Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.112/2004 /pai

Arrêt du 18 juin 2004
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Kolly et Zünd.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
Commission fédérale des maisons de jeu, 3003 Berne,
recourante,

contre

X._____,
intimé, représenté par Me Pascal Pétroz, avocat,
Procureur général du canton de Genève,
case postale 3565, 1211 Genève 3.

Objet
Infraction à la loi sur les maisons de jeu,

pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale, du 23 février 2004.

Faits:
A.
En septembre 2000, X._____, qui exploitait alors le café-restaurant Ä._____¨a Genève, a accepté d'installer deux appareils à points atypiques de la catégorie poker, les machines MagicCard¨(également nommées Royal Card¨) et MagicNumber¨, sur sollicitation des représentants de B._____ SA, propriétaire desdites machines.
B.
Le 13 septembre 2000, le Département de justice et police et des transports du canton de Genève (ci-après: DJPT) a fait publier un avis dans la Feuille d'avis officielle genevoise (FAO), selon lequel, pour lutter contre les abus commis au niveau de l'utilisation des äutomates de jeu à points atypiques, l'Office fédéral de la police avait décidé, le 21 décembre 1999, de révoquer l'homologation de huit appareils, dont la liste était jointe (sur laquelle ne figuraient pas les MagicCardët les MagicNumber¨). Cet avis indiquait en outre que, par arrêts des 31 mai et 7 juillet 2000, le Tribunal fédéral avait rejeté les recours déposés contre la décision de révocation du 21 décembre 1999 et avait confirmé que les appareils précités devaient être considérés comme des appareils à sous servant aux jeux de hasard au sens de la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (loi sur les maisons de jeu, LMJ; RS 935.52). Enfin, le DJPT expliquait que les arrêts des 31 mai et 7 juillet 2000 entraînaient les conséquences suivantes:

Ëes automates de jeu à points atypiques étaient des appareils à sous servant au jeu d'argent au sens de la LMJ.
Dans les cantons qui, comme Genève, interdisaient l'exploitation de machines à sous en dehors du casino, l'exploitation d'automates de jeu à points atypiques était dorénavant interdite.
Les automates de jeu à points atypiques dont l'exploitation n'était plus autorisée devaient par conséquent être

mis hors service et enlevés des locaux dans lesquels ils étaient exploités d'ici au 30 septembre 2000.
La continuation de l'exploitation d'un appareil de jeu à points atypiques ou le refus par l'exploitant de procéder à l'éloignement d'un tel appareil des locaux commerciaux dans le délai précité seraient considérés comme des infractions au sens de l'art. 56 al. 1 let. a LMJ.
Les contrevenants seraient poursuivis et jugés conformément à la LMJ.

Les appareils non autorisés seraient séquestrés au nom de la Commission fédérale des maisons de jeu et conservés jusqu'au terme de la procédure.¨
C.
Le 10 avril 2001, la Commission fédérale des maisons de jeu (ci-après: Commission fédérale) a procédé à l'inspection d'une cinquantaine d'établissements genevois afin d'y séquestrer les appareils à points atypiques qui étaient encore en exploitation. Le contrôle effectué au restaurant Ä._____ä permis le séquestre des appareils Ẅagic Cardët Ẅagic Numberäinsi que de leur caisse, qui contenait un montant de 347 francs.

Le 11 juillet 2001, un fonctionnaire enquêteur de la Commission fédérale s'est rendu à Genève pour interroger X._____. Celui-ci a expliqué que l'appareil Ẅagic Card¨´etait un jeu de poker. Il ne savait pas en quoi consistait l'autre jeu. Dans les deux appareils, on pouvait insérer des pièces et des coupures de 10, 20, 50 et 100 francs. Les joueurs pouvaient gagner une partie gratuite, mais aucun paiement en argent, ce qui était d'ailleurs inscrit sur une pancarte. X._____ a nié avoir converti les points obtenus par les joueurs en espèces ou en bons de consommation. Il a en outre indiqué que B._____ SA, la société propriétaire des machines, relevait la caisse environ une fois par mois et lui donnait 1'000 à 1'200 francs à titre de participation au gain. Après avoir pris connaissance de l'avis paru le 13 septembre 2000 dans la FAO, X._____ s'était renseigné auprès d'un représentant de B._____ SA, C._____, qui lui avait indiqué que les machines installées dans son établissement étaient autorisées dans la mesure où elles étaient munies de la vignette 2000. A l'issue de l'audience, X._____ a été inculpé de violation à l'art. 56 LMJ.

Le 28 mars 2002, la Commission fédérale a rendu un mandat de répression aux termes duquel elle reconnaissait X._____ coupable de violation de l'art. 56 al. 1 let. c LMJ, le condamnait à une amende de 4'000 francs ainsi qu'au paiement d'une créance compensatrice de 7'653 francs, correspondant aux bénéfices réalisés grâces à l'exploitation des appareils saisis, et confisquait les 347 francs contenus dans lesdits appareils, les frais de procédure, s'élevant à 1'362 francs, étant mis à la charge de X._____.

Sur opposition de X._____, la Commission fédérale a décerné un prononcé pénal le 12 juin 2002 à l'encontre de ce dernier, confirmant pour l'essentiel le mandat de répression, mais réduisant le montant de la créance compensatrice à 6'853 francs.
X._____ a demandé à être jugé par un tribunal en application de l'art. 72 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (ci-après: DPA; RS 313.0).
D.
Par jugement du 23 juillet 2003, le Tribunal de police de Genève a reconnu X._____ coupable de violation de la LMJ pour avoir, d'octobre 2000 au 10 avril 2001, alors qu'il exploitait le café-restaurant Ä._____¨`a Genève, installé ou laissé installer en vue de les exploiter des systèmes de jeu vidéo à points atypiques utilisés comme jeu de hasard. Il l'a condamné à une amende de 4'000 francs ainsi qu'au paiement d'une créance compensatrice de 6'853 francs et aux frais de procédure par devant la Commission fédérale des maisons de jeu, qui s'élevaient à 1'362 francs.

Statuant le 23 février 2004 sur appel de X._____, la Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève a libéré l'appelant des fins de la poursuite pénale.
E.
La Commission fédérale des maisons de jeu se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Invoquant une violation des art. 4 al. 1 et 56 al. 1 let. c LMJ, elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

L'intimé conclut au rejet du pourvoi.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
L'art. 57 LMJ prévoit que le DPA s'applique à la poursuite et au jugement des infractions à la LMJ. En vertu de l'art. 72 al. 1 DPA, quiconque est touché par un prononcé pénal ou par un prononcé de confiscation peut, dans les dix jours suivant la notification, demander à être jugé par un tribunal.

Selon l'art. 83 DPA, le procureur général de la Confédération et l'administration concernée peuvent se pourvoir en nullité de façon indépendante contre les jugements des tribunaux cantonaux qui ne peuvent pas donner lieu à un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral. Instaurée par la jurisprudence en 1979 (ATF 105 IV 286 consid. 3 p. 287 s.), puis supprimée en 1991 (ATF 117 IV 484 consid. 2 p. 488 ss), la qualité pour recourir de l'administration concernée a été réintroduite par la loi du 22 décembre 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2002 (RO 2001 3308 3314; FF 1998 1253 p. 1284 ch. 222.1). L'administration concernée est celle qui a rendu le prononcé pénal et qui avait la qualité de partie dans la procédure judiciaire devant les instances cantonales (art. 70 et 74 DPA). En l'espèce, la Commission fédérale des maisons de jeu, qui est compétente pour juger des infractions à la LMJ (art. 57 al. 1 LMJ), a rendu le 12 juin 2002 le prononcé pénal à l'encontre de l'intimé. Elle a donc qualité pour se pourvoir en nullité.
2.
2.1 L'art. 56 al. 1 let. c LMJ punit des arrêts ou d'une amende de 500'000 francs au plus celui qui aura installé, en vue de les exploiter, des systèmes de jeux ou des appareils à sous servant aux jeux de hasard qui n'ont pas fait l'objet d'un examen, d'une évaluation de la conformité ou d'une homologation.
2.2 Selon l'autorité cantonale, on ne saurait reprocher à l'intimé une violation de la LMJ et, partant, le condamner en application de l'art. 56 LMJ, vu que les critères de délimitation entre les appareils à sous servant aux jeux de hasard et ceux servant aux jeux d'adresse sont peu clairs et figurent en partie dans une circulaire interne à l'administration. Si les juges cantonaux admettent que les nouveaux appareils doivent être présentés à la Commission fédérale selon l'art. 58 de l'ordonnance du 23 février 2000 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (ordonnance sur les maisons de jeu, OLMJ; RS 935.521), ils estiment qu'il n'en va pas de même pour les appareils qui, comme en l'espèce, étaient homologués comme jeux d'adresse selon l'ancienne pratique. Pour ces derniers, la requalification des appareils en tant qu'appareils à sous servant aux jeux de hasard devrait résulter d'une décision de la Commission fédérale prise pour chaque appareil.

Pour la recourante, les appareils litigieux doivent être qualifiés d'appareils à sous servant aux jeux de hasard au sens de l'art. 3 al. 2 LMJ. Selon elles, ils étaient considérés comme des jeux de pur divertissement selon l'ancienne pratique et n'ont jamais fait l'objet d'une homologation par le Département fédéral de justice et police. En conséquence, aucune décision formelle de qualification ou de requalification ne serait nécessaire. L'interdiction d'exploitation des appareils litigieux résulterait directement de l'art. 4 al. 1 LMJ.

L'intimé fait valoir qu'il a exploité des jeux de divertissement, dont l'homologation relève du canton. A cet égard, il relève que l'autorité cantonale ne donne aucune explication sur le rapport entre la mise en argent et le degré de divertissement du jeu. Au demeurant, il soutient que les critères de distinction entre les différentes catégories de machines sont flous, de sorte qu'on ne saurait lui faire grief de n'en avoir pas eu connaissance. Aucune faute ne peut donc lui être reprochée.
2.3 La première question qui se pose est celle de savoir si les appareils en cause doivent être qualifiés d'appareils à sous servant aux jeux d'argent (Geldspielautomaten) au sens de la LMJ (et non - comme le soutient l'autorité cantonale - celle de distinguer entre les jeux de hasard et les jeux d'adresse). Un automate tombe sous le coup de cette loi lorsqu'il offre des jeux qui donnent, moyennant une mise, la chance de réaliser un gain en argent ou d'obtenir un autre avantage matériel, cette chance dépendant uniquement ou essentiellement du hasard (art. 1 al. 1 et 3 al. 1 LMJ). Dans son message du 26 février 1997, le Conseil fédéral mentionne que les avantages matériels peuvent être notamment des gains en nature (marchandises), des jetons, des bons et des points acquis au jeu et mémorisés sous forme électronique qui, à la fin du jeu, peuvent être échangés contre de l'argent, des avoirs ou des marchandises. Il précise que les appareils à points ne sont exclus de la réglementation que dans la mesure où ils appartiennent à la sous-catégorie des appareils servant uniquement au divertissement tels que les flippers et les jeux vidéo de réaction (FF 1997 III 163).

Selon la jurisprudence, la limite entre les appareils à sous servant aux jeux d'argent des autres automates est incertaine dans la mesure où en principe tout jeu peut être lié à la possibilité d'obtenir un gain en espèces ou à l'éventualité d'acquérir un autre gain matériel et, partant, être transformé en un jeu d'argent et être exploité de manière abusive ou illégale. Pour distinguer les appareils à sous servant aux jeux d'argent des autres automates de jeu, il convient de déterminer si l'appareil est conçu de telle sorte qu'il sera, selon toute vraisemblance, employé à des jeux d'argent ou conduira facilement à des jeux d'argent. L'indice essentiel pour procéder à cette évaluation est le rapport entre la mise en argent et le degré de divertissement du jeu: en cas de disproportion manifeste, on doit admettre que le jeu est exploité dans le but d'obtenir un avantage matériel (arrêt, non publié, du Tribunal fédéral du 7 juillet 2000, 1A.22/2000 consid. 3c).

En l'espèce, l'autorité cantonale ne décrit pas le fonctionnement des appareils litigieux. Elle mentionne simplement que les joueurs peuvent insérer des pièces et des coupures de 10, 20, 50 et 100 francs et qu'ils peuvent gagner une partie gratuite. Ces éléments ne permettent pas à la cour de céans de déterminer s'il s'agit d'appareils de jeux de divertissement ou d'appareils à sous servant à des jeux d'argent. La cause doit donc être retournée en instance cantonale en application de l'art. 277 PPF pour compléter l'état de fait (ATF 123 IV consid. 4b p. 217; 119 IV 284 consid. 5b p. 287).
2.4 Selon qu'il s'agit d'un appareil de divertissement ou d'un appareil à sous servant aux jeux d'argent, l'issue du litige sera différente:
2.4.1 Si l'autorité cantonale arrive à la conclusion que les machines en cause sont des appareils de divertissement, l'intimé devra être libéré de toute poursuite pénale pour violation de l'art. 56 LMJ, la LMJ n'étant pas applicable.
2.4.2 Il en ira en revanche différemment s'il s'agit d'appareils à sous servant à des jeux d'argent. Dans ce cas, l'intimé aurait dû les présenter à la Commission fédérale et solliciter leur homologation en tant que jeux d'adresse en application de l'art. 58 OLMJ. Cette disposition oblige toute personne qui entend exploiter un appareil à sous servant à des jeux d'adresse ou de hasard (appareil à sous) à le présenter, avant sa mise en exploitation, à la Commission fédérale. En effet, si les appareils à sous servant aux jeux de hasard (Glücksspielautomaten; art. 3 al. 2 LMJ) ne peuvent être exploités en principe que dans des maisons de jeu qui bénéficient d'une concession (art. 4 al. 1 LMJ), l'exploitation des appareils à sous servant aux jeux d'adresse (Geschicklichkeitsspielautomaten; art. 3 al. 3 LMJ) est du ressort des cantons. Contrairement à ce que soutient l'autorité cantonale, c'est à l'exploitant de solliciter une décision formelle, et non à la Commission fédérale d'intervenir spontanément, et l'absence de décision formelle de la Commission fédérale ne permet pas d'inférer que les jeux concernés peuvent être considérés comme des jeux d'adresse sous l'empire de la nouvelle législation en matière de maisons de jeu.

L'obligation de présenter les appareils à sous servant aux jeux d'argent existe, même si ceux-ci ont été homologués comme des jeux d'adresse selon l'ancienne pratique. L'art. 59 let. b OLMJ, selon lequel l'appareil à sous ne doit pas être présenté à la Commission fédérale lorsque le même appareil à sous a déjà été présenté et que l'exploitant peut apporter la preuve que le type et le logiciel sont identiques à ceux de l'appareil présenté, n'est pas applicable en l'espèce. Cette exception implique qu'un appareil ait été soumis à la Commission fédérale afin qu'elle statue en appliquant les critères consacrés par la législation en vigueur depuis le 1er avril 2000; une décision d'homologation prise par le Département fédéral de justice et police sur la base de l'ancien droit ne saurait donc justifier l'application de l'art. 59 let. b OLMJ (arrêt, non publié, du Tribunal fédéral, du 3 mai 2002, 2P.304/2001 et 2A.492/2001, consid. 3.1).
Il convient enfin de relever que les appareils en cause ne pourront bénéficier de l'exception prévue à l'art. 60 al. 2 LMJ. Selon l'article 60 LMJ, ïes appareils à sous servant à des jeux d'adresse homologués d'après la pratique en vigueur qui sont considérés comme des appareils servant à des jeux de hasard au sens de la nouvelle législation ne pourront désormais plus être exploités que dans les grands casinos et les casinos (al. 1). En dehors des établissements précités, les cantons pourront autoriser, dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, la continuation de l'exploitation d'un maximum de cinq des appareils mentionnés à l'al. 1 dans les restaurants et autres locaux pour autant que ces appareils aient été mis en exploitation avant le 1er novembre 1997(̈al. 2). Comme l'art. 60 al. 2 LMJ le précise expressément, seuls les cantons sont compétents pour autoriser, dans certaines limites, la continuation de l'exploitation des appareils servant aux jeux de hasard en dehors des casinos. Or, il ressort du communiqué précité du 1er septembre 2000 que, dans le canton de

Genève, l'exploitation de machines à sous en dehors du casino est interdite. Cette interdiction est conforme à l'art. 14 al. 1
lettre e de la loi genevoise du 27 octobre 1923 sur l'exercice des professions ou industries permanentes, ambulantes ou temporaires, selon lequel les distributeurs automatiques basés sur le jeu d'argent sont interdits. L'intimé ne peut donc se fonder sur l'art. 60 al. 2 LMJ pour exploiter les machines litigieuses.
3.
Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être admis en application de l'art. 277 PPF et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Il appartiendra à cette dernière de déterminer si les appareils en cause sont des appareils de divertissement ou des appareils à sous servant aux jeux d'argent. Dans ce dernier cas, l'élément objectif de l'infraction définie à l'art. 56 al. 1 let. c LMJ sera alors réalisé; l'autorité cantonale devra cependant encore examiner si l'intimé a agi intentionnellement ou par négligence.
Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'autorité qui obtient partiellement gain de cause.

L'arrêt attaqué a mis l'intimé en situation de devoir se défendre. Aucun frais ne sera mis à sa charge, dès lors que, bien que succombant dans ses conclusions, il relève à juste titre que l'autorité cantonale n'a pas examiné s'il s'agissait d'un appareil de divertissement ou d'un appareil à sous.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est admis en application de l'art. 277 PPF, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouveau jugement.
2.
Il n'est pas perçu de frais ni alloué d'indemnité.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale.
Lausanne, le 18 juin 2004
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: