Tribunale federale
Tribunal federal

2A.597/2005/CFD/elo
{T 1/2}

Arrêt du 4 avril 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Betschart, Hungerbühler, Wurzburger et Müller.
Greffière: Mme Charif Feller.

Parties
1. Canton de Fribourg,
2. Canton de Vaud,
3. République et Canton du Valais,
4. République et Canton de Neuchâtel,
5. République et Canton de Genève,
6. République et Canton du Jura,
recourants,
tous représentés par Me Yves Burnand, avocat, place Saint-François 7, case postale 5495, 1002 Lausanne,

contre

Commission fédérale des maisons de jeu,
Eigerplatz 1, 3003 Berne,
Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu, Case postale 5972, 3001 Berne.

Objet
rejet de la requête d'intervention dans la procédure administrative qui tend à établir si les appareils de loterie "Tactilo" et "Touchlot" constituent des appareils à sous régis par la législation fédérale sur les maisons de jeu,

recours de droit administratif contre la décision de la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu du 5 septembre 2005.

Faits:
A.
Une procédure administrative (n°731-022), ouverte le 10 juin 2004, est en cours devant la Commission fédérale des maisons de jeu (ci-après: la Commission). Elle tend à établir si les appareils de jeux "Tactilo" et "Touchlot" tombent sous le coup de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (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; cf. à ce sujet les arrêts 2A.437/2004 et 2A.438-2A.442/2004 du 1er décembre 2004). La Société de la Loterie de la Suisse Romande (ci-après: Loterie Romande), qui exploite environ 700 machines avec l'autorisation des cantons de Fribourg, de Vaud, du Valais, de Neuchâtel, de Genève et du Jura, est partie à la procédure.
B.
La Commission a interdit de manière provisionnelle, pour la durée de la procédure devant elle, à la Loterie Romande (ainsi qu'aux autres sociétés intercantonales de loterie participant à la procédure) d'exploiter d'autres appareils du même type. Tant la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu (ci-après: la Commission de recours) que le Tribunal fédéral (cf. arrêts précités du 1er décembre 2004) ont débouté La Loterie Romande et Swisslos Interkantonale Landeslotterie (laquelle n'exploite toutefois pas encore d'appareils

du type litigieux) qui avaient recouru contre le prononcé sur mesures provisionnelles par la Commission.
C.
Le 23 mai 2005, la Commission a rejeté la requête d'intervention comme parties dans la procédure administrative des six cantons mentionnés. Le 5 septembre 2005, la Commission de recours a rejeté le recours des cantons contre la décision précitée du 23 mai 2005.
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, le 7 octobre 2005, les six cantons concluent, principalement, à l'annulation de la décision de la Commission de recours du 5 septembre 2005 et à la reconnaissance de leur qualité de parties dans la procédure en cours devant la Commission, et, subsidiairement, au renvoi de la cause pour
nouvelle décision à la Commission de recours, éventuellement à la Commission.

La Commission propose, principalement, de traiter le présent recours des cantons comme réclamation de droit public et de le rejeter, subsidiairement, de rejeter le présent recours de droit administratif dans la mesure où il est recevable.

Par ordonnance du 16 novembre 2005, le Président de la Cour de céans a admis la requête de mesures provisionnelles des cantons recourants, à laquelle la Commission a acquiescé, en ce sens que la procédure administrative en cours (n°731-022) est suspendue jusqu'à droit connu sur le présent recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
La procédure pendante devant la Commission, qui tend à la qualification juridique des appareils litigieux et pour laquelle les cantons requièrent la qualité de parties, est régie par le droit administratif fédéral. La décision sur le fond, rendue dans le cadre de cette procédure, est susceptible d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral, aucune des exceptions prévues aux art. 99 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110) n'étant réalisée.

