

---

# Décider aujourd'hui de la régulation des jeux pour qu'ils aient un avenir

---

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à Sciences Po (Paris)<sup>1</sup>

On affirme souvent que le « Droit de la Régulation » est une expression qui ne voudrait rien dire, ou qui ne serait qu'une jolie nouvelle façon de désigner le droit public économique, ou encore une modalité anglicisée de désigner la « réglementation », afin de conclure que toutes ces discussions aussi ennuyeuses et savantes que sans fin n'ont aucune utilité, qu'il convient de les laisser là pour discuter bien plutôt de choses concrètes dans la perspective que l'on dit pragmatique. Le mot d'ordre serait : peu importe les mots, passons directement aux faits !

Cet élan factuel enthousiaste et empreint d'un certain dédain se heurte à deux réalités simples et stables.

En premier lieu, la réglementation n'est pas un phénomène isolé, elle prend vie dans un système juridique qui lui-même est régi par le Droit, qui ne se réduit pas à une accumulation de dispositions, que l'on soit en Droit romano-germanique ou en *Common Law*, les décisions des juges ayant dans les deux une place essentielle. Prenons un exemple. Ce qui a posé le principe de pertinence des « réglementations » nationales, c'est l'arrêt *Santa Casa* rendu par la Cour de justice le 8 septembre 2009, tel qu'éclairé par les conclusions de l'avocat général Yves Bot. Ce sont bien souvent des décisions de justice, voire des conclusions, voire des discours, un droit dont chacun commente la puissance de la « souplesse ». Bien loin donc, voire au-dessus, de la rigidité réglementaire dont l'accumulation et les petits caractères ne contredisent pas le caractère plat, pris en défaut par la complexité des hiérarchies des normes dont les juges sont les gardiens.

En second lieu, le droit, y compris la réglementation dont la nature juridique n'est pas contestée, prend la forme de mots et c'est par ceux-ci que l'appréhension des faits existants ou voulus pour l'avenir passe, aucune

---

1. Cet article prend appui sur un Working paper bilingue, doté de nombreuses références et renvois par liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/quelle-regulation-des-jeux-pour-qu'ils-aient-un-ave/>

contorsion ne permettant en conséquence de se soustraire à la définition et à la qualification, lesquelles conditionnent le déploiement des règles applicables et le contour des pouvoirs. Prenons un exemple. Au Canada, comme à Malte ou en Inde, l'autorité de régulation a pour titre « *gaming authority* », tandis que plus souvent les autorités ont pour titre « *gambling authority* ».

Foin des titres, direz-vous... Mais les contours de l'activité de « gaming » sont bien plus vastes que ceux de « gambling ». Ainsi les premières autorités pourront se saisir de questions touchant des jeux, par exemple vidéo, par exemple gratuits, plus aisément que les secondes, puisque le pari n'est plus son centre, voire ne serait plus son objet.

Car enfin, quoi de plus innocent et de plus commun que le jeu ? Lorsqu'on regarde d'un œil moins innocent toute cette réglementation qui tout à la fois semble ne faire qu'interdire et n'avoir pour effet que de construire des voies pour apporter une partie de la manne d'une activité très prospère à l'État, vient un doute sur la spécificité de la régulation des jeux et certains de soutenir que le destin de la régulation des jeux serait de disparaître... On l'a dit pour tant de régulations sectorielles... Reprenons-en l'augure une nouvelle fois.

### § 1. Demain : maintien de spécificité de la régulation ou destin de banalisation ?

Le secteur des jeux est régi par le principe de régulation et non pas par le principe de concurrence.

#### A. La régulation, principe du secteur des « jeux »

Cette position de principe ne va pas de soi, dans un monde ouvert où la concurrence est le principe, qui admet quelques atteintes justifiées. Pourtant ici la concurrence comme principe est exclue, n'étant admise que par exception. Mais la libre concurrence est souvent présentée comme une sorte d'épouvantail, alors qu'il convient de la reconnaître comme un principe adjacent. Cette articulation dans le secteur des jeux de la régulation comme principe et de la concurrence comme adjacent va déclencher maintenant et à l'avenir une contrainte ou une liberté pour les acteurs. Encore faut-il que l'on ait défini ce qu'est un « jeu », ce qui est le plus souvent l'œuvre des juges et non de la réglementation.

#### 1. L'exclusion de la concurrence comme principe, au bénéfice de la Régulation comme principe du secteur des jeux

Le droit de la régulation (*Regulatory Law* en anglais, *Regulation* renvoyant à la forme matérielle du texte réglementaire, du règlement communautaire,

etc.) s'articule avec le droit de la concurrence. En premier lieu, dans les secteurs naguère monopolistiques pour des raisons historiques qui ne se justifient plus, le principe est celui de la concurrence, une Régulation de nature provisoire étant organisée pour que le choc ne soit pas trop brutal et que l'ouverture à la concurrence soit effective.

Dans les secteurs définitivement régulés, en deuxième lieu, il peut s'agir de mettre en balance le principe de concurrence et un autre principe, comme dans les télécommunications, les transports, les colis, etc. Dans d'autres secteurs définitivement régulés, en troisième lieu, la balance peut n'être plus égale, la Régulation étant le principe et la concurrence devenant un « bénéfice adjacent ». C'est le cas du secteur énergétique, du secteur bancaire, du secteur financier, du secteur de la santé, tous ces secteurs étant régis par le principe de régulation alors même qu'ils sont les secteurs sous-jacents requis pour l'établissement et le développement d'un libre marché concurrentiel.

Le secteur des jeux est analogue au secteur énergétique et bancaire, en ce qu'il présente les mêmes risques. Il se rapproche plus encore du secteur financier, que l'on rapproche si souvent du mécanisme de « casino ».

## 2. La concurrence, principe adjacent du secteur des jeux

La place du droit de la concurrence a été posée par la jurisprudence de la Cour de justice. Cette place n'est pas première, comme l'a affirmé la Cour dans son arrêt *Santa Casa* et l'implique l'esprit dans lequel doivent se développer les textes nationaux. La concurrence n'est pas pourtant l'épouvantail parfois brandi comme étant l'avant-garde de la destruction du secteur. Cela serait d'autant plus dommageable de présenter ainsi l'activité concurrentielle que la régulation a remplacé le monopole pour mieux accompagner cette part de concurrence qui anime le secteur.

La loi de 2010 qui continue de régir en France le secteur a eu pour *ratio legis* le fait concurrentiel. Or, celui-ci a trouvé une nouvelle puissance. Si les jeux constituent une activité qui s'est développée d'une façon exponentielle, justifiant la constitution d'une autorité *ad hoc* pour les jeux *en ligne*, le numérique entraînant pour la première fois une fracture institutionnelle, cela tient non seulement au numérique mais plus encore désormais aux plateformes. Or, la régulation des plateformes est si difficile qu'on en vient à s'en remettre à la « loyauté des algorithmes ». L'on peut penser que les jeux se développant sur des plateformes, la nouvelle jurisprudence sur la responsabilité des acteurs numériques, qui entretient soigneusement le mythe de la neutralité, utilisant le droit commun de la responsabilité pour mettre de l'ordre, notamment l'arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media*, de la Cour de justice dont la portée peut arriver jusqu'au secteur des jeux, tandis que les autorités de concurrence pallient l'absence de régulation en intégrant cette dimension, notamment par la théorie des facilités

essentielles qu'elles appliquent à ces opérateurs. Il est d'autant plus important de ne pas réduire la Régulation à la réglementation.

### 3. *L'interprétation des textes au regard de l'articulation entre le principe central issu de la Régulation et le principe adjacent issu de la Concurrence*

Les réglementations ne visent pas toutes les situations et plus elles sont bavardes plus elles sont truffées de silences car le bruit normatif multiplie les « trous réglementaires » (*loopholes*), qui apparaissent comme autant d'opportunités pour les personnes, celles qui veulent offrir un jeu, celles qui veulent jouer.

Si un texte n'a pas prévu *ex ante* un cas particulier qui doit recevoir une solution, situation si fréquente, ce silence vaut-il liberté ou interdiction d'agir pour celui dont la situation est examinée ?

Si le principe était la concurrence, même comme but ou idéal, alors tout le système de régulation, si contraignant soit-il et malgré l'ampleur des pouvoirs du régulateur spécialisé, notamment des pouvoirs répressifs ou d'injonctions, le silence devant être interprété au regard du principe, il conviendrait de le faire au regard du principe de concurrence. Ainsi le silence du texte vaudrait blanc-seing pour tout opérateur de faire ce qu'il veut puisque le silence signifierait implicitement mais nécessairement qu'il faut revenir à l'hypothèse de liberté concurrentielle, dès l'instant où nous ne serions pas dans les hypothèses exceptionnellement régulées.

Mais justement les jeux sont par principe régulés. Ainsi, parce que la Régulation est de principe dans ce secteur des jeux, alors dès l'instant qu'il y a un jeu, il faut que les institutions en charge de concrétiser les finalités justifiant la mise en place de l'appareillage régulateur interviennent, parce que la Régulation est de principe. Ainsi, si le cas qu'elles doivent connaître n'est pas précisément visé, s'il y a silence, si le texte applicable est confus ou ambigu, le Régulateur n'en est pas moins compétent pour intervenir (conséquence processuelle de sa compétence) et doit agir pour concrétiser les finalités dont il a la garde.

Ainsi, tout jeu est régulé par principe, même si la réglementation technique n'a pas visé précisément la situation de fait qui se présente, afin que les finalités premières de régulation pour lesquelles le principe de régulation a été mis en place se concrétisent, tandis qu'une prestation de service qui n'est pas un jeu est laissée au principe premier de la concurrence.

#### 4. La nécessité absolue de définition de ce qu'est un « jeu »

Cela montre qu'il faut définir ce qu'est un jeu.

Il apparaît en effet que le jeu est une prestation de service en principe premier régulée tandis que toute prestation de service qui n'est pas un jeu est laissée au principe premier de la concurrence.

Or, qu'est-ce qu'un jeu en droit ? L'on peut certes poser qu'on ne s'intéresse qu'aux jeux « d'argent et de hasard » mais c'est tailler ses habits au regard de ce qui correspond à ce qu'on imaginerait être le plus dangereux et le plus immoral. En effet, c'est bien le jugement moral qui ressort sous une telle définition, donnant ces jeux-là à la régulation comme on donne une activité en pâture au principe premier de l'interdiction. Ce qui serait une faute appelant un principe d'interdiction renvoie une sorte d'exclamation : « Le jeu, c'est mal ! ».

Le jeu, cela serait mal parce que lorsqu'on joue, on ne travaille pas, mais également parce qu'on se fie au hasard, ce qui contrarie l'idée que gagner de l'argent en travaillant c'est bien, gagner de l'argent en tirant les « fruits » de son patrimoine, c'est bien, mais compter sur les dieux ou le sens du vent ou son ange gardien et son chiffre porte-bonheur, cela serait mal. Comme la religion continue d'imprégner notre Droit... L'argent reçu serait comme « mal gagné » et tandis que l'addiction au sport ou au travail est pourtant cliniquement de même nature que l'addiction au jeu, seule celle-ci devrait être combattue... Il est remarquable que dans de nombreux pays, l'Autorité sectorielle a en charge en même temps les jeux d'argent et de hasard mais aussi l'alcool. Tout cela ne serait donc qu'affaire de vertu, de religion et de mœurs.

Le jeu est encore fondamentalement désapprouvé parce qu'il serait sali de la marque de l'argent. L'argent facile pour les uns et les autres, ceux qui proposent et ceux qui consomment. Pour se racheter, l'État vient et prélève si largement que le péché collectif en serait effacé. Comme il est remarquable que la direction du Budget soit considérée comme le Régulateur des jeux, celui qui en prenant l'argent et en concevant l'équilibre des finances publiques en laverait la tache originelle.

Si c'est cela, et on le dit si souvent, alors c'est effectivement le terme « gambling » et non pas « gaming » qui convient. Mais tout cela n'est-il pas arbitraire ?

La jurisprudence a dû ciseler la frontière entre les jeux de hasard et les jeux de calcul, puisque les compétitions d'échec, si valorisées, et autres go, sont à l'autre bout du spectre, mais il n'est pas si aisé de distinguer concrètement les deux, et sans doute martingale et calcul ne sont pas exclusifs l'un de l'autre.

Mais prenons deux enjeux de qualification plus difficiles et qui vont se poser demain.

*Qu'en est-il des jeux gratuits ?* Nous savons aujourd'hui la puissance du gratuit sur la construction des marchés et l'illusion dans laquelle les entreprises tentent d'entretenir les autorités et les juristes dans l'idée que la gratuité est la marque de l'inoffensif. L'apparente gratuité permet à des opérateurs de s'approprier par exemple des données, de provoquer des addictions, d'obtenir des informations sensibles. Ces comportements sont pertinents pour les finalités en considération desquelles la Régulation des jeux est mise en place. Dès lors, pourquoi restreindre les mécanismes de régulation aux seuls jeux d'argent ?

*Qu'en est-il des jeux sérieux ?* Les *Serious Games* sont non seulement exclus de la Régulation mais ils sont – à juste titre – loués et encouragés. En effet, grâce à eux l'oisiveté qui serait la mère de tous les vices est combattue et c'est l'école qui renaît. Ainsi, un tel jeu, parce qu'il est sérieux, parce qu'on cesse de rire, parce qu'on ne boit plus d'alcool, qui serait l'autre mère de tous les vices, en apprenant grâce au jeu, non seulement cesse d'être frappé par l'interdiction de principe mais encore reçoit le soutien de politiques publiques.

Heureusement. Car le monde est devenu numérique. Les nouveaux jeux d'argent – qui sont régulés – prennent de plus en plus la forme de jeux vidéo dans lesquels le « gamer » prend une part active. Et les jeux vidéo sont payants, tandis que les *Serious Games* représentent un marché mondial en pleine expansion. Pourquoi sommes-nous si certains que nous ne sommes plus dans le secteur régulé ? Parce que nous y avons le statut de « l'apprenant », parce que l'oxymore du *Serious Game* nous apprend qu'on ne s'y amuse plus, que le travail a remplacé le principe de plaisir. Le droit l'admet alors, puisqu'il n'y a plus de plaisir... Devons-nous en rester à une vision si archaïque ?

Ne devons-nous pas reprendre la question simple, et donc difficile, de déterminer ce qu'est un jeu et se demander pourquoi le jeu ne serait pas une prestation de service ordinaire, puisqu'il est si amusant de jouer, que les nouveaux jeux sont si beaux et qu'ils sont devenus accessibles à tous et à chacun grâce au numérique ?

En effet, le jeu doit demeurer une activité de service par principe régulée, non pas parce que cela serait mal de s'amuser – car cela ne l'est pas – mais parce que c'est une activité où convergent de nombreux risques, individuels et systémiques, les Régulations définitives se construisant souvent sur l'existence de risques à détecter, à prévenir et à gérer.

## B. Le risque, objet central et définitif de la régulation des jeux

Le droit de la Régulation se construit désormais le plus souvent sur le risque, s'articulant alors avec la supervision des opérateurs, notamment lorsqu'il s'agit d'opérateurs cruciaux, voire s'internalisant sous la forme de la Compliance.

Le risque est ce sur quoi se concentre la Régulation du secteur des jeux, ce qui justifie la centralisation institutionnelle. Cela ne suppose pas l'unicité des risques. Il existe en effet des risques exogènes que la régulation des jeux prend en charge par un mécanisme d'interrégulation, à distinguer des risques endogènes propres au secteur.

### *1. Le risque, justification d'une unicité ou articulation institutionnelle*

Le droit de la régulation est un droit téléologique, c'est-à-dire qu'il est constitué d'un ensemble à première vue disparate de règles générales et abstraites, de règles particulières, de décisions administratives et juridictionnelles et d'institutions diverses qui ne trouvent leur sens unifié qu'au regard d'une finalité, laquelle est le véritable objet de cette branche du droit.

Dans son étude sur la régulation des jeux d'argent et de hasard, la Cour des comptes a souligné les conséquences préjudiciables de l'éclatement institutionnel actuel de la régulation des jeux, entre le ministère des Finances, de l'Agriculture, de l'Économie, de l'Intérieur, de la Justice, etc. Des solutions sont proposées, par une sorte de coup de poing sur la table d'unification en mettant en place une autorité de régulation unique, chacun se proposant alors pour être le nouveau maître.

Mais un régulateur dans sa place, son organisation et ses pouvoirs n'est que le reflet de la finalité pour la concrétisation de laquelle il est institué. Si on pose clairement que la finalité de la régulation des jeux n'est pas la concurrence, que celle-ci ne constitue qu'un principe adjacent et qu'il n'existe pas plusieurs finalités, mais que la finalité est la prévention et la gestion des risques, alors il est non seulement souhaitable (parce que la dispersion est inefficace) qu'il y ait un seul régulateur, mais encore cela devient possible (parce que la finalité est unifiée). Nous en sommes encore loin.

Si l'on exprime comme finalité unique la lutte contre les risques, il convient de viser ceux-ci, aussi bien exogènes qu'endogènes au secteur des jeux.

### *2. Le risque exogène, objet de la régulation du secteur des jeux*

La régulation se détache de plus en plus de la notion de secteur. Par exemple pour se rapprocher de la notion de filière. Ainsi lorsque certains prétendent que la régulation des jeux sur les paris équestres en ce qu'elle se rattache à la « filière équestre » est d'un « autre temps » parce que se dégage d'elle comme un parfum proustien et que le ministère compétent est non pas celui de

l'Économie mais le ministère de l'Agriculture, c'est une erreur d'analyse. En effet, c'est oublier que toute la théorie de la régulation s'appuie sur les notions de « réseau » – ici les réseaux des champs de course – et de « chaîne de valeur », ici la chaîne de valeur entre les élevages, les sélections jusqu'à l'instant des courses et des paris, c'est-à-dire l'idée même de filière. La régulation de la forêt, ou celle de la santé, pour laquelle la traçabilité des produits est centrale, sont également construites sur cette notion de filière. La régulation financière fait désormais place à la notion de traçabilité des produits financiers, qui passent de secteur en secteur, par des filières. La « filière » est en train de remplacer le « secteur » : rien de plus moderne que les chapeaux des personnes qui regardent les chevaux courir.

Cette notion de « filière » est donc d'une grande actualité, et ce d'autant que la régulation a des finalités positives, à savoir la valorisation des filières que l'on dira bienfaitrices – comme la filière équestre –, et des finalités négatives, à savoir la lutte contre des filières que l'on dira malfaisantes.

Or, qui ne sait que le blanchiment d'argent est une activité malfaisante, qui se déploie dans des filières ? Qui ne sait que cette activité n'est elle-même que l'indice d'autres activités mondiales malfaisantes, comme le trafic de drogue, la vente d'êtres humains, le terrorisme international, la vente illégale d'armes, etc., qui sont organisées en filières ?

C'est donc bien en termes de filière qu'il convient de penser la régulation, ce qui montre la distance entre la Régulation et la concurrence, puisque la filière est bien une entente lorsqu'elle est bienfaitrice, et une « bande organisée » lorsqu'elle est malfaisante.

Le secteur des jeux est ici concerné non pas en tant que tel, mais à deux titres. Tout d'abord parce que le secteur des jeux est propice à l'implantation des filières de blanchiment d'argent. Ensuite, parce que le secteur des jeux permet d'avoir des informations sur des personnes ou des organisations qui sont elles-mêmes actrices dans des activités malfaisantes (précitées), alors que l'activité de jeux ne l'est pas en elle-même. C'est pourquoi les opérateurs eux-mêmes sont en première ligne en matière de Compliance, agents actifs de la lutte contre les activités malfaisantes sous-jacentes.

En effet, la régulation des jeux ne vise pas seulement le jeu lui-même – qui n'est pas malfaisant, qui n'est pas « malsain » en soi –, mais des activités qui s'y glissent, comme le blanchiment d'argent, qui n'est lui-même poursuivi que pour atteindre son propre sous-jacent criminel.

Le premier type de risque que la régulation des jeux a pour finalité de contrer est à la fois exogène, systémique et financier. Cela justifie par exemple que soient simultanément compétentes l'ARJEL et l'AMF à propos de ce secteur, puisqu'il s'agit d'un risque financier criminel qui prend forme, et non pas source, dans certains jeux. Le fait que dessaisir certaines

institutions *ad hoc*, voire d'en détruire, ne pourrait avoir pour conséquence de rendre illégitimes par exemple Tracfin ou le Ministère public ou l'ACPR et l'ensemble des institutions qui sont compétentes pour contrer le risque financier systémique et criminel.

La solution n'est donc pas dans l'unicité, car la simplicité n'est pas un but en soi, il faut autant de complexité que cela est requis par les buts – pas plus mais pas moins, mais dans l'interrégulation. Et ce d'autant plus que les jeux se développeront de plus en plus dans l'espace virtuel, Internet appelant le mécanisme non pas de l'unicité de régulation mais de l'interrégulation.

### 3. *Le risque endogène, objet de la régulation du secteur des jeux*

La régulation des secteurs se justifie aussi par des risques qui lui sont propres. Par ses risques endogènes, on peut en distinguer deux spécifiques, l'addiction au jeu et ce que l'on pourrait appeler les « maux qui suivent le jeu », dont les matchs truqués sont un exemple.

#### a. *Le risque de l'addiction*

Il ne s'agit plus d'un risque exogène et systémique. Il s'agit d'un « vice » propre et individuel. L'idée est donc que le jeu pris comme un secteur économique et financier mais également comme une activité personnelle est inoffensif. Mais à partir du basculement dans l'addiction, il devient dangereux pour la personne, qu'il convient de protéger contre elle-même, son consentement n'étant plus l'expression de sa libre volonté.

Cela explique la jurisprudence très logique qui déclare efficaces les simples facilités de caisse données à un joueur de casino pour une seule soirée et admet l'action en paiement intentée par un casino contre un joueur ayant réglé sa dette par un chèque sans provision, tandis qu'elle exclut l'action si la dette correspondait à des « avances » pour alimenter un « besoin de jeu », c'est-à-dire une addiction. En effet, malgré la généralité de l'article 1965 du Code civil qui exclut toute action en paiement pour dette de jeu, celle-ci n'est retirée par la « loi » (c'est-à-dire le Droit) que s'il y a addiction, tandis que l'action demeure si nous sommes dans une situation de jeu « inoffensif » pour la personne.

Ce risque est très souvent avancé pour justifier la régulation, sous sa forme répressive (interdiction, contrôle, surveillance, fichier, etc.). Mais si l'on se reporte aux travaux de l'économie comportementale, l'on observe que l'envie qui anime le consommateur de la prestation de jeu est soit le désir de « devenir riche », soit – parce qu'il y a de la magie dans le jeu – le rêve d'une fortune venant de nulle part.

Pourquoi l'individu ne pourrait-il se nuire, si vibrer dans le risque du jeu, ce qui est le plaisir même, lui cause du plaisir ? Pourquoi cette drogue-là

est-elle illicite, alors que le corps n'en est pas détruit ? L'idée est sans doute que l'on ne protège la personne contre elle-même que si elle est une sorte d'enfant, qui ne mesure pas qu'il se perd dans une course à l'argent pour alimenter son plaisir, le Droit faisant un lien entre le jeu et la prodigalité.

Mais lorsque la personne est majeure, elle dispose de la liberté de se ruiner. Elle peut spéculer en bourse sans limites. Il n'y a pas d'obligation de « dépense décente », ni dans ses objets ni dans ses montants. Pourquoi dès lors interdire le jeu ? et mettre en liste de parias les joueurs, en demandant aux « opérateurs cruciaux » que sont les casinos d'assurer l'effectivité de leur exclusion ?

Parce qu'il ne s'agit pas tant de protéger le joueur – sauf s'il est mineur – mais son entourage, comme le montre le droit civil qui en matière de prodigalité se soucie avant tout des autres qui deviennent démunis, voire débiteurs, alors qu'ils n'ont pas voulu, ni goûté, le plaisir du jeu. C'est pourquoi la dette de jeu est depuis toujours non exécutoire, bloquant ainsi tout mécanisme juridique de solidarité. La règle est souvent citée comme expression de la morale dans les règles juridiques, mais elle n'est morale qu'en tant qu'elle frappe le créancier et non pas le débiteur et ses proches, exprimant ainsi un ordre public de protection.

#### *b. Les « maux qui suivent »*

La « perversion » peut aussi s'entendre des « effets pervers ».

En effet, les jeux portent sur une activité humaine ou animale. Ils ne sont pas sans effet sur celle-ci. Ils peuvent la « pervertir ».

Prenons deux exemples.

*Les jeux sportifs sont souvent viciés par la tricherie.* Ils sont faits pour s'amuser, pour le plaisir de jouer, de se rencontrer, de gagner, pour le sport, etc. Agréments partagés par ceux qui jouent et par ceux qui regardent. L'effet des jeux est de déverser de l'argent d'une façon considérable, ce qui produit un effet pervers lui aussi considérable : la tricherie, non plus pour gagner le jeu sous-jacent, le match, mais pour truquer le jeu sur le jeu (le pari, par exemple), car « jeu sur jeu vaut ».

S'il n'y avait pas une sorte d'industrie des paris truqués, il n'y aurait pas – ou moins – de compétitions sportives truquées. C'est pourquoi les autorités publiques de régulation des jeux se soucient de cette perversion des compétitions truquées, moyen premier des paris truqués. L'on mesure là encore que cela suppose une licéité du jeu, puisqu'on lutte contre le truchage de son objet – le pari étant ici un jeu sur le jeu –, afin de restaurer une sorte de pureté du pari et du jeu, par exemple du sport.

L'on retrouve ici un exemple d'interrégulation. En effet, l'on demande à un régulateur des jeux de hasard d'avoir souci d'un jeu qui n'est pas de

hasard (compétition sportive) de se soucier d'une faille de comportement dans celui-ci, reflet de l'interrégulation. On le fait en raison de liens de causalité entre l'accroissement de la tricherie dans les compétitions sportives et l'accroissement de l'argent engendré par les paris qui s'y superposent et du constat de la défaillance de la régulation endogène dans le secteur des sports, la régulation des jeux venant alors en soutènement. Plus encore, on internalise dans les opérateurs de jeu eux-mêmes, par un mécanisme de Compliance, ce souci d'intégrité de la compétition sous-jacente.

Une autre catégorie de jeux doit être considérée, que ces jeux soient sous-jacents ou eux-mêmes de hasard : on pourrait les appeler les « jeux ignobles ». Cet adjectif est difficile à manier car la connotation morale est forte et la jurisprudence a toujours admis la part de violence que comprend le jeu, les blessures faites au cours d'un jeu pouvant être justifiées par celui-ci.

Mais la jurisprudence a interdit les combats de coqs, qui n'existaient qu'en raison des paris faits sur eux, et c'est avec une certaine difficulté que le Conseil constitutionnel a sauvé en 2012 le caractère constitutionnellement admissible de la corrida. Pour l'instant. Il est vrai que la boxe, qui engendre pourtant des dommages corporels très importants, est qualifiée de « noble art », mais Barthes a montré que cette « mythologie » a son pendant de marché, le catch. Faut-il considérer que les régulateurs des jeux, au titre de leur pouvoir de régulation, que les entreprises cruciales, au titre de leur obligation de Compliance, doivent demeurer indifférentes, dès l'instant que les joueurs qui sont souvent assimilables à des acteurs consentent à subir des souffrances ou des avilissements ?

Cela renvoie à la question essentielle de savoir si l'on doit laisser le monde être régi par le seul « consentement ». En droit, le consentement est l'expression et le gage de la volonté libre d'une personne. Il ne peut donc être scindé de cette volonté, elle-même indissociable de la liberté qui institue l'être humain en personne. Le marché dans une conception nouvelle rompant avec sa conception libérale a brisé ce lien entre volonté et consentement, se contentant des consentements des personnes concernées, sans plus exiger une source de leur volonté libre. Ainsi, une personne aliénée peut consentir sans vouloir. La théorie économique classique exigeait un lien entre échange acceptable et libre volonté des personnes ; la théorie actuelle dominante n'exige plus qu'un lien entre échange économique acceptable et consentement.

Par ailleurs, le consentement, en même temps qu'il prendrait son autonomie par rapport à la volonté, la personne cessant donc d'être protégée, deviendrait le seul critère à prendre en considération : le « consentement » serait la seule loi universelle, à laquelle la « réglementation » (nouvelle appellation du Droit, réduit à sa puissance instrumentale) aurait pour seule fonction de donner forme.

Si le monde venait à se réduire à être gouverné par ce qui serait la « loi du consentement », alors il faudrait mais il suffirait que les parties prenantes « consentent », sans que les régulateurs n'aient rien à y redire. Mais parce que le consentement est fondamentalement distinct de la volonté, que la régulation est l'expression du libéralisme classique, l'on doit estimer qu'une telle loi du monde n'est pas l'avenir, pas plus du secteur du jeu que d'autres, les êtres humains ne pouvant être réduits à de la matière première, même si cela est amusant, même s'ils y consentent, parce que le temps du seul pain et du seul cirque n'est pas encore venu.

L'avenir de la Régulation des jeux tient donc en grande partie dans la décision de laisser cette activité à la seule « loi du consentement », plus ou moins encadrée mais dont le principe universel serait acté, ou bien dans la décision de préserver par principe la personne. Cela conduit à réfléchir d'une façon plus approfondie sur deux dimensions fortement présentes dans le secteur des jeux : la dimension financière et la dimension politique.

## **§ 2. Demain : dimension financière et/ou dimension politique dans la régulation des jeux**

Le jeu est une activité des plus ordinaires, des plus quotidiennes, des plus répandues et des plus quelconques. Il est dit que le rire est le propre de l'être humain, tandis que seule la flore et le minéral ne jouent pas. Il est donc étrange de présenter comme si particulier, exceptionnel et dangereux ce qui est au contraire si commun.

Plus encore on observe que, sans doute sous l'effet du numérique, beaucoup ont tendance à jouer leur vie, les médias ludiques étant toute leur vie, *Matrix* ayant été prémonitoire de cela. Dès lors, la vraie vie aurait-elle pour devise « Hamburgers and games » ? Si l'on ne veut pas que cette devise devienne la norme, la régulation visant alors à la contrer, il en résulte des tensions institutionnelles.

### **A. La vraie vie sera-t-elle « des hamburgers et des jeux » ?**

Sauf pour les drogués du jeu, le jeu est une activité banale, de faible portée dans laquelle l'individu s'investit peu. Ce n'est pas pour autant qu'elle n'exprime pas la culture même d'un pays, sceau culturel que le numérique peut remettre en cause. Cette dimension culturelle met en valeur la personnalité du consommateur de cette prestation de jeu, qui ne peut être abandonnée à elle-même, requérant notamment une éducation, ce qui renvoie au Politique.

### *1. Le jeu, une activité ordinaire et quotidienne de chacun marquée par la culture*

De nombreux travaux de sociologie ou de sciences politiques ont montré qu'il existe des sociétés de jeu, comme les États-Unis ou les pays asiatiques, où l'on parie sur tout. La dimension culturelle du jeu est soulignée. Sa dimension collective lui fait contribuer au lien social.

Mais le numérique semble transformer l'économie du secteur : il métamorphose tout un chacun en joueur de poker, construisant ainsi son marché par l'offre et non pas par la demande. Les bitcoins viennent de là. Des plateformes unifient les prestations, globalisent l'offre et aplatissent la dimension culturelle précédente. Allons-nous vers un monde gouverné par des jetons ?

Si le consommateur de la prestation de jeu, y accédant de plus en plus d'une façon principale et solitaire par le numérique, le fait sur un mode isolé (et non plus familial, notamment), il ne reçoit plus aucune éducation préalable, notamment l'éducation implicite de modération, liée à une culture du caractère accessoire du jeu.

### *2. Le jeu, une activité personnelle relevant transitivement du Politique*

C'est donc au Politique de procéder à l'éducation de la personne, puisqu'elle doit s'autolimiter dans sa tendance naturelle consistant à aller vers cette activité de plaisir. La « Politique des jeux », que la Cour des comptes appelle de ses vœux, peut prendre la forme de politiques publiques mais aussi être le propre des autorités de régulation elles-mêmes.

En effet, notamment sous l'impulsion des travaux de Cass Sunstein, l'idée est que les régulateurs ont pour mission non plus tant d'intervenir directement sur des objets qui sont de plus en plus hors de leur portée, en raison de la rapidité d'innovation et de la virtualité des produits, mais de faire en sorte que les personnes soient éduquées pour réagir contre les dangers. Cette vertu éducative, que Carbonnier voulait imputer au Droit lui-même, devient essentielle en finance et constitue la nouvelle marque du Régalien.

Cette dimension politique est d'autant plus requise que l'offre dans un espace virtuel construit un marché qui aiguise un désir de jeu sans limites. Mais cela ne peut qu'engendrer des tensions.

### **B. Les tensions institutionnelles résultant de la dimension financière et/ou politique de la régulation des jeux**

Cette dimension politique affirmée engendre nécessairement des tensions non seulement entre les régulateurs et les pouvoirs publics, mais encore entre la Commission européenne et les États membres.

### *1. Les tensions entre les régulateurs et les pouvoirs publics*

Même si les régulateurs se disputent entre eux pour être « le » régulateur des jeux, ils semblent ne pas douter qu'ils sont légitimes et compétents pour « réguler » le secteur, puisqu'ils ont titre d'être « régulateurs », cette compétence relevant donc du truisme, voire du pléonasme.

Pourtant chacun semble persuadé que la finalité qu'il poursuit plus spécifiquement est à la fois unique et évidente ; ainsi la direction du budget affirme que la constitution d'argent disponible pour une redistribution est la finalité unique – de nature fiscale – du système, tandis que le souci de santé est soutenu par d'autres comme étant tout autant l'unique finalité devant être servie.

On en vient à se demander si l'État, dans sa conception classique d'être supérieur opérant des décisions entre des finalités diverses et contradictoires (ce qui est la définition même du choix politique), à travers notamment des instruments de concentration comme le Conseil des ministres, n'est pas ce qui conviendrait, et non pas ces démembrements techniques que sont les régulateurs rattachés à une finalité par rapport à laquelle ils sont neutres.

Il est en effet difficile de réclamer une « politique des jeux », comme le fait la Cour des comptes, sans admettre que l'État en tant qu'être politique ne prétende apparaître à côté des régulateurs, voire au-dessus de ceux-ci, si l'on veut bien admettre que les choix pour le futur du groupe social (choix politiques) sont supérieurs aux choix techniques.

### *2. Les tensions en Europe entre la Commission européenne et les États membres*

Ces tensions sont encore plus fortes. Elles sont logiques. En effet, dans sa Communication de 2012, la Commission européenne exprime la volonté de « régir » le jeu d'une façon unifiée dans l'espace de l'Union européenne et vise une finalité qui n'est pas l'expansion de cette activité économique de prestation mais la protection d'un consommateur exposé.

Mais l'on revient ici encore et toujours à la définition de ce qu'est « jouer » et l'on peut mesurer ici plus précisément les conséquences techniques d'une telle définition.

En effet, si l'on considère que « jouer », ce n'est que prendre du plaisir à l'occasion d'une prestation de service comme une autre, le droit devant donc envisager la personne dans son acte de consommation, la perspective pertinente est bien celle de droit de la concurrence, la personne étant ainsi réduite à son acte de consommation. L'espace juridique est alors bien celui de l'Union européenne et la compétence implicite est celle de la Commission européenne.

Mais si l'on considère que par le jeu, la personne se livre plus entièrement, qu'il ne s'agit pas d'une activité interchangeable mais bien d'une activité surveillée par le Régalien, où l'ordre public est toujours présent parce que la personne faible est toujours en danger, le jeu n'étant pas à distribuer d'une façon binaire entre « ordinaire » et « pathologique » mais bien une activité ordinairement non marchande engendrant tant d'argent que l'État doit surveiller une activité si paradoxale, alors par nature la protection de la personne relève du droit public entraînant la compétence implicite des seuls États membres. La Cour de justice l'a analysé ainsi dans sa jurisprudence de principe *Santa Casa*.

Car on en revient toujours au même point simple : qu'est-ce que jouer ? De la réponse à cette question dépendra la Régulation de demain, laissée à la « loi du désir » ou non.

### § 3. Demain : le jeu régi par la seule « loi du désir » ou bien par moins ou plus que la « loi du désir »

Après avoir explicité en préalable ce qu'est cette « loi du désir », qui se prétend universelle et qu'exprimerait aujourd'hui le mécanisme du marché, il convient d'envisager l'avenir de la Régulation des jeux, soit comme étant « moins » que cette sorte de Loi, soit d'une façon plus dynamique et moins faussement vertueuse comme étant « plus » que cette simple « Loi du désir », qui réduit l'être humain.

*Préalable : la loi universelle du désir, servi par le mécanisme du marché.*

L'on prétend aujourd'hui que le marché serait comme « naturel », que le Droit viendrait après, par exemple pour lui apporter de la sécurité. Ce qui ferait le marché, cela ne serait pas le Droit, qui ne serait pas un préalable nécessaire pour l'instituer, cela serait la rencontre des offres et des demandes mises en masse dans un équilibre, le Droit étant un instrument que l'on pourrait dire de second rang.

Dès lors, c'est le désir de consommer des choses (demande) et le désir d'avoir des choses en échange de la consommation permise (offre), c'est-à-dire cette énergie inépuisable des désirs, cette force naturelle qui se déploie dans un espace, qui serait premier. La loi des désirs, c'est la satisfaction des désirs. Le marché vient encadrer cette satisfaction (il vaut mieux un marché qu'un trafic, etc.). La Régulation ne serait là que pour pallier un marché défaillant.

L'on pourrait certes poser que la loi des désirs, que le droit de la concurrence se contente de « garder », libérant les forces, les énergies, notamment dans une perspective d'innovation, est l'avenir de ce secteur porté par une technologie dont l'objet est souvent de multiplier les nouveaux objets de désirs, de créer de nouveaux désirs (construction du marché par l'offre).

L'absence de barrière serait une condition d'un avenir déployé vers la construction de nouveaux désirs, dans la perspective de satisfaction virtuelle, à laquelle les monnaies virtuelles prennent part.

Mais si l'ordre public vient exprimer ce qu'est le Droit, c'est-à-dire un préalable au marché et non pas simplement en Ex Post ce qui viendrait limiter ce qui serait des « dérives », un ordre public de principe dans le secteur des jeux qui pose des principes, alors l'avenir de la régulation pourrait s'exprimer d'une façon négative, retranchant dans le désir de goûter au plaisir du jeu.

### **A. L'avenir de la régulation des jeux : moins que la « loi du désir »**

La Régulation des jeux prendrait alors un visage sévère, celui du principe premier de l'interdiction de jouer ! Tu ne joueras point, dit le Droit ! C'est donc avoir toute une contrainte qui s'abattra sur le désir de s'amuser et de rêver, qui habite pourtant tout un chacun. Il est donc peut-être plus pertinent de chercher à transformer le désir des offreurs.

#### *1. La Régulation comme contrainte exercée sur les désirs des joueurs*

Conçue de cette façon-là, la Régulation appuyée sur le principe premier de l'interdiction a du mal à trouver des alliés. Notamment chez les offreurs, car il y a tant d'argent à se faire dans ce secteur en pleine effervescence, où l'imagination et la créativité trouvent chaque jour de nouveaux exploits à remporter.

Comment plus encore restreindre l'appétit de jouer, qui est plus fort que le seul appétit de consommer, car de la même façon que le luxe est un rêve inséré dans un objet au point de constituer un marché autonome, le jeu est une espérance et une joie qui habitent les dés.

Certes, ce sont les parents qui ont vocation à éduquer l'enfant à ne pas se brûler à un tel feu de joie, mais il est dit que l'enfant-roi ne le supporte guère, étant lui-même désormais un agent économique autonome doté de moyens de paiement, encouragé à mentir par un clic sur son âge.

La Régulation tente parfois d'éliminer les instruments d'accroissement des désirs en interdisant la publicité. Quand on sait que les équipes de marketing sont associées dès l'origine de la conception des productions, les dépenses de *teasing*, visant à aiguiser le désir de consommation du jeu, étant une part considérable du produit, on peut avoir des doutes.

La régulation peut être plus efficace si elle se tourne vers les offreurs.

## *2. La Régulation comme transformation des désirs des offreurs*

Le marché correspond en effet à la « loi du désir » parce que les offreurs ne désireraient que le profit. Mais, maintenant que l'idée de service public est raillée, ou à tout le moins ne serait plus « soutenable », la notion assez proche d'« opérateur responsable » s'est installée.

Il est affirmé qu'il est efficace économiquement dans une stratégie financière à long terme d'être vertueux, dans un système mondialisé où la réputation est le premier et plus fragile actif. Qu'on le croie ou non, on observera que les opérateurs dits de « service public » désireront refréner leur désir de gagner de l'argent à tout prix parce qu'ils en ont les moyens, ce manque à gagner correspondant à cette charge de service public, parce qu'ils ont eux aussi un enjeu réputationnel, puisqu'en concurrence, parce qu'il ne faut pas exclure que le « sens du service public » puisse perdurer.

Mais alors, pourquoi ne pas aller plus loin ?

Pourquoi ne pas au contraire prendre appui sur le fait que le jeu est un plaisir, désiré par tout un chacun d'une façon ordinaire depuis la petite enfance, et profiter de cet élan naturel pour demander plus au jeu ?

La finalité de la Régulation des jeux ne pourrait-elle être celle-là demain : être non pas « moins » mais « plus » que « la loi du désir » ?

### **B. L'avenir de la régulation des jeux : plus que la « loi du désir »**

En Norvège, la Régulation des jeux est rattachée au ministère de la Culture. Si l'on allait dans cette direction, c'est-à-dire non pas considérer que les jeux sont un « mal nécessaire », une activité faite pour les demeurés et les vicieux, mais au contraire qu'il s'agit d'une activité économique où l'esprit d'invention est récompensé, où l'enfance perdure, alors pourraient s'y glisser des finalités que le marché ne poursuit pas naturellement, mais que la Régulation pourrait placer.

#### *1. L'avenir de la Régulation des jeux : l'éducation par le plaisir*

Les jeux sont si divers qu'il est étonnant de vouloir les unifier. S'il est vrai que le joueur est passif devant une « machine à sous » qui le mécanise, ne pouvant tirer de lui qu'à peine quelques soupirs, l'on observe que de plus en plus les jeux de hasards et d'argent prennent la forme de jeux vidéo dans lesquels le joueur prend une part active. Puisqu'un marché financier s'est créé dans les interstices des jeux vidéo afin que les récompenses de l'effort puissent plus aisément être achetées sans passer par l'épreuve de l'effort, pourquoi ne pas inciter à l'inverse, c'est-à-dire utiliser le jeu pour inciter à l'effort ?

En effet, un jeu d'argent peut n'être pas mécanique, peut n'être pas que d'affrontement. Un jeu apprend toujours quelque chose, comme le font les « jeux de société ». Ils apprennent la tactique, exercent la patience, obligent à mémoriser. L'économie collaborative, sur laquelle le Législateur estime qu'elle doit être encouragée, tient aussi dans cette habitude des jeux en réseaux, qui sont donc désormais une forme première d'apprentissage.

À qui demander de favoriser cet effet éducatif des jeux, y compris de paris, par exemple pour parier sur la bonne réponse dans des exercices d'apprentissage ? À qui, si ce n'est aux opérateurs eux-mêmes ?

## *2. L'avenir : des opérateurs cruciaux, responsables de faire en sorte que les jeux apportent plus de plaisir*

Les opérateurs peuvent se voir confier cette mission, que l'on disait naguère de « service public ». Ils le feront d'autant plus facilement qu'il s'agit d'opérateurs dotés de droits exclusifs et sous tutelle.

Mais d'une façon plus générale, le droit de la Régulation est en train d'évoluer vers le droit de la Compliance, les opérateurs puissants devant plus ou moins spontanément, donner à voir en transparence la façon dont ils s'organisent pour concrétiser des « buts monumentaux » que des autorités publiques ont été légitimes à fixer mais qu'ils sont eux bien placés pour atteindre.

Ce faisant et à cette condition, les opérateurs peuvent nouer une relation de confiance avec les régulateurs qui contrôlent par une supervision l'effectivité de la structure et du comportement de l'opérateur.

Le droit de la Compliance est déjà le bras armé de la Régulation financière mondiale, dont les opérateurs de jeux ne sont pas absents, notamment dans la lutte contre le blanchiment d'argent. La compliance qui est en train de s'établir dans le secteur des jeux permet de cesser de poser que le « vice » y serait premier, que l'interdiction en serait la règle, alors même que la Régulation en demeure le principe et non pas la concurrence.

Mais il faut que la finalité de la régulation des jeux cesse d'être seulement négative (pas d'addiction, pas de blanchiment, pas de criminels en bandes organisées, etc.) pour devenir également positive : développer les jeux comme une activité non seulement ordinaire mais encore éducative et partie prenante dans le lien social.

En *conclusion*, si l'on conçoit ainsi la régulation pour demain, c'est que l'on aura défini le jeu lui-même autrement, non pas négativement mais positivement, comme une activité de plaisir par laquelle il est possible de faire passer d'autre chose que la simple distraction. Dans cette Régulation qui ne serait plus seulement « réactive », consistant à lutter contre, mais « active », les opérateurs sont en première ligne.