Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour II
B-1099/2007
{T 1/2}

Arrêt du 18 janvier 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Francesco Brentani (président de chambre),
Philippe Weissenberger, Bernard Maitre (président de cour), Eva Schneeberger, juges,
Pascal Richard, greffier.

Parties

1. B-1099/2007
Société de la Loterie de la Suisse Romande (Loterie Romande), rue Marterey 13, 1005 Lausanne,
représentée par Maître Gérald Mouquin, avocat,
rue de Bourg 33, case postale 6931, 1002 Lausanne,

2. B-1100/2007
Swisslos, Interkantonale Landeslotterie,
Lange Gasse 20, case postale, 4002 Bâle,
représentée par Maître Stefan Rechsteiner, avocat,
Schützengasse 1, Case postale 1230, 8021 Zurich,

3. B-1098/2007
Cantons de ZH, BE, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, FR, SO, BS, BL, SH, AR, AI, SG, GR, AG, TG, TI, VD, VS, NE, GE, JU,
représentés par Maître Yves Burnand, avocat, place St-François 7, case postale 5495, 1002 Lausanne,

recourants,

contre

Fédération suisse des casinos, Marktgasse 50,
case postale 593, 3003 Berne,
représentée par Maître Isabelle Häner, avocate,
Bahnhofstrasse 106, case postale 1130, 8021 Zurich,
intimée,

Commission fédérale des maisons de jeu CFMJ,
Eigerplatz 1, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Procédure administrative relative aux distributeurs « tactilo » et « touchlot ».

Faits :

A.
En date du 5 mars 1998, la Conférence Romande de la Loterie et des jeux (ci-après : CRLJ) a autorisé la Société de la Loterie de la Suisse Romande (ci-après : Loterie Romande) à exploiter les distributeurs « tactilo » ; la Loterie Romande en exploite quelque 400 appareils dans les différents cantons de la Suisse romande. Ces distributeurs donnent accès, au moyen d'un écran tactile, à des versions électroniques de billets à gratter vendus également en version papier (cf. règlement des jeux du « tactilo »).

Lors des travaux préparatoires en vue de la révision de la législation sur les loteries, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a mandaté, d'entente avec les cantons, le Professeur Rouiller ainsi que le Laboratoire Nederlands Meetinstitut Certin B.V. (ci-après : NMi) afin qu'ils examinent s'il fallait assimiler les appareils « tactilo » à une loterie ou à une machine à sous servant aux jeux de hasard uniquement exploitable dans les maisons de jeu. Le Conseil fédéral a finalement suspendu la révision en cours et laissé le soin aux tribunaux, en cas de contestation, de procéder à la délimitation entre la législation sur les loteries et celle sur les maisons de jeu.

Depuis mai 2004, Swisslos Interkantonale Landeslotterie (ci-après : Swisslos) a exprimé l'intention de mettre en service des appareils du même type, le « touchlot », en Suisse alémanique.

B.
Par décision du 10 juin 2004, la Commission fédérale des maisons de jeu (ci-après : CFMJ) a ouvert une procédure afin de déterminer si les distributeurs respectivement « tactilo » et « touchlot » sont assujettis à la loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels (LLP, RS 935.51) ou à la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (LMJ, RS 935.52). Elle a en outre interdit, à titre superprovisionnel, de mettre ou de faire mettre en service, durant la procédure, de nouveaux distributeurs de type « tactilo » ou d'autres appareils de loterie. En revanche, la Loterie Romande a été autorisée à exploiter les appareils d'ores et déjà en service en Suisse romande. Après avoir accordé le droit d'être entendu aux sociétés de loterie concernées, elle a confirmé sa décision superprovisionnelle en date du 8 juillet 2004.

La Loterie Romande – par mémoires respectivement des 28 juin et 19 juillet 2004 –, Swisslos et Sport-Toto-Gesellschaft – chacune par mémoires respectivement des 28 juin et 16 juillet 2004 – ont contesté devant la Commission de recours en matière de maisons de jeu (ci-après : Commission de recours) aussi bien les mesures superprovisionnelles que les mesures provisionnelles. Elles ont en outre requis, à titre provisionnel, de ladite Commission de recours qu'elle interdise à la CFMJ de procéder à des vérifications complémentaires faute de compétence en matière de loteries.

Par décisions des 19, 22, 23 et 26 juillet 2004, le Président de la Commission de recours a rejeté les requêtes de mesures provisionnelles.

Statuant sur les recours de la Loterie Romande, de Swisslos et de Sport-Toto-Gesellschaft contre les décisions présidentielles, le Tribunal fédéral les a rejetés dans la mesure où ils étaient recevables par arrêts du 1er décembre 2004.

En date du 15 juillet 2005, la Commission de recours a déclaré sans objet le recours de la Loterie Romande contre la décision superprovisionnelle de la CFMJ et rejeté celui déposé contre la décision la confirmant. Suite au retrait par Swisslos et Sport-Toto-Gesellschaft de leurs recours respectifs pendants auprès de la Commision de recours, cette dernière a procédé à leur radiation du rôle par décision du 19 juillet 2005.

C.

Par mémoire du 9 juillet 2004, Escor Automaten SA (ci-après : Escor) et Swissplay ont déposé auprès de la CFMJ une demande en vue de participer à la procédure administrative relative aux distributeurs « tactilo » et « touchlot ».

En date du 19 juillet 2004, la Fédération suisse des casinos (ci-après : FSC), organisée en la forme d'une association, a requis de la CFMJ qu'elle lui reconnaisse la qualité d'intervenante dans la procédure susmentionnée. Cette requête valait aussi bien pour la procédure au fond que pour la procédure de mesures provisionnelles.

En date du 23 août 2004, la CFMJ a transmis les requêtes aux parties – dont la qualité était alors reconnue – et les a invitées à se

déterminer. La Loterie Romande, Swisslos et Sport-Toto-Gesellschaft ont chacune conclu au rejet des requêtes de participation à la procédure.

Par courrier du 2 septembre 2004, la CFMJ informa les requérantes que, pour l'heure, elle n'avait l'intention ni de rendre une décision ni de les inclure à la procédure.

D.
En date du 11 août 2004, la CFMJ a fait parvenir aux sociétés de loterie des expertises ainsi que des rapports dont elle estimait qu'ils pouvaient éventuellement se révéler déterminants pour la suite. Les arguments développés dans les différents rapports et expertises seront repris plus loin dans la mesure où ils s'avèrent nécessaires pour la présente décision.

E.
Par requête du 17 novembre 2004, Swisslos et Sport-Toto-Gesellschaft ont demandé à être libérées de la procédure administrative sans qu'aucun frais ne soit mis à leur charge.

F.
Le 29 novembre 2004, il a été procédé, dans les locaux de la Loterie Romande, à une présentation du mode de fonctionnement des appareils « tactilo » pour une délégation composée de membres de la CFMJ ainsi que de collaborateurs du secrétariat. Un procès-verbal a été établi par la CFMJ puis transmis à la Loterie Romande.

Après de nombreux échanges de courriers, la société Gaming Laboratories International Europe B.V., GZ Hillegom, NL (ci-après : GLI) a été mandatée par l'autorité inférieure en vue d'une expertise de l'appareil « tactilo » en date du 21 avril 2005. Un catalogue de questions ainsi que les modalités ont été arrêtés d'entente avec la Loterie Romande.

G.
En date du 27 avril 2005, deux collaborateurs de la CFMJ se sont rendus dans des établissements choisis au hasard, exploitant des appareils « tactilo ». Ils ont consigné leurs observations dans un procès-verbal.

Le 23 mai 2005, la CFMJ a transmis ce procès-verbal ainsi que le rapport d'expertise GLI, remis le 18 mai 2005, aux sociétés de loterie en les informant qu'elle considérait la procédure d'administration des preuves comme terminée, ces dernières étant toutefois invitées à se déterminer sur le résultat de la procédure probatoire.

La Loterie Romande a communiqué ses prises de position les 30 septembre et 22 novembre 2005 ; Swisslos et Sport-Toto-Gesellschaft ont fait part de leurs déterminations respectivement les 14 octobre et 15 novembre 2005. Chacune des sociétés de loterie a fait valoir que l'appareil « tactilo » consistait en une loterie et n'était dès lors pas soumis à la législation sur les maisons de jeu. Elles ont en outre requis qu'il soit mis fin à l'enquête.

H.
Par requête du 8 avril 2005, les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura ont demandé à intervenir dans la procédure susmentionnée en qualité de partie. La CFMJ puis, sur recours, la Commission de recours ont rejeté leur requête. Le Tribunal fédéral a quant à lui reconnu leur qualité de partie à la procédure par arrêt du 4 avril 2006 (cf. arrêt du TF 2A.597/2005).

Par décision du 12 mai 2006, la CFMJ a donné aux autres cantons la possibilité de participer à la procédure. Tous les cantons se sont ainsi constitués partie jusqu'au 28 novembre 2006.

I.
Par mémoire non daté reçu le 21 novembre 2005, l'association Equiterre, la fondation de l'Institut International des Droits de l'Enfant, l'association Caritas Jura, l'association Regio, l'association Archimob, l'association des amis du Conservatoire de Neuchâtel et l'association EnJEUpublic ont requis de la CFMJ qu'elle leur reconnaisse la qualité de partie dans la procédure administrative relative à la qualification juridique des distributeurs « tactilo » et « touchlot ». A ce mémoire était jointe une demande de suspension de la procédure au fond jusqu'à droit connu sur la requête.

Par mémoire du 6 décembre 2005, la fondation de l'Orchestre de la Suisse romande a, à son tour, requis que la qualité de partie lui soit reconnue dans le cadre de ladite procédure. Cette requête était également doublée d'une demande de suspension de la procédure.
Par décision du 13 décembre 2005, la CFMJ a rejeté leurs requêtes

aux motifs que les associations et fondations requérantes ne satisfaisaient pas aux conditions mises à la reconnaissance de la qualité de partie. Dite décision a été confirmée par la Commission de recours le 6 novembre 2006.

Par mémoires séparés du 27 janvier 2006, l'organe valaisan de répartition du bénéfice de la Loterie Romande ainsi que la société vaudoise d'aide sociale et culturelle ont tous deux requis de la CFMJ qu'elle leur reconnaisse la qualité de partie dans la procédure administrative relative à la qualification juridique des distributeurs « tactilo » et « touchlot ». À ces mémoires était jointe une demande de suspension de la procédure au fond jusqu'à droit connu sur les requêtes.

Par décision du 1er mars 2006, la CFMJ a rejeté les deux requêtes. Cette décision a été confirmée par la Commission de recours le 6 novembre 2006.

Les associations et fondations ainsi que les organismes de répartition ont porté la contestation devant le Tribunal fédéral par mémoire du 5 décembre 2006.

En date du 23 avril 2007, le Tribunal fédéral a rayé la cause du rôle jugeant que le recours était devenu sans objet. Il a estimé que les associations et fondations ainsi que les organismes de répartition n'avaient pas d'intérêt actuel au recours dès lors qu'ils avaient contesté la décision au fond auprès du Tribunal administratif fédéral.

J.
Par courrier du 18 août 2006, les cantons ont exigé de la CFMJ qu'elle consigne dans un procès-verbal toutes les démarches entreprises et toutes les activités menées dans le cadre de la procédure en cours. La CFMJ a rejeté cette requête par courrier du 6 septembre 2006, puis, à la demande du mandataire des cantons, par décision formelle du 27 septembre 2006.

Par mémoire du 10 octobre 2006, les cantons ont demandé à la CFMJ de constater que les appareils « tactilo » obéissent à un plan de loterie et sont dès lors soumis à la législation y relative relevant de la compétence des cantons. Ils ont également requis qu'il soit mis fin à la procédure et que certaines pièces soient retranchées du dossier.

K.
Le 30 novembre 2006, la CFMJ a rejeté la requête de Swisslos visant à sa libération de la procédure et a admis la requête similaire de Sport-Toto-Gesellschaft.

L.
En date du 21 décembre 2006, la CFMJ a reconnu à la FSC la qualité de partie et rejeté les requêtes d'Escor et de Swissplay tendant à participer à la procédure.

Le même jour, elle a rendu deux décisions, l'une en français, l'autre en allemand, sur la question de fond. Elle a interdit l'exploitation des distributeurs « tactilo » ainsi que des appareils présentant les mêmes caractéristiques techniques à l'extérieur des maisons de jeu au bénéfice d'une concession ; elle a de surcroît ordonné la mise hors service et le retrait du marché desdits distributeurs en exploitation, dans un délai de six mois dès l'entrée en force de la décision. Elle a en effet considéré que les distributeurs « tactilo » sont soumis à la législation sur les maisons de jeu car ils présentent de grandes ressemblances avec les appareils à sous au sens de dite législation.

M.
La Loterie Romande (cause B-578/2007), Swisslos (cause B- 517/2007) et les cantons (cause B-583/2007) ont interjeté recours contre la décision de la CFMJ du 21 décembre 2006 reconnaissant la qualité de partie à la FSC par mémoire du 19 janvier 2007 adressé au Tribunal administratif fédéral. Ils concluent principalement à ce que la FSC ne soit admise ni en qualité de partie ni en qualité d'intervenante à la procédure administrative relative aux distributeurs « tactilo » et subsidiairement à l'annulation de la décision de la CFMJ.

N.
Par mémoire du 8 février 2007, complété le 7 mars 2007, la Loterie Romande (cause B-1099/2007) a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision rendue le 21 décembre 2006 par la CFMJ qualifiant les distributeurs « tactilo » de jeux de hasard au sens de la législation sur les maisons de jeu. Les cantons (cause B-1098/2007) ont également recouru contre cette décision par écritures du 7 février 2007, complétées le 7 mars 2007. Il en va de même pour Swisslos (cause B-1100/2007) par mémoire du 8 février 2007. Ils concluent tous principalement à ce qu'il soit constaté que les distributeurs « tactilo » sont régis par la législation sur les loteries, à la

levée de l'interdiction prononcée par l'autorité inférieure et à ce que la FSC ne soit admise ni en qualité de partie ni en qualité d'intervenante à la procédure administrative relative aux distributeurs « tactilo ». Subsidiairement, la Loterie Romande et les cantons ont conclu à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause. Encore plus subsidiairement, tous deux concluent, dans l'hypothèse où le tribunal saisi confirmerait la soumission des appareils en cause à la législation sur les maisons de jeu, qu'il soit accordé un délai de cinq ans à la Loterie Romande pour leur mise hors service. Par voie provisionnelle, les recourants requièrent du Tribunal administratif fédéral qu'il suspende l'instruction du recours contre la décision principale jusqu'à droit connu sur la question de la qualité de partie de la FSC. La Loterie Romande et les cantons étendent cette requête à la qualité de partie des associations et fondations bénéficiaires ainsi que des organismes cantonaux de répartition, ce dernier point faisant alors l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal fédéral. Ces deux recourants demandent encore que différentes pièces soient retranchées du dossier, soit le rapport Weder du 6 septembre 2003, le procès-verbal d'observation du 27 avril 2005 ainsi que le rapport Bellanger, Boisvert, Papineau, Vétéré de février 2003 et, enfin, que l'instruction du recours soit suspendue jusqu'au retranchement requis. Par voie incidente, ils réclament également que l'autorité inférieure établisse un procès-verbal de toutes ses opérations depuis le début de l'enquête menée ainsi qu'un bordereau et un classement ordonné des pièces du dossier. Swisslos a également requis de l'autorité inférieure qu'elle lui transmette une copie du courrier adressé le 2 décembre 2004 à l'intimée.

À l'appui de leurs conclusions, les recourants font principalement valoir que les appareils en cause sont régis par la législation sur les loteries et que leurs autorisations relèvent dès lors de la compétence des cantons. Ils exposent que dite législation définit les loteries aux moyens de critères dont seul le plan se révèle de nature à les différencier des jeux de hasard soumis à la législation sur les maisons de jeu. Ils relèvent que, s'agissant des distributeurs « tactilo », il n'est pas contesté qu'ils sont régis par un tel plan. Par ailleurs, ils invoquent que la législation ne contient aucune lacune dans la mesure où le législateur a expressément renoncé à légiférer en la matière lors des dernières révisions législatives relatives au domaine des jeux et loteries. Quant aux autres critères de délimitation utilisés par l'autorité inférieure, ils avancent que ceux-ci n'ont jamais été consacrés par le

Tribunal fédéral et qu'ils créent une insécurité juridique dès lors qu'ils reposent principalement sur la perception subjective du jeu par les utilisateurs. Ils font pour le reste valoir que les risques liés à la mise à disposition de tels appareils doivent être appréhendés par les cantons, seuls compétents en la matière. À cet égard, ils exposent que ceux-ci ont d'ores et déjà pris leur responsabilité par voie intercantonale. Swisslos fait également valoir que le distributeur « touchlot » qu'elle souhaite mettre en service serait différent de « tactilo » et que l'autorité inférieure n'était pas habilitée, sans avoir procédé à un examen spécifique, à en interdire l'exploitation. Les cantons et la Loterie Romande invoquent quant à eux une violation du droit d'être entendu pour différents motifs entraînant l'annulation de la décision entreprise.

O.
Par mémoire commun du 8 février 2007, l'association Equiterre, la fondation de l'Institut International des Droits de l'Enfant, l'association Caritas Jura, l'association Regio, l'association Archimob, l'association des amis du Conservatoire de Neuchâtel, l'association EnJEUpublic et la fondation de l'Orchestre de la Suisse romande ainsi que l'organe valaisan de répartition du bénéfice de la Loterie Romande et la société vaudoise d'aide sociale et culturelle ont également recouru contre la décision rendue le 21 décembre 2006 auprès du Tribunal administratif fédéral. Ils concluent à ce que la nullité de la décision soit constatée et, subsidiairement, à son annulation. À l'appui de leurs conclusions, ils invoquent une violation de leur droit d'être entendu ainsi qu'une violation du principe de la bonne foi dans la mesure où la CFMJ a rendu sa décision avant que le Tribunal fédéral ne se soit prononcé sur la requête de mesures provisionnelles tendant à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur leur qualité de partie. Les recourants font également valoir que la loi sur les loteries et les paris professionnels ainsi que la loi sur les jeux de hasard et les maisons de jeu ont été violées, l'exploitation des distributeurs « tactilo » étant exclusivement régie par la législation sur les loteries.

En date du 14 septembre 2007, le Tribunal administratif fédéral a déclaré leur recours irrecevable faute de qualité pour recourir.

P.
Par décision incidente du 19 janvier 2007, le juge instructeur de la cause B-517/2007 a fait droit à la requête de Swisslos tendant à la remise d'une copie du courrier que l'autorité inférieure a adressé le

2 décembre 2004 à l'intimée de sorte que sa requête similaire du 8 février 2007 s'avère sans objet.

Q.
Par décisions incidentes des 26 et 30 octobre 2007, les juges instructeurs saisis ont joint, d'une part, les causes allemandes B- 517/2007 et B-1100/2007 et, d'autre part, les causes françaises B- 578/2007, B-583/2007, B-1098/2007 ainsi que B-1099/2007 et ont restitué aux recourants les avances de frais acquittées dans les causes B-517/2007, B-578/2007 et B-583/2007. Il a en outre été annoncé que la question de la qualité de partie de la FSC en première instance ainsi qu'en procédure de recours serait examinée préalablement dans la procédure unifiée et ferait l'objet d'une décision incidente.

R.
Par décisions respectivement des 6 et 12 décembre 2007, le Tribunal administratif fédéral a déclaré irrecevables les recours déposés contre la décision reconnaissant la qualité de partie à la FSC (causes B- 517/2007, B-578/2007 et B-583/2007) et a admis cette dernière en qualité de partie dans la procédure de recours contre la décision sur le fond.

Statuant en dernière instance, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevables et rejeté dans la mesure où ils étaient recevables les recours formés par la Loterie Romande, les cantons et Swisslos contre ces décisions, par arrêts des 12 mars 2008 et 23 avril 2008.

S.
Par décision incidente du 10 janvier 2008, il a été procédé à la jonction de la procédure de recours instruite en allemand (cause B-1100/2007) avec celle instruite en français (cause B-1099/2007), la langue de la procédure retenue étant le français.

En date du 12 février 2008, compte tenu des recours formés auprès du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral a suspendu l'instruction de la cause jusqu'à droit définitivement connu sur la qualité de partie de l'intimée. La procédure a été reprise par décision incidente du 19 mai 2008.

T.
Par requête du 5 juin 2008, l'intimée a demandé à accéder au dossier. Les cantons et la Loterie Romande ayant fait valoir que celui-ci contenait des secrets d'affaires, le Tribunal administratif fédéral les a invités à établir une liste des pièces concernées. Ils se sont exécutés par écritures du 8 juillet 2008. Ils ont en outre expressément requis que l'autorité inférieure établisse un bordereau détaillé de son dossier ainsi que la tenue d'une séance d'instruction en vue de faire l'inventaire complet des pièces produites et leur localisation dans le dossier.

Par décision incidente du 28 août 2008, le Tribunal administratif fédéral a renvoyé le dossier à la CFMJ et l'a invitée à établir un bordereau exhaustif en bonne et due forme répertoriant l'ensemble des pièces du dossier. L'autorité inférieure a également été invitée à indiquer le contenu essentiel des pièces considérées comme confidentielles par les cantons et la Loterie Romande dont elle a tenu compte dans la décision entreprise. Celle-ci s'est exécutée par courrier du 25 septembre 2008.

U.
En date du 14 octobre 2008, les cantons et la Loterie Romande ont demandé à consulter à nouveau le dossier de la CFMJ dès lors qu'il avait été complété par un bordereau de pièces et ont proposé de déposer leurs propres résumés des pièces qu'ils tiennent pour confidentielles.

Par ordonnance du 16 octobre 2008, le Tribunal administratif fédéral a invité les recourants à venir consulter à nouveau le dossier sur place ainsi qu'à résumer le contenu essentiel des pièces considérées comme confidentielles.

Par écritures du 14 novembre 2008, les cantons et la Loterie Romande ont requis la jonction au dossier de tous les courriels échangés dans le cadre de l'expertise GLI, l'établissement d'un bordereau répertoriant individuellement toutes les pièces ainsi que le retranchement de certaines pièces du dossier.

Par décision incidente du 1er décembre 2008, le Tribunal administratif fédéral a ordonné à la CFMJ de produire l'ensemble des courriels échangés dans le cadre de l'expertise GLI et a retranché du dossier

les pièces relatives à la demande de participation à la procédure de deux organes cantonaux de répartition ainsi que des huit associations bénéficiaires. Pour le reste, les requêtes en complètement du bordereau ainsi qu'en retranchement des autres pièces du dossier ont été rejetées.

Le 10 décembre 2008, les cantons et la Loterie Romande ont établi une liste de pièces considérées comme confidentielles et ont transmis un résumé du contenu desdites pièces. Le même jour, la CFMJ a transmis l'ensemble des courriels échangés dans le cadre de l'expertise GLI.

Par écritures du 12 janvier 2009, les cantons et la Loterie Romande ont fait parvenir au Tribunal administratif fédéral une version résumée des courriels et des résumés produits par l'autorité inférieure qui, selon eux, contiennent des secrets d'affaires.

Le 12 février 2009, l'intimée a informé le Tribunal administratif fédéral qu'elle acceptait que son accès au dossier soit limité aux pièces n'étant pas considérées comme confidentielles par les recourants ainsi qu'aux résumés établis par ceux-ci.

Par décision incidente du 16 février 2009, le Tribunal administratif fédéral a autorisé l'intimée à consulter l'ensemble du dossier à l'exception des pièces qui, selon les listes établies par la Loterie Romande et les cantons, contiennent des secrets d'affaires.

V.

Dans ses réponses du 20 mars 2007 et du 18 juin 2008, l'autorité inférieure a conclu au rejet des recours. Elle fait valoir que l'existence d'un plan ne constitue pas un élément suffisant pour qualifier les distributeurs « tactilo » de loterie. Elle ajoute que les éléments constitutifs d'une loterie ne s'avèrent pas prépondérants et que, sur de nombreux points, ces distributeurs sont très similaires aux appareils à sous exploités par les maisons de jeu, en particulier en ce qui concerne le générateur de hasard, le taux de redistribution, la vitesse de jeu, le potentiel de gains et de pertes, la possibilité de multiplier les mises et les gains, enfin le potentiel de dépendance au jeu. Elle indique en outre que l'appareil est perçu par le joueur comme un appareil à sous servant aux jeux de hasard. Pour ces raisons, elle estime qu'il convient de les inclure dans le champ d'application de la

législation sur les maisons de jeu. Elle avance également qu'une interprétation de la législation sur les loteries conduit au même résultat puisque celle-ci contient une lacune s'agissant des loteries électroniques et que dès lors, en qualité de lex generalis, la législation sur les maisons de jeu doit s'appliquer. Plus précisément, la CFMJ fait valoir que les distributeurs « tactilo » ne reproduisent pas exactement le schéma d'une loterie traditionnelle sur support papier dans la mesure où le joueur ne peut pas sélectionner directement le billet et que, en cas d'achat simultané de plusieurs billets, le système choisit que ceux-ci soient tous gagnants ou tous perdants de sorte qu'ils ne s'avèrent plus indépendants les uns des autres. Elle ajoute également que, contrairement à un jeu de loterie traditionnel, les billets en vente sont retirés avant même d'avoir été épuisés. À cet égard, elle estime que le plan de gains des distributeurs « tactilo » ne présente pas de différences fondamentales avec ceux des machines à sous. De surcroît, elle indique que considérer qu'un jeu obéissant à un plan constitue nécessairement une loterie conduirait à une grande différence d'appréciation des valeurs entre la législation sur les loteries et celle sur les jeux de hasard, ce qui serait contraire au principe de l'unité de l'ordre juridique. Au grief de Swisslos selon lequel l'autorité inférieure n'est pas habilitée, sans avoir procédé à un examen spécifique, à interdire l'exploitation du jeu « touchlot », elle rétorque que, par souci d'égalité de traitement, il convient également d'interdire l'exploitation des appareils présentant les mêmes caractéristiques techniques quel que soit le nom qu'il puisse leur être donné. Enfin, la CFMJ conteste les griefs de nature formelle développés par les recourants.

Par mémoire de réponse du 17 mars 2009, l'intimée a conclu au rejet du recours avec suite de frais et dépens. À l'appui de ses conclusions, elle invoque que l'interprétation de la législation sur les loteries conduit à la constatation d'une lacune en ce qui concerne les jeux de loterie électroniques. Elle ajoute que la législation plus récente en matière de maisons de jeu vise à réglementer l'ensemble des machines à sous tel que cela ressort des travaux préparatoires à son élaboration. À cet égard, elle indique que la réserve contenue dans la loi sur les maisons de jeu ne vaut que pour les loteries expressément prévues par la législation idoine, dite réserve ne valant que pour les dispositions de la loi sur les loteries. Ainsi, selon elle, l'ensemble des machines à sous tombent sous le champ d'application de la législation sur les maisons de jeu même si elles ne satisfont pas pleinement à la définition qui y

est donnée, une loi générale plus récente primant une loi spéciale ne contenant pas de dispositions claires sur les appareils en cause. Elle appuie son interprétation d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 5 janvier 2009 relatif à l'interdiction de l'utilisation d'un réseau de communication électronique pour l'exploitation de jeux de hasard, celle-ci valant également pour les loteries et paris indépendamment de la réserve de l'art. 1 al. 2 LMJ. De surcroît, elle avance que les cantons ne sont pas habilités à autoriser toute sorte de loterie au seul motif qu'elle dispose d'un plan de redistribution faute de quoi ils enfreindraient l'interdiction des loteries prévue dans la législation. Une telle interprétation des normes légales en cause contreviendrait en outre, selon elle, au but de la loi ainsi qu'à la volonté historique du législateur. De plus, elle estime que le critère du plan n'est pas à même d'assurer que les buts visés par la législation sur les maisons de jeu soient respectés, notamment garantir une exploitation des jeux sûre et transparente ainsi que prévenir les conséquences socialement dommageables du jeu. Elle indique également que le Tribunal fédéral a usé de ce critère pour distinguer les jeux de hasard des loteries dans le seul cadre du droit pénal afin de déterminer s'il s'agissait d'une loterie ou d'un jeu prohibé et ainsi de définir l'autorité répressive compétente. Enfin, quant aux appareils mêmes, l'intimée estime qu'ils ne se différencient que peu des machines à sous. Elle précise cependant que si le Tribunal administratif fédéral devait contre toute attente considérer que le plan constituait le critère déterminant de délimitation, elle requiert à pouvoir prendre plus amplement connaissance des expertises. S'agissant des frais et dépens, elle expose que si le recours devait être admis, il conviendrait de ne pas mettre les frais à sa charge compte tenu du fait qu'elle n'a pas participé à la procédure de première instance et n'a dès lors pas pu influer sur la décision entreprise.

W.

Invités à répliquer dans un délai échéant au 4 mai 2009 prolongé à deux reprises, les recourants ont repris et complété leur argumentation. Swisslos a confirmé ses conclusions par mémoire du 4 juin 2009. La Loterie Romande a, par écritures du 1er juillet 2009, maintenu ses conclusions à l'exception de : celle subsidiaire tendant à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision, celle relative au retranchement du rapport Weder, celles relatives à la tenue d'un procès-verbal des opérations et à l'établissement d'un bordereau

complet des pièces ainsi que celles requérant une suspension de la procédure. Dans leur réplique du 1er juillet 2009, les cantons ont également confirmé leurs conclusions. Ils ont cependant retiré celles relatives à la tenue d'un bordereau des pièces du dossier ainsi que d'un procès-verbal des opérations d'enquête et celle requérant le retranchement du rapport Weder du dossier. Ils ont également renoncé à recourir contre la décision incidente du 28 septembre 2006 de l'autorité inférieure refusant de prolonger le délai – qui leur était imparti pour se déterminer sur le résultat de la procédure probatoire – jusqu'à droit connu sur la constitution de partie à la procédure de certaines associations et fondations bénéficiaires ainsi que des organes de répartition vaudois et valaisan.

S'agissant des motifs, les recourants reprennent pour l'essentiel ceux invoqués dans leurs mémoires de recours, soit que la législation sur les maisons de jeu et celle sur les loteries sont bien distinctes, que le plan constitue le seul critère d'assujettissement à la loi sur les loteries, que les jeux du « tactilo » répondent à la définition de loterie et sont dès lors exclusivement soumis à la législation sur les loteries. À ce sujet, ils affirment que ces thèses ont clairement été confirmées par le Tribunal fédéral dans son ATF 133 II 68 alors que celui-ci était bien informé de la problématique des jeux du « tactilo ». S'agissant de l'interprétation de la loi sur les maisons de jeu, ils font valoir qu'il ressort des travaux préparatoires que le législateur voulait clairement exclure les loteries de son application et procéder ultérieurement à une révision de la loi sur les loteries, révision à laquelle il a finalement été renoncé. Ils réfutent également l'existence d'une quelconque lacune dans la loi sur les loteries et exposent que les cantons, compétents pour légiférer en matière de loterie, ont pris des mesures pour lutter contre les dépendances que peuvent engendrer les distributeurs automatiques tels que le « tactilo ». Quant à la définition légale des loteries, ils font valoir que le législateur historique a voulu retenir une notion suffisamment large pour que celle-ci s'adapte à l'évolution technologique et que la planification constitue le critère permettant de distinguer entre loteries et jeux de hasard. À cet égard, ils rappellent que les expertises techniques avaient clairement confirmé que les jeux du « tactilo » fonctionnaient selon un plan. Ils avancent enfin qu'on ne saurait ajouter de nouveaux critères de délimitation tels que les modalités d'exploitation des jeux ou les équipements servant à leur exploitation faute de contrevenir au principe de la légalité.

S'agissant plus précisément de l'interdiction d'appareils présentant les mêmes caractéristiques techniques que les distributeurs « tactilo », Swisslos fait valoir que l'autorité inférieure a usé d'un terme indéterminé sujet à interprétation. Elle estime dès lors que le chiffre 1 du dispositif est nul puisqu'il ne satisfait pas au caractère individuel et concret que doit revêtir une décision.

La Loterie Romande se plaint, quant à elle, du comportement de l'autorité inférieure dans le cadre de l'expertise GLI et invoque une violation de son droit d'être entendu. Pour le surplus, elle présente les projets de modernisation envisagés du système de jeu « tactilo ».

Les cantons exposent également les activités de la Commission des loteries et paris (Comlot), en particulier celle de surveillance des loteries ; ils ajoutent que la Loterie Romande va incessamment obtenir la certification de sa conformité aux standards de jeux responsables instaurés par l'Association européenne des loteries. Ils produisent en outre un rapport de Jean-Pascal Laedermann, docteur en mathématiques et ingénieur physicien, qui arrive à la conclusion que la thèse qualifiant le jeu « tactilo » de jeu de casino – retenue par le rapport Weder – se révèle scientifiquement insoutenable. Ils ont également transmis une prise de position du Professeur Christian Osiek quant aux réponses de l'autorité inférieure et de l'intimée, dans laquelle celui-ci affirme qu'il n'est pas possible de soutenir que les mesures accompagnant la loterie « tactilo » seraient moins efficaces que celles mises en oeuvre dans les casinos. Les recourants ont également informé le Tribunal administratif fédéral du projet de renouvellement du système de gestion du « tactilo », notamment de la possibilité de connecter les distributeurs directement à l'unité centrale, de commencer de nouvelles émissions pendant que se terminent les précédentes ainsi que d'implanter de nouveaux modérateurs.

X.

En date du 30 juillet 2009, l'intimée a dupliqué en confirmant l'ensemble de ses conclusions et griefs. S'agissant des faits nouveaux allégués par la Loterie Romande et les cantons, l'intimée fait valoir qu'ils sortent du cadre du litige dans la mesure où ils ne se réfèrent pas directement aux appareils en cause.

Par écritures du 7 août 2009, la CFMJ s'est déterminée sur les répliques déposées par les recourants et a maintenu ses conclusions de rejet des recours dans la mesure de leur recevabilité. Concernant la reconnaissance de la qualité de partie de l'intimée, l'autorité inférieure fait valoir que la question a d'ores et déjà été tranchée par le Tribunal administratif fédéral et que les conclusions des recourants s'y référant s'avèrent dès lors irrecevables. Elle revient sur les motifs de la décision attaquée et indique que, selon elle, lorsque le législateur a adopté la nouvelle loi sur les maisons de jeu, il entendait y soumettre les appareils « tactilo ». Celui-ci aurait clairement exprimé que l'exploitation de loteries par le biais de télécommunications était inadmissible tant que celles-ci ne seraient pas nouvellement réglementées par une révision ordinaire de la LLP. De plus, elle explique avoir constaté dans sa décision attaquée que la loi sur les loteries présente une lacune improprement dite, ce que confirme les débats parlementaires lors de l'adoption de la loi sur les maisons de jeu. Elle réfute pour le reste les arguments avancés par Swisslos lorsque cette dernière prétend que l'appareil « touchlot » n'a pas été examiné en exposant qu'elle a compris lesdits appareils dans son dispositif sur la base du rapport annuel 2004 de la Sport-Toto-Gesellschaft indiquant clairement que ces appareils seraient identiques à ceux exploités par la Loterie Romande.

Y.
Invités par le Tribunal administratif fédéral à indiquer s'ils entendaient maintenir leurs requêtes en audition de témoins ainsi que celles relatives à la tenue de débats publics, les mandataires de la Loterie Romande et des cantons ont annoncé, par courrier du 8 septembre 2009, qu'ils y renonçaient mais maintenaient en revanche leurs réquisitions en éconduction d'instance de l'intimée et en retranchement de pièces.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), en vigueur depuis le 1er janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral connaît, selon l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités citées à l'art. 33 LTAF. Étant donné que la décision entreprise a été notifiée le 9 janvier 2007, ledit Tribunal est en principe compétent (cf. art. 53 LTAF).

En particulier, les décisions rendues par la CFMJ en matière de jeux de hasard et maisons de jeu peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. f LTAF.

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour juger du présent litige.

1.3 Les recourants, qui ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement atteints par la décision et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.4 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Les recours sont ainsi recevables.

2.
À titre liminaire, s'agissant des griefs formés par les recourants 1 et 3 contre la décision de l'autorité inférieure reconnaissant la qualité de partie à l'intimée, il suffit de constater que la Cour de céans les a déjà déclarés irrecevables par décision incidente du 12 décembre 2007 dans la mesure où ladite décision de l'autorité inférieure n'a pas influé sur la décision finale. En outre, le Tribunal administratif fédéral a, par dite décision incidente motivée, reconnu la qualité de partie de l'intimée pour la présente procédure de recours. Il n'y a, par conséquent, pas lieu de revenir sur ces griefs.

Quant aux requêtes en retranchement du procès-verbal de l'inspection locale du 27 avril 2005 et du rapport Bellanger/Boisvert/ Papineau/Véteré formées par les mêmes recourants, le Tribunal administratif fédéral les a rejetées par décision incidente du 1er décembre 2008 et renvoie aux motifs y contenus.

3.
La Loterie Romande ayant retiré ses conclusions tendant à l'annulation de la décision querellée, il sied en premier lieu d'examiner les griefs de nature formelle formés par les cantons, lesquels ont été maintenus. À l'appui de leurs conclusions en annulation, ceux-ci invoquent la violation du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) ainsi qu'à l'art. 29 PA. À cet égard, ils font valoir qu'ils n'ont pas eu l'opportunité de se déterminer sur les éventuels arguments juridiques de l'intimée quant à la procédure au fond et que la décision entreprise fait référence aux taux de redistribution des distributeurs « tactilo » alors que les parties n'ont jamais été invitées à se prononcer sur ce point. De plus, bien qu'elle ait retiré ses conclusions tendant à l'annulation de la décision entreprise, la Loterie Romande fait valoir que le comportement de l'autorité inférieure dans le cadre de l'expertise GLI – dans la mesure où elle n'a pas laissé suffisamment de temps aux experts pour examiner les données qu'elle lui avait transmises afin de déterminer la vitesse de jeu dans le réseau « tactilo » – constitue une violation de son droit d'être entendu.

3.1 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 V 368 consid. 3.1). En effet, le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui portent atteinte à sa situation juridique (ATF 122 I 53 consid. 4a, ATF 122 I 109 consid. 2a, ATF 114 Ia 97 consid. 2a et les références citées). Plus précisément, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu confère aux parties le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise ; si cette règle s'applique sans restriction pour les questions de fait, il est admis que, pour ce qui est de la qualification juridique, elle ne vaut que dans

l'hypothèse où une partie change inopinément son point de vue juridique ou lorsque l'autorité a l'intention de s'appuyer sur des arguments juridiques inconnus des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption (ATF 124 I 49 consid. 3c). Selon la jurisprudence récente, la violation du droit d'être entendu entraîne l'annulation de la décision querellée. Le vice peut toutefois être réparé en procédure de recours lorsque l'autorité de recours dispose d'un libre pouvoir d'appréciation en fait et en droit et qu'un renvoi à l'instance inférieure s'avérerait contraire au principe d'économie de procédure, notamment lorsque l'autorité de recours connaît la position de l'instance inférieure, si bien qu'il ne sert à rien de lui renvoyer l'affaire pour nouvelle décision (ATF 132 V 387 consid. 5.1 s.).

3.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a clairement indiqué dans la décision querellée qu'elle avait renoncé à inviter l'intimée à déposer ses observations parce que la décision qu'elle était sur le point de rendre allait dans le sens des conclusions prises par la FSC, soit la soumission des distributeurs « tactilo » à la législation sur les maisons de jeu. À cet égard, elle fait, à juste titre, référence à l'art. 30 al. 2 let. c PA. En outre, les cantons ont bien été invités à se déterminer sur le résultat de la procédure d'administration des preuves pour l'ensemble de la procédure et ont pleinement eu l'occasion de faire valoir leurs arguments. Ils ne peuvent donc aucunement en déduire une violation de leur droit d'être entendu.

S'agissant de la référence aux taux de redistribution de l'appareil « tactilo », les cantons doivent admettre que, lors d'une enquête menée en vue de déterminer l'assujettissement dudit appareil, il est loisible à l'autorité inférieure de s'intéresser aux taux de redistribution des jeux qu'il propose. Au demeurant, même si une violation devait être reconnue, celle-ci s'avérerait de toute façon guérie par la présente procédure de recours dans la mesure où les recourants ont amplement eu l'opportunité de s'exprimer sur les motifs retenus par l'autorité inférieure dans la décision entreprise. Il n'y a dès lors aucune violation du droit d'être entendu sur ce point.

Quant au comportement de l'autorité inférieure dans le cadre de l'expertise, la Cour de céans ne saisit pas – quand bien même il est possible que les experts n'aient pas été en mesure d'examiner l'ensemble des données transmises par la Loterie Romande – en quoi cela pourrait constituer une violation de son droit d'être entendu. En

effet, la recourante a pleinement pu se déterminer sur le contenu de l'expertise et d'en contester la validité s'agissant de la vitesse de jeu du réseau « tactilo ».

3.3 Sur le vu de ce qui précède, les vices formels invoqués par les recourants n'affectent pas la validité de la décision querellée et les conclusions tendant à son annulation doivent en conséquence être rejetées.

4.
À teneur de l'art. 106 Cst., la législation sur les jeux de hasard et les loteries relève de la compétence de la Confédération. Son but est de protéger le public contre des dépenses déraisonnables et peu économiques faites en vue d'obtenir des avantages incertains dans un esprit de jeu (cf. message du Conseil fédéral du 13 août 1918 concernant le projet de loi fédérale sur les loteries et les entreprises analogues [ci-après : message concernant la LLP], FF 1918 IV 343 ss).

4.1 Dès l'origine, le législateur a opté en faveur de deux lois distinctes : la LLP et la loi fédérale sur les maisons de jeu adoptée en 1929. Cette partition a été maintenue lors de l'adoption en 1998 de la LMJ entrée en vigueur le 1er avril 2000. Dans l'optique du législateur fédéral, la loi sur les maisons de jeu « règle de manière exhaustive les jeux de hasard offrant des chances de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel » tandis que la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels constitue une lex specialis par rapport à la première (cf. message du Conseil fédéral du 26 février 1997 relatif à la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu [ci-après : message concernant la LMJ], FF 1997 III 137, p. 151 et 162). En précisant que la loi sur les maisons de jeu ne s'applique pas aux loteries et aux paris professionnels, ceux-ci étant régis par la loi fédérale du 8 juin 1923 les concernant, l'art. 1 al. 2 LMJ concrétise cette volonté du législateur (ATF 133 II 68 consid. 3.2). Les dispositions de la loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels demeurent ainsi réservées. La loi sur les maisons de jeu constitue par conséquent 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 2004, p. 495 ss, p. 499). Les loteries, quant à elles, représentent une sous-catégorie des jeux de hasard (cf. Jean-François Aubert, in : Jean-

FRANÇOIS AUBERT/PASCAL 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 : Pratique juridique actuelle [PJA] 1995 p. 459 ss, p. 462).

Il convient donc de distinguer parmi les jeux de hasard définis à l'art. 3 al. 1 LMJ, ceux dont le régime général est réglé par l'art. 4 LMJ et ceux qui répondent aux définitions d'une loterie (ou d'une opération analogue à une loterie) ou d'un pari professionnel, dont le régime est exclusivement réglé par la LLP. Les premiers sont autorisés lorsqu'ils entrent dans la liste des jeux établie par le Conseil fédéral et qu'ils sont proposés dans une maison de jeu concessionnaire (art. 4 LMJ). Les seconds n'échappent à la prohibition de l'art. 1 al. 1 LLP que s'il s'agit de tombolas (art. 2 LLP), de loteries et d'opérations analogues (art. 43 de l'ordonnance du 27 mai 1924 relative à la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels [OLLP ; RS 935.511]) à des fins d'utilité publique ou de bienfaisance (art. 3 LLP) – aux conditions des art. 5 ss LLP – ou encore d'emprunts à primes (art. 3 LLP). De même, n'échappent à la prohibition de l'art. 33 LLP que les paris professionnels qui peuvent être qualifiés de paris professionnels au totalisateur au sens de l'art. 34 LLP et qui sont permis par le droit cantonal (ATF 133 II 68 consid. 3.2, arrêt du TF 2C_312/2007 du 13 novembre 2007 consid. 3.1).

4.2 La Commission fédérale des maisons de jeu assure la surveillance 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). Elle jouit en matière de maisons de jeu de très larges compétences qui sont calquées sur celles de l'ancienne Commission fédérale des banques (message concernant la LMJ, FF 1997 III 154). Son mandat fondamental a volontairement été décrit de manière très large (cf. message concernant la LMJ, FF 1997 III 183). En vertu de ses larges compétences destinées à assurer l'application uniforme du droit fédéral, la Commission fédérale des maisons de jeu est habilitée 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 (arrêt du TF 2A.437/2004 du 1er décembre 2004 consid. 2.1).

5.
S'agissant des griefs matériels, les recourants font tous valoir que les distributeurs « tactilo » constituent une loterie si bien qu'elle est exclusivement soumise à la LLP. L'autorité inférieure estime quant à elle que dite loi présente une lacune s'agissant des loteries proposées par un réseau électronique qu'il convient de combler eu égard à la législation générale que constitue la LMJ. L'intimée juge également que les appareils en cause sont soumis à la LMJ. Il sied dès lors de déterminer, à la lumière des principes énoncés ci-dessus (cf. consid. 4), la loi applicable au cas d'espèce. Pour ce faire, il convient de procéder à une interprétation de l'art. 1 al. 2 LMJ qui réserve les dispositions de la LLP.

5.1 L'art. 1 al. 2 LMJ prévoit expressément que les loteries ainsi que les paris professionnels sont régis par la LLP. Les textes allemand et italien divergent quelque peu dans la mesure où ils réservent les prescriptions de la LLP. Or, il ressort clairement des débats parlementaires que la version française correspond à une proposition de modification de la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui a finalement été écartée (BO 1998 N 1944). Nonobstant, les différentes formulations conduisent au même résultat puisque, pour savoir ce qu'est une loterie, il faut se référer à la LLP. De même, si un jeu satisfait à la définition de loterie, la LLP lui est alors applicable.

5.2 Conformément à la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, respectivement si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il sied de rechercher la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales. Lors de cet examen, il convient de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une pluralité de méthodes, étant précisé que les différentes méthodes d'interprétation ne sont soumises à aucun ordre de priorité ; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans

ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 132 III 227 consid. 3.3.5, ATF 128 II 56 consid. 4 et les réf. cit. ; ATAF 2007/48 consid. 6.1 ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, Berne 2006, p. 505 ss ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I : Les fondements généraux, Berne 1994, p. 142 ss ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 122 ss). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution. En effet, même s'il ne peut pas examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 191 Cst.), le Tribunal fédéral part de l'idée que le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi (ATF 131 II 562 consid. 3.5, ATF 130 II 65 consid. 4.2, ATF 129 II 114 consid. 3.1, ATF 129 III 55 consid. 3.1.1).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATAF 2007/48 consid. 6.1 ; ATF 131 II 562 consid. 3.5). Une opinion minoritaire en doctrine renonce toutefois à opérer une distinction entre lacune proprement et improprement dite ; elle parle de manière générale respectivement de lacune involontaire de la loi et d'une insuffisance inadmissible du point de vue téléologique pouvant être comblée par les organes chargés d'appliquer la loi (cf. ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich 2006, n° 243 ; ULRICH HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in : Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zurich 1981, p. 91 ss, spéc. p. 108 s., 113 s. ; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2e éd., Berne 2005, p. 162 ss). De même,

on peut subodorer dans la jurisprudence une tendance à s'éloigner de la distinction traditionnelle et à admettre l'existence d'une lacune susceptible d'être comblée par un tribunal lorsque, au regard des valeurs et des objectifs poursuivis par la loi, une réglementation légale apparaît comme insuffisante et sujette à complément (ATF 132 III 470 consid. 5.1, ATF 131 V 233 consid. 4.1, ATF 129 II 438 consid. 4.1.2, ATF 123 II 69 consid. 3c ; ATAF 2007/48 consid. 6).

5.3 Dès lors que la LMJ est une loi récente, il sied de donner une importance toute particulière aux travaux préparatoires dans le cadre de l'interprétation de cet article.

Dans son message relatif à la LMJ, le Conseil fédéral a indiqué que les appareils à sous tels qu'ils sont définis à l'art. 3 LMJ comprennent également les appareils offrant des chances d'obtenir un gain en nature, des jetons ou des points. Il précise que la notion d'appareil à sous inclut aussi les appareils servant aux jeux de loterie qui sont des appareils à sous présentant une surface électronique sur laquelle le joueur peut se livrer à un jeu de loterie. Bien que l'autorisation des loteries conventionnelles relève de la compétence des cantons, les jeux de ce genre sont inclus dans la loi sur les maisons de jeu en vigueur et dans le projet parce qu'ils se présentent sous forme d'appareil et qu'un mécanisme automatique en assure le déroulement (cf. message concernant la LMJ, FF 1997 III 163). Cela étant, il convient d'examiner si cette volonté a été confirmée lors des débats parlementaires. À cet égard, il faut relever que lors de l'examen du projet par le Conseil des États, le rapporteur de la Commission des affaires juridiques a voulu expressément souligner que les loteries étaient exclues du champ d'application de la LMJ et que, par conséquent, celle-ci n'engendrait aucune modification pour les cantons ainsi que pour les loteries reconnues (BO 1997 E 1298). Comme il ressort des procès-verbaux des séances de la commission, cette assurance donnée par le rapporteur fait suite à une crainte que les sociétés de loterie ont émise lors des auditions organisées par la commission et qui a ensuite été relayée par de nombreux sénateurs. À cette occasion, les représentants de l'administration fédérale avaient assuré les membres de la commission que la réserve de l'art. 1 al. 2 du projet était suffisante pour que tout le domaine des loteries soit exclu de l'application de la LMJ. Cette assurance a d'ailleurs été répétée devant le Conseil des États lors de l'adoption de l'art. 1 LMJ puisque le président de la commission a tenu à préciser que

l'ensemble du domaine des loteries avait été exclu du champ d'application de la LMJ afin de tenir compte des craintes émises par les cantons et les sociétés de loterie (BO 1997 E 1309). S'agissant précisément des appareils objet du présent litige, le Conseil des États a introduit un nouvel alinéa à l'art. 5 LLP permettant au DFJP de déterminer la loi qui leur était applicable. Devant la Commission des affaires juridiques du Conseil national, les représentants de l'administration fédérale ont à nouveau expressément affirmé que la LMJ ne s'appliquait pas aux loteries. La Commission a cependant décidé de préciser la délimitation entre les domaines des loteries et des maisons de jeu. Aussi, elle a proposé une nouvelle définition des loteries qui serait la suivante : « est réputée loterie tout jeu de hasard dont la mise consiste en un versement ou en la conclusion d'un contrat et qui obéit à un plan selon lequel le tirage est centralisé, en ce sens qu'il est unique, envers tous les participants indépendamment des lieux où ils ont engagé leurs mises ». S'agissant de loteries exploitées par le biais de réseau de télécommunication électronique, la commission a proposé de ne pas permettre au DFJP de déterminer la loi qui leur est applicable mais de simplement confirmer qu'il s'agit bien d'une loterie. À cet égard, elle a également prévu de garantir le droit d'être entendu des cantons et même de leur assurer un droit de recours. Une minorité de la commission a cependant fait remarquer que la proposition de la majorité était susceptible de mettre en danger la LMJ dès lors qu'elle autorisait aux loteries ce qui était refusé aux maisons de jeu ; elle tenait également à éviter que des machines à sous puissent facilement être modifiées en loterie. Le Conseil national a ainsi décidé de ne pas suivre sa commission et de ne rien modifier à la LLP. Il a donc refusé aussi bien la proposition de sa commission que le texte retenu par le Conseil des États. Les députés ont en effet estimé qu'il convenait de ne pas procéder à une modification aussi importante de la LLP dans le cadre de l'adoption de la LMJ, ce d'autant plus que la modification proposée allait dans un sens différent de celui de la LMJ – puisqu'elle aurait autorisé l'exploitation de loteries par le biais de réseau de télécommunication –, mais d'attendre la révision de la LLP respectant la procédure ordinaire et, notamment, la procédure de consultation (BO 1998 N 1943 ss). Dans sa prise de position devant le Conseil national, le Conseiller fédéral responsable a précisé que l'art. 1 al. 2 de la LMJ prévoyait expressément que la LLP constituait une lex specialis par rapport à la LMJ. S'agissant d'une redéfinition des loteries, il a fait valoir qu'une telle modification devait avoir lieu au moment de la révision de la LLP et que pour autoriser ce

genre de loterie, il convenait de prendre garde à ce que des mesures identiques à celles prévues pour les maisons de jeu soient garanties en ce qui concerne les loteries ; ces questions ne pouvaient être abordées de manière correcte que lors d'une révision future de la LLP (BO 1998 N 1945). Faisant suite à la décision du Conseil national, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a suivi le Conseil national estimant que l'exploitation de loteries par le biais de réseau de télécommunication devait être traitée dans le cadre de la révision de la LLP sans quoi on créerait une entorse à la réserve de l'art. 1 al. 2 LMJ, une telle disposition n'ayant pas sa place dans dite loi. Le Conseil des États a ensuite suivi sa commission sans discussion (BO 1998 E 1173).

Concernant la révision de la LLP, le DFJP a institué, le 31 mai 2001, une commission d'experts. Le 9 décembre 2002, le DFJP a mis le projet et le rapport explicatif de la commission d'experts en consultation jusqu'à fin mars 2003. Cette dernière a donné lieu à des avis très partagés : les cantons se révélant très soucieux de préserver leurs compétences, les grandes sociétés de loteries s'étant par ailleurs clairement exprimées contre le projet. En date du 18 mai 2004, le Conseil fédéral a décidé de suspendre provisoirement la révision, impartissant aux cantons un délai échéant au 31 décembre 2005 pour adopter les mesures aptes à combler les lacunes en matière de loteries. Il a également donné mandat au DFJP d'examiner si les mesures prises par les cantons seraient suffisantes. En outre, le Conseil fédéral a décidé que la clarification de la délimitation entre la LLP et la LMJ, qui est d'importance surtout pour les automates de jeux de loteries « tactilo » et « touchlot », devait être laissée en premier lieu aux tribunaux. Dans l'intervalle, le Conseil national a refusé de donner suite à une motion de sa commission des affaires juridiques tendant à clarifier la définition des loteries et notamment de celles exploitées par le biais d'un système de réseau de télécommunication (BO 2004 N 2164). Les cantons ont adopté, en date du 7 janvier 2005, la Convention intercantonale sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice des loteries et paris exploités sur le plan intercantonal ou sur l'ensemble de la Suisse. Entrée en vigueur le 1er janvier 2006, elle institue une Commission des loteries responsable de l'homologation de tous les nouveaux jeux ainsi que prévoit des mesures de lutte contre la dépendance au jeu et la protection de la jeunesse. Le Conseil fédéral a pris acte, le 30 mai 2008, d'un rapport

succinct du DFJP et l'a chargé de suivre de près l'évolution de la situation jusqu'en 2011, la révision de la LLP restant suspendue.

5.4 Il ressort de ce qui précède que la volonté du législateur a clairement été de réserver l'application des dispositions de la LLP en qualité de lex specialis par rapport à la LMJ. En effet, s'il est vrai que les parlementaires ont refusé de donner une nouvelle définition des loteries et d'expressément autoriser leur exploitation par le biais d'un réseau de télécommunication, il n'en demeure pas moins que les arguments avancés par les principaux intervenants témoignent tous d'une volonté de ne pas procéder à une révision dans le cadre de la LMJ mais dans celui de la LLP laquelle devra suivre une procédure ordinaire notamment précédée d'une procédure de consultation. En effet, il résulte bien de la première lecture du projet de loi par le Conseil des États – lors de l'examen de l'entrée en matière et de la réserve de l'art. 1 al. 2 LMJ – que les loteries sont exclues du champ d'application de la loi et que, ainsi, les compétences cantonales en ce domaine sont préservées. À cet égard, le rapporteur de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États donne explicitement cette assurance lors de l'adoption de l'article susmentionné (BO 1997 E 1309). S'agissant de l'exploitation de loteries par le biais de réseau de télécommunication, les parlementaires se sont nettement exprimés pour ne pas les autoriser expressément dans le cadre de l'adoption de la LMJ ; certains ont également laissé entendre qu'ils étaient défavorables à leur autorisation. Cela étant, les arguments avancés partaient du principe d'une révision partielle de la LLP dans le cadre de l'adoption de la LMJ ; de même le refus exprimé par la majorité s'inscrit bien plus dans le renvoi des discussions à la révision ordinaire de la LLP annoncée par le Conseil fédéral. Dans ces circonstances, on ne peut donc suivre l'autorité inférieure lorsqu'elle prétend que le législateur a interdit leur exploitation aussi longtemps que la révision de la LLP ne l'autoriserait. En effet, le législateur a simplement renvoyé à la révision de la loi sans se prononcer ni pour leur autorisation ni pour leur interdiction. Les nombreuses interventions parlementaires visant à réglementer la question démontrent bien que les députés, dont les avis sont très partagés, n'estiment pas avoir apporté une solution à ce problème lors de l'adoption de la LMJ (cf. notamment initiative parlementaire Baumann J. Alexander du 19 décembre 2003, BO 2004 N 2120 ss. ; question Aeschbacher Ruedi du 3 juin 2004 ; motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 1er juillet 2004, BO 2004 N 2120 ss et 2162 ss ;

initiative parlementaire Studer Heiner du 7 juin 2004, BO 2009 N 849 ss ; interpellation Studer Jean du 16 décembre 2004, BO 2005 E 385 ss ; initiative parlementaire Ménétrey-Savary Anne-Catherine du 17 juin 2005, BO 2009 N 849 ss ; question Didier Barberat du 20 mars 2008). Enfin, d'une manière générale, on chercherait en vain à déduire des travaux parlementaires relatifs à la LMJ que les appareils « tactilo » ne pourraient pas bénéficier de la réserve en faveur des dispositions de la LLP pour autant qu'ils satisfassent à la définition de loterie arrêtée par dite loi (du même avis : cf. CLAUDE ROUILLER, Avis de droit complémentaire du 22 décembre 2000, pièces 25000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spec. pièce 25013 ; d'un avis contraire : cf. THOMAS POLEDNA, Rechtsgutachten zu Tactilo-Lotterieautomaten du 3 juin 2002, pièces 29000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièces 29014 s.).

5.5 S'agissant de l'application de la LLP, le législateur historique ne pouvait certes pas avoir à l'esprit, lors de l'élaboration de la loi de 1923, les appareils actuels à qualifier. Cela étant, s'il avait eu l'intention d'exclure tout type de loterie différent de ceux connus alors, il aurait inévitablement choisi une définition plus stricte que celle retenue à l'art. 1 al. 2 LLP. La définition large ainsi arrêtée par les Chambres fédérales permet bien de s'adapter à l'évolution en la matière. La pratique des autorités chargées de l'application de la LLP a pour le reste clairement démontré leur aptitude à s'accommoder au développement de la technique notamment en autorisant les loteries à prétirage dans les années 1970. De plus, à propos des appareils objet du présent litige, force est de reconnaître que le législateur – pleinement conscient de la problématique causée par les distributeurs « tactilo » – a sciemment décidé de ne rien modifier dans la législation sur les loteries lors de l'adoption de la LMJ et, à ce jour, n'a pas donné suite à la révision pourtant annoncée de la LLP (cf. consid. 5.2 et 5.3). On ne peut non plus tirer du silence de la loi la conclusion que le recours à de tels appareils se révélerait incompatible avec le concept légal de la loterie. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que le Conseil fédéral a assimilé dès 1938 certains jeux automatiques à la loterie (art. 43 ch. 3 OLLP).

5.6 On ne saurait dès lors retenir, comme le font l'autorité inférieure et l'intimée, qu'il s'agisse d'une lacune proprement dite de la LLP à combler à la lumière de la LMJ plus récente. La position du rapporteur de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États selon laquelle la LMJ, en tant que lex generalis, s'applique pour tous les jeux

de hasard non explicitement réglés par la LLP, ne peut être interprétée dans le sens que – à défaut de disposition expresse dans la LLP sur les loteries exploitées par un réseau de télécommunication – celles-ci soient régies par la LMJ (cf. contra POLEDNA, op. cit., pièces 29014 s.). En effet, cette déclaration fait suite à une assurance donnée précisément quant à la non-application de la LMJ à l'ensemble du domaine des loteries (BO 1997 E 1309). En conséquence, attendu que le Parlement, faisant preuve de retenue, a renoncé pour l'instant à légiférer sur un problème dont il avait pleinement connaissance, laissant le soin aux tribunaux de délimiter l'application des législations en vigueur, le Tribunal de céans n'a d'autre choix que de se cantonner à examiner si le distributeur « tactilo » satisfait à la définition de lege lata de loterie.

À cet égard, vu ce qui précède, il faut bien constater qu'il n'y a aucune lacune contenue à l'art. 1 al. 2 LLP. Les tribunaux ne sauraient pour le reste déterminer la définition de lege ferenda que le législatif, sur la réserve, était supposé donner aux loteries ; ils ne peuvent par conséquent que se référer à celle prévue dans la loi, faute de remettre en cause les principes de la séparation des pouvoirs et de la légalité. Il ne s'agit pas non plus d'un silence qualifié de la LLP puisque, lors de son élaboration, le législateur ne pouvait tout bonnement pas imaginer – compte tenu du degré de connaissances techniques de l'époque – la mise en place d'appareils du type « tactilo ». Enfin, si la LMJ s'avère certes plus récente que la LLP, il n'en demeure pas moins qu'elle contient une réserve explicite en faveur de cette dernière à interpréter, selon la volonté du législateur (cf. consid. 5.4), dans le sens d'une non-application de la LMJ à l'ensemble du domaine des loteries. En conséquence, le principe lex posterior derogat legi priori ne trouve pas application en l'espèce.

5.7 Dans ces circonstances, force est dès lors d'admettre que – pour autant que les distributeurs « tactilo » satisfassent à la définition de loterie au sens de la LLP – seule cette loi leur serait applicable à l'exclusion de la LMJ.

6.

Avant d'examiner si les appareils en cause peuvent être considérés comme des loteries, il convient de déterminer la définition qu'il y a lieu d'en donner.

6.1 Est réputée loterie au sens de l'art. 1 al. 2 LLP toute opération qui offre, en échange d'un versement ou lors de la conclusion d'un contrat, la chance de réaliser un avantage matériel consistant en un lot, l'acquisition, l'importance ou la nature de ce lot étant subordonnées, d'après un plan, au hasard d'un tirage de titres ou de numéros ou de quelque procédé analogue. D'après l'art. 4 LLP, il est interdit d'organiser et d'exploiter une loterie prohibée par la présente loi. Selon l'art. 56 al. 2 LLP, le Conseil fédéral peut, par voie d'ordonnance, soumettre des entreprises analogues aux dispositions énoncées dans cette loi sur les loteries et les paris professionnels ; ainsi, d'après l'art. 43 ch. 2 OLLP, sont assimilés aux loteries les concours de tous genres auxquels ne peuvent participer que les personnes ayant fait un versement ou conclu un contrat et qui font dépendre l'acquisition ou le montant des prix pour une large part du hasard ou de circonstances inconnues au participant.

Les éléments constitutifs d'une loterie, au sens de l'art. 1 al. 2 LLP, se présentent au nombre de quatre : 1° le versement d'une mise ou la conclusion d'un contrat ; 2° la chance de réaliser un avantage matériel, c'est-à-dire un gain ; 3° l'intervention du hasard qui détermine, d'une part, si un gain est acquis et qui en fixe, d'autre part, l'importance ou la nature ; enfin, 4° la planification (ATF 133 II 68 consid. 7.2, ATF 132 IV 76 consid. 3.2 et 4.2.1, ATF 125 IV 213 consid. 1a, ATF 123 IV 175 consid. 1a et 2c, ATF 103 IV 213 consid. 4a, ATF 99 IV 25 consid. 5a, ATF 85 I 168 consid. 5). L'existence d'un plan d'attribution des lots, d'une mise et la chance de réaliser un gain constituent également des caractéristiques de l'opération analogue aux loteries ; en revanche, il suffit que l'attribution du gain ou son importance dépende pour une « large part » – et non pas uniquement – du hasard ou de circonstances inconnues au participant (ATF 132 IV 76 consid. 3.2, ATF 125 IV 213 consid. 1a, ATF 123 IV 175 consid. 1a, ATF 99 IV 25 consid. 5a). La mise est la valeur patrimoniale que le joueur donne en échange du droit de participer au tirage dans l'espoir d'obtenir un gain. Même un montant de quelques centimes constitue une mise qui peut au demeurant être dissimulée dans une autre prestation pécuniaire (ATF 132 II 240 consid. 3.1.2, ATF 125 IV 213 consid. 1b et les réf. cit.).

6.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu dans la décision entreprise que, selon le concept original, une loterie est un jeu de hasard offrant des chances de réaliser un gain en argent, qui se

déroule toujours sur une période plutôt longue, allant du moment de l'engagement de la mise à celui de l'annonce du gain, et dans lequel l'acquisition du billet ainsi que le tirage ont généralement lieu en des endroits différents. Elle affirme ensuite que la conformité à un plan est un élément caractéristique d'une loterie mais que, à lui seul, il n'est pas suffisant pour déterminer si l'on est bien en présence d'une loterie.

6.3 La conception des loteries ainsi retenue par l'autorité inférieure se réfère expressément à celle existante lors de l'élaboration de la LLP et ne tient nullement compte des développements technologiques intervenus depuis lors. De plus, cette lecture diffère de la définition légale dont on ne saurait remettre en cause la clarté. S'agissant des éléments constitutifs d'une loterie, l'autorité inférieure considère que la planification du jeu ne s'avère pas une condition suffisante et nécessaire à la reconnaissance d'une loterie. Or, les loteries représentent une sous-catégorie des jeux de hasard dont les contours sont fixés autour des trois éléments constitutifs définis à l'art. 3 al. 1 LMJ, à savoir le versement d'une mise, la chance d'obtenir un gain en argent ou un autre avantage matériel ainsi que la dépendance essentielle de cette chance au hasard. Aussi, bien qu'il soit difficile d'établir une définition des jeux de loterie, la doctrine admet que, dans la législation suisse, c'est finalement l'existence d'un plan de loterie qui distingue les jeux de hasard et d'argent des loteries (cf. Léonor Perréard, Monopole des loteries et paris en Suisse : état des lieux et perspectives, travail de mémoire, Chavanne/Lausanne 2008, p. 16 ; Claude Rouiller, Jeux de loteries et paris professionnels, Questions choisies, examinées sous les angles de la liberté économique et de la législation actuelle sur les loteries et paris professionnels, ainsi que partiellement sous l'angle du droit privé, in : Revue de droit administratif et fiscal [RDAF] 2004 I 429 ss, spec. 434 ; Anne-Catherine Imhoff-Scheier, La validité des jeux-concours publicitaires envoyés par correspondance, in : Revue de droit suisse [RDS] 1984, p. 25 ss, spéc. p. 38 ; Marc Veit/Jens Lehne, in : Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 4 ad art. 106 Cst. ; Markus Schott, op. cit., p. 502). Par ailleurs, – même si la doctrine a parfois révélé l'insuffisance de la définition légale des loteries et proposé d'autres critères permettant de qualifier un jeu de loterie (cf. Jean-François Aubert, op. cit., n. 6 ad art. 106 Cst. ; Perréard, op. cit., p. 18) – de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a toujours

reconnu à ce jour les quatre éléments constitutifs d'une loterie tels que décrits précédemment (cf. consid. 6.1).

6.4 La condition de la planification – qui, selon la jurisprudence et la doctrine, caractérise et différencie une loterie – est réalisée lorsqu'il existe un plan qui, d'avance, mesure exactement les gains qui sont attribués par l'organisateur de sorte que ce dernier exclut son propre risque (ATF 135 II 68 consid. 7.2, ATF 85 I 177, ATF 99 IV 25 consid. 5a et les réf. cit.). En effet, le plan d'une loterie doit indiquer le prix de chacun des billets mis en vente (enjeu), le nombre de ces billets (émission) et la liste complète (ensemble fini) des billets gagnants avec des gains correspondants (tableau des lots) (cf. ROUILLER, op. cit., p. 434). Tel est le cas lorsque l'organisateur pose une limite au montant des sommes d'argent ou des marchandises offertes (ATF 135 II 68 consid. 7.2, ATF 123 IV 175). En revanche, si l'organisateur promet un prix à tout participant sans déterminer à l'avance leur nombre, il prend le risque d'avoir à verser des sommes importantes sans pouvoir les déterminer préalablement ; dans ce cas, la planification fait défaut (cf. IMHOFF-SCHEIER, op. cit., p. 39). En principe, la détermination du risque sur la base d'un calcul de probabilités n'est pas suffisante pour admettre l'existence d'une planification (ATF 135 II 68 consid. 7.2, ATF 99 IV 25 consid. 5a). Au contraire des autres jeux de hasard qui ne sont soumis qu'aux règles mathématiques de la probabilité, le plan de loterie établit un rapport entre la valeur globale de l'émission et la valeur totale des prestations de l'organisateur, et cela quels que soient les modes de jeux et de tirages (cf. ROUILLER, op. cit., p. 434). Le plan de loterie joue un rôle protecteur pour l'organisateur dans la mesure où il supprime pratiquement le risque de jeu. Celui-ci n'assume que le risque commercial ordinaire de ne pas placer toutes ses émissions, surtout de vendre tous les billets gagnants sans pouvoir placer toute son émission. Cela étant, dans les deux cas, le chiffre d'affaires et la perte éventuelle sont limités par le plan, ce qui ne vaut pas pour les autres jeux de hasard (cf. PERRÉARD, op. cit., p. 16 s. ; ROUILLER, op. cit., p. 434). De même, la conformité à un plan exerce un rôle modérateur pour les joueurs vis-à-vis du risque de dépendance au jeu dans la mesure où ils participent au même jeu dont les résultats sont soumis au même tirage centralisé et sont conscients de la sortie du jeu de chaque lot disponible gagné par l'un d'eux. En effet, les joueurs ne jouent pas individuellement contre l'organisateur, comme c'est le cas pour une machine à sous proposée par les casinos, mais les uns contre les

autres (cf. PERRÉARD, op. cit., p. 17 ; ROUILLER, op. cit., p. 434). De plus, chaque joueur est conscient à l'avance que le montant total des gains est inférieur au montant total des mises ; aussi, même en achetant l'ensemble des billets d'une loterie, le joueur serait certain de perdre, ce qui devrait théoriquement modérer sa manière de jouer (cf. PERRÉARD, op. cit., p. 17 s.). Le plan protège enfin l'ensemble des joueurs en tant qu'il facilite la surveillance centrale des organes chargés de garantir la sincérité et la loyauté du jeu (cf. ROUILLER, op. cit., p. 434).

6.5 Même si la définition légale des loteries présente des insuffisances, force est de reconnaître que seule la planification du jeu est de nature à distinguer les loteries des jeux de hasard et d'argent soumis à la LMJ, selon le droit en vigueur. On ne saurait ainsi suivre l'autorité inférieure lorsqu'elle prétend que la conformité à un plan ne constitue pas une condition suffisante pour admettre l'existence d'une loterie. En effet, étant donné que le législateur a opté pour le statu quo en matière de législation sur les loteries et que la réserve de l'art. 1 al. 2 LMJ doit être interprétée dans le sens d'une non-application à l'ensemble du domaine des loteries (cf. consid. 5), il n'y a pas lieu de s'écarter de la loi ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral ; en conséquence, il sied de considérer la planification comme l'élément caractéristique et distinctif d'une loterie par rapport à un jeu de hasard et d'argent.

Au demeurant, la plupart des éléments distinctifs d'une loterie proposés par la doctrine, en plus de la planification, s'avèrent en l'occurrence réalisés lorsque celle-ci est parfaite (par exemple, l'unité du jeu, c'est-à-dire que tous les joueurs jouent au même jeu de sorte que ce que l'un gagne l'autre ne le gagnera pas alors que, pour les autres jeux de hasard et d'argent, deux usagers peuvent gagner l'un et l'autre ; la dispersion des joueurs lesquels ne se trouvent pas tous dans un même lieu ; l'écoulement du temps entre le moment où le participant prend part au jeu en engageant sa mise, le tirage et le moment où il reçoit son gain éventuel ; ainsi que la participation à tous les rangs de gain à la fois [cf. AUBERT, op. cit., n. 6 ad art. 106 Cst. ; PERRÉARD, op. cit., p. 18]). Nonobstant, ces derniers éléments semblent donner malgré tout une importance trop considérable au déroulement d'une loterie traditionnelle, notamment le fait de se composer de plusieurs opérations distinctes, successives et espacées dans le temps alors qu'ils ne découlent pas de la définition légale mais bien

davantage des prescriptions subséquentes de sécurité à remplir (art. 10 s LLP) pour qu'une loterie soit finalement autorisée par les autorités compétentes.

6.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il s'avère que le plan constitue, eu égard au droit actuellement en vigueur, l'élément caractéristique permettant de distinguer une loterie d'un jeu de hasard soumis à la LMJ.

7.
La définition légale d'une loterie étant clarifiée, il faut encore déterminer si les appareils « tactilo » y satisfont.

7.1 Comme susmentionné (cf. consid. 6.1, 6.3 et 6.4), pour correspondre à la définition de loterie, selon le droit suisse, un jeu doit contenir les quatre éléments suivants : le versement d'une mise ou la conclusion d'un contrat ; la chance de réaliser un avantage matériel, c'est-à-dire un gain ; l'intervention du hasard qui détermine, d'une part, si un gain est acquis et qui en fixe, d'autre part, l'importance ou la nature ; enfin, la planification.

7.2 En l'espèce, il n'est contesté par personne que les jeux proposés par les appareils « tactilo » sont des jeux de hasard : les billets de la loterie électronique doivent être achetés ; ils offrent une chance de gains patrimoniaux ; cette chance dépend d'un tirage au sort. La question de la planification a, quant à elle, fait l'objet d'expertises.

Il ressort de l'expertise du laboratoire NMi (pièces 26000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ) que le tirage des jeux de loterie proposés par le distributeur « tactilo » est effectué selon un plan, créé sur le système central situé dans le bâtiment de la Loterie Romande à Lausanne. Il est également indiqué que les plans prévalant sont identiques à leur équivalent de la loterie instantanée sur support papier, leurs caractéristiques communes étant qu'ils représentent un nombre de billets et de lots prédéfinis, qu'ils sont centraux, communs à tous les appareils distribuant le même jeu de loterie et qu'ils contiennent le nombre total de billets, les montants des lots et le prix par billet. Le laboratoire précise également que les billets sont émis en quantité fixe, les billets non joués étant remis dans le pool d'échange, et qu'ils possèdent un numéro de série enregistré dans le système central. Quant à celui-ci, il gère l'entreposage de toutes les données, l'exécution et le suivi de tous les processus de transaction de la base

de données ainsi que le contrôle et le suivi des appareils distants. Il est en outre indiqué que le système central crée les billets gagnants et non gagnants en conformité au plan. Les conclusions de l'expertise sont les suivantes : les jeux proposés par le distributeur « tactilo » sont fondés sur une structure centrale de lots (plan de jeu) qui répartit un nombre de lots prédéfini entre les participants ; la structure de lots est centrale et commune à tous les appareils distribuant la même loterie ; les billets vendus ne sont plus disponibles pour d'autres joueurs de sorte que leurs chances sont interdépendantes. Chaque joueur possède la même chance d'obtenir une part des lots faisant l'objet des mises, leurs chances dépendant uniquement du hasard ; les opérations du tirage et de la distribution des billets sont rigoureusement conformes aux règles publiées ; enfin, aucune influence ne peut fausser ces règles ou l'équité du jeu. Quant au modérateur du jeu, il a été constaté que des billets de banque ne pouvaient pas être utilisés ; lorsque un joueur dépasse un crédit de Fr. 50.-, le jeu s'interrompt ; la machine imprime des tickets de paiement à encaisser ; les gains de plus de Fr. 50.- ne peuvent être recouvrés qu'après l'écoulement d'un délai de 48 heures. Les jeux sont reconnaissables comme des jeux de loterie traditionnels. Il n'existe que deux machines par point de vente et la densité est de deux distributeurs pour 7'803 habitants.

De même, dans son rapport complémentaire du 21 novembre 2001 (pièce 28000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ), NMi précise que le joueur ne fait que sélectionner un billet correspondant à un lot parmi un nombre limité. Une fois sélectionné, personne d'autre ne peut obtenir le même lot. Le fait qu'il y ait un générateur aléatoire pour sélectionner les billets n'est pas pertinent. En effet, pour une machine à sous, les chances sont les mêmes pour chaque joueur (en fait, on sélectionne une chance parmi un nombre infini de chances). Le « tactilo » utilise clairement un plan de lots. Par ailleurs, si l'institut reconnaît que les distributeurs présentent des similitudes avec les machines à sous, il estime que celles-ci consistent en caractéristiques techniques se retrouvant de nos jours pratiquement dans tous les produits industriels de ce type et qu'elles ne sont pas à même de déterminer s'il s'agit d'une loterie ou d'une machine à sous. Quant aux modérateurs en vue de réduire les risques de dépendance au jeu, l'institut les juge suffisants eu égard aux appareils de ce type qu'il a examinés.

Concernant la conformité à un plan, le rapport Weder (pièces 30000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ) – dont les conclusions sont formellement contestées par les recourants – concède que les jeux proposés par le distributeur « tactilo » sont construits selon un plan.

Quant à l'expertise GLI (pièces 12112 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ), elle définit les systèmes « tactilo » comme un environnement permettant la distribution de versions électroniques de billets instantanés par le moyen de terminaux. Elle précise qu'un plan de lots est défini pour chaque jeu proposé ; celui-ci détaille les lots par billet, le maximum du multiplicateur mise/lot, le montant des lots, le nombre total de billets par rang de lots ainsi que la quantité de billets distribués. Dès que le nombre de billets est défini, l'émission du jeu est générée par le système central. S'agissant de la distribution des gains, il est prévu que dès qu'une possibilité de gain n'est plus réalisable en conformité avec le plan, le rang de lots est retiré automatiquement du jeu. Aucune nouvelle émission n'est disponible aussi longtemps qu'une précédente est en cours. Le passage d'une émission à l'autre a lieu lorsqu'il n'existe plus assez de billets à assigner vers chaque distributeur ou lorsque tous les billets ont été vendus. Un billet ne peut être acquis qu'une seule fois. Les plans utilisés pour la version électronique des jeux sont identiques à ceux utilisés pour leur version papier. Les distributeurs « tactilo » contiennent un générateur de hasard. Ils sont également dotés d'une fonction permettant de jouer plusieurs billets à la fois jusqu'au montant maximal de la mise pour un jeu. Enfin, le jeu s'interrompt dès qu'un joueur atteint un crédit de Fr. 50.-. De plus, comme il ressort déjà expressément de la décision attaquée, les experts ont relevé que la durée d'un jeu s'étend de 1 à 25 secondes selon le jeu choisi, que les distributeurs « tactilo » présentent un taux de redistribution variant entre 89 et 92 % et que, en une heure de jeu ininterrompue, il est possible de perdre entre Fr. 57.60 et Fr. 1'890.- (cf. décision attaquée consid. 6.2).

7.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que les jeux proposés par les distributeurs « tactilo » sont exploités conformément à un plan tel que défini par la jurisprudence et la doctrine (cf. consid. 6.4). En effet, tous les billets d'une émission d'un jeu sont prédéfinis, de même que tous ceux permettant la réalisation d'un gain quels que soient leur rang ainsi que le montant total des gains. De plus, une fois acheté, un billet ne peut plus être acquis par

un autre joueur puisqu'il est retiré du système. Enfin, les expertises techniques ont démontré que les plans prévalant pour les jeux en cause se révèlent identiques à ceux des loteries à prétirage sur papier. Ainsi, le plan des jeux indique le prix de chacun des billets mis en vente (enjeu), le nombre de ces billets (émission) et la liste complète (ensemble fini) des billets gagnants avec des gains correspondants (tableau des lots). En conséquence, le risque que court l'organisateur est limité par le plan. Du point de vue des joueurs, le montant des gains étant prédéfini à l'avance et inférieur à la somme des mises attendues, ils sont donc conscients que même en achetant tous les billets disponibles, leur gain resterait malgré tout inférieur à la mise totale qu'ils auront déboursée. De plus, les joueurs jouent les uns contre les autres et non contre l'organisateur dans la mesure où ils savent que chaque lot gagné par l'un ne pourra pas l'être par un autre. Sur ce point, le plan des jeux litigieux diffère, contrairement à ce que prétendent l'autorité inférieure et l'intimée, des règles de probabilité mises en place par les exploitants de machines à sous dès lors qu'elles ne visent qu'à réduire le risque de l'exploitant et que, dans ce cas, les chances de chaque joueur sont les mêmes pour chaque mise. À cet égard, ce plan des jeux satisfait également à l'un des critères proposés par la doctrine en vue de distinguer les loteries des autres jeux de hasard (cf. consid. 6.5). Il en va de même pour la dispersion des joueurs – chacun d'entre eux se trouvant devant l'un des 404 distributeurs de la Suisse romande – ainsi que pour la participation à tous les rangs de gains à la fois. Même le critère de l'écoulement du temps – entre le moment de la mise, du tirage et celui où le joueur reçoit son gain éventuel – est réalisé vu que le tirage a lieu avant la distribution du jeu et que, suivant le gain réalisé, le joueur patientera 48 heures avant de le recevoir. D'une manière générale, il faut reconnaître que le plan en cause s'avère identique à ceux prévalant pour les loteries à prétirage sur papier ; en tous les cas, lors de leur émission, les jeux proposés par les distributeurs « tactilo » sont conformes à un plan préétabli.

7.4 Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure avance que le plan des jeux proposé ne serait pas pleinement réalisé dès lors que – afin d'assurer suffisamment de billets des différents rangs de gains à tous les points de vente – une émission est retirée avant que tous les billets y afférant n'aient été joués. Elle en conclut par conséquent que le plan n'est pas pleinement réalisé en fin de jeu.

À titre liminaire, il convient de rappeler que toute loterie conforme à un plan ne peut exclure pleinement le risque de pertes pour l'organisateur. En effet, lorsqu'une loterie à prétirage est organisée, celui-ci ne peut être certain de vendre tous les billets émis. À cet égard, les billets de loteries à prétirage retournés à l'émetteur par les différents points de vente ne sont, la plupart du temps, plus vendables. Or, il n'a jamais été contesté par l'autorité inférieure que les loteries à prétirage sur papier organisées par les sociétés de loterie recourantes ne satisfaisaient pas à la condition de la planification exigée par la LLP.

Nonobstant, il faut admettre que, en l'espèce, l'interruption de l'émission ne s'avère pas simplement possible – car dépendante des critères économiques – mais systématique lorsqu'il n'existe plus assez de billets à assigner vers chaque distributeur (cf. expertise GLI, pièces 12112 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièce 12117). Cela étant, comme le relève le professeur Jean-Pascal Laedermann mandaté par les cantons, que tous les billets soient vendus ou non, le plan de loterie garantit une limite supérieure certaine des gains ce qui n'est nullement possible avec les machines à sous exploitées dans les casinos puisque, pour celles-ci, seule la probabilité de la survenance d'un gain est prédéfinie mais non les gains eux-mêmes (pièces 21 du bordereau de pièces produit par les cantons). À cet égard, quand bien même les machines à sous exploitées par les casinos obéiraient à des règles de planification identiques à celles des loteries, cela ne saurait ébranler la définition des loteries retenue par le législateur ni empêcher l'assujettissement des appareils litigieux à la LLP. En outre, pour les jeux exploités par les casinos, il est possible de jouer un nombre de parties infinies alors qu'un jeu de loterie se termine nécessairement avec la vente de tous les billets ou l'interruption faute d'un nombre suffisant de billets restants. Si une nouvelle émission est mise en place, celle-ci se conforme à un nouveau plan. De même, l'interruption de l'émission ne remet pas non plus en cause le fait que les joueurs jouent toujours les uns contre les autres et non contre l'organisateur. Enfin et surtout, comme le signale le professeur Jean-Pascal Laedermann, le moment déterminant pour la qualification d'une loterie se situe au niveau de l'émission puisque celle-ci constitue la concrétisation du plan, élément caractéristique la distinguant des autres jeux de hasard (pièce 22 du bordereau de pièces produit par les cantons). Or, in casu, il n'est pas contesté que les jeux sont émis de manière conforme à un plan.

Dans ces circonstances, il convient de constater que l'interruption de la vente des billets afférant à une émission ne saurait remettre en cause la conformité à un plan des jeux proposés par les distributeurs « tactilo ».

7.5 L'autorité inférieure a également retenu dans la décision entreprise que le système « tactilo » ne reproduit pas exactement le schéma d'une loterie traditionnelle à prétirage sur papier attendu que c'est le générateur de hasard qui détermine si le joueur obtient un gain ou non. De même, les joueurs peuvent jouer jusqu'à cinq billets conjointement de sorte que le système ne choisit pas des billets indépendants les uns des autres, comme cela prévaut pour les loteries à prétirage sur papier, mais un nombre de billets correspondants ayant tous le même résultat. Elle argue par ailleurs que cette fonction existe pratiquement pour tous les appareils à sous présents dans les casinos si bien que cet élément démontre à quel point les jeux proposés diffèrent des loteries traditionnelles.

7.5.1 Il est vrai que les distributeurs « tactilo » sont munis d'un générateur de hasard afin de déterminer l'attribution d'un billet (cf. expertise GLI, pièces 12112 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièce 12119). En effet, chaque distributeur présente quatre billets électroniques en animation sur l'écran ; c'est un générateur aléatoire local qui choisit alors un des billets stockés. Cela étant, on ne voit pas en quoi cette constatation technique serait de nature à remettre en cause la conformité du jeu à une planification préétablie. Le nombre de billets ainsi que la masse préétablie des lots ne sont nullement affectés par le générateur aléatoire contenu dans les distributeurs. Il suffit, à ce sujet, de relever que le résultat du jeu est déterminé, lors de l'émission, par le tirage central et conformément au plan. Il n'est pour le reste nullement contesté que les jeux de loterie sont subordonnés au hasard puisque celui-ci constitue précisément une caractéristique de la définition donnée par la loi. De plus, dans un jeu de loterie à prétirage sur papier, le joueur n'a souvent pas plus de choix parmi les billets que celui qu'offre le distributeur « tactilo » : le générateur de hasard contenu dans les distributeurs correspond plus ou moins au choix effectué par le revendeur dans les points de vente et destiné au présentoir. Au demeurant, cette différence, pour autant qu'il en existe une, s'explique par l'automatisation du jeu de loterie, laquelle ne s'avère en soi pas contraire au concept légal de loterie (cf. consid. 5.5).

En conséquence, la présence d'un générateur de hasard dans les distributeurs « tactilo » ne constitue pas un élément suffisant pour remettre en cause la planification des jeux proposés ni pour affirmer que ceux-ci ne représentent pas une reproduction des jeux de loterie à prétirage sur papier.

7.5.2 S'agissant de la possibilité de jouer jusqu'à cinq billets de loterie simultanément, les distributeurs « tactilo » permettent de sélectionner plusieurs billets au moyen d'une fonction électronique – la fonction BET –, le prix total des billets ne devant pas dépasser la valeur limite de la mise, soit Fr. 5.- (le nombre maximal des billets étant dès lors fonction de son prix mais au maximum cinq). Dans ce cas de figure, le joueur choisit un des quatre billets présentés sur l'écran et le générateur de hasard détermine la correspondance dans le système ainsi que son résultat puis attribue au joueur autant de billets du même résultat correspondant au nombre de billets joués (cf. expertise GLI, pièces 12112 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièce 12119 ; expertise NMi, pièces 26000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièces 27013 s.).

Il convient tout d'abord de constater que la fonction BET des distributeurs ne se retrouve pas dans une loterie à prétirage sur papier puisque, dans ce cas, il n'est pas possible de lier plusieurs billets de même résultat les uns aux autres, chacun étant irrémédiablement indépendant des autres. Cela étant, il faut examiner si dite fonction est de nature à troubler la planification des jeux proposés. En fait, cette fonction n'influe ni sur la masse totale des gains ni sur le nombre total des billets, chacun des billets reçus – qu'il soit gagnant ou perdant – appartenant à la masse finie des billets. Elle n'altère pas non plus la situation selon laquelle tous les billets joués au moyen de la fonction BET ne seront plus à la disposition des autres joueurs si bien que ces derniers se trouvent toujours dans un rapport d'interdépendance entre eux. La possibilité de jouer plusieurs billets simultanément ne saurait donc faire douter de la planification des jeux en cause.

Sur le vu de ce qui précède, quand bien même la fonction BET permettant de jouer plusieurs billets simultanément au moyen du distributeur « tactilo » ne se retrouve pas dans les loteries à prétirage, elle n'est pas de nature à remettre en cause la conformité à un plan des jeux proposés.

7.6 Dans ces circonstances, force est de constater que les jeux proposés par les distributeurs « tactilo » sont exploités en conformité à un plan satisfaisant au critère de la planification permettant de distinguer les loteries des autres jeux de hasard.

8.
Dans sa réponse du 17 mars 2009, l'intimée a requis – si le Tribunal administratif fédéral estimait que le plan constituait le critère déterminant de délimitation entre jeu de hasard et loterie – à pouvoir prendre plus amplement connaissance des expertises. À ce sujet, il sied tout d'abord de relever que, invitée à se déterminer quant à son accès au dossier, elle a expressément accepté que celui-ci soit limité aux pièces n'étant pas considérées comme confidentielles par les recourants ainsi qu'aux résumés établis pour celles tenues pour telles – parmi lesquelles figurent notamment les expertises –. Elle n'a pour le reste émis aucune réserve se référant aux critères de délimitation retenus. De plus, le Tribunal de céans n'a nullement restreint le droit de l'intimée de se déterminer sur l'ensemble de la procédure. Enfin, les éléments ayant permis au Tribunal de céans de juger que les jeux proposés par les distributeurs « tactilo » satisfaisaient au critère de planification de l'art. 1 al. 2 LLP figurent tous dans les versions abrégées des expertises établies par les recourants dont l'intimée a pu prendre connaissance. En conséquence, son droit d'être entendue a été pleinement respecté.

9.
Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure a mentionné bon nombre de similitudes entre les appareils « tactilo » et une machine à sous au sens de l'art. 3 al. 2 LMJ. À cet égard, elle fait valoir qu'ils sont programmés de manière à présenter un taux de redistribution variant entre 89 et 92 % et permettent une grande vitesse de jeu, à de courts intervalles de temps. Elle ajoute qu'ils ont en outre pour caractéristique de donner le résultat du jeu juste après la mise. Elle a enfin retenu qu'ils procurent une série de sensations dues aux tensions que le jeu suscite de manière continuelle, à intervalles rapprochés et avant même que le joueur ne sache s'il a gagné. Il sied en conséquence d'examiner si ces éléments s'avèrent déterminants – eu égard à la compétence de l'autorité inférieure – dans le cadre de la présente procédure d'assujettissement.

9.1 Dans son arrêt du 1er décembre 2004 relatif aux mesures provisionnelles ordonnées par l'autorité inférieure et concernant la

procédure objet du présent litige, le Tribunal fédéral a considéré que, en vertu de ses larges compétences destinées à assurer l'application uniforme du droit fédéral, l'ancienne Commission des maisons de jeu est habilitée – comme la Commission fédérale des banques dans son domaine (cf. ATF 130 II 351 consid. 2 et les réf. cit.) – à examiner si certaines activités tombent sous le coup de la loi et à mener ainsi une « procédure d'assujettissement ». Ses investigations supplémentaires devaient établir si le « tactilo » et le « touchlot » entraient effectivement dans le champ d'application de la loi sur les maisons de jeu ou bénéficiaient de la réserve des compétences cantonales prévue à l'art. 1 al. 2 LMJ (cf. arrêt du TF 2A.437/2004 du 1er décembre 2004 consid. 2.1 s.).

En vertu de l'art. 1 al. 1 LLP, les loteries sont prohibées ; celles visant un but d'utilité publique ou de bienfaisance peuvent cependant être autorisées par l'autorité cantonale compétente, pour le territoire du canton où elles sont organisées dans les limites du droit fédéral (art. 5 al. 1 LLP). L'autorisation n'est accordée que si l'entreprise offre aux acquéreurs de billets des garanties suffisantes au point de vue de la sécurité et de la protection de leurs droits, et si la valeur totale des lots est convenablement proportionnée au montant des billets à émettre (art. 7 al. 1 LLP). La loterie doit être entièrement exploitée dans le délai de deux ans au maximum et, si elle fait l'objet d'un tirage en plusieurs séries, dans les trois ans au plus. L'autorité compétente pour accorder l'autorisation fixe dans ces limites la durée d'exploitation de chaque loterie ; l'autorité peut, pour de justes motifs, prolonger d'un an au plus la durée d'exploitation lorsque le titulaire de l'autorisation en fait la demande (art. 8 al. 1 et 2 LLP). Dite autorité surveille ou fait surveiller l'organisation et l'exploitation de la loterie, en particulier le tirage, la délivrance des lots et l'emploi du produit de l'entreprise (art. 10 LLP). Le tirage de la loterie est public et son résultat est publié. Après le tirage, il est rendu compte à l'autorité du résultat de la loterie (art. 11 LLP). Selon l'art. 15 LLP, la législation cantonale désigne une autorité unique, compétente pour accorder les autorisations ; elle peut réglementer d'une façon plus détaillée les opérations des loteries. Elle a le droit de soumettre les loteries d'utilité publique ou de bienfaisance à des restrictions plus sévères ou de les interdire complètement (art. 16 LLP). La législation fédérale sur les loteries ne s'avère donc pas exhaustive et autorise les cantons à adopter des législations complémentaires (cf. arrêt du TF 2C_62/2009 du 10 août 2009 consid. 3.2.1). En effet, le législateur entendait tenir

compte du sentiment général à l'égard des loteries d'utilité publique dans les diverses parties du pays, ce qui exigeait que les dispositions de droit fédéral n'aient pas un caractère exclusif mais qu'elles admettent au contraire la coexistence d'une réglementation cantonale là où celle-ci paraît recommandable (cf. message concernant la LLP, FF 1918 IV 352).

9.2 En l'espèce, les caractéristiques relevées par l'autorité inférieure s'attachent au déroulement des jeux proposés, soit leur vitesse, leur taux de redistribution ainsi que d'autres modalités de leur exploitation. Elle fait également référence à la perception des appareils en cause par les joueurs. Ces éléments, pour importants soient-ils, s'avèrent bien davantage liés aux mesures de sécurité et de surveillance visant à garantir le bon déroulement d'une loterie qu'à la qualification même des jeux proposés, la planification constituant le caractère distinctif des loteries par rapport aux jeux de hasard soumis à la LMJ (cf. consid. 6). Or, comme relevé ci-dessus (consid. 8.1), le mandat légal reconnu à l'autorité inférieure se circonscrit à déterminer la loi applicable aux appareils « tactilo » et non à veiller à ce que les jeux proposés satisfassent aux exigences légales de sécurité. En effet, la LLP a expressément transféré cette compétence aux autorités cantonales chargées des autorisations et de la surveillance des loteries (art. 5 al. 1, 10 et 15 al. 1 LLP).

Par voie de conséquence, dès lors qu'il a été admis que les jeux en cause remplissaient le critère de la planification distinguant précisément les loteries des autres jeux de hasard, il appartient auxdites autorités cantonales – et non à l'autorité inférieure – de s'assurer que ces jeux ne soient pas dénaturés et soient au contraire assortis de règles d'installation ainsi que de fonctionnement susceptibles de prévenir dans la mesure du possible sa dangerosité potentielle (cf. réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Lauri du 20 mars 2003, BO 2003 E 640). À cet égard, la Convention intercantonale sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice de loteries et paris exploités sur le plan intercantonal ou sur le plan national du 7 janvier 2005 prévoit des mesures de prévention contre la dépendance au jeu (art. 17 et 18) et règle la publicité pour les loteries et paris (art. 19). C'est donc dans le cadre de l'autorisation et de la surveillance – lesquelles incombent désormais à la Commission des loteries et paris (Comlot) instituée par ladite Convention intercantonale (art. 7) – qu'il convient d'examiner si les

jeux proposés par les distributeurs « tactilo » ne remettent pas en cause les objectifs visés par la LLP, en particulier de veiller à ce qu'ils soient accompagnés de modérateurs de jeux. À ce sujet, certains d'entre eux ont d'ores et déjà été mis en place et leur efficacité reconnue (cf. Impact de mesures visant à promouvoir le jeu responsable sur les distributeurs de loterie électronique [« tactilo »], étude qualitative de Christian Osiek et Isabelle Carrard, septembre 2006, pièces 17181 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ ; Evaluation des mesures visant à favoriser le jeu responsable sur les distributeurs de loterie électronique [« tactilo »], rapport de Michael Cantinotti et Robert Ladouceur, août 2006, pièces 17249 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ). Enfin, il sied de mentionner que dans le cadre des procédures menées par la Commission des loteries et paris ou de la Commission de recours, les autorités fédérales, précisément le DFJP, ont le droit de participer à la procédure et, ainsi, de veiller à une juste application du droit fédéral, notamment par le dépôt d'un recours au Tribunal fédéral si elles le jugent nécessaire (cf. arrêt du TF 2C_62/2009 du 10 août 2009 consid. 1 et 2).

9.3 En conséquence, force est de constater que les éléments retenus par l'autorité inférieure se référant au déroulement des jeux proposés par les distributeurs « tactilo » outrepassent son domaine de compétence puisqu'ils ne relèvent pas de la définition légale d'une loterie, seule à même de déterminer l'assujettissement à la LLP.

10.
Il ressort de l'ensemble des considérants qui précèdent que les distributeurs de jeux « tactilo » satisfont à la définition légale de loterie au sens de l'art. 1 al. 2 LLP. Par voie de conséquence, ils sont assujettis à cette loi uniquement. Bien fondés, les recours doivent donc être admis.

11.
Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées ; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités

ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 phr. 1 FITAF). Dans les contestations pécuniaires, l'émolument judiciaire est fonction de la valeur litigieuse (art. 4 FITAF). Il y a contestation pécuniaire non seulement lorsque le litige tend au paiement d'une somme d'argent mais également quand la décision implique des conséquences financières directes ou qu'une valeur litigieuse peut indirectement être arrêtée dès lors que, dans de tels cas, la procédure a une finalité économique (ATF 135 II 172 consid. 3.1 et les réf. cit.).

En l'espèce, l'exploitation des distributeurs « tactilo » ayant permis à la Loterie Romande de réaliser un produit brut de plus de Fr. 99 millions en 2007 et de plus de Fr. 107 millions en 2008, la présente procédure implique manifestement des conséquences financières dont la valeur litigieuse s'avère largement supérieure au montant maximum prévu par l'art. 4 FITAF. Aussi, compte tenu d'une telle valeur litigieuse ainsi que de l'ampleur et de la difficulté de la cause, les frais sont fixés à leur maximum, soit à Fr. 50'000.-. Les recourants ayant obtenu gain de cause sur la question matérielle et aucun frais n'étant mis à la charge de l'autorité inférieure, ceux-ci doivent en principe être supportés par l'intimée dont les conclusions ont été rejetées. Cela étant, les recourants ont succombé s'agissant de la reconnaissance de la qualité de partie de l'intimée dans les décisions incidentes des 6 et 12 décembre 2007. En outre, la Loterie Romande et les cantons ont partiellement été déboutés, par décision incidente du 1er décembre 2008, de leurs conclusions en retranchement de pièces du dossier et de complément du bordereau des pièces. S'agissant des cantons, aucun frais ne peut cependant être mis à leur charge dès lors que le litige ne porte pas sur leurs intérêts pécuniaires (art. 63 al. 2 PA ; cf. arrêt du TF 2A.597/2005 du 4 avril 2006 consid. 4). Il convient en revanche de mettre une part des frais à la charge de la Loterie Romande et de Swisslos, à savoir une somme de respectivement Fr. 3'500.- et Fr. 2'500.-. Le solde de Fr. 44'000.- est supporté par l'intimée. En effet, il n'y a pas lieu de les lui remettre du fait qu'elle n'a pas participé à la procédure de première instance puisque sa qualité de partie a expressément été reconnue par décisions incidentes des 6 et 12 décembre 2007 et qu'elle a entièrement été déboutée de ses conclusions indépendantes sur le fond par le présent arrêt.

12.
L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens et les avocats commis d'office doivent faire parvenir avant le prononcé un décompte de leurs prestations au tribunal ; à défaut de décompte, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Le dispositif indique le montant des dépens alloués qui, lorsqu'ils ne peuvent pas être mis à la charge de la partie adverse déboutée, sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué (art. 64 al. 2 PA).

En l'espèce, les cantons ont obtenu la qualité de partie dans la mesure où la procédure d'assujettissement des distributeurs « tactilo » portait atteinte à leur pratique en matière d'autorisation de loteries, ils sont donc intervenus dans l'exercice de leurs attributions officielles. En conséquence, bien qu'ayant obtenu gain de cause et étant représentés par un avocat, ils n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF ; cf. également art. 68 al. 3 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

S'agissant de la Loterie Romande et Swisslos, leur défense a nécessité pour chacune les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet et a impliqué un double échange d'écritures. La participation à la procédure de l'intimée a en outre engendré de nombreuses heures de travail supplémentaires afin de préserver leurs secrets d'affaires, en particulier pour le mandataire de la Loterie Romande laquelle est l'exploitante du distributeur de loteries objet du

présent arrêt. Les recourantes ayant toutefois été déboutées d'une part de leurs conclusions par décisions incidentes, il convient de réduire ex aequo et bono leurs indemnités de partie. À défaut de décomptes de prestations des mandataires, il sied de retenir, sur la base du dossier, un nombre de 160 heures à Fr. 400.- après réduction pour le mandataire de la Loterie Romande, soit une indemnité équitable de Fr. 64'000.- en faveur de celle-ci pour la procédure de recours ainsi qu'un nombre de 80 heures à Fr. 400.- après réduction pour le mandataire de Swisslos, soit une indemnité équitable de Fr. 32'000.- en faveur de celle-ci pour la procédure de recours. Dits montants sont mis à la charge de l'intimée dès lors qu'elle a pris des conclusions indépendantes et que les dépens n'excèdent pas les moyens de l'intimée (art. 64 al. 2 et al. 3 PA).

Quant aux dépens de première instance, il convient, au vu du dossier – en particulier des prises de position produites ainsi que des séances d'instruction –, d'allouer ex aequo et bono une indemnité équitable de Fr. 25'000.- à la Loterie Romande et de Fr. 10'000.- à Swisslos. Dits montants sont mis à la charge de l'autorité inférieure attendu que l'intimée ne s'est vue reconnaître la qualité de partie que le jour même du prononcé de la décision sur le fond (art. 64 al. 2 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Les recours sont admis.

2.
La décision de la Commission fédérale des maisons de jeu du 21 décembre 2006 est annulée. Partant, il est constaté que les distributeurs « tactilo » sont soumis à la loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels.

3.
Les frais de procédure, d'un montant total de Fr. 50'000.-, sont mis à la charge de l'intimée pour Fr. 44'000.-. Ce montant doit être versé sur le compte du Tribunal dans les trente jours qui suivent l'entrée en force du présent arrêt.

4.
Les frais de procédure, d'un montant total de Fr. 50'000.-, sont mis à la charge de la Loterie Romande pour Fr. 3'500.-. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 20'000.-. Le solde de Fr. 16'500.- lui sera restitué une fois le présent arrêt entré en force.

5.
Les frais de procédure, d'un montant total de Fr. 50'000.-, sont mis à la charge de Swisslos pour Fr. 2'500.-. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 50'000.-. Le solde de Fr. 47'500.- lui sera restitué une fois le présent arrêt entré en force.

6.
L'avance sur les frais présumés de la procédure de Fr. 20'000.- versée le 13 avril 2007 par les cantons leur sera restituée une fois le présent arrêt entré en force.

7.
La somme de Fr. 64'000.- (TVA comprise) est allouée à la Loterie Romande à titre de dépens pour l'instance de recours et mise à la charge de l'intimée.

8.
La somme de Fr. 32'000.- (TVA comprise) est allouée à Swisslos à titre de dépens pour l'instance de recours et mise à la charge de l'intimée.

9.
La somme de Fr. 25'000.- (TVA comprise) est allouée à la Loterie Romande à titre de dépens pour la première instance et mise à la charge de l'autorité inférieure.

10.
La somme de Fr. 10'000.- (TVA comprise) est allouée à Swisslos à titre de dépens pour la première instance et mise à la charge de l'autorité inférieure.

11.
Il n'est pas alloué de dépens aux cantons.

12.
Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)

Le président du collège : Le greffier :

Jean-Luc Baechler Pascal Richard

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 27 janvier 2010