

Table des matières

Résumé du mémoire.	iii
Epigraphe	v
Remerciements	vi
Introduction	1
Partie I. Le champ de protection de la réalité augmentée par les droits fondamentaux.	16
Titre I. L'encouragement du développement de la technologie par les droits fondamentaux	16
Chapitre I. Liberté de la recherche	17
Chapitre II. La mise en œuvre de la liberté d'entreprendre.	24
Titre II. La réalité augmentée un moyen de création.	31
Chapitre I La mise en œuvre des libertés d'expression et de création	31
Chapitre II La protection des créations en réalité augmentée : mise en œuvre du droit d'auteur.	38
Partie II. Les limites au développement et à l'utilisation de la réalité augmentée, posées par les droits fondamentaux	52
Titre I. Les limites relatives aux droits fondamentaux des tiers	52
Chapitre I. Le respect de la vie privée et du traitement des données personnelles comme limites à l'utilisation de la réalité augmentée.	54
Chapitre II. Le droit de propriété comme limite à la création en réalité augmentée.	66
Titre II. Les limites relatives à l'Intérêt général et le respect de l'ordre public.	74
Chapitre I : l'ordre public comme limite à l'usage des droits fondamentaux	77
Chapitre II : l'ordre public comme limite à la renonciation aux droits fondamentaux	84
Conclusion :	89
Bibliographie	90

« Les livres ne disparaîtront jamais. Il y aura toujours deux mains pour accueillir un peu de langage, quelqu'un pour s'éloigner de la tribu et recopier les écritures que font les étoiles dans le ciel »¹

*A Claire
A mes amis de la NGJ*

¹ Christian Bobin, *Grande Vie.*, S.L, Gallimard, 2015 à la p 57.

Mes remerciements vont tout d'abord aux professeurs Louis-Philippe Lampron et Arnaud Latil, pour avoir accepté de diriger ce travail mais également pour leur bienveillance et pour avoir pris le temps de répondre mes questions. Je tiens également à remercier le professeur Pierre-Luc Deziel pour ses précieux conseils. Enfin, je tiens à remercier ma mère pour son soutien et les sommes invraisemblables qu'elle a investies en café quand mon budget ne me le permettait pas

Introduction

Représente-toi des hommes dans une sorte d'habitation souterraine en forme de caverne. Les hommes sont dans cette grotte depuis l'enfance, les jambes et le cou ligotés de telle sorte qu'ils restent sur place et ne peuvent regarder que ce qui se trouve devant eux [...] la lumière d'un feu qui brûle [...] loin derrière eux. [...] crois-tu que de tels hommes auraient pu voir que ce soit d'autre, d'eux-mêmes et les uns des autres, si ce ne sont les ombres qui se projettent, sous l'effet du feu et sur la paroi de la grotte en face d'eux ? [...] s'ils avaient la possibilité de discuter les uns avec les autres, n'es-tu pas d'avis qu'ils considéreraient comme des êtres réels les choses qu'ils voient ?

- Si nécessairement²

À travers son allégorie de la caverne, Platon amène son lecteur à se questionner sur la définition du réel et la difficulté à appréhender ce qui l'est et ce qui ne l'est pas. Et si les nouvelles technologies, plus particulièrement la réalité augmentée et la réalité virtuelle, étaient une nouvelle forme de cette allégorie ? Lorsque la technologie permet de reproduire voire de créer virtuellement des objets aussi vraisemblables que ceux qui nous entourent. Lunettes de réalité augmentée sur le nez, comment savoir si ce que nous voyons est réel ou virtuel ? Les toucher ? Quid des interfaces haptiques, capables de tromper le sens du toucher³ ? Les expériences sur la possibilité de tromper les sens de l'homme se multiplient et avec elles les espoirs et les craintes liées aux nouvelles technologies et à l'intelligence artificielle. Craintes et espoirs que l'on retrouve à différents niveaux culturels, de par la littérature ou encore le cinéma. C'est par exemple le cas de *Matrix*, la célèbre trilogie des sœurs Wachowski, elle-même une adaptation de cette allégorie à l'univers du virtuel.

² Platon, *La République*, 2. éd. corr, traduit par Georges Leroux, coll GF - Flammarion texte intégral, n°653, Paris, Flammarion, 2004. p. 358-359.

³ Benjamin Bayart, *Réalité augmentée haptique: théorie et applications.. Interface homme-machine*, Université d'Evry-Val d'Essonne, 2007.

À l'heure actuelle, il existe un double consensus concernant les nouvelles technologies, il est largement admis d'une part que les technologies ont secoué les fondements de la société, et ce faisant, modifié en profondeur les comportements sociaux, économiques, mais également juridiques⁴. Concernant l'aspect juridique, de l'apparition des premiers PC grand public comme l'Apple II, au web 2.0 des réseaux sociaux, des pans entiers du droit ont dû être repensés voire pensés. On pensera par exemple au titre V de la *loi du 3 juillet 1985* relatif à la protection des logiciels⁵ Plus récemment encore, les nouvelles technologies ont amené la création puis la consécration jurisprudentielle⁶ et *in fine* textuelle à l'article 17 du *RGPD*⁷, du droit à l'oubli numérique. Ce droit consiste en la possibilité, sous diverses conditions, pour les internautes de demander à ce que les données numériques à caractère personnel le concernant soient supprimées ou à ce qu'il soit déréférencé.

Les technologies informatiques ont été, sont et risquent d'être, un défi herculéen posé au droit. En effet de par leur complexité, leur technicité et leur perpétuelle évolution, elles mettent à mal le temps nécessaire à la maturation des nouvelles règles⁸. La volonté de s'assurer que ces nouveautés sont bien soumises à des règles précises, cette peur du vide juridique animant les législateurs – appelé « *syndrome de Galilée* »⁹ par le professeur Binet – a conduit à une réelle

⁴ Franck Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des droits de la propriété intellectuelle? : essai sur la cohérence des droits*. coll Collection du CEIPI, n°57, Paris, LexisNexis, 2011. n°17.

⁵ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle

⁶ CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain c/ Agencia Española de Protección de Datos* ; chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *AJDA* 2014, p.1147; note V.-L. Benabou et J. Rochfeld *Dalloz*. 2014, p.1476.

⁷ Règlement UE n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

⁸ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5. éd, coll Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012 ; J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, 1. éd, coll Collection « Partage du savoir », Paris, Presses universitaires de France, 2002.

⁹ Binet, *supra* note 8. p.238.

inflation législative¹⁰. Cette « *hypertrophie* »¹¹ est le résultat d'un effet boule de neige ; des lois prises à la hâte, ce qui préjudicie à leur qualité et à leur durabilité ; ou des lois trop techniques, trop denses, ce qui préjudicie à leur intelligibilité. Ces dernières entraînant la création d'autres lois pour corriger ces défauts, lois elles-mêmes hâtives ou techniciennes. Un effet décrit par une grande partie de la doctrine, notamment eu égard à ses conséquences tant juridiques qu'économiques, le régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques en tête.

Le consensus porte d'autre part, sur l'avenir des nouvelles technologies, si ces dernières ont déjà bouleversé la société, le changement est en marche et il n'est pas prêt de s'arrêter, la technologie a vocation à continuer de transformer, parfois superficiellement, parfois en profondeur, les différentes couches de la société. C'est dans cet état d'esprit de changement perpétuel de ce que les nouvelles technologies que le juriste doit se pencher sur leur encadrement.¹²

À ce titre, la réalité augmentée (RA), jeune arrivante sur la scène des nouvelles technologies mérite d'être étudiée. Le premier problème la concernant se trouve dans sa définition. Comme le fait remarquer A.B. Craig « *the term AR is being bandied about very widely, and it is not clear just exactly what people mean by the term. Some sources use a very broad meaning of the term, whereas others mean something very specific and narrow by it.* »¹³. Il est donc avant tout, nécessaire dresser une définition suffisamment claire et restrictive de la réalité augmentée.

Comme le notent Philippe Fuchs, Olivier Hugues, Olivier Nannipieri la réalité augmentée recouvre différentes conceptions s'étalant sur un spectre allant de l'environnement imaginaire à la perception augmentée ¹⁴

¹⁰ L. Duong Godefroy, « La densification normative dans le domaine d'Internet », dans C. Thibierge, *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013. p.898.

¹¹ *Ibid.*

¹² J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op.cit.

¹³ Alan B Craig, *Understanding augmented reality: concepts and applications*, Amsterdam, Morgan Kaufmann, 2013.p.15

¹⁴ Philippe Fuchs, Olivier Hugues, Olivier Nannipieri. Proposition d'une Taxonomie

La réalité augmentée fait partie de ce que certains appellent le « web 3.0 », c'est-à-dire le web des objets connectés, elle nécessite en effet un support pour transformer les informations numériques en informations sensibles, la réalité augmentée visuelle nécessite ainsi un smartphone, une paire de lunettes augmentée voire même pourquoi pas des lentilles de contact. Les systèmes de réalité augmentée qui existent déjà – comme Pokémon GO ou NAMALand pour ne citer qu'eux – et ceux qui sont encore en cours de développement ont pour la plupart besoin d'une connexion permanente pour traiter les données fournies par l'utilisateur, tant pour créer l'environnement en temps réel qu'à des fins pécuniaires.

Dans son article *A Survey of Augmented Reality*, paru en 1997 le professeur Azuma définit la réalité augmentée comme suit : « *AR allows the user to see the real world, with virtual objects superimposed upon or composited with the real world. Therefore, AR supplements reality, rather than completely replacing it. Ideally, it would appear to the user that the virtual and real objects coexisted in the same space, similar to the effects achieved in the film "Who Framed Roger Rabbit?"* »¹⁵ puis donne ce qu'il considère être les trois éléments caractéristiques de cette technologie. « *1) Combines real and virtual ;2) Interactive in real time ; 3) Registered in 3-D* »¹⁶

Cette définition largement acceptée, et reprise dans le domaine, est cependant trop vaste. Tout d'abord parce qu'elle pourrait faire entrer différents éléments sans intérêt dans le cadre de notre étude. Cette définition trop conceptuelle ne fait également pas le lien entre les informations virtuelles générées et celles obtenus du monde réel tout comme elle ne précise pas la nature des interactions possibles avec la réalité augmentée, puisqu'elle ignore la place de l'utilisateur, indicateur nécessaire à notre travail.

Fonctionnelle des Environnements de Réalité Augmentée. AFRV2010. Cinquième Journées de l'Association Française de Réalité Virtuelle et de l'Interaction 3D., Dec 2010, Orsay, France

¹⁵ Ronald T Azuma, « A Survey of Augmented Reality » [1997] 6(4) Presence Teleoperators Virtual Environ p 355 à 385 à la p 356.

¹⁶ *Ibid.*

Elle a heureusement été précisée par A.B Craig :

« The physical world is augmented by digital information superimposed on a view of the physical world ; the information is displayed in registration with the physical world. ; the information displayed is dependent on the location of the real world and the physical perspective of the person in the physical world ; the AR experience is interactive, that is, a person can sense the information and make changes to that information if desired. The level of interactivity can range from simply changing the physical perspective (e.g., seeing it from a different point of view) to manipulation and even creating new information. »¹⁷

La définition donnée ici, corrige les manques relatifs à l'interactivité et au rôle de l'utilisateur dans le processus. Dès lors, combinée à celle du professeur Azuma, elles permettent de dresser une définition assez précise de la RA.

La réalité augmentée, outre sa définition, subit également son lot de débats quant à sa nature, en effet elle peut être appréhendée à la fois comme une technologie à proprement parler ou comme un moyen de création structuré par la technologie¹⁸. Afin d'être le plus exhaustif possible, nous retiendrons les deux possibilités.

Pour résumer, on retiendra que la réalité augmentée est une technologie ou un médium qui permet d'interagir avec un environnement où sont distinctement ou indistinctement superposés des éléments physiques et virtuels différents en fonction de la situation géographique de l'utilisateur et parfois en fonction de l'utilisateur et des données personnelles disponibles le concernant.

Comme toutes les technologies, la réalité augmentée est moralement neutre – ni bonne ni mauvaise – les seuls risques pouvant découler de celle-ci sont relatifs à son utilisation et par conséquent aux comportements humains. Des comportements potentiellement dangereux tant dans la conception que dans l'utilisation des machines utilisant la réalité augmentée. Et alors même qu'elle n'en est qu'à ses prémices, la réalité augmentée pose de nombreuses questions notamment en matière de droit à la vie privée, de données

¹⁷ Craig, *supra* note 13 à la p 16.

¹⁸ Dans le sens d'une technologie v. Azuma, *supra* note 10 à la p 356. Dans le sens d'un médium v. Craig, *supra* note 9 à la p 1.

personnelles, de droit de propriété ou encore de liberté d'expression.

Si l'on prend par exemple, le cas d'un individu dans la rue, équipé d'une paire de lunettes de réalité augmentée connectée, il est tout à fait possible d'imaginer une application qui permettrait – par la reconnaissance faciale – de faire apparaître le profil Facebook des gens qu'il croise, mais ces derniers auront-ils consenti à une telle utilisation de leurs données personnelles ou cela constitue-t-il une atteinte à leur vie privée ? Et quand bien même ils auraient consenti, QUID de la réalité de leur consentement, sujet à bien des débats concernant sa suffisance dès lors qu'il s'agit d'internet ? Prenons toujours le même individu, qui cette fois-ci, se retrouve face à un graffiti sur une devanture, mais en réalité augmentée, visible uniquement grâce à une application spéciale, l'auteur du graffiti dégrade-t-il réellement le bien d'autrui, atteint-il au droit de propriété du propriétaire de la devanture ou exerce-t-il simplement sa liberté d'expression sans causer de préjudice ?

Pour répondre à ce type de question il est, d'une part, nécessaire de définir et de comprendre les mécanismes de la réalité augmentée¹⁹ mais également de lui attribuer un régime juridique. Il est encore beaucoup trop tôt pour savoir s'il est nécessaire de lui créer un régime propre. Il ne faut pas oublier que le droit est une science de réaction, il nécessite un temps d'observation des phénomènes afin d'en comprendre l'ampleur et les risques liés²⁰. Comme le résume F. Ost :

« Le droit, s'il veut exercer sa mission de médiation a besoin de temps, à la fois au sens de la durée nécessaire à la réflexion, et au sens de la mise en perspective et de la prise de recul, seules susceptibles d'assurer la prise en compte d'une histoire sociale de long terme. Quand le temps juridique se réduit au court terme ou se laisse prendre au piège de l'instantané, il devient, au contraire, aléatoire et contingent ... A l'amnésie à l'égard du passé s'ajoute alors la myopie à l'égard du futur ; seule règle, souveraine, l'actualité. Privée de souvenir et de projet, dépourvue de remords et d'espérance, la société vit au jour le jour »²¹

¹⁹ Pour un exemple de confusion de la doctrine entre réalité augmentée et réalité virtuelle v. R.-M. Borges, « Pokémon et réalité virtuelle : des droits d'auteur bien réels. », dans *Revue de l'Union européenne*, 2017 à la p 85

²⁰ Bergel, *supra* note 6 aux pp 129-130.

²¹ François Ost, " Mémoire et pardon, promesse et remise en question. La déclinaison

Ne pas respecter ces principes c'est risquer de tomber dans une inflation législative emplies de conséquences mais vide de réels objectifs à long terme. Inflation déjà trop conséquente en matière de technologies numériques.

Pourtant cette absence de régime conduit à une certaine insécurité juridique, ne pas savoir quelles règles sont susceptibles de s'appliquer à la réalité augmentée peut conduire à différents extrêmes. Un des risques étant de sombrer dans un excès de « *paternalisme* »²², comme ce fut le cas avec les arrêtés « anti-pokémon » qui visaient à « *assurer la santé mentale des gens* » à Janvry, ou encore de limiter la « *propagation contagieuse et anarchique du phénomène Pokemon Go* » ainsi que l'« *addiction dangereuse que représente ce jeu vis-à-vis des jeunes populations* »²³ dans la ville de Bressolles et ainsi de décourager les investissements dans le domaine., soit à l'inverse laisser son développement incontrôlé. Cela serait particulièrement déplorable au vu du potentiel dont elle dispose dans de multiples domaines (médical, éducatif, ludique, militaire, culturel, etc.²⁴).

C'est donc à un exercice de qualification juridique qu'il faut s'adonner ici. C'est-à-dire une « *opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement.* »²⁵. Si l'élément qu'il s'agit ici de qualifier est la réalité augmentée, reste alors à trouver un ensemble normatif de référence pouvant servir de catégorie juridique. Il s'agira dans le cadre de ce mémoire des droits fondamentaux.

éthique des temps juridiques " dans *Le temps et le droit: actes du 4e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Cowansville, Québec, Éditions Y Blais, 1996.

²² G. Abbe, « Arrêtez les arrêtés ! », dans *AJ Collectivités Territoriales*, 2016 à la p 413

²³ http://www.ville-bressolles.fr/IMG/pdf/001-210100624-20160809-412016-ar-1-1_1.pdf

²⁴ Voir par exemple Azuma, *supra* note 10. p. 357 à 362. ou encore IEEE VR International Workshop on Virtual and Augmented Assistive Technology, 2015 3rd IEEE VR International Workshop on Virtual and Augmented Assistive Technology (VAAT 2015): Arles, France, 23 March 2015, Piscataway, NJ, IEEE, 2015.

²⁵ Gérard Cornu et al, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2016.

Les droits fondamentaux comme ensemble normatif de référence.

Notre choix s'est ici tourné vers les droits fondamentaux. Tout d'abord la plupart des questions soulevées – pour l'instant – par la réalité augmentée sont relatives à la mise en œuvre de ces droits. Ensuite, comme nous essayerons de le démontrer tout au long de ce travail, les droits fondamentaux sont des concepts larges et « malléables » capables d'intégrer de nouveaux éléments. Mus par une dynamique propre, leur évolution rapide est liée à leur caractère prétorien qui leur permet de « s'adapter » plus facilement à de nouvelles situations y compris aux nouvelles technologies²⁶. Enfin, ils sont en plein mouvement d'uniformisation et de justiciabilité²⁷ internationale, mais surtout européenne, comme le note C. Laurent-Boutot « *des droits de l'homme dépourvus de prime abord d'une garantie et d'une portée normatives efficaces acquièrent une force normative considérable* »²⁸. Ce qui pourrait palier les problèmes d'aterritorialité d'internet et désormais des objets connectés. En effet la Cour EDH refuse qu'un droit fondamental puisse être consacré sans qu'il y ait de prérogatives effectives qui en découlent. C'est du moins ce qu'on peut déduire de son arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 où la Cour précisé qu'elle « *a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »²⁹. Cette effectivité est réalisée par « *la mise en œuvre de garanties substantielles et procédurales* »³⁰.

Reste alors à définir plus précisément ce que sont les droits fondamentaux.

On doit le terme au Conseil parlementaire, rédacteurs de la loi fondamentale pour la république d'Allemagne (« *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* ») de 1949³¹ dont le premier axe liste les droits fondamentaux dans ses dix-sept premiers articles. Les trois suivants expliquant dans quelles mesures ils peuvent être restreints ou déchus.

²⁶ C. Laurent-Boutot, « la circulation normative : un vecteur de la densification normative des droits l'homme », dans Thibierge, *supra* note 10 à la p 489.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73

³⁰ A. Latil, *Créations et droits fondamentaux, op.cit.* n°29

³¹ D. Capitant, *Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale*. Bruxelles. Bruylant, 2005

Union européenne et droits fondamentaux : la Charte des droits fondamentaux.
Au niveau européen, les trois textes fondateurs - CEE, CECA et CEEA - de l'Union européenne ne traitent que peu des droits fondamentaux, et ce en raison de leur objectif principalement économique. Ce fut le rôle de la CJCE dans un arrêt rendu le 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, que d'introduire la notion dans le cadre européen et de leur accorder une place au sein des principes généraux du droit³², « *en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres* »³³ puis de différents textes supranationaux, en particulier la Convention EDH³⁴.

La valeur des droits fondamentaux accordée par la CJCE fut consacrée par le traité de Maastricht donnant naissance au TUE. En effet, ce dernier, dans son article F §2³⁵ dispose que « *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* »

Suite à quoi, lors du Conseil européen de Cologne en 1999 fut élaborée la *Charte des droits fondamentaux* qui regroupait pour la première fois – l'échelle tant internationale qu'europpéenne – « *des droits civils, politiques, sociaux, économiques et culturels autour de six valeurs cardinales : la dignité, la liberté l'égalité la solidarité et la justice* »³⁶.

Si la *Charte* fut solennellement proclamée, son statut définitif ne fut pas défini. Ainsi même si, la Commission Prodi en 2001 a instauré un système selon lequel toute proposition législative en lien avec les droits fondamentaux se

³² CJCE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, n°11/70, Rec., p. 1125. point 4

³³ *Ibid.*

³⁴ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoescht c. Commission*, n° 46/87, Rec, p. 2859

³⁵ Désormais article 6.

³⁶ C. Laurent-Boutot, « la circulation normative : un vecteur de la densification normative des droits l'homme », Thibierge, *supra* note 7 aux pp 459-460.

devait de contenir un considérant qui attesterait du respect de la *Charte*³⁷, cette dernière ne disposait pas de réelle valeur normative. De son côté la CJCE dans l'affaire *Parlement c. Conseil*³⁸ n'est guère téméraire et n'admet qu'à demi-mot sa valeur, en se référant à la volonté du législateur. Elle affirme au point 38 de son arrêt que

« [...] Si cette charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le **législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance** en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la charte. Par ailleurs, l'objectif principal de la charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer « les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] [CEDH], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme »³⁹.

Une position qu'elle modifie légèrement, un peu moins d'un an après dans son arrêt *Unibet*⁴⁰. Dans le point 37, on peut lire « *le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire [...] consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». La *Charte* prend alors une forme de valeur autonome en s'émancipant de la simple volonté du législateur communautaire.

Mais c'est en réalité avec le *Traité de Lisbonne* entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 que la *Charte des droits fondamentaux* se découvre une véritable valeur juridique, puisque grâce à ce dernier l'article 6 du TUE est modifié afin de lui reconnaître « la même valeur juridique que les traités ».

L'interprétation de la *Charte des droits fondamentaux* et simplifiés en ce sens

³⁷ Communication de R. Prodi et A. Vitorino, 13 mars 2001, « Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », SEC (2001) 380/3.

³⁸ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03

³⁹ *Ibid.* point 38.

⁴⁰ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05

qu'elles ont elles-mêmes sur les décisions rendues par la CEDH et la CJUE en matière de droits fondamentaux et donc, *in fine*, sur les mêmes textes et la jurisprudence déjà existante.

Ainsi on peut considérer que l'étude de la *Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, repaire principal de notre mémoire en matière de droits fondamentaux, peut et doit être interprété à la lumière des décisions rendues par la CJUE et la CEDH puisque « les relations [...] sont nécessairement des relations d'interdépendance réciproque et mutuelle dans la mesure où chacun d'entre eux est affecté par le comportement des autres »⁴¹. D'autant plus que « les droits garantis par la Convention EDH s'imposent non seulement par le biais des principes généraux du droit, mais aussi en vertu de la Charte, lorsqu'ils correspondent à des droits garantis par celle-ci »⁴² principe que l'on retrouve à l'article 52.(3) de la *Charte*.

Dès lors le périple de la *Charte des droits fondamentaux* n'est pas sans intérêt car elle semble vouée à « *assumer au sein de la construction européenne une fonction équivalente à celle que revêt aujourd'hui la liste des droits énoncés par la Loi fondamentale dans le système allemand* »⁴³ c'est-à-dire d'irriguer le processus de création normatif non pas comme de simples limites au pouvoir législatif, mais comme de réels objectifs, et pouvant être invoqués lors de litiges privés.

Bien qu'il n'existe pas de conflit entre les droits fondamentaux garantis par l'ordre interne d'un État et ceux garantis par l'Union européenne, il peut cependant exister situation de concours : le même droit serait alors mieux garanti par l'un des deux ordres. S. Platon dans sa thèse évoque un possible « principe de faveur »⁴⁴ qui dans une telle situation permet à la personne dont les droits fondamentaux sont en cause de choisir le plus protecteur. Un principe qui semble qui semble avoir été consacré à travers les arrêts *Akerbeg Fransson* et

⁴¹ R. Bentirou Mathlouthi, « Le dialogue des ordres juridiques européens : prometteur d'un *jus commune* ou d'un *jus singulare* des droits fondamentaux ? », *Droits fondamentaux*, n°9, janvier 2011-décembre 2012

⁴² *Ibid.*

⁴³ A. Ilipoulou-Penot, « La densification normative de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans Thibierge, *supra* note 10 à la p 476.

⁴⁴ Sébastien Platon et Jean-Claude Gautron, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, coll Collection des thèses, n°no. 22, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne : LGDJ, 2008, p 145 s.

Melloni rendus par la CJUE le 26 février 2013⁴⁵. Dès lors il peut être intéressant d'étudier également les droits fondamentaux dans une approche nationale

L'approche française des droits fondamentaux.

En France l'apparition de la notion de droit fondamental est plus récente puisqu'elle date des années 1990. Plus précisément, dans sa décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel explique ainsi « *que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et **droits fondamentaux** de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». ⁴⁶

En toute logique l'adoption de cette notion d'outre-Rhin ne s'est pas faite de façon mimétique. Il a dès lors fallu fournir un « *travail approfondi de réappropriation conceptuelle* »⁴⁷ ainsi comme le soulignent les débats doctrinaux, l'acception du terme fondamental peut être triple : axiologique, fonctionnelle ou normativiste.

Tout d'abord la définition axiologique que l'on doit à Étienne Picard⁴⁸. Dans cette acception un droit fondamental serait un droit particulièrement important pour l'être humain puisqu'attaché au principe de dignité de la personne humaine⁴⁹. La notion de droit fondamental se rapprocherait ainsi du droit naturel.

La seconde définition est celle retenue par Véronique Champeil-Desplats. Dans l'approche fonctionnelle, le caractère fondamental d'un droit est un outil rhétorique. L'adjectif « fondamental » sert alors « *à justifier une décision en*

⁴⁵ Sébastien Platon, « La charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'union : précisions de la cour de justice sur le champ d'application de la charte », *RDLF*, 2013, n°11

⁴⁶ Conseil Constitutionnel, 22 janv 1990, n°89-269 cons.33

⁴⁷ Samuel Etoa, *la terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Conseil constitutionnel et droits fondamentaux*. Caen. Presses universitaires de Caen, 2012

⁴⁸ E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, dans *AJDA* numéro spécial, *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998.

⁴⁹ *Ibid*, p. 32.

*renforçant dans le temps la légitimité du pouvoir qui l'utilise. »*⁵⁰

Dans sa dernière acception donnée par le doyen Favoreu⁵¹, la fundamentalité traduit une valeur dans la hiérarchie des normes. Un droit fondamental est un droit qui se rattache à un droit constitutionnel ou conventionnel. La norme en cause prend de l'importance et se hisse à une valeur supra-législative. Les droits fondamentaux seraient alors une catégorie juridique qui regrouperait l'intégralité des droits et libertés protégés par les conventions et la Constitution.

L'apparition en France de cette notion, s'est faite dans sous la double acception fonctionnelle et normativiste et a permis de compenser l'incapacité de certaines notions à rendre compte de l'évolution du droit. Des notions d'ailleurs solidement ancrées dans le décor juridique national puisqu'il s'agit des libertés publiques et des droits de l'homme⁵². Un choix qui « *manifeste une évolution de l'approche juridique de ces questions* »⁵³ puisque l'appréhension simultanée de ces catégories permet le « *dépassement de la dichotomie droit public et le droit privé* »⁵⁴. À titre d'exemple, les libertés publiques qui étaient avant cela considérées dans des relations juridiques verticales, dès lors qu'elles sont devenues des droits fondamentaux ont pu être envisagées dans des relations horizontales. Cette horizontalisation traduit « *l'idée de protéger les particuliers contre leurs semblables, et non contre la seule puissance publique, [elle] correspond aux besoins de notre époque* »⁵⁵.

Si la France était traditionnellement peu friande de la notion de droit

⁵⁰ V. Champeil-Desplat, *la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français*, D. 1995, chron. p. 323-329

⁵¹ L. Favoreu, *rapport général introductif*, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux : actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence, 19-20 et 21 févr. 1981*, Paris: Economica, 1987

⁵² Samuel Etoa, *la terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. op.cit.* p 27-28.

⁵³ Arnaud Latil, *Création et droits fondamentaux*, coll Bibliothèque de droit privé, Issy-les-Moulineaux, LGDJ lextenso éditions, 2014. n°23.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Marc-André Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour » dans *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, Pedone, 1971, p. 151. (Nos modifications)

fondamental⁵⁶, une nette évolution se fait sentir depuis quelques années notamment due à un mouvement européen de fondamentalisation des droits, c'est-à-dire que de plus en plus de droits sont reconnus par le juge, tant national qu'europpéen, comme fondamentaux, mouvement renforcé en France par l'absence de catalogue listant les droits fondamentaux. Et là où s'était installé un dialogue entre le juge et le législateur français, les droits fondamentaux traduisent une forme d'émancipation du juge⁵⁷, qui faute de hiérarchie entre les droits fondamentaux, cherche un nouvel équilibre à travers la méthode dite de la balance des intérêts.

La réalité augmentée comme les droits fondamentaux avancent entre évolution et révolution de leurs domaines respectifs. La question principale est alors : **« les droits fondamentaux peuvent-ils être un cadre juridique assurant une forme de sécurité juridique adéquate pour la réalité augmentée ? »**.

Une question qui sous-tend d'autres interrogations, on peut en effet se demander comment faire respecter ces droits fondamentaux dans un univers à priori nouveau même pour le numérique. La question de la place de ces droits dans ce contexte numérique n'est pas superflue et a même été l'objet de l'étude annuelle du Conseil d'État en 2014⁵⁸. À ce titre, on peut alors se demander si la réalité augmentée est une révolution vis-à-vis des autres technologies numériques ou la continuité de l'évolution lancée par ces dernières vis-à-vis des droits fondamentaux ? Enfin, à l'instar de la troisième loi de Newton, si les droits fondamentaux peuvent influencer sur la réalité augmentée, cette dernière a-t-elle un impact sur ceux ? Va-t-elle conduire à en modifier le contenu ou à devoir repenser leur protection ?

Il est nécessaire de savoir quels sont les droits fondamentaux mis en œuvre et comment ils le sont, de voir comment ils interagissent entre eux dans cet univers afin de comprendre quel peut être l'impact de la réalité augmentée sur

⁵⁶ Samuel Etoa, *la terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*

⁵⁷ Laure Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, 2010, 30-34, .

⁵⁸ France et Conseil d'État, *Étude annuelle 2014: le numérique et les droits fondamentaux : rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État le 17 juillet 2014*, 2014.

les droits fondamentaux. La liste des droits fondamentaux étudiés ici n'est pas exhaustive mais se limite à ceux que nous considérons comme essentiels dans la mise en œuvre de la réalité augmentée. Il s'agit donc d'étudier le champ de protection offert à la réalité augmentée par les droits fondamentaux (Partie I) ainsi que les limites à son développement qu'ils posent (Partie II)

Partie I. Le champ de protection de la réalité augmentée par les droits fondamentaux.

La protection de la réalité augmentée par les droits fondamentaux passe par l'encouragement de son développement par les droits fondamentaux (Titre I) et par sa protection en tant que moyen innovant de création (Titre II)

Titre I. L'encouragement du développement de la technologie par les droits fondamentaux

Deux droits fondamentaux principaux sont mis en œuvre dans la perspective d'encouragement au développement de la réalité augmentée. D'un point de vue chronologique il s'agit de la liberté de la recherche (Chapitre I) qui lui a permis de voir le jour et de la liberté d'entreprendre qui permet sa commercialisation (Chapitre II)

Chapitre I. Liberté de la recherche

La liberté de la recherche est une notion vaste qu'il convient de définir (Section I) avant de voir son application dans le domaine de la réalité augmentée (Section II)

Section I. Consécration et définition de la liberté de la recherche

La technologie est aujourd'hui indissociable de la science contemporaine, les logiciels simulent la réalité, confirment et infirment les théories scientifiques, recoupent les données etc. A tel point que si l'on a pu pendant un temps considérer que la technologie était enfant de la recherche scientifique car « la plupart des révolutions technologiques sont issues de recherches dont la seule motivation était le progrès de la connaissance. »⁵⁹ force est de constater la technologie est aujourd'hui un moteur de la recherche. Par conséquent il nous apparait logique de traiter de la recherche technologique et scientifique comme une seule et même entité appelée liberté de la recherche.⁶⁰

La liberté de la recherche est inscrite à l'article 13 de la *Charte* qui dispose que « Les arts et la recherche scientifique sont libres. [...] » Cette liberté n'est textuellement apparue qu'assez tardivement, au lendemain de la seconde guerre mondiale. Sa consécration textuelle est la « conséquence des atteintes qui y ont été portées par le pouvoir et les scientifiques nazis d'une part, stalinien de l'autre. » Pas de surprise alors à ce qu'on la retrouve dans la loi fondamentale allemande en son article 5 et dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 en son article 27. « Les pays restés démocratiques n'éprouvaient pas le besoin d'inscrire le principe que les tribunaux appliquaient déjà en tant que de besoin. » Précisé en 1966 par le PIDESC.

Cette liberté peut être envisagée sous deux aspects : tout d'abord l'activité de

⁵⁹ Pierre Joliot, *La recherche passionnément*, coll Sciences, Paris, O Jacob, 2001.

⁶⁰ Qui sera elle-même tenue pour synonyme de la « liberté de la science » et de la « liberté de la recherche scientifique ».

recherche, celle « des chercheurs dans leur laboratoire »⁶¹ mais également le produit et le but de cette activité, c'est-à-dire le savoir⁶². Un savoir qui peut lui-même être séparé en deux catégories : le savoir brevetable et le savoir non brevetable, l'invention et la découverte.

Dans tous ses aspects la liberté de la recherche est en interaction directe avec la propriété intellectuelle. Les travaux de recherches – y compris ceux menant à une découverte – sont protégeables par la propriété littéraire et artistique sur laquelle nous reviendrons plus tard et l'invention par le brevet à la condition que cette dernière soit nouvelle, implique une activité inventive et soit susceptible d'application industrielle. La réalité augmentée en tant que technologie fait déjà l'objet d'une course aux brevets aussi fascinantes que surprenante⁶³. Et si le brevet traduit une forme de récompense économique à celui qui aide à faire progresser la société, qui répond à ses besoins, alors, la liberté de la recherche dans sa finalité a nécessairement un objet lui-même économique. Ce faisant, et comme nous le verrons plus tard, il s'agit dès lors de considérer le marché comme une force qui génère et qui limite les droits fondamentaux.

Section II. Recherche et réalité augmentée : le double intérêt de la réalité augmentée.

La réalité augmentée porte là une double casquette, elle peut, tout d'abord, être considérée comme un outil dans l'exercice de la liberté de la recherche (sous-section I), mais elle est aussi un phénomène à observer *per se* en tant que sujet de recherches (sous-section II).

Sous-section I. La RA un outil d'aide à la recherche.

Comme nous l'avons évoqué dans l'introduction, les utilisateurs de réalité augmentée génèrent des données, beaucoup de données et contribuent ainsi à

⁶¹ Catherine Blaizot-Hazard, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 1

⁶² Catherine Blaizot-Hazard, « Savoir et droits fondamentaux – De l'ère industrielle à l'ère communicationnelle », *RFDA*, 2016, p. 707

⁶³ Joe Carmichael on July 22 et 2016, « The Rush for Augmented Reality Patents Has Gotten Silly », en ligne : <<https://www.inverse.com/article/18679-racing-to-secure-augmented-virtual-reality-intellectual-property>> (consulté le 30 mai 2017).

ce que l'on appelle le Big data qui désigne

« l'ensemble des données numériques produites par l'utilisation des nouvelles technologies à des fins personnelles ou professionnelles. Cela recoupe les données d'entreprise (courriels, documents, bases de données, historiques de processeurs métiers...) aussi bien que des données issues de capteurs, des contenus publiés sur le web (images, vidéos, sons, textes), des transactions de commerce électronique, des échanges sur les réseaux sociaux, des données transmises par les objets connectés (étiquettes électroniques, compteurs intelligents, smartphones...), des données géolocalisées, etc. »⁶⁴.

Et si ce dernier constitue tant « une espérance immense, une crainte immense » Il permet malgré tout la « production de nouvelles connaissances par le traitement de données auxquelles on n'avait pas accès préalablement »⁶⁵ et constitue ainsi un formidable outil pour la recherche en anthropologie sociale. « L'**anthropologie sociale**, ou **ethnologie**, est une discipline des sciences humaines et sociales qui étudie l'homme en société. En d'autres termes, elle étudie les rapports sociaux propres à chaque groupe humain ou à chaque situation, s'intéressant dans le même mouvement à la grande variabilité des formes de vie sociale. »⁶⁶. Les données collectées « permettent de brosser, au-delà des considérations statistiques (récurrence des comportements, variables répétées) un portrait objectif d'une génération ultra-connectée et qui érige les nouvelles technologies et l'avènement de l'Internet en très haut débit, et en illimité, comme un mode de formation et d'affirmation des identités »⁶⁷

La réalité augmentée peut au-delà de ses aspects ludiques et divertissant peut aussi se présenter comme un outil médical qui favorise l'avancée de la recherche. Ainsi, de nombreux projets médicaux ont vu le jour grâce à la réalité augmentée.

⁶⁴ Futura, « Big data », en ligne : Futura <<http://www.futura-sciences.com/tech/definitions/informatique-big-data-15028/>>.

⁶⁵ Colloque d'éthique économique, *Ethique et numérique: actes du XXIIe colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 18 & 19 juin 2015*, coll Collection du Centre d'Éthique Économique, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016 à la p 29.

⁶⁶ « Qu'est-ce que l'anthropologie | Association Française des Anthropologues », en ligne : <http://www.afa.msh-paris.fr/?page_id=32>.

⁶⁷ Colloque d'éthique économique, *supra* note 65 à la p 161.

Beaucoup connaissent la thérapie « par miroir » qui permet aux amputés de soulager la douleur fantôme ressentie au niveau de leurs membres disparus. La réalité augmentée permet désormais d'aller plus loin là où les autres thérapies étaient inefficaces. C'est le cas d'une expérience mise en place par le professeur Max Ortiz-Catalan de l'université de Chalmers en Suède dans laquelle des amputés souffrant de ce syndrome conduisaient grâce à un membre virtuel⁶⁸. Les résultats parus dans la revue scientifique *The Lancet*, sont très encourageants pour l'avenir thérapeutique de la réalité augmentée, puisque l'intensité de douleur chez les patients a diminué de 32%, leur fréquence de 61% pendant le sommeil et de 43% en éveil.⁶⁹

La réalité augmentée permet également d'aider à arrêter de fumer, de diminuer la sédentarité des individus, de traiter les patients dysphoniques ou ceux souffrant de certains troubles moteurs⁷⁰.

Mais si la réalité augmentée s'avère être un outil très utile aux applications multiples, ses effets à moyen et long termes ne sont pas encore connus et, de ce fait, elle mérite d'être elle-même sujet de recherches.

Sous-section II. La RA un sujet de recherche.

La réalité augmentée peut être étudiée pour elle-même, car elle amène des modifications comportementales et sociétales intéressantes comme en témoigne le cas de Pokémon Go et des divers comportements pour le moins surprenants qui ont pu en résulter. On a alors pu tristement assister à des individus tombant d'une falaise car trop concentrés sur leur écran⁷¹. La virtualité

⁶⁸ « Phantom Limb Pain treatment based on Augmented/Virtual Reality, Gaming, and Myoelectric Pattern Recognition | Chalmers », en ligne : <<http://www.chalmers.se/en/projects/Pages/Phantom-limb-pain-eng.aspx>>.

⁶⁹ Melita Giummarra, « Augmented reality for treatment of phantom limb pain—are we there yet? » (2016) 388:10062 *The Lancet* 2844-2845,.

⁷⁰ V. notamment les projets de l'IEEE VR International Workshop on Virtual and Augmented Assistive Technology, *supra* note 24.

⁷¹ « 2 California men fall off edge of ocean bluff while playing "Pokemon Go" », *Los Angeles Times* (14 juillet 2016), en ligne : *Los Angeles Times* <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-pokemon-go-players-stabbed-fall-off-cliff->

et le caractère divertissant semblent faire perdre certains repères essentiels – le bon sens diraient certains – respect des lieux de culte et de mémoire⁷², de la propriété privée, du code de la route⁷³ etc... à certains utilisateurs.

Des comportements qui amènent à se demander si la recherche et le développement de la réalité augmentée ne devrait pas être contrôlés. Un parallèle avec la bioéthique peut ici être fait. Si dans un premier temps la liberté de la recherche a pu être considérée comme illimitée, son développement exponentiel dans le domaine du vivant a conduit à en limiter son contenu. Les règles de bioéthique, fondée sur le principe du respect de la dignité humaine interdisent certaines pratiques sur l'être humain. Une interdiction rappelée par l'article 3-2 de la *Charte des droits fondamentaux*. La liberté de la recherche dans le domaine biologique et médicale souffre donc de limites qui ne sont pas nécessairement applicables en matière de réalité augmentée puisqu'il est difficile d'imaginer une atteinte à l'intégrité physique d'une personne par le biais d'un élément virtuel.

L'article 3-2 en question évoque également le respect de l'intégrité mentale dû à toute personne. Il est alors possible de voir ici le fondement d'une potentielle « technoéthique » c'est-à-dire un développement contrôlé de la technologie, en particulier de la réalité augmentée et de la réalité virtuelle qui viserait notamment à interdire – ou *a minima* contrôler – le développement d'applications qui pourraient altérer l'intégrité mentale des individus. Comme en matière de bioéthique qui « [concerne] en fait des techniques, pas l'acquisition de connaissances.» Il ne s'agit pas d'interdire la recherche fondamentale sur la

20160714-snap-story.html> (consulté le 13 août 2017).

⁷² Zone International- ICIRadio-Canadaca, « Des lieux dédiés à la mémoire de l'Holocauste envahis par Pokémon Go », en ligne : Radio-Canada.ca <<http://radio-canada.ca/nouvelle/792613/musee-auschwitz-interdiction-pokemon-go-holocauste>>.

⁷³ GendarmerieNationale, « Conseils pour les dresseurs #Pokémon : - Conducteurs, ne jouez pas à #PokemonGO - Piétons, redoublez d'attentionpic.twitter.com/NAri8KamkP » (2016T02:27), en ligne : @Gendarmerie<https://twitter.com/Gendarmerie/status/755333242094575616/photo/1?ref_src=twsrcftw> (consulté le 13 août 2017).

réalité augmentée et ses impacts sur l'humain, mais de limiter l'utilisation des techniques qui en découleraient.

Il est établi que le virtuel comporte de nombreux risques, notamment « pour le participant de voir sa propre image se modifier derrière les multiples aspects que ces nouveaux espaces permettent de donner à son corps entier »⁷⁴. En effet « l'impact des nouvelles technologies, à la fois sur le cerveau (on consultera à profit, par exemple, les études réalisées en Europe du nord [sur] la modification de la structure neuronale) et sur les habitudes de la formation des enfants »⁷⁵ est non négligeable. S'il appartient au participant d'établir lui-même « un cadre suffisant pour penser ces images comme étant virtuelles et non pas comme réelles afin de ne pas se trouver pris dedans avec un risque de dépendance liée au risque de la confusion du réel et de l'imaginaire »⁷⁶

Pour le docteur Tisseron

les stratégies d'entrée et de sortie de ces espaces sont essentielles pour limiter le pouvoir déstructurant et déréalisant de ces images [...] l'enjeu réside ici dans la possibilité pour un spectateur de concevoir que la multisensorialité de l'image n'est pas du tout garante de la réalité, mais qu'elle est partie constituante de l'image elle-même à travers notre propre capacité de constituer une image visuelle, sonore voire dans certains systèmes cénesthésique, du monde⁷⁷.

Une réalité augmentée éthique ne serait pas pour autant une réalité qui se voudrait irréaliste (comprendre ici que la virtualisation devrait être cognitivement désuète) de par sa conception car cela irait contre l'idée même de la RA et du progrès dont elle est vectrice, mais simplement qu'il pourrait être bon, à l'instar d'une toupie dans le film *Inception*, d'établir des repères afin de distinguer là où commence la réalité augmentée et se termine la « simple » réalité.

L'hyperconnectivité contemporaine est riche de promesses d'une vie facilitée,

⁷⁴ Gérald Delabre et Jean-Paul Moiraud, *Le droit dans les mondes virtuels philosophie et économie*, Bruxelles, Larcier, 2013 à la p 70.

⁷⁵ Colloque d'éthique économique, *supra* note 65 à la p 162.

⁷⁶ Jean-Louis Dorey, *Les mondes virtuels au risque de la psychanalyse et des neurosciences* dans Gérald Delabre et Jean-Paul Moiraud, *Le droit dans les mondes virtuels philosophie et économie*,

⁷⁷ S. Tisseron, *Psychanalyse de l'image – Des premiers traits au virtuel*, Dunod, 1995.

plus interactive, plus divertissante, des promesses multipliées par l'avènement en cours de la réalité transcendée, cependant ce développement doit être contrôlé. L'acquisition du savoir grâce à la réalité augmentée se trouve encore facilitée, et ses applications potentielles sont nombreuses. Or les impacts négatifs que pourrait avoir une telle technologie sont encore trop peu observables, le développement d'une techno-éthique fondée notamment sur le respect de l'intégrité mentale des utilisateurs permettrait alors de prévenir d'éventuels débordements. « En accroissant de façon exponentielle ses connaissances, l'humanité doit progresser vers une libération. A elle de savoir utiliser ces nouvelles techniques pour inventer un homme plus libre et plus heureux »⁷⁸.

La liberté de la recherche est donc la première liberté à avoir permis à la réalité augmentée de voir le jour et, de ce fait, entretient avec elle une relation privilégiée. Mais la liberté de la recherche n'est pas la seule liberté fondamentale à finalité économique à entretenir des relations avec la réalité augmentée, c'est également le cas de la liberté d'entreprendre.



⁷⁸ *La responsabilité scientifique*, Colloque de l'Académie des sciences, 22-29 mai 1984, Edition de l'Institut, 1984, Introduction.

Chapitre II. La mise en œuvre de la liberté d'entreprendre.

Encore une fois, il est important de définir la liberté d'entreprendre et d'établir sa fondamentale (Section I) afin de comprendre le problème que peut poser cette dernière (Section II). Préalables nécessaires pour comprendre en quoi la réalité augmentée constitue un nouveau véhicule économique en mettant en œuvre la liberté d'entreprendre (Section III)

Section I. Définition de la liberté d'entreprendre

Prévue à l'article 16 de la *Charte des droits fondamentaux* qui dispose sobrement que « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. » En France, la liberté d'entreprendre est issue de la Révolution, plus particulièrement de l'article 7 du *Décret D'Allarde* du 2 et 17 mars 1791 qui dispose « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon* », ensuite conforté par la *loi Le Chapelier* du 14 juin 1791. Malgré son âge, la liberté d'entreprendre n'était encore qu'une « nébuleuse aux contours mal définis »⁷⁹ il a peu de temps. En effet à la question « *Cette liberté d'entreprendre, de quoi se compose-t-elle ?* »⁸⁰ la réponse est assez vaste puisqu'elle est composée « *d'énormément de choses : c'est entreprendre, c'est exploiter, c'est aussi contracter [...] c'est aussi rechercher* »⁸¹. C'est d'ailleurs ce qu'on peut déduire de l'arrêt *Sky Österreich*⁸² qui précise qu'elle contient « la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, et la liberté contractuelle, ainsi que [...] la concurrence libre. » au point 27 de l'arrêt.

Tant à l'échelle européenne qu'à l'échelle nationale, la liberté d'entreprendre se

⁷⁹ J.-P. Théron, « À propos de la liberté d'entreprendre », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du doyen G. Péquignot*, Montpellier, CERAM 1984. 677

⁸⁰ Guy CARCASSONNE, « La liberté d'entreprendre », *Revue Le Lamy Droit des Affaires*, N° 55, 1er décembre 2010

⁸¹ *Ibid.*

⁸² CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH contre Österreichischer Rundfunk*, affaire C-283/11.

confond avec le libre exercice d'une activité professionnelle⁸³

Le Conseil constitutionnel a confirmé dans sa décision du 30 novembre 2012⁸⁴, qu'elle comprend deux objets, à savoir : « non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »⁸⁵. Pour autant, comme tous les droits et libertés fondamentaux, « la liberté d'entreprendre n'a rien d'une vache sacrée. Elle doit souffrir comme toutes les autres de se voir limitée pour des motifs d'intérêt général et conciliée avec les autres impératifs de nature constitutionnelle. [...] Encore faut-il aussi qu'elle soit perçue, là aussi comme toutes les autres, comme une garantie utile et le vecteur d'un mieux-être. »⁸⁶

Section II : le problème de la fondamentalisation d'une liberté économique

Le choix d'avoir élevé la liberté d'entreprendre, une liberté économique au rang des droits fondamentaux, aux côtés de ces droits de l'homme comme le droit au respect de l'intégrité du corps humain ou à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants traduit selon V. Champeil-Desplats une « *torsion de la notion de droit fondamental* »⁸⁷, en effet si l'on reprend la définition axiologique des droits fondamentaux ils sont des « *valeurs indispensables à l'humanité* »⁸⁸. La fondamentalisation de la liberté d'entreprendre traduirait alors une volonté de dire qu'il est « *inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands* »⁸⁹ ce qui apparaît assez pragmatique dans une société libérale mais qui, dès lors que l'on s'éloigne de ce genre de paradigme l'est déjà beaucoup moins. Enfin, socialement, il faut se rappeler que la liberté d'entreprendre est au cœur de tous nos systèmes ; qu'elle fait partie intégrante

⁸³ CJCE 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415

⁸⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 (corporations d'Alsace-Moselle)

⁸⁵ (cons. n° 7)

⁸⁶ Denys de BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* - 01/10/2015 - n° 49 - page 7

⁸⁷ V. Champeil Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail* 2007 p.19

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

de leur définition même ; que l'économie de marché, que permet et que traduit la liberté d'entreprendre, est consubstantiellement attachée à la société dans laquelle nous vivons⁹⁰

Passé ce point, la fondamentalisation de la liberté d'entreprendre soulève une seconde problématique puisque dépassant son statut de liberté publique grâce auquel elle pouvait être invoquée face aux actes de l'Etat, son horizontalisation lui permet désormais d'être invoquée face à d'autres personnes privées, faisant de ce fait, du marché une « *force privative de liberté des individus* »⁹¹

Ainsi V. Champeil Desplats voit trois solutions possibles lorsque la liberté d'entreprendre est confrontée aux droits de l'homme non marchands. La première, qu'elle appelle « solution humaniste »⁹² consiste à toujours faire primer lesdits droits non marchands. La seconde la conciliation socio-libérale (ou sociale libérale) consiste à ne consacrer aucun rapport hiérarchique entre ces droits, du type principe exception. Enfin la dernière la solution libérale qui consisterait à accorder la primauté aux droits économiques. En toute logique la seconde solution est celle qui a été retenue, et ce à juste titre, car elle est la plus respectueuse du principe d'absence de hiérarchie entre les droits fondamentaux et d'une appréciation *in concreto* de la primauté d'un droit fondamental sur un autre. Pourtant comme nous le verrons, l'ordre public de protection tend à atténuer la véracité de cette affirmation.

Liberté d'entreprendre et univers numérique. Internet a sans aucun doute permis un élargissement considérable voire une certaine forme de renouveau de l'activité économique. La prolifération des plateformes de vente en ligne qu'il s'agisse de ventes opérées par des professionnels comme Amazon ou de ventes entre particuliers comme Ebay. Les grandes chaînes de magasins physiques ont pris le pas également. Cet espace de liberté économique qu'est internet est également ce qui a permis l'émergence des GAFAM – pour Google,

⁹⁰ Guy CARCASSONNE, « La liberté d'entreprendre », *art.cit.*

⁹¹ V. Champeil Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux ».

art.cit.

⁹² *Ibid.*



Amazon, Facebook, Apple et Microsoft – des géants du net dont l'importance ne saurait être réduite, d'autant plus qu'ils sont parmi les plus gros investisseurs dans le domaine de la réalité augmentée⁹³.

L'univers numérique a également fait croître le contenu de la liberté d'entreprendre qui inclut désormais un droit à une existence numérique c'est-à-dire la faculté pour une entreprise à avoir un nom de domaine, à fournir des services sur internet ou encore le droit à utiliser la publicité sur internet⁹⁴.

Nous évoquons un peu plus haut la notion de Big data, si ce dernier peut servir à la recherche, il peut également servir la liberté d'entreprendre en effet Danone par exemple « utilise un logiciel qui s'appelle *redarly*, c'est un logiciel qui permet de voir ce qui se dit sur Danone dans les blogs, dans les forums, quelles sont les vidéos qui circulent sur cette marque. L'idée est d'analyser ce que les gens disent de cette entreprise pour la faire évoluer dans un sens qui correspondrait de mieux en mieux aux souhaits du consommateurs de produits fabriqués par Danone, donc c'est une nouvelle manière de penser l'évolution d'un produit »⁹⁵

Section III. Liberté d'entreprendre et réalité augmentée : la réalité augmentée, un nouveau véhicule économique.

