Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.437/2004 /svc

Arrêt du 1er décembre 2004
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Wurzburger, Président,
Betschart, Hungerbühler, Müller et Merkli.
Greffier: M. Vianin.

Parties
La Société de la Loterie de la Suisse Romande (Loterie Romande), rue Marterey 13, 1005 Lausanne, recourante,
représentée par Me Gérald Mouquin, avocat,
case postale 3290, 1002 Lausanne,

contre

Commission fédérale des maisons de jeu, 3003 Berne,

Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu, Case postale 5972, 3001 Berne.

Objet
mesures provisionnelles concernant l'automate
de jeu "Tactilo",

recours de droit administratif contre la décision de la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu du 23 juillet 2004.

Faits:
A.
Les appareils " Tactilo " et " Touchlot " proposent différents jeux où, moyennant une mise, un tirage au sort électronique est effectué, de manière aléatoire et selon un plan des gains établi à l'avance, avec la perspective pour le joueur de réaliser un gain en argent. Depuis 1996, la qualification juridique de ces appareils donne lieu à des discussions entre la Confédération et les cantons: la controverse porte sur le point de savoir si le " Tactilo " et le " Touchlot " tombent sous le coup de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeux (loi sur les maisons de jeu, LMJ; RS 935.52) ou, à supposer qu'ils constituent une nouvelle forme de loterie, de la loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels (loi sur les loteries; RS 935.51).
B.
Par décision du 10 juin 2004, la Commission fédérale des maisons de jeu (ci-après aussi la Commission des maisons de jeu ou CFMJ) a ouvert une procédure administrative aux fins d'établir si le " Tactilo " et le " Touchlot " constituent des appareils à sous régis par la législation sur les maisons de jeu. En même temps, elle a interdit de manière superprovisionnelle notamment à la " Société de la Loterie de la Suisse Romande ", pour la durée de la procédure devant elle, d'exploiter ou de donner à exploiter des appareils " Tactilo " ou d'autres appareils de loterie en plus des 700 machines pour 350 emplacements en Suisse romande qui ont été autorisées par la " Conférence Romande de la loterie et des jeux (CRLJ) ". Elle a également prononcé qu'un éventuel recours contre sa décision n'aurait pas d'effet suspensif. Elle a confirmé ces dispositions le 8 juillet 2004, après avoir entendu les sociétés de loterie concernées.

C.
La " Société de la Loterie de la Suisse Romande (Loterie Romande) " a contesté aussi bien les mesures superprovisionnelles (par écriture du 28 juin 2004) que les mesures provisionnelles (par écriture du 19 juillet 2004) devant la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu. Par décision du 19 juillet 2004, le Président de cette autorité a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif et constaté que les interdictions contenues dans la décision du 10 juin 2004 continuaient à s'appliquer; il a de plus refusé d'interdire par voie de mesures provisionnelles à la Commission des maisons de jeu de procéder à des investigations supplémentaires en relation avec les appareils de jeu " Tactilo ". Le 23 juillet 2004, il a joint les procédures de recours dirigées contre les décisions de la Commission des maisons de jeu du 10 juin et du 8 juillet 2004; pour le surplus, il a confirmé son prononcé du 19 juillet 2004.
D.
Contre cette décision, la " Société de la Loterie de la Suisse Romande (Loterie Romande) " a interjeté le 5 août 2004 un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. Elle fait valoir que la Commission des maisons de jeu n'est pas compétente pour mener la procédure administrative qu'elle a engagée, dès le moment où le " Tactilo " est un appareil de loterie. Elle prend les conclusions suivantes:
"Principalement:
I. Constater la nullité de la décision de mesures provisoires rendue le 23 juillet 2004 par M. le Président de la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu, ainsi que toutes les autres décisions rendues dans la cause ouverte le 10 juin 2004 par la Commission fédérale des maisons de jeu.

Subsidiairement:
II. Annuler dites décisions".
Le 10 septembre 2004, le Président de la Cour de céans a rejeté la requête contenue dans le recours de restituer l'effet suspensif par voie de mesures provisionnelles.
La Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu et la Commission fédérale des maisons de jeu concluent respectivement au rejet du recours et à ce qu'il soit rejeté dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Selon l'art. 97 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ, RS 173.110) en relation avec l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions fondées sur le droit public fédéral - ou qui auraient dû l'être -, à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 98 OJ et pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée. Lorsqu'il s'agit d'une décision incidente, il faut que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale (art. 101 lettre a OJ a contrario) et que la décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant (art. 97 OJ en relation avec les art. 5 et 45 al. 1 PA). Cette condition vaut aussi pour les décisions incidentes qui sont séparément susceptibles de recours en vertu de l'art. 45 al. 2 PA (ATF 127 II 132 consid. 2a p. 136; 125 II 613 consid. 2a p. 619 s.). Un intérêt de nature juridique n'est pas exigé; s'il est digne de protection, un intérêt de fait, en particulier économique, suffit, pour autant que l'intéressé ne cherche pas seulement à réduire la durée ou les coûts de la procédure (ATF 130 II
149 consid. 1.1 p. 153; 127 II 132 consid. 2a p. 136; 125 II 613 consid. 2a p. 620; 120 Ib 97 consid. 1c p. 99 s.).
1.2 Le litige porte sur une décision incidente par laquelle le Président de la Commission de recours en matière de maisons de jeu a refusé de restituer l'effet suspensif (cf. art. 55 al. 3 PA) au recours dirigé contre le prononcé de mesures provisionnelles par la Commission fédérale des maisons de jeu. Les décisions de cette autorité peuvent être attaquées devant la Commission de recours en matière de maisons de jeu (art. 54 LMJ); les décisions de cette dernière peuvent à leur tour faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral, pour autant qu'il s'agisse non pas du point de savoir si une installation satisfait aux exigences techniques dont dépend son homologation, mais de sa qualification juridique; tel est bien le cas en l'espèce, où la question est de savoir si le " Tactilo " et le " Touchlot " constituent des appareils à sous tombant sous le coup de la loi sur les maisons de jeu (cf. art. 99 al. 1 lettre e OJ; arrêt 2A.494/2001 du 27 février 2002, consid. 1; ATF 123 II 88 consid. 1a/dd p. 92).
1.3 On peut en revanche se demander si et dans quelle mesure la décision attaquée est de nature à causer à

la recourante un préjudice irréparable: la recourante indique en effet qu'elle n'a pour l'instant pas l'intention d'installer d'autres appareils " Tactilo " que ceux, au nombre de 700 pour la Suisse romande, qui ont déjà été autorisés par la " Conférence Romande de la loterie et des jeux (CRLJ) " et ne sont pas concernés par les mesures provisionnelles en cause. Dans ces conditions, les mesures provisionnelles prises par la Commission des maisons de jeu et la décision du Président de la Commission de recours en matière de maisons de jeu de ne pas restituer l'effet suspensif au recours dirigé contre celles-ci ne sont pas de nature à lui causer un préjudice irréparable. Le seul fait que la Commission des maisons de jeu a engagé une procédure, à laquelle la recourante peut participer, ne constitue pas un préjudice ouvrant la voie du recours de droit administratif; dans ce contexte, son recours vise uniquement à diminuer la durée ou les coûts de la procédure, ce qui, selon la jurisprudence, ne lui donne pas qualité pour recourir contre une décision incidente de procédure (ATF 120 Ib 97 consid. 1c p. 99 s.). Au surplus, si l'on
devait entrer en matière, le recours s'avérerait mal fondé, comme cela a été relevé à propos du dossier parallèle " Swisslos Interkantonale Landeslotterie " (2A.438/442/2004).

2.