La décision de la Commission déniant aux cantons la qualité de parties à la procédure pendante devant elle est une décision finale partielle, dont la confirmation par la Commission de recours peut faire l'objet d'un recours de droit administratif dans le délai de 30 jours prévu pour les décisions finales (art. 106 al. 1 OJ). Ce délai a été respecté, en l'espèce. Les cantons ont la qualité pour recourir contre cette décision de procédure qui les touche (art. 103 let. a OJ); ils peuvent faire valoir, par la voie du recours de droit administratif, que le refus à pouvoir être admis comme parties dans la procédure devant la Commision constitue une application erronée des dispositions déterminantes de procédure fédérale (art. 104 let. a OJ).
2.
2.1 La procédure devant la Commission est soumise aux dispositions de la loi sur la procédure fédérale (PA; RS 172.021). Selon l'art. 6 PA, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. La qualité de partie permet d'exercer les droits de partie, singulièrement d'exiger le respect du droit d'être entendu et la notification de la décision. La qualité de partie constitue, par ailleurs, la condition qui habilite à déposer un recours.
2.2 La jurisprudence a introduit pour la procédure fédérale en sus de la notion de partie, au sens strict du terme, celle d'intervenant, qui n'est pas explicitement prévue par la loi. L'intervention étend la force de chose jugée à l'intervenant qui peut lui-même invoquer des moyens d'attaque et de défense, sans pour autant acquérir le pouvoir de disposition sur l'objet du litige (ATF 130 V 501 consid. 1.2 p. 502; 125 V 80 consid. 8b p. 94; Zimmerli/Kälin/Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 2004, p. 99; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd., Berne 1983, p. 183 s.; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 147 ss). La doctrine n'est toutefois pas unanime quant à l'admissibilité et au rôle de l'intervention en procédure administrative fédérale (Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Bâle 1979, p. 187; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2ème éd., Zurich 1999, n. 99 ss ad § 21, spéc. n. 115; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungs- rechtspflege des Bundes, 2ème éd., Zurich 1998, n. 528 ss, p. 191). Point n'est besoin d'examiner cette question plus avant,

en l'espèce. En effet, les cantons recourants ne
requièrent pas une simple intervention dans la procédure devant la Commission, mais sont d'avis que la qualité de parties devrait leur être reconnue de par la loi.
2.3 L'art. 6 PA prévoit que la qualité de partie revient d'abord au destinataire de la décision - à prendre ou à examiner - qui se prononce sur ses droits ou ses obligations. Ont également qualité de parties les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. Les cantons ne sont pas eux-mêmes propriétaires ou exploitants des appareils à sous susceptibles de tomber sous le coup de la loi sur les maisons de jeu et ne pouvant, de ce fait, plus être exploités comme par le passé. Les cantons ne sont donc pas touchés en tant que destinataires (directs) d'une éventuelle décision et ne sont, à ce titre, pas parties à la procédure. Les participants à la présente procédure ne semblent pas soutenir autre chose. Par conséquent, la question qui se pose est uni-

quement celle de savoir si les cantons, bien que n'étant pas destinataires de la décision, peuvent néanmoins requérir la qualité de parties en se fondant sur leur éventuelle qualité pour recourir.
3.
3.1 Il n'existe aucune disposition spéciale de droit fédéral autorisant les cantons ou les gouvernements cantonaux à recourir, au sens de l'art. 48 let. b PA, contre les décisions de la Commission, ce que les recourants ont, du reste, bien vu. Leur qualité pour recourir doit donc être examinée au regard de la clause générale de l'art. 48 let. a PA. Cette disposition concerne en premier lieu la qualité pour recourir des particuliers. Selon la jurisprudence développée en rapport avec l'art. 103 let. a OJ, valable également pour l'art. 48 let. a PA (ATF 131 II 649 consid. 3.1 p. 651), les collectivités publiques peuvent se prévaloir de cette définition générale de la qualité pour recourir lorsqu'elles sont touchées de manière identique ou semblable à un particulier; elles peuvent aussi s'en prévaloir lorsqu'elles sont atteintes dans leurs attributions de puissance publique, qui leur sont propres et qui sont dignes de protection (ATF 131 II 753 consid. 4.3 p. 757; cf. aussi ATF 124 II 293 consid. 3b p. 304 s.; 123 II 371 consid. 2c p. 374 s., et les arrêts cités). Les collectivités publiques sont habilitées à recourir, selon l'art. 103 let. a OJ ou l'art. 48 let. a PA, singulièrement lorsqu'elles sont atteintes dans leurs intérêts
patrimoniaux spécifiques (notamment en tant que bénéficiaires de subventions ou lorsqu'elles assument des frais), ou lorsque sont en cause des compétences de puissance publique à l'exercice desquelles les collectivités ont un intérêt qui leur est propre et qui est digne de protection. Ainsi, les communes ont la qualité pour recourir en tant que créancières de contributions causales, réalisatrices d'un ouvrage public ou parties impliquées - à travers la participation aux coûts - dans les mesures de protection des eaux. La qualité pour recourir a également été reconnue aux communes pour des litiges portant sur des problèmes d'ordre public spécifiques, telles la protection d'une nappe souterraine ou la protection des habitants contre le bruit aérien (cf. ATF 123 II 371 consid. 2c p. 374 s. et les références détaillées à la jurisprudence du Tribunal fédéral et des autorités fédérales).
3.2 Le risque qu'encourt la Loterie Romande de se voir interdire l'exploitation des appareils en question ne touche pas directement les cantons dans leurs propres intérêts financiers. Les bénéfices de loterie n'alimentent pas la Caisse de l'Etat. Selon l'art. 5 de la loi sur les loteries, ils ne peuvent être utilisés que dans des buts d'utilité publique ou de bienfaisance et ne peuvent servir à assurer l'exécution d'obligations légales de droit public. Même si la répartition du produit de la Loterie Romande revient aux organes des cantons concernés, que beaucoup d'institutions d'utilité publique profitent de ces prestations et que les activités culturelles dans ces cantons pourraient être sensiblement compromises par l'éventuelle perte de bénéfices tirés des appareils litigieux, lesquels semblent aujourd'hui s'élever à plus d'un tiers des gains de la Loterie Romande, il est fort douteux que les cantons soient eux-mêmes directement touchés dans leurs propres intérêts publics et qu'ils soient habilités à recourir, au sens de la jurisprudence mentionnée, sur la base respectivement de l'art. 48 let. a PA et de l'art. 103 let. a OJ. Il appartient, en principe, au destinataire personnellement visé et non au tiers qui n'est atteint
qu'indirectement de recourir contre une injonction (cf. ATF 131 II 649 consid. 3.1 p. 652; 124 II 499 consid. 3b et 3c p. 504 ss; 116 Ib 331 consid. 1c p. 335; Alain Wurzburger, Le recours de droit administratif, FSA, p. 95 ss, 109; Benoît Bovay, op. cit., p. 488).
3.3 En l'espèce, la qualité pour recourir des cantons découle toutefois, au vu des circonstances, des règles contenues aux art. 116 et 117 OJ. Selon l'art. 116 let. a OJ, le Tribunal fédéral connaît dans la procédure de l'action de droit administratif, sous réserve de l'art. 117 OJ, des "contestations fondées sur le droit administratif fédéral", notamment celles "qui opposent la Confédération et les cantons, sauf celles portant sur l'approbation

d'actes législatifs".

Le présent litige concerne l'application du droit administratif fédéral (loi sur les maisons de jeu et loi sur les loteries) et les rapports entre la Confédération et les cantons. En effet, selon l'interprétation qui sera donnée aux dispositions topiques et selon leur mode d'application, les appareils litigieux ne pourront être exploités que dans des maisons de jeu bénéficiant d'une concession octroyée par la Confédération ou alors être autorisés, sur la base de l'art. 5 de la loi sur les loteries, respectivement par les gouvernements cantonaux ou par un organe habilité, qu'ils désigneront à cet effet. L'absence en l'état d'une décision de la Commission déniant définitivement aux cantons leur compétence et le fait que le litige ne concerne pas les compétences législatives des cantons, mais uniquement leur pratique en matière d'autorisations, ne changent rien à l'existence d'une contestation actuelle entre la Confédération et les cantons, au sens de l'art. 116 let. a OJ.

Dans l'arrêt publié aux ATF 125 II 152, le Tribunal fédéral s'est prononcé suite à une action intentée par le canton de Saint-Gall, portant sur la légalité d'une ordonnance fédérale qui limitait les compétences cantonales pour l'autorisation d'automates servant aux jeux d'argent. Le Tribunal fédéral l'a traitée comme réclamation de droit public, en application de l'art. 83 let. a OJ. La délimitation par rapport à l'art. 116 let. a OJ n'est pas absolument claire (cf. à ce sujet Markus Metz, Der direkte Verwaltungsprozess in der Bundesrechtspflege, Bâle 1980, p. 117 ss). Toutefois, cette question n'a pas à être examinée plus avant, parce qu'il s'agit, en l'espèce, uniquement de l'interprétation du droit administratif fédéral et que le litige ne revêt pas une dimension de droit public. Des conflits de compétence entre la Confédération et les cantons peuvent toutefois également surgir lors de l'application du droit administratif fédéral; c'est à ce type de conflits que s'applique la réglementation de l'art. 116 let. a OJ (cf. les exemples cités par Metz, op. cit., p. 99 à 103).
3.4 Il s'ensuit que les cantons concernés pourraient agir par la voie de l'action de droit administratif. L'art. 117 let. c OJ dispose cependant que l'action de droit administratif n'est pas recevable lorsque le litige ressortit, "en vertu d'autres lois fédérales", à l'une des autorités énumérées à l'art. 98 let. b à h OJ; le recours de droit administratif est ouvert en dernière instance contre les décisions de ces autorités. Cette disposition, introduite par la révision de l'OJ du 4 octobre 1991, n'est pas en harmonie avec l'art. 102 let. a OJ, demeuré inchangé, qui prévoit que le recours de droit administratif n'est pas recevable lorsqu'est ouverte la voie de l'action de droit administratif, en vertu de l'art. 116 OJ, ou de toute autre action ou recours devant le Tribunal fédéral, à l'exception du recours de droit public (cf. Pascal Mahon, Réclamation de droit public et recours de droit administratif - A propos de subsidiarité(s), in Benoît Bovay/Minh Son Nguyen, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: Théorie du droit - Droit administratif - Organisation du territoire, Berne 2005, p. 415 ss).
3.5 La réglementation mentionnée ci-avant est interprétée dans la doctrine et dans la jurisprudence en ce sens qu'une décision sur recours de droit administratif ne saurait être rendue lorsque l'action de droit administratif est ouverte (conformément à l'art. 102 let. a OJ, qui prévoit la subsidiarité du recours de droit administratif par rapport à l'action de droit administratif). Toutefois, lorsqu'une autorité, au sens de l'art. 98 let. b à h OJ, est habilitée par une loi (spéciale) à régler un rapport juridique par une décision, la voie de l'action de droit administratif n'est pas ouverte et il y a alors lieu de porter cette décision devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (Rhinow/Koller/Kiss, Oeffentliches Prozessrecht und Justiz- verfassungsrecht des Bundes, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n. 1646, p. 313; Kölz/Häner, op. cit., n. 1043, p. 367; Thomas Hugi Yar, Direktprozesse, in Geiser/Peter/Münch, Prozessieren vor Bundes- gericht, 2ème éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, n. 7.15, p. 253; Nicolas Wisard, Les mécanismes de remplacement de l'action de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1995 p. 1 ss; ATF 124 II 489 consid. 1a et b p. 490 s.; arrêt 2A.131/1995 du 30 septembre
1996, consid. 1c).
3.6 Il ressort des arrêts précités (A. ci-avant) du Tribunal fédéral, du 1er décembre 2004, que c'est la Commission, chargée de l'exécution de la loi sur les maisons de jeu, qui décide - sous réserve de dispositions transitoires - si un appareil ne peut être exploité, en tant qu'automate à sous servant à des jeux de hasard, que dans des maisons de jeu bénéficiant d'une concession. Dans la procédure n°731-022 pendante devant elle, la Commission ne doit pas seulement se prononcer sur l'autorisation d'exploiter des appareils "Tactilo" et "Touchlot" par la Loterie Romande, mais aussi sur la compétence des cantons pour autoriser ces appareils et sur l'éventuelle annulation des autorisations déjà octroyées par les cantons. La décision que la Commission rendra concerne ainsi un conflit de compétences entre la Confédération et les cantons dans le cadre de l'application du droit

administratif fédéral, au sens de l'art. 116 let. a OJ. Dès lors, il convient que les cantons concernés puissent également recourir contre la décision de la Commission et la porter en dernière instance devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. On ne saurait inférer des travaux préparatoires relatifs aux art. 116 et 117 OJ que les
cantons ne sont habilités à soumettre au Tribunal fédéral, par un recours, les contestations prévues à l'art. 116 let. a OJ que lorsque la loi les y autorise explicitement. Bien plus, le Message du Conseil fédéral concernant la révision de l'OJ (FF 1991 II p. 461 ss, ch. 241.3 in fine, p. 493; remarque ad art. 117 let. c, p. 521 s.) a relevé sans réserves que là où l'action de droit administratif était désormais exclue, la voie du recours au Tribunal fédéral était ouverte. La révision des art. 116 et 117 OJ et, partant, l'hypothèse spécifique qui en découle en matière de procédure justifient l'admission de la qualité pour recourir d'un canton, sur la base de l'art. 48 let. a PA et de l'art. 103 let. a OJ, et par là sa qualité de partie, lorsqu'est en cause une contestation qui pourrait, en l'absence d'une décision, être soumise au Tribunal fédéral par la voie de l'action de droit administratif fondée sur l'art. 116 let. a OJ.

3.7 Cette dernière condition étant réalisée en l'espèce, au vu de ce qui précède, les cantons, en tant que collectivités publiques, se verront reconnaître la qualité pour recourir dans la procédure litigieuse, ce qui leur conférera la qualité de parties qu'ils requièrent. La décision contraire de la Commission de recours se fonde sur une interprétation inexacte des dispositions topiques de la procédure fédérale, ce qui conduit à son annulation et à l'admission du recours de droit administratif, sans qu'un renvoi à cette instance ne s'impose. L'affaire sera renvoyée à la Commission pour qu'elle poursuive la procédure dans le sens des considérants, soit en y admettant les cantons concernés comme parties.
4.
S'agissant de la présente procédure, la partie qui succombe est une autorité fédérale dont les intérêts pécuniaires ne sont pas en cause; elle n'a donc pas à supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ). Bien qu'ils soient représentés par un avocat, les cantons, qui obtiennent gain de cause, n'ont pas droit à des dépens (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours de droit administratif est admis et la décision de la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu du 5 septembre 2005 est annulée. Il est constaté que les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura ont la qualité de parties dans la procédure n°731-022 pendante devant la Commission fédérale des maisons de jeu au sujet de la qualification juridique des appareils "Tactilo" et "Touchlot".
2.
Il n'est pas prélevé d'émolument judiciaire.
3.
Il n'est pas alloué de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataires des recourants, à la Commission fédérale des maisons de jeu et à la Commission fédérale de recours en matière de maisons de jeu.
Lausanne, le 4 avril 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: