

# **BVGer BVGE 2011/4 vom 18. Januar 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-01-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2011\\_4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2011_4)

FR: TAF BVGE 2011/4 du 18 janvier 2010

IT: TAF BVGE 2011/4 del 18 gennaio 2010

## **Regeste**

Jeux de hasard et maisons de jeu

## **Erwägungen**

### **E. 4**

A teneur de l'art. 106 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), 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 concernant le projet de loi fédérale sur les loteries et les entreprises analogues du 13 août 1918, FF 1918 IV 343 ss, ci-après: message concernant la LLP).

#### **E. 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 le 5 octobre 1929 (RS 10 270). 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 LMJ « 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 LLP constitue une *lex specialis* par rapport à la première (cf. message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu [loi sur les maisons de jeu, LMJ] du 26 février 1997, FF 1997 III 137, 151 et 162, ci-après: message concernant la LMJ). En précisant que la LMJ ne s'applique pas aux loteries et aux paris professionnels, ceux-ci étant régis par la LLP les concernant, l'art. 1 al. 2 LMJ concrétise cette volonté du législateur (ATF 133 II 68 consid. 3.2). Les dispositions de la LLP demeurent ainsi réservées. La LMJ 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? Auf dem Weg zu einer kohärenten Regulierung des Glücksspiels in der Schweiz, in: Thomas Sutter-Somm/Felix Hafner/Gerhard Schmid/Kurt Seelmann [éd.], 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 [éd.], 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 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 Tribunal fédéral 2C\_312/2007 du 13 novembre 2007 consid. 3.1).

#### **E. 4.2**

La CFMJ 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 (CFB) (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 CFMJ 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 Tribunal fédéral 2A.437/2004 du 1er décembre 2004 consid. 2.1).

#### **E. 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.

##### **E. 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 (CAJ-N) qui a finalement été écartée (Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale [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.

##### **E. 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, le juge ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 132 III 226 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, no 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).

### **E. 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. A cet égard, il faut relever que lors de l'examen du projet par le Conseil des Etats, le rapporteur de la CAJ-E 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 CAJ-E, cette assurance donnée par le rapporteur fait suite à une crainte que les sociétés de loterie ont émise lors des auditions organisées par la CAJ-E et qui a ensuite été relayée par de nombreux sénateurs. A cette occasion, les représentants de l'administration fédérale avaient assuré les membres de la CAJ-E 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 Etats lors de l'adoption de l'art. 1 LMJ puisque le président de la CAJ-E 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 Etats a introduit un nouvel alinéa à l'art. 5 LLP permettant au DFJP de déterminer la loi qui leur était applicable. Devant la CAJ-N, les représentants de l'administration fédérale ont à nouveau expressément affirmé que la LMJ ne s'appliquait pas aux loteries. La CAJ-N 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 CAJ-N a proposé de ne pas permettre au DFJP de déterminer la loi qui leur est applicable mais simplement de confirmer qu'il s'agit bien d'une loterie. A 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 CAJ-N 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 Etats. 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 CAJ-E 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 Etats 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 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 (CILP). 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.

#### **E. 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 Etats - 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. A cet égard, le rapporteur de la CAJ-E 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 portaient 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 régler 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 Iv. pa. Baumann J. Alexander du 19 décembre 2003, BO 2004 N 2120 ss.; question Aeschbacher Ruedi du 3 juin 2004; motion de la CAJ-N du 1er juillet 2004, BO 2004 N 2120 ss et 2162 ss; Iv. pa. Studer Heiner du 7 juin 2004, BO 2009 N 849 ss; interpellation Studer Jean du 16 décembre 2004, BO 2005 E 385 ss; Iv. pa. Ménétreay-Savary Anne-Catherine du 17 juin 2005, BO 2009 N 849 ss; question Didier Berberat du 20 mars 2008, BO 2008 E 163 s.). 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, spéc. pièce 25013; d'un avis contraire: cf. Thomas Poledna, Rechtsgutachten zu Tactilo-Lotteriematrimaten du 3 juin 2002, pièces 29000 ss du dossier de la procédure devant la CFMJ, spéc. pièce 29014 s.).

### **E. 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 pré tirage 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. A 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).

### **E. 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 CAJ E 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., pièce 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 administratif fédéral n'a d'autre choix que de se cantonner à examiner si le distributeur « Tactilo » satisfait à la définition de *lege lata* de loterie. A 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.

### **E. 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.

### **E. 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 .

#### **E. 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.).

## **E. 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.

## **E. 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* 2004 I 429 ss, spéc. 434, ci-après: *Jeux de loteries et paris professionnels*; Anne-Catherine Imhoff-Scheier, *La validité des jeux-concours publicitaires envoyés par correspondance*, in: *Revue de droit suisse* 1984, p. 25 ss, spéc. p. 38; Marc Veit/Jens Lehne, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender [éd.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 4 ad art. 106 Cst.; 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. 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).

#### **E. 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, *Jeux de loteries et paris professionnels*, 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, *Jeux de loteries et paris professionnels*, 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, *Jeux de loteries et paris professionnels*, 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, *Jeux de loteries et paris professionnels*, 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, *Jeux de loteries et paris professionnels*, p. 434).

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 7**

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

#### **E. 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: 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.

#### **E. 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 (...) 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 50 francs, le jeu s'interrompt; la machine imprime des tickets de paiement à encaisser; les gains de plus de 50 francs ne peuvent être recouverts 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 (...), 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 (...) - 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 (...), 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 50 francs. 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 57 francs 60 et 1'890 francs (cf. décision attaquée consid. 6.2).

### **E. 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 pré tirage 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 pré tirage sur papier; en tous les cas, lors de leur émission, les jeux proposés par les distributeurs « Tactilo » sont conformes à un plan préétabli.

### **E. 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. A 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 pré tirage est organisée, celui-ci ne peut être certain de vendre tous les billets émis. À cet égard, les billets de loteries à pré tirage 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 pré tirage 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 (...). 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 (...). A 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 (...). 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 ».

## **E. 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 pré tirage 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 pré tirage 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.

### **E. 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 (...). 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 pré tirage 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 pré tirage sur papier.

#### **E. 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 5 francs (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 (...). Il convient tout d'abord de constater que la fonction BET des distributeurs ne se retrouve pas dans une loterie à pré tirage 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 pré tirage, elle n'est pas de nature à remettre en cause la conformité à un plan des jeux proposés.

#### **E. 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.

#### **E. 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 administratif fédéral 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 administratif fédéral 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.

## **E. 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 continue, 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.

### **E. 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 CFMJ est habilitée - comme la CFB 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 Tribunal fédéral 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 Tribunal fédéral 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).

## **E. 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, si 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. 9.1), 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, art. 10 et art. 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 Hans Lauri du 20 mars 2003, BO 2003 E 640). A cet égard, la CILP du 7 janvier 2005 prévoit des mesures de prévention contre la dépendance au jeu (art. 17 et art. 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 CILP (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 Comlot ou 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 Tribunal fédéral 2C\_62/2009 du 10 août 2009 consid. 1 et 2).

### **E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.