



Document	Medialex 2012 p. 3
Auteur(s)	Valérie Junod
Titre	Interdiction des jeux vidéo violents: Moral Kombat?
Publication	Revue de droit de la communication
Editeur	Bertil Cottier, Christoph Beat Graber, Franz Riklin, Peter Studer, Stéphane Werly
ISSN	1420-3723
Maison d'édition	Stämpfli Verlag AG, Bern

Medialex 2012 p. 3

Valérie Junod*, professeur à la Faculté des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne et à la Faculté de droit de l'Université de Genève, professeur de droit des affaires à la Faculté des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne.
valerie.junod@unil.ch

Interdiction des jeux vidéo violents: Moral Kombat?

Zusammenfassung Jugendliche vor potenziell schädlichen Medieninhalten zu schützen, war schon immer ein gesellschaftliches Anliegen. Heutzutage fürchtet man besonders, dass brutale Videospiele gewisse Jugendliche zu kriminellen Handlungen animieren könnten. Im Schweizer Parlament wurde eine Vielzahl von Vorschlägen eingereicht, um den Zugang zu solchen Spielen zu beschränken. Im Jahre 2011 hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten die Frage aufgeworfen, ob solche Beschränkungen mit der Meinungsfreiheit vereinbar sind. Auch wenn der Oberste Gerichtshof bezüglich dem First Amendment für seine besonders strenge Rechtsprechung bekannt ist, muss man sich auch in der Schweiz fragen, ob unsere Verfassung ein Verbot bestimmter Spiele für bestimmte Personen zulässt. Die Tatsache, dass in der Wissenschaft grosse Uneinigkeit darüber besteht, ob Videospiele solche negativen Effekte haben, lässt Zweifel an der Notwendigkeit solcher Massnahmen aufkommen.

* L'auteur remercie Grégoire Nicolet et Charles-André Junod pour leurs commentaires critiques. Le titre du présent article se réfère, de manière parodique, au jeu vidéo "Mortal Kombat"; cette parodie fut proposée par le Daily Show (Comedy Central) du 30 juin 2011 suite à l'arrêt ici commenté de la Cour suprême américaine (Brown, Governor of California et al. v. Entertainment Merchants Association et al., 564 U.S. __ (2011).



I. Introduction: un contexte propice

L'insécurité est devenue un sujet ultra-médiatisé qui suscite l'inquiétude dans la population suisse¹, sans qu'on sache très bien si les médias alimentent ces préoccupations ou l'inverse². Certaines statistiques suggèrent une recrudescence des actes violents, en particulier chez les jeunes³, mais sans commune mesure avec l'appréhension dans la population ou avec le degré de politisation de la thématique⁴. A chaque acte de violence particulièrement choquant, des coupables sont désignés. Parmi eux, on retrouve pêle-mêle la démission des parents, la perte de repères moraux, la société de consommation, le chômage ou l'immigration. Les jeux vidéo violents⁵ (ci-après: JVV) sont souvent désignés comme des vecteurs du passage à l'acte brutal. Rien de surprenant dès lors à ce que, depuis quelques années, des voix appellent à leur interdiction ou à

Medialex 2012 p. 3, 4

-
- 1 Cf. par ex. le rapport du Conseil fédéral du 20 mai 2009 intitulé "Les jeunes et la violence, Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias", p. 8; rapport du Département fédéral de justice et police sur la violence des jeunes du 11 avril 2008, p. 3.
 - 2 Cf. Luca Cirigliano, Approche globale d'un phénomène complexe, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 145 à 147; Olivier Guéniat, L'augmentation de la délinquance des jeunes, mythe ou réalité? Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 150 à 153; rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 8 et p. 59.
 - 3 Pour les chiffres de la violence, voir outre les références citées sous note 1: OFS, Systèmes d'indicateurs MONET, Infractions de violence, sur <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/21/02/ind32.indicator.71001.3205.html>; OFS, communiqué du 21 mars 2011, intitulé "Recul de la criminalité enregistrée par la police"; Thomas Vollmer & Rahel Zurfluh, Une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace public et les médias, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 138; Chantal Galladé, La prévention est la meilleure protection des victimes, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 148; Office fédéral de la statistique, Délinquance juvénile: une majorité d'infractions contre le patrimoine et à la loi sur les stupéfiants, communiqué de presse de février 2002; Margot & Killias, La délinquance juvénile a-t-elle vraiment augmenté? 30 Crimiscopes, décembre 2005.
 - 4 L'Université de Zurich, par le biais de sa fög ("Forschungsbereichs Öffentlichkeit und Gesellschaft") évalue la qualité de la couverture médiatique et son évolution. Elle constate une péjoration avec l'accent mis sur des nouvelles relevant du fait divers émotionnel. Cf. notamment Jahrbuch Qualität der Medien 2010 et 2011.
 - 5 La définition du jeu vidéo violent pose une myriade de problèmes, comme l'explique d'ailleurs très bien l'opinion concurrente des juges américains Alito et Roberts (cf. chapitre 2 *infra*) dans l'affaire *Brown v. Entertainment Merchants Association*. Dans sa réponse du 19 août 2009 à l'interpellation 09.3394 de la parlementaire Sylvia Flückiger-Bäni, le Conseil fédéral suggérait une définition au seuil particulièrement bas, puisqu'il se référait aux jeux où "il s'agit de tuer virtuellement des êtres humains ou autres." La motion Hochreutener propose, elle, un seuil plus élevé, renvoyant au classement PEGI (sur cette notion, voir la note 37) pour les plus de 16 ou de 18 ans. Sur le flou de la définition, voir encore le très complet article de Nadine Hagenstein, O tempora, o mores! oder Keine Macht den Killerspielen, PJA p. 1293 (2010); également le point 10 de l'exposé des motifs afférent à la Recommandation du Conseil de l'Europe N° R(97)19 sur la représentation de la violence dans les médias électroniques.



leur encadrement. En Suisse⁶, de très nombreuses initiatives, motions, postulats et interpellations parlementaires prônent différentes formes de restrictions⁷. Le Conseil fédéral est actuellement saisi du dossier et appelé à introduire une prohibition des JVV⁸, même s'il n'en a guère envie⁹. Les contours que prendrait une future réglementation sont encore mal connus, et on y reviendra au chapitre 3. Dans l'intervalle, la Cour suprême américaine vient de rendre un arrêt important où elle aborde, sous l'angle de la liberté d'expression, l'interdiction des JVV aux mineurs¹⁰. Le chapitre 2 ci-dessous présente cet arrêt, tandis que le chapitre 4 met en exergue ses aspects intéressants pour la Suisse également sous l'angle de la liberté d'expression. La présente contribution montre qu'en Suisse la dimension constitutionnelle d'une possible interdiction des JVV a tendance à être minimisée¹¹. Même si la liberté d'expression n'a pas chez nous la même portée qu'aux Etats-Unis, une interdiction de vente des JVV aux mineurs soulève tout de même un problème de compatibilité avec l'art. 16 de la Constitution fédérale¹² et avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Vu l'impact social¹³ et économique de cette industrie¹⁴, le sujet mérite analyse.

-
- 6 Pour un aperçu de la situation dans l'Union européenne, voir la résolution du Parlement européen du 12 mars 2009 sur la protection des consommateurs, et en particulier des mineurs, en ce qui concerne l'utilisation des jeux vidéo, C 87 E/122 du 1^{er} avril 2010; la Communication de la Commission du 22 avril 2008 au même titre, Com(2008) 207 final; la résolution du Conseil du 1^{er} mars 2002 sur la protection des consommateurs, les jeunes en particulier, par l'étiquetage de certains jeux vidéo et jeux informatiques selon la tranche d'âge, JO C 65 du 14 mars 2002, p. 2.
 - 7 Postulat 03.3298 de Doris Leuthard du 17 juin 2003 intitulé "violence des jeunes"; motion 06.3170 de Rolf Schweizer du 24 mars 2006 intitulée "Cybercriminalité. Protection des enfants"; motion 06.3554 de Norbert Hochreutener du 5 octobre 2006 intitulée "Extension à la motion Schweizer à la représentation de la violence"; postulat 06.3646 de Viola Amherd du 6 décembre 2006 intitulé "Violence des jeunes. Pour que la prévention ait davantage d'impact et d'efficacité"; postulat 07.3665 de Chantal Galladé du 4 octobre 2007 intitulé "Médias de divertissement. Protéger les enfants et les adolescents de la violence"; motion 07.3875 de Viola Amherd du 21 décembre 2007 intitulée "Distribution de vidéos à contenu violent, sexuel ou pornographique"; motion 07.3894 de Roland Borer du 21 décembre 2007 intitulée "Prévention de la violence chez les jeunes"; motion 07.3870 de Norbert Hochreutener du 21 décembre 2007 intitulée "interdiction des jeux électroniques violents"; initiative 08.316 du canton de Berne du 18 juin 2008 intitulée "Interdiction des jeux vidéo violents"; initiative 08.334 du canton de Saint-Gall du 23 décembre 2008 intitulée "Révision du Code pénal"; interpellation 09.3394 de Sylvia Flückiger-Bäni du 29 avril 2009 intitulée "Jeux violents. Mesures du Conseil fédéral"; initiative 09.313 du canton de Saint-Gall du 26 mai 2009 intitulée "Mieux protéger les enfants et les jeunes contre la violence dans les jeux vidéo et les médias"; initiative 09.314 du canton du Tessin 27 mai 2009 intitulée "Révision de l'article 135 CP"; motion 09.3807 de Viola Amherd du 23 septembre 2009 intitulée "Représentation de la violence. Protéger efficacement les jeunes"; initiative 09.332 du canton de Fribourg du 16 novembre 2009 intitulée "Interdiction des jeux vidéo violents"; initiative 10.302 du canton de Zoug du 5 janvier 2010 intitulée "Interdiction des jeux vidéo violents"; interpellation 10.3761 de Viola Amherd du 29 septembre 2010 intitulée "Protection de la jeunesse et médias. Comment poursuivre au-delà des programmes de prévention".
 - 8 Les motions Hochreutener 06.3554 et 07.3870 (restriction d'accès aux mineurs des JVV) et Allemann 09.3422 (interdiction totale des JVV) ont été transmises au Conseil fédéral en décembre 2007, respectivement en mars 2010.
 - 9 Voir par ex. la réponse du Conseil fédéral du 20 mai 2009 à la motion Allemann.
 - 10 Arrêt *Brown v. Entertainment Merchants Association*.
 - 11 Voir toutefois SJZ 93 p. 70 (1997); au niveau européen: la ligne directrice n°1 de la Recommandation N° R(97)19, *supra* note 5.
 - 12 Sur la consécration de la liberté d'expression dans la Constitution suisse, voir Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux*, 2^e édition, 2006, pp. 253-255.
 - 13 Sur les habitudes de jeu des Américains et des Européens, lire Pew Internet & American Life Project, *Teens, Video Games, and Civics*, p. i and p. v (2008), respectivement GameVision Europe pour l'ISFE (Interactive Software Federation of Europe), *Video Gamers in Europe 2010*.
 - 14 Le chiffre d'affaires global de l'industrie du jeu vidéo est estimé à \hat{a} , - 50 milliards, ce qui en fait "la première industrie culturelle au monde". Cf. Sarah Sauneron, *Jeux vidéo: quelle régulation des contenus et des pratiques?* Centre (français) d'analyse stratégique (novembre 2010). En 2010, quelques 3,7 millions de jeux ont été vendus en Suisse. Parmi les 30 jeux les plus vendus en 2010, on en dénombre dix qui peuvent être considérés violents, en ce sens que le joueur doit tuer un ennemi. Cf. SIEA, *Bilan du secteur du divertissement interactif suisse, Bulletin SIEA - Chiffres du marché 2010 et T4/2010* (21 février 2011).



II. Présentation de l'arrêt de la Cour suprême américaine

Le 27 juin 2011, la Cour suprême américaine a rendu, à une majorité de sept juges sur neuf, un arrêt qui déclare inconstitutionnelle une loi californienne interdisant, sous peine d'amendes "civiles"¹⁵, la vente et la location de JVV aux mineurs, sans le consentement préalable d'un parent. La loi était attaquée par recours *abstrait* (c'est-à-dire sans cas concret d'application) par l'industrie du jeu vidéo¹⁶. Pour cette majorité de sept juges, la loi de l'Etat de Californie est contraire au premier amendement qui protège la liberté d'expression.

Deux juges forment la minorité. Pour le juge Clarence Thomas, républicain convaincu, l'histoire de l'éducation des enfants aux Etats-Unis atteste que les pères de la nation (*founding fathers*) n'avaient jamais envisagé que la liberté d'expression protège également les communications adressées à des enfants mineurs sans l'accord des parents; c'est pourquoi l'Etat doit pouvoir soutenir cette autorité parentale quasi-absolue¹⁷. Pour le démocrate Stephen Breyer, deuxième juge minoritaire, il aurait fallu mieux tenir compte de l'autonomie du législateur californien, qui pouvait s'appuyer sur de nombreuses études scientifiques pour retenir que les JVV présentent un danger sérieux pour la jeunesse, danger que seule une interdiction de vente aux mineurs est à même d'écarter¹⁸.

Les cinq juges qui forment l'opinion majoritaire ne montrent pas la même retenue. Pour eux, les études scientifiques invoquées par le parlement californien ne sont pas suf-

Medialex 2012 p. 3, 5

fisamment univoques¹⁹. Certes, plusieurs d'entre elles font état d'un danger induit par les JVV²⁰; cependant, elles présentent des failles trop nombreuses pour justifier une interdiction totale de vente aux mineurs²¹. D'abord, il leur manque une comparaison entre différents médias; ainsi, l'effet d'un film violent n'est pas comparé à celui d'un JVV²². Ensuite, les études échouent à montrer un lien de causalité entre le JVV et un passage à l'acte violent; le fait que ces jeux puissent augmenter l'agressivité des joueurs ne signifie pas encore que ces jeunes deviendront des délinquants²³. Enfin, il est très difficile d'isoler l'effet du JVV des différents autres facteurs susceptibles de favoriser un passage à l'acte violent, notamment le contexte socio-économique spécifique au joueur²⁴. Plus généralement, il est ardu, sinon impossible, de conduire des études statistiquement fiables sur les effets des JVV, ne serait-ce que parce que les expériences en laboratoire ne se prêtent guère à un recrutement randomisé (aléatoire) des sujets et à un suivi à long terme.

15 L'amende était de USD 1000 par violation.

16 Contrairement au Tribunal fédéral suisse, la Cour suprême ne s'impose pas une certaine retenue dans le cadre d'un contrôle abstrait. Elle invalide l'acte attaqué si ses applications inconstitutionnelles sont prédominantes.

17 Cf. Dissent du Juge Clarence Thomas.

18 Cf. Dissent du juge Stephen Breyer.

19 Cf. partie III de l'opinion majoritaire du juge Brown.

20 Voir par ex. la récente méta-analyse (étude regroupant plusieurs études) de Craig A. Anderson et al., *Violent Video Game Effects on Aggression, Empathy, and Prosocial Behavior in Eastern and Western Countries: A Meta-Analytic Review*, 136(2) *Psychological Bulletin* pp. 151-173 (2010).

21 Cf. partie III de l'opinion majoritaire du juge Brown.

22 Id.

23 Certaines estiment au contraire que les JVV fournissent un exutoire utile permettant aux enfants de se défouler et donc d'évacuer leur agressivité. Cf. par ex. les recherches de Lawrence Kutner et Cheryl Olson résumées sur le site <http://www.grandtheftchildhood.com>. D'autres suggèrent qu'en occupant les jeunes à la maison, les jeux vidéo diminuent les occasions de prendre part à des actes de violence à l'extérieur.

24 En Suisse, voir par ex. Elisabeth Ryter, *La violence dans les médias et la publicité*, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (janvier 2007).



C'est cependant moins sous l'angle scientifique que sous l'angle strictement juridique que les juges majoritaires étayaient leur opinion. Tout d'abord, ils retiennent qu'un JVV, à l'instar de tout autre média d'expression, notamment un film (violent), une musique (violente) ou un livre (violent), bénéficie de la protection de la liberté d'expression²⁵. De même, le fait que seule la vente aux mineurs soit interdite n'est pas décisif, car la protection du premier amendement s'étend aussi aux enfants²⁶. Ensuite, les juges majoritaires imposent au législateur californien un standard strict (*strict scrutiny*) dès lors que la loi restreint la liberté d'expression en s'attaquant au contenu en cause (*content-based regulation*)²⁷. Plus précisément, seuls les jeux au contenu violent sont interdits aux mineurs; la loi ne traite donc pas les contenus de manière neutre, ce qui lui aurait permis de bénéficier d'un examen plus accommodant. Selon ce standard strict, le législateur californien aurait dû prouver que sa loi est motivée par un intérêt public actuel et urgent (" *compelling government interest*) et qu'elle constitue le moyen le moins intrusif pour satisfaire cet objectif (*narrowly drawn to serve that interest*). Or, pour les juges majoritaires, ce standard n'est pas satisfait. Ils avancent à cet égard deux motifs.

D'une part, la loi californienne est *underinclusive* en ce sens qu'elle ne s'attaque qu'aux JVV, alors qu'il n'est pas scientifiquement établi que d'autres médias au contenu violent (par exemple des films) soient moins dangereux²⁸. L'histoire témoigne au demeurant que si la société blâme aujourd'hui les JVV, elle réprouvait autrefois les *dime novels*, les *comic books*²⁹, la radio, le cinéma et la télévision³⁰; à tour de rôle, ils ont été accusés de nuire sévèrement au développement moral de la jeunesse.

Underinclusive, la loi l'est aussi en ce qu'elle admet que l'accord d'un parent suffit à lever l'interdiction³¹. Or, si les JVV sont réellement dangereux pour la jeunesse au point qu'il soit impératif d'en interdire la vente, on conçoit mal que le consentement d'un seul parent - sans précision aucune quant à la manière dont il doit être attesté - suffise à lever le ban.

D'autre part, la loi est *overinclusive* en ce qu'elle interdit *a priori* toute vente, indépendamment de ce qu'aurait pu être la volonté des parents³². Or la Californie n'a pas établi que tous les parents souhaitent empêcher leurs enfants d'accéder aux JVV³³ et ont besoin d'être soutenus dans leurs efforts par un système de sanctions étatiques. Les juges soulignent par ailleurs que l'industrie a mis en place un système volontaire de restrictions d'accès où des limites d'âge sont recommandées en fonction du contenu du jeu. Ce système n'est évidemment pas totalement efficace, puisque le dernier rapport de l'agence américaine montre qu'environ 20% des jeunes parviennent à passer outre. Cependant, pour les juges majoritaires, si le système volontaire marche raisonnablement bien, le législateur ne peut plus invoquer un intérêt public urgent à réduire encore davantage les manquements résiduels à sa mise en œuvre - *some gap in compliance is unavoidable*, qu'il s'agisse d'un système d'autorégulation ou d'une loi impérative. En résumé, la Californie ne parvient pas à prouver que sa loi est le moyen le plus adéquat pour résoudre un problème urgent d'intérêt public.

25 Cf. partie II de l'opinion majoritaire. L'Etat de Californie ne contestait d'ailleurs pas que la liberté d'expression englobe les jeux vidéo.

26 Cf. notamment l'arrêt *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975).

27 Cf. partie III de l'opinion majoritaire.

28 *Id.*

29 Dans un intéressant article, Ryan C. W. Hall et al. mettent en évidence les parallélismes frappants entre le débat sur les risques des *comic books* dans les années 50, d'une part, et celui sur les risques des JVV, d'autre part. Cf. *A Plea for Caution: Violent Video Games, the Supreme Court, and the Role of Science*, 86(4) *Mayo Clin. Proc.* P. 315-321 (avril 2011).

30 Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

31 Cf. partie III de l'opinion majoritaire.

32 *Id.*

33 Selon le sondage effectué par Pew aux Etats-Unis, 62% des parents estiment que la pratique des jeux vidéo (tout jeu confondu) n'a pas d'effet sur leurs enfants, et seulement 13% juge qu'elle a une influence négative. Cf. rapport cité *supra* note 13, p. v.

Deux autres juges, Alito et Roberts, ont emprunté une voie distincte pour aboutir au même résultat. Ils estiment que la loi californienne est simplement trop vague; elle enfreint par conséquent les exigences de *due process*. L'industrie du jeu vidéo aurait de (trop) grandes difficultés à déterminer quand l'interdiction de vente aux mineurs trouve application. En effet, même si la Californie a rédigé sa loi en la calquant sur les exi-

Medialex 2012 p. 3, 6

gences des *precedents* de la Cour suprême³⁴, les conditions d'application demeurent basées sur des notions floues. Pour résumer la loi en cause, un jeu vidéo aurait été interdit de vente s'il contient des scènes avec des représentations d'êtres humains "tués, blessés ou démembrés" (condition initiale); il faut de surcroît que cette violence soit présentée de manière déviante ou morbide, de sorte que le jeu blesse les standards sociaux de la communauté, sans offrir de sérieuse valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique (conditions complémentaires)³⁵. Comme quantité de jeux impliquent de tuer ou blesser un adversaire, il est presque toujours nécessaire d'étudier ces conditions complémentaires pour savoir ce qui devrait - concrètement - être interdit de vente aux mineurs. Or ces conditions complémentaires font toutes appel à un *undefined society or community standard*. Ce standard est d'autant plus vague que la loi n'opère pas de distinction en fonction de la classe d'âge des joueurs (par ex. enfants/adolescents). Dès lors, la liberté d'expression risque fort d'être restreinte au-delà de ce qui est nécessaire ou de ce qui était envisagé par le législateur, puisque les entreprises productrices souhaitant réduire le risque de sanctions s'abstiendront de pénétrer cette zone grise. Les deux juges précités indiquent qu'une loi mieux rédigée - c'est-à-dire aux conditions d'application plus étroitement définies - pourrait être conforme au premier amendement.

III. La situation actuelle en Suisse: les propositions parlementaires et la réaction du Conseil fédéral

Le jugement américain a eu un important retentissement, y compris en Suisse³⁶. En effet, le contexte suisse n'est pas si différent du contexte américain. La Suisse, comme les Etats-Unis, connaît un système volontaire par lequel l'industrie a elle-même défini des limites d'âge en fonction des contenus (système PEGI pour Pan European Game Information) et s'efforce ensuite, sur cette base, de restreindre la vente aux mineurs³⁷. Certains cantons, à l'instar de Vaud³⁸, ont renforcé ce système par des lois qui interdisent la vente en violation de ces limites d'âge; d'autres s'approprient à le faire³⁹, et le Conseil fédéral les y encourage⁴⁰.

34 La définition du JVV est inspirée des arrêts *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968) et de *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

35 Voir partie I de l'opinion majoritaire.

36 Cf. par ex. les articles dans "Le Temps" du 27 juin 2011: C.C. Vey, Etats-Unis: la vente de jeux vidéo violents aux mineurs acceptée.

37 La Suisse applique le système européen PEGI. Les jeux vidéo sont attribués, en fonction de leur contenu, à cinq classes d'âge: à savoir dès 3 ans, plus de 7 ans, plus de 12 ans, plus de 16 ans et plus de 18 ans. Seuls 4% des jeux relèvent de cette dernière catégorie. Le système PEGI fournit par surcroît des pictogrammes renseignant sur des aspects spécifiques du jeu (grossièreté, nudité, drogue, discrimination, peur, violence, jeu de hasard et/ou jeu en ligne). Le degré de difficulté ou d'intérêt du jeu, compte tenu de l'âge du joueur, n'est en revanche pas pris en compte pour le classement. Sur l'élaboration du standard PEGI, voir la Communication de la Commission du 22 avril 2008, *supra* note 6, p. 3 et 4.

38 Cf. loi vaudoise du 27 juin 2006 sur le cinéma, les vidéogrammes et les logiciels de loisir, et son Règlement d'application du 29 novembre 2006.

39 Le Valais et Bâle préparent une réglementation applicables aux jeux vidéo. Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 70 et 72.

40 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 82; aussi OFAS, Programme national, Protection de la jeunesse face aux médias et compétences médiatiques, p. 23 (11 juin 2010).



De nombreux cantons estiment cependant que ce système - partiellement privé, largement cantonal - est insuffisant⁴¹ et souhaitent qu'une solution fédérale voie le jour. Cinq initiatives cantonales appellent le Conseil fédéral à intervenir⁴². De même, une dizaine de motions parlementaires appuie une telle intervention, certaines allant jusqu'à prôner l'interdiction totale de vente des JVV, y compris aux adultes⁴³.

Jusqu'à présent, le Conseil fédéral a défendu une approche mesurée. Il souligne que les cantons disposent de larges compétences en matière de police du commerce et n'en ont de loin pas tous fait usage⁴⁴. Quant à la Confédération, elle aurait besoin d'une base constitutionnelle nouvelle pour légiférer⁴⁵. Certes, elle dispose de larges compétences en matière pénale et elle les a exercées en édictant notamment l'art. 135 du Code pénal (CP)⁴⁶. Celui-ci interdit les représentations les plus ex-

Medialex 2012 p. 3, 7

trêmes de la violence, à savoir celles "qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux, portant gravement atteinte à la dignité humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique digne de protection". Cependant, comme le Conseil fédéral⁴⁷ et la doctrine⁴⁸ ont eu l'occasion de le souligner, l'art. 135 CP ne trouve que rarement et difficilement à s'appliquer aux contenus médiatiques usuels⁴⁹. Vu l'abondance et la variété de films d'horreur sur les

41 L'efficacité du système d'autoréglementation passe par son application stricte par les commerçants, ainsi que par sa bonne compréhension par les acheteurs, principalement les parents. Si l'étude GameVision (*supra* note 13) fait état d'un bon niveau de connaissance du système de classification PEGI auprès des joueurs, ce n'est pas toujours le cas auprès des parents; en Europe, seulement 16% des parents non joueurs le connaissent. Pour des suggestions sur la manière de sensibiliser le public, voir la note d'analyse citée sous note 14.

42 Cf. les initiatives cantonales citées *supra* sous note 7.

43 Voir la motion Allemann 09.3422, acceptée le 3 juin 2009 par le Conseil national et le 18 mars 2010 par le Conseil des Etats.

44 Voir par ex. l'avis du Conseil fédéral du 27 février 2008 à la motion Hochreutener 07.3870.

45 Selon le Conseil fédéral, les art. 11 et 67 Cst n'attribuent "pas à la Confédération la compétence d'édicter une législation unique pour tous les médias à des fins de protection de la jeunesse". Rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 71. De même, la Confédération ne dispose pas d'une compétence générale en matière de politique de l'enfance et de la jeunesse. Cf. Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Rapport du 27 août 2008 du Conseil fédéral intitulé "Pour une politique suisse de l'enfance et de la jeunesse", p. iv et p. 15; également Cirigliano, *supra* note 2, p. 147. En revanche, l'art. 386 CP peut fonder une compétence en faveur de mesures fédérales présentant un lien suffisamment étroit avec l'objectif de prévention de la délinquance. S'agissant de la récente ordonnance sur les mesures de protection des enfants et des jeunes et sur le renforcement des droits de l'enfant (entrée en vigueur le 1^{er} août 2010), elle ne peut fonder que des mesures incitatives (voir notamment son art. 2 al. 1 lit. a ch. 2). Enfin, la future loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse ne touche que très indirectement le thème de l'exposition des jeunes à la violence médiatique.

46 L'actuel art. 135 CP est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990. Le Conseil fédéral a accepté la motion 06.3554 recommandant un durcissement de cette disposition. Cf. réponses du Conseil fédéral du 29 novembre 2011 à la motion de Norbert Hochreutener et du 27 février 2008 à la motion 07.3870, toutes deux citées sous note 7. La Confédération est également compétente pour ce qui a trait aux programmes radio-télévision (voir en particulier l'art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur la radio et la télévision [RS 784.40; LRTV] repris de l'art. 7 al. 1 let. b de la Convention européenne [Conseil de l'Europe] sur la télévision transfrontière de 1989).

47 Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64, citant le jugement d'un tribunal bernois niant l'application de l'art. 135 CP au JVV Stranglehold. Une autre plainte déposée par le député bernois Roland Näf aurait été déposée contre le jeu Manhung 2.

48 Sur la genèse et les conditions d'application de l'art. 135 CP, voir l'article d'Ursula Cassani, Les représentations illicites du sexe et de la violence, 110 Revue pénale suisse pp. 428-447 (1993); Hagenstein, *supra* note 5; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, commentaire de l'art. 135 CP, p. 475; Denis Barrelet & Stéphane Werly, Droit de la communication, Stämpfli 2^e édition 2011, pp. 393-395; Heinrich Hempel, Die Freiheit der Kunst, Schulthess 1991, § 9.

49 A ma connaissance, l'art. 135 CP n'a trouvé à s'appliquer que de très rares fois aux médias traditionnels. Cf. SJZ 1993 p. 69, jugement zurichois du 6 septembre 1995 portant sur le film "Blutgeil"; SJZ 1997 p. 69; commentaire de Daniel Cornu, La violence dans les médias et ses limites, medialex p. 96 (2005); jugement zurichois du 4 octobre 1983 (SJZ 80 [1984] n° 16). Plus récemment, et s'agissant d'internet, le Tribunal pénal fédéral a prononcé une condamnation pour violation de l'art. 135 CP à l'encontre d'un islamiste accusé de soutenir des organisations terroristes; sur les sites internet qu'il animait, l'auteur diffusait des vidéos d'exécutions tirées d'autres sites web (arrêt du 2 mai 2008, 6B_645/2007).



écrans, il serait bien difficile de dire lesquels n'ont strictement aucune valeur d'ordre culturel; de même, les livres présentant des scènes de torture n'ont rien d'inhabituel. L'arrêt de la Cour suprême américaine illustre ce dilemme au moyen de citations tirées des contes des frères Grimm ou d'ouvrages classiques comme "l'Odyssee" ou "Lord of the Flies"⁵⁰. Si l'on transpose ces exemples aux jeux vidéo, on ne voit pas d'emblée pourquoi l'exception d'une valeur d'ordre culturel ne trouverait pas également à s'appliquer. Il s'ensuit qu'une législation visant l'interdiction des JVV n'aurait de sens que si elle se distingue des conditions d'application (déjà floues) de l'art. 135 CP. Mais si cette interdiction devait appréhender un champ plus vaste que celui compris dans l'art. 135, sa validité juridique serait encore plus douteuse (cf. chapitre 4 ci-dessous).

Le Conseil fédéral est aussi réticent à admettre un intérêt public à légiférer - ou du moins à légiférer de manière contraignante. Il estime que les solutions d'autorégulation mises en place fonctionnent plutôt bien⁵¹; les cantons pourraient les renforcer sans grande difficulté en édictant des normes en matière de police du commerce⁵². Le Conseil fédéral considère cependant difficile d'y greffer un système de sanctions pénales. En effet, à supposer qu'on interdise pénalement la commercialisation de JVV classés plus de 18 ans, on se retrouverait avec un système hybride où le comportement sanctionné est défini essentiellement par une association privée, par hypothèse l'actuelle SIEA⁵³. Vu le nombre très élevé de jeux en circulation, il serait difficile de remplacer cette entité privée par une autorité publique chargée de visionner et classer l'ensemble des JVV⁵⁴. Enfin, le Conseil fédéral n'est manifestement pas convaincu que les JVV puissent être isolés comme facteur causal de violence chez les jeunes⁵⁵. Il défend plutôt le point de vue que ces JVV doivent trouver un terrain déjà favorable pour déployer un effet nuisible. Ce sont donc chez des jeunes déjà enclins à la violence que l'usage intensif de JVV est susceptible d'aggraver le processus d'aliénation. L'intérêt public à une interdiction généralisée à tous les mineurs est donc loin d'être évident⁵⁶.

Finalement, sous la pression des parlementaires et des cantons⁵⁷, le Conseil fédéral a donné son feu vert à un large programme d'éducation et de sensibilisation⁵⁸. Cette initiative réunit toutes les parties prenantes. Les interdictions légales ne sont pas à l'ordre du jour, mais les associations privées doivent s'engager à mieux respecter leurs propres règles d'autorégulation⁵⁹. Le programme mise avant tout sur la sensibilisation

⁵⁰ Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

⁵¹ En Suisse, la Swiss Interactive Entertainment Association (SIEA) a adopté un Code de conduite en 2006 (cf. Code de conduite SIEA/PEGI pour la protection des jeunes, version d'août 2011). Celui-ci instaure la reprise des classifications PEGI. 95% de la branche a déclaré s'y soumettre. La Recommandation N° R(89)7 du Conseil de l'Europe concernant des principes relatifs à la distribution de vidéogrammes à contenu violent, brutal ou pornographique (en liaison avec la Recommandation N° R(92)19) invite les Etats membres à soutenir ce processus d'autoréglementation.

⁵² Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64.

⁵³ La Recommandation susmentionnée du Conseil de l'Europe se déclare pourtant en faveur d'un tel système hybride, puisqu'elle invite les Etats membres à sanctionner pénalement les infractions aux systèmes de classification (point 5.1).

⁵⁴ Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 64 et 71.

⁵⁵ Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 14 et p. 60; étude commandée par l'OFAS à Olivier Steiner, *Neue Medien und Gewalt, Überblick zur Forschungslage hinsichtlich der Nutzung Neuer Medien durch Kinder und Jugendliche und der Wirkungen gewaltdarstellender Inhalte* (décembre 2008).

⁵⁶ "Selon une enquête réalisée en Suisse par l'Office fédéral de la police (fedpol), seuls 500 jeunes environ, souvent organisés en bandes, seraient véritablement délinquants". CHSS 3/2009, *supra* note 3, p. 138.

⁵⁷ Cf. motion Galladé 07.3665, citée *supra* note 7.

⁵⁸ Cf. OFAS, rapport 11 juin 2010, *supra* note 40; rapport du 20 mai 2009, cité *supra* note 1.

⁵⁹ Le projet n° 5 porte sur le monitoring de la réglementation et de l'autorégulation; grâce à une expertise externe, il vise à "se faire une idée de la situation actuelle en matière de protection des jeunes face aux médias". Programme national "Protection de la jeunesse face aux médias et compétences médiatiques", Plan de mise en œuvre, p. 11 (janvier 2011).

et l'éducation des jeunes et de leur entourage⁶⁰. La branche des jeux vidéo a accepté de financer une partie des mesures ainsi planifiées⁶¹.

Medialex 2012 p. 3, 8

IV. Les enseignements pour la Suisse

La Suisse n'accorde pas la même importance que les Etats-Unis à la liberté d'expression⁶². Là-bas, le premier amendement a servi à invalider de très nombreuses lois, tant la Cour suprême se montre sévère dans son appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité. Dernièrement, une loi interdisant la représentation d'actes de cruauté envers les animaux n'a pas trouvé grâce à ses yeux et a été jugée inconstitutionnelle⁶³. Seuls la pornographie⁶⁴ et les *fighting words*⁶⁵ sont clairement hors du champ du premier amendement⁶⁶ - ce qui amène d'ailleurs le juge Breyer à écrire: *what sense does it make to forbid selling to a 13-year-old boy a magazine with an image of a nude woman, while protecting a sale to that 13-year-old of interactive video game in which he actively, but virtually, binds and gags the woman, then tortures and kills her? What kind of First Amendment would permit the government to protect children by restricting sales of that extremely VVG only when the woman - bound, gagged, tortured, and killed - is also topless?*⁶⁷.

Même si la jurisprudence helvétique en matière de liberté d'expression est moins exigeante⁶⁸, elle offre quelques pistes intéressantes pour jauger l'admissibilité d'une éventuelle interdiction des JVV. Il ne fait aucun doute qu'en tant qu'expression artistique, ces jeux sont couverts par la liberté d'expression⁶⁹; plus précisément, leurs utilisateurs en bénéficient. De même, il ne fait aucun doute qu'un mineur peut invoquer la liberté d'expression pour accéder à de tels jeux⁷⁰, comme il le pourrait à l'égard d'un

60 Cf. rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 5.

61 Cf. OFAS, rapport de janvier 2011, *supra* note 59, p. 3 et 14.

62 Sur la portée de la liberté d'expression aux Etats-Unis, voir par ex. Michel Hottelier, La liberté de la presse aux USA - Mythe fondateur et judicial activism, *medialex* 2003 p. 209. Les Etats-Unis font plutôt figure de cavalier solitaire dans leur défense quasi-absolue de la liberté d'expression. Bon nombre d'autres pays, notamment l'Australie, le Brésil, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie et le Royaume-Uni, ont déjà - et même pour certains à plusieurs reprises - interdit à la vente des JVV. Parmi les plus décriés, on mentionnera le jeu *Manhunt 2*; bannis dans plusieurs pays, il a dû être reconfiguré en une version expurgée des pires atrocités. Cf. Communication de la Commission du 22 avril 2008, *supra* note 6, pp. 6-7.

63 Cf. *United States v. Stevens*, 559 U.S. ___ (2010).

64 Sur le thème de l'obscénité, voir les arrêts *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), *Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229 (1972), *United States v. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971), *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

65 Les *fighting words* sont ceux qui incitent leur destinataire à réagir promptement par la violence contre leur émetteur; il s'agit généralement d'insultes. Depuis l'arrêt inaugural de 1942 (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568), et contrairement à l'exception visant la pornographie, cette exception n'a que très rarement été appliquée. A noter au demeurant que des paroles qui prônent la violence, par exemple l'action politique violente, ne peuvent être prohibées sans violer le premier amendement (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)).

66 Cf. partie II de l'opinion majoritaire.

67 Point IV de la "dissent" du juge Breyer.

68 On évoquera à cet égard un récent arrêt du Tribunal fédéral (6B_511/2011) qui confirme, en à peine 10 lignes, qu'un détenu peut se voir interdire l'accès à un CD de musique, en raison de la violence des paroles chantées. On rappellera que les prisonniers ne perdent pas leur droit à la liberté d'expression, même si celle-ci peut bien évidemment faire l'objet de restrictions.

69 La liberté économique des distributeurs trouve bien sûr également à s'appliquer. La jurisprudence suisse privilégie d'ailleurs l'application de cette liberté lorsque des aspects commerciaux sont en jeu. Le présent article analyse toutefois une éventuelle interdiction dans la perspective du consommateur privé d'accès, et non du distributeur interdit de vente. C'est pourquoi les développements qui suivent se concentrent sur la liberté d'expression, et non sur la liberté économique.

70 Sur la titularité de la liberté d'expression, voir par ex. Denis Barrelet, Les libertés de la communication § 45, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Thürer/Aubert/Müller, Schulthess, p. 724 (2001); également Roberto Peduzzi, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz*, Schulthess,

livre, fût-il violent⁷¹. Dès lors, la question à trancher est de savoir si les conditions classiques de l'art. 36 Cst sont remplies. Ni la jurisprudence suisse, ni la jurisprudence européenne⁷² n'ont eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité d'une interdiction d'accès aux jeux vidéo. Comme on le verra plus bas, doctrine et jurisprudence se sont en revanche prononcées sur les restrictions d'accès aux cinémas.

A supposer qu'une loi soit adoptée - qu'elle soit cantonale ou fédérale, dans ce dernier cas, en admettant que le problème du fondement constitutionnel ait été résolu -, il conviendra de déterminer si pareille interdiction constitue le moyen le plus proportionné pour sauvegarder un intérêt public suffisant? La réponse à cette question implique de tenir compte de la jurisprudence (générale) de la Cour européenne des droits de l'homme. On signalera également qu'une loi fédérale ne serait pas forcément "immunisée" par l'art. 190 Cst, dès lors que la liberté d'expression est ancrée dans le droit international supérieur⁷³.

1. L'intérêt public à interdire les JVV

Le premier obstacle que rencontrerait une interdiction de vente des JVV est celui de l'*intérêt public*. Comme l'arrêt américain l'a montré, il n'est pas certain que les JVV favorisent la

Medialex 2012 p. 3, 9

violence des jeunes, ni que leur interdiction la prévienne. Dans sa *dissenting opinion*, le juge Breyer cite une centaine d'études scindées en deux catégories, celles qui admettent une telle corrélation (voire causalité) et celles qui la nient⁷⁴. Même les études qui admettent l'effet nocif des JVV ne vont pas jusqu'à affirmer qu'une proportion significative d'enfants s'engage dans des actes de violence illégaux à cause d'un usage des JVV⁷⁵. Evidemment, aucune étude n'a établi qu'une interdiction légale diminue ces actes de violence. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral aurait quelque peine à retenir l'intérêt public consistant à interdire toute vente de JVV à tous les mineurs⁷⁶. Comme l'a souligné le Conseil fédéral, seuls quelques jeunes sont à risque et les entraver tous dans leur liberté d'expression paraît délicat⁷⁷. Une

pp. 228-230 (2004).

- 71 Cf. par ex. Jean Zermatten, *Grandir en 2010: entre protection et participation*, Revue jurassienne de jurisprudence 2010 p. 100; Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse, *Protection de la jeunesse face aux médias: le droit pénal ne suffira pas* (2010).
- 72 La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à deux reprises sur des affaires de censure d'œuvres à contenu sexuel, respectivement pornographique, destinées ou accessibles aux mineurs. Il s'agit des arrêts *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, (série A n° 24, p. 23, § 49) et *Mueller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988 (requête n° 10737/84). Dans ces deux affaires, la mesure d'ingérence nationale a été qualifiée de proportionnée et donc conforme à la CEDH. Ces deux affaires ne portent pas sur des contenus violents; elles sont - de surcroît - passablement anciennes.
- 73 Sur l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral lorsqu'une loi suisse se heurte à la Constitution et au droit international, voir l'ATF 128 IV 201 = JdT 2005 IV 57 (interdiction de la pornographie dure compatible avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme). Plus récemment, voir les ATF 136 II 120, 136 I 65 et 131 II 710.
- 74 Voir les appendices A et B à la *dissenting opinion* de Breyer. Pour sa part, le DFJP dans son rapport du 11 avril 2008 (*supra* note 1), p. 17, n. 39, révèle que quelque 5000 études auraient été conduites sur les effets des représentations de la violence sans qu'on ne puisse "tirer définitivement au clair l'influence des médias sur les comportements violents des jeunes".
- 75 Cf. par ex. Daniel Süß, *Jeunes et médias: pratiques, compétences et protection de la jeunesse*, Sécurité sociale CHSS 3/2009, p. 166; Jörg M. Fegert & Liliane Kistler, *Jeux guerriers et violence à la télévision*, Bulletin d'information sur les expériences et connaissances acquises en Suisse et à l'étranger en matière d'exécution des peines et mesures pour les adultes et les mineurs 3/2006, pp. 14-16 (plus affirmatif sur l'effet nocif des JVV).
- 76 Voir toutefois l'art. 197 al. 1 CP. Dans sa réponse du 21 mai 2003 à la motion 03.3163, le Conseil fédéral avait indiqué considérer cette disposition comme poursuivant le but légitime de protéger "le développement sexuel autonome des jeunes". On pourrait tracer une analogie avec les JVV.
- 77 La Recommandation N° R(97)19 susmentionnée du Conseil de l'Europe est plus catégorique en ce qu'elle met l'accent, dans son préambule, sur les "préjudices qui peuvent découler pour l'épanouissement physique, psychique ou moral du public, en particulier du jeune public, tels que



interdiction basée uniquement sur l'intérêt public au maintien des bonnes mœurs serait envisageable, mais se heurte à d'autres difficultés. La morale est une notion éminemment floue et qui varie "dans le temps et l'espace, spécialement à une époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière"⁷⁸. Vu le nombre de personnes jouant à des JVV⁷⁹, il serait présomptueux d'admettre un consensus social sur leur immoralité. Enfin, un intérêt public plus restreint portant sur le potentiel d'addiction est envisageable. Cependant, n'importe quel jeu vidéo présente un potentiel d'addiction, qu'il soit violent ou non. Il serait donc difficile de fonder une interdiction des JVV uniquement sur un intérêt public de ce type.

En faveur d'une interdiction, on se référera aux nombreuses interdictions existantes qui ont frappé ou continuent de concerner les mineurs (notamment l'interdiction d'accès à la pornographie⁸⁰ et à certains films projetés au cinéma). Ainsi, la censure préalable à l'encontre des projections cinématographiques était largement répandue dans les cantons romands jusque vers la fin des années 70; elle se déployait même à l'égard des adultes s'agissant de contenus violents ou obscènes⁸¹. Sa constitutionnalité n'avait jamais posé problème (hormis la question de la base légale formelle ou matérielle⁸²). Cependant, à l'époque, les tribunaux appréciaient ces restrictions sous l'angle unique de la liberté économique⁸³; il n'était pas question d'examiner une atteinte à la liberté d'expression des spectateurs, *a fortiori* mineurs⁸⁴. La doctrine suisse, dans sa majorité, s'exprime en faveur des restrictions qui ciblent l'accès des mineurs aux cinémas⁸⁵. Elle considère que la vulnérabilité des enfants, en particulier leur manque de distance critique vis-à-vis du contenu visionné, justifie pleinement un contrôle des âges d'entrée. Ces auteurs semblent tenir cette vulnérabilité comme un fait découlant de l'expérience générale de la vie, n'ayant pas besoin d'être prouvé⁸⁶. Dans l'Union européenne, c'est le principe de précaution qui a été invoqué pour justifier la prise de mesures quand bien même la nocivité des jeux vidéo ne serait pas avérée⁸⁷.

l'insensibilisation croissante à la souffrance, le sentiment d'insécurité et la méfiance".

- 78 Arrêt du 7 décembre 1976 de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, §48.
- 79 Aux Etats-Unis, 97% des jeunes entre 12 et 17 ans et 53% des adultes (dont 81% dans la tranche 18-29 ans) jouent à des jeux vidéo. Cf. Amanda Lenhart, *Video Games: Adults are Players Too*, Pew Research Center (2008) à <http://pewresearch.org/pubs/1048/>. Chez les mineurs, près de la moitié jouent à des jeux pouvant être qualifiés de violents. Cf. Pew Center, *Teens, Video Games and Civics*, (2008), à <http://pewresearch.org/pubs/953/>.
- 80 Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la constitutionnalité de certaines interdictions ayant trait à la pornographie, notamment la pornographie dure comportant des images de violence dans l'ATF 128 IV 201. Voir également Peduzzi, *supra* note 70, pp. 281-284. Dernièrement, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que l'interdiction de la pédo-pornographie était conforme à la liberté d'expression. Cf. décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Karttunen c. Finland* tranchée le 10 mai 2011.
- 81 Cf. l'art. 41 de l'ancien règlement genevois du 23 novembre 1945 concernant les salles de spectacles. Voir aussi l'ATF 87 I 114 où, sur la base d'un arrêté (abrogé) neuchâtelois du 12 février 1929, le Tribunal fédéral a confirmé en 1961 la censure préalable d'un film qui suggérait qu'un crime parfait pouvait être commis.
- 82 Sur la censure cinématographique en général: Charles Poncet, *Censure cinématographique et délégation législative*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 81/1980 p. 469; du même auteur, *La censure cinématographique en droit administratif suisse et en droit genevois*, *SJ* 1979 p. 49; Nicolas Peyrot, *La censure cinématographique à Genève, Considérations sur l'arrêt du Tribunal administratif du 16 janvier 1980*, *RDAF* 1980 p. 73. L'évolution de la jurisprudence du Tribunal administratif genevois peut être retracée aux travers ses arrêts publiés à la *SJ* 1980 p. 505, *SJ* 1979 p. 67, *RDAF* 1979 p. 215, *SJ* 1976 p. 205, *SJ* 1976 p. 187, *RDAF* 1973 p. 50, *SJ* 1972 p. 395.
- 83 Cf. notamment ATF 39 I 12; 41 I 264, 87 I 114, 93 I 305 = *SJ* 1968 p. 1, 96 I 199.
- 84 Cf. par ex. ATF 87 I 114, consid. 2. A l'inverse, dans son arrêt du 18 juillet 1994 (ATF 120 Ia 190), le Tribunal fédéral admet que "celui qui désire voir un film comme spectateur peut en principe se prévaloir de [la] liberté [d'expression]".
- 85 Cf. Barrelet (2001), *supra* note 71, p. 737 et notes de bas de page 3 et 114; Barrelet & Werly, *supra* note 48, p. 103 et p. 309; Peduzzi, *supra* note 70, p. 250.
- 86 On citera cependant l'art. 11 al. 1 Cst: "Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement."
- 87 Cf. point 13 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6. Voir également

Egalement en faveur de la constitutionnalité d'une interdiction des JVV, on fera référence, dans un contexte présentant

Medialex 2012 p. 3, 10

certaines analogies, à différents jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a régulièrement confirmé que les Etats peuvent interdire un discours prônant la haine⁸⁸, des paroles racistes, xénophobes ou antisémites⁸⁹, et même des caricatures faisant l'apologie du terrorisme⁹⁰. Cependant, dans ces trois cas de figure, l'incitation à la violence est davantage ancrée dans la réalité que lorsqu'il s'agit d'un jeu vidéo. La menace pour la société est probablement perçue comme plus immédiate.

2. La proportionnalité d'une interdiction des JVV

La condition de la *proportionnalité*, troisième exigence posée par l'art. 36 Cst, mérite également débat. L'examen de cette condition implique d'avoir au préalable évalué l'ampleur de l'atteinte. A supposer qu'une interdiction suisse soit cantonnée à la vente à des mineurs sans l'accord des parents⁹¹, l'ampleur de l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression peut sembler faible. Les juges américains étaient d'ailleurs divisés sur ce point. Pour certains, l'atteinte était modeste, puisque l'accord d'un parent permet à un mineur d'accéder à n'importe quel JVV. Pour d'autres, faire dépendre l'accès aux médias de l'accord exprès du parent (ou d'un acte volontaire du parent qui achète et remet le jeu) constitue une atteinte significative à la liberté reconnue aux mineurs. A mon sens, l'atteinte n'est pas négligeable. Imaginons une loi qui interdirait toute vente à des mineurs de livres relatant des meurtres (donc n'importe quel roman policier): en toute vraisemblance, cette mesure de censure préalable serait jugée disproportionnée, même si l'accord du parent suffisait à lever l'interdiction. Doit-il en aller de même pour les JVV? De larges passages du jugement de la Cour suprême porte d'ailleurs sur ce point délicat de savoir si un JVV doit être apprécié différemment qu'un livre, un film ou une parole de chanson violente. Les effets de l'interactivité du JVV y sont largement discutés⁹². Pour la majorité de cinq juges, *all literature is interactive*⁹³ de sorte que les JVV ne se distinguent pas, sinon par degré, des autres médias⁹⁴. Pour les autres juges, l'interactivité du JVV - où le joueur est amené à choisir (par ex. qui tuer et comment) et à agir (par ex. presser sur un bouton, une manette, une arme ou via Kinect) - comporte un danger bien plus grand; le joueur s'entraîne, devient bon à tuer et est encouragé par les points accumulés en conséquence⁹⁵. En l'absence d'études scientifiques fiables comparant différentes formes d'exposition à la violence (par ex. la pratique d'arts

British House of Commons, Harmful content on the Internet and in video games, Tenth report of session 2007-08, Volume I, p. 66 (2008).

⁸⁸ Cf. par ex. arrêt *Sürek c. Turquie* (n° 1) du 8 juillet 1999, n° 26682/95.

⁸⁹ Cf. par ex. arrêt *Féret c. Belgique*, n° 5615/07.

⁹⁰ Cf. arrêt *Leroy c. France* du 2 octobre 2008, N1 36109/03. Voir son commentaire par Franz Zeller dans *medialex* 2008 p. 188.

⁹¹ Une interdiction de vente de JVV qui ne serait pas levée par l'accord des parents soulèverait des problèmes juridiques et pratiques supplémentaires. D'une part, la mesure devrait être appréciée comme une ingérence au droit à la vie privée de la famille. D'autre part, on voit assez mal quel contrôle étatique peut s'exercer dans les foyers lorsque les contenus autorisés varieraient en fonction de l'âge de l'utilisateur. On relève toutefois que l'interdiction de la vente d'alcool aux mineurs déploie ses effets indépendamment de l'accord des parents.

⁹² Cf. partie II de l'opinion majoritaire "Brown".

⁹³ Id.

⁹⁴ Id.

⁹⁵ On pourrait argumenter qu'un jeu qui laisse le choix de ses actes au joueur doit être apprécié moins sévèrement qu'un film qui impose la vision du seul réalisateur. Avant que les jeux vidéo ne deviennent l'objet de polémiques, c'étaient d'ailleurs les films (à la télévision ou au cinéma) qui accaparaient l'attention des critiques. Cf. par ex. ATF 87 I 114, consid. 2; Emmanuel Derieux, *La violence à la télévision et la jeunesse*, *medialex* 2003 p. 11.



martiaux, le visionnement de films, la pratique des JVV), il est bien difficile de réserver un traitement spécial aux JVV⁹⁶.

La question des *alternatives moins intrusives* qu'une interdiction se pose aussi⁹⁷. Actuellement, aux Etats-Unis comme en Suisse, prévaut un système volontaire de restrictions selon l'âge. Ce système n'est pas parfait, puisque le vendeur qui passe outre ne s'expose pas à des sanctions étatiques⁹⁸, sauf dans le canton de Vaud qui a rendu "obligatoire" l'autoréglementation. Des manquements ont déjà été constatés, et la branche devrait certainement déployer davantage d'efforts pour obtenir le plein respect de son Code de conduite par ses membres⁹⁹. Cependant, il n'est pas certain qu'une interdiction étatique soit plus efficace. L'arrêt américain donne l'exemple de l'interdiction de la vente d'alcool aux mineurs, (non) respectée dans pratiquement la même proportion que le système privé de *ratings* des JVV; la Suisse fait d'ailleurs la même expérience avec l'accès des jeunes à l'alcool¹⁰⁰ ou au cannabis¹⁰¹. Toutefois, en Suisse, le Tribunal fédéral tend à laisser une large marge de manœuvre aux cantons pour juger de l'efficacité d'une mesure. On mentionnera toutefois le récent arrêt 1P.336/2005 où la décision de l'exécutif genevois de ne pas louer une salle communale à l'humoriste

Medialex 2012 p. 3, 11

controversé Dieudonné a été cassée comme contraire à la liberté d'expression. Le Tribunal observe que d'autres mesures moins incisives (par ex. le renforcement du service d'ordre) existaient pour contrôler les dérapages redoutés (de la part du public). Le Tribunal a attaché une grande importance au fait qu'était en cause une *censure préalable* du spectacle; il écrit: "Seules des conditions restrictives peuvent justifier une ingérence de l'Etat, en particulier lorsque, comme en l'espèce, il intervient à titre préventif."¹⁰² S'agissant des jeux vidéo, différentes mesures de filtrage et de contrôle parental existent (par ex. filtres d'accès à certains jeu ou contrôle de la durée passée à jouer). L'industrie encourage d'ailleurs le développement et la mise à disposition de ces outils¹⁰³. Comme tout dispositif technique, ils ne sont pas parfaits et peuvent être contournés, moyennant maîtrise des moyens techniques - maîtrise dont font preuve de plus en plus de joueurs adolescents. Faillibles ou non, peu de parents choisissent de

⁹⁶ Cela n'a cependant pas arrêté le Conseil de l'Europe qui souhaite la mise en place de "sanctions civiles, pénales ou administratives" à l'encontre des "représentations gratuites de la violence gravement offensantes pour la dignité humaine ou qui, par leurs caractéristiques inhumaines ou dégradantes, portent préjudice à l'épanouissement physique, psychique ou moral du public, en particulier du jeune public". Cf. Recommandation N° R(97)19 déjà citée sous note 5.

⁹⁷ Le Conseil fédéral souhaite ainsi miser sur l'éducation et la sensibilisation des jeunes et de leurs parents. C'est ce que préconise également le Conseil de l'Europe dans ses diverses recommandations.

⁹⁸ Les sanctions privées imposées par la commission PEGI de la SIEA existent, mais sont d'une portée limitée. Les plus sérieuses d'entre elles consistent en un refus de livraison et en une exclusion de l'association. Des amendes peuvent être infligées, mais leurs montants sont très modérés. Surtout, on ignore dans combien de cas des sanctions ont déjà été infligées, la mise en œuvre du Code de conduite ne faisant l'objet d'aucune communication publique.

⁹⁹ Voir l'émission de la TSR du 15 novembre 2005 ("Violence des images: y'a pas d'âge!") qui, lors d'un test, a constaté que la majorité des points de vente en Suisse romande (10 sur 13 testés) ne respecte pas l'interdiction de vente des JVV aux mineurs. Le Conseil fédéral a d'ailleurs menacé de prendre "au niveau fédéral les mesures réglementaires qui s'imposent" si "les associations professionnelles [...] ne respectent pas leurs propres dispositions". Rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 72; aussi rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 7; rapport de janvier 2011, *supra* note 59, p. 11.

¹⁰⁰ Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 51.

¹⁰¹ Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 52.

¹⁰² Consid. 4.2.

¹⁰³ Cf. par ex. le point 14 des *Human rights guidelines for online games providers*, directive développée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'ISFE. De manière intéressante, la directive recommande que les options de filtrage ressortent de manière transparente, c'est-à-dire visible, à la fois pour les parents et le joueur mineur. A ce sujet, voir également la Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet.



faire usage de ces outils¹⁰⁴; ils sont peu nombreux aussi à connaître le système de classification PEGI¹⁰⁵. Or rien n'indique que ces mesures techniques soient concrètement *moins efficaces* qu'une restriction de vente en magasin, elle aussi aisée à éluder en pratique¹⁰⁶.

Enfin, on s'interrogera sur la *faisabilité pratique* d'une interdiction de vente aux mineurs. De plus en plus de jeux (bientôt quasiment tous) sont proposés à la vente *on-line*¹⁰⁷; le distributeur n'est pas situé en Suisse, pas davantage que le serveur. Une interdiction suisse n'aurait guère d'effets sur ces ventes via internet¹⁰⁸. L'interdiction affecterait donc essentiellement les ventes à partir de magasins sis en Suisse. On sait aussi que les mineurs accèdent régulièrement aux jeux vidéo par le biais d'amis. Une interdiction dont l'efficacité dépend aussi nettement du canal d'accès paraît peu apte à sauvegarder l'intérêt public en cause.

3. Conclusion

Une interdiction des JVV poserait en Suisse différents problèmes tant juridiques que pratiques. Un besoin urgent d'action pour prévenir une grave menace pour un large groupe de mineurs n'a pas été prouvé scientifiquement¹⁰⁹. A l'opposé, l'atteinte à la liberté d'expression des mineurs peut difficilement être qualifiée de minime. Le fait qu'une large partie de la population soit horrifiée par la violence de ces jeux et n'y trouve aucune qualité rédemptrice ne suffit pas à justifier cette atteinte, du moins tant que les études n'auront pas démontré un effet *sensible* sur la délinquance des mineurs. Comme le rappelle la majorité de la Cour suprême, *disgust is not a valid basis for restricting expression*¹¹⁰.

Résumé Protéger les jeunes contre des contenus médiatiques susceptibles de les corrompre a toujours été une préoccupation sociale. Aujourd'hui, on craint tout particulièrement que les jeux vidéo violents puissent inciter certains jeunes à passer dans la délinquance. Un florilège de projets devant le Parlement suisse vise à restreindre l'accès à ces jeux. Un arrêt de la Cour suprême américaine de 2011 soulève toutefois la question de la compatibilité de ces restrictions avec la liberté d'expression. Même si la Cour américaine est connue pour sa jurisprudence particulièrement protectrice du premier amendement, la Suisse devra, elle aussi, s'interroger sur la constitutionnalité de mesures visant à interdire certains jeux à certaines personnes. Le fait que les scientifiques demeurent encore largement partagés quant à la réalité d'un effet néfaste des jeux vidéo violents amène à douter de la nécessité de la mesure, au vu de l'ampleur de l'atteinte.

Summary Protecting young people against corrupting media content has always been of social concern. Today, violent video games are particularly feared, as many believe they are a contributory factor to criminal actions. In Switzerland, parliamentary members have submitted numerous projects to restrict access to such games. Yet, a

¹⁰⁴ Cf. l'étude de GameVision, *supra* note 13, p. 5; aussi rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 12. A noter que les parents qui eux-mêmes jouent à des jeux vidéo exercent davantage de contrôle sur la pratique de jeu de leurs enfants. Cf. SIEA, communiqué de presse du 4 juin 2008 intitulé "Les jeux vidéo deviennent partie intégrante de la culture du divertissement"; SIEA, communiqué de presse du 8 juillet 2010 intitulé "Un adulte sur quatre est passionné par les jeux vidéo"; GameVision, *supra* note 14, p. 5.

¹⁰⁵ Voir note 37 *supra*; également point 24 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6.

¹⁰⁶ On rappellera également l'ATF 96 I 199, où le Tribunal fédéral a jugé inconstitutionnel (au regard de la liberté économique) l'obligation de l'exploitant d'un cinéma de vérifier l'âge de *tous* les spectateurs dont l'apparence suggère un âge inférieur à 20 ans. Un contrôle par sondage, si effectué de manière rigoureuse, a été jugé suffisant.

¹⁰⁷ Cf. par ex. point 8 de la résolution du Parlement du 12 mars 2009, citée *supra* note 6.

¹⁰⁸ Cf. par ex. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 72; rapport du 11 juin 2010, *supra* note 40, p. 6.

¹⁰⁹ Selon le Conseil fédéral, "moins de 2% des mineurs sont en contact avec la justice, 2,5 pour mille pour des délits de violence". Cf. rapport du 20 mai 2009, *supra* note 1, p. 1.

¹¹⁰ Partie II de l'opinion majoritaire "Brown".



2011 decision of the U.S. Supreme Court reaches the conclusion that the First Amendment protecting freedom of speech prevails over a State law forbidding the sales of these games to minors. Even though U.S. case law is known for being highly protective of freedom of speech, Switzerland too will need to face the issue: are game access restrictions compatible with our Constitution? The fact that scientists still strongly disagree as to the adverse effects of playing violent video games brings the author to question the necessity of such restrictions.