Appliquée à la réalité augmentée la liberté d'entreprendre c'est avant tout la possibilité de développer des applications de RA ou encore d'utiliser la RA à des fins commerciales⁹⁶.

« la réalité augmentée dans le secteur de la vente : c'est indispensable ! »⁹⁷

⁹³ « La réalité augmentée, un marché convoité par les GAFAM » (12 juin 2017), en ligne : GoGlasses <<https://www.goglasses.fr/realite-augmentee/gafam-marche-application-ar>>.

⁹⁴ France et Conseil d'État, *supra* note 58 à la p 13.

⁹⁵ Colloque d'éthique économique, *supra* note 65 aux pp 30-31.

⁹⁶ V. notamment Borivoje Furht, dir, *Handbook of augmented reality*, New York, NY, Springer, 2011 à la p 24 et s.

⁹⁷ G. Maubon, « La réalité augmentée dans le secteur de la vente : c'est indispensable ! » (9 juin 2017), en ligne : Réalité Augmentée - Augmented Reality <<http://www.augmented-reality.fr/2017/06/la-realite-augmentee-dans-le-secteur-de-la-vente-cest-indispensable/>> (consulté le 13 juin 2017).

titre le journaliste Grégory Maubon, dans un article où il explique que pour beaucoup de clients, fidèles disciples de Saint Thomas, voir le produit est un élément capital pour l'achat. A ce titre la réalité augmentée leur permettrait de voir le corps du Christ ... mais virtuellement ! Sans entrer dans la boutique – et même sans sortir de chez soi – il est possible de voir et même d'essayer certains produits. Si cela soulève indéniablement des questions de droit de la consommation voire de droit commun des contrats, conformité du produit etc. La RA traduit une nouvelle étape dans le « total commerce » ou « expérience phygitale [...] liant l'offre des magasins à celle sur Internet.». Un concept qui repose sur la notion d'omnicanal. «Le client souhaite, avant tout, un service et une expérience combinant harmonieusement digital et physique»⁹⁸.

La possibilité de créer de la publicité en réalité augmentée ne pose dans son principe aucun problème, étant une simple mise en œuvre des libertés d'entreprendre et d'expression dans le numérique et une simple évolution de la publicité en ligne. Dans cet univers particulier il sera cependant nécessaire de la contrôler davantage car grâce à la virtualisation du monde réel il est possible d'afficher de la publicité littéralement n'importe où sans contrainte physique, de la rendre interactive voire ludique et finalement même de dissimuler sous ce couvert, ce qu'elle est vraiment c'est-à-dire de la communication commerciale : « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée »⁹⁹ réglementée par le droit de l'union.

Une telle limitation devrait en l'occurrence être justifiée dans les espaces publics par la liberté d'aller et venir des utilisateurs et le principe de protection des consommateurs. Ces derniers qui, sinon, se verraient assaillis de publicités. La liberté d'aller et venir étant un droit consacré depuis la déclaration

⁹⁸ FrenchWeb, « Comment l'intelligence artificielle et la réalité augmentée vont transformer l'e-commerce » (22 mai 2017), en ligne : FrenchWeb.fr <<http://www.frenchweb.fr/comment-lintelligence-artificielle-et-la-realite-augmentee-vont-transformer-le-commerce/292857>> (consulté le 30 mai 2017).

⁹⁹ Directive 2000/31, art 2 f)

des droits de l'homme de 1789 de par son article 4¹⁰⁰ . On la retrouve également à une échelle internationale avec l'article 12 PIDCP et à une échelle européenne avec l'article deux du protocole quatre de la CEDH sur la liberté de circulation. La liberté d'aller et venir n'avait jusque-là que des liens indirects avec l'univers numérique, comme par exemple l'obligation de portabilité. La réalité augmentée met directement en œuvre cette liberté comme l'écrit avec (ce que nous espérons être de l'ironie, le professeur P. Yolka à propos de Pokémon Go : « *grâce aux battues urbaines, les « geeks » découvriront le vrai monde* »¹⁰¹ .

Mais la liberté d'entreprendre constitue également sa propre limite en ce sens qu'elle peut être brandie par des tiers. En effet, si le principe de la liberté d'entreprendre sous-tend le principe de la libre concurrence, cette dernière n'est pas absolue et comme la liberté dont elle découle, elle subit des limitations. C'est là l'enjeu du droit de la concurrence : maintenir une concurrence saine. Ainsi, le principe de concurrence déloyale trouvera nécessairement à s'appliquer dans une réalité augmentée où les risques de parasitisme et de confusion sont nombreux. Car si certains se sont déjà amusés à remplacer les panneaux publicitaires par des œuvres d'art en réalité augmentée pourquoi ne pas remplacer une publicité par une publicité concurrente en réalité augmentée ? Ce genre de pratique est sanctionnable tant par le droit de la concurrence que par le droit des marques le cas échéant.

À travers l'avènement de la réalité augmentée, le droit à une existence numérique pourra dès lors évoluer sous la forme d'un droit à une superposition physique et numérique où le titulaire d'un espace commercial physique peut interdire l'implantation commerciale virtuelle d'un concurrent. Si les droits et libertés fondamentaux encouragent le développement de la réalité augmentée en particulier à travers les notions de liberté de la recherche et de liberté d'entreprendre ces dernières comme tous les droits fondamentaux souffrent de limites qui comme nous l'avons vu s'adaptent ou peuvent s'adapter à la réalité augmentée.

¹⁰⁰ Tribunal des conflits, 9 juin 1986, *Eucat*, requête numéro 02434

¹⁰¹ P. Yolka, « La chasse aux Pokémon », *AJDA*, 2016, p. 1833.

Si ces deux libertés fondamentales semblent encourager le développement de cette technologie, le professeur A.B Craig considère quant à lui que la réalité augmentée n'est pas à proprement parler une technologie mais un moyen de création structuré par la technologie. Sans entrer dans le débat sur la nature de la réalité augmentée, il est vrai que la réalité augmentée est un formidable outil de création aux vastes possibilités encore inexplorées, même si certaines pistes ont été dégagées¹⁰².

¹⁰² Voir par exemple Vladimir Geroimenko, *Augmented reality art: from an emerging technology to a novel creative medium*, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2014.

Titre II. La réalité augmentée un moyen de création.

La réalité augmentée met en œuvre de façon novatrice les libertés d'expression et de création (Chapitre I) or l'exercice de ces libertés conduit bien souvent à créer des œuvres, ce qui amène la question du statut de ces dernières lorsqu'il s'agit de réalité augmentée et finalement celle de la mise en œuvre des droits de propriété littéraire et artistique (Chapitre II).

Chapitre I La mise en œuvre des libertés d'expression et de création

Afin de comprendre de quoi il en retourne, il est au préalable important de s'attarder sur les définitions de ces libertés (Section I) afin de voir comment les nouvelles technologies et ici plus particulièrement la RA en sont un support innovant (Section II).

Section I. définitions des libertés de création et d'expression

Historiquement la liberté d'expression (I) a été consacrée bien avant la liberté de création (II) ce qui peut apparaître comme surprenant dans la mesure où création et expression sont deux notions extrêmement proches et difficiles à distinguer.

I° La liberté d'expression

On retrouve la liberté d'expression à l'article 11 Convention qui dispose que « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». On la retrouve également à l'article 10 de la Convention EDH ou à l'article 19 du PIDCP.

À ce titre, la cour CEDH dans son arrêt *Handyside* rendu en 1976¹⁰³ affirme que

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de

¹⁰³ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume Uni*, n°5493/72

pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. [...] elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". »

En France, on la retrouve dans la déclaration des droits de l'homme en son article 11 qui dispose que « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ».

Pour autant la liberté d'expression n'est pas seulement un droit subjectif individuel puisqu'elle est également « un principe objectif qui contraint les États membres à agir en faveur du renouvellement constant de ce pluralisme dont ils deviennent autant les supports que les menaces »¹⁰⁴. Et, comme la plupart des droits fondamentaux la liberté d'expression n'est pas illimitée en effet

« quiconque exerce sa liberté d'expression assume "des devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé. En recherchant, comme en l'espèce, si des "restrictions" ou "sanctions" tendaient à la "protection de la morale" qui les rendait "nécessaires" dans une "société démocratique", la Cour ne saurait faire abstraction des "devoirs" et "responsabilités" de l'intéressé »¹⁰⁵

II° La liberté de création

On peut définir la liberté de création comme « la possibilité de concevoir, de fabriquer, d'inventer, de produire sans pression, sans entrave »¹⁰⁶. Si la *loi du 7 juillet 2016*¹⁰⁷ en son article premier affirme que « la création artistique est libre » consacrant *expressis verbis* la liberté de création, il ne fait cependant aucun doute que cette liberté existait bien avant cela malgré l'absence de

¹⁰⁴ Répertoire de droit européen.

¹⁰⁵ CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume Uni, *op.cit*

¹⁰⁶ Isabelle Pignard, *La liberté de création*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2013

¹⁰⁷ LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

norme pour la consacrer¹⁰⁸.

Ainsi la Cour EDH dans son arrêt *Müller c/ Suisse* du 24 mai 1988, interprète l'article 10 de la Convention EDH pour affirmer qu'il « englobe la liberté d'expression artistique »¹⁰⁹. Article 13 de la *Charte des droits fondamentaux*, déjà cité au sujet de la liberté de la recherche de la convention précise que « Les arts [...] sont libres. »

Comme en témoigne l'arrêt, la liberté de création est bien souvent réduite à la création artistique comme le défend une partie de la doctrine¹¹⁰. Un tel point de vue est compréhensible dans la mesure où comme en témoigne l'article 27 de la déclaration des droits de l'homme 1948 si la liberté des créateurs est protégée en amont, en aval de la création seuls sont protégés les « intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. ». Pourtant, comme l'explique D. Cohen, bien que proches ces notions sont différentes, en effet « *Si la libre diffusion des idées est consubstantielle à la liberté d'expression, si l'absence de possibilité de diffuser équivaut à l'absence de liberté d'expression. Cela n'est pas vrai de la liberté de créer. Celle-ci n'a pas impérativement besoin d'une diffusion pour exister* »¹¹¹. Si le débat est intéressant et suffisamment important pour être évoqué, il n'est que subsidiaire pour notre étude.

Section II. Les nouvelles technologies, supports innovants de ces libertés

La révolution numérique. Le développement d'internet « né de la rencontre entre la contre-culture américaine et l'esprit méritocratique du monde de la recherche »¹¹² est en partie dû au fait qu'il est un « précieux adjuvant de l'exercice de la liberté d'expression : le facilitant, il favorise la pluralité de

¹⁰⁸ A. Latil. *Création et droits fondamentaux. op.cit.*. n°48.

¹⁰⁹ CEDH, 24 mai 1988, requête n° 10737/84, *Müller et a. c. Suisse*,

¹¹⁰ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011

¹¹¹ D. Cohen, *la liberté de créer*, in *Libertés et droits fondamentaux* 14. éd., Revue et augm. Paris. Dalloz, 2008. n° 536.

¹¹² D. CARDON, *La Démocratie Internet. Promesses et limites*, coll. La République des idées, édition du Seuil, 2010, p.102.

l'information »¹¹³

Internet a en effet permis une expansion considérable des « lieux » où il est possible pour la personne de s'exprimer. Des forums 2.0, aux blogs et désormais les réseaux sociaux, tout un chacun s'exprime et touche potentiellement un public considérable grâce à des mécanismes pensés pour une diffusion large de l'information émise. En particulier les réseaux sociaux, le « retweet » et le « partage » Facebook massifs de certains articles en sont un parfait exemple.

Cependant le caractère innovant du numérique ne signifie pas pour autant qu'il n'apporte que du positif dans le domaine. Internet apporte également un lot d'« effets pervers »¹¹⁴ et de questions liées à ces libertés. Le revers de la médaille d'une diffusion massive d'informations passe par les fausses informations qui circulent et qui bénéficient du même spectre de diffusion à tel point qu'elles sont parfois reprises par des médias traditionnels.

Internet a également été le terreau en problèmes contemporains en matière de liberté de recevoir l'information. On pensera alors à la surinformation - parfois appelée infobésité - qui se traduit comme flux trop massif d'informations que l'individu ne peut gérer soit dans le temps soit dans la quantité. Une surinformation semblerait-il, qui provoque de nombreux troubles¹¹⁵.

S'exprimer sur internet et désormais également en RA : c'est générer de la donnée vous, sur votre emplacement, vos déplacements parfois consciemment en publiant vos informations, parfois non or « la complaisance dont a pu faire preuve [un individu] dans la divulgation de ses données peut ainsi se retourner

¹¹³ Agathe Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet: droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, responsabilité*, coll DroitLitec, Paris, Litec Groupe LexisNexis, 2002 à la p 61.

¹¹⁴ *Ibid* à la p 67.

¹¹⁵ Martin J. Eppler et Jeanne Mengis, « The Concept of Information Overload: A Review of Literature from Organization Science, Accounting, Marketing, MIS, and Related Disciplines », *The Information Society*, vol. 20, n° 4, novembre 2004

contre lui. Elle peut rendre licites des traitements effectués sans son consentement. De même est-elle prise en compte pour relativiser les atteintes portées au droit au respect de la vie privée »¹¹⁶

Et on constate alors un retour de bâton quant à la liberté d'expression de l'utilisateur car « si les informations peuvent être conservées et mises à disposition, il y a un risque de décontextualisation de ces données et une réelle possibilité de perte de confiance dans les environnement du cyberspace »¹¹⁷.

Sans compter que

« le droit du public à l'information peut constituer une importante limite au droit de l'individu . Si les juges nationaux ont pu ordonner à Google le retrait de liens faisant état d'une condamnation passée, le moteur de recherche prend déjà en compte le caractère public et légitime de l'information dans son appréciation des demandes de déréférencement. Il n'est pas sûr que les jugements soient toujours aussi favorables aux individus, eu égard à cette considération ». 118

II La RA : une révolution au cœur de la révolution ?

Là aussi il faut séparer la réalité augmentée en deux éléments : le développement des applications de réalité augmentée et les créations issues de ces applications. Par exemple l'ARkit récemment mis à disposition par Apple est un outil qui permet de créer en réalité augmentée est une création en soi, mais ce sont surtout les créations issues de ce genre d'outils qui nous intéressent.

Lev Manovich nous donne l'exemple de l'architecture.

Augmented space provides a challenge and an opportunity for many architects to rethink their practice, since architecture will have to take into account the fact that virtual layers of contextual information will

¹¹⁶ Philippe Mouron et Carine Piccio, dir, *L'ordre public numérique: libertés, propriétés, identités*, coll collection Inter-normes, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015 à la p 122.

¹¹⁷ Stéphanie Gutierrez et al, dir, *La sécurité de l'individu numérisé réflexions prospectives et internationales: actes du colloque du programme de recherche Asphales, ACI-Informatique, Paris, 22 et 23 novembre 2007*, Paris, L'Harmattan, 2008 à la p 52.

¹¹⁸ Mouron et Piccio, *supra* note 116 à la p 123.

overlay the built space [...] Of course, electronically augmented space is unique - since the information is personalized for every user, it can change dynamically over time, and it is delivered through an interactive multimedia interface, etc. Yet it is crucial to see this as a conceptual rather than just a technological issue – and therefore as something that in part has already – been a part of other architectural and artistic paradigms. 119

Nouvelle forme d'expression, cet exemple donné par l'auteur met également en exergue décuplement du problème de surinformation. Mais il ne s'agit là avant tout d'une forme d'interaction « passive » de l'utilisateur, le contenu varie bien en fonction de lui, de certaines de ses actions (les sites internet qu'il a pu visiter, le contenu consulté etc.) mais ce n'est pas l'utilisateur qui importe principalement dans de telles hypothèses, ce sont les profils de ces derniers, les données collectées. Pourtant la réalité augmentée permet, et **doit** permet une forme d'interaction active, comme l'explique A.B Craig :

Unlike many other media, including paintings, maps, and other static material, AR is an interactive medium. Hence, the content can change not only over time, but also based on the position of the participant. Although movies can convey the passage of time, and illustrate motion, they do not allow the viewer to actively participate as the content unfolds. Hence the AR application developer has both the good fortune and the burden to take this feature of AR into account. It is good fortune because time-evolving content that allows the participants to choose their own physical point of view can be very powerful. It is a burden, in a sense, because the creator must consider all the possibilities of the medium. That is, the content developer must consider issues such as "What if the participant does this? What if they go there?"

Contrairement aux créations classiques que l'on peut retrouver dans les espaces publics, les créations réalité augmentées ne peuvent pas facilement en tout cas, être enlevé de l'espace public et peuvent potentiellement rester à l'emplacement voulu par l'auteur aussi longtemps que ce dernier le désire¹²⁰

Si la création peut être utilitaire (affichage de plans en trois dimensions,

¹¹⁹ Lev Manovich, « The Poetics of Augmented Space » dans *Mediatecture*, Springer, Vienna, 2010, 304-318, DOI : 10.1007/978-3-7091-0300-5_26.

¹²⁰ Vladimir Geroimenko, *Augmented reality art: from an emerging technology to a novel creative medium*, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2014. Preface.

création de marque en réalité augmentée Récemment rendu légal suite à l'adoption du *règlement (UE) n°2015/2424* et de la *directive (UE) n°2015/2437*¹²¹, etc.) c'est avant tout pour son aspect artistique que la réalité augmentée est intéressante. En effet l'interactivité et de la réalité augmentée un média dynamique et permet des créations évolutives. Les créations qui ne sont plus limitées par les lois de la physique alors même qu'aux yeux de l'utilisateur rien ne dissocie le virtuel du réel.

Beaucoup connaissent Magritte et son fameux tableau intitulé « ceci n'est pas une pipe » et cela n'était pas une pipe, cela n'était qu'une représentation d'une pipe car comme le disait le peintre « je ne peux représenter que l'apparence des choses, ce qui est visible. Mais ces choses apparentes ne peuvent pas exister sans le mystère ». La réalité augmentée traduirait alors une nouvelle forme de l'art, mystérieuse, à la fois visible et cachée. La réalité comme un iceberg ne montrerait que la partie émergée, celle qui est voulue visible par l'artiste, tandis que la virtualisation permettra de montrer l'ensemble.

La réalité augmentée permettrait également de se créer des compagnons virtuels, qui nous accompagneraient partout. Pokémon go permet déjà de les capturer mais cela n'est que la première étape, il existait déjà des personnages virtuels interactifs, nouvelle forme de célébrités comme Hatsune Miku¹²² mais désormais celle-ci est même visible en réalité augmentée, les développeurs ayant poussé l'interactivité afin d'en faire une «happy, live-in girlfriend [...] and [...] a sleeping partner »¹²³ questionnant ainsi la relation qu'entretient l'homme avec le virtuel. La réalité augmentée ouvre donc le champ du possible en matière d'expression et de créations artistiques, partant, se pose la question de la protection de ces potentielles créations.

¹²¹ Généralement appelé « paquet marque » et entrée en vigueur le 23 mars 2016.

¹²² Emmanuelle Jardonnet, « Hatsune Miku, trajectoire d'une diva virtuelle », *Le Monde.fr* (14 novembre 2013), en ligne : [Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/culture/article/2013/11/14/hatsune-miku-trajectoire-d-une-diva-virtuelle_3513952_3246.html>](http://www.lemonde.fr/culture/article/2013/11/14/hatsune-miku-trajectoire-d-une-diva-virtuelle_3513952_3246.html).

¹²³ Geroimenko, *supra* note 120 à la p 114.

Chapitre II La protection des créations en réalité augmentée : mise en œuvre du droit d'auteur.

Le droit d'auteur est un des droits issus de la *summa divisio* de la propriété intellectuelle, un droit récemment fondamentalisé (Section I). S'il peut permettre la protection des créations en réalité augmentée, il est avant tout nécessaire de vérifier si lesdites créations en réalité augmentée en remplissent les critères de protection (Section II) avant d'en déterminer la nature et le régime (Section III).

Section I. reconnaissance du caractère fondamental de la propriété intellectuelle

Bien que la *charte des droits fondamentaux* dans son article 17-2 dispose de façon très laconique que : « la propriété intellectuelle protégée » cela ne traduit en rien une quelconque évidence historique de la reconnaissance de la fondamentalité de la propriété intellectuelle. On retrouve la propriété intellectuelle dans le PIDESC en son article 15.1 qui prévoit le droit de « bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. ». La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 également, consacre le droit d'auteur en son article 27.2 en disposant que « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. ». Mais c'est à travers la jurisprudence que la fondamentalité du droit d'auteur a été affirmée.

La CJCE le 12 septembre 2006¹²⁴ a mis en exergue de la nature du droit d'auteur lors d'un arrêt portant sur l'épuisement communautaire du droit de distribution. la Cour affirme, au point 65, que « la restriction alléguée de la liberté de recevoir des informations est justifiée au regard de la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, qui font partie du droit de propriété. ». En rattachant le droit d'auteur au droit de propriété, la Cour affirme ainsi de façon latente sa qualité de droit fondamental.

¹²⁴ CJCE Gde ch. 12 sept. 2006, aff. C 479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, Prop. Intell. 2007, p. 22, obs. A. Lucas ; JCP E 2008, 1144, n°13, obs. A. Zollinger ; Légipresse 2008, n° 250, III, p. 61, note J. Lesueur ; Europe n° 11, nov. 2006, comm. 333, F. Mariatte.

La CEDH, dans son arrêt *Balan c/Moldavie* rendu le 29 janvier 2008¹²⁵ a, pour la première fois, rattaché le droit d'auteur au droit de propriété. Puis dans un arrêt *Ashby Donald* 10 janvier 2013¹²⁶ elle précise que « les titulaires de droits de propriété intellectuelle bénéficient de la protection du droit de propriété de l'article 1^{er} du Protocole additionnel. »

En France, le Conseil Constitutionnel a, dans une décision du 27 juillet 2006¹²⁷ statuant sur la loi DADVSI, précisé que, « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins.* »¹²⁸. Le droit d'auteur est ainsi rattaché au droit de propriété tel qu'exprimé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ce qui lui confère une valeur supra-législative, puisque pour rappel, l'arrêt du Conseil d'État du 12 février 1960¹²⁹ affirme que la DDHC a une valeur constitutionnelle.

Section I. Les conditions d'accès la protection

Sous-section I. Les éléments indifférents

La Convention de Berne pose deux éléments ne pouvant être pris en compte pour autoriser ou refus l'accès la protection par le droit d'auteur. Il s'agit « mode

¹²⁵ CEDH, 4e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*, CCE, Juin 2008, n°6, comm. 76. C. Caron ; JCP E, 10 juillet 2008, n°28-29, p. 1934 comm. A. Zollinger ; Légipresse 2008, n° 250, III, p. 61, note J. Lesueur, RTD Com., 2008, p. 732 comm. F. Pollaud-Dulian.

¹²⁶ CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et autres c/ France*, JCP G, n° 14, 1er Avril 2013, 397, note. M. Afroukh, CCE n° 5, Mai 2013, étude 8, A. Zollinger et CEDH, 10 février 2013, n° 40397/12, F. Neij et P. Sunde Kolmisoppi c/ Suède, RTD Com. 2013 p.274 note F. Pollaud-Dulian

¹²⁷ Conseil constitutionnel décision 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative aux droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO 3 août 2006, p. 11541 ; D. 2006.2157, C. Castets-Renard ; Légipresse 2006.129, L. Thoumyure ; RTD civ., 2006, p. 79, T. Revet.

¹²⁸ Conseil constitutionnel décision. 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative aux droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *dec.cit.* paragraphe 15

¹²⁹ CE, sect., 12 février 1960 Société Eky, dans lequel le Conseil d'État a confronté un décret à l'article 8 de la DDHC, reconnaissant ainsi la valeur constitutionnelle de cette dernière.

ou la forme d'expression »¹³⁰. Pourtant en France ces critères sont au nombre de quatre, en effet l'article L112-1 du CPI pose quatre critères indifférents en ces termes « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »

Le genre tout d'abord, une création est susceptible d'être protégée quelle que soit la catégorie à laquelle elle appartient. Si Desbois ne voyait qu'une appartenance à un des éléments du triptyque littérature, musique et arts plastiques il est possible de l'interpréter plus largement et d'affirmer qu'une création est protégeable si elle appartient à plusieurs catégories, on pensera par exemple aux créations multimédia.

La forme d'expression, ensuite, traduit l'idée que le mode d'expression est indifférent. Il s'agit là d'une absence de discrimination en fonction de la manière dont la forme est extériorisée, communiquée au public. Si l'article L112-2 du CPI ne cite que des œuvres perceptibles par la vue et l'ouïe, ce ne sont pas les seules œuvres protégeables, la liste n'étant pas exhaustive. Le droit d'auteur pourrait protéger une œuvre qui serait perceptible par les autres sens.

Enfin, L'indifférence du mérite de la destination peuvent être étudiées ensemble puisqu'elles ont été instaurées toutes deux par la *loi du 11 mars 1902*¹³¹. Le législateur vint poser ces conditions indifférentes afin de permettre la protection des créations utilitaires par le droit d'auteur. Le législateur ayant choisi d'adopter la théorie de Pouillet dite de « l'unité de l'art »¹³². L'idée étant que le juge n'a pas à s'ériger en critique d'art, de devenir le juge du Beau. S'il l'on devait résumer l'indifférence du mérite en un exemple, un pistolet à eau est tout aussi susceptible d'être protégé par le droit d'auteur que le dernier prix Goncourt. D'un autre côté l'indifférence de la destination pose un principe complémentaire puisqu'il s'agit d'interdire le refus de la protection au regard de

¹³⁰ Convention de Berne, article 2.(1)

¹³¹ Loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété artistique et littéraire

¹³² E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, 1911, p.91

la finalité de la création.

Les critères indifférents ayant été vu, intéressons-nous maintenant aux conditions positives d'accès à la protection.

On retrouve trois conditions générales pour accéder à la qualification d'œuvre de l'esprit, la nécessité d'un auteur personne physique, celle d'une création de forme et enfin une condition introduite par la doctrine : l'originalité. Si les deux premières ne posent généralement pas de problèmes, il en va autrement de la dernière.

La nécessité d'une création de forme : L'œuvre doit en effet être perceptible par les sens. A défaut elle n'en restera qu'une simple idée, non protégeable par le droit d'auteur, car comme le disait Desbois « les idées sont par essence de libres parcours ». L'œuvre est donc le résultat d'une activité créative.

La nécessité d'un auteur personne physique : Cette condition est le corollaire de l'originalité vu ci-après. Puisque la création est le résultat d'une activité humaine qui transforme la réalité, qui ajoute à la réalité, qu'elle est une empreinte de la personnalité de son créateur. On en déduit que ce dernier ne peut être qu'une personne physique. Comment une fiction juridique telle qu'une personne morale pourrait avoir une réelle personnalité ? Il est de jurisprudence constante, malgré quelques écarts, qu'une personne morale ne puisse accéder au titre d'auteur¹³³. Et ce, en parallèle d'une tendance à reconnaître aux personnes morales de plus en plus de prérogatives, telles que le droit moral¹³⁴ ou une présomption de titularité des droits¹³⁵.

Sous-section II. La recherche de l'originalité :

La France est volontiers présentée comme le porte étendard de la vision continentale du droit d'auteur, il est intéressant de s'intéresser à l'évolution de

¹³³ Cass 1^{ère} civ 15 janvier 2015, pourvoi n°13-23566, Bull. civ. 2015, I, n° 11.

¹³⁴ Cass 1^{ère} civ 22 mars 2012, pourvoi n°11-10132, Bull.civ. 2012, I, n° 70

¹³⁵ 1^{ère} Civ, 24 mars 1993, *Aréo*, pourvoi n° 91-16.543, Bull. civ. I, n° 126 ; GAPI, 1e éd., n° 10 ; RTD Com. 1995, p. 418, obs. Françon ; JCP 1993.II.22085, note Greffe.

la notion dans l'ordre interne français avant de voir la situation de l'Union européenne.

La conception traditionnelle française de l'originalité comme « empreinte de la personnalité de l'auteur »

L'originalité est une condition apparue sous la plume de Desbois en 1950¹³⁶, il s'agit donc d'une condition doctrinale consacrée postérieurement par la jurisprudence¹³⁷. Si les termes employés par la jurisprudence ont pu varier pour définir cette notion d'empreinte de la personnalité de l'auteur allant de « *l'empreinte personnelle* » au « *reflet de reflet de la personnalité de l'auteur* » toutes ont en commun d'être subjectives, par opposition à la condition objective de nouveauté qu'on trouve en propriété industrielle.

Si Pierre Sirinelli admet volontiers que « *l'on ne sait pas en quoi consiste l'originalité* »¹³⁸ c'est parce qu'il s'agit d'une notion cadre qu'on peut considérer de manière générale comme les choix libres et créatifs de l'auteur, sa fantaisie. Le flou entourant l'originalité serait alors voulu, s'agissant d'une notion à géométrie variable appréciée différemment en fonction de la nature de l'œuvre. S'agissant d'un critère discriminatoire pour la protection, la banalité étant exclue de la protection¹³⁹.

L'objectivisation de l'originalité. L'originalité telle que précédemment définie pose problème pour d'éventuelles créations en réalité augmentée. Comment voir dans une création numérique « l'empreinte de la personnalité de l'auteur » là où certains ne voient dans sa partie logicielle qu'une suite de 0 et de 1¹⁴⁰ ? Impossible pour certains ! Pourtant l'apparition de l'univers du numérique a conduit à revoir cette notion éminemment subjective. En particulier

¹³⁶ A. Lucas et al., *Traité de la propriété intellectuelle littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p.117.

¹³⁷ A. Lucas et P. Sirinelli, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G 1993, I, 2681

¹³⁸ P. Sirinelli, « chronique de jurisprudence », *RIDA* 1/2008 p.267

¹³⁹ 23 P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Presses universitaires de France, Paris, 2015, p. 48.

¹⁴⁰ CA Paris 4 juin 1984, JCP 1985, II, 14409, note Vivant ; *RIDA* 1985, sur le refus de « sacraliser » le logiciel « au point de le hisser au rang des œuvres de l'esprit »

l'entrée du logiciel dans le domaine de protection du droit d'auteur par la *loi du 3 juillet 1985* a obligé la jurisprudence et la doctrine à repenser la condition d'originalité. Ce fut le rôle de l'assemblée plénière de la Cour de cassation à travers l'arrêt Pachot du 7 mars 1986¹⁴¹ qui définit l'originalité comme la « marque d'un apport intellectuel » de l'auteur. La vision romantique de l'originalité s'efface pour laisser place à un pragmatisme nécessaire, rapprochant l'idée de celle de nouveauté.

Au niveau européen, quand la Cour de Justice de l'Union Européenne a rendu son arrêt Infopaq le 16 juillet 2009 seuls trois domaines spéciaux du droit d'auteur avaient été harmonisés au niveau européen : les programmes d'ordinateurs, la photographie et enfin les bases de données. Ainsi quand la Cour décida dans cet arrêt de donner une définition unique de l'œuvre de l'esprit, il fut compliqué de donner une réelle base légale à son choix. La CJUE décida donc d'utiliser la directive 2001/29 comme assise, ce qu'il est possible d'observer dans le point 36 de l'arrêt qui précise qu'« en établissant un cadre juridique harmonisé en droit d'auteur la directive 2001/29 est fondée ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtièmes considérants sur le même principe ». La Cour poursuit son interprétation de la même directive au point 37 « le droit d'auteur au sens de l'article 2 sous a) n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur » si une définition de l'originalité en ressort le problème est que la directive ne fait aucunement référence à l'originalité.

Au-delà de ces considérations, le point 34 de l'arrêt de la Cour de Justice vient poser une définition harmonisée de l'œuvre de l'esprit, désormais notion autonome du droit de l'Union. Reprenant les définitions données par les directives déjà citées, l'œuvre de l'esprit est d'après la Cour « une création intellectuelle propre à son auteur ».

¹⁴¹ Cass. Ass. Plén. 7 mars 1986, *Pachot* : JCP G 1986, II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; *D.* 1986, p. 405, note Edelman ; *RIDA* 3/1986 p. 136 note A. Lucas ; *RTD com.* 1986 p. 399 obs. Françon.

Une définition que la Cour vient préciser dans l'arrêt *Eva Maria Painer*¹⁴² en son point 94. Elle estime qu'« une photographie de portrait est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, à condition qu'elle soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie » Il est impossible de ne pas voir ici la conception subjective de l'originalité. Qu'en déduire ? Que la Cour préfère *in fine* la subjectivité à l'objectivité ? ou simplement qu'en matière de photographie l'originalité doit être prise en compte de manière subjective ?

Pour répondre à cette question un dernier arrêt sur l'originalité peut être ici étudié. Il s'agit de l'arrêt *Football Dataco* relatif aux bases de données. Le point 38 est particulièrement intéressant, puisqu'est considéré que la condition d'originalité est remplie « lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle [ndlr : la base de données] contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs [...] et imprime sa touche personnelle ». Pour rappel, la directive base de donnée définit l'originalité comme « création intellectuelle propre à son auteur » ce qui est purement objectif or ici la Cour vient rajouter une condition, celle de la « touche personnelle » irrémédiablement subjective. Comment interpréter l'ajout d'une condition par la Cour ? A ce titre le point 38 de l'arrêt a le mérite de répondre à la question de savoir si la définition de l'originalité donnée par l'arrêt *Painer* ne concernait que les photographies ou bien l'ensemble des œuvres de l'esprit, et confirme la seconde hypothèse.

De ces différents arrêts de la CJUE il semble difficile de tirer une véritable leçon de ce qu'est l'originalité même si ressortent certains éléments tels que la « liberté créative » que l'on retrouve à différents stades mais cela reste insuffisant. *De facto* si l'objectif de la CJUE est louable, les moyens mis en œuvre et encore plus les résultats le sont beaucoup moins. A défaut d'harmonisation c'est aux juges nationaux de décider. Il s'agira donc en France de prouver l'empreinte de la personnalité ou la marque d'un apport intellectuel

¹⁴² CJUE, 1^{er} décembre 2011, affaire C-145/10, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH et autres*,

en fonction de la création.

Sous-section III. Des œuvres multimédias par nature ?

Définition de l'œuvre multimédia : L'œuvre multimédia se définit comme

« La réunion sur un même support numérique ou lors de la consultation d'éléments de genre différents et notamment de sons, de textes, d'images fixes ou animées, de programmes informatiques, dont la structure, l'accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité et qui a été conçu pour avoir une identité propre, différente de celle résultant de la simple réunion des éléments qui la composent »¹⁴³.

Tandis que l'interactivité se traduit par « l'accès aléatoire à l'information, commandés par l'utilisateur et non imposés à lui »¹⁴⁴ le caractère aléatoire renvoyant à la liberté dont dispose utilisateur pour agir sur le contenu et donc à l'aléa de son comportement. Si les applications et les créations de réalité augmentée sont des œuvres multimédias alors il est important d'en définir le régime.

La réalité augmentée s'appuyant sur l'informatique découle du même principe. L'application qui permet d'augmenter la réalité est une œuvre littéraire. En effet, en informatique ce que l'on crée est différent de ce que l'on exprime. Le développeur s'exprime dans un langage informatique (java, C++ etc.) mais une fois son code compilé ce qui est créé se détache du simple code pour offrir quelque chose de différent, un logiciel, un jeu vidéo. La protection du logiciel par le droit d'auteur porte sur le code rédigé par le programmeur ce qui en fait *de facto* une œuvre littéraire au sens de la Convention de Berne¹⁴⁵.

Les créations qui en résultent se traduisent à la fois par leur code informatique mais également par leur aspect visuel voire sensoriel et sont par définition

¹⁴³ Définition proposée par G. Vercken et P. Sirinelli, dans Etude CERDI-Art 3000, 1996 pour le ministère de la Culture

¹⁴⁴ X. Linan de Bellefonds, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle : un peu de bruit autour de l'arrêt RAMDAM*, notes sous CA Paris 4^{ème} ch 16 mai 1994, JCP 1995 II, 22375.

¹⁴⁵ Directive 2009/24/ce du parlement européen et du conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, article 1.

(comme nous l'avons vu dans l'introduction) interactives. Comme le note A.B Craig « « Unlike many other media, including paintings, maps, and other static material, AR is an interactive medium [...] The reason that augmented reality (AR) applications exist is to provide content that the participant(s) in the augmented reality experience interacts with »¹⁴⁶.

L'interactivité étant au cœur des créations en réalité augmentée il apparaît judicieux de vérifier que la catégorie des œuvres multimédias dont la définition s'approche de ce que nous venons de voir dispose d'un régime adéquat.

I. Régime de l'œuvre multimédia :

La consécration de l'application distributive des régimes fut l'œuvre de la Cour de cassation dans l'arrêt Cryo du 25 juin 2009¹⁴⁷. Le litige opposait la société Cryo à des auteurs de compositions musicales adhérents à la SACEM. La société ayant intégré leur travail dans ses jeux-vidéos. Elle contestait la créance réclamée par les compositeurs et se fondait sur le fait que s'agissant d'un logiciel la demande des compositeurs portant sur le droit de reproduction mécanique était infondée. La question posée à la Cour était donc de savoir si un jeu-vidéo pouvait être réduit à sa seule partie logicielle. La Cour apporte une réponse qui va au-delà du simple refus d'une qualification unitaire et pose un arrêt de principe clair sur le sujet : « *Mais attendu qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature* ».

Au niveau européen il est important de s'attarder sur un arrêt Nintendo du 23 janvier 2014¹⁴⁸ où était en cause contournement de MPT c'est-à-dire des

¹⁴⁶ Craig, *supra* note 13.

¹⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ 25 juin 2009, *Cryo et Jean-Martial L. c/ SESAM, SACEM et SDRM, RLDI*, 2009, 52, n° spécial « jeu vidéo et multimédia », pp.87 et s. ; RTD Com 2010 p.319 note P. Gaudrat ; RIDA juill. 2009, 509 et 305, obs P. Sirinelli ; JCP 2009 328, obs E. Treppoz.

¹⁴⁸ CJUE 4^{ème} ch, 23 janvier 2014, aff. C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America*

mesures de protection techniques. Peu de rapport avec l'œuvre multimédia au premier abord mais réalité au détour du considérant 23 on peut lire

Les jeux vidéo, tels que ceux en cause au principal, constituent un matériel complexe comprenant non seulement un programme d'ordinateur, mais également des éléments graphiques et sonores qui, bien qu'encodés dans le langage informatique, ont une valeur créatrice propre qui ne saurait être réduite audit encodage. Dans la mesure où les parties d'un jeu vidéo, en l'occurrence ces éléments graphiques et sonores, participent à l'originalité de l'œuvre, elles sont protégées, ensemble avec l'œuvre entière, par le droit d'auteur dans le cadre du régime instauré par la directive 2001/29.

La CJUE reprend peu ou prou la définition de l'œuvre multimédia donnée par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Cryo*. Elle décide que les œuvres multimédias ne peuvent se résumer à leurs parties logicielles et refuse de ce fait d'appliquer la directive 2009/24 sur les programmes d'ordinateur. Elle lui préfère une application distributive des régimes fondée sur la directive société de l'information sur le droit d'auteur.

Si une telle solution permet de saisir et de protéger les créations réalité augmentées dans leur ensemble et de s'y adapter plus facilement. L'application distributive des régimes dès lors qu'une multitude de régimes trouvent à s'appliquer devient juridiquement difficile à gérer.

Ainsi, la création d'une œuvre originale même en réalité augmentée pourra être protégée par le droit d'auteur, il convient donc de s'intéresser à la protection conférée. Pour autant, comme nous venons de le voir si l'œuvre en réalité augmentée est une œuvre multimédia et donc qu'une pluralité de régimes peuvent s'appliquer, par conséquent une pluralité d'auteurs peuvent exister. Il s'agit dès lors de s'intéresser tant au droit accordé qu'au statut des créations plurielles.

II. Droits accordés

On distingue généralement les droits accordés à l'auteur d'une création en deux

Inc., Nintendo of Europe GmbH c/ PC Box Srl

catégories : d'un côté les droits patrimoniaux et de l'autre les droits moraux. Les droits patrimoniaux peuvent être scindés en deux catégories le droit de représentation et le droit de reproduction.

Le droit de reproduction tout d'abord est défini à l'article L 122-3 du CPI comme « la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. » L'article poursuit en donnant une liste d'exemples, non exhaustive, en témoigne le « notamment ». Le droit de représentation de l'autre côté est défini à l'article L 122-2 du CPI comme étant « la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque » l'article continue de la même façon que pour le droit de représentation et donne une liste d'actes constituant une représentation. Cette technique législative, d'employer des termes tels que « tous procédés » ou « notamment » permet ainsi aux droits d'auteur d'évoluer au gré des technologies et donc de gérer des situations qui n'auraient pas pu être prévues par le législateur à l'époque de la rédaction comme c'est le cas d'une création en réalité augmentée. Par conséquent, l'auteur d'une création en réalité augmentée pourra interdire, sauf exceptions prévues par les textes, tout acte constituant une reproduction ou une représentation en public et ce pendant une durée de 50 ans minimum selon la Convention de Berne.

À côté de ces prérogatives patrimoniales, on retrouve le droit moral de l'auteur, construction jurisprudentielle française¹⁴⁹ qui s'est répandue dans le monde entier, à travers l'article 6 bis de la Convention de Berne. Le droit moral se compose de quatre prérogatives en France, la Convention de Berne en imposant que deux : le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'oeuvre. Le droit français ajoutant à ces dernières le droit de retrait et de repentir droit de divulgation.

Le droit à la paternité est le premier droit visé par le CPI est un droit composite, il est tout d'abord le choix offert à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit de

¹⁴⁹ C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*. Paris: Harmattan, 2003. p. 45 à 53

revendiquer cette dernière comme sa création ou de préférer l'anonymat ou le pseudonymat. Mais c'est également un droit au respect de l'auteur, sa qualité, ses titres, de faire imposer aux tiers qui utilisent son œuvre d'y associer son nom. **Le droit au respect de l'œuvre** qui est loin la prérogative la plus sollicitée devant le juge. Elle recouvre les hypothèses où un tiers porterait atteinte à la création originale d'un auteur, la réutilisant, la modifiant – en somme il la transforme – sans son consentement ou que l'auteur a consenti mais que la modification apportée dénature trop – selon l'auteur – la création originelle. **Le droit de divulgation** est la faculté pour l'auteur de décider du moment ainsi que de l'opportunité de la première communication aux tiers, de son œuvre. **Le droit de retrait et de repentir** recouvre quant à lui deux prérogatives distinctes, le plus souvent associées, rarement appliquées. Il s'agit là de la possibilité offerte à l'auteur de « *retirer ou remanier son œuvre suivant sa volonté et de ne pas avoir à supporter la circulation d'une œuvre qui ne répondrait pas ou plus à ses exigences créatives.* »¹⁵⁰.

Si en France le droit moral est censé être perpétuel avec la possibilité d'action post-mortem, la Convention de Berne quant à elle n'impose pas cette obligation et admet pour les Etats « la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l'auteur ».

Maintenant que sont établies les prérogatives accordées, il est important de savoir à qui elles reviennent.

III. La question de l'aurat et de la titularité de ces créations.

Dans l'hypothèse où l'auteur est unique l'intégralité des droits lui reviennent logiquement. Il s'agit surtout des situations où une pluralité d'individus participe à la création d'une œuvre qui nous intéresse.

Tout d'abord s'agissant des œuvres collectives c'est-à-dire « l'œuvre créée sur

¹⁵⁰ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle: droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ-Lextenso éditions, 2016 n° 134.

l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Au titre de l'article L 113-5 « l'œuvres collectives est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle aller divulguer. Cette personne est investie des droits de l'auteur ». Sont alors transférés à cette personne la titularité des droits patrimoniaux mais également moraux.

Concernant l'œuvre de collaboration, œuvre « à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». L'œuvre de collaboration se caractérise par une « communauté d'inspiration »¹⁵¹ et par une absence de rapport hiérarchique entre les auteurs, bien que les auteurs peuvent avoir des contributions de tailles différentes. L'œuvre de collaboration est soumise au principe de l'unanimité entre les auteurs, cette unanimité pouvant être écarté lorsqu'un auteur utilise uniquement sa propre contribution.

Ainsi, comme nous venons de le voir si les créations en réalité augmentée sont des créations d'un genre nouveau, elle reste cependant parfaitement protégeables par le droit d'auteur, dont le caractère ouvert le rend parfaitement adaptable à ce type de création protéiforme.

Et si la réalité augmentée en tant que technologie permet la mise en œuvre de la liberté scientifique de la liberté d'entreprendre, facilite leur exercice et augmenter leur champ d'application ; tout comme en tant que moyen de création elle met en œuvre de façon novatrice les libertés d'expression et de création et permet de créer des œuvres protégées par le droit d'auteur dans un univers qui mêle réel et virtuel, donnant ainsi l'impression que les droits fondamentaux ne tendent qu'à une utilisation presque sans limite de la réalité augmentée. Il s'avère que d'un autre côté, les droits fondamentaux permettent également de restreindre et de limiter l'utilisation de la réalité augmentée.

¹⁵¹ H. Desbois, *le droit d'auteur en France*, 3^e édition, Dalloz, 1978, n° 133.

Partie II. Les limites au développement et à l'utilisation de la réalité augmentée, posées par les droits fondamentaux

Nous avons vu dans la première partie que les droits et libertés fondamentaux allaient dans le sens du progrès et du développement de la réalité augmentée. Cependant les droits fondamentaux servent aussi à protéger les individus. Et si au départ ils visaient à protéger la personne contre les ingérences de l'Etat, leur horizontalisation permet leur opposabilité dans des rapports de droit privé. Cette opposabilité des droits fondamentaux permet de constituer une limite conséquente au développement et à l'utilisation de la réalité augmentée (Titre I). Une autre limite majeure est celle constituée par l'ordre public (Titre II), qu'on a pu voir à l'œuvre avec les arrêtés anti-pokémon or « À travers le prisme du droit européen, l'ordre public devient un droit fondamental comme un autre, mis en concours avec tous les autres et avec les libertés fondamentales »¹⁵²

Titre I. Les limites relatives aux droits fondamentaux des tiers

Comme le fait remarquer Lev Manovich il existe une relation très étroite entre la surveillance et assistance, entre le monitoring et l'augmentation virtuel de l'environnement. Cette relation étroite est selon lui un des éléments cruciaux des sociétés connectées, d'autant plus que, selon lui et tout un courant philosophique¹⁵³, ces technologies ont par essence cette double nature¹⁵⁴.

Le tiers peut renvoyer à deux catégories d'individus en fonction de la position dans laquelle on se place. Tout d'abord si l'on considère l'individu qui utilise une application augmentant la réalité, le tiers peut renvoyer tantôt vers un autre individu qui utilise la même application et qui – théoriquement – est soumis à un contrat identique avec l'entreprise qui fournit le service, tantôt vers un tiers qui

¹⁵² R. Vatinet, « L'ordre public », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Panthéon Assas, 2009, p. 126.

¹⁵³ Lev Manovich, « The Poetics of Augmented Space » dans *Mediatecture*, Springer, Vienna, 2010, 304-318, DOI : 10.1007/978-3-7091-0300-5_26.

¹⁵⁴ Cf. Le dual-use.

n'est pas utilisateur et qui par conséquent n'est pas soumis à ce contrat. Deuxième hypothèse, si l'on se place du côté du fournisseur de service alors le tiers renvoie nécessairement à celui qui n'utilise pas l'application. L'existence ou non d'un lien contractuel est une différence cruciale car l'exercice de la liberté contractuelle permet de renoncer à ses droits fondamentaux. Une renonciation qui « est [...] efficace par le consentement libre et éclairé du renonçant, sans autre justification »¹⁵⁵.

Cette dualité des technologies pose avant tout un risque d'atteinte à la vie privée des individus (I), autre risque, cette fois ci plus propre à la réalité augmentée c'est celui de l'atteinte à la propriété (Chapitre II)

¹⁵⁵ Lucien Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, coll Bibliothèque de droit privé, n°t. 545, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013 à la p 276.

Chapitre I. Le respect de la vie privée et du traitement des données personnelles comme limites à l'utilisation de la réalité augmentée.

Dans le fameux arrêt *Digital Rights Ireland* rendu par la CJUE, il est précisé que

« [certaines] données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci. ».

Ce qui à notre sens, justifie que respect de la vie privée et respect des données personnelles soient étudiés ensemble.

Encore une fois il est important de s'attarder sur les définitions et la fondamentalisation du droit à la vie privée (Section I) et de celui au respect des données personnelles (Section II) afin de mieux envisager les risques portés par la RA (Section III).

Section I. définition du droit à la vie privée

Assise textuelle. La vie privée se retrouve à l'article 7 de la *charte des droits fondamentaux de l'union européenne* qui dispose que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. ». On la retrouve également à l'article 17 du PIDCP et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En droit interne elle est prévue à l'article 9 du Code civil mais découle également d'après le Conseil constitutionnel de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁵⁶.

Essai de définition. « Notion polysémique représentant une constellation de valeurs opposées, de droits solidaires et antagonistes »¹⁵⁷, le droit à la vie

¹⁵⁶ Conseil constitutionnel décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 confirmé par Conseil constitutionnel décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

¹⁵⁷ Alain-Robert Nadeau, *Vie privée et droits fondamentaux: étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Scarborough,

privée est intimement lié à la notion de liberté. Quintessence de la liberté individuelle garantie par les droits et libertés fondamentaux, la protection du droit à la vie privée et l'une des assises sur lesquelles reposent les démocraties libérales. » mais comme le rappelle le professeur A. Bensamoun, la polysémie n'est qu'une « autre façon d'évoquer le désordre... »¹⁵⁸. La vie privée ne serait-elle que désordre ? Non, car en réalité, « il apparaît difficile, voire impossible d'en arriver à une définition consensuelle du droit à la vie privée. [...] Loin de permettre un exercice efficient et harmonieux du droit à la vie privée, une définition ne peut qu'enfermer cette notion et nuire à son développement »¹⁵⁹.

Historiquement, le droit à la vie privée traduit le besoin dans les individus d'empêcher les tiers d'envahir leur « zone d'intimité », le concept a vu le jour aux États-Unis à travers la notion de « privacy »¹⁶⁰ et s'est principalement développé sur le continent nord-américain. Quatre composantes essentielles la composent : la solitude, l'intimité, l'anonymat et la retenue d'informations. De ces 4 composantes découle la possibilité de personnaliser et de contrôler les informations à son sujet qui sont diffusées.¹⁶¹

Ainsi, la volonté pour un individu de faire respecter sa vie privée se traduit par un pouvoir de contrôle sur les informations qu'il divulgue à des tiers, à la société. Et ce qu'il refuse de divulguer constitue sa vie privée. « Ce modèle analytique [...] constitue [...] le point d'ancrage de la conception du droit au respect de la vie privée. »¹⁶². À noter également que le droit au respect de la vie privée serait moins important dès lors qu'il s'agirait d'une personne publique (i.e. une personne connue et non publique au sens de droit public) mais évidemment existe toujours¹⁶³.

Ont, Carswell, 2000.

¹⁵⁸ A. Bensamoun, « La protection de l'oeuvre de l'esprit par le droit d'auteur : « *qui trop embrasse mal étreint* » », *D.* 2010. 2919

¹⁵⁹ Karim Benyekhlef, « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée », dans Pierre Trudel et France Abran (éds.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Éditions Thémis, 1992.

¹⁶⁰ Nadeau, *supra* note 157.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ CEDH, 14 juin 2005, requête n°14991/02 *Minelli c. Suisse*.

Bien que cela soit contesté par une minorité doctrinale (qui le considèrent comme un droit autonome), le droit à la vie privée contient également le droit à l'image, c'est-à-dire que l'image d'une personne ne peut être diffusée sans son consentement libre et éclairé, peu important le support. Le raisonnement se retrouve également en droit de l'union européenne notamment dans le deuxième arrêt *Von Hannover c. Allemagne* de 2012¹⁶⁴ rendus par la CEDH dont le point 96 précise que « l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel. Elle présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image, laquelle comprend notamment la possibilité pour celui-ci d'en refuser la diffusion » La vie privée englobe donc différents aspects de l'identité tant physique que numérique d'un individu¹⁶⁵

Section II. Les données personnelles numériques.

S'il est un droit qui s'est particulièrement développé ces dernières années grâce à internet c'est bien celui des données personnelles¹⁶⁶. Beaucoup ont tendance à considérer les données personnelles comme « le nouvel or noir » voire « l'uranium »¹⁶⁷ de l'univers numérique. En effet ces données sont collectées par les différents acteurs d'Internet (navigateur, réseaux sociaux etc.) afin d'être traitées ou revendues à cette fin. Ces données numériques, permettent de dresser un profil de l'utilisateur, savoir ce qu'il aime, ce qu'il fait, où il va etc. ces profils permettent donc notamment de générer de la publicité ciblée en fonction des utilisateurs, de générer des statistiques afin de mieux cibler certaines tranches de la population. Or pour cette dernière hypothèse il est nécessaire d'obtenir les données de nombreux utilisateurs, On en revient alors au Big data et à ses 5 V directeurs pour volume, variété, vélocité, véracité et valeur.

