

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

MARKTPRAKTIJKEN, INTELLECTUELE EIGENDOM, RECHT EN TECHNOLOGIE  
PRATIQUES DU MARCHÉ, DROIT INTELLECTUELS, DROIT ET TECHNOLOGIE

### Loteries, jeux de hasard et concours promotionnels: état des lieux et perspectives

*Richard Byl et Charlotte Plas<sup>1</sup>*

<b>Introduction</b> .....	548
<b>I. Définitions et contours réglementaires</b> .....	549
<b>1. Loteries</b> .....	549
1.1. Définition .....	549
1.2. Contours réglementaires .....	549
<b>2. Jeux de hasard</b> .....	551
2.1. Définition .....	551
2.2. Contours réglementaires .....	552
<b>3. Concours</b> .....	553
3.1. Définition .....	553
3.2. Contours réglementaires .....	553
<b>II. Sort des loteries promotionnelles gratuites</b> .....	555
<b>1. La directive 2005/29/CE</b> .....	556
1.1. Champ d'application .....	556
1.2. Compatibilité de l'interdiction avec la directive .....	559
<b>2. La libre prestation de services et la liberté d'établissement</b> .....	559
<b>Conclusion</b> .....	561

#### RÉSUMÉ

*Les jeux promotionnels connaissent un succès grandissant, dû en particulier au développement des communications électroniques. S'agissant d'un secteur naturellement lié à la protection du consommateur, la délimitation des sphères de compétence législative respectives des Etats membres et de l'Union européenne, revêt une importance particulière.*

*Pour résoudre cette question, il convient au préalable de s'attacher à la définition des loteries, jeux de hasard et concours promotionnels et, dans la foulée, à la distinction entre les opérations promotionnelles n'impliquant pas de 'mise' spécifique et les autres.*

*La première catégorie rentre dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, dont l'objectif d'harmonisation maximale réduit considérablement la marge de manœuvre des Etats membres en ce sens qu'il est interdit d'interdire ce qui n'est pas interdit par la directive. Après avoir cerné ce qu'il faut réellement entendre par 'gratuité' en matière de loteries et de concours, la présente contribution analyse la compatibilité des dispositions législatives belges avec la directive, dont l'interdiction des loteries promotionnelles gratuites.*

*La deuxième catégorie, et en particulier les jeux de hasard qui, par définition, impliquent une 'mise', relève encore, en l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union européenne, de la sphère de compétence des Etats membres. Mais*

<sup>1</sup> Avocats au barreau de Bruxelles, Praxislaw.

*l'exercice de cette compétence reste notamment encadré par les principes de libre prestation de services et de liberté d'établissement, conduisant à la recherche d'un équilibre entre la mise en place d'un marché intérieur harmonisé et la justification par les Etats membres de l'entrave à cette liberté. Cette entrave devra ainsi subir le test de nécessité par rapport à l'objectif poursuivi (notamment lutte contre la dépendance au jeu et lutte contre la criminalité), mais aussi le test de proportionnalité (proportionnalité des mesures étatiques par rapport à cet objectif). Un parcours de la jurisprudence européenne la plus récente en la matière, permet de mieux faire la différence entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas.*

*Il est donc souhaitable de voir le législateur européen réglementer l'ensemble du secteur des loteries, jeux de hasard et concours, dans un souci d'équilibre entre les intérêts des consommateurs et des professionnels, sous forme d'une directive spécifique d'harmonisation maximale qui répondrait ainsi au besoin de sécurité juridique en la matière.*

## SAMENVATTING

*Promotionele spelen kennen een toenemend succes, vooral ten gevolge van de ontwikkeling van de elektronische communicatie. Daar het een sector betreft die uit zijn aard verband houdt met de bescherming van de consument, is het uitermate belangrijk de respectievelijke wetgevende bevoegdheden van de lidstaten en van de Europese Unie duidelijk af te bakenen.*

*Hiervoor is het aangewezen zich voorafgaandelijk de definities eigen te maken van de begrippen loterijen, kansspelen en promotionele wedstrijden, en bovendien het onderscheid te maken tussen enerzijds de promotionele verrichtingen die geen specifieke 'inzet' impliceren en anderzijds alle andere.*

*De eerste categorie valt binnen de werkingsfeer van de richtlijn 2005/29/EG betreffende de oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, waarvan het doel een maximale harmonisatie beoogt die de vrijheid van de lidstaten aanzienlijk beperkt in die zin dat het verboden is te verbieden wat niet door de richtlijn wordt verboden. Nadat dieper zal zijn ingegaan op wat verstaan moet worden onder 'kosteloosheid' inzake loterijen en wedstrijden, onderzoekt deze bijdrage de verenigbaarheid van de Belgische wettelijke bepalingen met de richtlijn, waaronder het verbod op kosteloze promotionele loterijen.*

*De tweede categorie, meer bepaald de kansspelen die per definitie een 'inzet' impliceren, valt onder de bevoegdheid van de lidstaten bij gebrek aan harmonisatie op Europees niveau. De uitoefening van deze bevoegdheid blijft echter wel onderworpen aan de principes van het vrij verkeer van diensten en van de vrijheid van vestiging. Aldus moet gepoogd worden een evenwicht te bereiken tussen de verwezenlijking van een geharmoniseerde interne markt enerzijds, en de door de lidstaten aangevoerde rechtvaardigingsgrond voor deze vrijheidsbelemmering anderzijds. Deze belemmering zal de noodzakelijkheidstoets ten aanzien van het beoogde doel moeten doorstaan (namelijk de strijd tegen gokverslaving en tegen criminaliteit), maar zal ook onderworpen worden aan de evenredigheidstoets (evenredigheid van de door de Staat opgelegde maatregelen ten aanzien van het beoogde doel). Een overzicht van de meest recente Europese rechtspraak hieromtrent, laat toe beter het onderscheid te maken tussen wat aanvaardbaar is en wat niet.*

*Het is dus wenselijk dat de Europese wetgever tot reglementering van de gehele sector van loterijen, kansspelen en wedstrijden zou overgaan, teneinde een evenwicht te vinden tussen de belangen van de consumenten en de professionals, dit in de vorm van een specifieke richtlijn die in maximale harmonisatie zou voorzien, en die alzo zou beantwoorden aan de nood aan rechtszekerheid ter zake.*

## INTRODUCTION

Le secteur des loteries, jeux de hasard et concours connaît d'importants bouleversements et suscite nombre de controverses, car il constitue le point de rencontre entre l'objectif d'harmonisation de la réglementation européenne et les objectifs variables des législateurs nationaux, liés généralement à l'ordre public ou à la protection des consommateurs.

Tant que l'Union européenne ne réglemente pas spécifiquement cette matière, les Etats membres demeurent en effet

libres de développer leurs propres politiques, mais dans les limites tant du droit commun de l'Union européenne autorisant un contrôle des raisons impérieuses d'intérêt général et de la proportionnalité des mesures étatiques, que des éventuelles réglementations européennes d'harmonisation maximale et n'autorisant pas d'entraves plus contraignantes à la liberté de commerce et d'industrie.

Le succès remporté par ces techniques ludiques encourage

les professionnels du secteur à développer considérablement ce marché, et suscite en outre l'intérêt des entreprises commerciales, désireuses de les utiliser dans le cadre d'actions promotionnelles. La difficulté est d'autant plus grande que ces entreprises, non initiées, ne maîtrisent pas la législation en vigueur qui s'applique de la même manière aux loteries, jeux de hasard et concours classiques qu'à ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'une action promotionnelle.

Une clarification de l'état du droit en la matière, nous paraît s'imposer.

Pour mieux s'y retrouver, il convient nécessairement de bien définir la technique ludique envisagée en vue d'identifier ensuite la réglementation applicable (I). La frontière entre loteries, jeux de hasard et concours n'étant pas toujours évidente, la démarche peut s'avérer périlleuse et il est essentiel de s'attarder sur la définition de chacune de ces techniques.

Les spécificités de la réglementation belge en matière de loteries, jeux de hasard et concours, sont sources de nombreuses difficultés d'interprétation, encore accentuées lorsqu'il s'agit d'opérations transnationales.

Nous aborderons dès lors les différentes réglementations applicables en matière de loteries, jeux de hasard et concours lorsque ces opérations sont entièrement localisées en Belgi-

que et lorsqu'elles présentent un élément d'extranéité. Dans la mesure où elles sont utilisées dans le cadre d'actions promotionnelles, il convient par ailleurs de s'interroger sur l'application éventuelle de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur<sup>2</sup>.

Pour ce qui concerne les jeux d'argent proprement dits, c'est-à-dire ceux dont la participation est liée à des achats ou dépenses spécifiques, la présente étude renverra essentiellement le lecteur à l'abondante jurisprudence européenne en la matière et à son incidence sur le droit belge. A l'inverse, les jeux promotionnels gratuits, c'est-à-dire ceux dont la participation est offerte gratuitement à l'occasion d'une action promotionnelle portant sur la présentation ou l'offre en vente d'un produit ou d'un service, n'ont à ce jour engendré que peu de décisions de jurisprudence ou de commentaires doctrinaux.

Nous avons donc jugé opportun de nous pencher ensuite plus spécialement sur l'avenir des jeux promotionnels gratuits et en particulier celui des loteries promotionnelles gratuites au regard de la directive 2005/29/CE et également, des principes de droit européen relatifs à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement (II).

## I. DÉFINITIONS ET CONTOURS RÉGLEMENTAIRES

### 1. Loteries

#### 1.1. Définition

1. L'article 301 du Code pénal définit les loteries comme étant "*toutes opérations offertes au public et destinées à procurer un gain par la voie du sort*".

Il est fondamental de relever qu'aucune 'mise' n'est exigée dans cette définition, ce qui signifie que les loteries gratuites sont également visées.

La loterie se caractérise également par l'intervention exclusive du hasard pour la détermination des gagnants. Les chances de gagner un prix ne sont donc pas influencées par les aptitudes personnelles des participants.

La Cour de cassation l'a rappelé en ces termes "*Dans une loterie, le ou les gagnants sont uniquement désignés par le sort, le hasard ou toute autre forme de chance qu'ils ne peuvent influencer de manière déterminante et qui se produisent sans aucune action ou collaboration de leur part.*"<sup>3</sup>.

Conformément à cet enseignement, il a été jugé que "*il n'est pas question de loterie dès lors que les gagnants ne sont pas simplement désignés par le sort*"<sup>4</sup>. De même, "*l'absence de participation active des joueurs pour la désignation des gagnants d'un jeu distingue la loterie par rapport au jeu de hasard. Pour une loterie, la participation des joueurs se limite par exemple à l'achat ou à l'acquisition d'un billet (par exemple auprès d'une tombola traditionnelle ou de la formule de Quick-Pick des jeux de lotto, Keno et Joker de la Loterie Nationale) et à la vérification du point de savoir s'ils ont gagné (comme le grattage d'une case aux jeux à gratter)*"<sup>5</sup>.

#### 1.2. Contours réglementaires

2. En Belgique, les loteries sont interdites sous réserve des exceptions légales prévues pour la Loterie Nationale ou les associations philanthropiques dûment agréées<sup>6</sup>.

Il n'est toutefois pas interdit à une entreprise commerciale d'offrir à sa clientèle, à titre gratuit ou onéreux, le droit de

<sup>2</sup> JO 11 juin 2005, L 149/22, ci-après, la directive.

<sup>3</sup> Cass. 30 septembre 1988, *Pas.* 1989, I, p. 113; Cass. 3 mai 1993, *Pas.* 1993, I, p. 427.

<sup>4</sup> Prés. Comm. Bruxelles 11 septembre 2002, *Annuaire P.C.* 2002, p. 605.

<sup>5</sup> V. WELLENS et F. POLET, "Promotionele wedstrijden: is het de gok waard?", *Annuaire P.C.* 2002, pp. 616 et s. et réf. citées.

<sup>6</sup> Loi du 31 décembre 1851, art. 7, *MB* 7 janvier 1952.

participer à une loterie. La loterie devra néanmoins être organisée en partenariat avec l'une des associations agréées précitées, ce qui impliquera notamment une contribution financière permettant à l'association choisie de satisfaire ses objectifs.

Sous l'ancienne loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur<sup>7</sup>, les titres de participation à ces loteries légalement autorisées, bénéficiaient d'une dérogation expresse à l'interdiction de l'offre conjointe, ce qui permettait d'en faire un instrument promotionnel.

Sous l'empire de la nouvelle loi du 6 avril 2010, cette faculté est maintenue, dans la mesure où l'offre conjointe est explicitement autorisée par la loi "pour autant qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens des articles 84 et suivants"<sup>8</sup>.

En effet, la LPCC qui interdisait l'offre conjointe a été jugée incompatible avec la directive qui ne contenait pas une telle interdiction<sup>9</sup>. Le législateur belge a donc supprimé l'interdiction de principe des offres conjointes en vue de se conformer aux dispositions européennes.

Le domaine des services financiers qui échappe au champ d'application de la directive<sup>10</sup>, conserve toutefois l'interdiction de principe mais bénéficie de la même dérogation en la matière que sous l'empire de l'ancienne loi<sup>11</sup>.

**3.** Lorsqu'une loterie gratuite est organisée dans le cadre circonscrit d'une opération promotionnelle sur le territoire belge, on peut néanmoins s'interroger sur la validité de la loi belge en ce qu'elle interdit les loteries gratuites. En effet, il s'agit là, selon nous, d'une pratique commerciale qui entre dans le champ d'application de la directive et dont la légalité devrait être appréciée à la lumière de cette dernière. La directive étant d'harmonisation maximale, la législation belge qui impose une réglementation plus stricte ne pourrait être maintenue telle quelle.

Nous reviendrons sur cette question ci-après<sup>12</sup>.

**4.** Qu'en est-il, par ailleurs, lorsque la loterie en cause présente un caractère transnational?

En principe, il faut considérer que l'interdiction contenue dans la loi belge est applicable à toute loterie qui serait pro-

posée sur le territoire belge et ce, peu importe le lieu d'établissement de l'organisateur. En effet, l'article 3 du Code pénal prévoit que l'infraction commise sur le territoire belge, est punie conformément aux dispositions des lois belges.

Ceci a d'ailleurs été confirmé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 septembre 1938 qui a estimé que l'organisation d'une loterie offerte au public en Belgique est punissable en Belgique<sup>13</sup>.

Il semble en outre que la conclusion soit la même pour les loteries sur Internet. En effet, en application de la théorie dite de l'ubiquité, les tribunaux belges se déclarent compétents pour connaître des infractions dont au moins un des éléments se situe en Belgique et appliquent le droit belge<sup>14</sup>.

L'interdiction contenue dans la loi belge est donc potentiellement applicable à tous les ressortissants étrangers, pour autant qu'un élément de l'infraction soit localisé sur le territoire de la Belgique, ce qui sera le cas lorsque la loterie est offerte au public en Belgique.

Cette affirmation doit cependant être nuancée en ce qui concerne les loteries proposées sur le territoire belge par les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. Dans ce cas, l'interdiction pourrait être considérée comme une entrave à la libre prestation de services. Nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une loi de police, la réglementation belge devra être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et passer le test de la proportionnalité<sup>15</sup> pour être conforme au droit primaire européen.

S'il s'agit d'une loterie payante, il conviendra d'appliquer la jurisprudence désormais fixée de la Cour de justice, selon laquelle une restriction à la libre prestation de services (en l'occurrence, pour la Belgique, l'interdiction d'offrir une loterie payante) peut être justifiée, soit par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, soit par une des raisons impérieuses d'intérêt général généralement admises, à savoir essentiellement la lutte contre la criminalité et les fraudes émanant des opérateurs<sup>16</sup>, ou la lutte contre l'addiction aux jeux par une canalisation de ceux-ci dans des circuits contrôlés<sup>17</sup>. Ensuite, il conviendra de procéder à deux tests consistant d'une part, à vérifier si la législation nationale est propre à garantir la réalisation du ou des objectifs poursuivis, et d'autre part à apprécier si cette

<sup>7</sup> Loi du 14 juillet 1991 (ci-après LPCC), art. 56, 6°, MB 29 août 1991.

<sup>8</sup> Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après LPMC), art. 71, MB 12 avril 2010.

<sup>9</sup> CJ 23 avril 2009, C-261/07 et C-299/07.

<sup>10</sup> Considérant 9.

<sup>11</sup> LPMC, art. 72, § 2, 3°.

<sup>12</sup> Voy. *infra* II.

<sup>13</sup> Cass. 27 septembre 1938, *Pas.* 1938, I, pp. 295 et s.

<sup>14</sup> Th. VERBIEST, "Les casinos virtuels. Les jeux de hasard et les loteries sur Internet", *JT* 1999, p. 19 et réf. citées; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 332 et la jurisprudence citée.

<sup>15</sup> CJ 23 novembre 1999, C-369/96, considérant 39.

<sup>16</sup> CJ 8 septembre 2009, C-4207, *Bwin (Santa Casa)*, considérant 62.

<sup>17</sup> CJ 30 juin 2011, C-212/08, *Zeturf*, considérant 67.

législation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le ou les objectifs poursuivis<sup>18</sup>.

S'il s'agit d'une loterie gratuite, les ressortissants européens pourront sans doute, plus simplement et à titre principal sans qu'il soit besoin d'alléguer une entrave à la libre prestation de services, invoquer l'incompatibilité de l'interdiction par rapport à la directive 2005/29/CE, pour autant que la loterie s'inscrive dans le cadre d'une action promotionnelle.

Nous reviendrons sur ces questions ci-après<sup>19</sup>.

## 2. Jeux de hasard

### 2.1. Définition

5. La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, définit, en son article 2 tel que modifié par la loi du 10 janvier 2010, le jeu de hasard comme étant "tout jeu pour lequel un enjeu de nature quelconque est engagé, ayant pour conséquence soit la perte de l'enjeu par au moins un des joueurs, soit le gain de quelque nature qu'il soit, au profit d'au moins un des joueurs, ou organisateurs du jeu et pour lequel le hasard est un élément, même accessoire, pour le déroulement du jeu, la détermination du vainqueur ou la fixation du gain"<sup>20</sup>.

La définition légale implique d'abord un effort personnel, quel qu'il soit, des participants, qui doivent faire preuve de certaines aptitudes physiques ou intellectuelles qu'implique tout jeu<sup>21</sup>.

Ensuite, l'existence d'un 'enjeu' est requise<sup>22</sup>, ce qui implique un coût pouvant mener à une perte ou à un gain, dans le chef des participants. L'existence d'un jeu de hasard gratuit ne se conçoit donc pas en raison de sa définition légale impliquant l'existence d'un enjeu, c'est-à-dire d'une 'mise'.

La difficulté réside toujours dans la notion de gratuité, surtout lorsque l'offre de participation s'inscrit dans le cadre d'une action promotionnelle et en particulier en cas d'offre

conjointe. Si le produit à acquérir est vendu à un prix normal dégageant une marge bénéficiaire normale, cette marge ne peut être assimilée à une 'mise'. Ainsi par exemple, l'absence de 'mise' paraît difficilement contestable lorsque le consommateur doit acheter un journal dans lequel se trouve le jeu, doit payer un timbre pour envoyer un bon de participation ou encore doit envoyer un SMS non surtaxé<sup>23</sup>.

Il n'y a pas 'mise' lorsqu'il s'agit de frais normaux de participation, excluant toute spéculation financière dans le chef de l'organisateur.

Au sens de la loi, le fait que l'enjeu doit être 'engagé', signifie que cet enjeu doit être lié au jeu lui-même et non aux démarches et frais à assumer pour y participer. C'est ainsi que "ni le prix d'achat du journal dans lequel le jeu est présenté, ni l'envoi par la poste d'un formulaire de participation, et autres moyens techniques de communication de la réponse, ne peuvent être considérés comme l'enjeu visé par la loi sur les jeux de hasard"<sup>24</sup>. Dans le même sens, le président du tribunal de commerce de Tongres a estimé que le prix à payer pour l'envoi d'une réponse par SMS au tarif normal, ne constituait pas un enjeu, ce qui fut confirmé en appel<sup>25</sup>.

Cela signifie toutefois qu'à partir du moment où une partie des frais de participation revient à l'organisateur du jeu, comme c'est le cas pour les numéros surtaxés ou les SMS à un tarif supérieur à la normale, il s'agit d'un enjeu au sens de la loi sur les jeux de hasard<sup>26</sup>.

Enfin, l'intervention même accessoire du hasard, suffit pour que le jeu soit qualifié de jeu de hasard.

Ainsi par exemple, si un simple tirage au sort intervient pour départager d'éventuels *ex aequo* à un jeu payant fondé sur les aptitudes personnelles des participants, il s'agit d'un jeu de hasard.

Mais il est évident que si les aptitudes personnelles n'interviennent que de façon anecdotique, au point d'engendrer une très large majorité de gagnants *ex aequo* à départager par tirage au sort, nous serions alors en présence d'une loterie,

<sup>18</sup>. CJ 11 juin 2009, C-155/08 et C-157/08, *Passenheim-Vanschool*; CJ 10 mars 2009, C-169/07, *Hartlauer*, considérant 44; CJ 19 mai 2009, C-171/07 et C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, considérant 25; CJ 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri / Regione Sardegna*, considérant 42; CJ 8 septembre 2009, *o.c.*, *Santa Casa*, considérant 60; CJ 6 mars 2007, C-338/04, *Placanica*, considérant 48.

<sup>19</sup>. *Voy. infra* II.

<sup>20</sup>. Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, MB 30 décembre 1999 modif. MB 1<sup>er</sup> février 2010, art. 2, 1<sup>o</sup>; anciennement, les jeux de hasard étaient définis comme ceux "dans lesquels, soit par eux-mêmes, soit en raison des conditions dans lesquelles ils sont pratiqués, le hasard est l'élément prépondérant, c'est-à-dire prédomine sur l'adresse et les combinaisons de l'intelligence" (Cass. 26 mars 1956, *Pas.* 1956, I, p. 793), l'interdiction d'exploitation (loi du 24 octobre 1902, art. 1<sup>er</sup>, al. 1) étant applicable "même si les joueurs ne doivent opérer aucune mise ou effectuer aucun achat, dès lors que la participation donne un espoir d'enrichissement ou un avantage matériel quelconque au joueur" (L. DE BROUWER, *Le droit des promotions commerciales*, De Boeck, 1997, p. 192, n<sup>o</sup> 482).

<sup>21</sup>. Ce critère n'est toutefois pas requis pour ce qui concerne le pari qui est défini comme un "jeu de hasard dans lequel chaque joueur mise un montant et qui produit un gain ou une perte qui ne dépend pas d'un acte posé par le joueur mais de la vérification d'un fait incertain qui survient sans l'intervention des joueurs" (loi du 7 mai 1999, *o.c.*, art. 2, 5<sup>o</sup>).

<sup>22</sup>. *Voy. note* 20. L'enjeu n'était pas requis sous l'ancienne loi: il suffisait que le jeu de hasard soit organisé dans un but spéculatif.

<sup>23</sup>. Anvers 27 mars 2003, *NjW* 2003, p. 1002; Prés. Comm. Bruxelles 11 septembre 2002, *o.c.*

<sup>24</sup>. Prés. Comm. Bruxelles 11 septembre 2002, *o.c.*

<sup>25</sup>. Prés. Comm. Tongres 12 mars 2002, *Annuaire P.C.*, p. 366; Anvers 27 mars 2003, *NjW* 2003, p. 1002.

<sup>26</sup>. V. WELLENS et F. POLET, *o.c.*, p. 621, n<sup>o</sup> 10.

exception faite des paris qui ne requièrent pas d'aptitudes personnelles et obéissent à un régime spécifique<sup>27</sup>.

## 2.2. Contours réglementaires

6. Sous réserve des diverses variantes de jeux de hasard autorisées dans les conditions fixées par la loi du 7 mai 1999<sup>28</sup>, il est interdit d'exploiter un jeu de hasard ou un établissement de jeux de hasard, mais aussi de participer à un jeu de hasard, de faciliter l'exploitation d'un jeu de hasard ou d'un établissement de jeu de hasard, de faire de la publicité pour un jeu de hasard ou un établissement de jeu de hasard ou de recruter des joueurs pour un jeu de hasard ou un établissement de jeu de hasard quand l'intéressé sait qu'il s'agit de l'exploitation d'un jeu de hasard ou d'un établissement de jeu de hasard non autorisé<sup>29</sup>...

Par ailleurs, ne sont pas des jeux de hasard au sens de ladite loi, les jeux relatifs à l'exercice des sports, ainsi que les "jeux offrant au joueur ou au parieur comme seul enjeu le droit de poursuivre le jeu gratuitement et ce, cinq fois au maximum, les jeux de cartes ou de société pratiqués en dehors des établissements de jeux de hasard de classe I et II, les jeux exploités dans des parcs d'attractions ou par des industriels forains à l'occasion de kermesses, de foires commerciales ou autres et en des occasions analogues, ainsi que les jeux organisés occasionnellement et tout au plus quatre fois par an par une association locale à l'occasion d'un événement particulier ou par une association de fait à but social ou philanthropique ou par une association sans but lucratif au bénéfice d'une œuvre sociale ou philanthropique, et ne nécessitant qu'un enjeu très limité et qui ne peuvent procurer, au joueur ou au parieur, qu'un avantage de faible valeur"<sup>30</sup>.

Ces exceptions ne signifient évidemment pas que l'offre de tels jeux n'est pas soumise à d'autres impératifs légaux, dont en particulier le respect de la loyauté commerciale, au sens de la LPMC.

A noter aussi que les loteries au sens de la loi du 31 décembre 1851 sur les loteries, échappent au champ d'application de la loi sur les jeux de hasard<sup>31</sup>.

7. Même s'ils sont organisés dans le cadre d'une action promotionnelle, il est difficilement concevable que la directive 2005/29/CE s'applique aux jeux de hasard. En effet,

ladite directive d'harmonisation maximale exclut les jeux d'argent de son champ d'application, ou, plus exactement, ne s'applique pas "aux conditions d'établissement et aux régimes d'autorisation, notamment les règles qui, conformément au droit communautaire, concernent les activités de jeux d'argent"<sup>32</sup>.

Cette exclusion doit-elle être interprétée restrictivement, en ce sens qu'elle ne concernerait que les 'conditions d'établissement' et les 'régimes d'autorisation' de jeux d'argent, et non l'utilisation de jeux de hasard autorisés à des fins promotionnelles? Nous ne le pensons pas. En effet, le contexte législatif et jurisprudentiel européen, ne permet pas d'arriver à cette conclusion. Outre l'exclusion explicite en matière de commerce électronique, des "activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur les paris"<sup>33</sup>, l'exposé des motifs de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, relève que: "Il convient d'exclure les activités de jeux d'argent, y compris les loteries et paris, du champ d'application de la présente directive compte tenu de la spécificité de ces activités qui entraînent de la part des Etats membres la mise en œuvre de politiques touchant à l'ordre public et visant à protéger les consommateurs."<sup>34</sup>.

En revanche, il appartient évidemment aux Etats membres, lorsqu'ils exercent cette compétence en matière de jeux d'argent, de veiller à ne pas entraver la libre prestation de services et d'établissement.

Il est dès lors possible de conclure que: "L'exclusion des jeux de hasard de plusieurs normes de droit dérivé indique que le législateur européen était compétent pour réglementer ce secteur, mais a délibérément choisi de ne pas le faire, avec pour conséquence qu'il n'existe aucune norme de droit européen dérivé contenant une interdiction d'offrir des jeux de hasard (en ligne) ou délimitant les conditions dans lesquelles une telle offre peut avoir lieu. Aussi longtemps et dans la mesure où l'Union européenne ne prévoit pas de telles normes, les Etats membres restent libres de légiférer dans le secteur des jeux de hasard (en ligne ou non). Nous verrons ci-après que la Cour se montre d'ailleurs très respectueuse de l'existence de cette compétence retenue des Etats membres. Néanmoins, lorsque les Etats membres exercent cette compétence retenue, ils doivent le faire dans le respect des libertés fondamentales telles que la libre prestation de servi-

27. Loi du 7 mai 1999, o.c., art. 2, 5°, art. 43/1-43/4.

28. Casinos (art. 28-33), salles de jeux automatiques (art. 34-38), débits de boissons (art. 39-43), paris (art. 43/1-43/4), jeux média (art. 43/8-43/15).

29. Loi du 7 mai 1999, o.c., art. 4, § 1<sup>er</sup> et 2.

30. Loi du 7 mai 1999, o.c., art. 3, 1° à 3°.

31. *Idem* art. 3bis.

32. Considérant 9.

33. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, art. 5 (d), 3<sup>ème</sup> tiret.

34. Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, considérant 25.

ces et la liberté d'établissement, ce qu'illustre précisément l'arrêt *Santa Casa*.<sup>35</sup>

8. Conformément à ce qui a été développé précédemment au sujet des loteries, la loi belge sur les jeux de hasard, est applicable aux jeux de hasard organisés par des ressortissants étrangers et proposés en Belgique<sup>36</sup>. Tel sera le cas même si il s'agit d'un jeu de hasard organisé par voie électronique puisque la directive 2000/31/CE consacrant le principe d'application de la loi du pays d'origine, n'est pas applicable aux activités de jeux d'argent<sup>37</sup>.

En ce qui concerne les ressortissants européens, ceux-ci pourront éventuellement faire valoir une entrave à la libre prestation de services et la législation en question devra alors faire l'objet d'un examen permettant de déterminer si elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et si elle est proportionnée aux objectifs poursuivis<sup>38</sup>.

A cet égard, il convient de préciser que la loi du 7 mai 1999, telle que modifiée par la loi du 10 janvier 2010 complétée par une seconde loi de la même date organisant la Commission des jeux de hasard, a pour objectif déclaré de protéger le consommateur en canalisant son goût du jeu, et de protéger l'ordre social en évitant les risques d'actes répréhensibles et de fraudes, sous forme de l'octroi de licences par la Commission des jeux de hasard<sup>39</sup>.

Si la Cour de justice légitime le droit pour un Etat membre de chercher à assurer un niveau de protection particulièrement élevé des consommateurs dans le secteur des jeux de hasard, sous forme par exemple de l'octroi de droits exclusifs à un organisme constitué à cet effet, elle conditionne toutefois l'admissibilité de cette entrave à la constatation selon laquelle les activités criminelles ou frauduleuses liées aux jeux, et l'assuétude au jeu constituent un réel problème sur le territoire de l'Etat membre concerné, et à l'existence "d'une publicité mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers les réseaux de jeux contrôlés"<sup>40</sup>. Et il appartiendra encore à la juridiction de renvoi de s'assurer que "les autorités nationales visaient véritablement, au moment des faits au principal, à assurer un niveau de protection particulièrement élevé et

que, au regard de ce niveau de protection recherché, l'institution d'un monopole pouvait effectivement être considérée comme nécessaire, et (...) les contrôles étatiques auxquels les activités de l'organisme bénéficiant des droits exclusifs sont en principe soumises sont effectivement mis en œuvre de manière cohérente et systématique dans la poursuite des objectifs assignés à cet organisme"<sup>41</sup>. Enfin, la Cour de justice a opportunément précisé que "en présence d'une réglementation nationale qui s'applique de la même manière à l'offre de paris hippiques en ligne et à celle effectuée par des canaux traditionnels, il convient d'apprécier l'atteinte à la libre prestation des services du point de vue des restrictions apportées à l'ensemble du secteur concerné"<sup>42</sup>.

Rappelons par ailleurs que la conformité de la réglementation belge à la directive 2005/29/CE ne pourra être remise en question puisque, comme indiqué au point 2 ci-dessus, la directive exclut expressément les jeux d'argent de son champ d'application<sup>43</sup>.

### 3. Concours

#### 3.1. Définition

9. Le concours n'est pas défini par la loi.

Selon la définition classique, qui ne correspond plus exactement à la définition juridique précisée ci-après, le concours est un jeu dans lequel les aptitudes personnelles des participants sont déterminantes pour la sélection des gagnants.

Un concours peut donc être payant (et le cas échéant impliquer un enjeu) ou gratuit et peut faire intervenir le hasard ou non, pour autant que les participants puissent en influencer les résultats par leurs aptitudes personnelles.

#### 3.2. Contours réglementaires

10. Les concours n'étant pas réglés par la loi, le régime juridique qui leur est applicable ne peut en réalité être défini que par rapport aux réglementations en matière de loteries et jeux de hasard.

35. P. PAEPE, "Les jeux de hasard en ligne dans l'Union européenne: mise en contexte et commentaire de l'arrêt *Santa Casa*", *RDTI* 2010, n° 38, pp. 57 et 58.

36. Th. VERBIEST, *o.c.*, pp. 20 et 21; E. MARIQUE, "Les jeux de hasard au moyen des instruments de la société de l'information", *Rev.dr.pén.crim.* 2009, pp. 459 à 462.

37. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JO* 17 juillet 2000, L 178/1, art. 1, 5., d).

38. Voy. notamment N. HOEKX, "Kansspelen in Europa: *Placanica*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en het verlossende woord dat nooit zal komen", *DCCR* 2007, n° 76, pp. 227 à 243; C. DE PRETER et T. DE MEESE, "De europeesrechtelijke beoordeling van nationale gokwetgeving", *RDC* 2008/5, pp. 439 à 447; N. HOEKX, "Kansspelen op het Internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa*, "kaarten geschud", *DCCR* 2009, n° 83, pp. 60 à 70; P. PAEPE, "Les jeux de hasard en ligne dans l'Union européenne: mise en contexte et commentaire de l'arrêt *Santa Casa*", *o.c.*, pp. 55 à 79; N. HOEKX, "Spel zonder grenzen: de aanpak van buitenlandse kansspelwebsites" et la jurisprudence citée; E. MARIQUE, *o.c.*, pp. 470-471.

39. *Doc.parl.* Chambre 2008-09, n° 1992/001, pp. 4 et 5, traduisant le souci du législateur de s'aligner sur les exigences européennes; voy. également jurisprudence européenne citée *supra*, note 18; CJ 3 juin 2010, C-258/08, *Ladbrokes*.

40. CJ 30 juin 2011, *Zeturf*, *o.c.*, considérant 71.

41. *Ibid.*, considérant 70 et dispositif point 2.

42. CJ, *ibid.*, considérants 77 à 83.

43. Considérant 9.

En raison de la nouvelle définition des jeux de hasard<sup>44</sup>, si le concours est payant et qu'il implique une part même accessoire de hasard, il doit être juridiquement qualifié de jeu de hasard. Il sera dès lors soumis à la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard évoquée ci-avant.

Si le concours est payant mais que seules les aptitudes des participants, à l'exclusion du hasard, sont susceptibles de désigner les gagnants, rien ne l'interdit. Les concours n'étant pas réglés par la loi, ils relèvent du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, sous réserve du respect de la loyauté commerciale.

S'il est gratuit, il sera licite, que le hasard soit inexistant ou prépondérant.

En effet, la légalité d'un concours gratuit laissant une place prépondérante – mais non exclusive – au hasard, ne peut plus être remise en cause notamment sur base de l'ancienne disposition légale interdisant toute publicité "*qui éveille chez le consommateur l'espoir ou la certitude d'avoir gagné ou de pouvoir gagner un produit, un service ou un avantage quelconque par l'effet du hasard*"<sup>45</sup>. Cette disposition n'a pas été reprise dans la LPMC, si bien qu'il peut être affirmé qu'un concours gratuit laissant une place prépondérante au hasard pour la détermination des gagnants, garde cette qualification de 'concours' et reste parfaitement légal pour autant qu'il soit présenté et organisé loyalement, au sens de la LPMC.

Ajoutons encore qu'en matière de jeux gratuits, la LPMC ne sanctionne que les pratiques consistant à "*affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable*"<sup>46</sup> ou à "*donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait, soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent, soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût*"<sup>47</sup>.

Ces deux pratiques ne peuvent donc être incriminées lorsqu'il s'agit d'une opération réellement gratuite dont les prix sont effectivement octroyés.

Une telle opération ne peut davantage être considérée, en soi, comme une action ou omission trompeuse, agressive ou déloyale au sens de la LPMC.

A cet égard, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur autorisait déjà expressément le concours basé sur les aptitudes personnelles des participants, même lorsqu'un produit ou un service devait être acquis pour y participer. Les jeux promotionnels étaient ainsi autorisés lorsque le gagnant est principalement désigné par le hasard et lorsque la participation est gratuite<sup>48</sup>.

Il nous faut toutefois envisager l'hypothèse du faux concours, qui consiste à poser des questions à ce point faciles qu'en définitive, le tirage au sort destiné à départager les gagnants peut être assimilé à une loterie, interdite. Il est donc indispensable que les questions posées à un concours éliminent une partie des participants, sous peine de disqualification en loterie si les aptitudes personnelles n'interviennent en aucune façon pour désigner les gagnants ou, s'il est payant et si les aptitudes personnelles n'ont qu'une influence négligeable sur les résultats, en jeu de hasard<sup>49</sup>.

**11.** Il reste encore à déterminer le statut de l'offre promotionnelle d'un concours gratuit, à la lumière de l'enseignement de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs.

Dans la mesure où le 9<sup>ème</sup> considérant de la directive exclut notamment de son champ d'application '*les activités de jeux d'argent*', il nous faut considérer, *a contrario*, que les concours gratuits entrent bien dans son champ d'application.

Or, la directive ne contient pas une interdiction des jeux gratuits, que le hasard intervienne ou non pour la désignation des gagnants.

Dans la mesure où il s'agit d'une directive d'harmonisation maximale, un Etat membre ne pourrait donc pas interdire ce qui n'est pas interdit par la directive, et toute législation nationale qui y contreviendrait, devrait être jugée incompatible avec ladite directive.

Rappelons à cet égard que les pratiques commerciales non interdites par la directive, sont celles qui passent avec succès le test de loyauté en cascade<sup>50</sup>: il convient d'abord de vérifier si la pratique commerciale concernée figure dans la liste des 31 pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances<sup>51</sup>. Dans la négative, il convient de vérifier si la pratique commerciale méconnaît deux normes d'interdiction '*semi-générales*' réputant déloyales les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.

<sup>44</sup> Voy. *supra* note 20.

<sup>45</sup> LPCC, art. 23, 10°; Mons 6 février 1996, *Annuaire P.C.* 1996, p. 175.

<sup>46</sup> Annexe I directive 2005/29/CE, liste noire, 19°; art. 91, 19° LPMC.

<sup>47</sup> Annexe I directive 2005/29/CE, liste noire, 31°; art. 94, 8° LPMC.

<sup>48</sup> Art. 3 et art. 2, i), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0546:FIN:FR:PDF>.

<sup>49</sup> Anvers 26 avril 1988, *Annuaire P.C.* 1988, p. 143, note S. DE MEUTER; Prés. Comm. Bruxelles 7 juin 1995, *Annuaire P.C.* 1995, p. 188.

<sup>50</sup> C. DELFORGE, "Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs" in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, CUP, 2010, p. 10, n° 5; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, p. 548, n° 12.

<sup>51</sup> Art. 5, 5. de la directive qui renvoie à l'annexe I.

Dans la négative, il convient encore de vérifier si “a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d’altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu’elle touche ou auquel elle s’adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu’une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs”<sup>52</sup>. En application de ces principes, l’offre promotionnelle d’un jeu-concours gratuit ne pourra certes, en soi, échouer à ce test de loyauté, mais il conviendra toujours de vérifier dans quelles circonstances il est offert afin de s’assurer que cette pratique n’est pas contraire aux exigences de la diligence professionnelle, n’altère ou n’est pas susceptible d’altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, ou n’amène ou n’est susceptible d’amener, compte tenu de ses caractéristiques et du contexte factuel, le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu’il n’aurait pas prise autrement.

**12.** Lorsqu’un concours payant faisant intervenir le hasard, même de manière accessoire, est organisé depuis l’étranger, il obéit aux mêmes règles que celles qui régissent les jeux de hasard<sup>53</sup>.

En revanche, s’il est payant mais que les gagnants sont exclusivement désignés en vertu de leurs aptitudes personnelles ou s’il est gratuit, ce sera en principe la loi du pays d’origine qui sera d’application, sous réserve de l’application éventuelle des principes de droit international privé sus-

ceptibles de conduire à l’application du droit commun belge<sup>54</sup>.

Observons à cet égard qu’aucune loi de police belge n’existe en la matière, sauf à considérer qu’il s’agit d’un faux concours assimilable à une loterie.

En ce qui concerne plus particulièrement les concours gratuits organisés par des ressortissants d’autres Etats membres, il conviendra de s’en référer aux dispositions de la directive. Dans la mesure où la directive n’interdit pas expressément les concours gratuits (pour rappel, seuls les jeux d’argent échappent à son champ d’application), le concours organisé par un ressortissant européen et offert en Belgique ne pourra être sanctionné que s’il peut être qualifié de pratique commerciale déloyale. Puisqu’il s’agit d’une directive d’harmonisation maximale, toute législation nationale qui contiendrait une interdiction de principe des concours (et, fait remarquable, la loi belge ne contient pas une telle interdiction), devrait être considérée comme incompatible avec ladite directive<sup>55</sup>.

S’il s’agit d’un concours organisé par voie électronique, le principe d’application de la loi du pays d’origine prévu par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique<sup>56</sup> et par la loi du 11 mars 2003<sup>57</sup> s’appliquera.

Il échet toutefois de rappeler que la directive précitée n’est pas applicable aux “activités de jeux d’argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur des paris”<sup>58</sup>.

## II. SORT DES LOTERIES PROMOTIONNELLES GRATUITES

**13.** De tous temps, les entreprises commerciales ont tenté de vendre ou de faire connaître leurs produits et/ou services par le biais de divers mécanismes dits ‘promotionnels’ allant de la publicité à l’échantillonnage en passant par les réductions de prix. Mais elles ont également toujours exploité le goût du jeu, associé à l’appât du gain, du consommateur.

A cet égard, il convient de constater que l’offre de participer à un jeu de hasard, tel que défini précédemment, dans le cadre d’une action promotionnelle, présente peu d’intérêt puisqu’elle implique une mise que l’entreprise commerciale qui souhaite attirer les consommateurs sera peu encline à lui

réclamer. De plus, la législation en la matière est très contraignante et difficile à remettre en question à tout le moins dans un contexte belgo-belge, sous réserve des éventuelles entraves à la libre prestation de services susceptibles d’être sanctionnées par la Cour de justice à défaut de justification raisonnable et de proportionnalité par rapport à l’objectif poursuivi<sup>59</sup>.

Le concours, quant à lui, peut être offert gratuitement mais un effort personnel sera exigé du consommateur.

La loterie gratuite, en revanche, est fort prisée des consommateurs et des entreprises. Elle est en effet très facile à met-

<sup>52</sup> Art. 5, 2. de la directive; CJ 30 juin 2011, *Wamo*, considérants 34 à 39; CJ 23 avril 2009, *o.c.*, considérants 53 à 56.

<sup>53</sup> Voy. *supra* 2.2., n° 8.

<sup>54</sup> A noter qu’en matière de commerce électronique, “la volonté du législateur européen d’écarter, par l’art. 3 de la directive, l’application des règles de droit international privé (est) incontestable”; A. CRUQUENAIRE, “La clause de marché intérieur: clé de voûte de la directive sur le commerce électronique” in *Le commerce électronique enfin sur les rails? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Coll. des Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 52.

<sup>55</sup> Voy. toutefois *supra* 3.2., n° 11.

<sup>56</sup> Directive 2000/31/CE, *o.c.*

<sup>57</sup> Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l’information, MB 17 mars 2003.

<sup>58</sup> Directive 2000/31/CE, *o.c.*, art. 1, 5., d) *in fine*.

<sup>59</sup> Voy. *supra* notes 38 à 41.

tre en œuvre, n'implique aucune aptitude personnelle et est aisément accessible. Au regard de la loi belge, elle est cependant interdite, à moins d'être organisée en partenariat avec la Loterie Nationale ou une association philanthropique agréée.

Sous l'impulsion du législateur européen, l'interdiction de principe des loteries promotionnelles gratuites et les conditions qui assortissent les rares exceptions à cette interdiction, semblent pouvoir être sérieusement remises en cause. Nous avons souhaité approfondir cette question.

## 1. La directive 2005/29/CE

### 1.1. Champ d'application

14. En son 9<sup>ème</sup> considérant, la directive exclut notamment de son champ d'application *'les activités de jeux d'argent'*. Cela implique-t-il *ipso facto* que les loteries promotionnelles gratuites entreraient dans son champ d'application?

En d'autres termes, une disposition nationale interdisant les loteries promotionnelles gratuites, pourrait-elle être sanctionnée par la directive?

Un retour aux principes fondamentaux qui ont justifié l'adoption de la directive, paraît indispensable pour répondre à la question.

Le législateur européen travaille sans cesse à la création d'un marché intérieur. Celui-ci *"comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services et la liberté d'établissement sont assurés"*<sup>60</sup>.

Dans ce cadre, il consacre une attention particulière à la protection des consommateurs, avec pour conséquence une importante production législative dans ce domaine<sup>61</sup>.

Estimant notamment que *"le développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'espace sans frontières intérieures est essentiel pour favoriser l'expansion des activités transfrontalières"*<sup>62</sup> et que *"les législations des Etats membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur"*<sup>63</sup>, le législateur européen a ainsi adopté la directive 2005/29/CE du 11 mai

2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

15. La directive impose une harmonisation complète ou exhaustive<sup>64</sup>, concept qui semble-t-il, doit être distingué de la notion d'harmonisation maximale en ce qu'il implique que, outre le fait qu'elle n'autorise pas les Etats membres à prendre des mesures plus strictes, la directive est destinée à régir l'ensemble du domaine visé<sup>65</sup>.

De fait, la directive entend régir l'ensemble du domaine qu'elle vise, en l'occurrence, les pratiques commerciales déloyales. Elle s'applique aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs qu'elle définit de manière particulièrement large comme *"toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs"*<sup>66</sup>.

Dans le cadre de l'interdiction des offres conjointes qui prévalait sous le régime de l'ancienne loi sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur du 14 juillet 1991<sup>67</sup>, l'avocat général Trstenjak s'était prononcée de la manière suivante au sujet de la notion de 'pratiques commerciales': *"les offres conjointes (...) servent à attirer les clients et à accroître le potentiel de l'entreprise. Si l'on se fonde sur la fonction des offres conjointes telle qu'elle est décrite précédemment ainsi que sur la manière et les modalités selon lesquelles le consommateur les perçoit (...) il est logique de les définir comme actes commerciaux ou communications commerciales relevant de la publicité et de la stratégie commerciale d'un opérateur, directement lié à la promotion des débouchés et à la vente. Elles correspondent ainsi parfaitement à la notion de 'pratiques commerciales' au sens de l'article 2, sous d) de la directive 2005/29. Il s'ensuit que les offres conjointes qui font l'objet de la réglementation prévue à l'article 54 de la loi belge relèvent du champ d'application matériel de la directive 2005/29"*<sup>68</sup>.

Dans son arrêt du 14 janvier 2010<sup>69</sup>, concernant l'interdiction en droit allemand de combiner l'offre de biens ou de services à la participation à un concours ou à une loterie (en l'occurrence à une loterie), la Cour de justice a estimé que *"des campagnes promotionnelles, telles que celle en cause au principal, subordonnant la participation gratuite du*

<sup>60</sup>. Directive 2005/29/CE, considérant 2.

<sup>61</sup>. C. VERDURE, "L'harmonisation des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la directive 2005/29/CE: premier bilan jurisprudentiel", *CDE* 2010, p. 312.

<sup>62</sup>. Directive 2005/29/CE, considérant 2.

<sup>63</sup>. Directive 2005/29/CE, considérant 3.

<sup>64</sup>. C. VERDURE, *o.c.*, pp. 323 et s.

<sup>65</sup>. C. VERDURE, *o.c.*, pp. 323 et s.

<sup>66</sup>. Art. 2.

<sup>67</sup>. *MB* 29 août 1991.

<sup>68</sup>. Conclusions de l'avocat général Trstenjak du 21 octobre 2008 dans les affaires jointes C-261/07 et C-299/07.

<sup>69</sup>. CJ 14 janvier 2010, C-304/08, *Plus*, considérant 37.

consommateur à une loterie à l'achat d'une certaine quantité de biens ou de services, s'inscrivent clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci".

Comme l'indique Fleur Longfils<sup>70</sup>, "La technique consistant à faire dépendre la participation à un concours de l'achat d'un bien ou de la commande d'un service relève donc bien du champ d'application de la directive 2005/29/CE."

Dans le cadre de l'affaire précitée, la loterie était organisée par le Deutscher Lottoblock (association nationale de 16 sociétés de loterie). Pour autant qu'il n'y ait pas d'entrave à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement, cette circonstance ne paraît pas de nature à remettre en question l'application de la directive aux offres conjointes combinant l'achat d'un bien à tous types de loteries promotionnelles en ce compris celles qui ne seraient pas organisées en partenariat avec une loterie nationale ou avec une association à but philanthropique.

De la même manière, d'autres types de loteries promotionnelles qui ne s'inscriraient pas dans le cadre d'une offre conjointe mais dont la participation serait, par exemple, soumise à une démarche telle qu'un passage en magasin, doivent, conformément à la jurisprudence susmentionnée, être considérés comme des pratiques régies par la directive.

**16.** Mais la jurisprudence plus récente apporte un éclairage nouveau à cette problématique.

Dans son arrêt *Mediaprint*<sup>71</sup> du 9 novembre 2010, la Cour ne se contente plus de vérifier si la pratique concernée est bien une pratique commerciale au sens de la directive. Elle ajoute à ce critère objectif, un critère subjectif consistant à vérifier si l'un des objectifs poursuivis par la législation nationale concernée est bien la protection des consommateurs, auquel cas la pratique litigieuse peut être examinée à la lumière de la directive<sup>72</sup>.

La directive prévoit certaines exclusions de son champ d'application<sup>73</sup>. Il est notamment précisé qu' "elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte **uniquement** aux intérêts économiques des concurrents ou qui con-

cernent une transaction entre professionnels" (nous soulignons).

S'il est donc vrai qu'il s'impose au juge européen de vérifier que la pratique litigieuse n'est pas exclue du champ d'application de la directive en ce que, notamment, elle ne porterait potentiellement atteinte qu'aux seuls intérêts économiques des concurrents<sup>74</sup>, il ne nous paraît pas qu'il faille répondre à cette question à la lumière des objectifs poursuivis par la législation en cause. C'est pourtant bien ce que semble faire la Cour lorsqu'elle précise que: "En effet, ainsi que le fait valoir le juge de renvoi, l'article 9bis, paragraphe 1, point 1 de l'UWG vise expressément la protection des consommateurs et non pas uniquement celle des concurrents et des autres acteurs du marché."<sup>75</sup>.

Une appréciation par la Cour elle-même et dans l'absolu, des effets objectifs potentiels d'une pratique commerciale déterminée serait, le cas échéant, souhaitable et aurait le grand mérite de contribuer à l'indispensable harmonisation des pratiques commerciales loyales sur le plan européen. Ainsi par exemple, un certain type de présentation publicitaire de loterie gratuite, donnant la fausse conviction, dans le chef du consommateur moyen, d'avoir gagné un lot, au point d'altérer son comportement d'achat, pourrait être stigmatisé par la Cour.

La jurisprudence relative au champ d'application de la directive en matière d'annonces de réductions de prix, apporte une nuance supplémentaire. Dans son arrêt *Wamo*<sup>76</sup>, la Cour confirme d'abord – après avoir constaté que les finalités de la législation en cause ne ressortent pas de manière évidente de la décision de la juridiction de renvoi<sup>77</sup> – que pour déterminer si la directive s'applique, il appartient aux juridictions nationales de vérifier si la législation nationale en cause "poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs de sorte qu'il est susceptible de relever du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales"<sup>78</sup>.

La Cour de cassation semble vouloir à son tour s'orienter vers un critère subjectif supplémentaire, en ayant posé à la Cour de justice la question préjudicielle de savoir si la directive reste applicable lorsque l'objectif de protection des consommateurs de la disposition nationale en cause, n'apparaît pas effectivement rencontré<sup>79</sup>.

<sup>70</sup>. F. LONGFILS, "Arrêt 'Plus': la Cour de justice intensifie sa jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyales", *JDE* 2010, p. 78.

<sup>71</sup>. CJ 9 novembre 2010, C-540/08.

<sup>72</sup>. A ce sujet, voy. L. DE BROUWER, "Ordonnance 'Wamo': les règles nationales sur les présoldes au regard du droit européen", *JDE* 2011, pp. 264 à 266.

<sup>73</sup>. Voy. les considérants 6 et 9 ainsi que l'art. 3.

<sup>74</sup>. CJ 9 novembre 2010, C-540/08, voy. le considérant 20: "A cet égard, il y a lieu de relever que, comme il a été souligné au point 17 du présent arrêt, la directive se caractérise par un champ d'application matériel particulièrement large s'étendant à toute pratique commerciale qui présente un lien direct avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs. Ne sont ainsi exclues dudit champ d'application, ainsi que cela ressort du sixième considérant de cette directive, que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte 'uniquement' aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels."

<sup>75</sup>. CJ 9 novembre 2010, C-540/08, considérant 23.

<sup>76</sup>. CJ 30 juin 2011, considérant 20.

<sup>77</sup>. CJ 30 juin 2011, considérant 23.

<sup>78</sup>. CJ 30 juin 2011, considérant 28; voy. également CJ 15 décembre 2011, C-126/11, *Inno*.

<sup>79</sup>. Cass. 21 février 2011, RG C.09.0436.N; L. DE BROUWER, *o.c.*, p. 265.

Toutefois, dans son arrêt précité du 15 décembre 2011 en réponse à cette question préjudicielle, la Cour de justice se limite, dans la ligne de la jurisprudence *Wamo*, à prescrire aux juridictions nationales de vérifier si le législateur national, par la disposition en cause, poursuit effectivement des finalités tenant notamment à la protection des consommateurs, ce qui n'implique pas une vérification de la réalisation effective de cette protection. Il appartiendra à la Cour de cassation de se prononcer à la lumière de cet arrêt.

En vue de justifier le maintien de réglementations contraires à la directive, d'aucuns seront vraisemblablement tentés de prétendre que la législation en cause n'a pas pour objectif de protéger les consommateurs<sup>80</sup>.

Cette tendance actuelle de la jurisprudence de la Cour à permettre la prise en compte d'éléments subjectifs ayant motivé l'adoption de dispositions nationales, nous paraît aller à contresens de l'objectif d'harmonisation complète. Dans la mesure où le champ d'application de la directive est déterminé en fonction des objectifs poursuivis par la législation nationale réglementant la pratique en cause et puisqu'il appartient aux juridictions nationales de se prononcer sur cet objectif, une même pratique pourra, dans un Etat membre, entrer dans le champ d'application de la directive et, dans un autre Etat membre, en être exclue!

Le domaine visé par la directive sera donc défini de manière variable en fonction des objectifs distincts poursuivis par les législations nationales...

Il est d'ailleurs permis de se demander si l'introduction de ce critère subjectif n'a pas pour effet indirect de violer la clause '*Marché intérieur*' consacrée par l'article 4 de la directive.

Nous estimons néanmoins que la jurisprudence précitée ne remet pas en cause l'application de la directive aux loteries promotionnelles gratuites.

Si l'interdiction des loteries promotionnelles gratuites répond à un objectif de protection des consommateurs, cette disposition nationale rentre dans le champ d'application de la directive et devrait être appréciée à la lumière de celle-ci.

En revanche, si l'objectif de cette interdiction n'est pas la protection du consommateur, encore faudrait-il vérifier si l'éventuel autre objectif rentre dans une des dérogations au champ d'application de la directive énoncées en ses considérants 6 et 9. Parmi ces dérogations, figure en bonne place la protection des relations entre concurrents. En d'autres termes, si la disposition nationale en cause a pour objectif de sanctionner des pratiques portant uniquement atteinte aux intérêts économiques de concurrents, elle sort du champ d'application de la directive.

En l'occurrence, il paraît pour le moins douteux que l'interdiction des loteries gratuites puisse viser la protection des intérêts économiques de concurrents, en manière telle que cette dérogation au champ d'application de la directive, ne peut à notre sens être invoquée.

En d'autres termes, si la disposition nationale en cause, comme l'interdiction des loteries promotionnelles gratuites, n'est pas '*officiellement*' justifiée par la protection du consommateur et, en outre ne poursuit pas effectivement un des objectifs entrant dans les dérogations explicitement prévues par la directive, il est permis d'en conclure que ladite disposition entre bien dans son champ d'application.

Tel semble être en tout cas l'enseignement de l'arrêt *Media-print*, en ces termes:

*“26. Or, même à supposer que la disposition nationale en cause au principal poursuive essentiellement le maintien du pluralisme de la presse en Autriche, il importe d'observer que la possibilité, pour les Etats membres, de maintenir ou d'instaurer sur leur territoire des mesures qui ont pour objet ou pour effet de qualifier des pratiques commerciales comme déloyales pour des motifs tenant au maintien du pluralisme de la presse ne figure pas parmi les dérogations au champ d'application de la directive énoncées aux sixième et neuvième considérants ainsi qu'à l'article 3 de celle-ci.*

*27. A cet égard, il convient de souligner que la directive procède à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.*

*28. Dès lors, le gouvernement autrichien ne saurait valablement affirmer que l'article 9bis, paragraphe 1, point 1 de l'UWG échappe au champ d'application de la directive en ce qu'il vise essentiellement des objectifs tenant au maintien du pluralisme de la presse.”<sup>81</sup>*

Semblablement, en l'absence d'objectifs clairement identifiés justifiant l'interdiction par la loi belge des loteries promotionnelles gratuites et entrant dans l'une des dérogations explicitement citées par la directive, seul le critère objectif s'avère pertinent en la matière.

S'agissant bien d'une pratique commerciale au sens de la directive, les loteries promotionnelles gratuites ne peuvent donc être exclues de son champ d'application.

Il convient d'ajouter en ce sens que la directive, en son considérant 9, exclut notamment de son champ d'application '*les activités de jeux d'argent*'. *A contrario*, les jeux n'impliquant pas de '*mise*', et qui "*s'incrivent clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci*" entrent donc dans son champ d'application.

<sup>80</sup>. A ce sujet, voy. également CJ 30 juin 2011, C-288/10 et CJ 15 décembre 2011, C-126/11.

<sup>81</sup>. CJ 9 novembre 2010, *o.c.*

## 1.2. Compatibilité de l'interdiction avec la directive

17. Ceci étant dit, il convient de s'interroger sur la compatibilité de l'interdiction des loteries avec la directive.

Le législateur a opté pour une approche de type harmonisation ou uniformisation<sup>82</sup> maximale<sup>83</sup>. Ceci a pour conséquence qu'au moment de transposer la directive en droit interne, le législateur national ne peut pas adopter de mesures plus souples que celles imposées par la directive, mais il ne peut pas non plus maintenir des mesures plus restrictives<sup>84</sup>.

Dans ces conditions, l'interdiction des loteries promotionnelles réellement gratuites par la loi belge, paraît incompatible avec la directive 2005/29/CE qui ne contient pas une telle interdiction<sup>85</sup>.

18. Le projet de règlement européen en matière de promotions de ventes finalement non adopté, permettait déjà une telle conclusion tirée de l'élément de gratuité des jeux promotionnels: *"Les loteries et sweepstake gratuits, de même que la publicité y relative, qui sont actuellement interdits par la législation belge, pourront donc en principe être organisés légalement."*<sup>86</sup>.

Faut-il toutefois considérer qu'une obligation d'achat liée au droit de participer à une loterie, annihilerait cet élément de gratuité? La réponse paraît négative dans la mesure où d'une part la participation à la loterie reste bien gratuite en manière telle qu'il ne s'agit pas d'un *'jeu d'argent'* au sens de la directive, et où d'autre part le paiement consenti est la contrepartie du produit acheté.

Ceci a par ailleurs été confirmé par la Cour<sup>87</sup> dans une affaire concernant l'offre de participer à un jeu promotionnel à l'achat d'un journal, en ces termes: *"Il est constant que des pratiques consistant à offrir aux consommateurs des primes associées à l'achat de produits ou de services ne figurent pas à l'annexe I de la directive. Dès lors, elles ne sauraient être interdites en toutes circonstances, mais seulement à l'issue d'une analyse spécifique permettant d'en établir le caractère déloyal."*

Il conviendra évidemment de s'assurer que le prix payé pour le produit corresponde à la valeur du marché ou au prix habi-

tuellement pratiqué, faute de quoi il s'agirait d'une loterie payante déguisée.

En d'autres termes, l'offre conjointe, désormais autorisée dans son principe, doit être claire et loyale au sens de la directive, en ce sens que le produit acheté ne peut être perçu comme un simple moyen de participation à la loterie.

Pour ce qui concerne les loteries gratuites qui ne seraient pas liées à une obligation d'achat, il faudra également veiller à ce que la pratique ne soit pas déloyale et en particulier à ce qu'elle ne soit pas trompeuse ou agressive.

## 2. La libre prestation de services et la liberté d'établissement

19. La libre organisation de loteries promotionnelles gratuites, pourrait également s'appuyer sur les principes de droit européen que sont la libre prestation de services et la liberté d'établissement<sup>88</sup>.

Contrairement aux développements qui précèdent, applicables tant à des situations européennes caractérisées par un élément d'extranéité, qu'à des situations belgo-belges, ce que nous développons ici ne pourrait s'appliquer qu'à une pratique impliquant un élément d'extranéité.

Concrètement, examinons le cas d'une entreprise commerciale française ou luxembourgeoise (les loteries promotionnelles gratuites sont autorisées en droit français et luxembourgeois), souhaitant réaliser une action promotionnelle de type loterie gratuite, à laquelle tant les consommateurs français ou luxembourgeois que les consommateurs belges pourraient participer.

À l'heure actuelle, cette situation n'est pas envisageable en raison de la législation belge interdisant les loteries. Ceci apparaît cependant comme une entrave aux principes de droit européen précités.

Ces principes ne sont cependant pas absolus, dans la mesure où les Etats membres ont gardé une certaine marge de manœuvre qui leur permet de limiter ces libertés, sous certaines conditions.

À cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice est foisonnante, notamment en ce qui concerne les monopoles réservés aux loteries nationales et les conditions d'obtention de licences pour l'exploitation de jeux de hasard<sup>89</sup>. Bien que cette

<sup>82</sup>. Conclusions de l'avocat général Trstenjak du 21 octobre 2008 dans les affaires jointes C-261/07 et C-299/07, considérant 74.

<sup>83</sup>. Directive 2005/29/CE, considérant 15; C. VERDURE, *o.c.*, pp. 320 et s.; C. BAEKELAND, "Het gezamenlijk aanbod van artikel 71 WMPC en het Europees recht: conformiteit of diversiteit", *DAOR* 2011, n° 97, p. 70.

<sup>84</sup>. C. VERDURE, *o.c.*, p. 323.

<sup>85</sup>. Au sujet de l'incompatibilité avec la directive de l'interdiction de certaines pratiques commerciales en droit belge, voy. notamment: C. BAEKELAND, *o.c.*, pp. 59 à 90; B. KEIRSBILCK et J. STUYCK, "Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming", *RDC* 2010, pp. 703 à 744.

<sup>86</sup>. V. WELLENS et F. POLET, *o.c.*, n° 68.

<sup>87</sup>. CJ 9 novembre 2010, *o.c.*, considérant 35.

<sup>88</sup>. Art. 56, § 1<sup>er</sup> et 49, § 1<sup>er</sup> TFUE.

<sup>89</sup>. Voy. notamment N. HOEKX, "Kansspelen in Europa: *Placanica*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en het verlossende woord dat nooit zal komen", *o.c.*, pp. 227 à 243; C. DE PRETER et T. DE MEESE, *o.c.*; N. HOEKX, "Kansspelen op het Internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa* de kaarten geschud", *o.c.*, pp. 60 à 70; P. PAEPE, *o.c.*; N. HOEKX, "Spel zonder grenzen: de aanpak van buitenlandse kansspelwebsites", *o.c.* et la jurisprudence citée.

jurisprudence ne concerne pas les loteries promotionnelles gratuites, il nous est possible d'en tirer quelques enseignements.

**20.** Seules des considérations d'intérêt général ou d'ordre public, peuvent ainsi justifier une entrave à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement<sup>90</sup>. En outre, cette entrave ne peut être justifiée que si elle est proportionnelle, c'est-à-dire nécessaire pour atteindre le ou les objectifs légitimes poursuivis<sup>91</sup>.

La jurisprudence nous enseigne que l'existence d'une disposition nationale applicable sans discrimination<sup>92</sup> et dont l'objectif serait de :

- limiter ou interdire les jeux d'argent pour des raisons d'ordre moral, religieux ou culturel;
- lutter contre la criminalité<sup>93</sup>;
- protéger le consommateur; ou
- permettre le financement d'activités désintéressées,

est de nature à justifier l'entrave<sup>94</sup> pour autant qu'elle soit susceptible de garantir la réalisation de ces objectifs et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre<sup>95</sup>.

La Cour a affiné son point de vue en précisant que si l'objectif de la législation concernée est de réduire les occasions de jeu, celui-ci n'est admissible que si la mesure est de nature à réaliser cet objectif de manière effective<sup>96</sup>. Dans l'arrêt *Gambelli*<sup>97</sup>, la Cour estime qu'un tel objectif n'est pas réalisé s'il ressort que, par ailleurs, l'Etat membre concerné développe une politique de forte expansion du jeu<sup>98</sup>.

En outre, des motifs tels que le financement d'activités désintéressées ou d'intérêt général ne peuvent être considérés en eux-mêmes comme une justification objective de restrictions à la libre prestation de services<sup>99</sup>.

**21.** En conséquence, et pour ce qui concerne en tout cas les loteries promotionnelles gratuites, l'Etat belge ne saurait raisonnablement justifier le monopole réservé à la Loterie Nationale et à certaines associations à but philanthropique agréées exclusivement par l'objectif de financement d'activités désintéressées. De la même manière, l'objectif de lutte contre la dépendance au jeu, doit être apprécié de façon nuancée dans la mesure où la Loterie Nationale ne cesse de

promouvoir ses produits. Mais il n'est pas exclu que la canalisation du goût du jeu vers une offre légale limitée (régime d'autorisation), puisse être jugée, *in specie*, suffisante pour légitimer cet objectif. Les travaux préparatoires de la loi du 10 janvier 2010 ont en effet défini comme suit l'objectif de la loi :

*“Les objectifs de la politique belge en matière de jeux de hasard sont axés sur la protection du joueur, la transparence financière et le contrôle des flux d'argent, le contrôle du jeu et l'identification et le contrôle des organisateurs.*

*La régulation des jeux de hasard est basée sur l'idée de canalisation. Pour satisfaire le besoin manifeste du jeu chez les personnes, l'offre illégale est combattue par l'autorisation d'une offre de jeux légale limitée.*

*La régulation des jeux de hasard illégaux contribue à réfréner la participation aux jeux de hasard et est un moyen adapté et proportionné pour atteindre les objectifs qui constituent la base de la politique en matière de jeux de hasard. En limitant l'offre légale, on répond à l'un des piliers de cette politique, à savoir la protection du joueur contre l'addiction au jeu”*<sup>100</sup>. En outre, l'exigence légale de l'existence d'un établissement dans le monde réel pour l'obtention d'une licence, n'a pas été jugée discriminatoire à l'égard des opérateurs exclusivement présents via Internet, ni disproportionnée, à la lumière notamment des travaux préparatoires qui précisent: *“La nécessité d'intervenir et de pouvoir prendre des mesures rapidement sera plus grande pour les jeux en ligne, vu l'expansion de cette activité et la rapidité avec laquelle des entreprises malhonnêtes sont capables de développer de tels jeux.*

*Une telle politique de contrôle efficace n'est possible que si l'on réserve les jeux en ligne à ceux qui exploitent les jeux de hasard dans le monde réel également, ce qui évite la création d'une offre supplémentaire de jeux en ligne.”*<sup>101</sup>.

Un autre objectif susceptible d'être allégué est la lutte contre la criminalité. Mais il est douteux que l'interdiction des loteries promotionnelles gratuites (qui plus est, strictement encadrées par la LPMC) puisse être considérée comme nécessaire à la réalisation d'un tel objectif, sous réserve de l'utilisation criminelle de loteries gratuites.

<sup>90</sup>. N. HOEKX, “Kansspelen op het Internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa* de kaarten geschud”, *o.c.*, p. 64.

<sup>91</sup>. N. HOEKX, “Kansspelen in Europa: *Placanica*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en het verlossende woord dat nooit zal komen”, *o.c.*, p. 229.

<sup>92</sup>. P. PAEPE, *o.c.*, p. 59.

<sup>93</sup>. CJ 8 septembre 2009, C-42/07, considérant 63.

<sup>94</sup>. CJ 24 mars 1994, C-275/92, considérants 57 à 61.

<sup>95</sup>. CJ 21 octobre 1999, C-124/97, considérant 31.

<sup>96</sup>. CJ 21 octobre 1999, C-124/97, considérant 36.

<sup>97</sup>. CJ 6 novembre 2003, C-243/01, considérant 69.

<sup>98</sup>. P. PAEPE, *o.c.*, p. 68 et N. HOEKX, “Kansspelen op het Internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa* de kaarten geschud”, *o.c.*, p. 64.

<sup>99</sup>. CJ 21 octobre 1999, C-124/97, considérant 36.

<sup>100</sup>. *Doc.parl.* Chambre 2008-09, Doc. 52-1992/001, p. 4.

<sup>101</sup>. *Doc.parl.* Chambre 2008-09, Doc. 52-1992/001, p. 10; Cour const. 14 juillet 2011, n° 128/2011, *Remod Gambling*; Cour const. 29 juillet 2010, n° 96/2010, *Derby*.

Dès lors, cette interdiction pourrait être jugée contraire aux principes de libre prestation de services et de liberté d'établissement.

Dans la mesure où la jurisprudence précitée concerne des loteries et jeux de hasard payants, il y a fort à parier que s'ils

devaient se pencher sur les loteries promotionnelles strictement encadrées par la directive, les tribunaux apprécieraient de manière beaucoup plus sévère tant les objectifs poursuivis que la proportionnalité de l'interdiction par rapport à ces objectifs.

## CONCLUSION

Ce qui précède illustre la nécessité et la difficulté de bien cerner la catégorie dans laquelle s'inscrit l'opération promotionnelle envisagée. Loterie, jeu de hasard ou jeu-concours? Caractère onéreux ou gratuit? Compatibilité de la réglementation belge avec la directive 2005/29/CE ou, à défaut, avec le droit primaire européen?

Il y a tout lieu de *'parier'* qu'à l'avenir, les débats porteront essentiellement sur la notion de gratuité de ce type d'opérations, ainsi que sur l'autonomie législative des Etats membres en matière d'opérations promotionnelles gratuites.

Il est d'ailleurs hautement vraisemblable que, tôt ou tard, une question préjudicielle soit posée par un tribunal belge au sujet de la compatibilité de l'interdiction des loteries promotionnelles gratuites, avec la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 en matière de pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs.

Il n'en demeure pas moins que de nombreuses controverses

pourraient être apaisées par une harmonisation et une meilleure intégration des règles en matière de protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales et des règles en matière de protection des professionnels<sup>102</sup>. Cela apparaît d'autant plus souhaitable qu'il y a d'évidentes interconnexions entre ces deux pôles, bon nombre de pratiques commerciales ayant pour but premier de réguler le marché entre entreprises, étant en effet susceptibles de bénéficier indirectement aux consommateurs<sup>103</sup>.

Eu égard à l'internationalisation exponentielle des pratiques du marché, due aux nouvelles technologies, le législateur européen serait bien inspiré d'intégrer et, surtout, d'équilibrer ces deux pôles dans une même directive d'harmonisation maximale, permettant ainsi aux entreprises et aux consommateurs, de faire notamment l'économie du débat fastidieux portant sur le champ d'application de la directive 2005/29/CE. La sécurité juridique y gagnerait en tout cas, dans l'intérêt de tous.

<sup>102</sup> J. STUYCK, "Pratiques du commerce et concurrence: vers un nouvel équilibre?", *DCCR* 2011, p. 25, n<sup>os</sup> 63 et 64.

<sup>103</sup> R. BYL, "Les promotions en matière de prix" in *Les pratiques du marché, une loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, CJB, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 45; D. GOL, "Des pratiques du commerce aux pratiques du marché: la loi du 6 avril 2010" in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthémis, 2010, p. 104, n<sup>o</sup> 66 et réf. citées.