

# La privatisation de la Française des jeux est-elle vraiment constitutionnelle ?

**Par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole**

La cause est entendue : en droit positif, la privatisation de la société « La Française des jeux » est conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel l'a ainsi jugé dans sa décision du 16 mai 2019 relatif au texte de loi relatif « à la transformation et à la croissance des entreprises » dit « PACTE »<sup>1</sup>. On ne s'attardera pas sur la conformité des dispositions de ce texte au regard du droit à la protection de la santé tel qu'affirmé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. La privatisation de la Française des jeux est en effet sans incidence sur l'assujettissement de cette société aux dispositions spécifiques de la loi du 12 mai 2010 encadrant l'offre et la consommation de jeux afin de prévenir des pratiques addictives et de protéger les mineurs<sup>2</sup>. En bonne logique, le Conseil constitutionnel conclut que ces dispositions ne sauraient priver de garanties légales des exigences constitutionnelles déduites du droit à la protection de la santé.

On passera également rapidement, d'un point de vue procédural, sur le caractère succinct des termes de l'habilitation législative donnée au gouvernement pour légiférer par voie d'ordonnances alors même que le gouvernement est censé indiquer avec précision au Parlement « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre ainsi que leur domaine d'intervention »<sup>3</sup>. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi pu s'interroger sur la nature imprécise des dispositions qui habilite le gouvernement à simplement « préciser le périmètre » des droits exclusifs accordés à la Française des jeux dans le cadre – très large - de l'exploitation des « jeux de loterie » et à définir « les conditions dans lesquelles ils sont exercés » et leur « conditions d'organisation et d'exploitation des droits »<sup>4</sup>. On pourrait trouver justifier que l'habilitation indique au moins les raisons pour lesquelles il est accordé de tels droits dérogoires à la concurrence ce qui permettrait de calibrer correctement le domaine d'intervention de l'ordonnance. De même, le Conseil constitutionnel tend habituellement à s'assurer que « ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, des dispositions d'habilitation prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ne méconnaissent une règle ou un principe de valeur constitutionnelle ». Or si, certes l'octroi de droits exclusifs à la Française des jeux ne méconnaît pas en tant que tel la liberté fondamentale d'entreprendre et que seul l'abus de position dominante est constitutif d'une telle méconnaissance, cela impliquerait au moins que le législateur indique les raisons qui peuvent conclure à l'absence d'abus.

---

<sup>1</sup> Cons. const., n° 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*.

<sup>2</sup> L. n° 2010-476, 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, art. 3

<sup>3</sup> Par exemple, Cons. const. n° 2017-751 DC, 7 sept. 2017.

<sup>4</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, I et IV.

Le Conseil constitutionnel aurait encore pu examiner plus attentivement les motifs d'intérêt général censés expliquer une différence fiscale de traitement pour les paris sportifs, selon le mode d'exploitation, dans le réseau physique au bénéfice de la Française des jeux ou en ligne plus lourdement taxés<sup>5</sup>.

De manière plus centrale, le juge constitutionnel considère surtout que les dispositions de ce texte autorisant le transfert au secteur privé de la majorité du capital de cette société<sup>6</sup> ne sauraient la faire regarder « comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 »<sup>7</sup>. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel se contente, sans soulever de moyens d'office, de répondre aux deux saisines de députés et sénateurs de gauche davantage focalisées, il est vrai, sur les dispositions concernant la privatisation d'Aéroports de Paris contenues dans ce même texte que sur celles relatives à la privatisation de la Française des jeux. Sans chercher à dépasser le raisonnement des parlementaires saisissants mais éclairé cependant par deux « contributions extérieures » émanant de « lobbys » opposés à une telle privatisation<sup>8</sup>, le Conseil constitutionnel centre donc son raisonnement sur la seule appréciation de savoir si la Française des jeux constitue un monopole de fait. La réponse négative donnée par le Conseil constitutionnel aurait pourtant mérité d'être davantage discutée juridiquement si celui-ci avait retenu une conception plus approfondie de la notion de monopole de fait distincte de celle adoptée jusqu'alors dans sa jurisprudence (I). La privatisation de la Française des jeux aurait pu en outre être contestée si le Conseil constitutionnel avait mené un raisonnement constructif visant à considérer que cette entreprise exploite un service public national (II).

## **I. Le cadre juridique inadapté du monopole de fait**

Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 mai 2019 *Loi PACTE* est certainement logique au regard de sa propre jurisprudence. Comme il l'a fait antérieurement en 1986 à propos de l'examen de la privatisation d'entreprises publiques du secteur industriel<sup>9</sup> ou en 2006 à propos de la privatisation de Gaz de France<sup>10</sup>, il confronte les dispositions relatives à la privatisation de la Française des jeux à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 exigeant qu'un monopole de fait reste la propriété de la collectivité<sup>11</sup>, ce qui ferait donc obstacle à sa privatisation. Pour apprécier la portée de cette exigence, toute la question est de savoir ce qu'entend le Conseil constitutionnel par « monopole de fait ».

---

<sup>5</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 138 : les paris sportifs dans le réseau physique, pour lesquels la Française des jeux bénéficie de droits exclusifs, sont taxés à 41,1% et ceux en ligne, ouverts à la concurrence, à 54,9 %.

<sup>6</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, III. 3.

<sup>7</sup> Cons. const. n° 2019-781 DC, 16 mai 2019, points 88 et s.

<sup>8</sup> Contributions extérieures de l'Association française des jeux en ligne (AFJEL) et la Section fédérale des casinos Force ouvrière.

<sup>9</sup> Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*.

<sup>10</sup> Cons. const., n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

<sup>11</sup> Préambule Const. 1946, al. 9 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

A cet égard, il reprend en l'occurrence l'idée générale tracée en 1986 lors de l'examen de la privatisation d'entreprises publiques, selon laquelle un monopole de fait doit être compris de manière large « compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises »<sup>12</sup>. Sans toutefois adopter littéralement cette formulation antérieure, il relève, selon la même logique, que les droits exclusifs accordés à la Française des jeux pour les jeux de loterie commercialisés en réseau physique et en ligne ainsi que pour les jeux de paris sportifs proposés en réseau physique ne recourent qu'une partie « du secteur des jeux d'argent et de hasard qui comprend également les paris hippiques, les jeux de casino et les paris sportifs en ligne ». De plus, il est noté que la Française des jeux est en situation de concurrence avec d'autres opérateurs pour les paris sportifs et les jeux de poker en ligne. Il est ainsi cohérent pour le Conseil constitutionnel de conclure que cette société ne constitue pas un monopole de fait compte tenu qu'elle est bien en concurrence avec d'autres opérateurs dans le secteur des jeux d'argent et de hasard pour les parties non couvertes par les droits exclusifs dont elle se voit attribués.

Pour autant, on peut s'interroger pour savoir si le cadre d'analyse retenu est bien approprié. Les dispositions constitutionnelles sur le monopole de fait sont, il est vrai, d'un maniement extrêmement délicat. L'inscription dans le Préambule de la Constitution de 1946 de cette notion répond avant tout à des considérations politiques visant à installer une démocratie économique et sociale articulée autour de la puissance publique<sup>13</sup>. La faiblesse des débats parlementaires lors des deux commissions de la Constitution sur le sens à donner à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 laisse penser qu'il s'agit plus pour ses rédacteurs d'une pétition de principe visant à affirmer la souveraineté économique de l'Etat face à des trusts ou des oligopoles que d'une disposition normative au sens juridique précis<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cons. const. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 55.

<sup>13</sup> V., par exemple, l'analyse classique de J. Rivero et G. Vedel in « Les principes économiques et sociaux de la constitution, le préambule », *Droit social*, vol. 31, 1947, p. 13 et s. et *Pages de doctrine*, 1980, t. 1, p. 93.

<sup>14</sup> V. P. Cossalter, « L'alinéa 9 », in *Le Préambule de la Constitution de 1946* (dir. Y. Gaudemet), p. 171 et J.-J. Israël, « Commentaire de l'alinéa 9 », in *Le Préambule de la Constitution 1946* (dir. G. Conac, X. Pretot, G. Teboul), Dalloz, p. 221.

Le sens juridique est en fait d'autant plus incertain que la notion de monopole de fait semble prioritairement revêtir une dimension économique<sup>15</sup>. C'est selon cet angle que la position du Conseil constitutionnel devient alors contestable<sup>16</sup>. D'un point de vue économique, un monopole de fait est une notion dynamique censée caractériser une défaillance du marché et renvoie à l'état de la concurrence à un moment et sur un marché donnés. Selon cette approche, l'appréciation d'un monopole de fait suppose, d'une part, d'étudier quel est le « marché pertinent », c'est-à-dire le cadre d'analyse pour déduire l'existence d'un monopole de fait<sup>17</sup>. Cela implique, d'autre part, d'analyser le « pouvoir de marché » exercé par les entreprises concernées qui les conduit à se placer hors de toute pression concurrentielle. Le Conseil constitutionnel n'est logiquement pas outillé pour mener de telles études en n'étant pas juge, comme le sont les autorités de la concurrence, d'une situation de fait d'ordre économique. De plus, spécialement dans le cadre d'un contrôle *a priori* comme pour l'examen de la loi PACTE, le Conseil constitutionnel est dans une situation objective où il est appelé à apprécier de manière figée *in abstracto* un monopole légal sans lien avec le fonctionnement du marché. Il procède de la sorte à un glissement discutable en s'interrogeant si le monopole légal de la Française des jeux, par l'octroi par la loi de droits exclusifs, est un monopole de fait alors que les deux notions différentes.

Si l'on se fie en revanche à l'analyse d'une institution en capacité de définir le « marché pertinent » et le « pouvoir de marché » de la Française des jeux, l'Autorité de la concurrence a affirmé que cette société disposait « d'un monopole sur les jeux qu'elle commercialise lesquels, ainsi qu'il a été démontré, constituent à eux seuls un marché pertinent »<sup>18</sup>. Si cette situation monopolistique n'est pas nécessairement constitutive d'un abus de position dominante au regard du droit de la concurrence, il reste cependant qu'elle pourrait caractériser un monopole de fait au sens du droit constitutionnel s'inspirant d'une analyse économique, ce qui aurait été alors de nature à s'opposer à une privatisation de la Française des jeux. Parallèlement au monopole de fait, la qualité de service public national éventuellement reconnue à la Française des jeux aurait pu être un autre frein à sa privatisation.

## **II. La qualité de service public national de la Française des jeux**

---

<sup>15</sup> V. A. Philippe, *Le monopole de fait*, thèse Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 41.

<sup>16</sup> Pour une critique de la conception de monopole de fait par le Conseil constitutionnel, v. M. Lombard, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », *in Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, p. 681 ; v. aussi A. Philippe, *op. cit.* p. 165 et s.

<sup>17</sup> N. Bourdeau-Borowski, *Essai sur la notion de marché pertinent*, Thèse Université Toulouse 1 Capitole 2007 ; J. Philippe, « La mesure du marché pertinent », *Revue française d'économie*, 1998, p. 125.

<sup>18</sup> Autorité de la concurrence, déc. n° 17-D-17, 27 sept. 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des jeux dans le secteur des jeux de grattage, point n° 60, p. 11.

La privatisation de la Française des jeux pourrait porter atteinte à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel un service public national doit rester la propriété de la collectivité dans l'hypothèse où seraient reconnus à cette société les caractères d'un service public national. En déniait implicitement, sans autre forme d'examen, ces caractères, le Conseil constitutionnel a repris mécaniquement une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat *Rolin*<sup>19</sup>.

Cependant, si l'on prend la peine de la lire plus attentivement, celle-ci peut être contestée. Elle est en effet fondée sur le fait que l'exploitation de jeux de loterie ne saurait correspondre à une mission d'intérêt général<sup>20</sup>. Il résulte pourtant explicitement des termes de la loi en vigueur, postérieure à la jurisprudence *Rolin*, que les jeux d'argent et de hasard ne peuvent être assimilés à un « commerce ordinaire » ou un « service ordinaire » et répondent à des « enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs »<sup>21</sup>, autant de buts d'intérêt général<sup>22</sup>.

Antérieurement à cette loi, un argument avancé pour dénier un caractère d'intérêt général suffisant à la Française des jeux était d'établir un parallèle avec les sociétés de course, chargées d'organiser les courses et le pari mutuel, ne poursuivant pas un intérêt général<sup>23</sup>. Cependant, alors que l'objet reste le même, ces sociétés exercent désormais, au vu de la loi du 12 mai 2010, un service public<sup>24</sup>. Le changement de cadre législatif pourrait donc conduire la jurisprudence administrative à revoir sa position concernant la Française des jeux comme elle l'a fait pour les sociétés de course de chevaux<sup>25</sup>.

Il y aurait en outre un paradoxe à reconnaître à des sociétés de casino la qualité de service public dans le cadre de délégations contractuelles<sup>26</sup> et à la dénier à la Française des jeux. Certes, cette qualité se déduit pour les casinos généralement du fait que ceux-ci sont tenues de contribuer à l'animation culturelle ou touristique de la commune<sup>27</sup>. Il reste que leur objet principal ainsi que les obligations auxquelles ils sont assujettis sont similaires à la Française des jeux. Il ne serait donc pas anormal d'aligner cette société sur les entreprises de casino.

D'un point de vue organique, il convient de relever que le législateur continue de soumettre la Française des jeux, malgré sa privatisation, au « contrôle étroit de l'Etat »<sup>28</sup>. Si cette société ne poursuivait aucune mission d'intérêt général, on voit mal pourquoi un contrôle de la puissance publique est conservé.

---

<sup>19</sup> CE, 27 oct. 1999, *Rolin*, n° 171169, 171170, 172384.

<sup>20</sup> V. concl. A. Daussun, *AJDA* 1999, p. 1043 et Comm. P. Fombeur et M. Guyomar, *AJDA* 1999, p. 1008.

<sup>21</sup> L. n° 2010-476, 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>22</sup> V. A. Jacquemet-Gauchet, « Monopole des jeux de hasard et ordre public », *AJDA* 2007, p. 1282.

<sup>23</sup> CE, 9 févr. 1979, *Société d'encouragement pour l'amélioration des races de chevaux en France et autres*.

<sup>24</sup> L. n° 2010-476, 12 mai 2010, art. 65.

<sup>25</sup> CE, 12 oct. 2018, *Mathieu Boutin c/Soc. France Galop*, n° 410998.

<sup>26</sup> CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan et SA de Royan et Couzinet*.

<sup>27</sup> Avis CE, 4 févr. 1995, *EDCE* 1995, La Documentation française, 1996, p. 414.

<sup>28</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, I.

Enfin, le caractère de service public de la Française des jeux serait la conséquence des droits exclusifs accordés à cette société. Cette dernière est en effet désignée comme « personne morale unique » pour « l'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution »<sup>29</sup>. De tels droits exclusifs, assimilables à des prérogatives de puissance publique, ne peuvent n'être que la conséquence de « contreparties » comme l'énonce à ce titre expressément la loi<sup>30</sup>. Celles-ci résulteraient précisément de missions d'intérêt général et d'obligations de services public dévolues à la Française des jeux telles qu'elles résultent de la loi du 12 mai 2010. C'est d'ailleurs à cette unique condition que le droit, aussi bien interne qu'euro-péen, de la concurrence admet que soient accordés des droits exclusifs pour peu qu'ils puissent être justifiés par des motifs d'intérêt général<sup>31</sup>. Ces contreparties parties paraissent d'autant plus nécessaires que le champ légal des droits exclusifs accordés couvre l'ensemble des « jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que des jeux de pronostics sportifs »<sup>32</sup> et non simplement des segments de ces jeux comme ceux de grattage et de tirage ou des paris sportifs. Il y aurait donc une contradiction notable si des droits exclusifs étaient reconnus à la Française des jeux mais sans, parallèlement, que ne le soit la qualité de service public.

La jurisprudence européenne récente, établie à propos de la gestion par un opérateur unique en Italie du « lotto » et jeux numériques, ajoute que la compatibilité de tels droits exclusifs avec les articles 46 et 59 du TFUE est conditionnée par la cohérence des régimes juridiques des jeux d'argent et de hasard s'appréciant entre les règles mises en place et les objectifs poursuivis<sup>33</sup>. En conséquence, un régime de droits exclusifs accordés à la Française des jeux ne serait pas cohérent s'il n'était pas justifié par des obligations ou missions spécifiques dévolues à cette société.

---

<sup>29</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, I : « L'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution est confiée pour une durée limitée à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'Etat » et art. 137, II : « La société La Française des jeux est désignée comme la personne morale unique mentionnée au I du présent article ».

<sup>30</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, IV, 1°.

<sup>31</sup> Par exemple, CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92 et 21 oct. 1999, *Zenatti*, C-67/98, § 29. V. A. Jacquemet-Gauchet, *ibid.*

<sup>32</sup> Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 137, I.

<sup>33</sup> CJUE, 19 déc. 2018, *Stanley International Betting Ltd, Stanleybet Malta Ltd contre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, pt 51 : « s'il est constaté que les autorités compétentes mènent des politiques visant à encourager la participation à des jeux de hasard [...] plutôt qu'à réduire les occasions de jeu et à limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique de sorte que l'objectif de prévention de l'incitation à des dépenses excessives liées au jeu et de lutte contre l'assuétude à celui-ci [initial] ne peut plus être efficacement poursuivi au moyen de ce dernier » (Comm. J.-B. Vila, « Concessions, loto et droits exclusifs : l'impossible conciliation ? », *AJDA* 2019. 1004).

En définitive, la Française des jeux intègre l'ensemble des ingrédients constituant un service public : des prérogatives de puissance publique par des droits exclusifs, un contrôle de la puissance publique et la poursuite de missions spécifiques liés à la protection de l'ordre public et des consommateurs. Le caractère national de cette activité ne souffre pas non plus de doute puisque cette société offre ses services sur l'ensemble du territoire national. Il n'aurait donc pas été absurde que le Conseil constitutionnel rende une solution différente de celle *in fine* rendue et se serve de la qualité de service public national de la Française des jeux pour s'opposer à sa privatisation. La décision du 16 mai 2019 n'est pas pour autant une surprise tant le Conseil constitutionnel a toujours été réticent à tirer toutes les conséquences de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 au point de faire d'en faire une disposition à faible « densité juridique »<sup>34</sup>.

Plus généralement, il convient peut-être de voir dans cette décision une illustration des limites du contrôle *a priori* en France. On sait que celui-ci est enfermé dans un délai bref d'un mois. Dans le cadre d'une procédure devenue largement contradictoire<sup>35</sup>, le Conseil constitutionnel est contraint d'examiner rapidement un texte, en l'occurrence long, complexe et fourre-tout, et de se concentrer sur des dispositions centrales comme celles sur la privatisation d'Aéroports de Paris au risque de délaisser des dispositions qui lui paraissent *a priori* moins discutables comme celles sur la privatisation de la Française des jeux. Nous pensons ainsi que le Conseil constitutionnel aurait gagné, si un temps plus important lui avait été imparti, à aller au-delà des seuls arguments avancés par les saisissants et à faire passer un test de constitutionnalité plus approfondi aux dispositions sur la privatisation de la Française des jeux.

---

<sup>34</sup> V. G. Marcou, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA* 2007, p. 192, P. Cossalter, *op. cit.* p. 171 et notre article « Retour sur les services publics constitutionnels : une catégorie mort-née ? », *in Mélanges Serge Regourd*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 831.

<sup>35</sup> La présente décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 fait suite à quatre saisines, des observations du gouvernement et une réplique de 60 députés.