agissant de ces candidatures manifestement vouées à être rejeté dans la seconde phase. Le HMdIS a donc correctement fondé sa décision à cet égard sur des considérations liées à l'efficacité de la procédure, dans le but d'obtenir une décision rapide concernant la délivrance des concessions, tout en tenant compte des intérêts matériels des candidats (voir l'arrêt du 23 mai 2014 du VG Berlin – 23 K 512.12, points 23 et suivants).
- 159 Dans un souci d'exhaustivité, il convient d'observer qu'aucune des 16 sociétés de loterie des Länder allemands n'a présenté de demande de concession. Seule la société ODS, dont les associés sont différentes sociétés de loterie des Länder, a participé à la procédure de concession pour des paris sportifs.

## VII. Sur la question préjudicielle 3c

- 160 En premier lieu, le fait qu'il ait été indiqué dans un premier temps que 14 demandeurs remplissaient les conditions minimales, puis qu'il ait été constaté dans un second temps que ce résultat d'analyse était infondé, et qu'aucun des demandeurs ne remplissait pleinement les conditions minimales, ne constitue pas une violation du principe de transparence. Cette situation s'explique par les circonstances suivantes:
- 161 Compte tenu des délais limités et de l'ampleur considérable des dossiers de candidature, une analyse succincte a été réalisée dans un premier temps. L'objectif de cette analyse était d'apprécier les dossiers des demandeurs au regard de leur caractère complet et du respect des conditions minimales générales, et des conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité. Cet examen succinct a conduit à la conclusion que 14 demandeurs respectaient pleinement les conditions à examiner dans un premier temps en vertu du point 6 du mémorandum d'information (caractère complet du dossier, respect des conditions minimales générales, et des conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité), sans qu'il soit nécessaire de clarifier certains éléments ou de demander des renseignements complémentaires.
- 162 Il convient en premier lieu d'observer à cet égard que le jugement du VG Wiesbaden du 30 avril 2013 (5 L 90/13 Wi), cité par l'Amtsgericht Sonthofen, a été annulé par le VGH Kassel, par jugement du 28 juin 2013, et que la demande de la requérante qui entendait être invitée à présenter son projet a été rejetée (8 B 1220/13). Le VGH Kassel a motivé cette décision par le fait que la requérante n'avait pas d'intérêt pour agir car, en vertu de l'article 44a VwGO, les recours juridiques contre les actes de procédure administrative, dont la demande présentée dans le cadre de cette procédure juridictionnelle ferait partie, ne sont recevables qu'à titre exceptionnel avant l'adoption d'une décision administrative au fond dans le cadre de la procédure concernée. Le VGH a considéré qu'une telle mesure exceptionnelle n'était pas nécessaire en l'espèce, car la requérante pourrait ultérieurement bénéficier d'un recours effectif suffisant devant les juridictions administratives contre un acte mettant fin à la procédure. Il a indiqué que le HMdIS s'était engagé, avant la délivrance des concessions, à respecter un «délai de statu quo» de 15 jours. Les recours juridiques disponibles avant et après la délivrance des concessions étaient donc suffisants.
- 163 Il convient en outre de souligner que l'avis au niveau européen mentionne certes, au point IV.3, la possibilité donnée aux demandeurs de présenter leurs concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité, mais qu'il est également expressément indiqué que cela ne s'applique qu'aux demandeurs qui – conformément aux conditions énoncées dans le mémorandum d'information – auront présenté dans les délais impartis une demande correcte et complète. En outre, il était expressément indiqué que le HMdIS se réservait le droit de réduire

progressivement le nombre de demandeurs. Comme nous l'avons précédemment indiqué, le mémorandum d'information prévoyait expressément une telle approche. De plus, il était expressément indiqué au point 6, point 4, du mémorandum d'information, que seuls seraient invités à présenter leurs concepts en matière de questions sociales et en matière de sécurité, les demandeurs ayant rempli les «conditions minimales générales» et les «conditions minimales révisées des concepts» (s'agissant uniquement des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité). Le HMdIS a strictement appliqué les dispositions du mémorandum d'information, lorsqu'il a décidé de n'inviter à présenter leurs concepts que les demandeurs qui, à l'issue de l'examen succinct, remplissaient les conditions minimales nécessaires à cet effet. **[Or. 44]** Cette manière de procéder ne peut être considérée comme discriminatoire à l'encontre des demandeurs n'ayant pas été invités à présenter leurs projets.

- 164 À l'issue de l'examen final détaillé, annoncé à l'ensemble des demandeurs par courrier électronique du 17 mai 2013, il a été constaté que les résultats du premier examen – succinct – réalisé en février et mars 2013, n'étaient pas suffisamment solides, en particulier s'agissant des exigences en matière de rentabilité. À ce stade, il a été jugé qu'aucun des 41 demandeurs ne remplissait pleinement les conditions minimales générales et les conditions minimales des concepts en matière de distribution, en matière de paiements et en matière de rentabilité.
- 165 Le fait que les résultats de l'examen succinct ne correspondaient pas aux résultats de l'examen final détaillé ne reflète cependant pas une violation du principe de transparence. Cette manière de procéder a été confirmée par le VG Wiesbaden qui a indiqué dans son jugement que rien ne s'opposait à ce que le HMdIS puisse, avant l'expiration de la procédure, corriger les erreurs constatées dans le cadre de ladite procédure (décision du 6 mai 2014 – 5 L 239/14 Wi).
- 166 Le VG Wiesbaden a en outre considéré, par son jugement du 6 mai 2014 (5 L 239/14 Wi), que le fait de n'inviter que certains candidats à participer à la phase de négociation en mars 2013 ne constituait pas une décision intermédiaire autonome. Les intéressés ne pouvaient pas invoquer une situation de confiance légitime ou une limitation du pouvoir d'appréciation des autorités, dans la mesure où cela n'entraînait pas une situation de droit acquis à leur bénéfice. Le VGH du Land de Hesse a confirmé cette analyse par son jugement du 7 juillet 2014 (8 B 923/14).

### **VIII. Sur la question préjudicielle 3d**

- 167 Il est exact que la société ODS est une entreprise commune de plusieurs sociétés de loterie des Länder. Ses associés représentent essentiellement les différents Länder. Au sein de la société Lotto Rheinland-Pflaz GmbH, dont la participation dans la société ODS se limite à 8,22 %, trois différentes fédérations sportives du Land sont représentées en tant qu'associés minoritaires. La participation de la société Saarland Sporttoto GmbH et de son associé minoritaire, le

Landessportverband des Saarlandes, un établissement public, représente 1,58 %.  
**[Or. 45]**

- 168 Mais cela ne constitue pas une violation du principe de séparation ancré dans l'article 21, paragraphe 3, du GlüStV. L'article 21, paragraphe 3, du GlüStV exige que l'organisation et l'intermédiation de paris sportifs soient séparées sur le plan organisationnel, juridique, économique et personnel de l'organisation des manifestations sportives.
- 169 Par son arrêt du 24 novembre 2010 (8 C 13/09), le BVerwG a indiqué que cette règle vise à prévenir toute confusion entre la promotion des sports dans l'intérêt général et la distribution de paris sportifs présentant un risque de dépendance. C'est la raison pour laquelle des paris sportifs ne peuvent être proposés dans les locaux d'une association, car les membres de l'association, les participants et les visiteurs pourraient être incités, dans le cadre des manifestations sportives, à parier pour conférer des avantages économiques à l'association.
- 170 Or il n'appartient pas aux fédérations sportives d'organiser des manifestations sportives. Cela relève des associations sportives. Ces dernières sont certes membres des fédérations sportives, mais n'ont aucune influence sur les activités de la société ODS. Il n'existe donc aucun lien d'ordre organisationnel, juridique, économique ou personnel, qui serait contraire au principe de séparation.
- 171 Cette constellation se distingue donc fondamentalement des circonstances de l'arrêt BVerwG. Aucun membre d'une association sportive et aucun sportif ou spectateur de manifestations sportives n'est incité plus que tout autre citoyen à participer à des paris du fait des activités d'ODS. La motivation consistant à conférer un avantage économique à sa propre association en participant à un pari sportif, peut être écartée.
- 172 La nouvelle rédaction du traité d'État sur les jeux de hasard ne visait pas à créer une situation juridique plus stricte, comme le montre l'exposé des motifs du traité d'État révisé sur les jeux de hasard. L'exposé des motifs indique que les dispositions doivent tenir compte des exigences d'intégrité dans l'organisation et l'intermédiation de paris sportifs. C'est la raison pour laquelle le principe de séparation entre les prestataires de paris et les organisateurs de manifestations sportives devait être maintenu. À aucun moment il n'a été contesté que le principe de séparation résultant de l'article 21, paragraphe 2, du GlüStV, ancienne version, pourrait s'opposer à l'offre de paris sportifs des sociétés et des administrations publiques de loterie contrôlées par des autorités publiques des Länder.

