

V

*(Announcements)*PROCEDURES RELATING TO THE IMPLEMENTATION OF THE COMPETITION
POLICY

EUROPEAN COMMISSION

STATE AID – FRANCE

State aid SA.56399 and SA.56634 (2021/C) (ex 2020/FC))

Octroi supposé d'aide d'État illégale à la Française des Jeux

Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the
European Union

(Text with EEA relevance)

(2021/C 487/03)

By means of the letter dated 26 July 2021 reproduced in the authentic language on the pages following this summary, the Commission notified France of its decision to initiate the procedure laid down in Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union concerning the remuneration due by the Française des Jeux (hereafter 'FDJ') to the State, for the grant of its exclusive rights.

Interested parties may submit their comments on measure in respect of which the Commission is initiating the procedure within one month of the date of publication of this summary and the following letter, to:

European Commission,
Directorate-General for Competition
State Aid Greffe
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Fax + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

These comments will be communicated to France. Confidential treatment of the identity of the interested party submitting the comments and/or of parts of the comments submitted may be requested in writing, stating the reasons for the request.

TEXT OF SUMMARY

Procedure

On 31 January 2020 and on 5 March 2020, the Commission received complaints on alleged unlawful State aid granted by France to FDJ.

Description of the measure

In 2019, the French authorities reformed the regulation of gambling and privatised the FDJ. The reform was implemented in particular by the Law No 2019-486 of 22 May 2019 ('the PACTE Law'), by the Order No 2019-1015 of 2 October 2019, and by the Decree No 2019-1060 of 17 October 2019.

The PACTE Law grants exclusive rights to FDJ for the operation of lottery games and the operation of land-based sports betting games over 25 years against a remuneration of EUR 380 million.

According to the complainants, this remuneration of EUR 380 million to be paid by the FDJ to the State is underestimated and is not market conform.

The opening decision expresses doubts over the remuneration paid by FDJ for the grant of the exclusive rights.

Assessment of the measure

The grant of an exclusive right by a Member State to an economic operator may constitute an advantage and therefore a State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU, if the remuneration paid for the rights does not correspond to market terms. At this stage, the Commission doubts that the EUR 380 million remuneration due by the FDJ corresponds to market terms. Among its doubts, the Commission notes that the methodology used by the French authorities to calculate the remuneration due departs from the methodology used in the OPAP case ⁽¹⁾. In addition, the Commission notes that the remuneration of EUR 380 million seems *prima facie* very low compared to FDJ's gross gambling revenues for 2020 and the remuneration accepted by the Commission in OPAP. The Commission also notes that the scope of the exclusive rights of the FDJ is not fixed, which makes it very difficult to have a reliable estimation of the value of the rights after the reform of the PACTE Law.

In light of the foregoing, the Commission's provisional conclusion is that it cannot be excluded that the FDJ enjoyed an advantage in the form of the grant of exclusive rights for a remuneration below the market price. Since the contested measure applied only to FDJ, the Commission provisionally concludes that the potential advantage is selective. The Commission also considers the contested measure to be imputable to France, since the PACTE law and its subsequent acts were adopted by France. The Commission is of the opinion that the measure could involve State resources considering that an insufficient remuneration of the right could constitute forgone State resources. Finally, the Commission provisionally concludes that the contested measure is liable to distort competition and affect trade between Member States, since the measure in question strengthens FDJ's position as compared to competitors and since online gaming in particular is a liberalised, competitive market, with several operators besides FDJ, such as the complainants, active in particular on the online sports betting market.

Finally, at this stage the Commission has no indication that the abovementioned measure, if it constitutes State aid, can be considered compatible with the internal market.

⁽¹⁾ Decision of the Commission of 4 January 2013 in case SA.33988 (OJ C 1, 4.1.2013, p. 7), confirmed by Judgment of the General Court of 8 January 2015, *Club Hotel Loutraki e.a./Commission*, T-58/13, EU:T:2015:1, and by Judgment of the Court of Justice of 21 December 2016, *Club Hotel Loutraki e.a./Commission*, C-131/15 P, EU:C:2016:989.

TEXT OF LETTER

Monsieur le Ministre,

Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer la République française qu'après avoir examiné les informations fournies par vos autorités sur la mesure citée en objet, elle a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «TFUE»).

1. PROCÉDURE

- (1) Le 31 janvier 2020, la Commission européenne a reçu une plainte en matière d'aide d'État, déposée par «l'Association Française du Jeu en Ligne» (ci-après «l'AFJEL») et ayant pour objet l'octroi supposé d'aides d'État illégales à la Française des jeux (ci-après la «FDJ»). Le plaignant affirme que les mesures exposées dans la plainte constituent des aides d'État, en vertu de l'article 107, paragraphe 1 TFUE, lesquelles seraient incompatibles avec le marché intérieur.
- (2) Par lettre du 25 février 2020, les services de la Commission ont transmis la version non-confidentielle de cette plainte aux autorités françaises tout en leur adressant une demande d'information concernant les arguments exposés dans la plainte.
- (3) Le 5 mars 2020, la Commission européenne a reçu une seconde plainte déposée par le «Betting and Gaming Council» (ci-après «BCG»). La version non-confidentielle de cette seconde plainte a été transmise aux autorités françaises le 13 mars 2020, avec une demande d'information concernant les arguments exposés dans la plainte.
- (4) Le 26 mai 2020, les autorités françaises ont communiqué aux services de la Commission leurs observations sur les deux plaintes soumises et ont répondu aux demandes d'information des services de la Commission.
- (5) Les 9 juin 2020, 29 juillet 2020, 17 novembre 2020, 4 décembre 2020, et 16 mars 2021, les services de la Commission ont demandé aux autorités françaises de bien vouloir leur transmettre des informations complémentaires, nécessaires à l'examen des mesures d'aides présumées. Les autorités françaises leur ont communiqué les informations demandées les 10 juillet 2020, 23 octobre 2020, 26 octobre 2020, 24 novembre 2020, 11 décembre 2020 et 20 avril 2021.
- (6) Par courriels datés du 20 mars 2020, du 11 juin 2020, du 3 septembre 2020, du 13 octobre 2020, du 28 octobre 2020, du 20 novembre 2020 et du 2 décembre 2020, le représentant des plaignants a fourni des informations complémentaires aux services de la Commission.
- (7) Les services de la Commission se sont entretenus avec les autorités françaises le 1^{er} décembre 2020. Ils se sont entretenus avec le représentant des plaignants le 3 décembre 2020 et le 4 mai 2021.

2. DESCRIPTION DE LA FDJ ET DE LA RÉFORME DE LA RÉGULATION DES JEUX D'ARGENT ET DE HASARD EN FRANCE

2.1. La FDJ, bénéficiaire des mesures faisant l'objet des plaintes

- (8) Le bénéficiaire des mesures d'aides présumées est la FDJ.
- (9) La FDJ est le premier opérateur de jeux français, le deuxième opérateur de loterie en Europe et le quatrième opérateur de loterie au monde en termes de produits bruts des jeux. La FDJ dispose d'un réseau de plus de 30 000 points de vente situés dans plus de 11 000 communes ⁽¹⁾.
- (10) Selon le rapport d'activité intégré de la FDJ pour l'année 2020, la FDJ comptait en 2020 plus de 2 500 salariés, 5 107 millions d'euros de produits bruts des jeux, un chiffre d'affaires de 1 920 millions d'euros, un EBITDA de 427 millions d'euros et des résultats nets de 214 millions d'euros ⁽²⁾.
- (11) La FDJ est l'opérateur historique en matière de jeux de hasard en France. Le 9 novembre 1978, l'État a accordé à la Société de la Loterie nationale et du Loto national, devenue en 1991 la FDJ, des droits exclusifs pour l'organisation et l'exploitation de la loterie nationale. Le 1^{er} avril 1985, des droits exclusifs lui ont été octroyés pour l'exploitation des paris sportifs (hors courses hippiques).

⁽¹⁾ Ces informations sont disponibles dans le rapport d'activité intégré de la FDJ pour l'année 2020: 60ae64ccbf269_Rapport d'activité intégré 2020_FDJ.pdf (groupefdj.com).

⁽²⁾ Rapport d'activité intégré de la FDJ pour l'année 2020: 60ae64ccbf269_Rapport d'activité intégré 2020_FDJ.pdf (groupefdj.com).

- (12) Le 12 mai 2010, la France a ouvert à la concurrence le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne par la loi n° 2010-476. Sont ainsi ouverts à la concurrence, depuis cette date, les paris hippiques, les paris sportifs et les jeux de poker en ligne. Depuis lors, la FDJ opère en concurrence sur le marché des paris sportifs en ligne (hors courses hippiques). Elle opère toujours en monopole sur le marché de la loterie (jeux de tirage et jeux instantanés) et sur le marché des paris sportifs en réseau physique de distribution (hors courses hippiques).

2.2. Cadre juridique applicable à la FDJ avant la réforme de la régulation des jeux d'argent et de hasard en France

- (13) Par décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978 relatif à l'organisation et à l'exploitation de la Loterie nationale et du Loto national, l'État a accordé à la Société de la Loterie nationale et du Loto national, devenue en 1991 la FDJ, des droits exclusifs pour l'organisation et l'exploitation de la loterie nationale.
- (14) Le 29 décembre 1978, une convention a été signée entre l'État et la Société de la Loterie nationale et du Loto national, visant à clarifier les modalités et les conditions d'exercice des droits exclusifs conférés à cette société.
- (15) Par décret n° 85-390 du 1^{er} avril 1985 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Loto sportif, des droits exclusifs ont été octroyés à la Société de la Loterie nationale et du Loto national pour l'exploitation des paris sportifs, hors courses hippiques.
- (16) En 1985, la convention du 29 décembre 1978 a été amendée afin de refléter l'extension du périmètre des droits exclusifs octroyés. Elle a de nouveau été amendée par la suite par le biais d'avenants, lesquels prévoient notamment: (i) l'élargissement du périmètre des droits exclusifs conférés; (ii) la modification de durée d'applicabilité de la convention (initialement prévue pour une durée de 30 ans, le dernier amendement du 9 mars 2006 prévoit que «la convention est conclue pour une durée illimitée»); (iii) les modifications relatives aux conditions de liquidation de la Société, notamment les conditions d'indemnisation dans l'hypothèse où la Société cesserait d'être chargée par décret de l'organisation et de l'exploitation des jeux octroyés sous droits exclusifs.
- (17) Les décrets n° 78-1067 du 9 novembre 1978 et n° 85-390 du 1^{er} avril 1985 ont été abrogés le 23 juin 2020. La convention, basée sur les décrets n° 78-1067 du 9 novembre 1978 et n° 85-390 du 1^{er} avril 1985 est résiliée ⁽³⁾.

2.3. Nouveau cadre juridique applicable après la réforme de la régulation des jeux d'argent et de hasard en France

- (18) Le 22 mai 2019, les autorités françaises ont adopté la loi n° 2019-486 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (ci-après la «loi PACTE») et, le 2 octobre 2019, elles ont adopté l'ordonnance n° 2019-1015 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard (ci-après l'«ordonnance d'octobre 2019»). Plusieurs décrets ont été pris sur base de l'ordonnance d'octobre 2019 pour compléter les principes issus de ces deux actes normatifs ⁽⁴⁾.
- (19) Par ces actes, la France a privatisé la FDJ et a réformé la régulation des jeux d'argent et de hasard.
- (20) Par la privatisation, l'État français, qui détenait 72 % du capital de la FDJ a décidé de vendre 50 % du capital. Désormais, le capital social de la société est réparti comme suit: l'État en détient 21,91 %, l'Association des anciens combattants ⁽⁵⁾ 14,78 %, les salariés 3,93 %, les détentions individuelles inférieures à 5 % représentent 51,3 %, et les autres détentions ⁽⁶⁾ représentent 8,062 %.
- (21) La réforme de la régulation des jeux d'argent et de hasard a porté, pour sa part, sur deux éléments principaux: (i) l'octroi de droits exclusifs à la FDJ pour une durée de 25 ans pour, d'une part, l'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne, et, d'autre part, l'exploitation des paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution; (ii) la fiscalité des paris sportifs.

2.3.1. Droits exclusifs octroyés à la FDJ pour l'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne, ainsi que l'exploitation des paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution

- (22) L'article 137 de la loi PACTE prévoit que:

«I. – L'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution est confiée pour une durée limitée à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'État.

⁽³⁾ Voir en ce sens rapport financier et extra-financier pour l'année 2020 accessible au lien suivant: untitled (groupefdj.com).

⁽⁴⁾ En particulier, le décret n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 relatif aux modalités d'application du contrôle de l'État sur la société FDJ.

⁽⁵⁾ Le bloc des associations d'anciens combattants sous concert est composé des entités suivantes; FNAM, AMGYO, Union Fédérale, CARAC, France Mutualiste (composant le bloc FNAM) et l'UBFT et les Ailes Brisées (composant le bloc UBFT).

⁽⁶⁾ Actions auto-détenues, Société/Soficoma, Predica.

II. – *La société La Française des jeux est désignée comme la personne morale unique mentionnée au I du présent article à compter de la publication de la présente loi.*

- (23) En son point IV, ce même article renvoie à une ordonnance le soin de préciser le périmètre des droits exclusifs, de définir les conditions dans lesquelles seront exercées ces droits et de préciser la durée d'exercice des droits.
- (24) Ainsi, l'article 15 de l'ordonnance d'octobre 2019 prévoit que les droits exclusifs sont confiés à la FDJ pour une durée de 25 ans.
- (25) Concernant le périmètre des droits exclusifs, l'article 7 de l'ordonnance d'octobre 2019 prévoit l'insertion des articles suivants dans le code de la sécurité intérieure en ce qui concerne la loterie: article L. 322-9 «*Seuls peuvent être autorisés les jeux de loterie fondés sur le principe de la répartition, sur celui de la contrepartie ou sur une combinaison des deux et relevant des catégories de jeux mentionnées aux articles L. 322-9-1 ou L. 322-9-2*»; article L. 322-9-1 «*Sont autorisés les jeux de tirage, pour lesquels l'intervention du hasard, organisée sous la forme d'un tirage, est commune à l'ensemble des joueurs, relevant d'une des trois gammes de jeux suivantes: 1° Les jeux de tirage traditionnels, pour lesquels l'intervention du hasard prend la forme d'un tirage organisé une fois par jour au plus; 2° Les jeux à tirages successifs, pour lesquels l'intervention du hasard prend la forme de tirages organisés plusieurs fois dans une même journée; 3° Les jeux de tirage additionnels, qui ne sont proposés qu'en complément d'un autre ou de plusieurs autres jeux, de manière facultative ou non*»; article L. 322-9-2 «*Sont autorisés les jeux instantanés pour lesquels l'intervention du hasard est propre à chaque joueur et dont le résultat peut être appréhendé de façon instantanée à la suite d'une action du joueur, relevant d'une des trois gammes de jeux suivantes: 1° Les jeux de grattage, dont les supports, matériels ou immatériels, font l'objet d'émissions par bloc comportant le même tableau de lots, constituées d'un nombre déterminé d'unités de jeux. Les inscriptions représentatives des lots sont occultées avant la mise à disposition du public et révélées à l'initiative du joueur par une action ou une décision de la part de celui-ci; 2° Les jeux à aléa immédiat, pour lesquels l'intervention du hasard, générée à la demande individuelle du joueur, résulte d'une action de celui-ci; 3° Les jeux instantanés additionnels, qui sont des jeux proposés qu'en complément d'un autre ou de plusieurs autres jeux, de manière facultative ou non*».
- (26) Concernant les paris sportifs, l'article 8 de l'ordonnance d'octobre 2019, prévoit l'insertion des articles suivants dans le code de la sécurité intérieure: article L. 322-15 «*Les paris sportifs, en application de l'article L. 322-13, peuvent être fondés sur le principe de la répartition, sur celui de la contrepartie ou sur une combinaison des deux*»; article L. 322-17 «*Un décret précise les caractéristiques de l'offre de jeux de paris sportifs de la personne morale unique mentionnée à l'article 137 de la loi no 2019-486 du 22 mai 2019 précitée, notamment: 1° Le nombre de disciplines sportives support de paris en réseau physique de distribution; 2° Les types de résultats et leur nombre sur ces disciplines sportives en réseau physique de distribution*».
- (27) Concernant les conditions d'exercice des droits, l'ordonnance d'octobre 2019 prévoit un régime spécifique de sanctions en cas de manquement de la FDJ qui n'implique pas de possible déchéance des droits exclusifs, et ce quelle que soit la gravité du manquement. L'article 12 de cette ordonnance prévoit en effet *inter alia* «*VI. À l'encontre des opérateurs titulaires de droits exclusifs, la commission des sanctions de l'Autorité peut prononcer, selon la gravité du manquement, une des sanctions suivantes: 1° L'avertissement; 2° La suspension à titre provisoire, pour une durée d'au plus six mois de l'exploitation du jeu ou de l'ensemble de jeux concerné; 3° L'interdiction de l'exploitation du jeu ou de l'ensemble de jeu concerné; 4° Le retrait de l'agrément des dirigeants de l'opérateur*». «*VII. La commission des sanctions de l'Autorité peut, à la place ou en sus des sanctions prévues au VI, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'opérateur titulaire de droits exclusifs en cause, à l'ampleur du dommage causé et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos correspondant aux activités faisant l'objet des droits exclusifs. Ce plafond est porté à 10 % en cas de nouveau manquement. Lorsque le manquement est constitutif d'une infraction pénale, le montant de la sanction pécuniaire ne peut excéder celui prévu pour l'amende pénale. Lorsque la commission des sanctions de l'Autorité nationale des jeux a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce*».
- (28) Par ailleurs, le cahier des charges de la FDJ, annexé au décret n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 relatif aux modalités d'application du contrôle étroit de l'État sur la société FDJ, fixe en son article 3, à 380 millions d'euros la rémunération à verser par la FDJ, en contrepartie des droits exclusifs octroyés.
- (29) Le 17 octobre 2019, une convention a été conclue entre l'État et la FDJ ⁽⁷⁾, laquelle précise les modalités d'exploitation des droits exclusifs ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Cette convention figure en annexe II du décret n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 relatif aux modalités d'application du contrôle étroit de l'État sur la société la française des jeux.

⁽⁸⁾ Par exemple, la Convention rappelle que la FDJ est chargée des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne et des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution. Elle traite des conditions de transfert des biens ou des droits de propriété intellectuelle et des conditions de reclassement ou de reprise du personnel au terme normal ou anticipé des droits exclusifs. Elle prévoit également les conditions de règlement des différends et la résiliation de la convention de 1978.

2.3.2. La fiscalité des paris sportifs

- (30) L'article 138, points I, III et IV de la loi PACTE modifie l'assiette et les taux applicables aux trois prélèvements fiscaux spécifiques qui pèsent sur les opérateurs de paris sportifs en France, à savoir: (i) le prélèvement affecté au budget général de l'État, régi par l'article 302 bis ZK du code général des impôts (ci-après le «CGI»); (ii) le prélèvement affecté à l'Agence nationale du sport, régi par l'article 1609 *tricies* du CGI; (iii) le prélèvement affecté au budget de la sécurité sociale, régi par l'article L. 137-21 du code de la sécurité sociale (ci-après le «CSS»).
- (31) Depuis le 1^{er} janvier 2020, l'assiette de ces prélèvements n'est plus constituée, pour l'ensemble des opérateurs, des sommes mises mais du produit brut des jeux, défini par l'article 138 de la loi PACTE comme «la différence entre les sommes mises par les joueurs et les sommes versées ou à reverser aux gagnants».
- (32) Outre la modification de l'assiette fiscale, la loi PACTE prévoit que:
- pour le prélèvement au profit de l'État, le taux est fixé à 33,7 % du produit brut des jeux au titre des paris sportifs en ligne, et à 27,9 % du produit brut des jeux au titre des paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution ⁽⁹⁾;
 - pour le prélèvement affecté à l'Agence nationale du sport, le taux est fixé à 10,6 % pour les paris sportifs en ligne, et à 6,6 % du produit brut des jeux pour les paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution ⁽¹⁰⁾;
 - pour le prélèvement affecté au budget de la sécurité sociale, le taux est également fixé à 10,6 % pour les paris sportifs en ligne, et à 6,6 % du produit brut pour les paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution ⁽¹¹⁾.

3. PLAINTES

- (33) La Commission a reçu deux plaintes concernant l'octroi présumé d'aides d'État illégales et incompatibles à la FDJ.
- (34) La première plainte a été déposée par l'AFJEL. L'AFJEL est une association professionnelle regroupant un certain nombre d'opérateurs de paris sportifs en ligne, ayant bénéficié d'un agrément en France.
- (35) La seconde plainte a été déposée par BCG. BCG est une entité représentant 90 % de l'industrie des paris et des jeux au Royaume-Uni. En particulier, BCG représente des opérateurs de jeux en ligne bénéficiant d'une licence au Royaume-Uni.
- (36) En substance, les deux plaignants considèrent que la FDJ bénéficie d'aides d'État consistant en: i) un octroi de droits exclusifs pour une période de 25 ans moyennant une rémunération insuffisante; ii) une garantie explicite et illimitée; et iii) un traitement fiscal préférentiel. Ils estiment qu'aucune de ces mesures n'est compatible avec le marché intérieur.
- (37) En outre, les plaignants soulèvent une violation de la directive (UE) 2015/1535 ⁽¹²⁾ pour défaut de notification de la loi PACTE et une violation des articles 56 et 49 TFUE.

⁽⁹⁾ Avant la loi Pacte, les opérateurs de paris sportifs étaient soumis aux mêmes conditions de prélèvement, quel que soit leur mode de distribution (sites en ligne ou réseau physique de distribution). Le prélèvement affecté au budget général de l'État représentait 5,7 % des sommes mises.

⁽¹⁰⁾ Avant la loi Pacte, les opérateurs de paris sportifs étaient soumis aux mêmes conditions de prélèvement, quel que soit leur mode de distribution (sites en ligne ou réseau physique de distribution). Le prélèvement affecté à l'Agence nationale du Sport représentait 1,8 % des sommes mises.

⁽¹¹⁾ Avant la loi Pacte, les opérateurs de paris sportifs étaient soumis aux mêmes conditions de prélèvement, quel que soit leur mode de distribution (sites en ligne ou réseau physique de distribution). Le prélèvement affecté au budget de la Sécurité sociale représentait 1,8 % des sommes mises.

⁽¹²⁾ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) OJ L 241, 17.9.2015, p. 1–15.

3.1. Mesure 1: Octroi de droits exclusifs pour une rémunération insuffisante

- (38) Les plaignants considèrent que la soulte de 380 millions d'euros versée par la FDJ à l'État français en rémunération des droits exclusifs octroyés ne constitue pas une rémunération appropriée conforme aux conditions du marché. Ils estiment que cette rémunération est sous-évaluée par rapport à la durée et l'étendue des droits conférés, notamment dans la mesure où la FDJ jouit d'un cadre juridique favorable lui permettant de développer de nouveaux jeux ⁽¹³⁾.
- (39) En particulier, les plaignants considèrent que la méthode de calcul utilisée pour déterminer le montant de la soulte est erronée. Ils estiment que la méthode utilisée par les autorités françaises se fonde, à tort, sur la prémisse que le montant de l'indemnisation des droits exclusifs devrait être basé sur le différentiel entre la valeur calculée des droits exclusifs de la FDJ avant la loi Pacte et la valeur calculée des droits exclusifs accordés pour 25 ans par la loi PACTE. Les plaignants s'opposent à la thèse des autorités françaises selon laquelle l'ancienne licence de la FDJ était octroyée pour une durée illimitée, dont la révocation aurait entraîné un droit à indemnisation.
- (40) Les plaignants notent également que la méthode retenue ne correspond pas à la pratique décisionnelle antérieure de la Commission en matière de droits exclusifs dans le domaine des jeux de hasard (cas OPAP ⁽¹⁴⁾). Selon les plaignants, la soulte payée devrait refléter la seule valeur des droits exclusifs depuis leur octroi par la loi PACTE (2019) et pour les 25 années qui suivent (c'est-à-dire jusqu'en 2044), sur la base de la valeur actualisée du flux de revenus économiques nets futurs que l'entreprise va générer sur base des droits exclusifs octroyés.
- (41) Par ailleurs, les plaignants considèrent que la méthode de calcul utilisée par le législateur français ne tient pas compte d'aides illégales antérieures octroyées au profit de la FDJ, qui découleraient de l'absence de compensation des droits exclusifs accordés à celle-ci en 1978 pour les droits de loterie, et en 1985 pour les pronostics sportifs.
- (42) Afin d'illustrer la sous-rémunération de la FDJ, les plaignants: (i) se réfèrent à un rapport d'évaluation d'Alpha Value estimant le montant de la contrepartie à 1,1 milliard d'euros; (ii) soulignent que la rémunération versée dans le cas d'OPAP était proportionnellement bien supérieure à celle payée par la FDJ; (iii) notent que ce montant est faible compte tenu du produit net des jeux de 1,77 milliard d'euros réalisé en 2018 ou de l'EBITA de 315 millions d'euros pour la même année; (iv) en tout état de cause, notent que, même si la méthode de calcul utilisée pour déterminer le montant de la rémunération devait être considérée comme correcte, les résultats produits par les banques aboutissent à une valorisation moyenne autour de 450 millions d'euros.

3.2. Mesure 2: Garantie explicite et illimitée

- (43) À cet égard, les plaignants notent qu'en vertu de l'article 12 de l'ordonnance d'octobre 2019, la FDJ ne peut être déchue de ses droits exclusifs, voire de tout agrément, même en cas de manquement grave à ses obligations. La FDJ s'exposerait tout au plus au prononcé d'une suspension provisoire, à une interdiction d'exploitation d'un jeu ou d'un ensemble de jeux ou au retrait de l'agrément de ses dirigeants par la commission des sanctions de l'Autorité nationale des jeux. Cela constituerait, selon les plaignants, une dérogation au régime général des sanctions applicables aux opérateurs de jeux et paris, lesquels encourraient le retrait ou le non-renouvellement de leur agrément d'opérer ⁽¹⁵⁾.
- (44) Les plaignants considèrent qu'avec cette mesure l'État français octroie à la FDJ la garantie explicite de ne jamais perdre son agrément pour ses activités relatives à ses droits exclusifs, et ce même en cas de faute.
- (45) Les plaignants soutiennent que cette garantie explicite serait de nature à conférer un avantage économique à la FDJ car elle augmenterait sa valorisation, faciliterait son financement, et maximiserait sa prise de risque (innovation, marketing, etc.). Selon les plaignants, cet avantage n'aurait pas été correctement valorisé ni compensé.
- (46) L'AFJEL argue que cette garantie est très similaire aux garanties implicites découlant de la responsabilité de l'État vis-à-vis des dettes d'entreprises insolvable soustraites à l'application du droit commun en matière de faillite, pour lequel l'avantage pour le bénéficiaire est reconnu tant au travers de la pratique décisionnelle de la Commission que de la jurisprudence constante de la Cour de justice ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Voir en sens considérant (25) de la présente décision.

⁽¹⁴⁾ Décision de la Commission du 3 octobre 2012, SA.33988 (2011/N).

⁽¹⁵⁾ Voir en ce sens article 43.IV de la loi n° 2010-476 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

⁽¹⁶⁾ Décision de la Commission 2005/145/CE du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, Décision de la Commission du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste, Arrêt de la Cour du 3 avril 2014, *France/Commission*, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217; Arrêt de la Cour du 19 septembre 2018, *Commission / France*, C-438/16 P, ECLI:EU:C:2018:737.

- (47) Enfin, les plaignants notent que la communication de la Commission sur la notion d'aide d'État ⁽¹⁷⁾ prévoit le transfert de ressources d'État sous formes de garanties ou d'exonérations d'obligation de payer des amendes ou autres sanctions pécuniaires. Ils considèrent dès lors que la garantie pour la FDJ de ne pas perdre son agrément pendant la durée d'octroi des droits exclusifs serait de nature à engager les ressources de l'État français.

3.3. Mesure 3: Traitement fiscal préférentiel

- (48) Les plaignants considèrent que l'article 138 de la loi PACTE institue des taux d'imposition préférentiels entre l'opérateur de paris sportifs en réseau physique (la FDJ) et les opérateurs de paris sportifs en ligne qui s'apparenteraient à une aide d'État.

3.4. Violation de la directive (UE) 2015/1535 et des articles 56 et 49 TFUE

- (49) Les plaignants soutiennent que la loi PACTE contient des règles techniques qui auraient dû être notifiées préalablement à leur adoption, conformément à l'article 5 de la directive (UE) 2015/1535.
- (50) Par ailleurs, les plaignants estiment que l'octroi de droits exclusifs à la FDJ constitue une restriction tant à la libre prestation de services, consacrée par l'article 56 TFUE, qu'à la liberté d'établissement, consacrée par l'article 49 TFUE.

4. POSITION DES AUTORITÉS FRANÇAISES

4.1. Mesure 1: Octroi de droits exclusifs pour une rémunération insuffisante

- (51) Les autorités françaises considèrent que la rémunération de 380 millions d'euros versée par la FDJ à l'État est conforme aux conditions de marché. Elle ne serait pas sous-évaluée et ne constituerait donc pas un avantage pour la FDJ.
- (52) Les autorités françaises ont indiqué avoir eu recours à une méthode différentielle afin d'évaluer le montant de cette rémunération. Ainsi, la contrepartie financière est obtenue en comparant la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ avant la réforme des droits exclusifs et la valeur théorique de ces droits après cette réforme.
- (53) D'après l'expertise financière détaillée transférée par les autorités françaises ayant permis d'évaluer la valeur théorique de l'activité de la FDJ, datée du 13 septembre 2019 ⁽¹⁸⁾, la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ avant la réforme de ces droits par la loi PACTE était évaluée entre [...]d'euros et [...]d'euros. Les autorités françaises ont expliqué que cette valeur théorique serait impactée du fait de la réforme par:
- un impact négatif lié à la limitation à 25 ans de la durée des droits exclusifs, alors qu'ils étaient auparavant accordés pour une durée illimitée, (représentant [...]) ⁽¹⁹⁾;
 - un impact positif lié à la sécurisation des droits exclusifs ⁽²⁰⁾ et à la stabilisation du cadre fiscal ⁽²¹⁾ aboutissant à un plan d'affaires moins risqué que sous l'empire des dispositions antérieures (représentant [...]) ⁽²²⁾; et
 - un impact négatif lié aux effets combinés du changement de fiscalité sur l'horizon du plan d'affaires et d'autres coûts additionnels supportés par la FDJ à la suite de la loi PACTE, par exemple les coûts d'assurance du risque de contrepartie et les coûts de marketing, (représentant [...]) ⁽²³⁾.

⁽¹⁷⁾ Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE, 19 Juillet 2016, 2016/C 262/01.

⁽¹⁸⁾ Les montants indiqués dans cette expertise financière détaillée auraient ensuite été légèrement modifiés suite à une actualisation du plan d'affaires de la FDJ.

⁽¹⁹⁾ Voir en ce sens «Impact 1» dans le schéma au considérant (54).

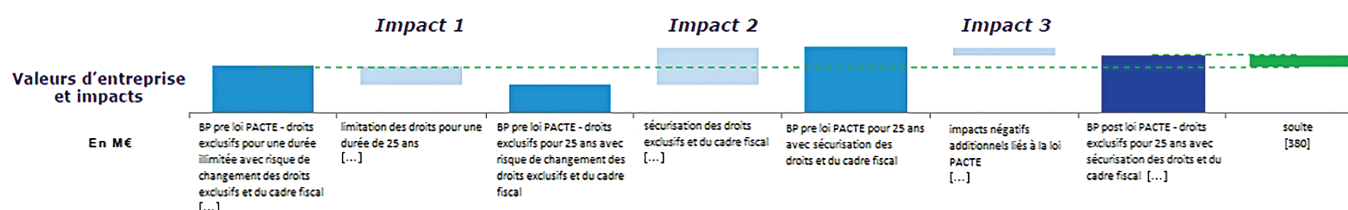
⁽²⁰⁾ Le cadre antérieur donnait pouvoir discrétionnaire à l'État de retirer à la FDJ les bénéfices déduits droits à tout moment.

⁽²¹⁾ Les prélèvements publics étaient précédemment fixés annuellement. Dès lors, l'État modifiait fréquemment les prélèvements publics applicables à la FDJ générant ainsi une incertitude sur sa profitabilité.

⁽²²⁾ Voir en ce sens «Impact 2» dans le schéma au considérant (54).

⁽²³⁾ Voir en ce sens «Impact 3» dans le schéma au considérant (54).

- (54) La méthode différentielle retenue par les autorités françaises pour évaluer le montant de la rémunération de la FDJ peut être schématisée de la manière suivante:



- (55) Conformément à la méthodologie présentée ci-dessus, les autorités françaises ont ainsi estimé que la rémunération due par la FDJ au titre de ses droits exclusifs était comprise entre 121 et 748 millions d'euros ⁽²⁴⁾.
- (56) Après avis de la Commission des participations et des transferts (ci-après la «CPT»), les autorités françaises ont conclu que la FDJ devrait s'acquitter d'une rémunération de 380 millions d'euros, laquelle refléterait une juste estimation de la différence entre la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ avant la réforme des droits exclusifs et la valeur théorique de ces droits après la réforme.
- (57) Les autorités françaises conviennent que cette méthode s'écarte de la méthode approuvée par la Commission dans le cas OPAP ⁽²⁵⁾. Néanmoins, elles estiment que les deux situations ne peuvent être comparées. En effet, dans le cadre du cas OPAP, les autorités grecques auraient octroyé de nouveaux droits exclusifs à OPAP ou auraient prolongé des droits échus. En revanche, tel ne serait pas le cas en l'espèce, puisque, selon les autorités françaises, la FDJ bénéficierait avant la loi PACTE de droits exclusifs de durée illimitée. Dès lors, la méthode approuvée dans le cas OPAP ne pourrait être transposée pour déterminer la rémunération due par la FDJ, puisque la loi PACTE ne viendrait que sécuriser et limiter des droits exclusifs d'ores et déjà détenus par la FDJ.
- (58) Par ailleurs, les autorités françaises ont indiqué que, avant la réforme de la loi PACTE, la FDJ ne payait aucune rémunération pour les droits exclusifs conférés. En effet, ces autorités expliquent qu'en 1978 et en 1985, lors de l'octroi des droits exclusifs à la FDJ, l'octroi de ces droits n'était pas qualifiable d'aide d'État. Elles estiment qu'à l'époque de l'octroi, la condition relative à la distorsion de concurrence faisait défaut ⁽²⁶⁾. En particulier, elles argumentent que: (i) la FDJ bénéficiait d'un monopole; (ii) que ce monopole excluait toute concurrence sur le marché et pour le marché; (iii) que les services fournis par la FDJ n'étaient pas en concurrence avec d'autres services comparables ou substituables; (iv) que la FDJ n'exerçait aucune autre activité concurrentielle, excluant ainsi, *a priori*, toute possibilité de subvention croisée.

4.2. Mesure 2: Garantie explicite et illimitée

- (59) Les autorités françaises reconnaissent qu'une garantie peut constituer une mesure impliquant des ressources d'État. Toutefois, elles considèrent que l'irrévocabilité d'un droit ne peut pas être considérée comme une garantie, telle qu'entendue par la Commission et la Cour de justice dans le cadre de l'interprétation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (60) En effet, les autorités françaises argumentent qu'une garantie doit être entendue comme l'engagement financier de l'État d'assumer les dettes d'une structure tierce. Ainsi, elles notent que cet engagement peut découler soit d'un engagement explicite pris par l'État (lorsque par exemple l'État se porte garant d'un prêt souscrit par un bénéficiaire), soit être implicite et découler du statut même de certaines structures publiques, lorsque leur rattachement à l'État implique que celui-ci soit conduit à honorer les dettes de ces structures en cas de défaillance.
- (61) À cet égard, les autorités françaises notent qu'en l'espèce, l'État ne s'est pas engagé par un acte juridique spécifique à se substituer à la FDJ en cas de défaillance de cette dernière dans le règlement de ses dettes. Par ailleurs, elles notent que le statut juridique de la FDJ n'implique pas non plus un tel engagement puisque la FDJ est une société de droit privé.
- (62) Les autorités françaises notent, par ailleurs, que l'irrévocabilité des droits étant limitée à une durée de 25 ans, celle-ci ne saurait être qualifiée de «garantie illimitée».

⁽²⁴⁾ Fourchette indicative faisant suite à l'actualisation du plan d'affaires de la FDJ.

⁽²⁵⁾ Dans le cas OPAP (SA.33988), il a été considéré qu'afin d'exclure un avantage, la licence payée doit refléter la valeur des droits exclusifs correspondant à la valeur actualisée du flux de revenus économiques nets futurs générés par les droits exclusifs octroyés.

⁽²⁶⁾ Voir considérant 188 de la Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE, 19 Juillet 2016, 2016/C 262/01.

- (63) Enfin, les autorités françaises soutiennent, en tout état de cause, que, à supposer que la sécurisation des droits exclusifs de la FDJ puisse être appréhendée sous l'angle du régime des garanties étatiques, elle ne comporterait aucun avantage économique, dès lors qu'elle aurait fait l'objet d'une évaluation et qu'elle aurait été prise en compte dans le calcul du montant de la soulte.

4.3. Mesure 3: Traitement fiscal préférentiel

- (64) Les autorités françaises considèrent que le taux d'imposition différencié prévu à l'article 138 de la loi PACTE n'est pas constitutif d'une aide d'État. En effet, elles estiment en substance que cette mesure fiscale n'est pas sélective puisque l'opérateur de paris sportifs en réseau physique de distribution (la FDJ) et les opérateurs de paris sportifs en ligne ne se trouveraient pas dans la même situation juridique et factuelle au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal, à savoir la protection de la santé des consommateurs, la protection de l'ordre public et de l'ordre social. En particulier, les autorités françaises arguent que les paris sportifs en ligne seraient plus sujets aux addictions, à la fraude et au blanchiment d'argent que les paris sportifs en réseau physique de distribution, ce qui justifierait pour les opérateurs de paris sportifs en ligne un taux de prélèvement plus important.

5. CHAMP D'APPLICATION DE LA PRÉSENTE DÉCISION

5.1. Garantie de la FDJ de ne pas pouvoir être déchue de ses droits exclusifs, voire de tout agrément, même en cas de manquement grave à ses obligations

- (65) À titre liminaire, la Commission note que cette garantie ne peut être entendue comme une garantie explicite à caractère illimité.
- (66) En effet, les autorités françaises ont souligné à juste titre qu'elle était limitée dans le temps à une durée de 25 ans, correspondant à la durée d'octroi des droits exclusifs (voir en ce sens considérant (62)). Elle ne présente donc pas un caractère illimité dans le temps.
- (67) Par ailleurs, cette garantie diffère des garanties implicites et illimitées de l'État découlant du statut de certaines entreprises dont la forme juridique exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité⁽²⁷⁾. Dans le cadre de ces garanties, l'État est contraint, en cas de défaillance de ces entreprises, de supporter les dettes des entreprises défaillantes. Cela implique donc une charge budgétaire supplémentaire potentielle pour l'État. Néanmoins, dans le cas d'espèce, l'État ne pourrait aucunement être contraint de supporter les dettes de la FDJ et ce même en cas de manquement grave. Cette contrainte ne découle ni de l'article 12 de l'ordonnance d'octobre 2019, ni de la forme juridique de la FDJ qui est une entreprise de droit privée.
- (68) La FDJ n'est pas non plus dans une situation dans laquelle elle se verrait exonérée de l'obligation de payer des amendes ou autres sanctions pécuniaires. En effet, la FDJ n'est pas exempte d'amendes ou de sanctions pécuniaires en cas de manquements à ses obligations. Ainsi, l'article 12 de l'ordonnance d'octobre 2019, prévoit que la commission des sanctions de l'Autorité peut prononcer en cas de manquement, une sanction pécuniaire à l'encontre de l'opérateur de droits exclusifs (voir en ce sens considérant (27)). Cette possibilité de sanction pécuniaire est également prévue en cas de manquement pour les autres opérateurs de jeux ou paris en ligne⁽²⁸⁾.
- (69) La Commission reconnaît toutefois que les dispositions de la loi PACTE, et l'ordonnance d'octobre 2019 qui prévient toute déchéance possible des droits exclusifs octroyés à la FDJ à titre de sanction en cas de manquement à ses obligations (voir considérant (27)), ont pour effet de sécuriser ces droits exclusifs. Cette sécurisation des droits exclusifs est d'ailleurs prise en considération par les autorités françaises (voir considérant (53) deuxième tiret). Elle procure un avantage à la FDJ, en augmentant la valeur des droits exclusifs. Cet avantage doit donc être valorisé et pris en compte dans le cadre du calcul de la rémunération due au titre des droits exclusifs. Corrélativement, la sécurisation est de nature à augmenter le montant des ressources d'État abandonnées par les pouvoirs publics au profit du bénéficiaire en accroissant l'écart entre le montant versé par le bénéficiaire pour disposer de cette licence et la valeur de marché de cette dernière (valeur de marché plus importante dès lors que la licence est sécurisée).

⁽²⁷⁾ Voir en ce sens, les garanties implicites et illimitées en faveur des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) — Notamment Décision de la Commission du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste, Arrêt de la Cour du 3 avril 2014, France/Commission, C-559/12 P, Arrêt de la Cour du 19 septembre 2018, Commission/ France, C-438/16 P.

⁽²⁸⁾ Voir en ce sens article 43.IV et V de la loi n° 2010-476 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

- (70) La sécurisation des droits exclusifs se présente ainsi comme l'une des caractéristiques de la licence susceptible d'en accroître la valeur ou comme un accessoire de cette dernière. Aussi la Commission estime-t-elle qu'il est approprié d'analyser la sécurisation de ces droits conjointement avec la mesure 1. Elles feront l'objet d'un examen conjoint dans le cadre de la présente décision (elles seront désignées conjointement comme étant «la mesure examinée» ou comme «l'octroi de droits exclusifs sécurisés pour une rémunération insuffisante»). Par simplification, lorsqu'il sera question de l'octroi de la licence ou d'octroi de droits exclusifs dans la suite de ces développements, ces termes viseront la mesure examinée.

5.2. Mesure 3: Traitement fiscal préférentiel

- (71) La présente décision ne porte pas sur la mesure 3 (*traitement fiscal préférentiel*).
- (72) L'enquête préliminaire de la Commission, s'agissant de cette mesure 3, est toujours en cours. Au surplus, l'état de la fiscalité de la FDJ sera pris en compte indirectement lors de l'évaluation de la mesure 1. En effet, la vérification du bon niveau de rémunération des droits exclusifs prendra en compte tous les avantages financiers octroyés à la FDJ. Sous réserve que la mesure fiscale implique un avantage, celui-ci serait pris en compte dans le calcul de la juste rémunération⁽²⁹⁾ due au titre des droits exclusifs (de la même manière qu'un éventuel désavantage fiscal réduirait la valeur des droits exclusifs). L'analyse des droits exclusifs peut, dans ces conditions, être réalisée sans qu'il soit nécessaire ou utile de prendre position sur la qualification d'aide d'État de la mesure fiscale.

5.3. Violations alléguées de la directive (UE) 2015/1535 et des articles 56 et 49 TFUE

- (73) En ce qui concerne les violations alléguées de la directive (UE) 2015/1535 et des articles 56 et 49 TFUE, il y a lieu de rappeler que la Commission dispose, s'agissant du choix d'engager un recours en manquement, d'un pouvoir discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de cette institution qu'elle prenne une position dans un sens déterminé⁽³⁰⁾.
- (74) Si la procédure prévue aux articles 107 et 108 TFUE laisse une marge d'appréciation à la Commission pour porter un jugement sur la compatibilité d'une aide d'État avec les exigences du marché intérieur, il résulte de l'économie générale du traité que cette procédure ne doit jamais aboutir à un résultat qui serait contraire à ses dispositions spécifiques. La Commission n'est pas compétente, dans le cadre d'une procédure ouverte en matière d'aides d'État, pour conclure à l'existence d'une violation autonome des articles 56 et 49 TFUE ou de la directive (UE) 2015/153 et en tirer les conséquences de droit qui s'imposent, en dehors de l'hypothèse restreinte où la déclaration de compatibilité d'une aide d'État aboutirait à un résultat qui serait contraire à ces dispositions spécifiques⁽³¹⁾.
- (75) Il en résulte que les violations alléguées ne seront examinées que dans cette seule hypothèse.

6. APPRÉCIATION DE LA MESURE EXAMINÉE: OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS SÉCURISÉS POUR UNE RÉMUNÉRATION INSUFFISANTE

6.1. Existence d'une aide d'État

- (76) Selon l'article 107, paragraphe 1, TFUE, «sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».
- (77) Il s'ensuit que, afin d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, une mesure doit remplir les conditions cumulatives suivantes: (i) le ou les bénéficiaires doivent être des entreprises au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE; (ii) la mesure en question doit être octroyée au moyen de ressources d'État et être imputable à l'État; (iii) la mesure doit conférer un avantage économique à son ou ses bénéficiaires; (iv) cet avantage doit être sélectif; et (v) la mesure en cause doit fausser ou menacer de fausser la concurrence, et doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres.

⁽²⁹⁾ Cette juste rémunération doit assurer que la FDJ n'obtient pas au final plus qu'un profit raisonnable de l'exploitation des droits exclusifs (voir considérant (94) pour plus de détails).

⁽³⁰⁾ Arrêt du Tribunal du 26 février 2019 dans l'affaire T-865/16, Fútbol Club Barcelona c/Commission, point 28, EU:T:2019:113.

⁽³¹⁾ Voir, en ce sens, *ibidem*, points 29 et 35.

6.1.1. Concept d'entreprise et d'activité économique

- (78) Selon une jurisprudence constante, «la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» ⁽³²⁾. Ainsi, la question de savoir si une entité particulière constitue une entreprise ou non dépend donc entièrement de la nature de ses activités. Selon la Cour de justice, «constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné» ⁽³³⁾.
- (79) Le Commission note que la FDJ offre, contre rémunération, des jeux de loterie (jeux de tirage et jeux instantanés) et un service de paris sportifs (hors courses hippiques) sur le marché des jeux d'argent et de hasard ⁽³⁴⁾. Dès lors, la FDJ constitue bien une entreprise qui exerce une activité économique au regard de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

6.1.2. Utilisation de ressources d'État et imputabilité de la mesure à l'État

- (80) Selon l'article 107, paragraphe 1, TFUE, seules sont susceptibles de constituer des aides d'État les mesures accordées par les États ou au moyen de ressources d'État. L'octroi d'un avantage directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et l'imputabilité d'une telle mesure à l'État sont deux conditions distinctes et cumulatives pour constater l'existence d'une aide d'État ⁽³⁵⁾.
- (81) En premier lieu, concernant le critère relatif à l'imputabilité de l'État, il convient de souligner que la réforme des droits exclusifs a été mise en place par la loi PACTE, l'ordonnance de 2019 et le décret d'application n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 ⁽³⁶⁾. Dès lors, il ne fait aucun doute que la mesure est imputable à l'État, lequel est à l'origine de ces actes normatifs.
- (82) En second lieu, concernant le critère des ressources d'État, il convient de rappeler que, lorsque l'État octroie des droits spéciaux, il peut agir comme régulateur et décider légitimement de ne pas maximiser les recettes qui auraient normalement pu être perçues sans tomber sous le coup des règles en matière d'aides d'État, pour autant que tous les opérateurs concernés soient traités conformément au principe de non-discrimination et qu'il existe un lien évident entre la réalisation de l'objectif de régulation et la renonciation aux recettes ⁽³⁷⁾. Dans pareil cas, la procédure de sélection doit être basée sur des critères établis *ex ante* de manière transparente et non discriminatoire ⁽³⁸⁾. Si tel est le cas, les titulaires de droits ne bénéficient d'aucune aide d'État conformément à l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Toutefois, il est manifeste que ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. En outre, l'octroi d'un droit exclusif est par nature même discriminatoire, de sorte que les conditions susmentionnées ne peuvent pas être remplies.
- (83) Ainsi, une rémunération qui serait non conforme aux tarifs du marché dans le cadre de l'octroi de droits exclusifs devrait être interprétée comme un renoncement de l'État à des recettes publiques. Il convient de préciser que, aux fins de caractériser l'implication de ressources d'État, il n'est pas nécessaire qu'un transfert de fonds positif ait lieu; la renonciation à des recettes qui auraient normalement dû être versées à l'État constitue un transfert de ressources d'État ⁽³⁹⁾.

⁽³²⁾ Arrêt de la Cour de justice du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., affaires jointes C-180/98 à C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, point 74.

⁽³³⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 16 juin 1987, Commission/Italie, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, point 7; arrêt de la Cour de justice du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, point 36; arrêt de la Cour de justice du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., affaires jointes C-180/98 à C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, point 75.

⁽³⁴⁾ Voir en ce sens considérant (12) de la présente décision.

⁽³⁵⁾ Voir, par exemple, arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2002, France/Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, point 24; arrêt du Tribunal du 5 avril 2006, Deutsche Bahn/Commission, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, point 103.

⁽³⁶⁾ Voir en ce sens considérants (22) à (29) de la présente décision.

⁽³⁷⁾ Voir à cet effet la décision de la Commission du 20 juillet 2004 concernant l'aide d'État NN 42/2004 — France — Modification des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS (JO C 275 du 8.11.2005, p. 3), considérants 28, 29 et 30, confirmée par les juridictions de l'Union (arrêt du Tribunal du 4 juillet 2007, Bouygues/Commission, T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, points 108 à 111 et 123, et l'arrêt de la Cour de Justice du 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission, C-431/07 P, ECLI:EU:C:2009:223, points 94 à 98 et 125). En l'espèce, en ce qui concerne l'octroi de licences portant sur les fréquences UMTS, l'État a exercé à la fois un rôle de régulateur des télécommunications et un rôle de gestionnaire de ces ressources publiques et a poursuivi les objectifs de régulation fixés dans la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (JO L 117 du 7.5.1997, p. 15). Dans ce type de situation, les juridictions de l'Union ont confirmé que le fait d'attribuer des licences sans maximiser les recettes qui auraient pu être perçues n'impliquait pas l'octroi d'une aide d'État, étant donné que les mesures en question étaient justifiées par les objectifs de régulation fixés dans la directive 97/13/CE et étaient conformes au principe de non-discrimination. Par contre, dans l'arrêt de la Cour de justice du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, points 88 et suivants, la Cour n'a relevé aucun motif de régulation qui aurait justifié l'octroi sans contrepartie de droits d'émission librement négociables. Voir également l'arrêt de la Cour de justice du 14 janvier 2015, Eventech/Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, points 46 et suivants.

⁽³⁸⁾ Voir l'arrêt du Tribunal du 4 juillet 2007, Bouygues SA/Commission, T-475/04, EU:T:2007:196, point 104.

⁽³⁹⁾ Arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2000, France/Ladbroke Racing et Commission, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, points 48 à 51.

- (84) Par conséquent, la mesure en cause est imputable à l'État français et est susceptible d'être octroyée au moyen de ressources d'État s'il est établi que la rémunération n'est pas conforme aux tarifs du marché.

6.1.3. Sélectivité de la mesure

- (85) Pour être considérée comme une aide d'État, une mesure doit être sélective, c'est-à-dire qu'elle doit favoriser «certaines entreprises ou certaines productions» au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (86) À cet égard, la Commission note que la mesure concerne uniquement la FDJ. S'agissant d'une aide individuelle, la sélectivité de la mesure est présumée. En tout état de cause, la FDJ est la seule à bénéficier des droits exclusifs pour l'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne, et pour l'exploitation des paris sportifs commercialisés en réseau physique de distribution. Dès lors, la mesure est sélective au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

6.1.4. Distorsion de concurrence et affectation des échanges

- (87) Une mesure octroyée par l'État est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'elle est de nature à renforcer la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes⁽⁴⁰⁾. Dans la pratique, une distorsion de la concurrence au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est généralement constatée dès lors que l'État octroie un avantage financier à une entreprise dans un secteur libéralisé où la concurrence existe ou pourrait exister⁽⁴¹⁾.
- (88) En l'espèce, la Commission note que le 7 février 2004, les loteries britannique, espagnole et française se sont regroupées pour créer le jeu EuroMillions. Les loteries autrichienne, belge, irlandaise, luxembourgeoise, portugaise et suisse ont rejoint cette loterie le 8 octobre 2004. Ainsi, l'EuroMillions, opéré entre autres par la FDJ, est en concurrence avec d'autres jeux de loterie sur les marchés visés ci-dessus. Dès lors, tout avantage financier à la FDJ relatif à l'octroi des droits exclusifs était de nature à renforcer, à tout le moins dès 2004, la position concurrentielle de la FDJ par rapport aux autres opérateurs de loterie européens.
- (89) Par ailleurs, depuis la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne est ouvert à la concurrence (ouverture à la concurrence des paris hippiques, des paris sportifs et des jeux de poker en ligne). La FDJ opère en concurrence sur le marché des paris sportifs en ligne (hors courses hippiques). Dès lors, tout avantage financier relatif à l'octroi des droits exclusifs est de nature à renforcer la position concurrentielle de la FDJ par rapport à d'autres entreprises concurrentes, notamment sur le marché des paris sportifs en ligne.
- (90) Ainsi, un avantage financier octroyé à la FDJ serait susceptible de distordre la concurrence dans le secteur des jeux d'argent et de hasard, notamment sur le marché des loteries et des paris sportifs.
- (91) Concernant le critère d'affectation des échanges, il est de jurisprudence constante qu'il y a lieu non pas d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre les États membres, mais seulement d'examiner si cette aide est susceptible d'affecter ces échanges⁽⁴²⁾. En l'espèce, la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 a permis, grâce à l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, à des opérateurs d'autres États membres d'entrer sur le marché français. Dès lors, l'avantage financier résultant pour la FDJ de l'octroi de droits exclusifs serait susceptible de rendre plus difficile l'entrée sur le marché de ces opérateurs et d'affecter les échanges entre États membres.

6.1.5. Présence d'un avantage économique

- (92) Les critères ci-dessus étant *a priori* remplis, il est nécessaire de déterminer si la mesure en cause confère un avantage financier à la FDJ afin de savoir si elle constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (93) **À titre liminaire**, la Commission souligne que les opérations économiques ne confèrent pas d'avantage à leur destinataire et, de ce fait, ne constituent pas des aides d'État lorsqu'elles sont réalisées dans les conditions normales du marché⁽⁴³⁾. Dans le cadre de l'octroi de droits exclusifs, un avantage apparaît dès lors que le bénéficiaire des droits ne s'acquitte pas d'une rémunération suffisante, conforme aux prix du marché.

⁽⁴⁰⁾ Arrêt de la Cour de justice du 17 septembre 1980, Philip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, point 11. Arrêt du Tribunal du 15 juin 2000, Alzetta, affaires jointes T-298/97, T-312/97, etc., ECLI:EU:T:2000:151, point 80.

⁽⁴¹⁾ Arrêt du Tribunal du 15 juin 2000, Alzetta, affaires jointes T-298/97, T-312/97, etc., ECLI:EU:T:2000:151, points 141 à 147; arrêt de la Cour de justice du 24 juillet 2003, Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

⁽⁴²⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 14 janvier 2015, Eventech/Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, point 65; arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2013, Libert e.a., affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, point 76.

⁽⁴³⁾ Arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, points 60 et 61.

- (94) En matière de jeux de hasard, la Commission a déjà considéré, dans le cadre de la décision relative à l'opérateur grec OPAP ⁽⁴⁴⁾, qu'une aide était exclue à condition que l'État ne laisse au titulaire du droit que le profit minimal nécessaire pour couvrir les coûts de fonctionnement et les coûts d'investissement résultant de l'exercice des droits, majoré d'un bénéfice raisonnable. Ainsi, dans l'hypothèse où le bénéfice de l'opérateur serait supérieur au bénéfice raisonnable, la Commission considérerait que l'octroi des droits exclusifs serait non conforme aux conditions de marché et constituerait un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.
- (95) Dans cette même décision, la Commission notait que, afin de calculer ce profit minimal majoré du bénéfice raisonnable, la méthode des flux de trésorerie actualisés était appropriée, dans la mesure où elle correspondait à l'état de l'art en la matière ⁽⁴⁵⁾. La Commission indiquait que cette méthode reposait sur l'hypothèse selon laquelle la valeur d'une entreprise est définie à partir de la valeur actualisée du flux de revenus économiques nets futurs que l'entreprise va générer. Cette méthode met particulièrement l'accent sur le potentiel de croissance futur de l'entité et sur sa capacité à générer des bénéfices et des flux de trésorerie pour les actionnaires. Ainsi, la Commission notait que la valorisation des droits exclusifs au moyen de la méthode des flux de trésorerie actualisés, reposait en particulier sur les recettes et dépenses prévues résultant de l'exploitation des différents jeux et les flux de trésorerie générés par ces jeux. Elle notait en outre que cette valorisation dépendait également du taux d'actualisation à utiliser ⁽⁴⁶⁾.
- (96) La Commission observe que, afin de déterminer la rémunération de 380 millions d'euros due par la FDJ, les autorités françaises ont certes utilisé la méthode des flux de trésorerie, mais se sont écartées de l'approche suivie dans le cas de l'OPAP en ce sens qu'elles se sont fondées sur une comparaison entre la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ avant la réforme des droits exclusifs et la valeur théorique de ces droits après la réforme (ci-après «méthode différentielle») alors que l'approche OPAP ne considérait que les profits futurs générés sur la durée de la licence.
- (97) La Commission a des doutes sur l'approche retenue par les autorités françaises et sur le fait que la rémunération due par la FDJ soit conforme aux prix du marché pour les raisons suivantes:
- (98) **En premier lieu**, il convient de rappeler que, avant la réforme de la loi PACTE, la FDJ ne payait aucune rémunération pour les droits exclusifs conférés, ce qui explique la valeur très élevée des droits pre-PACTE reflétant l'existence de profits excessifs significatifs. La méthode de calcul des autorités françaises préserve totalement le niveau de profit de la FDJ pré-réforme, lequel ne fait que s'accroître du fait de la réforme (la différence entre la valeur de l'impact positif et la valeur des impacts négatifs est positive ⁽⁴⁷⁾). La Commission doute par conséquent fortement qu'après la réforme, la FDJ ait un niveau de profits n'excédant pas le profit raisonnable.
- (99) **En deuxième lieu**, n'est pas convaincant l'argument des autorités françaises selon lequel la situation de la FDJ ne pourrait être comparée à celle d'OPAP dans la mesure où la réforme de la loi PACTE n'octroierait pas de droits exclusifs nouveaux à la FDJ ⁽⁴⁸⁾.
- (100) Premièrement, la Commission note que le cadre juridique des droits exclusifs antérieurs à la réforme a été abrogé. Notamment ont été abrogés les décrets n° 78-1067 du 9 novembre 1978 et n° 85-390 du 1^{er} avril 1985 ⁽⁴⁹⁾. Un nouveau cadre juridique a été mis en place par l'adoption de la loi PACTE, de l'ordonnance d'octobre 2019 et du décret n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 ⁽⁵⁰⁾. Par ailleurs, la convention entre l'État et la Société de la Loterie nationale et du Loto national visant à clarifier les modalités et les conditions d'exercice des droits exclusifs a été remplacée par une nouvelle convention ⁽⁵¹⁾.
- (101) Secondement, la loi PACTE, ainsi que les actes normatifs subséquents ⁽⁵²⁾, créent un régime des droits exclusifs présentant des caractéristiques nouvelles. En effet, sont impactés par la réforme notamment: (i) la durée des droits (précédemment octroyés sans précision de durée, ils sont maintenant octroyés pour une durée de 25 ans ⁽⁵³⁾); (ii) la rémunération due à l'État (précédemment octroyés sans rémunération, le cahier des charges de la FDJ, annexé au décret n° 2019-1060 du 17 octobre 2019 prévoit désormais une rémunération de 380 millions d'euros pour l'octroi des droits exclusifs ⁽⁵⁴⁾); (iii) le risque de changement, par l'État, du cadre fiscal et du périmètre des droits conférés (la réforme sécurise les droits exclusifs et le cadre fiscal par rapport aux dispositions antérieures ⁽⁵⁵⁾).

⁽⁴⁴⁾ Voir la décision de la Commission du 4 janvier 2013 dans l'affaire SA.33988 (JO C 1 du 4.1.2013, p. 7), considérants 28 à 29 et 32, confirmée par l'arrêt du Tribunal du 8 janvier 2015, Club Hotel Loutraki e.a./Commission, T-58/13, EU:T:2015:1, et par l'arrêt de la Cour de justice du 21 décembre 2016, Club Hotel Loutraki et Autres/Commission, affaire C-131/15 P, EU:C:2016:989.

⁽⁴⁵⁾ Voir la décision de la Commission du 4 janvier 2013 dans l'affaire SA.33988 (JO C 1 du 4.1.2013, p. 7), considérant 33.

⁽⁴⁶⁾ Voir la décision de la Commission du 4 janvier 2013 dans l'affaire SA.33988 (JO C 1 du 4.1.2013, p. 7), considérants 34 et 35.

⁽⁴⁷⁾ Voir considérants (53) à (56) de la présente décision.

⁽⁴⁸⁾ Voir argument des autorités françaises au considérant (57) de la présente décision.

⁽⁴⁹⁾ Voir considérant (17) de la présente décision.

⁽⁵⁰⁾ Voir considérants (22) à (29) de la présente décision.

⁽⁵¹⁾ Voir considérants (29) de la présente décision.

⁽⁵²⁾ Voir considérants (22) à (29) de la présente décision.

⁽⁵³⁾ Voir considérant (24) de la présente décision.

⁽⁵⁴⁾ Voir considérant (28) de la présente décision.

⁽⁵⁵⁾ Voir considérant (52)/(53) de la présente décision.

- (102) L'ensemble de ces éléments indiquent que les droits octroyés à la FDJ par la loi PACTE constituent de nouveaux droits pour la FDJ. Les arguments des autorités françaises basés sur une continuité des droits semblent dès lors inopérants.
- (103) **En troisième lieu**, la Commission estime à ce stade que la rémunération de 380 millions d'euros ne constitue pas une rémunération de marché dans la mesure où cette rémunération est *prima facie* très faible comparée à la rémunération approuvée dans le cas OPAP. En effet, comme relevé par les plaignants, la contrepartie dans le cas OPAP consistait en: (i) un paiement forfaitaire de 375 millions d'euros; et (ii) un paiement correspondant à 5 % des revenus bruts des jeux provenant des jeux concernés. Ainsi, la rémunération versée à OPAP dans le cas éponyme était proportionnellement bien supérieure à celle de la FDJ, dès lors que le marché grec est sensiblement plus petit que le marché français ⁽⁵⁶⁾, que la durée des droits exclusifs octroyés à OPAP est deux fois et demie plus courte (seulement de 10 ans pour OPAP contre 25 ans pour la FDJ) et que les droits exclusifs semblent plus restreints et plus strictement définis que ceux de la FDJ ⁽⁵⁷⁾. La Commission note, par ailleurs, que la rémunération de 380 millions d'euros est faible comparée aux 5 107 millions d'euros de produits bruts des jeux pour l'année 2020. Sur 25 ans, la soule de 380 millions d'euros correspond approximativement à 15,2 millions d'euros de rémunération par an, soit 0,297 % des produits bruts des jeux de la FDJ pour l'année 2020, et un pourcentage encore moindre des produits bruts des jeux annuels estimés jusqu'en 2044, sur base des projections de produits bruts des jeux tirées du plan d'affaires de la FDJ post loi PACTE ⁽⁵⁸⁾.
- (104) **En quatrième lieu**, et en tout état de cause, la Commission estime qu'est erronée l'évaluation de la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ avant la réforme de la loi PACTE (entre [...]d'euros et [...]d'euros), effectuée par les autorités françaises.
- (105) La Commission note qu'une telle évaluation ne repose sur aucune base solide. En effet, le taux de retour sur les jeux dont bénéficiait la FDJ pouvait, avant l'introduction de la loi PACTE, être modifié par l'État à son entière discrétion et il a de fait régulièrement fluctué, de sorte que l'exclusivité des droits en cause se traduisait par une rémunération annuelle variable des jeux, laquelle était imprévisible à moyen et encore plus long terme. La Commission observe d'ailleurs à cet effet que de l'avis même des autorités françaises, la loi PACTE a sécurisé des droits exclusifs, ce qui signifie que ces «droits» étaient auparavant volatiles et qu'en tout état de cause ils n'étaient pas sécurisés (voir considérant (53)).
- (106) Dans le même ordre d'idée, la Commission note que ces valeurs ont été retenues en partant de l'hypothèse qu'en l'absence de réforme de la loi PACTE, la FDJ aurait pu continuer à exploiter les droits exclusifs sans versement de rémunération, et ce pour une durée illimitée.
- (107) Toutefois, une telle hypothèse est particulièrement fragile. En effet, les «droits» antérieurs à la loi PACTE de la FDJ manquaient de pérennité et de stabilité. Il ressort des éléments d'information fournis par les autorités françaises que ces droits de la FDJ pouvaient être retirés à tout moment par décret (voir considérant (16)), avant l'introduction de la loi PACTE. En outre, les contours de ces droits et leur teneur ont été modifiés en profondeur à plusieurs reprises, notamment lors des modifications successives de la convention du 29 décembre 1978 (voir considérant (16)). L'exclusivité dont bénéficiait la FDJ ne constituait donc pas un droit patrimonial qui lui aurait été attribué et elle pouvait en être privée à tout moment. Du reste ces «droits» ont effectivement été abrogés consécutivement à l'adoption de la loi PACTE ⁽⁵⁹⁾.
- (108) Il est à noter que tout en indiquant que cette approche n'avait pas été retenue pour la valorisation des droits exclusifs, les autorités françaises ont avancé l'idée selon laquelle en cas d'abrogation des droits exclusifs pour l'avenir, la FDJ aurait eu droit à une indemnisation d'au moins 90 % de la valeur des droits pré-PACTE au titre du droit de la responsabilité sans faute de l'État. Cependant elles ne sont pas parvenues à établir l'existence d'un tel droit à indemnisation à partir de la jurisprudence administrative pertinente. Elles n'ont pas démontré que seraient remplies les conditions de mise en cause de la responsabilité sans faute, notamment celles tenant au caractère grave et anormal du «préjudice» résultant de l'abrogation des droits exclusifs. *A fortiori*, elles n'ont pas démontré que la part du «préjudice» considérée comme anormale aurait représenté 90 % du montant du manque à gagner induit par cette abrogation.

⁽⁵⁶⁾ Outre la superficie et la population des deux pays qui diffèrent sensiblement, la Commission note qu'en 2019 les produits bruts des jeux de la FDJ s'élevaient à 5 459 millions d'euros tandis qu'en comparaison, ceux d'OPAP s'élevaient à 1 620 millions d'euros. Sources: rapport d'activité intégré de la FDJ pour l'année 2020: 60ae64c6f269_Rapport d'activité intégré 2020_FDJ.pdf (groupefdj.com) et rapport d'activité intégré pour OPAP pour l'année 2019: https://investors.opap.gr/~media/Files/O/Opap-IR/10-06-2020b/IntegratedReport_2019.pdf.

⁽⁵⁷⁾ OPAP était limité à l'exploitation de 13 jeux seulement, (voir en ce sens décision de la Commission du 3 octobre 2012, SA.33988 (2011/N)) tandis que la FDJ peut développer tous les jeux visés à l'article 7 de l'ordonnance d'octobre 2019 et même développer de nouveaux jeux (voir en ce sens considérant (25) de la présente décision).

⁽⁵⁸⁾ [...]

⁽⁵⁹⁾ Voir en ce sens considérant (17) de la présente décision.

- (109) En effet, le législateur et le pouvoir réglementaire avaient organisé les droits exclusifs «à durée indéterminée» de la FDJ de manière à ce que ces droits puissent être modifiés ou supprimés à tout moment et non comme des droits patrimoniaux présentant une certaine pérennité. Ils étaient révocables et précaires par nature. L'hypothèse d'une abrogation de ces droits avait été prévue et encadrée: la seule «indemnisation» prévue concernait la cession des biens nécessaires à l'exploitation des droits (voir considérant (16) de la présente décision). Par ailleurs, dans un contexte déjà ancien d'ouverture du marché des jeux à la concurrence, la persistance d'un avantage concurrentiel résultant de l'exploitation de droits exclusifs sans que cette exploitation ne donne lieu à une rémunération de marché ne pouvait être considérée comme pérenne. Le maintien d'un privilège exorbitant présentant les caractéristiques d'une aide d'État ne pouvait que constituer un signe supplémentaire de l'extrême précarité de ces «droits». Aussi la suppression possible de ces droits n'avait-elle rien d'imprévisible; elle faisait partie des aléas inhérents à cette activité particulière et ne constituait donc pas un préjudice grave et anormal. La théorie des autorités françaises tenant à un droit à l'indemnisation de la FDJ sur le fondement de la responsabilité sans faute du législateur repose, pour sa part, sur des prémisses erronées, et notamment sur l'hypothèse d'un droit consolidé, pérenne et légitime à l'exploitation des droits exclusifs pour une durée illimitée. Cette théorie est en l'espèce sans fondement.
- (110) La Commission est donc d'avis à ce stade que la République française ne peut donc se prévaloir de droits acquis par la FDJ antérieurement à la loi PACTE et tirer argument de tels droits pour réduire la valeur de l'avantage conféré à cet opérateur par cette loi.
- (111) **En cinquième et dernier lieu**, à titre tout à fait subsidiaire, même si la méthode différentielle retenue par les autorités françaises était justifiée (ce qui n'est pas le cas), l'évaluation de la valeur théorique des droits exclusifs de la FDJ après la réforme de la loi PACTE (montant évalué dans l'expertise financière du 13 septembre 2019 à [...]d'euros, mais pouvant varier entre [...] et [...]d'euros en fonction des hypothèses de coût moyen pondéré du capital et du montant des revenus tirés des droits exclusifs) ⁽⁶⁰⁾ soulève certains doutes.
- (112) Comme l'a souligné le plaignant ⁽⁶¹⁾, il ressort en effet de l'article 7 de l'ordonnance d'octobre 2019 que les autorités françaises n'ont pas prévu une liste précise, détaillée et exhaustive de jeux pouvant être opérés par la FDJ. Ainsi, cet article laisse la possibilité à la FDJ de développer de nouveaux jeux et le périmètre des droits exclusifs de la FDJ pourrait ainsi être amené à évoluer sans que la rémunération soit ajustée en conséquence.
- (113) **En conclusion**, pour l'ensemble des raisons mentionnées ci-dessus, la rémunération de la FDJ pour l'octroi des droits exclusifs conférés semble substantiellement inférieure, à un prix qui pourrait être considéré comme un prix de marché. Aussi, un avantage au profit de la FDJ semble être présent à ce stade.
- (114) Si cet avantage est confirmé, comme tous les autres critères de l'existence d'une aide sont présents, la mesure en cause constitue une aide d'État.

6.2. Aide existante

- (115) Si la mesure 1 implique une aide d'État, cette aide d'État n'est pas existante. En effet, pour les raisons expliquées aux considérants (99) à (102) de la présente décision, le régime des droits exclusifs pré-PACTE a été substantiellement affecté et modifié dans son ensemble de sorte que le régime des droits exclusifs post-PACTE constitue une aide nouvelle, conformément à l'article 1, paragraphe c) du Règlement (UE) 2015/1589 ⁽⁶²⁾.

6.3. Compatibilité de la mesure

- (116) Une aide d'État est considérée comme compatible avec le marché intérieur si elle relève de l'un des motifs énumérés à l'article 107, paragraphe 2, TFUE ⁽⁶³⁾. Une aide peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur si la Commission considère qu'elle relève de l'un des motifs énumérés à l'article 107, paragraphe 3, TFUE ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Voir en ce sens schéma présenté au considérant (54) de la présente décision.

⁽⁶¹⁾ Voir en ce sens considérant (38) de la présente décision.

⁽⁶²⁾ Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO L 248 du 24.9.2015, p. 9–29.

⁽⁶³⁾ Les exceptions prévues à l'article 107, paragraphe 2, du TFUE concernent: a) les aides à caractère social octroyées à des consommateurs individuels; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires; et c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne, affectées par la division de l'Allemagne.

⁽⁶⁴⁾ Les exceptions prévues à l'article 107, paragraphe 3, du TFUE concernent: a) les aides destinées à favoriser le développement économique de certaines régions; b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre; c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques; d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine; et e) les aides déterminées par une décision du Conseil.

- (117) C'est à l'État membre qui octroie l'aide qu'il incombe de prouver qu'une aide d'État qu'elle a accordée est compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 2, ou paragraphe 3 du TFUE ⁽⁶⁵⁾. Or, à ce jour, les autorités françaises n'ont fourni aucun élément justifiant de la compatibilité de la mesure litigieuse avec le marché intérieur. Il est à noter que l'analyse d'une telle compatibilité pourrait nécessiter de prendre en compte les griefs soulevés par les plaignants concernant une éventuelle violation de la directive (UE) 2015/1535 et des articles 56 et 49 TFUE (voir considérants (49) à (50)).
- (118) En tout état de cause, la Commission ne dispose pas non plus, à ce stade, d'éléments permettant de conclure que cette mesure, si elle constitue une aide d'État, peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur.

7. CONCLUSION

Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission invite la République française, dans le cadre de la procédure de l'article 108, paragraphe 2 TFUE à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation de la rémunération des droits exclusifs octroyés (la mesure en cause telle que définie au considérant (69) de la présente décision) dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente. En effet, cette mesure apparaît, à ce stade, comme constituant une aide d'État incompatible avec le marché intérieur. Elle invite vos autorités à transmettre immédiatement une copie de cette lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide.

La Commission rappelle à la République française l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et se réfère à l'article 16 du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

Par la présente, la Commission avise la République française qu'elle informera les intéressés par la publication de la présente lettre et d'un résumé de celle-ci au Journal officiel de l'Union européenne. Elle informera également les intéressés dans les pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du Journal officiel, ainsi que l'autorité de surveillance de l'AELE en leur envoyant une copie de la présente. Tous les intéressés susmentionnés seront invités à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication.

⁽⁶⁵⁾ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies* / Commission, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253, point 34.