2.1 La loi sur les maisons de jeu régit les jeux de hasard qui offrent des chances de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel (art. 1 al. 1 LMJ). Elle ne s'applique pas aux loteries et aux paris professionnels (art. 1 al. 2 LMJ). La loi sur les maisons de jeu constitue le noyau de la législation suisse sur les jeux de hasard et une lex generalis par rapport à la loi sur les loteries (cf. Markus Schott, Les jeux, sont-ils faits ?, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Bâle/Berne 2004, p. 495 ss, 499). Les loteries représentent une sous-catégorie des jeux de hasard (cf. Jean-François Aubert, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 5 ad art. 106 Cst.; Schott, op. cit., p. 502; Paul Richli, Harmonisierungsbedarf zwischen den Gesetzgebungen über Spielbanken, Geschicklichkeits-Spielautomaten und Lotterien, in: PJA 1995 p. 459 ss, 462). La Commission fédérale des maisons de jeu veille au respect des dispositions de la loi sur les maisons de jeu et prend les décisions nécessaires à son application (art. 48 LMJ). En cas d'infractions à la loi ou d'irrégularités, elle ordonne les mesures nécessaires au
rétablissement de l'ordre légal ou à la suppression de l'irrégularité (art. 50 al. 1 LMJ). Elle peut prendre des mesures provisionnelles pour la durée de l'enquête (art. 50 al. 2 LMJ). Au vu de ces compétences très larges, qui sont calquées sur celles de la Commission fédérale des banques (cf. arrêt 2A.192/2001 du 9 octobre 2001, consid. 1b; Message du Conseil fédéral du 26 février 1997 relatif à la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu, in: FF 1997 III 137 ss, p. 154), on ne saurait dire - comme le fait la recourante - qu'en l'espèce la Commission des maisons de jeu est manifestement incompétente pour mener la procédure engagée par elle et que, par voie de conséquence, les dispositions qu'elle a prises sont nulles (sur la notion de nullité, voir ATF 130 III 430 consid. 3.3; 122 I 97 consid. 3a/aa p. 99 et les renvois): le " Tactilo " et le " Touchlot " sont incontestablement des appareils à sous. Celui qui envisage d'exploiter un tel appareil pour des jeux d'adresse ou des jeux de hasard doit le présenter à la Commission des maisons de jeu. Celle-ci décide s'il s'agit d'un appareil à sous servant à des jeux de hasard, qui, sous réserve des dispositions transitoires de l'art. 60 LMJ, ne peut plus être exploité
que dans des maisons de jeu bénéficiant d'une concession, ou s'il s'agit d'un appareil servant à des jeux d'adresse et qui relève de la compétence des cantons (cf. les art. 58 ss de l'ordonnance du 23 février 2000 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu [RS 935.521]et les art. 61 ss de l'ordonnance du même nom du 24 septembre 2004 [RO 2004 4395 ss]). En vertu de ses larges compétences destinées à assurer l'application uniforme du droit fédéral, la Commission des maisons de jeu est habilitée - comme la Commission fédérale des banques dans son domaine (voir ATF 130 II 351 consid. 2 et les nombreux renvois) - à examiner si certaines activités tombent sous le coup de la loi et à mener ainsi une " procédure d'assujettissement ". Comme elle doit veiller de manière générale au respect des " dispositions légales ", la tâche de surveillance qui lui est confiée ne se limite pas aux maisons de jeu; il lui appartient aussi d'examiner si d'autres jeux de hasard relèvent de la législation sur les maisons de jeu, dans la mesure où la qualification de ceux-ci est incertaine (voir l'ATF 130 II 351 consid. 2.1 en droit des marchés financiers).

2.2 Les investigations supplémentaires devront établir si le " Tactilo " et le " Touchlot " entrent effectivement dans le champ d'application de la loi sur les maisons de jeu ou bénéficient de la réserve des compétences cantonales prévue à l'art. 1 al. 2 LMJ. A l'heure actuelle, il n'est pas (encore) possible d'établir un pronostic quant à l'issue de la procédure. On ne peut a priori exclure que la législation sur les maisons de jeu s'applique éga-

lement aux appareils de loterie: il existe à ce sujet des expertises juridiques et techniques divergentes. L'expert Rouiller parvient à la conclusion que l'exploitation d'appareils de loterie représente une forme moderne du jeu de loterie traditionnel et entre, sous certaines réserves, dans le champ d'application de la loi sur les loteries (avis de droit des 13 juin/22 décembre 2000), alors que, de l'avis de l'expert Poledna, le législateur a voulu soumettre à la loi sur les maisons de jeu tous les jeux pratiqués à l'aide d'appareils à sous, y compris les loteries (avis de droit des 3 juin 2002 et 4 août 2003). A l'origine, le Conseil fédéral est aussi parti de cette idée dans son Message (FF 1997 III 137 ss, p. 163). La commission d'experts instituée en relation avec la révision de la loi sur les loteries est parvenue à la conclusion que le " Tactilo " et le " Touchlot " ne sont, du point de vue des joueurs et sur le plan du fonctionnement, " pas très différents " des automates de jeu d'argent qui relèvent de la loi sur les maisons de jeu. A la différence des loteries traditionnelles, ils favoriseraient une utilisation prolongée en raison de la rapidité du jeu. De plus, leur taux de redistribution de 90% serait aussi élevé que celui des jeux proposés par les maisons de jeu (entre 90 et 99%), alors que le taux de redistribution des jeux de loterie serait normalement seulement de l'ordre de 45 à 65% (rapport explicatif relatif au projet de loi fédérale sur les loteries et paris, p. 11 et 36). De son côté, le 19 mai 2004, le Conseil fédéral a décidé de suspendre provisoirement la révision de la loi sur les loteries et de laisser aux tribunaux le soin d'établir la délimitation entre la loi sur les loteries et la loi sur les maisons de jeu, qui a une importance surtout pour les appareils de loterie " Tactilo " et " Touchlot " (communiqué de presse du DFJP du 19 mai 2004; wwww.ofj.admin.ch). Ainsi, on ne peut pas exclure que le " Tactilo " et le " Touchlot " constituent des appareils à sous tombant sous le coup de la loi sur les maisons de jeu. Il n'en va pas différemment à la lumière de l'arrêt 2P.304/2A.492/2001 du 3 mai 2002, dont se prévaut la recourante: dans cette jurisprudence, le Tribunal fédéral s'est limité à considérer qu'il existait un motif objectif de traiter l'appareil à sous qui était en cause différemment du " Tactilo " et du " Touchlot "; il n'a pas examiné plus avant la question de savoir si celui-ci était régi exclusivement par la loi sur les loteries, du moment qu'il n'était pas prétendu que la loi sur les maisons de jeu s'appliquait aussi aux appareils de loterie (cf. consid. 5.1.2).

2.3 Le fait que, dans le cadre de la loi sur les loteries, les cantons ont autorisé sous certaines conditions l'exploitation d'appareils " Tactilo " et " Touchlot " n'exclut pas que la Commission des maisons de jeu mène une " procédure d'assujettissement ": en vertu du droit fédéral, les appareils à sous servant aux jeux de hasard sont prohibés en dehors des maisons de jeu au bénéfice d'une concession (art. 4 al. 1 LMJ). La notion d'appareil à sous servant aux jeux de hasard est définie par le droit fédéral. En vertu des art. 3 et 106 al. 4 Cst., les cantons peuvent, dans les limites du droit constitutionnel, interdire l'utilisation d'appareils de jeu qui sont autorisés par le droit fédéral. En revanche, ils ne peuvent autoriser des appareils que le droit fédéral prohibe (arrêts 1A.22-29/2000 du 7 juillet 2000, consid. 2c; 1P.332/2001 du 13 août 2001, consid. 2b; s'agissant de l'art. 35 al. 2 aCst.: ATF 125 II 152 consid. 4b p. 161). Les investigations en cours devront établir si, en vertu de la loi sur les loteries, le " Tactilo " et le " Touchlot " peuvent être exploités en dehors des maisons de jeu bénéficiant d'une concession. La Commission des maisons de jeu a d'ores et déjà laissé entendre que, dans ce cadre, elle allait examiner en particulier la question soulevée par la recourante de savoir si le fait que l'existence d'un plan (voir à ce sujet p. ex. ATF 123 IV 175 consid. 2c p. 181 ss; 123 IV 225 consid. 2d p. 229 s., 213 ss) est essentielle pour distinguer les loteries des autres jeux de hasard exclut de ranger les appareils de loterie dans la catégorie des appareils à sous servant aux jeux de hasard, au sens de la loi sur les maisons de jeu.

2.4

2.4.1 Au plan fédéral, il a d'abord été admis que la controverse sur la délimitation pourrait être tranchée par le législateur (BO 1998 CN 1944 [intervention du Conseiller fédéral Koller]). A la suite de la décision prise par le Conseil fédéral, le 19 mai 2004, de suspendre provisoirement la révision et de laisser aux tribunaux le soin de procéder à cette délimitation, la Commission fédérale des maisons de jeu, en sa qualité d'autorité - indépendante de l'administration - chargée de la surveillance des maisons de jeu, se trouvait dans l'obligation d'agir. Lors de la discussion de l'interpellation Lauri au Conseil des Etats (03.3138 Jeux automatiques de type Tactilo. Moratoire), la Conseillère fédérale Metzler avait relevé que la Commission des maisons de jeu en tant qu'instance indépendante n'était pas liée par le fait que le Département avait jusque-là toléré ces appareils (cf. BO 2003 CE 642). Lorsqu'il est apparu que la question de l'homologation des appareils de loterie ne serait pas réglée par le biais d'une révision de la loi sur les loteries, la Commission des maisons de jeu était en droit de se saisir du problème, quand bien même elle y avait d'abord renoncé au vu des démarches législatives initialement prévues.

2.4.2 Afin de garantir le bon déroulement de la procédure et le respect des intérêts publics et privés que la

législation sur les maisons de jeu protège (art. 2 al. 1 LMJ; respect de l'interdiction des appareils à sous servant aux jeux de hasard en dehors des maisons de jeu, lutte contre le blanchiment, lutte contre la dépendance au jeu, protection de la jeunesse, préservation des rapports de concurrence avec les exploitants de maisons de jeu qui sont soumis à des obligations légales particulières), il était nécessaire d'interdire l'installation d'autres appareils de loterie jusqu'à ce que la controverse soit tranchée et d'empêcher ainsi la création de faits accomplis ou de situations difficilement réversibles. Il était de plus urgent d'agir, car il était possible qu'après la décision du Conseil fédéral de suspendre la révision de la loi sur les loteries, tout un réseau d'appareils de loteries soit mis en place sur la base des autorisations cantonales durant la " procédure d'assujettissement ". Si elle était décidée, l'interdiction définitive d'exploiter les appareils en cause obligerait tous les intéressés à engager des moyens relativement importants pour les retirer du marché et porterait aux droits des sociétés de loterie une atteinte plus grave qu'une interdiction préventive d'installer ceux-ci, prononcée à titre provisoire. La recourante peut continuer d'exploiter les appareils qui ont déjà été autorisés; on peut parfaitement attendre d'elle, qui poursuit un but d'utilité publique ou de bienfaisance (art. 5 al. 1 de la loi sur les loteries), qu'elle restreigne temporairement ses affaires à ceux-ci, d'autant plus qu'elle affirme elle-même n'avoir pas l'intention pour le moment d'installer d'autres machines.

3.

3.1 Compte tenu de ce qui précède (consid. 2.1-2.3), la conclusion implicite de la recourante, tendant à ce que le Tribunal de céans ordonne à la Commission des maisons de jeu de mettre un terme à la procédure administrative engagée par elle ou de statuer à titre préalable sur sa compétence, ne peut être admise. Le recours de droit administratif doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

3.2 Au vu de l'issue de la procédure, la recourante qui succombe doit supporter les frais de justice (art. 156 al. 1 en relation avec les art. 153 et 153a OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Un émolument judiciaire de 5'000 fr. est mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à la Commission fédérale des maisons de jeu et à la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu.

Lausanne, le 1er décembre 2004

Au nom de la IIe Cour de droit public

du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: