CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 16 mai 2006 [1]

I — Introduction

1. «Rien ne va plus». La Cour ne peut éviter plus longtemps d'examiner de façon approfondie les incidences des libertés fondamentales du traité CE sur le secteur des jeux de hasard.

2. C'est la troisième fois qu'elle est appelée à statuer dans ce domaine à l'égard de la législation en vigueur en Italie. Elle l'a fait pour la première fois, à la demande du Consiglio di Stato, par son arrêt du 21 octobre 1999, Zenatti [2], dans lequel elle a déclaré que les dispositions du traité concernant la libre prestation des services ne s'opposaient pas à une législation qui réservait à certains organismes le droit de gérer des paris sur les événements sportifs, telle que la législation italienne, à condition qu'elle soit justifiée par des objectifs de politique sociale visant à limiter les effets nocifs de telles activités et que les restrictions en résultant soient proportionnées à la réalisation de ces objectifs.

3. Les indications ainsi fournies n'ont pas levé les doutes que suscitait le régime juridique de ce pays et ont conduit à un deuxième renvoi préjudiciel, cette fois-ci de la part du Tribunale di Ascoli Piceno, lequel s'est placé, outre sur le plan de la libre prestation des services, sur celui du droit d'établissement. L'arrêt du 6 novembre 2003, Gambelli e.a. [3], a nuancé la décision antérieure en déclarant qu'«[u]ne réglementation nationale qui interdit — sous peine de sanctions pénales — l'exercice d'activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence de concession ou d'autorisation délivrée par l'État membre concerné, constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services prévues respectivement aux articles 43 CE et 49 CE», la juridiction de renvoi étant tenue de vérifier si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, est justifiée et si les restrictions qu'elle comporte s'avèrent proportionnées à ses objectifs.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — C-67/98, Rec. p. I-7289.

3 — C-243/01, Rec. p. I-13031.

4. Les questions préjudicielles formulées par le Tribunale di Larino et par le Tribunale di Teramo offrent à la Cour l'occasion de préciser sa position, au vu du fait que la Corte suprema di cassazione a considéré que le système en question était compatible avec les dispositions communautaires et au vu des circonstances ayant entouré l'octroi des concessions pour la gestion des paris en Italie.

5. Dans ce contexte, le contenu des arrêts précités et des conclusions des avocats généraux m'autorisent, sous réserve d'effectuer des citations ponctuelles, à omettre certains détails pour me concentrer sur l'étude des problèmes encore pendants et de ceux qui se sont présentés depuis lors avec leurs caractéristiques propres.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

6. Selon l'article 3, paragraphe 1, sous c), CE, l'action de la Communauté comporte, en vue d'atteindre les objectifs qu'elle s'est assignés, «un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux». Ces trois derniers domaines sont réglementés au titre III de la troisième partie du traité, dont le chapitre 2 est consacré au «droit d'établissement» et le chapitre 3 aux «services».

1. Le droit d'établissement

7. Le contenu de ce principe est énoncé à l'article 43 CE:

«Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortis-

sants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

8. L'article 46, paragraphe 1, CE prévoit différentes réserves:

«Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

[...]»

9. Pour l'exercice de ce droit, l'article 48 CE assimile les personnes morales aux personnes physiques:

«Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.»

2. La libre prestation des services

10. Le principe général est énoncé à l'article 49, premier alinéa, CE:

«Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

[...]»

11. Il convient encore de citer les dispositions de l'article 50 CE:

«Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

Les services comprennent notamment:

a) des activités de caractère industriel;

b) des activités de caractère commercial;

c) des activités artisanales;

d) les activités des professions libérales.

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants.»

12. L'article 55 CE renvoie à certaines dispositions qui régissent le droit d'établissement:

«Les dispositions des articles 45 à 48 inclus sont applicables à la matière régie par le présent chapitre.»

B — *La réglementation italienne*

13. La législation nationale coïncide dans une large mesure avec celle examinée dans

l'affaire Gambelli e.a.; il convient toutefois de la rappeler et de l'actualiser.

1. Les concessions et les autorisations pour exercer l'activité en question

14. L'article 88 du texte unique des lois en matière de sécurité publique (Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza, ci-après le «TULPS») [4], dans la rédaction de l'article 37, paragraphe 4, de la loi de finances (Legge financiaria) pour 2001 [5], énonce que l'autorisation pour la gestion de paris est accordée exclusivement aux concessionnaires et aux personnes habilitées par un ministère ou une autre entité à laquelle la loi réserve la faculté d'organiser des paris. Dès lors, quiconque souhaite exercer une activité dans le domaine des paris publics doit obtenir une concession et une autorisation, que le TULPS appelle «autorisation de police».

4 — Approuvé par le décret royal n° 773, du 18 juin 1931 (GURI n° 146, du 26 juin 1931).

5 — Loi n° 388, du 23 décembre 2000 (GURI n° 302, du 29 décembre 2000, supplément ordinaire n° 219). Le texte qui figure au point 7 de l'arrêt Gambelli e.a. ne reprend pas la modification, mentionnée au point 8 comme s'il s'agissait d'une disposition différente.

a) Les concessions

15. Le contrôle des jeux de hasard appartient à l'État, par l'intermédiaire du Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministère de l'Économie et des Finances), qui a recours à cet effet à l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (administration autonome des monopoles de l'État, ci-après l'«AAMS») [6].

16. Toutefois, cette exclusivité étatique connaît deux exceptions, établies en faveur du Comitato olimpico nazionale italiano (comité olympique national italien, ci-après le «CONI») et de l'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (union italienne pour l'amélioration des races équines, ci-après l'«UNIRE») [7], habilités à organiser les paris [8] et à en confier la gestion à des tiers dans leurs domaines de contrôle respectifs [9].

17. L'octroi des concessions par ces organismes est subordonné à des règles spécifi-

6 — Article 1er du décret du président de la République n° 33, du 24 janvier 2002 (GURI n° 63, du 15 mars 2002), et article 4 du décret-loi n° 138, du 8 juillet 2002 (GURI n° 158, du 8 juillet 2002) —, devenu la loi n° 178, du 8 août 2002 (GURI n° 187, du 10 août 2002).

7 — Rossi, G., «Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuocchi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive», *Rivista di diritto sportivo*, 1992, p. 229 et suiv.

8 — Article 6 du décret législatif n° 496, du 14 avril 1948 (GURI n° 118, du 22 mai 1948).

9 — Article 3, paragraphe 229, de la loi n° 549, du 28 décembre 1995 (GURI n° 302, du 2 novembre 1995), pour le CONI et article 3, paragraphe 78, de la loi n° 662, du 23 décembre 1996 (GURI n° 303, du 28 décembre 1996), pour l'UNIRE.

ques, qui ont évolué au fil du temps. Initialement, le choix des bénéficiaires était conditionné par la transparence de l'actionnariat des intéressés; c'est la raison pour laquelle les sociétés de capitaux étaient soumises à diverses restrictions, puisque les actions assorties d'un droit de vote devaient être émises au nom de personnes physiques ou de sociétés en nom collectif ou en commandite simple et ne pouvaient être transférées par simple endossement [10]; les sociétés cotées en bourse ne pouvaient dès lors intervenir dans ce secteur.

18. Actuellement, l'article 22, paragraphe 11, de la loi de finances (Legge finanziaria) pour 2003 [11] permet à toute personne morale de participer aux appels d'offres, sans aucune limitation quant à sa forme.

b) Les autorisations de police

19. Pour opérer dans le secteur des paris, il faut obtenir, outre la concession, une autorisation (article 88 du TULPS), révocable, qui est refusée à toute personne ayant été condamnée à certaines peines ou pour certaines infractions, par exemple celles relevant de la probité et des bonnes mœurs ou celles portant atteinte à la réglementation des jeux de hasard (articles 11 et 14 du TULPS).

20. Une fois l'autorisation délivrée, son titulaire doit permettre aux forces de l'ordre d'accéder à tout moment aux locaux où l'activité autorisée est exercée (article 16 du TULPS).

2. Les sanctions

21. La loi n° 401, du 13 décembre 1989, portant intervention dans le secteur du jeu et des paris clandestins et protection du bon déroulement des compétitions sportives [12] (ci-après la «loi n° 401/89»), contient certaines incriminations pénales.

22. Selon son article 4, quiconque organise illégalement des loteries ou paris réservés à

10 — Article 2, paragraphes 1, sous a), et 6, du décret n° 174 du Ministero delle Finanze, du 2 juin 1998 (GURI n° 129, du 5 juin 1998), pour le CONI et article 2, paragraphes 1, sous a), et 8, du décret n° 169 du président de la République, du 8 avril 1998 (GURI n° 125, du 1er juin 1998), pour l'UNIRE.

11 — Loi n° 289, du 27 décembre 2002 (GURI n° 305, du 31 décembre 2002, supplément ordinaire n° 240).

12 — GURI n° 294, du 18 décembre 1989.

l'État ou aux concessionnaires et quiconque les organise sur des compétitions sportives gérées par le CONI ou par l'UNIRE encourt une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans; s'il s'agit d'autres compétitions, l'intéressé est passible d'une peine de prison de trois mois à un an et d'une amende (paragraphe 1). La publicité pour les jeux susmentionnés est, quant à elle, sanctionnée par une peine allant jusqu'à trois mois d'emprisonnement et par une amende (paragraphe 2); enfin, la simple participation à ces activités est passible de l'une ou de l'autre de ces deux dernières sanctions (paragraphe 3).

23. Ledit article 4, paragraphes 4 bis et 4 ter [13], étend ces sanctions à toute personne qui, sans l'autorisation prévue à l'article 88 du TULPS, accepte ou collecte des paris de toute nature, effectués en Italie ou à l'étranger, y compris par téléphone ou par voie télématique, ou facilite de tels actes (paragraphe 4 bis), ou encore accepte des bulletins de loterie ou d'autres paris par ces mêmes moyens, sans être munie d'une autorisation à cet effet (paragraphe 4 ter).

13 — Ajoutés par l'article 37, paragraphe 5, de la loi n° 388/00. Le point 9 de l'arrêt Gambelli e.a. parle de l'«article 4 bis» et de l'«article 4 ter», alors qu'il s'agit, en réalité, de deux paragraphes du même article 4.

III — Les antécédents: l'arrêt Gambelli e.a. et la réponse de la Corte suprema di cassazione

24. Comme je l'ai indiqué au début des présentes conclusions, la Cour a déjà été interrogée sur la dimension transfrontalière des jeux de hasard. Aux arrêts Gambelli e.a. et Zenatti, susmentionnés, il convient d'ajouter les arrêts Schindler [14] et Läärä e.a. [15], alors même que, à l'exception du premier, ces arrêts se sont concentrés sur la libre prestation des services [16].

25. L'affaire des frères Schindler avait pour objet l'interdiction totale des loteries au Royaume-Uni; l'affaire Läärä e.a. portait sur une réglementation finlandaise relative aux machines à sous; enfin, l'affaire Zenatti était relative à la gestion de paris par des agences italiennes pour le compte d'une entreprise située dans un autre État membre. Ce

14 — Arrêt du 24 mars 1994 (C-275/92, Rec. p. I-1039).

15 — Arrêt du 21 septembre 1999 (C-124/97, Rec. p. I-6067).

16 — La Cour a également examiné d'autres domaines: dans l'arrêt du 11 septembre 2003, Anomar e.a. (C-6/01, Rec. p. I-8621), celui des appareils de jeux de hasard ou d'argent et, dans l'arrêt du 13 novembre 2003, Lindman (C-42/02, Rec. p. I-13519), celui de l'imposition des gains en Finlande. Elle s'apprête à statuer dans l'affaire United Utilities (C-89/05), dans laquelle la House of Lords demande si «l'exonération des paris prévue par l'article 13, B, sous f), de la sixième directive du Conseil, du 17 mai 1977 (la directive 77/388/CEE), s'applique [...] lorsqu'une personne (ci-après l'"agent") effectue des prestations de services pour le compte d'une autre personne (ci-après le 'commettant') [...]».

dernier cas présentait bon nombre d'analogies avec celui qui a donné lieu à l'arrêt Gambelli e.a. et concorde sur de nombreux points avec celui qui nous occupe aujourd'hui, notamment quant aux faits et au cadre juridique communautaire et national.

26. Il convient dès lors de rechercher les raisons qui ont conduit les juges de renvoi à poser ces questions préjudicielles, ce qui nécessite d'expliquer l'arrêt Gambelli e.a. et la mise en œuvre des critères qu'il a dégagés par la Corte suprema di cassazione.

A — *L'arrêt Gambelli e.a.*

27. M. Gambelli et 137 autres personnes ont été poursuivis, dans le cadre d'une procédure pénale, pour avoir organisé illégalement des jeux de hasard non autorisés et exploité des locaux où, sans autorisation, des paris étaient traités par l'intermédiaire d'un bookmaker britannique.

28. Le Tribunale di Ascoli Piceno s'est adressé à la Cour en raison des doutes qu'il nourrissait sur la compatibilité avec les articles 43 CE et 49 CE des dispositions répressives italiennes qu'il devait appliquer [17].

29. L'arrêt Gambelli e.a., après avoir relaté les observations présentées (points 25 à 43), a étudié la question soumise à la Cour sous deux aspects, celui du droit d'établissement (points 44 à 49) et celui de la libre prestation des services (points 50 à 58) [18].

30. Sous le premier aspect, il s'est fondé sur la situation d'une entreprise du Royaume-Uni poursuivant une activité en Italie par l'intermédiaire d'agences italiennes (point 46), étant donné qu'il ne lui était pas possible d'intervenir directement puisque les dispositions nationales excluaient la délivrance de concessions aux sociétés de capitaux cotées en bourse dans les autres

17 — Il a formulé la question suivante: «Y a-t-il incompatibilité (avec les conséquences que cela implique en droit italien) entre, d'une part, les articles 43 et suivants et 49 et suivants du traité CE concernant la liberté d'établissement et la libre prestation de services transfrontaliers et, d'autre part, une réglementation nationale telle que la législation italienne matérialisée par les articles 4, paragraphes 1 et suivants, 4 bis et 4 ter de la loi nº 401/89 (telle que modifiée en dernier lieu par l'article 37, paragraphe 5, de la loi nº 388, du 23 décembre 2000) qui interdit — au moyen de sanctions pénales — l'exercice d'activités, par quiconque et en tout lieu, de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence des conditions de concession et d'autorisation prescrites par le droit interne?».

18 — Dans ses conclusions, l'avocat général Alber considère que les centres de transmission de données ne constituent pas des établissements secondaires de l'entreprise britannique, mais qu'ils agissent au titre de la prestation de services (point 87), ce qui l'a conduit à proposer une réponse circonscrite à la libre prestation des services.

États membres — ce qui était son cas —, ce qui signifiait une entrave au droit d'établissement (point 48).

31. Sous le second aspect, il a approfondi l'analyse pour préciser que les dispositions italiennes restreignaient la libre prestation des services à trois niveaux: a) celui de l'entité britannique, qui acceptait les propositions de paris provenant d'Italie, activité qui, au sens de l'article 50 CE (point 52), constituait un «service», alors même que ces propositions étaient envoyées par Internet (points 53 et 54); b) celui des ressortissants italiens qui viraient leur mise, encourant ainsi des sanctions pénales (points 55 à 57), et, enfin, c) celui des intermédiaires, qui tombaient eux aussi sous le coup de la loi pénale (point 58).

32. En conséquence, l'arrêt a déclaré que l'article 4 de la loi nº 401/89 entravait la liberté d'établissement et la libre prestation des services (point 59) et qu'il était nécessaire de vérifier si de telles restrictions pouvaient être admises au titre de l'une des dérogations prévues aux articles 45 CE et 46 CE ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général (point 60).

33. Aucune de ces deux exceptions ne couvre la diminution des recettes fiscales (point 61) ou le financement d'actions sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes, qui doit «constituer [...] une conséquence bénéfique accessoire» (point 62).

34. Les restrictions doivent répondre aux conditions qui ressortent de la jurisprudence (point 64). Après avoir énuméré celles-ci (point 65), l'arrêt Gambelli e.a. a laissé au juge national le soin d'apprécier si elles sont remplies dans l'affaire considérée [19] et lui a fourni à cet effet certains paramètres (point 66). Il est nécessaire que les entraves:

— soient fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que la «protection des consommateurs», la «prévention de la fraude», la dissuasion de consacrer une «dépense excessive [...] au jeu» ou la lutte contre les «troubles à l'ordre social», sous réserve que les mesures adoptées contribuent à «limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique» (point 67); dès lors, lorsqu'un État

19 — Le point 37 de l'arrêt Zenatti a laissé en termes similaires le soin à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale était justifiée et si les restrictions imposées n'apparaissaient pas disproportionnées. Dans ses conclusions dans l'affaire Gambelli e.a., l'avocat général Alber a confirmé que, jusqu'alors, il appartenait aux juridictions nationales de procéder à cet examen, tout en soulignant que ce dernier «semble manifestement leur causer certaines difficultés» (point 116).

poursuit une politique de forte expansion des paris, dans le but d'en tirer des avantages économiques, il n'est pas fondé à «invoquer l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu (points 68 et 69) [20];

— s'appliquent de la même manière et avec des critères identiques à tous les opérateurs communautaires (point 70), étant précisé que le principe de non-discrimination ne serait pas respecté si les opérateurs italiens pouvaient les remplir plus facilement (point 71);

— n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Cette proportionnalité doit être respectée en ce qui concerne les sanctions infligées aux personnes qui effectuent des paris (point 72) et aux intermédiaires qui facilitent la prestation de services par un bookmaker établi dans un autre État membre (point 73), ainsi qu'en ce qui concerne les possibilités pour les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés des autres États membres d'obtenir des concessions pour la gestion des jeux (point 74).

20 — Il convient de noter que, alors même que l'arrêt a confié au juge national le soin d'apprécier si, dans l'affaire au principal, les critères dégagés par la jurisprudence étaient réunis, la Cour a pris elle-même, sur ce point, la liberté d'exprimer son opinion.

B — *La réponse de la Corte suprema di cassazione*

35. Quelques mois après le prononcé de l'arrêt Gambelli e.a., la Corte suprema di cassazione a eu l'occasion d'en mettre en œuvre les principes dans le cadre d'un recours du ministère public contre l'ordonnance du Tribunale di Prato du 15 juillet 2003, lequel, dans une procédure pénale poursuivie contre M. Gesualdi et autres du chef du délit prévu à l'article 4, paragraphe 4 bis, de la loi n° 401/89, avait annulé la mise sous séquestre des centres gérés par les prévenus au motif que la disposition susmentionnée violait le droit communautaire [21].

36. La haute juridiction italienne avait considéré, de façon constante, que les dispositions nationales étaient compatibles avec les règles communautaires [22]. L'arrêt Gambelli e.a. a entraîné la saisine de la Sezioni unite penali (assemblée plénière des chambres pénales) sur le recours, à la demande de la troisième chambre à laquelle il avait été attribué. L'affaire a donné lieu à l'arrêt

21 — Ainsi qu'il ressort de l'arrêt de la Corte suprema di cassazione, le Tribunale di Prato s'est prononcé en ce sens parce que la législation interne n'était pas justifiée: d'une part, elle n'offrait aucune garantie de protection de l'ordre public puisque, au lieu de réduire les possibilités de jeu, elle augmentait le nombre des paris et des personnes autorisées à exploiter cette activité; d'autre part, elle ne visait pas non plus à renforcer la sécurité publique, puisqu'elle était dépourvue de moyens pour empêcher l'infiltration d'associations criminelles. Pour le Tribunale di Prato, seul l'intérêt financier de l'État a déterminé ces restrictions aux libertés communautaires.

22 — Arrêts de la Sezioni III n° 124, du 27 mars 2000, Foglia, rv. 216223; n° 7764, du 4 juillet 2000, Vicentini, rv. 216986, et n° 36206, du 6 octobre 2001, Publiese, rv. 220112.

n° 111/04, du 26 avril 2004[23] (ci-après l'«arrêt Gesualdi»).

37. L'arrêt Gesualdi ne s'est pas étonné des considérations de l'arrêt Gambelli e.a., qui s'inscrivaient dans une jurisprudence uniforme (point 11.1); il a toutefois relevé deux innovations: celle relative aux libertés d'établissement et de prestation de services dans le domaine des jeux de hasard et celle selon laquelle l'article 4 de la loi n° 401/89 était expressément considéré comme une restriction à ces libertés (point 11.2.3).

38. Ensuite, en partant de la date, remontant à plusieurs années, à partir de laquelle le législateur italien mène une politique expansive dans ce secteur, afin d'augmenter les recettes de l'État, l'arrêt a vérifié que cette attitude était conforme aux motifs d'ordre et de sécurité publique justifiant les obstacles aux libertés communautaires, étant donné que les dispositions concernant les jeux ne visent pas à restreindre l'offre et la demande, mais à les canaliser au moyen de circuits contrôlables afin de prévenir les délits (point 11.2.3).

39. Dans ce contexte, la Corte suprema di cassazione a écarté l'argument selon lequel le bookmaker britannique était déjà soumis à la surveillance d'un État membre, et ce au motif que l'autorisation délivrée par ce pays avait une connotation territoriale et que l'utilisation d'un régime de concessions pour les paris n'avait pas été mise en cause sur le plan communautaire (point 11.2.4).

40. Elle a également relevé que le système italien reposait sur deux piliers: la concession et l'autorisation. Les motifs d'intérêt général expliquant les restrictions à la concession sont apparents, du moins en partie. Ceux relatifs à l'autorisation ressortent, pour leur part, de la réunion de différents éléments subjectifs allant dans le sens d'un contrôle préventif et d'une surveillance permanente visant à combattre des dérives criminelles telles que les fraudes, le blanchiment d'argent ou l'usure (point 11.2.5).

41. Pour évaluer le caractère approprié et proportionné des entraves en question, l'arrêt Gesualdi a opéré une distinction entre les conditions d'exploitation et les sanctions pénales, rappelant que les juges n'étaient pas habilités à statuer sur le bien-fondé ou la gravité de ces dernières (point 12).

23 — Cet arrêt a été produit en annexe 6 des observations de M. Placanica et peut être consulté sur http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. La haute juridiction italienne a également réfuté le caractère discriminatoire des dispositions nationales, au motif que celles qui garantissent la transparence de l'actionnariat des concessionnaires affectent au même titre les nationaux et les étrangers. Par ailleurs, depuis le 1er janvier 2004, toutes les sociétés de capitaux sont habilitées à participer aux appels d'offres, les obstacles existant dans ce domaine ayant été supprimés (point 13).

43. Enfin, elle a nié la pertinence de l'argument relatif à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres visée à l'article 47 CE (point 14).

44. Eu égard à ces éléments, elle a déclaré que l'article 4 de la loi n° 401/89 et surtout les dispositions combinées de son article 4 bis et de l'article 88 du TULPS n'étaient pas incompatibles avec les principes communautaires de liberté d'établissement et de libre prestation des services (point 15) [24].

IV — Les faits des litiges au principal

45. La similitude entre les antécédents des affaires Zenatti et Gambelli e.a., d'une part, et ceux des instances au principal ayant donné lieu aux présentes questions préjudicielles, d'autre part, facilite la description du contexte factuel, qui peut être réduit à quelques indications sommaires.

46. Les «Centres de transmission de données» fonctionnent dans des locaux ouverts au public et offrent différents instruments télématiques permettant d'accéder aux serveurs d'opérateurs de paris établis dans d'autres États membres. Au sein de ces installations, l'intéressé effectue ses jeux, en reçoit la confirmation, paie ses mises et, s'il gagne, perçoit son gain.

47. Ces entreprises sont gérées par des opérateurs indépendants qui se bornent à traiter les propositions de paris, servant d'intermédiaires entre les particuliers et les bookmakers, avec lesquels ils sont liés contractuellement [25].

24 — Le Consiglio di Stato s'est prononcé dans le même sens dans ses décisions du 1er mars 2005 (N. 5203/2005, recours NRG. 4587 de 2004) et du 14 juin 2005 (N. 5898/2005, recours NRG. 2715 de 1998).

25 — Selon le Tribunale di Teramo, le prévenu «recevait en son agence des listes d'événements sportifs et de cotations y afférentes, envoyées par la société gestionnaire anglaise, et les communiquait au public, puis recevait les enjeux proposés par les particuliers et transmettait les données relatives aux paris à la société [susmentionnée]».

48. MM. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese et Angelo Sorrichio gèrent des bureaux de ce type pour le compte de Stanley International Betting Ltd, dont le siège est à Liverpool; pour exercer l'activité en question au Royaume-Uni et à l'étranger, cette dernière entreprise détient une autorisation délivrée par les autorités de cette ville [26]; elle ne dispose pas d'une autorisation en Italie, qui lui aurait permis d'y travailler pendant six ans, renouvelables pour six nouvelles années; elle avait cherché à obtenir une telle autorisation dans le cadre de l'appel d'offres effectué dans ce pays en 1999, dont elle a été exclue car il s'agissait d'une société de capitaux cotée en bourse.

V — Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

49. Le ministère public a intenté contre M. Placanica une procédure pénale devant le Tribunale di Larino, dans le cadre de laquelle celui-ci était prévenu d'avoir commis le délit visé à l'article 4, paragraphe 4 bis, de la loi nº 401/89, au motif que, en qualité d'administrateur unique de la société Neo Service Srl, il collectait par voie télématique des paris sportifs et autres, sans y être habilité, pour le compte de Stanley International Betting Ltd.

50. Le Tribunale di Teramo a été saisi d'une affaire analogue à l'encontre de MM. Palazzese et Sorricchio, qui géraient eux aussi des paris pour le compte de la société anglaise, étant toutefois précisé que, avant de commencer cette activité, ils avaient introduit auprès de la Questura (bureau de police) d'Atri une demande d'autorisation, sans avoir reçu de réponse.

51. Le Tribunale di Larino a sursis à statuer, car il a eu des doutes sur le point de savoir si le système de concessions était justifié aux fins de canaliser les jeux de hasard dans des circuits contrôlables. Dans son ordonnance du 8 juillet 2004, qui a donné lieu à l'affaire C-338/04, il défère à la Cour les questions suivantes:

«Il est demandé à la Cour d'examiner si la règle visée à l'article 4, paragraphe 4 bis, de la loi nº 401/89 est conforme aux principes posés par les articles 43 [CE] et suivants et 49 CE concernant l'établissement et la liberté de prestation de services transfrontaliers, également à la lumière de la divergence d'interprétation qui ressort des décisions de la Cour de justice (en particulier dans son arrêt Gambelli e.a.) par rapport à la décision de la Corte suprema di cassazione, Sezioni

26 — Les points 10 et 11 des conclusions de l'avocat général Alber et les points 12 et 14 de l'arrêt Gambelli e.a. exposent en détail les caractéristiques de la société susmentionnée et sa façon d'opérer sur le marché italien.

Unite n° 23271/04; il est demandé en particulier que soit déterminée l'applicabilité dans l'État italien du régime de sanctions visé dans l'accusation et invoqué à l'encontre de Massimiliano Placanica.»

52. Dans deux ordonnances de contenu semblable, du 23 juillet 2004, qui ont donné lieu aux affaires C-359/04 et C-360/04, le Tribunale di Teramo a lui aussi suspendu les procédures dont il était saisi et, sous l'angle des conditions de participation aux appels d'offres pour l'octroi des concessions, a déféré à la Cour la question suivante:

«Les articles 43, premier alinéa, [CE] et 49, premier alinéa, CE peuvent-ils être interprétés comme permettant aux États membres de déroger à titre temporaire (pour une période de 6 à 12 années) au régime de la liberté d'établissement et de libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne, en:

1) attribuant à quelques personnes des concessions pour l'exercice d'activités de prestations de services déterminées, pour une durée de 6 à 12 années, sur la base d'un régime normatif ayant conduit à exclure de l'adjudication certains types de concurrents (non italiens);

2) modifiant ce régime juridique après avoir pris acte de sa non-conformité aux principes énoncés par les articles 43 [CE] et 49 CE, afin de permettre à l'avenir la participation aux adjudications des opérateurs qui s'en trouvaient antérieurement exclus;

3) ne procédant ni à la révocation des concessions d'exploitation octroyées sous l'empire du régime juridique antérieur pourtant considéré, ainsi qu'indiqué ci-dessus, comme contraire aux principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des services, ni à l'organisation d'une nouvelle adjudication conforme aux nouvelles règles dorénavant respectueuses desdits principes;

4) continuant cependant à poursuivre pénalement toute personne agissant en relation avec des personnes qui, habilitées à exercer une telle activité dans l'État membre dont ils sont originaires, se trouvaient exclues de l'adjudication en raison précisément des restrictions posées par le précédent régime d'octroi des concessions, par la suite abrogé?»

53. Par ordonnance du 14 octobre 2004, le président de la Cour a ordonné la jonction des affaires C-359/04 et C-360/04, auxquelles il a joint l'affaire C-338/04 par ordonnance du 27 janvier 2006 [27].

54. Dans l'affaire C-338/04, des observations écrites ont été déposées devant la Cour, dans le délai prescrit par l'article 23 du statut, par M. Placanica, les gouvernements belge, allemand, espagnol, français, italien, autrichien, portugais et finlandais et la Commission; dans les affaires C-359/04 et C-360/04, des observations ont été déposées par MM. Palazzese et M. Sorrichio, les gouvernements espagnol, italien, autrichien et portugais ainsi que par la Commission des Communautés européennes.

55. Au cours de l'audience, qui s'est tenue le 7 mars 2006, les représentants de MM. Placanica, Palazzese et Sorrichio et des gouvernements belge, espagnol, français, italien et portugais ainsi que de la Commission ont exposé oralement leurs points de vue.

56. Il convient enfin d'indiquer que la Cour est également saisie de l'affaire C-260/04, ayant pour origine un recours en manquement formé par la Commission contre la République italienne et portant sur le système de concession des services de collecte et de perception des paris sur les courses hippiques [28].

VI — La recevabilité des questions préjudicielles

A — *Le sens des questions préjudicielles*

57. Les affaires devant les deux juridictions de renvoi ont le même point de départ, à savoir une procédure pénale engagée contre l'activité d'intermédiaire en matière de paris exercée sans concession ni autorisation, et le même aboutissement, à savoir les objections soulevées quant à la compatibilité des dispositions nationales avec les libertés d'établissement et de prestation de services; elles empruntent toutefois des voies différentes.

58. Le Tribunale di Larino est en désaccord avec l'application de la jurisprudence Gambelli e.a. par la Corte suprema di cassazione,

27 — D'autres renvois similaires, émanant également de juges italiens, sont en attente de l'issue du présent litige (affaires D'Antonio e.a., C-395/05; Di Maggio et Buccola, C-397/05, et Damonte, C-466/05).

28 — JO 2004, C 217, p. 14.

car il ne semble pas convaincu que la réglementation nationale vise au contrôle de l'ordre public et qu'elle évite une discrimination au détriment des opérateurs des autres États membres.

59. Le Tribunale di Teramo met l'accent sur les circonstances ayant fait que le bookmaker pour le compte duquel travaillaient les prévenus n'a pu obtenir une habilitation avant l'expiration des autorisations octroyées en 1999. Pour autant que ce laps de temps entraîne une «dérogation temporaire» aux libertés fondamentales communautaires, il doute de sa viabilité juridique.

60. Ces précisions facilitent l'examen des obstacles qui ont surgi à l'égard des aspects non liés au fond des renvois préjudiciels.

B — *Le problème posé*

61. Les gouvernements ayant déposé des observations dans l'affaire C-338/04, à l'exception du gouvernement belge, estiment que la question préjudicielle est irrecevable, mais pour des raisons différentes. Les agents des gouvernements portugais et finlandais estiment qu'elle ne contient pas les éléments suffisants pour pouvoir fournir une réponse; selon les représentants des gouvernements allemand, espagnol, français et italien, la question vise à l'interprétation du droit national, et non du droit communautaire; le porte-parole autrichien considère qu'elle est identique à celle ayant donné lieu à l'arrêt Gambelli e.a. et propose à la Cour de rendre une ordonnance au titre de l'article 104, paragraphe 3, de son règlement de procédure; cette suggestion a été reprise à titre subsidiaire par les gouvernements allemand, italien et finlandais.

62. Dans les affaires C-359/04 et C-360/04, les gouvernements espagnol et italien reprennent l'argument formulé dans l'autre affaire en faveur de l'irrecevabilité; le gouvernement italien propose, à défaut, la voie susmentionnée de l'ordonnance au titre de l'article 104, paragraphe 3, du règlement de procédure.

63. Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner si la Cour doit admettre les renvois préjudiciels.

C — *Les moyens d'irrecevabilité formulés*

1. La régularité formelle de l'ordonnance de renvoi

64. La Cour a déclaré à de nombreuses reprises qu'elle devait statuer sur les questions préjudicielles, sauf lorsque l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une règle communautaire, qui lui sont demandées, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, ou lorsque le problème est de nature hypothétique, ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de droit pour statuer de façon utile [29].

65. Il convient de rappeler que, pour permettre une analyse efficace, le juge national doit définir le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions ou, à tout le moins, expliquer les hypothèses sur lesquelles ces questions sont fondées [30] et indiquer les raisons qui l'ont conduit à emprunter la voie de la coopération préjudicielle avec un minimum d'explications sur le choix des dispositions communautaires dont il demande l'interprétation et sur leur lien avec la législation nationale [31].

66. Ces exigences visent à ce que la Cour puisse parvenir à une réponse utile [32] et à permettre aux gouvernements des États membres et aux intéressés de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice [33].

67. Dans la présente affaire, les ordonnances de renvoi satisfont à suffisance de droit aux conditions susmentionnées, puisqu'elles analysent l'origine de la question en fait comme en droit. Elles ne contiennent pas, il est vrai, la transcription des dispositions italiennes de référence, mais il peut être remédié à cette omission en se reportant à l'arrêt Gambelli e.a. En outre, elles font ressortir la substance

29 — Arrêts du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, points 59 à 61); du 5 juin 1997, Celestini (C-105/94, Rec. p. I-2971, point 22); du 7 septembre 1999, Beck et Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977, point 22); du 13 juillet 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049, point 20); du 19 février 2002, Arduino (C-35/99, Rec. p. I-1529, points 24 et 25); du 22 mai 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Rec. p. I-5321, points 19 et 20); du 9 septembre 2003, Milk Marque et National Farmers' Union (C-137/00, Rec. p. I-7975, point 37); du 25 mars 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00 à C-482/00, C-484/00, C-489/00 à C-491/00 et C-497/00 à C-499/00, Rec. p. I-2943, point 72), et du 10 novembre 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-316/04, Rec. p. I-9759, points 29 et 30).

30 — Ordonnance du 8 octobre 2002, Viacom (C-190/02, Rec. p. I-8287, point 15), et arrêts du 17 février 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167, point 22); du 12 avril 2005, Keller (C-145/03, Rec. p. I-2529, point 29), et du 6 décembre 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, Rec. p. I-10423, point 45).

31 — Ordonnance Viacom, précitée (point 16); arrêts du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, point 17); du 12 juin 1986, Bertini e.a. (98/85, 162/85 et 258/85, Rec. p. 1885, point 6); du 17 mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783, point 14); du 8 juin 2000, Carra e.a. (C-258/98, Rec. p. I-4217, point 19), et du 21 janvier 2003, Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins (C-318/00, Rec. p. I-905, point 43).

32 — Arrêt du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393, point 6).

33 — Ordonnances du 30 avril 1998, Testa et Modesti (C-128/97 et C-137/97, Rec. p. I-2181, point 6); du 2 mars 1999, Colonia Versicherung e.a. (C-422/98, Rec. p. I-1279, point 5); du 11 mai 1999, Anssens (C-325/98, Rec. p. I-2969, point 8); du 28 juin 2000, Laguillaumie (C-116/00, Rec. p. I-4979, point 15), et Viacom, précitée (point 14); ainsi qu'arrêts du 21 septembre 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751, point 40); du 11 septembre 2003, Altair Chimica (C-207/01, Rec. p. I-8875, point 25), et Keller, précité (point 30).

du débat, en se concentrant sur la divergence entre cet arrêt de la Cour et l'argumentation développée par la Corte suprema di cassazione, en spécifiant de cette façon dans quelle mesure l'interprétation qu'elles sollicitent est pertinente pour le litige pendant.

69. Je ne pense pas que les questions posées dans la présente affaire doivent être déclarées irrecevables, alors même que les termes de l'ordonnance du Tribunale di Larino semblent correspondre à l'hypothèse avancée par les États susmentionnés.

2. L'application des dispositions nationales

68. Selon une jurisprudence constante, dans le cadre de la répartition des fonctions entre la Cour et les juridictions nationales, il appartient à celles-ci de procéder à l'interprétation et à l'application du droit national et d'apprécier sa portée et sa compatibilité avec l'ordre juridique communautaire [34], sans préjudice du cas particulier qui se présente lorsque le législateur national, pour réglementer des matières purement internes, renvoie aux dispositions communautaires [35].

70. En effet, un simple changement dans l'ordre des termes employés permet de reformuler la question sous l'angle communautaire, de sorte qu'il ne s'agira plus d'examiner si l'article 4, paragraphe 4 bis, de la loi nº 401/89 est conciliable avec les articles 43 CE et 49 CE — ce qui est la teneur littérale de l'ordonnance —, mais d'analyser la signification de ces dispositions du traité pour les relier aux règles internes et aux circonstances à l'origine du litige, alors même que le problème posé, qui sera examiné plus loin, découle en réalité du désaccord manifesté par une juridiction italienne avec la Corte suprema di cassazione.

71. Pour sa part, le Tribunale di Teramo fait état de la modification du système national en vigueur en matière d'octroi des concessions pour la gestion des paris, visant à permettre à toute société de capitaux de participer aux appels d'offres futurs, une fois qu'auront expiré les concessions délivrées à la suite de procédures d'attribution dans lesquelles elle n'a pu intervenir. Ces points apparaissent liés aux libertés communautaires et n'ont pas été abordés dans l'arrêt Gambelli e.a.

34 — Arrêts du 13 mars 1986, Sinatra (296/84, Rec. p. 1047, point 11); du 21 janvier 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Rec. p. I-363, point 27); du 7 décembre 1995, Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Rec. p. I-4385, point 26); du 26 septembre 1996, Allain (C-341/94, Rec. p. I-4631, point 11); du 24 octobre 1996, Dietz (C-435/93, Rec. p. I-5223, point 39); du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 21), ou du 19 janvier 2006, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923, point 51).

35 — Arrêts du 26 septembre 1985, Thomasdünger (166/84, Rec. p. 3001); du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003); du 24 janvier 1991, Tomatis et Fulchiron (C-384/89, Rec. p. I-127); du 28 mars 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Rec. p. I-615); du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161); voir, également, arrêt du 17 mars 2005, Feron (C-170/03, Rec. p. I-2299). Bartoloni, M. E., «La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale 'modellato' sulla normativa comunitaria», *Il diritto dell'Unione europea*, sixième année, nº 2-3, 2001, p. 311 à 349.

72. En outre, il appartient à la juridiction communautaire de fournir tous les commentaires utiles sur les dispositions communautaires en vue de faciliter leur appréciation dans l'affaire litigieuse [36].

3. La décision sur la question préjudicielle par voie d'ordonnance

73. L'article 104, paragraphe 3, du règlement de procédure permet à la Cour, pour des raisons d'économie de procédure, de rendre une ordonnance motivée lorsqu'une question préjudicielle est identique à une question déjà tranchée ou lorsque la réponse peut être clairement déduite de la jurisprudence ou ne donne lieu à aucun doute raisonnable.

74. Ce mécanisme est utilisé avec prudence par la Cour [37], étant donné qu'il implique l'emploi de procédures qui limitent les droits de la défense. Pour cette raison, dès qu'il existe une objection à l'égard de la réunion des hypothèses envisagées, on renonce à l'appliquer.

75. Dans les présentes conclusions, j'ai fait état de certaines analogies avec l'affaire Gambelli e.a., mais leur constatation ne suffit pas pour justifier une ordonnance mettant fin à la procédure préjudicielle par référence aux décisions antérieures. Les juridictions de renvoi ne cherchent pas à savoir quelque chose qu'elles connaissent déjà, mais souhaitent obtenir des précisions sur l'arrêt Gambelli e.a., qui, ne l'oublions pas, se situe dans le sillage de l'arrêt Zenatti. Les inconvénients auxquels sont confrontés les juges italiens subsisteraient si la Cour se bornait à rappeler sa jurisprudence [38].

D — *La compétence de la Cour*

76. À mon avis, la véritable interrogation réside dans le point de savoir si la Cour a

36 — Arrêts du 30 avril 1998, Sodiprem e.a. (C-37/96 et C-38/96, Rec. p. I-2039, point 22), et du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, Rec. p. I-5409, point 48).

37 — On trouve des exemples d'utilisation de l'article 104, paragraphe 3, du règlement de procédure dans les ordonnances du 26 mai 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, Rec. p. I-4305), et du 13 décembre 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, Rec. p. I-10887), qui sont fondées sur le fait que la réponse se déduit clairement des décisions précédentes, et dans les ordonnances du 14 juillet 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04, Rec. p. I-7111), et du 1er décembre 2005, Ostermann (C-447/04, Rec. p. I-10407), dont le fondement est l'absence d'un doute raisonnable. L'autre critère prévu dans cette disposition — l'identité entre les questions — apparaît rarement; on le trouve toutefois dans l'ordonnance du 7 juillet 1998, Beton Express e.a. (C-405/96 à C-408/96, Rec. p. I-4253).

38 — La sixième partie des observations de MM. Placanica et Palazzese et la deuxième partie, neuvième chapitre, de celles de M. Sorrichio illustrent les divergences d'interprétation entre les juridictions nationales. À la note 27, j'ai mentionné d'autres renvois préjudiciels similaires, émanant également de juges italiens, qui sont en attente de la solution de la présente affaire.

compétence pour résoudre les questions préjudicielles, alors qu'elles sont fondées sur le désaccord des instances inférieures avec la façon dont la Corte suprema di cassazione a mis en œuvre les critères dégagés par l'arrêt Gambelli e.a. [39]. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si, parmi les attributions de la Cour, figure celle d'aplanir les dissensions apparaissant entre les juridictions nationales lorsqu'elles interprètent les dispositions communautaires en vue d'en vérifier la compatibilité avec les règles internes, alors qu'elle a déjà fixé des orientations en vue de régler ces questions.

77. Différents arguments plaident en faveur d'une réponse négative à cette interrogation. En premier lieu, dans le domaine du renvoi préjudiciel, l'interprétation de la disposition interne incombe au juge du pays membre, mieux placé pour se livrer à cet exercice — toujours dans la perspective d'une procédure pendante — en tenant compte des éléments d'interprétation fournis par la Cour.

78. Conformément à ce principe, l'arrêt Gambelli e.a. a expressément invité les tribunaux italiens à apprécier si les dispositions du droit qu'ils appliquent respectaient les libertés communautaires [40].

79. En second lieu, si les juges aboutissent à des résultats différents ou contradictoires, il appartient à leur propre ordre juridique de mettre en œuvre les instruments permettant d'unifier ces opinions. Dans cette optique, la décision d'une juridiction suprême lie les instances inférieures, qui n'ont pas la faculté de s'adresser, en empruntant un raccourci, à la justice européenne, étant donné que le traité ne prévoit aucun recours direct contre les décisions des juridictions nationales, même si, statuant en dernière instance, elles procèdent à une application erronée du droit de l'Union [41].

80. Toutefois, malgré sa relative simplicité, la solution avancée ci-dessus appelle d'importantes réserves.

81. Tout d'abord, lorsque la Cour charge les juges des pays membres d'apprécier les dispositions internes au regard des règles communautaires, elle ne renonce pas aux attributions qui sont les siennes dans ce domaine [42], mais met en œuvre les principes

39 — Le Tribunale di Teramo a relativisé ce désaccord en introduisant, comme je l'ai signalé, des aspects nouveaux. Ce type de controverse a été relevé par la doctrine; Botella, A. S., «La responsabilité du juge national», *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, 2004, p. 307, mentionne les éventuelles divergences entre des ordres de juridiction différents ou entre des tribunaux du même ordre, en citant un exemple français.

40 — Voir, en particulier, points 66, 71, 73 et 75.

41 — Dans les conclusions qui ont donné lieu à l'arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239), l'avocat général Léger a rappelé que, en 1975, dans ses suggestions sur l'Union européenne, la Cour avait déclaré qu'il serait opportun de prévoir dans le traité une garantie appropriée pour la sauvegarde des droits des particuliers en cas de violation de l'article 234 CE par les juridictions suprêmes (note 126).

42 — Ossenbühl, F., «Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, juillet 2003, p. 892, soutient que, si les juridictions nationales peuvent contrôler, d'une part, le bien-fondé des excuses avancées par les États membres pour justifier les restrictions nationales et, d'autre part, l'observation du principe de proportionnalité, la Cour n'a pas abandonné complètement ce contrôle: il considère comme erronée la supposition selon laquelle elle a délégué cette compétence.

qui président au dialogue préjudiciel, en reconnaissant les avantages de la proximité du litige tout en se réservant la décision définitive en la matière. Ainsi, elle a admis de nouvelles questions lorsque le juge national se heurtait à des difficultés de compréhension ou d'application de son arrêt, lorsqu'il lui posait une question de droit distincte ou lorsqu'il lui soumettait de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment [43].

82. Il convient de préconiser ce même raisonnement lorsque les obstacles proviennent d'un arrêt d'une juridiction nationale supérieure appliquant les principes dégagés par la Cour.

83. Si l'on empêchait les juges italiens de s'adresser à la Cour dans des cas comme celui de la présente affaire, il ne pourrait être remédié aux éventuels dérapages qu'au moyen d'un recours en manquement, comme l'a fait l'arrêt du 9 décembre 2003, Commission/Italie [44].

84. L'utilisation de cette voie entraîne différentes perturbations: premièrement, la pondération de l'infraction et le choix du moment pour la dénoncer devant la Cour restent entre les mains du titulaire du droit d'agir [45], alors que les juges nationaux se trouvent dans une situation idéale pour se livrer à ces deux exercices; deuxièmement, ce mécanisme implique que, au cours de la phase précontentieuse du recours en manquement, lors des mises en demeure de la Commission, les pouvoirs législatif et exécutif de l'État membre prennent le pas sur le pouvoir judiciaire, au risque de porter atteinte à l'indépendance de celui-ci; enfin, troisièmement, cette solution fait réfléchir au contenu et aux conséquences de la déclaration de manquement: en effet, l'arrêt Commission/Italie, précité, est fondé, en partie, sur la présence dans l'ordre juridique interne d'une norme tolérant une interprétation contraire à l'esprit communautaire.

85. Il ne faut pas non plus oublier les particuliers, qui peuvent solliciter le renvoi d'une question préjudicielle devant la Cour, alors même que la décision incombe au juge saisi du litige [46]. S'ils se heurtent à l'avance à

43 — Ordonnance du 5 mars 1986, Wünsche (69/85, Rec. p. 947, point 15); arrêts du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545, point 12), et du 6 mars 2003, Kaba II (C-466/00, Rec. p. I-2219, point 39); dans cette affaire, l'Immigration Adjudicator a posé une question identique à celle qu'avait tranché l'arrêt du 11 avril 2000, Kaba I (C-356/98, Rec. p. I-2623), dont il ne partageait pas certaines appréciations.

44 — C-129/00, Rec. p. I-14637.

45 — La Commission s'est montrée réticente à poursuivre les États pour des manquements imputables à leurs organes juridictionnels, Cobreros Mendazona, E., «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 10, 2004, plus spécialement p. 291 à 299; sur les antécédents, Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, p. 184 et 185.

46 — Sans préjudice du fait que, le cas échéant, la Cour examine les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence (arrêts Foglia, précité, points 21 et 27; du 26 septembre 2000, Kachelmann, C-322/98, Rec. p. I-7505, point 17; du 13 mars 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 39; du 17 mai 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, point 31, et du 16 décembre 2004, My, C-293/03, Rec. p. I-12013, point 25).

l'impossibilité du renvoi, il ne leur reste plus que la voie de la responsabilité pécuniaire, consacrée dans l'arrêt Köbler, précité [47].

86. L'emploi de ce dernier mécanisme apparaît par ailleurs peu satisfaisant dans la mesure où, étant conçu pour garantir le respect du droit communautaire dans des cas d'une gravité particulière [48], il est soumis à des conditions très strictes [49], comme celle selon laquelle la violation doit être intervenue «de manière manifeste», et où il constitue une voie de recours complexe qui, fréquemment, débouche sur une question préjudicielle semblable à celle qu'il s'agit d'empêcher.

87. Il convient de tenir compte d'un autre argument, de plus grande envergure. La fonction primordiale de la Cour est celle de garantir à titre exclusif la justesse de l'interprétation et de l'application des dispositions communautaires. Conformément à l'arrêt du 24 mai 1977, Hoffmann-La Roche, le renvoi préjudiciel vise à «prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire» [50]. Un moyen direct pour y arriver peut consister à intervenir dans la controverse juridique entre les juridictions d'un pays donné au sujet de l'interprétation de l'ordre juridique de l'Union effectuée par une juridiction supérieure.

88. Dans cet ordre d'idées, l'arrêt du 16 janvier 1974, Rheinmühlen Düsseldorf [51], a reconnu que le renvoi préjudiciel remplissait la fonction essentielle de garantir que le droit institué par le traité produise le même effet sur l'ensemble du territoire de la Communauté; il a ajouté qu'il visait également à assurer l'application uniforme de ce droit «en ouvrant au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit communautaire son plein effet dans le cadre des

47 — Martín Rodíguez, P., «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004, p. 859, relève les difficultés à déterminer le responsable du manquement communautaire dans le cadre de cette affaire, étant donné que l'on pouvait l'attribuer au pouvoir législatif, qui a édicté la disposition instaurant l'indemnité discriminatoire, au pouvoir exécutif, dans la mesure où l'administration autrichienne aurait dû donner priorité aux dispositions communautaires, ou au pouvoir judiciaire, comme cela a été fait, au motif qu'il n'a pas garanti effectivement les droits conférés au citoyen par l'ordre juridique communautaire.

48 — Simon, D., «The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law», dans O'Keeffe, éd., *Judicial Review in European Law — Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haye, 2000, p. 275 et suiv.

49 — L'arrêt Köbler lui-même qualifie un tel cas d'«exceptionnel» (point 53).

50 — 107/76, Rec. p. 957, point 5.

51 — 166/73, Rec. p. 33. Cette affaire a pour origine des demandes de restitutions à l'exportation rejetées par l'organisme d'intervention allemand pour les céréales et fourrages et accueillies, au contentieux, par le Hessiches Finanzgericht. Saisi d'un recours, le Bundesfinanzhof a déféré à la Cour différentes questions préjudicielles; après avoir reçu la réponse à ces questions (arrêt du 27 octobre 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Rec. p. 823), il a fait droit partiellement au recours et renvoyé l'affaire devant la juridiction de première instance, afin qu'elle statue à nouveau; toutefois, avant de se prononcer, le Hessiches Finanzgericht a saisi la Cour de plusieurs questions au moyen d'une ordonnance qui fut frappée de recours devant le Bundesfinanzhof, lequel, à son tour, a interrogé la Cour, ce qui a donné lieu à l'arrêt dont il est question ici — les questions du Hessiches Finanzgericht ont été examinées par l'arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen Düsseldorf (146/73, Rec. p. 139).

systèmes juridictionnels des États membres» (point 2); les juridictions nationales ont un pouvoir d'appréciation étendu pour saisir la Cour (point 3), de sorte que «la juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit communautaire, de saisir la Cour de justice des questions qui la préoccupent», étant donné que, si elle était liée sans pouvoir saisir la Cour, la compétence de celle-ci et l'application du droit communautaire à tous les degrés des systèmes juridictionnels nationaux «s'en trouveraient entravées», à moins que les questions ne soient «matériellement identiques» à celles formulées par la juridiction de dernière instance (point 4) [52].

89. Certes, cette approche engendre des inconvénients, tels que la prolifération du nombre de renvois préjudiciels ou la rupture apparente de la hiérarchie de l'organisation judiciaire de l'État. Le premier désavantage est dépourvu de pertinence, étant donné que la charge de travail ne saurait conditionner l'option juridique appropriée [53]. Le second méconnaît la fonction de la Cour comme interprète suprême de l'ordre juridique européen; cette fonction constitue la clé de voûte de l'existence d'une véritable communauté de droit. En tout état de cause, les inconvénients seraient moindres que dans le cas de toute autre option.

90. Il ne m'échappe pas non plus que, eu égard à l'imprécision des contours du pouvoir judiciaire dans l'Union, la Cour est elle-même à l'origine de quelques perturbations; il n'est en effet pas aisé d'atteindre dans chaque situation le degré de précision qui convient, sachant que, en droit, l'essentiel est de trouver ses limites.

VII — L'examen des questions préjudicielles

91. Si la Cour admet les questions préjudicielles du Tribunale di Larino et du Tribunal di Teramo, on ne peut se passer d'une réflexion sur le droit, le jeu et les paris.

A — *Le droit, le jeu et les paris*

92. De nos jours, rien n'est plus éloigné de l'idée de «droit» que la notion de «hasard»,

52 — La Cour a déclaré que «[l]'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait de ce seul fait les priver de la faculté prévue à l'article [234 CE] de saisir la Cour de justice des Communautés européennes».

53 — Bien que ce choix prête à discussion, une réforme institutionnelle pourrait conférer aux seules juridictions de dernière instance la possibilité de poser des questions préjudicielles, à l'instar de ce qui est le cas dans certains domaines (article 68 CE).

puisque celui-ci n'émane pas de la volonté de l'homme ni de convictions générales; il n'agit pas non plus de manière délibérée, mais de façon capricieuse et arbitraire [54]. Toutefois, à d'autres époques, il existait une interdépendance étroite entre les deux concepts, puisque, pour préserver la paix sociale, les décisions judiciaires impliquaient la soumission et celui qui les prononçait était investi d'un pouvoir «magique» ou «sacerdotal» [55].

93. Les ordalies ou jugements de Dieu, d'origine très ancienne [56], démontrent cette symbiose, en subordonnant la décision à un événement fortuit. Plus tard, la décision judiciaire s'est fondée de plus en plus sur des critères rationnels, jusqu'aux ordres juridiques modernes, qui, sauf dans certaines hypothèses [57], ont tordu le cou à ces caprices du destin.

94. Il existe d'autres aspects qui reflètent ce lien paradoxal, comme les obligations naturelles, dont le pari constitue un bon exemple, les contrats conditionnels, lorsque le fait futur incertain dépend du hasard, le cas fortuit ou, comme dans la présente affaire, les contrats aléatoires.

95. Le jeu, en tant qu'activité ludique, a existé dans toutes les sociétés tout au long de l'histoire; on y distingue quatre niveaux, de portée juridique différente. Au premier niveau, on trouve sa manifestation la plus spontanée et élémentaire: un simple amusement et divertissement [58]. Au deuxième niveau apparaît la compétition, qui procure au gagnant tout à la fois le plaisir de rivaliser avec les autres, l'estime de soi-même et le prestige social. Au troisième niveau, l'amusement ou la démonstration de ses qualités ne suffit pas; il y a un intérêt financier [59]. Enfin, au quatrième niveau on trouve les paris qui non seulement mettent en jeu des

54 — Rivas Torralba, R. A., *Juegos de azar,* Real Academia de Legislación y Juriprudencia de Murcia, Murcie, 1996, p. 11.

55 — Díez Picazzo, L., *Experiencia jurídica y teoría del derecho,* Ariel, Barcelone, 1987, p. 18 et 21.

56 — Le code d'Hamourabi, en pleine apogée de l'empire babylonien au cours du XVIII[e] siècle avant JC, prévoit fréquemment l'ordalie de l'eau: l'accusé était jeté dans la rivière et, s'il survivait, il était proclamé innocent.

57 — Il est habituel de recourir au tirage au sort pour désigner les membres d'un jury ou pour nommer des experts judiciaires. Parfois s'imposent des solutions extrêmes, comme dans le cas US *versus* William Holmes où, après un naufrage, l'équipage avait jeté quatorze passagers par-dessus bord depuis un canot de sauvetage surchargé; le juge a estimé que tous, marins et passagers, auraient dû participer au dramatique tirage au sort destiné à choisir les victimes.

58 — Fréquemment, le défi sert uniquement à tenir tête à son partenaire ou à le ridiculiser, comme lorsque Don Quichotte lance à son écuyer: «Je ferais une bonne gageure avec vous, Sancho; c'est que, maintenant que vous vous en donnez et que vous parlez sans que personne vous arrête, rien ne vous fait plus mal en tout votre corps» (Cervantes Saavedra, M., *L'ingénieux hidalgo Don Quichotte de la Manche,* deuxième partie, chapitre XXVIII, Garnier, Paris, 1954, p. 744).

59 — Kant, E., évoque ces facettes en énonçant que les jeux de l'enfant, la pelote, la lutte, la course, les soldats, visent au divertissement et favorisent le développement personnel; plus tard, les jeux de l'homme, les échecs, les cartes, sont en même temps orientés vers le gain pur et simple; enfin, ceux du citoyen, qui démontre sa bonne étoile au public à la roulette ou aux dés, sont tous guidés, inconsciemment, par la nature humaine (*Anthropologie du point de vue pragmatique,* traduction à partir du texte espagnol paru chez Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 216).

sommes d'argent, mais sont devenus une cause de dépendance [60].

96. Parmi ces quatre niveaux, le premier est étranger au monde du droit et le deuxième pratiquement aussi. En revanche, lorsque le jeu met en péril un capital, le législateur intervient, et ce pour deux raisons: d'une part, il veille aux répercussions du jeu sur le patrimoine [61] et sur la santé du participant [62], ainsi qu'à la stabilité de sa famille; d'autre part, il prend en considération le caractère commercial des établissements où le jeu se pratique.

97. Ces raisons expliquent l'attention que le droit accorde aux jeux de hasard et leur incidence sur le droit communautaire. À cet égard, la Cour a considéré «que les activités de loterie constituent des activités économiques, au sens du traité» [63], étant donné qu'elles «sont la fourniture d'un service déterminé moyennant rémunération» [64], et les a classées parmi les prestations de services [65]. On ne peut pas non plus faire abstraction de l'incidence des jeux sur d'autres domaines tels que, dans le même secteur économique, le droit d'établissement ou, en dehors de la sphère patrimoniale, les aspects humains déjà évoqués.

B — *Sur les restrictions aux libertés fondamentales*

98. Dans l'affaire Gambelli e.a., l'avocat général Alber a considéré qu'il y avait lieu de régler la question de la compatibilité du régime juridique national avec le droit d'établissement avant de se prononcer au regard de la libre prestation des services,

60 — Dostoïevski, F., connu comme un joueur invétéré, décrit magistralement ceux qui sont pris par le démon du jeu: «Les joueurs savent bien qu'on peut rester sur place pendant vingt-quatre heures sans détourner les yeux des cartes» (*Le Joueur,* Le Livre de Poche, Paris, 1972, p. 170); plus loin, il ajoute: «[...] sans aucun défi de vanité, je fus en proie à une terrible soif du risque. Il se peut qu'après tant de sensations diverses l'esprit n'en soit pas saturé, mais, au contraire, qu'il en soit exacerbé et qu'il en exige de nouvelles, de plus violentes, jusqu'à l'épuisement» (p. 194). Le même sentiment se retrouve dans ce texte de Gabriel y Galán, J. A.: «[...] il est vrai que j'ai passé une journée à penser à l'argent, à dépendre de lui, à vivre à son rythme; pourtant, comme tous les joueurs, je n'y étais pas attaché, seuls les jetons m'intéressaient [...]» (*Muchos años después,* traduction du texte original paru chez Alfaguara, Madrid, 1992, p. 324). Chateaubriand, F. R., avoue une émotion semblable après avoir perdu la plus grande partie d'une somme qui venait de lui être prêtée: «Je n'avais jamais joué: le jeu produisit sur moi une espèce d'enivrement douloureux; si cette passion m'eût atteint, elle m'aurait renversé la cervelle» [*Mémoires d'Outre-Tombe* (livre neuvième — chapitre 6), Garnier, Paris, 1989, p. 495 et 496].

61 — Dostoïevski met dans la bouche du héros de son roman la digression suivante: «En quoi le jeu serait-il pire que tel autre moyen de gagner de l'argent, que le commerce, par exemple? Il est vrai que, sur cent joueurs, un seul gagne. Mais que m'importe?» (op. cit. p. 19).

62 — Le fameux personnage de José Zorrilla, Don Juan Tenorio, fait état de cette préoccupation lorsque, sorti vainqueur d'une partie, il est défié par le perdant, auquel il répond: «Est-ce à dire/que parce que j'ai gagné la partie/vous voulez que la fête prenne fin/et que nous sortirons nous battre?» (*Don Juan Tenorio,* traduction du texte original paru chez Alianza, Madrid, 1998, première partie, acte quatre, scène VI).

63 — Arrêts précités Schindler (point 19), et Anomar e.a. (point 46).

64 — Arrêt Anomar e.a., précité (point 47); dans le même sens, arrêt Zenatti, précité (point 24).

65 — Arrêts précités Schindler (points 25 et 34), Läärä e.a. (point 27) et Anomar e.a. (point 52).

étant donné que le traité conférait au premier un rang supérieur (point 76) [66], alors même qu'il n'y avait pas lieu de qualifier les centres de transmission de données d'établissements secondaires (point 87); en effet, dans ce cas, la réglementation constituerait une atteinte au droit d'établissement (point 104) en plus d'une violation de la libre prestation des services (point 132).

99. La Cour, en portant son attention sur les personnes qui jouent, sur les entreprises qui se consacrent à ces opérations et sur les intermédiaires, n'a pas considéré ces deux libertés comme s'excluant l'une l'autre mais, après les avoir pondérées, a constaté qu'«une réglementation nationale telle que la législation italienne sur les paris, notamment l'article 4 de la loi nº 401/89, constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services» (point 59); elle a ensuite examiné si l'on se trouvait en présence des exceptions prévues par le traité ou d'une justification par des raisons impérieuses d'intérêt général (point 60).

100. Il n'y a pas lieu de mettre en question ces considérations, qui se retrouvent également dans l'arrêt Zenatti en ce qui concerne la prestation de services; il semble toutefois utile de se pencher sur les aspects des entraves en question et sur les personnes qui en sont l'objet.

101. Dans cette optique, l'arrêt Gambelli e.a. a décelé dans les exigences imposées par le droit italien à ceux qui interviennent dans les appels d'offres pour les concessions permettant d'ouvrir des agences de paris des entraves à la liberté d'établissement, étant donné qu'elles excluaient certaines formes de sociétés (points 46 à 48); il a en outre qualifié d'entraves aux services les exigences auxquelles se heurtait un prestataire installé dans un État membre différent pour exercer son activité (point 54) ainsi que celles imposées aux citoyens voulant participer à des jeux de paris organisés dans d'autres pays de la Communauté (point 57) et à ceux qui facilitent l'activité des prestataires installés sur ces territoires (point 58), dans ces deux derniers cas sous peine de sanction pénale [67].

102. Il est surprenant que, alors même que la demande préjudicielle avait pour origine des procédures pénales contre les agents du bookmaker, l'examen de la Cour ait porté sur le triple cercle de personnes susmentionné [68]. Toutefois, il ne faut pas oublier la fonction de la Cour ni l'incidence erga omnes de ses arrêts préjudiciels, étant donné que les simples parieurs pourraient être poursuivis; en outre, l'entreprise étrangère n'a pas la possibilité de s'établir, de sorte qu'elle exerce ses activités en les sous-traitant à d'autres commerçants, lesquels sont pénalement mis en cause pour avoir rempli leur contrat.

66 — Il s'appuie sur l'arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 22).

67 — Korte, S., «Das Gambelli-Urteil des EuGH», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 1449, écrit que ces menaces concernant la coopération à des activités de gestion de paris constituent une barrière au marché des services.

68 — Korte, S., op. cit., p. 1451.

C — *Sur l'existence d'une justification*

1. Le problème posé

103. À la différence de ce qu'avait suggéré l'avocat général Alber dans ses conclusions, l'arrêt Gambelli e.a. a examiné conjointement les entraves découlant de la législation italienne et a précisé que, quelle que soit la liberté jugée méconnue, certaines conditions devraient être remplies: les restrictions doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif; enfin, elles doivent être appliquées de manière non discriminatoire (point 65) [69].

104. De façon plus détaillée que l'arrêt Zenatti, l'arrêt Gambelli e.a. a laissé entre les mains du juge national l'appréciation concrète du respect de ces conditions par la législation italienne, tout en indiquant certains paramètres devant servir de cadre à cet exercice.

105. La Cour aurait dû être plus précise et se prononcer au sujet de l'incidence des libertés communautaires sur les dispositions nationales, comme l'avait suggéré l'avocat général en mettant l'accent sur les difficultés que causait aux juridictions internes la tâche qui leur était demandée [70].

106. Il ne fait pas de doute, à mes yeux, que l'arrêt Gambelli e.a. a dosé le degré de minutie que la Cour pouvait se permettre sans excéder ses attributions; toutefois, avec l'antécédent de l'arrêt Zenatti, qui n'a pas évité un nouveau renvoi, elle a péché par excès de prudence, puisqu'elle disposait des éléments suffisants pour une analyse plus approfondie, laquelle aurait permis de faire l'économie de la présente saisine [71].

107. Dès lors, il faudrait maintenant franchir un pas de plus et affiner la réponse afin de dissiper les incertitudes provoquées, même si la tâche semble plus compliquée; c'est pourquoi il y a lieu de rechercher s'il existe une cause susceptible de légitimer les obstacles aux libertés communautaires qui ont été

69 — Arrêts du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32), et Gebhard, précité (point 37).

70 — Point 116 des conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire Gambelli e.a.; le point 120 insiste dès lors sur l'idée que, si suffisamment de faits sont établis pour permettre à la Cour de porter une appréciation, rien ne devrait l'empêcher de procéder à l'évaluation souhaitée.

71 — En commentant l'arrêt Gambelli e.a. dans la *Revue de droit commercial belge*, nº 3, 2004, p. 314, point 7, Brouwer, L., et Docquir, B., soutiennent que la Cour n'a laissé place à aucun doute: bien que l'appréciation de la compatibilité appartienne en principe à la juridiction de renvoi, elle a clairement considéré que la législation italienne ne remplissait pas les conditions qui lui auraient permis d'être conforme aux règles communautaires.

dénoncés et d'évaluer leur caractère non discriminatoire, approprié et proportionné.

2. Les raisons impérieuses d'intérêt général

108. L'arrêt Gambelli e.a. a défini les motifs justifiant les entraves aux libertés d'établissement et de prestation de services de façon négative et positive, puisqu'il a rejeté «la réduction ou la diminution des recettes fiscales» et le «financement d'activités sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes provenant des jeux autorisés» (points 61 et 62) [72], tout en admettant la «protection des consommateurs», la «prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu», ainsi que la «nécessité de prévenir les troubles à l'ordre social» (point 67).

109. Selon la Corte suprema di cassazione, la législation italienne se fonde sur le fait que la surveillance des paris permet de réduire la commission de délits [73].

110. Pour le gouvernement italien, ce fondement réside dans la protection de l'ordre public [74] et des consommateurs, ainsi que dans la lutte contre la fraude [75].

111. La Cour a mis le doigt sur la contradiction dans laquelle on s'enferme en cherchant à éviter le préjudice causé par une action que l'on favorise [76], ce qui se produit lorsqu'un État poursuit une politique de forte expansion du jeu et des paris [77]; en conséquence, la

72 — La Cour a écarté comme raisons d'ordre public au sens de l'article 46 CE les objectifs de nature économique (arrêts du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Rec. p. I-4007, point 11, et du 29 avril 1999, Ciola, C-224/97, Rec. p. I-2517, point 16, entre autres).

73 — Arrêt Gesualdi, précité, point 11.2.3. Dans la doctrine, Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milan, 1999, p. 313, soutient que le système vise avant tout à la sauvegarde des intérêts financiers et fiscaux de l'État; dans le même sens, Coccia, M., «'Rien ne va plus': la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo», *Foro italiano*, 1994, p. 521.

74 — Point D), sous a), des observations écrites déposées dans l'affaire Placanica et dans les affaires Palazzese et Sorricchio.

75 — Point D), sous b), des mêmes observations.

76 — Arrêt Gambelli e.a., points 68 et 69.

77 — Dans l'arrêt Gesualdi, au point 11.2.3, la Corte suprema di cassazione a mentionné les loteries «Gratta e vinci», introduites en 1994 par l'AAMS; «Totogol», lancée par le CONI également en 1994; «SuperEnalotto», concédée à la société Sisal en octobre 1997; «Totosei», initiée par le CONI en 1998; «Formula 101», régie par un décret d'août 1999 et mise en marche par le Ministero dell'Economia en avril 2000; «Totobingol», gérée par le CONI à partir de janvier 2001, et «Bingo», autorisée par le Ministero dell'Economia en 2000.

lutte contre la fraude semble constituer la seule justification des restrictions litigieuses.

112. À cet égard, il n'a pas été fourni d'éléments plus précis permettant d'appréhender l'incidence des comportements criminels sur les jeux de hasard, par exemple l'escroquerie ou le blanchiment d'argent [78].

113. L'arrêt Läärä e.a., précité, a considéré qu'une «autorisation limitée» des paris dans un cadre exclusif présente l'avantage de canaliser l'envie de jouer et l'exploitation des jeux dans un circuit contrôlé, de prévenir les risques d'une telle exploitation à des fins frauduleuses et criminelles et d'utiliser les bénéfices qui en découlent à des fins d'utilité publique (point 37) [79].

114. Toutefois, pour respecter les normes communautaires, il ne suffit pas de disposer de raisons solides conduisant à réglementer le jeu d'une manière qui, sans l'interdire, le restreint d'une façon déterminée, étant donné que les mesures décrétées doivent être, en outre, égalitaires, appropriées et proportionnées.

3. L'éventualité d'une discrimination

115. L'arrêt Gambelli e.a. ne s'est pas prononcé sur la violation du principe de non-discrimination par la réglementation italienne [80], laissant au juge national le soin de procéder à cette évaluation [81].

116. Le Tribunale di Teramo a étoffé à présent les éléments dont la Cour disposait en statuant sur cette affaire, en l'aidant à trancher elle-même la question, sans se réfugier dans l'excuse selon laquelle les réformes législatives de 2003 ont changé la situation dans le pays en cause; en effet, selon lui, les conséquences de ces modifications ont été reportées probablement jusqu'en 2011, de sorte que les séquelles du régime antérieur se font encore sentir, avec les répercussions qui en découlent sur les procédures pénales ayant donné lieu aux renvois. En outre, ces changements législatifs n'ont affecté que l'un des volets du système — la concession —, et non les autres — l'autorisation et la sanction.

78 — Pour Buschle, D., «'Der Spieler' — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts», *European Law Reporter*, nº 12, 2003, p. 471, la prévention de la criminalité implique un motif d'ordre public et, en même temps, une raison impérieuse d'intérêt général.

79 — Les arrêts précités Zenatti (point 35) et Anomar e.a. (point 74) ont repris la même idée.

80 — L'avocat général Alber développe, aux points 95 à 97 de ses conclusions, différents arguments qui démontrent une telle atteinte.

81 — Points 70 et 71.

117. À la lumière des données figurant aux dossiers et de celles qui ressortent des arrêts précédents, on constate un traitement inégal dans le cadre des concessions et des autorisations.

a) Les concessions

118. Les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés de la Communauté ne pouvaient accéder aux appels d'offres pour l'attribution des concessions. Ces exigences s'imposaient à tous les intéressés, y compris aux nationaux [82]; toutefois, les entreprises établies sur d'autres territoires communautaires subissaient davantage les entraves découlant de la législation italienne [83], étant donné que, si elles souhaitaient soumissionner, elles devaient adapter leur structure interne et que, dès lors, elles ne disposaient pas de possibilités réelles de s'installer en Italie [84].

119. Cette conclusion se trouve renforcée par la parcimonie avec laquelle les concessions sont octroyées [85], qui n'est pas liée aux impératifs de la lutte contre la criminalité [86], étant donné que, si les autorisations font l'objet de contrôles préalables, il suffit, pour être admis aux procédures d'adjudication, de fournir une caution en garantie du paiement au Trésor public des droits applicables [87].

120. L'inégalité affecte également les intermédiaires, lesquels se voient empêchés, sous peine de sanction pénale, de fournir des services aux bookmakers établis dans d'autres États membres qui ne peuvent s'établir en Italie ni être habilités à y exercer leur activité.

b) Les autorisations

121. Selon la Cour, un régime d'autorisation administrative préalable ne justifie pas un

82 — Arrêt Zenatti, point 26.

83 — Comme l'ont rappelé les arrêts précités Schindler (point 43) et Anomar e.a. (point 65), le droit communautaire s'oppose également à une réglementation nationale qui, même en faisant abstraction de la nationalité, prohibe ou gêne les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit des services analogues. L'arrêt Zenatti a déclaré au point 27 que la législation italienne empêchait «les opérateurs des autres États membres, directement ou indirectement, de procéder eux-mêmes à la collecte de paris sur le territoire italien».

84 — Korte, S., op. cit., p. 1450. À cet égard, en réponse à l'une des questions que je lui ai posées lors de l'audience, le représentant du gouvernement italien a reconnu que les entreprises étrangères ayant obtenu une concession étaient au nombre de huit, la plupart l'ayant rachetée à l'adjudicataire.

85 — Le CONI a offert 1 000 concessions en 1998; le Ministro delle Finanze et le Ministro per le Politiche Agricole, dans le cadre de leurs compétences respectives, ont mis en adjudication 671 nouvelles licences et ont renouvelé automatiquement les 329 licences existantes. Cette dernière action est à l'origine d'un recours en manquement engagé par la Commission contre la République italienne — affaire C-260/04, actuellement en cours —, auquel je me suis déjà référé.

86 — Les appels d'offres pour les concessions de paris hippiques, effectués par le décret ministériel du 7 avril 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche (GURI nº 86, du 14 avril 1999), suggèrent que ce nombre a été déterminé en fonction d'autres paramètres.

87 — Ce point figure dans l'ordonnance du Tribunale di Teramo ayant saisi la Cour dans l'affaire C-359/04.

comportement discrétionnaire des instances nationales privant d'efficacité les dispositions communautaires [88]. Il doit être fondé, d'une part, sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation de ces autorités afin que celui-ci ne soit pas exercé de façon arbitraire; d'autre part, il doit reposer sur un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande soit traitée dans un délai raisonnable, avec objectivité et impartialité [89].

122. À première vue, on a l'impression que l'autorisation prévue à l'article 88 du TULPS remplit les éléments susmentionnés, mais une analyse plus détaillée des articles 8 à 14 de ce même texte fait apparaître une marge d'appréciation incompatible avec un examen objectif, par exemple lorsque l'article 10 prévoit la révocation «en cas d'abus de la personne autorisée», sans autre précision [90]. L'absence d'un pouvoir lié découle également de l'impossibilité de constater ou de déduire le caractère exhaustif des critères de refus de ces autorisations.

123. En outre, l'autorisation de police présuppose l'existence d'une concession et se trouve dès lors elle-même entachée des vices qui affectent cette dernière, précisément en raison de son caractère préalable.

4. Le caractère approprié et proportionné

124. Les dispositions italiennes restreignent le droit d'établissement et la libre prestation des services au nom d'un but légitime, mais elles sont discriminatoires, ce qui suffirait pour ne pas les appliquer. Elles ne sont pas non plus appropriées pour atteindre les objectifs qu'elles poursuivent ni proportionnées à l'intérêt juridique visé.

a) Les entraves au droit d'établissement

125. L'exclusion de certaines formes de sociétés de l'appel d'offres pour l'octroi de concessions est fondé sur la transparence des entreprises; toutefois, il existe d'autres solutions moins restrictives et plus respectueuses du traité [91]. Comme l'a affirmé l'arrêt Gam-

88 — Arrêts du 23 février 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361, point 25); du 14 décembre 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 et C-250/94, Rec. p. I-4821, points 23 à 28); du 20 février 2001, Analir e.a. (C-205/99, Rec. p. I-1271, point 37), et du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473, point 90).

89 — Arrêt Smits et Peerbooms, précité (point 90).

90 — La Commission mentionne l'article 11, deuxième alinéa, du TULPS, qui permet de refuser l'autorisation si l'intéressé ne justifie pas d'une bonne conduite; toutefois, la Corte constituzionale, dans son arrêt du 16 décembre 1994, nº 440, a déclaré cette phrase non conforme à la Constitution, au motif qu'elle impose la charge de la preuve à l'intéressé.

91 — Hoeller, B., et Bodemann, R., «Das 'Gambelli'-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland», *Neue Juritische Wochenschrift*, 2004, p. 125, considèrent, en ce qui concerne la réglementation allemande — sous certains aspects semblable au régime italien —, qu'une législation qui ne permet pas l'accès au marché des paris à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique, doit être considérée comme une atteinte disproportionnée à la liberté d'établissement.

belli e.a., «d'autres moyens existent pour contrôler les comptes et les activités de telles sociétés» [92]; la Cour a ainsi entériné ce qu'avait déclaré à cet égard l'avocat général Alber dans ses conclusions, en indiquant que l'on pouvait vérifier la moralité des sociétés en recueillant, par exemple, des informations sur ses représentants ou ses principaux actionnaires [93].

126. Confrontée à ces arguments, la République italienne n'a pas évalué la portée des mesures dénoncées, en les mettant en balance avec d'autres possibilités, et n'a pas démontré qu'elles constituaient les meilleurs choix pour atteindre l'objectif qu'elle s'était fixé.

b) Les limitations à la libre prestation des services

127. L'impossibilité virtuelle, pour une entreprise établie dans un État membre, d'exercer son activité commerciale dans un autre État membre ainsi que l'interdiction d'agir par le biais d'intermédiaires et d'utiliser les services offerts vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par la législation nationale [94].

128. Ignorer ou méconnaître les examens subis et les garanties fournies dans d'autres pays de l'Union en invoquant, comme l'a fait la Corte suprema di cassazione, le caractère territorial de l'habilitation freine la construction européenne et porte atteinte à ses fondements mêmes, en violation de la prescription, figurant à l'article 10 CE, de s'abstenir «de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité», ainsi que du principe de la confiance réciproque qui préside aux relations intracommunautaires.

129. À cet égard, l'arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne [95], a déclaré que les autorités de l'État destinataire devaient «prendre en considération les contrôles et vérifications déjà effectués dans l'État membre d'établissement» (point 47), en reconnaissant le principe d'équivalence [96]; par ailleurs, l'arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments [97], s'agissant de prestations de téléphonie fournies à des destinataires

92 — Point 74.

93 — Point 99.

94 — Brouwer, L., et Docquir, B., op. cit., p. 314, point 8.

95 — 205/84, Rec. p. 3755.

96 — Au point 36 des conclusions ayant donné lieu à l'arrêt Läärä e.a., précité, l'avocat général La Pergola a attiré l'attention sur ce critère, que la Cour n'a cependant pas repris.

97 — C-384/93, Rec. p. I-1141, points 46 à 49.

potentiels d'autres États membres, a fait une allusion implicite au principe d'efficacité.

130. Ces deux principes m'incitent à partager l'opinion exprimée par l'avocat général Alber au point 118 de ses conclusions dans l'affaire Gambelli e.a., lorsqu'il déclare que les jeux de hasard sont réglementés dans tous les États membres et que les motifs de cette réglementation concordent le plus souvent entre eux [98]. Dès lors, si un organisateur d'un autre État membre remplit les conditions imposées par sa législation, les autorités de l'État où le service est fourni devraient considérer qu'il s'agit d'une garantie suffisante de son intégrité [99].

131. La Corte suprema di cassazione elle-même a relaté que la société britannique pour le compte de laquelle agissaient les prévenus italiens avait été autorisée à exercer ses activités par décision du Betting Licensing Committee de Liverpool sur la base de la loi sur les paris et les loteries (Betting Gaming and Lotteries Act) de 1963, qu'elle payait les taxes sur les paris («General Betting Duty») et était soumise à la surveillance des autorités fiscales et douanières anglaises (Inland Revenues et Custom & Excise), de commissaires aux comptes privés et des organes de surveillance des sociétés cotées en bourse.

132. Dans ces circonstances, sur lesquelles la plupart des États ayant déposé des observations dans la présente affaire préjudicielle ne s'étendent pas, il semble constant que les autorités britanniques sont mieux placées que les autorités italiennes pour vérifier la légalité des activités en question et l'on n'aperçoit pas d'arguments qui militent en faveur d'un double contrôle [100]. L'arrêt du 25 juillet 1991, Säger [101], a toléré les entraves à la libre prestation des services pour des raisons d'intérêt général, dans la mesure où «cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi» (point 15).

133. En ce qui concerne les intermédiaires, ils ont obtenu du Ministero dei Comunicazioni (ministère des Communications) les autorisations nécessaires pour transmettre des données par voie télématique; à cet effet, ils doivent s'inscrire à la chambre de commerce, obtenir le certificat «nulla osta antimafia» et ne pas avoir d'antécédents pénaux; enfin, ils sont soumis au contrôle

98 — Cet aspect est détaillé au début des conclusions de l'avocat général Gulmann dans l'affaire Schindler, précitée.

99 — Voir, sur un plan plus général, le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen — L'état du marché intérieur des services — Rapport présenté dans le cadre de la première phase de la stratégie pour le Marché intérieur des services [COM(2002) 441 final], plus spécialement p. 36 et suiv.

100 — Pour Schütz, H.-J., Bruha, T., et König, D., *Europarecht Casebook*, Munich, 2004, p. 752, l'introduction par un État membre de conditions plus strictes exige un examen rigoureux de la proportionnalité, notamment en ce qui concerne la preuve qu'il n'existe pas de mesures moins restrictives.

101 — C-76/90, Rec. p. I-4221.

des instances nationales compétentes. Malgré tout cela, ils se voient empêchés de fournir des services pour le compte d'une société légalement établie dans un autre État membre.

5. Les dispositions pénales

134. Les comportements sanctionnés par l'article 4, paragraphes 4 bis et 4 ter, de la loi n° 401/89 procèdent de l'exercice sans habilitation d'activités liées aux paris. Il s'agit du corollaire du système conçu par le législateur italien, qui s'est doté d'un large pouvoir d'appréciation allant de la liberté à l'interdiction [102], de sorte que, eu égard aux aspects analysés, au niveau de protection qu'il considère adéquat et aux particularités du pays, on trouve en fin de compte un degré de protection déterminé. Toutefois, l'option choisie doit respecter le droit communautaire [103].

135. Il ne s'agit pas, dès lors, de mettre en question la loi pénale de l'État, lequel est le mieux placé pour apprécier l'application, l'adéquation et le potentiel d'une réaction répressive [104], mais d'affirmer que, lorsque le régime assorti d'une peine est contraire à l'ordre juridique de la Communauté, cette sanction est certainement [105], elle aussi, illicite, puisque l'une et l'autre règles constituent non pas des compartiments étanches, mais des éléments d'un système qui doit s'insérer dans un système plus grand. Il n'appartient pas à la Cour de choisir [106], mais de s'assurer que le choix effectué est conforme au droit communautaire.

136. Sur un plan général, il faut remarquer que l'article 4 de la loi n° 401/89 prévoit une peine supérieure si l'infraction concerne les paris réservés à l'État, au CONI, à l'UNIRE ou à leurs concessionnaires; cette circonstance n'a qu'un lien ténu avec la prévention du crime et cadre mieux avec l'intérêt économique que présente le jeu pour les finances de l'État.

137. Quoi qu'il en soit, il convient également de se pencher sur la proportionnalité des sanctions, selon les énonciations de

102 — Arrêts précités Schindler (point 61), Läärä e.a. (point 35), Zenatti (point 33) et Anomar e.a. (points 79 et 87).

103 — Comme l'indique l'avocat général La Pergola au point 34 de ses conclusions dans l'affaire Läärä e.a., «[b]ien qu'elles soient de nature discrétionnaire, les mesures restrictives qui ont été retenues restent contrôlables au niveau juridictionnel; leur adéquation aux exigences d'intérêt général est, en effet, susceptible de faire l'objet d'un contrôle de la part du juge national qui est appelé à les appliquer, lequel devra, dans le cadre de cet examen, se référer aux règles de justification — y compris le principe de la proportionnalité — qui ont été élaborées par la jurisprudence communautaire en ce qui concerne les limites qui peuvent légalement entourer l'exercice des droits et libertés découlant du traité», ce qui, comme je l'ai exposé, n'exclut pas le contrôle de la part de la Cour.

104 — Comme je l'ai exposé au point 48 des conclusions ayant donné lieu à l'arrêt du 13 septembre 2005, Commission/Conseil (C-176/03, Rec. p. I-7879).

105 — Pour reprendre les termes utilisés par l'avocat général Alber aux points 97 et 99 de ses conclusions dans l'affaire Gambelli e.a..

106 — Arrêt Schindler, précité (point 32).

l'arrêt Gambelli e.a. figurant notamment aux points 72 et 73, qui opèrent une distinction entre le parieur et l'intermédiaire.

138. En ce qui concerne le parieur, la Cour a recommandé au juge national de pondérer les peines infligées à toute personne qui effectue des paris à partir de son domicile en Italie, par l'Internet, avec un bookmaker établi dans un autre État membre, en tenant compte de l'encouragement donné à la participation à des jeux organisés par des organismes nationaux autorisés; à cet égard, la Cour a invoqué différents arrêts [107].

139. En ce qui concerne l'intermédiaire, elle a également laissé le soin à la juridiction de renvoi d'évaluer si les sanctions allaient au-delà de ce qui est nécessaire pour lutter contre la fraude, étant donné que le prestataire de services était assujetti à un régime de contrôle et de sanctions dans l'État membre d'établissement.

140. La Corte suprema di cassazione ne s'est pas acquittée de la tâche qui lui avait été recommandée, au motif qu'elle lui était interdite. Il est surprenant que, bien qu'elle ait relevé les trois éléments fondamentaux du régime juridique italien sur la gestion des paris, elle se soit arrêtée, pour prendre sa décision, sur le seul aspect de l'autorisation, en s'abstenant totalement d'examiner la sanction et en n'étudiant que partiellement la concession.

141. Le moment est venu pour la Cour de se prononcer, étant donné qu'elle possède toutes les données nécessaires à cet effet, et de proclamer, sans aucune honte, qu'une sanction comportant jusqu'à trois années de privation de liberté est disproportionnée aux circonstances décrites tout au long des présentes conclusions, notamment à celles relatives à l'intérêt juridique protégé au moyen des incriminations pénales en question et à celles constituées par le comportement de l'État lui-même, qui consiste à encourager le jeu [108].

142. En outre, la condamnation entraîne pour celui qui en est frappé des conséquences qui, selon les articles 11 et 14 du TULPS, empêchent la délivrance de l'autorisation de police requise, lui interdisant ainsi l'exercice de toute activité liée aux paris.

107 — Arrêts du 29 février 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929, points 34 à 39), et du 25 juillet 2002, MRAX (C-459/99, Rec. p. I-6591, points 89 à 91).

108 — Korte, S., op. cit., p. 1451, exprime de sérieux doutes sur l'utilité des sanctions pénales en évoquant la politique de développement du jeu en Italie; Mignone, C. I., «La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'assarso nell'era di Internet», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 401, s'interroge sur la proportion entre les intérêts protégés et la liberté personnelle sacrifiée; Hoeller, B., et Bodemann, R., op. cit., p. 125, estiment, en droit allemand, que la disproportion ressort du fait que l'État fait échec à la réalisation de ses propres objectifs.

143. Il ne faut pas non plus oublier qu'il est porté atteinte aux libertés communautaires fondamentales, ce qui fait que toute dérogation doit être interprétée de manière restrictive [109], et qu'une peine d'emprisonnement entrave la libre circulation des personnes [110].

D — *Remarques finales*

144. L'absence de dispositions de droit dérivé applicables aux jeux de hasard appelle une solution des questions préjudicielles à partir du droit primaire, alors même que, compte tenu des domaines concernés, il serait opportun de procéder à une harmonisation de la matière dans le cadre des compétences de la Communauté; les occasions pour ce faire n'ont pas manqué.

145. Une première tentative a eu lieu en 1991, lorsque la Commission, sur la base de l'étude «Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation» [111], a soutenu que la réglementation relevait du régime du marché commun; toutefois, cette tentative n'a pas été poursuivie en raison des réticences de certains États membres [112].

146. Une autre occasion s'est présentée avec la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique [113]; toutefois, celle-ci a exclu expressément «les 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» [article 1er, paragraphe 5, sous d), troisième tiret].

147. Actuellement se trouve en discussion la proposition d'une importante directive sur les services [114], qui vise à créer un cadre juridique «permettant de faciliter l'exercice

109 — Voir, entre autres, arrêt du 19 janvier 1999, Calfa (C-348/96, Rec. p. I-11, point 23), qui se réfère concrètement à la réserve d'«ordre public».

110 — Arrêts du 3 juillet 1980, Pieck (157/79, Rec. p. 2171, point 19); du 12 décembre 1989, Messner (C-265/88, Rec. p. 4209, point 14), et Skanavi et Chryssanthakopoulos, précité (point 36).

111 — Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1991. Cette étude a été commentée par l'avocat général Gulmann dans ses conclusions dans l'affaire Schindler, précitée.

112 — Coccia, M., op. cit., p. 524. La Commission a invoqué le principe de subsidiarité pour paralyser l'initiative (conclusions de la présidence du Conseil européen réuni à Edimbourg les 11 et 12 décembre 1992, annexe 2 de la partie A: «Subsidiarité — Exemples de réexamen de propositions pendantes et de législations en vigueur», parues dans le périodique appelé *Bulletin des Communautés européennes*, nº 2, 1992).

113 — Directive 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 («directive sur le commerce électronique») (JO L 178, p. 1).

114 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur [COM (2004) 2 final].

de la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation des services» (article 1er); celle-ci concernerait les jeux de hasard (article 2, a contrario), alors même qu'elle envisage une période de transition au cours de laquelle le «principe du pays d'origine» [115] ne s'applique pas «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» [article 18, paragraphe 1, sous a)], pour lesquelles une éventuelle harmonisation complémentaire est prévue «à la lumière d'un rapport de la Commission et d'une large consultation des parties intéressées» (article 40) [116], eu égard à l'importance du sujet débattu [117].

148. Si cette concertation au sein de la Communauté aboutit, beaucoup des problèmes posés par les paris sur Internet seront résolus. Entre-temps, les mesures adoptées unilatéralement doivent être analysées au regard du traité [118].

149. Au demeurant, la dimension transfrontalière de ces jeux va au-delà des limites territoriales de l'Union européenne, comme le montrent les frictions au sein de l'Organisation mondiale du commerce [119], dont les conventions, notamment l'accord général sur le commerce des services, ont une incidence sur le droit communautaire si un pays tiers est impliqué, ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire.

115 — Conformément à ce principe, le prestataire de services est soumis uniquement à la loi de l'État membre où il est domicilié, qui est chargé du contrôle, y compris lorsque l'activité est exercée dans un autre pays de la Communauté (article 16).

116 — Il ne m'échappe pas que la libéralisation de ce secteur est loin d'être pacifique. Par exemple, Ohlmann, W., «Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 1, 2005, p. 55 et 58, soutient qu'il ne doit pas y avoir de concurrence; Walz, S., «Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 524, exprime des réticences quant à la validité des autorisations étrangères; enfin, Campegiani, C., et Pati, C., «Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts 43 e 49 CE)», *Giustizia civile*, 2004-I, p. 2532, justifient un encadrement étatique de la gestion des jeux. Geeroms, S., «Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?», *Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National and International Law*, Zürich/Bâle/Genève, 2004, p. 180, se prononce en faveur de la création d'un marché libéralisé, sous le contrôle d'une législation supranationale ou internationale avec des règles strictes visant à prévenir le crime.

117 — Buschle, D., op. cit. p. 471, signale qu'il existe, en Allemagne, entre 90 000 et 500 000 personnes souffrant d'addiction aux jeux de hasard, dont les deux tiers sont des hommes à faible revenu. Selon le journal *El País*, reprenant des données du cabinet de conseil Christiansen Capital Advisors, il existe entre 1 800 et 2 500 sites Internet consacrés aux jeux de hasard, facturant plus de 8 200 millions de dollars dans le monde entier, chiffre devant atteindre 23 500 millions en 2009 (Ciberpaís, 13 octobre 2005).

118 — Pour le moment, le débat suit son cours. Les tribunaux français se sont récemment heurtés à des écueils semblables à ceux rencontrés par leurs homologues italiens au sujet de paris hippiques gérés sur Internet par l'entreprise Zeturf, immatriculée à Malte; la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 janvier 2006, a confirmé le jugement du tribunal de grande instance de Paris et a affirmé, sans saisir la Cour d'une question préjudicielle, que la législation nationale était compatible avec le droit communautaire, ce qui a suscité les premières critiques (Verbiest, T., «Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf», *Droit et Nouvelles Technologies*, http://www.droit-technologie.org/1_2asp?actu_id=1150).

119 — Par exemple, le conflit entre les États-Unis et Antigua, qui s'est conclu par le rapport de l'Organe d'appel de ladite organisation, États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, WT/DS285/AB/R, adopté le 7 avril 2005.

VIII — Conclusion

150. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Tribunale di Teramo et par le Tribunale di Larino comme suit:

«Les articles 43 CE et 49 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui interdit, sous peine de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à trois années de privation de liberté, de collecter, d'accepter, d'enregistrer ou de transmettre des propositions de paris, en l'absence de concession ou d'autorisation délivrée par l'État membre concerné, pour le compte d'une entreprise qui ne peut obtenir cette concession et cette autorisation pour rendre de tels services dans ce pays, mais qui possède une habilitation à les fournir délivrée par un autre État membre dans lequel elle est établie.»