### **IX. Sur la question préjudicielle 3e**

- 173 Le point A1 des conditions minimales générales exige des demandeurs qu'ils établissent l'origine licite des moyens nécessaires **[Or. 46]** à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagée. Cela correspond aux dispositions de l'article 4a, paragraphe 4, point 1, sous c, du GlüStV.

- 174 Concernant le point A1, plusieurs questions ont été posées par les candidats admis à participer à la seconde phase de la procédure, parmi lesquelles deux questions seront traitées ci-dessous de manière plus détaillée.
- 175 La question 21 du catalogue des questions réponses élaboré dans le cadre de la seconde phase de la procédure, posée le 31 octobre 2012 concernant le point A1, était la suivante:
- 176 «Comment peut être établie l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation de l'offre de paris sportifs envisagée? Une déclaration (déclaration sous serment) du candidat est-elle suffisante à cet égard?»
- 177 Le HMdIS a fourni la réponse ci-dessous à cette question, et ladite réponse a été communiquée par courrier électronique du 2 novembre 2012 à tous les candidats admis à participer à la seconde phase de la procédure:
- 178 «La confirmation d'une personne exerçant de manière indépendante la profession de conseiller juridique ou fiscal, indiquant que les moyens nécessaires ont été acquis de manière licite, en combinaison avec une déclaration sous serment du demandeur, est suffisante».
- 179 La question de 153 du catalogue des questions réponses élaboré dans le cadre de la seconde phase de la procédure, posée le 28 novembre 2012 concernant le point A1, était la suivante:
- 180 «1. Est-il exact que l'origine des moyens doit être établie pour toute la durée de la concession, c'est-à-dire jusqu'à 2019?
- 181 2. Selon la réponse numéro 60, une «simple déclaration» est suffisante à cet égard.
- 182 Dans quelle mesure cela peut être mis en rapport avec la réponse numéro 21, selon laquelle une confirmation d'un conseiller fiscal et une déclaration sous serment du demandeur sont nécessaires? Pouvons-nous considérer à juste titre que cela fait référence à une «simple déclaration» d'un conseiller fiscal? Ou est-il suffisant de joindre une «simple déclaration» en guise de déclaration sous serment du demandeur?».
- 183 Le HMdIS a fourni la réponse ci-dessous, communiquée le 6 décembre 2012 par courrier électronique à tous les candidats admis à participer à la seconde phase de la procédure: **[Or. 47]**
- 184 «Sur le premier point, il convient d'établir l'origine licite du capital initial.
- 185 Sur le deuxième point, le terme «simple» ne fait pas référence à la forme de la déclaration, mais plutôt à son contenu (la question était: «Est-il suffisant que les personnes concernées déclarent ou confirment que «les moyens nécessaires ont été

obtenus de manière licite» ou est-il nécessaire de présenter une déclaration détaillée). Une déclaration détaillée n'est pas nécessaire».

- 186 Sur la base du catalogue des questions réponses, il était donc suffisamment clair que l'origine licite des moyens nécessaires à l'organisation des jeux de hasard public devait être établie. Le principe de transparence n'a donc pas été violé.
- 187 La question numéro 453 du 10 décembre 2012, citée dans l'ordonnance de renvoi, étaient par ailleurs la suivante:
- 188 «La déclaration concerne exclusivement l'Allemagne. Est-il correct de conclure que le fait qu'un candidat ait déjà organisé des paris sportifs sans autorisation sur un marché européen régulé sur lequel il est également possible aux personnes privées d'obtenir une autorisation, par exemple en Belgique, au Danemark, en France ou en Italie, ne fait pas obstacle à la délivrance d'une concession en Allemagne, ne justifie pas le rejet de la demande, et est sans incidence sur la procédure de sélection?»
- 189 Cette question ne concernait pas la condition minimale A1, mais plutôt la condition minimale B4. En vertu de cette condition, le demandeur devait présenter une déclaration préremplie, par laquelle il s'engageait, à compter de la date de délivrance de la concession, à ne pas organiser ou faire l'intermédiation de jeux de hasard sans autorisation en Allemagne, directement ou par l'intermédiaire d'entreprises associées.
- 190 Le HMdIS a fourni la réponse ci-dessous, communiquée le 14 décembre 2012 par courrier électronique à tous les candidats admis à participer à la seconde phase de la procédure:
- 191 «Non, dans ce cas en particulier il existe des doutes sérieux sur la licéité de l'origine des moyens nécessaires à l'organisation de jeux de hasard publics».
- 192 Cette réponse est d'ailleurs correcte, car l'auteur de la question faisait référence aux jeux de hasard proposés sans autorisation sur des marchés européens réglementés, c'est-à-dire à une activité exercée sans autorisation dans des pays dans lesquels il est possible d'obtenir une telle autorisation. On ne voit pas dans quelle mesure cela permet déduire que le HMdIS s'appuie sur la condition minimale A1 pour refuser à tous les demandeurs de concessions non publics la délivrance de concessions en invoquant l'argument selon lequel **[Or. 48]** l'origine licite des moyens nécessaires ne serait pas établie. Le fait que la condition minimale A1 ait été remplie par au moins 35 demandeurs montre bien que tel n'était pas le cas en pratique.

#### **X. Sur la question préjudicielle 3f**

- 193 L'article 29, paragraphe 1, troisième phrase, du GlüStV, prévoit que, par dérogation à l'article 10a, paragraphes 2 et 5, du GlüStV, l'offre de paris sportifs

par des organisateurs de paris conformément à l'article 10, paragraphe 2, du GlüStV, et l'intermédiation par le biais de points de collecte, sont autorisées pendant une durée d'un an à compter de la délivrance des concessions, en vertu des dispositions combinées de l'article 10a du GlüStV et de l'article 4c du GlüStV. Cette disposition a été adoptée à titre transitoire pour des raisons de protection de la confiance légitime, conformément aux dispositions des articles 3, 12 et 14 de la loi fondamentale. Cette disposition, comme les autres dispositions du GlüStV, a été notifiée à la Commission européenne.

## E. CONCLUSION

194 En vertu de ce qui précède le gouvernement allemand estime qu'il convient de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

«Aucune des circonstances exposées dans les questions préjudicielles et aucune des constellations décrites ne conduit à considérer que le droit de l'Union s'oppose au caractère punissable en vertu du droit d'un État membre de l'organisation sans autorisation de jeu de hasard».

## TABLE DES MATIÈRES

|          |   |          |
|----------|---|----------|
| Annexe 1 | Liste de contrôle des documents devant être présentés en vue de la délivrance des autorisations d'intermédiation de jeux de hasard (paris sportifs) du «Regierung der Oberpfalz» (gouvernement du district du Haut-Palatinate bavarois) | point 14 |
|----------|---|----------|