¹⁶⁴ CEDH 7 fév. 2012, requêtes n° 40660/08 et 60641/08, *Von Hannover c. Allemagne*.

¹⁶⁵ CEDH 7 fév. 2002, requête n°53176/99, *Mikulic c/Croatie*,

¹⁶⁶ Katarzyna Blay-Grabarczyk, « Vie privée et nouvelles technologies », RDLF 2011, chron. n°7

¹⁶⁷ Alexandra Bensamoun et Célia Zolynski, « Cloud computing et big data: Quel encadrement pour ces nouveaux usages des données personnelles ? » (2015) 189:1 Réseaux 103, DOI : 10.3917/res.189.0103.

« L'intérêt n'est d'ailleurs plus réellement la donnée, prise en tant qu'unité, multiple et isolée, mais la concentration, la masse de données, mises en réseau, appréhendées de manière unitaire et non granulaire »¹⁶⁸. On comprend alors la valeur de ces données et pourquoi elles sont si sollicitées.

On entend par données personnelles

toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » étant entendu que « est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale 169

Bien que la *Charte des droits fondamentaux* consacre le droit aux données personnelles comme un droit autonome qu'on retrouve à l'article 8 qui dispose que « toute personne a le droit à la protection des données à caractère personnel le concernant » et impose un traitement loyal. L'obtention de ces données étant soumise au consentement de la personne en question ou « en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi», qui se traduit généralement sur internet par une option d'opt-in. En réalité, la protection des données à caractère personnel découle du régime du droit à la vie privée.

En effet, selon la CEDH le droit au respect de la vie privée couvre la question de l'accès aux données personnelles¹⁷⁰ la contestation des données erronées¹⁷¹, la compilation de données par les services de sécurité sur des individus particuliers¹⁷² ainsi que la mémorisation systématique des données de nature publique¹⁷³. cette notion protège le droit à l'identité et au développement personnel, le droit pour tout individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, la divulgation des données

168 *Ibid.*

169 Directive 95/46, article 2.

170 CEDH, 7/07/1989, , A.160 *Gaskin c/ Royaume-Uni*.

171 CEDH, 26/03/1987, , A.116 *Leander c/ Suède*.

172 CEDH 5/05/2000, n°28341/95 *Rotaru c/ Roumanie*.

173 *Ibid.*

visuelles obtenues par la vidéosurveillance des lieux publics¹⁷⁴.

À ce titre, l'Union européenne a récemment mis en place un *règlement général sur la protection des données personnelles* (RGPD) faisant suite à l'invalidation de la directive n° 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication par l'arrêt *Digital Rights Ireland*, qui admet, suite à un contrôle de proportionnalité, que la conservation des données qui étaient alors prévue bien que légitime était cependant disproportionnée¹⁷⁵. Le *règlement* impose de nouvelles obligations afin de protéger au mieux les données personnelles des utilisateurs et ce dès la conception, ce qu'on appelle le *privacy by design* que l'on retrouve à l'article 25-1 du *règlement*. Avec la mise en œuvre de mécanismes de responsabilité pour le responsable du traitement de données ainsi que les sous-traitants d'établir des mesures techniques transparentes, efficaces et appropriées qu'on constate aux articles 12 et 24. Mécanismes qui permettent de limiter l'utilisation des données, d'offrir des garanties aux utilisateurs et, *in fine*, de mieux protéger ce droit fondamental.

Section III. Des risques d'atteinte dans un univers en RA

Les risques d'atteinte à la vie privée sont nombreux dans l'univers, en particulier grâce aux moteurs de recherche comme l'a souligné l'arrêt *Google Spain*¹⁷⁶ :

En effet, la Cour considère que Google ainsi que les autres moteurs de recherches facilitent l'accès aux données et jouent un rôle « décisif dans la diffusion globale de ces données »¹⁷⁷ puisqu'ils permettent d'y accéder facilement simplement à partir du nom de la personne. « Autrement dit, n'importe qui peut avoir des informations personnelles sur n'importe quel

¹⁷⁴ CEDH, 28/01/2003, n°44647/98 *Peck c/ Royaume-Uni*.

¹⁷⁵ Céline Castets-Renard , « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles », *Recueil Dalloz*, 2014 p.1355

¹⁷⁶ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google*, *op.cit.*

¹⁷⁷ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, *op.cit.*, point 36.

domaine de la vie privée d'une autre personne, même si les informations trouvées n'ont pas été particulièrement recherchées »¹⁷⁸.

La Cour estime également que les services offerts par les moteurs de recherche sont susceptibles « de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne concernée que la publication par l'éditeur de cette page web. »¹⁷⁹. Il leur incombe alors une plus grande responsabilité, et donc une obligation de déréfencer même si les informations sont toujours présentes sur le site lié

l'arrêt se prononce sur l'équilibre entre protection de la vie privée d'un côté et intérêt économique de l'exploitant et droit du public à l'information de l'autre en son point 81 :

« si, certes, les droits de la personne concernée protégés par ces articles prévalent également, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique. »

On peut alors comprendre que, à défaut de personnes publiques, la vie privée de l'intéressé prime toujours, peu importe alors l'intérêt économique de celui qui met l'information à disposition et donc sa liberté d'entreprendre. Nous évoquions précédemment le problème de la fondamentalisation d'une liberté économique or ici, la cour ne démontre bien que l'intérêt économique ne saurait justifier même mêlé au droit du public à l'information une atteinte à la vie privée et consacre en l'occurrence une solution humaniste¹⁸⁰.

L'utilisation des données des utilisateurs, de leurs images peut également servir aux logiciels de reconnaissance faciale grâce à la biométrie. La biométrie se définit comme « l'analyse des caractéristiques physiques d'une personne (voix,

¹⁷⁸ L. Constantin, « Google ou la protection de la vie privée contre les moteurs de recherche », *Dalloz Actualité*, 21 mai 2014.

¹⁷⁹ CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, *op.cit*, point 87.

¹⁸⁰ V. Champeil-Desplats, « la liberté d'entreprendre pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 19.

traits du visage, iris, empreintes digitales...), uniques et infalsifiables »¹⁸¹ et permet à des entités publiques et privées grâce des bases de données numériques de reconnaître sur une photographie ou une vidéo – même en flux direct –, une personne dont les données sont enregistrées. On comprend très vite pourquoi la reconnaissance faciale soulève de nombreuses questions et inquiétudes. Des applications comme NameTag rendent la reconnaissance faciale accessible au grand public, et plus seulement comme outil de surveillance utilisée par la police.

Cette question de la distinction entre l'utilisation par l'État et l'utilisation par une personne privée d'une application de reconnaissance faciale permet de mettre en exergue le contrôle d'une technologie, y compris la réalité augmentée se fait nécessairement à deux échelles. Un État à travers des mesures de police, dans un souci de préserver l'ordre public peut plus facilement porter atteinte un droit fondamental comme la vie privée, en usant d'une telle technologie¹⁸² point sur lequel nous reviendrons. À l'inverse, s'agissant de personnes privées les atteintes seront nécessairement beaucoup plus limitées.

Ainsi l'application NameTag analyse le visage de la personne sélectionnée par l'utilisateur et à l'instar des moteurs de recherche permet de faire ressortir toutes les informations qui la concernent. Google de son côté a déposé un brevet¹⁸³ qui permettrait de reconnaître un utilisateur lorsqu'il entre dans un magasin physique afin de lui proposer un contenu personnalisé là aussi ou encore de reconnaître les auteurs de vols lorsqu'ils entrent dans un magasin. Quant à Facebook, le réseau social serait en train de créer la plus grande base de données biométrique privée au monde¹⁸⁴ avec une base de données biométrique de près de 250 milliards de photos uploadées par des utilisateurs¹⁸⁵. Les algorithmes de reconnaissance faciale de ces géants du

¹⁸¹ Le Petit Robert

¹⁸² comme en témoigne d'ailleurs la distinction opérée au sein du RGPD entre les traitements effectués par les autorités publiques et ceux effectués par des personnes privées

¹⁸³ Xuedong D Huang et al, *Web-based targeted advertising in a brick-and-mortar retail establishment using online customer information*, 3 janvier 2008, en ligne : <<http://www.google.com/patents/US20080004951>> (consulté le 6 août 2017).

¹⁸⁴ « Reconnaissance faciale, une menace pour la vie privée ? » (26 juin 2015), en ligne : Libération.fr <http://www.liberation.fr/ecrans/2015/06/26/reconnaissance-faciale-une-menace-pour-la-vie-privee_1337015>.

¹⁸⁵ Ben Sobel, « Facial recognition technology is everywhere. It may not be legal. »,

Web ayant une précision entre 97 et 100%¹⁸⁶.

Cette possible utilisation des données personnelles soulève nécessairement la question du régime qui leur est applicable. À partir du moment où la personne concernée a pu consentir un tel traitement (on ne compte plus le nombre de personnes qui ne lisent pas les conditions générales d'utilisation des sites Web...) alors ce dernier est licite¹⁸⁷. Au terme de l'article 21 du RGPD toute personne concernée a le droit de s'opposer à un tel traitement à moins que ne soit démontrée « qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévale sur les intérêts des droits et libertés de la personne concernée, pour la constatation, exercice ou la défense des droits en justice ».

Pourtant la reconnaissance faciale peut également servir pour protéger la vie privée comme le montre l'exemple de Snapchat qui a également déposé un brevet intitulé « *Apparatus and method for automated privacy protection in distributed images* » en matière de reconnaissance faciale et de réalité augmentée ¹⁸⁸. En effet le logiciel permettant de diffuser des photographies à un large public, il est possible que certaines personnes apparaissant sur les photos n'aient pas consenti à cette diffusion. Le brevet propose un mécanisme de reconnaissance grâce auquel les utilisateurs enregistrés peuvent choisir la confidentialité de la photographie et la modifier (flouter par exemple) afin de préserver leur anonymat. Si l'idée est louable, elle apparaît cependant incomplète. Afin de respecter au mieux la vie privée tout un chacun, peut être aurait-il été préférable qu'après analyse des visages, ceux n'étant pas enregistrés dans la base de données, soient automatiquement floutés.

Washington Post, sect The Switch (11 juin 2015), en ligne : [Washington Post <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/06/11/facial-recognition-technology-is-everywhere-it-may-not-be-legal/>](https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/06/11/facial-recognition-technology-is-everywhere-it-may-not-be-legal/).

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ article 6-1 (a) du RGPD

¹⁸⁸ Robert Murphy et Evan Spiegel, *United States Patent: 9396354 - Apparatus and method for automated privacy protection in distributed images*, 19 juillet 2016, en ligne : <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect2=PTO1&Sect2=HITOFF&p=1&u=/netacgi/PTO/search-bool.html&r=1&f=G&l=50&d=PALL&RefSrch=yes&Query=PN/9396354> (consulté le 6 août 2017).

La réalité augmentée peut être utilisée dans des espaces tant publics que privés. Or régime de la captation d'image varie en droit interne, en fonction de ces deux environnements.

Dans un espace public tout d'abord : la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 12 décembre 2000 par la première chambre civile, admet que dans un lieu public il est possible de prendre une image d'autrui sans son consentement ce dernier étant alors présumé avec pour exception, l'hypothèse où la personne photographiée apparaît isolément. À l'inverse, dans un espace privé, le consentement de la personne photographiée est nécessaire, sauf exception.

Tel que considéré par la CEDH, le droit à l'image est légèrement différent. En effet L'arrêt *Reklos et Davourlis*, relatif à la photographie prise dans un lieu privé, sans le consentement de ses parents, d'un nouveau-né précise en son point 42 que l'élément déterminant concernant l'atteinte à la vie privée était que « L'image [...] a été ainsi retenue captive par le photographe sous la forme identifiant et pouvait faire l'objet d'une exploitation ultérieure contraire à la volonté de l'intéressé et/ou de ses parents ». Ce qui peut amener à penser qu'à défaut de forme identifiant ou d'exploitation il n'y aurait pas d'atteinte.

Le régime de droit à l'image s'applique nécessairement à la réalité augmentée car il est technologiquement neutre. Cependant il est nécessaire de faire une distinction dans la technique. Il faut distinguer ce qui apparaît comme une capture d'écran en réalité augmentée, qui s'apparente alors un cliché de photographie et qui effectivement peut contenir l'image d'une personne sur un support durable ; avec de l'autre côté une captation transitoire de l'image qui ne sert qu'à la reconnaissance de l'environnement dans lequel évolue l'utilisateur et qui à notre sens ne peut mettre en œuvre le droit à l'image¹⁸⁹ car la captation ne se fait pas de façon durable et aucune diffusion ne peut en théorie intervenir.

Cette distinction nous amène à penser que la reconnaissance d'un visage en matière de réalité augmentée comme elle est utilisée par exemple par l'application Snapchat afin de modifier virtuellement le visage d'un individu ou

¹⁸⁹ Ou même celui des données personnelles

d'y ajouter des accessoires virtuels ne peut être en tant que tel considéré comme pouvant atteindre à la vie privée des tiers car la reconnaissance d'un visage n'implique pas nécessairement la reconnaissance faciale (i.e la reconnaissance d'un individu en particulier) c'est la distinction entre la reconnaissance d'objet et la reconnaissance faciale « La reconnaissance d'objet est un algorithme conçu pour comprendre la nature des éléments qui apparaissent à l'image. [...] elle ne peut pas identifier un visage en particulier »¹⁹⁰. La captation de l'image du tiers n'est alors que temporaire tant qu'elle n'est pas enregistrée. Ce n'est, selon nous, que dans cette dernière que le droit à la vie privée trouverait à s'appliquer.

Concernant la vie privée et l'abus de liberté d'expression on peut s'interroger sur la question de la diffamation. En effet comme nous allons le voir, sa sanction est différente en fonction du lieu dans lequel elle est commise. Quid dès lors d'un lieu en réalité augmentée ? La diffamation en droit interne est définie comme

« Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés. » 191

La diffamation peut, dès lors, être rapprochée de l'article 17.1 du PIDCP qui affirme que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, **ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.** »

La sanction de la diffamation varie en fonction du public qu'elle est susceptible de toucher. Ainsi une diffamation publique, c'est-à-dire dans un lieu public ou dans un lieu accessible par un grand nombre de personnes, ou à travers un

¹⁹⁰ « Centre de Confidentialité – Notre conception du respect de la vie privée – Snap Inc. », en ligne : <<https://www.snap.com/fr-FR/privacy/our-approach>>.

¹⁹¹ Article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. (nous soulignons)

support susceptible de toucher un grand nombre de personnes comme un site internet, est plus fortement sanctionnée. A l'inverse, la diffamation non publique est adressée directement à un petit nombre de particuliers voire à un unique destinataire.

En matière de réalité augmentée, un message posté à un endroit physiquement public mais accessible que par un outil permettant la virtualisation de l'environnement peut-il être condamné en tant que diffamation publique ?

Si, par exemple, une personne décidait de laisser un message à caractère diffamatoire en réalité augmentée, au pied de la Tour Eiffel, le simple fait que le message soit géolocalisé dans un lieu public suffirait-il à justifier le caractère diffamatoire ? A notre sens, la réponse est négative en principe¹⁹², en effet, un message laissé en réalité augmentée n'est pas visible par le *quidam*. Contrairement à internet, il n'existe pas une réalité augmentée mais des réalités augmentées, différentes selon les applications utilisées. Il est donc nécessaire d'avoir le matériel nécessaire – même d'un simple smartphone – et l'application utilisée pour voir le message en question. A l'heure actuelle il serait tentant de reprendre le raisonnement utilisé par la Cour de cassation de « communauté d'intérêt »¹⁹³ qu'elle définit comme « *un groupe de personnes liées par une appartenance commune, des aspirations et des objectifs partagés* »¹⁹⁴ qui peut être appliqué à la situation des réalités augmentées. Pour l'instant les utilisateurs d'une application de réalité augmentée de par le fait qu'il ne s'agisse pas encore d'un medium très démocratisé peuvent être considérés comme une telle communauté. A terme, des réseaux sociaux en réalité augmentée pourraient voir le jour, or il nous semble que les mêmes principes pourront s'appliquer. Ainsi, les paramètres de confidentialité des informations publiées pourront être appliqués, comme ce qu'on peut déjà voir sur Facebook ou d'autres réseaux sociaux, l'accessibilité des propos devra pouvoir être restreint afin que les propos « *ne soient accessibles qu'à des personnes agréées par le titulaire du compte et fort peu nombreuses* »¹⁹⁵.

¹⁹² A l'heure actuelle en tout cas

¹⁹³ Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530 JurisDatan° 2013-006693.

¹⁹⁴ Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, *dec.cit*

¹⁹⁵ Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, *dec.cit*

Ainsi, si les risques d'atteinte aux données personnelles sont réels, ils s'en retrouvent limités par l'avènement du RGPD, qui, bien qu'incomplet, offre de bonnes garanties. Quant à la vie privée, la distinction entre captation transitoire et captation (dans le sens d'enregistrement) est fondamentale. Ne pas établir cette distinction c'est prendre le risque de bloquer considérablement le développement de la réalité augmentée sur des motifs qui nous apparaissent fallacieux. Mais ces deux droits ne sont pas les seuls à pouvoir limiter l'utilisation de la réalité augmentée, le droit de propriété le pourrait également.

Chapitre II. Le droit de propriété comme limite à la création en réalité augmentée.

Sans surprise, il est nécessaire de s'arrêter dans un premier temps sur la définition et la fondamentalisation du droit de propriété (Section I) avant d'entrer dans le débat relatif à une éventuelle atteinte lors de la modification virtuelle d'un bien (Section II)

Section I. Définition et fondamentalisation du droit de propriété.

Le droit de propriété est un des droits les plus anciens que l'on connaisse, on le retrouve dès l'antiquité avec le droit romain dans une vision très proche de celle qu'on retrouve aujourd'hui « le droit absolu qu'à une personne individuelle de disposer d'une chose ». Pour Hegel la propriété est « une condition essentielle de l'épanouissement de la personnalité humaine, justifiée par l'objectif d'atteindre et de garantir la liberté » fondement de la philosophie libérale. « Au XIXème siècle, le mot libéralisme a pris un sens politique, désignant les doctrines fondées sur la primauté de l'individu dans la société, reconnaissant le droit à la propriété privée individuelle comme un droit sacré, et privilégiant la défense des libertés individuelles contre les atteintes du pouvoir étatique »¹⁹⁶

Malgré une telle assise historique et philosophique, sa consécration au niveau européen fut assez difficile. En effet, au moment de la création du Conseil de l'Europe, la conception même du droit de propriété variait d'un État à l'autre. Ainsi, on ne retrouve pas dans le cœur de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de propriété. On le retrouve dans le protocole additionnel en son article premier comme le confirme l'arrêt Marckx du 13 juin 1979,

En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété. Les mots "biens", "propriété", "usage des biens", en anglais "possessions" et "use of property", le donnent nettement à penser; de leur côté les travaux préparatoires le confirment sans équivoque: les rédacteurs n'ont cessé de parler de "droit de propriété" pour désigner la matière des

¹⁹⁶ François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, coll Collection Politique comparée, Paris, Economica, 1986 à la p 165.

projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1197

Le principe fut ensuite précisé par l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* qui dispose que

« Celui-ci contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa »¹⁹⁸.

Depuis cet arrêt rendu par la CEDH, on constate véritable accroissement du rôle donné à cet article et au droit de propriété. La CJCE de son côté, à travers notamment l'arrêt *Hauer*¹⁹⁹, admet que le droit de propriété est un droit fondamental s'adressant tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. La Commission européenne des droits de l'homme ayant également reconnu dans la décision de l'affaire *Wiggins* que le terme "bien" vise les biens meubles, ainsi que les biens immeubles²⁰⁰.

Si l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen présente le droit de propriété comme « inviolable et sacré » traduisant ainsi l'idéologie d'un droit de propriété absolu comme il a pu souvent être présenté, en réalité sa fondamentalisation l'oblige nécessairement à être tempéré à travers sa mise en balance avec les autres droits fondamentaux. Il peut ainsi être limité par l'action de l'État ou à travers la balance des intérêts par les autres droits fondamentaux.

On le retrouve désormais à l'article 17 de la *Charte des droits fondamentaux* qui dispose que « Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans

¹⁹⁷ CEDH, 13 juin 1979, requête n°6933/74, *Marcks c. Belgique*, § 63.

¹⁹⁸ CEDH, , 23 sept. 1982, requête n° 7151/75 et 7152/75 *Sporrong et Lönnroth*.

¹⁹⁹ CJCE, 13 déc. 1979, affaire 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*,

²⁰⁰ CEDH, 8 fév. 1978, requête n°7456/76 *Wiggins c. Royaume-Uni*.

des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. »

Le droit de propriété porte sur un bien or la notion de bien selon la CEDH est vaste et ne concorde pas forcément avec le droit interne. En effet,

« La notion de « bien » évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Par ailleurs, la notion de « biens » ne se limite pas aux « biens actuels » et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété »²⁰¹

Le droit de propriété sur un bien se divise en trois éléments : *usus, fructus et abusus*. Concernant les deux premières, elles emportent le droit « d'user de la chose dont on est propriétaire, de s'en approprier les fruits naturels, de la transformer à sa convenance et de faire alors siens les fruits industriels qu'elle produit [...] Assumées par l'idée de jouissance, ces diverses prérogatives ne méritent guère d'être distinguées. »²⁰²

La question de la modification virtuelle d'un bien physique, n'a pas à notre connaissance déjà fait l'objet de jurisprudence ou de débats doctrinaux pourtant la question soulève de réels débats

Sous-section II. Débats sur la modification virtuelle d'un bien.

²⁰¹ CEDH, 29 mars 2010, requête 34044/02, *Depalle c. France*, §62-63.

²⁰² Répertoire de droit civil

La première étape consiste ici à savoir si la modification virtuelle d'un bien constitue une atteinte aux droits de propriété dans l'un de ces trois éléments caractéristiques : usus, fructus, abusus (I) et si tel n'est pas le cas qu'en est-il de l'atteinte à l'image du bien ? (II).

I. L'absence d'atteinte au bien

Il est ici nécessaire de distinguer selon deux hypothèses, la première moins intéressante concerne le cas où un utilisateur de réalité augmentée va user physiquement du bien d'un tiers. En effet, cette hypothèse ne soulève en réalité aucune question nouvelle, car après tout que l'utilisateur soit dans un monde en réalité augmentée ou dans le monde réel, l'utilisation physique du bien le ramène nécessairement dans le monde réel et, dès lors, s'appliqueront les règles classiques du droit de la propriété et de la propriété intellectuelle (or le titulaire de droits de propriété intellectuelle n'est pas nécessairement le propriétaire du bien matériel).

La seconde hypothèse est celle qui nous intéresse, que se passe-t-il en cas d'utilisation virtuelle du bien d'un tiers ? Mais répondre à cette question nécessite de savoir ce que l'on entend par utilisation virtuelle. S'agit-il de reproduire le bien physique ? Dans notre sujet cela aurait peu d'intérêt, en effet la réponse nous apparaît comme binaire : si le bien est protégé par la propriété intellectuelle n'est pas titulaire du droit ou d'une licence alors sauf exception il y aura contrefaçon ou atteinte au droit moral. Il faut cependant ajouter que la fondamentalisation de la propriété intellectuelle amène la mise en balance que nous évoquions dès l'introduction, au-delà des exceptions prévues par les textes chaque droit fondamental semble pouvoir être opposé à la propriété intellectuelle, en particulier la liberté d'expression, comme une « méta exception »²⁰³ réduisant potentiellement les prérogatives de l'auteur. Concernant l'utilisation passive du bien, celle qui est nécessaire à la création de l'environnement en réalité augmentée, il nous semble que cela peut entrer dans les exceptions prévues par la *directive société de l'information* en son article

²⁰³ A.Bensamoun et P.Sirinelli , « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... », *Dalloz*. 2015. 1672

5.(1) relatif aux copies transitoires dès lors qu'il s'agirait d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Si le bien n'est pas protégé par la propriété intellectuelle alors la reproduction / création virtuelle est libre.

Pour reprendre l'exemple du graffiti en réalité augmentée que nous avons évoqué lors de l'introduction, nous entendons ici par l'expression d'utilisation virtuelle du bien d'un tiers, la modification virtuelle visible uniquement en réalité augmentée du bien (utilisation active) ou l'utilisation par l'application de réalité augmentée de l'élément à des fins d'immersion ou de détermination de l'environnement (utilisation passive par la reconnaissance d'objet).

Concernant l'utilisation active du bien d'un tiers le premier constat est qu'il n'y a pas de dépossession c'est-à-dire "dépossession de l'objet de propriété: en enlevant le bien, la dépossession retire les attributs de la propriété"²⁰⁴ or le bien n'est ici pas enlevé. Il s'agirait donc potentiellement d'une atteinte à « la substance du bien » tel que créé par l'arrêt Sporrang et Lönroth et qui se traduit par la restriction de l'usage et de libre disposition par le propriétaire du bien sans le priver de celui-ci²⁰⁵.

la question est alors finalement similaire à celle qui s'est posée au début d'Internet concernant le téléchargement illégal, peut-on considérer qu'il s'agit de vol ? Le vol s'entendant comme la soustraction frauduleuse du bien d'autrui il n'y **avait** là pas de soustraction à proprement parler le bien n'ayant pas disparu. Ici le bien utilisé n'est pas physiquement modifié, détérioré, ni même touché. Et, si l'on s'intéresse aux trois composants du droit de propriété aucune de ces prérogatives n'est entravée par la modification, le propriétaire pouvant ; sauf exceptions, en jouir librement.

En réalité, le problème se place autre part, sur le terrain de l'image du bien.

²⁰⁴ L. Sermet, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété », Dossiers sur les droits de l'homme N 11, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991, p.23

²⁰⁵ L. Sermet, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété », *art.cit.*, p.28 à 31.

II. L'atteinte à l'image du bien.

De prime abord il apparaît logique de rapprocher le droit de l'image des biens au droit de propriété, pourtant comme nous allons le voir le raisonnement juridique est plus complexe qu'il n'y paraît. Le régime de la protection de l'image des biens n'étant pas prévu par les textes, il est nécessaire de se tourner vers la jurisprudence, en particulier la jurisprudence française.

Evolution de la jurisprudence française sur le sujet. En France l'évolution de la jurisprudence sur la protection de l'image des biens s'est faite en trois temps. Tout d'abord en 1999 la première chambre de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 10 mars au visa de l'article 544 du Code civil que « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, quelque forme que ce soit » lui permettant ainsi d'affirmer que « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire » dès lors qu'il s'agit d'un tiers. Dans ce premier temps l'image des biens est rattaché au droit de propriété. Cet arrêt limitait sa portée à une exploitation à des fins commerciales du bien.

Dans un second temps, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 5 juin 2003 statua dans un sens contraire à l'arrêt rendu par la première chambre. En effet pour la deuxième chambre civile le droit à image n'est ni un droit autonome ni un attribut du droit de propriété.

C'est donc l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a tranché cette controverse jurisprudentielle dans un arrêt rendu le 7 mai 2004. Dans cet arrêt la cour estime que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Une décision signifie qu'il n'existe pas de droit à l'image sur un bien rattaché au droit de propriété comme la première chambre civile avait pu le penser. On entre alors dans le droit commun de la responsabilité extra contractuelle responsabilité

civile qui nécessite de démontrer un trouble anormal. Confirmée par un arrêt du 5 juillet 2005²⁰⁶

À l'échelle européenne le problème est que l'image du bien en dehors des conflits de propriété intellectuelle qui renvoie à des biens spécifiques n'a pas été soulevée. Il n'existe donc pas de régime « officiel » issu de directives ou de la jurisprudence européenne à ce sujet. Cependant l'article premier du protocole additionnel sur le respect des biens a été interprété par le juge européen afin de lui donner une acception très large. Une interprétation extensive de la notion de bien sur laquelle il est important de s'arrêter en effet il s'agit d'une notion autonome du droit de l'union européenne²⁰⁷, qui englobe « tous les intérêts qui découlent des rapports économiques d'un individu ». Dans un arrêt rendu en grande chambre le 19 juin 2006, la CEDH a considéré que le droit au respect des biens, garanti par l'article un protocole additionnel garantissait au propriétaire d'un bien le droit de tirer profit de ce dernier. l'affaire *Phocas c/ France* « rappelle, de façon classique désormais, qu'une « atteinte à la substance » peut être décelée sans qu'il y ait pour autant un constat de violation de la Convention »²⁰⁸. Ainsi, il sera possible de penser que la CJUE à travers l'article premier du protocole additionnel à centrer au sein du droit propriété la protection de l'image du bien grâce à cette acception si large qu'elle et la CEDH ont pu lui donner. En somme, de considérer l'image du bien commun bien à proprement parler.

Cependant, le droit de propriété des tiers devrait être également mis en balance avec le droit propriété des utilisateurs de réalité augmentée qui dispose également du droit de jouir et d'utiliser leurs biens permettant la réalité augmentée (Smartphone lunettes etc). Ce faisant, et à défaut d'affaires portées devant la juridiction européenne, il est possible de penser que le droit de propriété des tiers, pourra souffrir d'atteintes à la jouissance de leurs biens tant que celles-ci ne causent pas un trouble anormal. On se retrouve alors avec un résultat similaire à celui développé par les juridictions françaises, seul le

²⁰⁶ Cass. 1re civ., 5 juill. 2005 : Bull. civ. I, n° 297.

²⁰⁷ CEDH, , 30 nov 2004, requête 48939/99, *Oneryildiz c. Turquie*.

²⁰⁸ L. Sermet, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété », *art.cit*, p. 31.

fondement est différent. Dès lors l'utilisation virtuelle, sans utilisation physique, du bien par un tiers tant qu'ils ne causent pas de préjudice, et ne porte pas atteinte à l'un des droits fondamentaux -notamment la vie privée - du propriétaire, est libre. Une telle solution bien que très favorable au développement de la réalité augmentée reste potentiellement dangereuse.

Le droit de propriété, comme nous venons de le voir, n'est donc plus inviolable et absolu. Il reste pourtant un droit important qui peut justifier de restrictions à l'usage de la réalité augmentée dans le cas où cette dernière serait utilisée de manière abusive. A ce titre, certains abus peuvent également être sanctionnés grâce à l'ordre public.

Titre II. Les limites relatives à l'Intérêt général et le respect de l'ordre public.

Traiter de l'intérêt général et du respect de l'ordre public comme limite aux droits fondamentaux, c'est revenir à l'essence même des droits fondamentaux qui s'imaginaient avant tout dans des relations verticales comme limitation aux pouvoirs étatiques. Cette verticalité établit une relation symbiotique entre les droits fondamentaux et les pouvoirs publics. Car quand sont limités les droits fondamentaux de certains, par un État, c'est souvent pour préserver les droits et libertés fondamentaux des autres.

L'intérêt général et la seule limite prévue par la *Charte des droits fondamentaux* tel qu'on peut le lire à l'article 52 § 1 sur la Portée et interprétation des droits et des principes: « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs **d'intérêt général** reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». (nous soulignons)

En réalité l'ordre public est un élément constitutif spécifique de l'intérêt général²⁰⁹. Ce dernier ne peut se réduire à la notion d'ordre public puisqu'il ne justifierait pas toutes les restrictions aux droits et liberté. Comme le souligne Virginie Saint-James, la notion d'ordre public « n'est en aucun cas [...] synonyme d'intérêt général »²¹⁰, Dès lors il n'est pas dérangeant que, contrairement aux autres conventions internationales et européennes sur les droits fondamentaux on ne retrouve pas l'ordre public. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 mentionne l'ordre public comme motif de restrictions aux droits et libertés de façon appuyée À cinq reprises, dans les articles 12, 14, 19, 21 et 22. La Convention européenne des droits de

²⁰⁹ D. Linotte, Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux I, 1975, pp. 164-165

²¹⁰ Virginie Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, coll Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, n°no 25, Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p 184.

l'Homme n'en fait mention que pour restreindre le principe de la publicité des audiences consacré par l'article 6 § 1.

Historiquement,

« Les prémices de l'ordre public remontent au VI^{ème} siècle, où il est assimilé aux « lois publiques » puis au « droit public » au sein du Digest. A la fin du XVIII^{ème} siècle, le projet de Code civil de l'an IV fait référence à la notion d'« ordre social », tandis que celui de l'an XII évoque de nouveau le « droit public ». De fait, sous l'Ancien Régime, la puissance souveraine est considérée comme l'auteur, la garante et le bénéficiaire de l'ordre social. Dans les provinces, l'intendant constitue le « garant de la sécurité, de l'ordre social et de l'ordre public ». De manière explicite, l'expression « ordre public » émerge à la Révolution française. L'essoufflement des structures de l'Ancien Régime conduit la bourgeoisie à repenser le pouvoir et à formaliser le pacte social »²¹¹

On le retrouve depuis, en France, dans la *loi du 4 avril 1884*. Et est désormais un objectif à valeur constitutionnel²¹². Jean-Éric Schoettl souligne que « si la sauvegarde de l'ordre public constitue une "fin d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle" c'est parce qu'elle est nécessaire à la protection de droits dont la valeur constitutionnelle est inscrite dans les textes »

À l'instar de droits fondamentaux, l'ordre public est une notion relativement polysémique²¹³ puisque « est d'ordre public, ce qui est si important qu'est mise en question l'essence de la société ou de son droit »²¹⁴. En témoigne également les débats doctrinaux sur sa nature unitaire²¹⁵ ou dualiste. L'ordre public défini comme une notion à géométrie variable est donc une notion

²¹¹ V. Blet-Pfister, « L'ordre public (Fragments pour une étude sur l'appareil d'État) », in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, Université de droit et de la santé, coll. travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Lille, 1977, p.64.

²¹² Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

²¹³ Bernard Stirn, « Ordre public et libertés publiques », *Colloque sur l'Ordre public*, 17 et 18 septembre 2015

²¹⁴ Y. MENY et O. DUHAMEL, Dictionnaire constitutionnel, P.U.F., Paris, 1992, p. 683

²¹⁵ P. BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, op. cit., spéc. p. 281. Pour sa part, E. PICARD considère qu'« il y a certainement matière à une catégorie conceptuelle de l'ordre public », dans la mesure où le droit « a un esprit qui anime ses règles et ses catégories techniques ». Ainsi, la « pluralité des contenus » de l'ordre public postule la communauté, de sorte qu'il y aurait une « catégorie unitive d'ordre public ». Voir : E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », op. cit., pp. 20 et 22.

évolutive, il se structure en fonction de son temps et de la société. A défaut de législations spéciales sur la réalité augmentée, il constitue malgré tout une limite à l'usage des droits fondamentaux des utilisateurs de réalité augmentée (chapitre I) mais également une limite à la renonciation aux droits fondamentaux des utilisateurs de réalité augmentée (chapitre II)

Chapitre I : l'ordre public comme limite à l'usage des droits fondamentaux

L'Ordre public national est encadré par les ordres publics européens qu'il convient d'étudier (section I) avant de revenir à l'ordre public matériel interne (section II) les premiers influant nécessairement sur ce dernier.

Section I : L'influence des ordres publics européens

On peut en effet parler des ordres publics européens, car ceux-ci sont au nombre de deux. Celui du conseil de l'Europe à travers la CEDH et celui de l'Union européenne. On parlera cependant plus volontiers d'ordre public européen concernant le conseil de l'Europe et d'ordre public de l'union européenne dans la seconde hypothèse. Comme nous l'avons vu, l'ordre public est une catégorie de l'intérêt général ce qui signifie que lorsque ce dernier n'est pas interprété de la même façon au niveau national et européen c'est également le contenu de l'ordre public qui varie.

En ce qui concerne la CEDH, : "À la différence des traités internationaux de type classique, la convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective"²¹⁶. