

LES JEUX GRATUITS EN LIGNE

Richard ROUTIER

Maître de Conférences à l'Université de Toulon-Var

1.— La floraison des sites de jeux de hasard sur le réseau Internet, et le développement récent qu'ils connaissent en France ⁽¹⁾, bouleversent-ils le droit positif et plus singulièrement le droit des jeux ? Les médias ⁽²⁾ et la doctrine ⁽³⁾ commencent à s'intéresser à cette question, laquelle ne semble pas encore avoir interpellé le législateur ⁽⁴⁾, alors même que les jeux ont toujours inspiré la plus grande méfiance et justifié un certain encadrement ⁽⁵⁾.

2.— La jurisprudence entend par jeu de hasard, « les jeux dans lesquels la chance prédomine sur l'adresse et les combinaisons de l'intelligence ⁽⁶⁾. S'agissant de l'Internet, il s'agit surtout de jeux d'argent qui se déclinent en deux versions : les jeux payants ⁽⁷⁾ et les jeux gratuits ⁽⁸⁾. Les premiers ne modifient pas fondamentalement le mécanisme classique qui oblige le joueur à faire un enjeu préalablement à sa participation, si ce n'est que l'opération se déroulant à distance, sur un réseau, l'internaute doit déboursier cette somme par l'intermédiaire de sa carte de paiement. Les seconds reposent sur une idée simple : en permettant à l'internaute de jouer gratuitement à des jeux de hasard en ligne, on suscite une certaine fréquentation du site qui peut être valorisée en terme de revenus publicitaires. Cette

⁽¹⁾ En un an sont apparus : Luckyvillage.com, Bananalotto.fr, Koodpo.com, Milkado.com, Lotree.com, Eldorawin.com, Bingopoly.com, Goodluckcity.com, Emilio.com, Duoloto.com, auxquels il convient de rajouter les versions françaises de Luckysurf.fr.

⁽²⁾ S. Staub, M. d'Haultfoeuille, « Casinos sur Internet : un jeu à risques », *Les Échos*, 13 mars 2000; N. Lamoureux, « Le double jeu des cyberloteries », *Le point*, 13 février 2001, p. 30.

⁽³⁾ C. Pecnard, D. Delesalle, « Casinos et loteries sur internet, *Legicom* n°21-22, 149.

⁽⁴⁾ Un rapport du sénateur F. Trucy sur cette question serait toutefois en préparation (N. Lamoureux, *op. cit.* p. 31).

⁽⁵⁾ Cf. la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries (modifiée par les lois du 18 avril 1924, du 9 septembre 1986 et 21 janvier 1995) ; la loi du 23 juin 1989 (articles L. 121-36 à L. 121-41 du code de la consommation sur les loteries publicitaires) ; la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux (modifiée notamment par la loi du 24 mai 1951) ; La loi du 15 juin 1907 réglementant le jeu dans les cercles et casinos des stations balnéaires, thermales ou climatiques (modifiée par l'ordonnance du 7 janvier 1959, et les lois du 9 juin 1977, et 16 décembre 1992) ; la loi du 30 juin 1923 (articles 47 et 48 modifiés par les articles 82 et 94 de la loi du 30 décembre 1985) qui réprime la pratique sans autorisation des jeux de hasard dans les cercles constitués sous le régime de la loi du 1^{er} juillet 1901 ; La loi du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard (modifiée à plusieurs reprises pour interdire notamment le commerce, la détention et l'exploitation publique des appareils du type « machines à sous », et reprenant dans son article 1^{er} les incriminations de l'article 410 de l'ancien code pénal).

⁽⁶⁾ Crim., 24 juillet 1891, *DP* 1892, 1, 38.

⁽⁷⁾ Loto-quebec.com, vegas.com, casino.org, thepremiere.com pour ne citer que les plus connus.

⁽⁸⁾ Luckyvillage, Bananalotto, Koodpo, Milkado, Lotree, Eldorawin, Bingopoly, Goodluckcity, Emilio, Duoloto, Luckysurf, Tropplotto, Jackpot.com, FreeLotto, Webmillionnaire, Iwon.com.

double situation n'est pas neutre pour le juriste, car selon que le jeu relève de l'une ou l'autre catégorie, c'est un régime radicalement différent qui en découle.

3.— Le régime des jeux payants ne soulève pas de difficulté. Ils sont strictement soumis à la réglementation sur les jeux et paris ⁽⁹⁾, car le fait qu'ils se déroulent sur l'Internet ne change rien à leur situation juridique : les jeux sont virtuels mais les enjeux demeurent réels. On aurait même tendance à penser que si l'on devait envisager un droit différent pour les jeux payants en ligne, ce serait plutôt pour mettre à la charge des organisateurs des contraintes supplémentaires. Le droit des jeux a surtout pour souci la protection du joueur ; or en permettant de jouer de chez soi, sans possibilité de contrôler la loyauté du jeu, Internet a surtout tendance à augmenter les risques de ce dernier. L'internaute se livre évidemment à un jeu de hasard, mais il est permis de penser que l'environnement numérique qui reçoit ses enjeux est de nature à les rendre encore plus « hasardeux ». Quoi qu'il en soit, le législateur interdit — sauf rares exceptions ⁽¹⁰⁾ — la mise à disposition d'« appareils dont le fonctionnement repose sur le hasard et qui permet, éventuellement par l'apparition de signes, de procurer moyennant enjeu un avantage direct ou indirect de quelque nature que ce soit... » ⁽¹¹⁾, et il ne fait aucun doute qu'un ordinateur en ligne puisse constituer un tel appareil. Cela étant, si juridiquement aucun site ne peut voir le jour en France sans se conformer au droit des jeux, rien n'est prévu pour les sites *off shore* qui en pratique ont tout le loisir d'accueillir sur leur site des internautes français, et donc de contourner les dispositions protectrices de la loi française ⁽¹²⁾. Certes le juge français peut toujours le cas échéant intervenir ⁽¹³⁾, mais techniquement la traçabilité de tels sites peut assez facilement être masquée ⁽¹⁴⁾.

4.— S'agissant des jeux gratuits qui nous préoccupent, les difficultés et les solutions juridiques qu'il faut envisager sont d'une autre nature. Le caractère gratuit incite à penser que le joueur n'est pas exposé. Les questions d'argent étant de celles qui suscitent le plus de tentation, le danger n'est cependant pas nul et de nombreux intérêts peuvent être malmenés.

⁽⁹⁾ P. Decheix, « Jeux, loteries et paris », fasc. 10 *Jurisclasseur Pénal*, 1998; « Jeu-Pari », Rép. pénal *Dalloz*, nov. 1996; J-L. Mouralis « Jeu-Pari », Rep. civil *Dalloz* oct. 1994.

⁽¹⁰⁾ Il s'agit notamment des appareils proposés à l'occasion des fêtes foraines et dans les casinos autorisés (art. 2 alinéas 4 et 5 de la loi du 12 juillet 1983 interdisant certains appareils de jeux).

⁽¹¹⁾ Article 2 alinéas 1 et 2 de la loi du 12 juillet 1983 précitée.

⁽¹²⁾ Sur les difficultés d'application de la prohibition pour les Français qui participent par correspondance à une loterie licite dans le pays où elle est organisée : Rép. Min. JOAN Q, 7 octobre 1991, p. 4101 et 12 octobre 1992, p. 4727; adde T. Verbiest, « Les casinos virtuels, vers une cybercriminalité », *Expertises des systèmes d'information*, 1999 n°227 p. 184.

⁽¹³⁾ TGI Paris, 13 novembre 1998, (*Expertises*, janvier 1999, 436 et 443 note Lipskier.) : dès lors qu'un contenu illégal « a été reçu et vu dans le ressort territorial du tribunal de Paris... celui-ci est compétent pour connaître de la poursuite »; PARIS, 10 novembre 1999, *Juris Data* n°103622 : la loi française est applicable aux faits commis par un français à l'étranger en cas de réciprocité d'incrimination... s'agissant d'un délit commis sur Internet, il y a lieu d'appliquer la loi française dès lors que la commission de l'infraction doit être située au lieu de localisation du site émetteur et non au lieu de réception à caractère aléatoire.

⁽¹⁴⁾ Notamment par l'emploi de *surrogate servers* qui permettent d'anonymiser l'émetteur du contenu. Encore que l'intermédiaire, par lequel serait possible l'accès en France, pourrait se voir contraint de mettre en place un système de filtrage empêchant les internautes français de consulter le site jugé illicite : TGI Paris, 20 novembre 2000 (réf.), condamnant sous astreinte de 100.000 francs Yahoo.com à mettre en place un système de filtrage pour la rubrique "objets nazis" de son service d'enchères.

Aussi s'interrogera-t-on sur la nature du jeu gratuit en ligne (I) avant d'en exposer le régime (II).

I. LA NATURE JURIDIQUE DU JEU GRATUIT EN LIGNE

A. Un jeu licite

5.— Les jeux d'argent font l'objet de lois spéciales qui ne peuvent, on l'a vu, être éludées du seul fait que le jeu ait lieu en ligne. La plupart des jeux gratuits faisant intervenir d'une manière ou d'une autre une loterie, on doit se demander déjà s'ils ne sont pas concernés par le droit des loteries. Juridiquement, on distingue la loterie du jeu et du pari⁽¹⁵⁾. La loi du 21 mai 1836 pose en effet dans son article 1^{er} le principe de la prohibition générale des loteries de toute espèce, et les rares exceptions qui ont été aménagées⁽¹⁶⁾ ne visent pas les jeux gratuits précédemment décrits. Pour la jurisprudence, le délit de loterie prohibée était constitué au départ par la réunion de trois éléments : une offre faite au public, l'espérance d'un gain, et le caractère aléatoire du gain qui doit être acquis par le sort⁽¹⁷⁾. Les loteries gratuites en ligne remplissent indiscutablement ces trois conditions. Le caractère gratuit n'est donc pas pris en compte par les juges statuant dans le cadre de la loi de 1836 ; l'absence de risque pour le joueur ayant d'ailleurs déjà été jugée indifférente⁽¹⁸⁾. Il ne serait cependant pas très opportun de réserver le même sort aux jeux gratuits en ligne, quand bien même s'agirait-il d'une loterie. L'ensemble du système relève en effet moins des jeux et paris que de la nouvelle technique promotionnelle des annonceurs dont le souci est d'informer le consommateur là où il se trouve. Or précisément, le consommateur consacre aujourd'hui de plus en plus de temps à Internet, au détriment des autres médias. La cour de cassation⁽¹⁹⁾, suivi en cela par la doctrine⁽²⁰⁾, admet aujourd'hui qu'un quatrième élément caractérise la loterie prohibée : le sacrifice pécuniaire des participants ; ce qui fait précisément défaut dans les jeux gratuits. Au surplus, l'aspect ludique n'est pas la finalité première. Ce qui compte avant tout, c'est de promouvoir le produit ou l'enseigne d'un annonceur. La viabilité du système commande ici peut-être plus qu'ailleurs qu'il soit conçu dans un intérêt commun particulièrement bien compris ; le cercle vertueux consistant à prévoir des gains suffisamment fréquents et importants pour générer tout à la fois une audience régulière et une bonne

⁽¹⁵⁾ J-L. Mouralis, *op. cit.* n°14 et 191.

⁽¹⁶⁾ Cf. la loi du 15 juin 1907 prévoyant que par dérogation il pourra être accordé aux casinos des stations balnéaires, thermales ou climatiques, sous quelque nom que ces établissements soient désignés, l'autorisation temporaire d'ouvrir au public des locaux spéciaux, où seront pratiqués certains jeux de hasard; la loi du 9 septembre 1986 apportant une dérogation pour les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinées à des actes de bienfaisance, à l'encouragement des arts ou au financement d'activités sportives à but non lucratif ainsi que les lotos traditionnels organisés dans un cercle restreint, qui depuis la loi du 5 janvier 1988, doivent avoir un but social, culturel, scientifique éducatif, sportif ou d'animation locale et se caractérisent par des mises et des lots de faible valeur; la loi du 21 janvier 1995 exonérant également les loteries proposées au public à l'occasion, pendant la durée et dans l'enceinte des fêtes foraines.

⁽¹⁷⁾ Trib. Corr. Montbéliard, 23 novembre 1990, *Gaz. Pal.* 1992 1 somm. 25.

⁽¹⁸⁾ Crim., 8 octobre 1958, *Bull. crim.* n°606, *D.* 1959 136, note J.D. Bredin; *JCP* 1959 II 11126; 18 avril 1969 *Bull. crim.* n° 136; 10 février 1970 *Bull. crim.* n° 58; *Gaz. Pal.* 1970 1 349; *D.* 1970 somm. 142.

⁽¹⁹⁾ Crim., 18 juillet 1985, *Bull. crim.* n° 271; Crim., 16 janvier 1992, *Lexilaser cass.* n°91-81610.

⁽²⁰⁾ J-L. Mouralis, *op. cit.* n° 198.

promotion de l'annonceur — les avantages les plus attractifs étant naturellement ceux qui sont susceptibles de générer le plus d'audience. Le financement par la publicité n'est d'ailleurs pas propre à la matière des gains : les communications téléphoniques gratuites, les chaînes privées de radio et de TV, l'Internet même dont la publicité peut financer outre l'accès, les communications, l'ordinateur... sont autant d'applications du procédé. Cet aspect promotionnel prédominant permet de faire échapper la technique au droit des jeux, à tout le moins de la considérer comme une loterie publicitaire.

6.— La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur certains « jeux concours » en les soustrayant au droit des jeux dès lors qu'ils remplissent certaines conditions. Dans la célèbre affaire « chefs-d'œuvre en péril » il a ainsi pu être jugé qu'un contrat ne comportant aucun enjeu, et ne faisant naître ni chance de gain pour l'organisateur, ni risque de perte pour aucune des parties n'était pas aléatoire au sens des articles 1104 et 1964 C. civ. ⁽²¹⁾. La même solution fut retenue à propos d'un concours de slogans publicitaires dont la participation n'était subordonnée à aucun enjeu ⁽²²⁾. La jurisprudence est encline à considérer qu'en ne consentant aucun sacrifice, le participant n'est pas exposé. Ainsi fut-il admis qu'un journal puisse distribuer gratuitement des suppléments permettant de participer à une loterie ⁽²³⁾, mais non qu'il puisse offrir à ses seuls lecteurs une somme d'argent, attribuée chaque jour par le calcul des exemplaires tirés ou invendus, pour augmenter son tirage ⁽²⁴⁾.

7.— Le code de la consommation consacre une section aux loteries publicitaires. Il est ainsi notamment prévu à l'article L 121-36 que « les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit ». On peut certainement trouver plusieurs objections à ranger les jeux gratuits en ligne sous la bannière de cet article. Le droit des loteries publicitaires n'a d'abord pas été spécialement élaboré pour les jeux gratuits en ligne. Il s'agissait surtout, au moment de son adoption, de moraliser certaines pratiques commerciales en dissociant le bulletin de participation au jeu, de tout bon de commande. L'article L 121-36 ne concerne ensuite que les opérations publicitaires réalisées par voie « d'écrit », c'est-à-dire sur un support papier, ce qui n'est pas vraiment le cas des jeux en ligne. Ces objections peuvent cependant être facilement combattues. Ce que le législateur visait alors, c'était les sollicitations écrites ambiguës par prospectus ou par lettre missive qui pouvaient être de nature à forcer la main du consommateur. Il n'y a rien de tel avec les jeux gratuits en ligne. On pourrait avoir aussi une acception plus extensive de l'écrit en retenant la définition donnée par la récente loi du 13 mars 2000 ⁽²⁵⁾ : « une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs

⁽²¹⁾ Paris, 18 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 7, 258; *RTD civ.* 1975.561, obs. G. Cornu; JL Mouralis, *op. cit.* n°12.

⁽²²⁾ Paris, 13 décembre 1974, *D.* 1975, 234, note S.E. Fergani, *RTD civ.* 1976, 368, obs. G. Cornu.

⁽²³⁾ Trib. Corr. Lille, 5 janvier 1899, *DP* 99, 2 345 note Claro; *Gaz. Pal.* 99, 1 194.

⁽²⁴⁾ Crim., 9 janvier 1885, *DP* 86 1 183; Lyon, 11 avril 1892, *DP* 92 2 326, *S.* 92, 2 314.

⁽²⁵⁾ Loi 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (*JO* du 14 mars), et décret 2001-272 du 30 mars 2001 (*JO* du 31).

modalités de transmission », ce qui correspond parfaitement au cas des pages web présentant les jeux gratuits.

8.— Les tribunaux français n'ont pas encore eu l'occasion, à notre connaissance ⁽²⁶⁾, de se prononcer expressément sur la licéité des jeux gratuits en ligne adossés à un enjeu publicitaire. Mais il est permis de penser qu'ils seraient le cas échéant reconnus licites. La jurisprudence a en effet déjà eu l'occasion de juger que la convention portant sur un jeu publicitaire « loin d'avoir un but illicite » a « une utilité sociale » et n'est pas « entachée d'immoralité » ⁽²⁷⁾. Les jeux gratuits doivent aussi être replacés dans le contexte d'une évolution plus favorable des mentalités sur les jeux payants. On relèvera ainsi avec un auteur que « La réprobation dont le jeu fut l'objet pendant longtemps a perdu beaucoup de sa force dans notre société en raison de l'importance considérable des jeux organisés par l'État, ou sous son égide, et de la publicité envahissante qui leur est faite » ⁽²⁸⁾.

La reconnaissance d'une licéité de principe pour les jeux gratuits en ligne, ne soulève donc guère de difficulté, mais quelle qualification juridique leur donner ? Ne pouvant les insérer parfaitement dans un cadre préexistant, on doit se résigner à les qualifier de contrat *sui generis*.

B. Un contrat *sui generis*

9.— Le jeu gratuit en ligne est un jeu. Or le jeu comme le pari est un contrat aléatoire ⁽²⁹⁾, un contrat par lequel chacune des parties « se promettent sous condition une chose ou une somme d'argent, de telle sorte qu'une seule d'entre elles, indéterminée au départ, sera finalement créancière » ⁽³⁰⁾. Si cette définition, qui suppose traditionnellement la prise d'un risque ⁽³¹⁾ peut facilement être transposée pour les jeux en ligne payants, il n'en va pas de même pour les jeux gratuits. On l'a vu, dans cette dernière hypothèse le joueur ne promet rien en jouant. Il existe donc une première différence, essentielle, l'absence d'enjeu pour le joueur. La récente directive du 8 juin 2000 ⁽³²⁾ distingue d'ailleurs bien les activités de jeux d'argent — lesquels couvrent « uniquement les jeux de hasard, les loteries et les transactions portant sur des paris, qui supposent des enjeux en valeur monétaire » —, des concours ou jeux promotionnels « qui ont pour but d'encourager la vente de biens ou de services et pour

⁽²⁶⁾ Une affaire (TGI Nanterre — Référé — 14 septembre 2000, *Juris Data* n°123534 à propos d'un litige opposant La Française des jeux à la société exploitant le site « Bananalotto », s'est bien présentée devant le juge, mais en plaçant la contestation sur le terrain de l'action en contrefaçon de la marque loto, refusée d'ailleurs en raison du caractère usuel de ce terme, la question de la licéité des jeux en ligne n'a pas été vraiment posée.

⁽²⁷⁾ Paris, 13 décembre 1974, D. 1975.234, note S.E. Fergani, *RTD civ.* 1976.368, obs. Cornu.

⁽²⁸⁾ J-L. Mouralis « La loi le juge et le jeu », *RRJ Droit prospectif*, 1995-2 391.

⁽²⁹⁾ Article 1964 C. civ.

⁽³⁰⁾ Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. II. n° 1200 ; J-L. Mouralis « Jeu-Pari », *op. cit.* n°1.

⁽³¹⁾ J-L. Mouralis, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse Grenoble. 1968, n°110.

⁽³²⁾ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JOCE L178/1).

lesquels les paiements, s'ils ont lieu, ne servent qu'à acquérir les biens ou les services en promotion »⁽³³⁾.

10.— Le caractère gratuit des contrats de jeu en ligne ne soulève pas plus de difficulté que celles qui se sont déjà présentées à propos des loteries publicitaires par correspondance sans obligation d'achat⁽³⁴⁾. Le coût de la connexion à Internet pour participer aux premiers est en effet à rapprocher des frais (affranchissement, téléphone, Minitel...) généralement exposés pour participer aux secondes. La jurisprudence considère que la moindre dépense donne un caractère onéreux à la loterie, ce qui est de nature à la rendre illicite⁽³⁵⁾. Pour ne pas entrer dans le champ des loteries prohibées par la loi de 1836, les organisateurs de jeux en ligne veillent à ce qu'aucun versement d'argent ne soit demandé au participant qui peut toujours se faire rembourser ce qu'il a exposé⁽³⁶⁾. Les juges apprécient toutefois différemment la validité d'une telle pratique selon que la dépense intervient pour recevoir un gain déjà acquis ou pour participer au jeu. Il a déjà été jugé en effet que la somme de 11 francs pour frais d'envoi du lot ne constitue pas un sacrifice financier suffisant pour entraîner l'application de la loi de 1836⁽³⁷⁾. Mais si le remboursement concerne une somme, même modeste, qui a été exposée pour participer, la loterie tombe sous le coup de la prohibition. Or, pour jouer, les participants de jeux en ligne doivent nécessairement se connecter et cela a un coût⁽³⁸⁾. Les organisateurs peuvent toutefois contourner cette difficulté car les frais de connexion peuvent être considérés comme nuls dans l'hypothèse d'un forfait gratuit incluant les communications. Il n'y a aucune nécessité de protéger ici le joueur « contre les effets ruineux de sa passion »⁽³⁹⁾ puisqu'il ne peut y avoir en principe appauvrissement.

11.— Le caractère synallagmatique du contrat de jeu en ligne est plus délicat pour les jeux gratuits que pour les jeux d'argent, mais il n'est pas totalement absent : pour jouer, l'internaute doit accéder au site, et quand même visualiser la publicité mise à son intention. À la formation du contrat, c'est-à-dire au dernier « clic » de souris sur la bannière de l'annonceur — condition nécessaire pour valider son bulletin de participation —, le joueur a

⁽³³⁾ 16^{ème} considérant.

⁽³⁴⁾ Henry, Loteries par correspondance, *JCP* 1986 I 3264 ; Rép. min. *JOAN Q* n° 39 du 7 octobre 1991 ; *BID* 1991 n°11, p. 49. Rép. Min., *JOAN Q* n°4 du 25 janvier 1993 ; *BID* 1993. n° 3. p 78.

⁽³⁵⁾ Lyon, 14 mars 1978, *Cah. Dr. Entr.* 1980, n°4, p. 16; Aix, 16 décembre 1987 et Trib. Corr. Lille, 2 octobre 1987 *Lamy droit économique*, concurrence, distribution, consommation, n°2714; Crim. 26 février 1964, *Bull. crim.* n°69 ; *JCP* 1964 II 13688, note de Lestang ; 18 juillet 1985, *Bull. crim.* n°271.

⁽³⁶⁾ En ce sens, C. Pecnard et D. Delesalle, estimant qu'« *a priori*, les frais de connexion au site ne devraient pas être considérés comme une mise... Dans un souci de prudence, les organisateurs de tels sites pourront néanmoins prévoir le remboursement de ces frais... » — ce remboursement pouvant être effectué sur une base forfaitaire dans la mesure où elle est suffisante pour intégrer le temps nécessaire pour prendre connaissance du règlement du jeu et y participer —, les frais de la demande devant être également remboursés (*op. cit.* p.150 et note n°26 p. 153).

⁽³⁷⁾ Crim 21 novembre 1989 *Bull. crim.* n° 432. Encore qu'une somme de 12 francs à titre de participation aux frais d'envoi a pu caractériser une loterie prohibée car les frais d'envoi ne s'élevaient en réalité qu'aux tiers de cette somme (Crim., 5 octobre 1992, *Lexilaser cass.* n° 91-85758), la somme demandée englobant le prix de revient du lot gagné (Crim., 16 janvier 1992, *Lexilaser cass.* n° 91-81610 et 91-81611).

⁽³⁸⁾ T. Verbiest, *op. cit.* p. 185.

⁽³⁹⁾ Le Tourneau, « Le code civil et le jeu », *La vie judiciaire* n° 1400, 5-11 février 1973, p. 1; J-L. Mouralis « La loi le juge et le jeu », *RRJ Droit prospectif*, 1995-2 384.

nécessairement rempli cette obligation. Il a dû aussi livrer certaines informations le concernant. Après, il doit encore la plupart du temps se manifester dans un certain délai pour recevoir son gain.

12.— Le jeu en ligne intervenant nécessairement sur Internet, il peut aussi être vu comme un contrat à distance. Mais l'est-il au sens de la directive du 20 mai 1997 ⁽⁴⁰⁾ ? Plusieurs arguments militent pour cette solution. On pense d'abord à l'article 1^{er} de la directive qui définit le contrat à distance : en visant tout service conclu entre un fournisseur et un consommateur, dans le cadre d'un système de prestations de services à distance organisé par un fournisseur qui utilise exclusivement une technique de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, le jeu en ligne est manifestement concerné. Il faut mentionner également l'article 6-3 qui exclut expressément le droit de rétractation pour les services de paris et de loteries, et qui implicitement laisse entendre que ces activités demeurent concernées par les autres dispositions de la directive. Mais là encore, le caractère gratuit du jeu en ligne peut venir jeter le trouble : le but affiché par le législateur européen de protéger le consommateur se justifie-t-il toujours lorsque aucune somme ne lui est réclamée ? L'examen du régime juridique montre que la gratuité est à prendre en compte, mais qu'elle n'est pas en soi une garantie suffisante.

II. LE REGIME JURIDIQUE DU JEU GRATUIT EN LIGNE

13.— La relative liberté des jeux gratuits en ligne ne doit pas faire illusion. La gratuité du jeu n'est pas en soi un brevet d'exonération : il s'agit d'un contrat particulier par le volet publicitaire dont il constitue la finalité, mais précisément c'est un contrat et à ce titre il est générateur de part et d'autre d'obligations.

A. Les obligations des parties

14.— Les obligations de l'organisateur —. Dans un jeu gratuit, le participant n'est pas moins menacé par l'organisateur. Certes, il ne peut se ruiner dans sa passion contrairement aux jeux payants, mais plusieurs risques pèsent encore sur lui. Le droit des loteries publicitaires, quoique non conçu pour les jeux en ligne, prévoit plusieurs dispositions protectrices pour les participants. Ces protections, qui peuvent utilement être transposées, se traduisent par autant d'obligations pour l'organisateur. À côté de son obligation de respecter scrupuleusement le caractère gratuit que l'on a déjà évoqué ⁽⁴¹⁾, et sur laquelle on ne reviendra pas, il faut relever l'obligation particulière de transparence qui est mise à sa charge.

15.— Il est d'abord prévu que les documents « présentant » l'opération publicitaire ne doivent pas être de nature à susciter la confusion. Le caractère général de la formule employée peut s'appliquer en l'état aux pages « web » qui devront par conséquent déjà remplir cette

⁽⁴⁰⁾ Directive 1997/7/CE du Parlement et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* L 144 du 4 juin 1997, p. 19; *adde* J. Allix, « La directive 97/7/CE : contrat à distance et protection des consommateurs », *Rev. Aff. Européennes* 1998, 176.

⁽⁴¹⁾ Article L 121-36 précité.

condition ⁽⁴²⁾. Le législateur apporte deux précisions à cet effet. La présentation de l'opération publicitaire doit nécessairement comprendre un inventaire des lots mis en jeu devant détailler leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale, ainsi qu'être « présentés par ordre de valeur » ⁽⁴³⁾. Elle doit reproduire aussi une mention obligatoire : « Le règlement des opérations est adressé, à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande », en indiquant l'adresse à laquelle peut être envoyée cette demande ainsi que le nom de l'officier ministériel auprès de qui ledit règlement a été déposé ⁽⁴⁴⁾. Si le dépôt du règlement auprès d'un officier ministériel peut se comprendre pour éviter les modifications intempestives et unilatérales au cours du jeu, on doit se demander si l'exigence d'une expédition du règlement par voie postale est bien adaptée à un jeu dont la participation a obligatoirement lieu en ligne. L'affichage du règlement sur la page et la possibilité de procéder à son téléchargement est en effet de nature à informer le participant avec la même efficacité. Quoi qu'il en soit, l'organisateur de jeux gratuits en ligne devra donc établir l'inventaire requis, le règlement des opérations, et déposer le tout, ainsi qu'un exemplaire des documents adressés au public, auprès d'un officier ministériel « qui s'assure de leur régularité ». On peut se demander quelle est l'étendue de la mission de l'officier ministériel. Doit-il mener certaines introspections sur les modalités du jeu et contrôler qu'est préservée l'égalité des chances entre candidats, la présence d'un aléa... ou doit-il simplement vérifier la conformité des documents au regard des exigences légales ? En dehors de toute mesure d'instruction ⁽⁴⁵⁾, on doit en conclure que ce n'est que cette dernière obligation qui lui incombe ici.

Le législateur européen impose aussi une obligation de transparence. Dans la directive précitée du 8 juin 2000, il est en effet liminairement rappelé que « dans l'intérêt de la protection des consommateurs et de la loyauté des transactions, les communications commerciales, y compris les rabais, les offres, concours et jeux promotionnels, doivent respecter un certain nombre d'obligations relatives à la transparence » ⁽⁴⁶⁾. Et plus précisément, « lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque » ⁽⁴⁷⁾. Toutes ces dispositions se retrouvent ⁽⁴⁸⁾ dans l'avant-projet de loi sur la société de l'information ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴²⁾ Cf. Rennes, 31 mars 2000 (Légicom, n°21/22, 195) qui décide pour la première fois qu'un site Internet peut constituer un support publicitaire; *adde* G. Buis, « Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet », *JCP E* 2000, 1846.

⁽⁴³⁾ Article 2 Décret 90-749 du 22 août 1990.

⁽⁴⁴⁾ Article L 121-37 C. consom.

⁽⁴⁵⁾ Pour une illustration, à propos du Loto national, des contrôles pouvant être effectués par l'huissier instrumentaire dans ce cadre : Civ. 2^{ème}, 22 avril 1992, *Lexilaser cass.* n° 90-19727.

⁽⁴⁶⁾ 29^{ème} considérant.

⁽⁴⁷⁾ Article 6 d.

⁽⁴⁸⁾ Ainsi « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée » (Art. 25 ajoutant l'article 43-10-2 à la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication). De même, « les offres promotionnelles, telles que (...) les concours ou jeux, adressées par courrier électronique doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire » ; « les conditions relatives à la participation à des concours ou jeux proposés à distance et par voie électronique doivent être précisées

16.— Les juges ont déjà eu l'occasion de sanctionner l'ambiguïté dès lors que les documents publicitaires ont un caractère trompeur ou sont de nature à induire en erreur⁽⁵⁰⁾. Le fait de laisser croire à une personne qu'elle a gagné un prix de grande valeur, alors qu'il n'en est rien, est ainsi une publicité trompeuse susceptible d'engager la responsabilité pénale⁽⁵¹⁾ de l'organisateur⁽⁵²⁾. Ce dernier pouvant également engager sa responsabilité civile s'il présente de façon affirmative ce qui n'est en réalité que la simple éventualité d'un gain important⁽⁵³⁾, laquelle se traduit en pratique par l'attribution du lot promis ou sa valeur⁽⁵⁴⁾. Les juges ont même considéré qu'une société de vente par correspondance qui suscite, au moyen d'une loterie publicitaire, l'espoir de gains potentiels mirobolants, commet, en raison du sentiment de tromperie, de dévalorisation et de frustration du destinataire, une atteinte à la dignité humaine⁽⁵⁵⁾. L'organisateur de jeux en ligne, dont l'exonération de responsabilité⁽⁵⁶⁾ serait disqualifiée par la confusion qu'il aurait contribué à créer, devra donc éviter toute présentation fallacieuse de son site. D'autant que la DGCCRF⁽⁵⁷⁾ et les associations de consommateurs veillent⁽⁵⁸⁾.

17.— La transparence, commande également de respecter le droit commercial français. Le participant doit savoir à qui il a affaire. Le site n'est pas qu'une vitrine de l'entreprise.

clairement et aisément accessibles » (Art. 26 ajoutant les articles L 121-15-1 et L 121-15-2 au code de la consommation).

⁽⁴⁹⁾ Avant-projet du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie non daté mais remanié au printemps 2001 sous la référence : Doc. NOR : ECOX0100052L/R1.

⁽⁵⁰⁾ Crim., 30 octobre 1995, *Lexilaser cass.* n° 94-84640; J. Delga, « Pratiques équivoques nationales et internationales en matière de loteries avec pré tirage et décision de la jurisprudence contemporaine », *Gaz. Pal.* 1995, n°141, p. 2.

⁽⁵¹⁾ Se traduisant notamment par 250.000 F d'amende au titre de l'art. L 121-41 C. consom, voire le cas échéant, par 2 années d'emprisonnement et 250.000 F d'amende au titre de l'art. 213-1 C. consom. (par renvoi des art L 121-1 et L. 121-6 al. 1^{er}), amende qui peut être portée à 50% des dépenses de publicité constituant le délit (art. L. 121-6 al. 2).

⁽⁵²⁾ Crim 8 mars 1990, *JCP* 1990 II 21542, obs. Robert ; *JCP E* 1991 I 11, obs. Arpin-Gonnet; *BID* 1991, n°9, p.27; 17 mai 1990, *BID* 1990, n°11, p. 29; 30 octobre 1990, *BID* 1991, n°4, p. 16 ; 30 janvier 1992 *JCP E* 1992 Pan. 829 ; 11 mars 1993, *Cont. conc. consom.* 1993 160. obs. Raymond ; Paris, 10 mars 1994, *Cont. conc. consom.* 1994 n° 232, obs. Raymond.

⁽⁵³⁾ Civ 2^e, 3 mars 1988, *Bull civ.* II n° 57 ; *D.* 1988 somm. 405, obs. Aubert ; *D.* 1990 somm 105, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac; *JCP* 1989 II 21313 note G. Virassamy ; 7 juin 1990, *D.* 1990 IR 171; *RTD Com.* 1991, 88 obs. B. Bouloc.

⁽⁵⁴⁾ TGI Lyon, 19 septembre 1991, *Contrats conc. consom.* 1991 248; Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *Lexilaser cass.* n° 93-12678.

⁽⁵⁵⁾ Toulouse, 5 novembre 1998, *JCP* 2000, I, 201, § 30, obs. B. Mathieu.

⁽⁵⁶⁾ Il pourra néanmoins s'exonérer de sa responsabilité pénale « s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires » : Crim., 11 mars 1993, *Lexilaser cass.* n° 91-80958; crim., 30 octobre 1990, *Lexilaser cass.* n° 89-83-552.

⁽⁵⁷⁾ La direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut en effet rendre compte au procureur de la République de la découverte de toute infraction en matière de loterie : Crim., 5 octobre 1992, *Lexilaser cass.* n° 91-85758.

⁽⁵⁸⁾ Sur la recevabilité des associations agréées de consommateurs : Crim., 30 octobre 1995, préc.; Crim., 16 janvier 1992, *Lexilaser cass.* n° 91-81610 ; Crim., 20 août 1990, *Lexilaser cass.* n° 86-92614.

C'est aussi un lieu d'échange de documents, un lieu où se concluent des contrats. L'organisateur n'est donc pas dispensé d'indiquer les mentions qu'il doit traditionnellement porter sur ses papiers d'affaires ⁽⁵⁹⁾ et notamment sous quelle forme est exploitée l'entreprise, le montant du capital, le siège social... Les entreprises étrangères qui proposent des jeux gratuits en France doivent aussi naturellement communiquer le règlement du jeu ⁽⁶⁰⁾.

18.— La directive du 20 mai 1997 précitée concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance pose aussi certaines exigences. Ainsi le consommateur doit être informé de l'identité du fournisseur, des caractéristiques essentielles du bien ou du service, de l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où il pourra présenter ses réclamations. Il doit en outre recevoir par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, confirmation de ces informations en temps utile ⁽⁶¹⁾. Ramenées à l'activité considérée, on peut penser que ces informations lui parviendront en temps utile lorsqu'elles seront reçues avant le tirage.

19.— Pour permettre à l'organisateur de valoriser son action publicitaire, et à l'internaute participant de justifier de la combinaison qu'il a jouée, un certain nombre d'informations est collecté sur son compte, notamment l'adresse électronique où l'organisateur lui renverra son bulletin de participation validé. Cela pose le problème des informations nominatives détenues, qui doivent être soumise déjà à la loi 78-17 dite « informatique et liberté » du 6 janvier 1978, et demain à la législation transposant la directive 95/46 du 24 octobre 1995 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » ⁽⁶²⁾. L'organisateur a donc l'obligation de déclarer à la CNIL... et veiller à l'utilisation qui sera faite de ces fichiers, notamment en cas de transmission à l'annonceur, car de nouvelles obligations se dessinent en la matière. En effet, aux termes de l'article 7-2 de la directive du 8 juin 2000, les « prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres «opt-out» où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications commerciales peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières ». Signalons enfin, qu'en réalisant une « communication en ligne » ⁽⁶³⁾ l'organisateur sera prochainement soumis à la formalité du dépôt légal ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ Articles L 223-1, L 224-1 et L 246-1 nouv. code com.; articles 72 du décret 30 mai 1984 et 56 du décret 23 mars 1967.

⁽⁶⁰⁾ À l'heure où nous écrivons ces lignes, sur onze jeux gratuits en ligne français, ils ne sont que huit à indiquer la forme de la société, et six leur capital. Quant aux sociétés étrangères, outre l'impossibilité de connaître leur capital, aucun règlement n'est proposé au participant.

⁽⁶¹⁾ Articles 4 et 5 de la directive.

⁽⁶²⁾ *JOCE* 23 novembre 1995.

⁽⁶³⁾ L'avant-projet de loi sur la société de l'information précité entend par communication en ligne « toute mise à disposition du public ou d'une catégorie de public de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée et sont transmis sur demande individuelle par un procédé de télécommunications » (Art. 11 complétant l'article 2 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

⁽⁶⁴⁾ Si le texte de l'article 9 de l'avant-projet de loi sur la société de l'information (ajoutant un article 7-1 à la loi 92-546 du 20 juin 1992) est adopté en l'état.

20.— Les obligations du participant —. Bien que gratuit, le jeu n'est pas neutre pour le participant : il participe au contrat, il a donc déjà le devoir d'exécuter les obligations qui s'y attachent. Le règlement du jeu, dont on a vu que le législateur impose d'en confier un exemplaire à un officier ministériel, constitue la loi des parties. Le participant est donc tenu de l'exécuter. Les stipulations de délai pour jouer ou pour réclamer ses gains devront ainsi être respectées ⁽⁶⁵⁾.

On observera ensuite que si le participant n'a pas d'obligation pécuniaire *ab initio*, c'est-à-dire à la formation du contrat, il pourrait néanmoins être amené à en subir les conséquences à l'occasion de son exécution. Il pourrait en premier lieu exposer son patrimoine. Ainsi le fait de jouer plusieurs fois, lorsque la « multiparticipation » n'est pas autorisée, peut être constitutif du délit d'escroquerie ⁽⁶⁶⁾. Il en irait de même de la mise en oeuvre de procédés de participation automatisés, tels que l'utilisation de logiciels conçus pour réduire, voire supprimer tout aléa, en multipliant automatiquement les « clics » ou les parties. Le participant ne peut pas, en second lieu, se connecter impunément à un jeu en ligne pendant le temps de travail et avec le matériel professionnel de son employeur ⁽⁶⁷⁾.

B. La défaillance de l'organisateur

21.— L'organisateur a naturellement l'obligation de procéder au tirage ⁽⁶⁸⁾ et le cas échéant de délivrer le lot au gagnant ⁽⁶⁹⁾. Le système des jeux gratuits en ligne repose sur des revenus publicitaires, qui peuvent fluctuer et ne sont pas toujours en relation directe avec les gains à distribuer dépendant d'un aléa. Dans le contexte actuel d'une remise en cause de la publicité en ligne par les annonceurs, cette question se pose avec une particulière acuité. Certes, les risques sont réduits au maximum par la théorie des grands nombres, et quand bien même l'occurrence se présenterait, on peut toujours assurer ce risque. Reste que l'assurance n'est pas obligatoire, et que des jeux peuvent être mis en ligne sans que le participant n'ait véritablement la garantie que l'organisateur affichera toujours une solvabilité suffisante. D'autant que l'article 1965 du code civil permet d'échapper à toute action pour une dette découlant d'un jeu ou d'un pari. En réalité, la convention étant licite, elle obéit au droit commun des conventions : l'organisateur du jeu en ligne qui doit payer ne pourra donc pas se prévaloir de l'exception de jeu ⁽⁷⁰⁾.

22.— L'organisateur du jeu en ligne peut encore ne pas payer, non pour des raisons financières, mais parce que matériellement ses fichiers de connexion ont été endommagés voire détruits, ou encore parce que le bulletin de participation a été enregistré après l'heure de clôture du jeu ⁽⁷¹⁾. L'organisateur de jeux gratuits en ligne doit prévoir un système d'archivage sûr, automatique et horodaté du fichier regroupant les doubles des bulletins de

⁽⁶⁵⁾ Civ. 1^{ère}, 16 octobre 1990, *Lexilaser cass.* n° 88-18271.

⁽⁶⁶⁾ Crim., 19 décembre 1974, JCP 1975 II 18075, note R. de Lestang.

⁽⁶⁷⁾ Soc., 14 mars 2000, D. 2000 IR 105; Paris, 25 novembre 1998, D. 1999, IR 60.

⁽⁶⁸⁾ TGI Paris, 18 décembre 1974, Gaz. Pal. 1975, 1 258; RTD Civ. 1975, 561, obs. G. Cornu.

⁽⁶⁹⁾ Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1991, Bull. civ.; I n°332; Gaz. Pal. 1992, 1 panor. 48.

⁽⁷⁰⁾ Paris, 13 décembre 1974, D. 1975.234, note S.E. Fergani, RTD civ. 1976.368, obs. Cornu.

⁽⁷¹⁾ Encore que l'organisateur peut engager sa responsabilité si le participant a été induit en erreur sur ce point (Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Lexilaser cass.* 90-11204; voir aussi Civ. 1^{ère}, 31 mai 1988, *Lexilaser cass.* 86-18641).

participation, car en cas de disparition ou de destruction de celui-ci, l'organisateur pourrait être contraint de payer. La plupart du temps, une clause sur le régime de la preuve ⁽⁷²⁾, ainsi qu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité sont stipulées dans le règlement du jeu en ligne, et la jurisprudence leur fait généralement produire effet ⁽⁷³⁾. Mais selon la rédaction d'une telle clause, il n'est pas sûr que le juge libère toujours l'organisateur ⁽⁷⁴⁾.

*
* *

23.— Le jeu n'a pas que des vertus. Son caractère immoral fondé sur l'exploitation des plus faibles, la cupidité qu'il développe chez l'homme, le décalage des valeurs qu'il induit, la dévalorisation du travail par l'argent facile qu'il laisse espérer et l'oisiveté qui s'ensuit sont autant de raisons qui peuvent expliquer les réticences du législateur à l'égard de ses formes classiques. Le contrat de jeu gratuit en ligne est cependant une réalité contemporaine plus complexe. Il nécessitera sans doute quelques aménagements, notamment pour protéger les participants, mais il ne doit pas *a priori* être condamné : sous la réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs, tout contrat a une utilité sociale dès lors qu'il participe à une activité économique.

⁽⁷²⁾ Civ. 1^{ère}, 9 février 1994, *Lexilaser cass.* n° 91-20656.

⁽⁷³⁾ Aix, 7 novembre 1990, (*RJ com.* 1992, 37 note Delbecque et Fornacchia), à propos du loto, a tranché en faveur du participant, mais l'arrêt est isolé.

⁽⁷⁴⁾ Il n'est pas interdit de penser qu'une telle clause pourrait être privée d'effet en étant vue comme abusive ou potestative. Sur la jurisprudence et les arguments développés par la doctrine en la matière : J-L. Mouralis, *op. cit.* n°223 à 225.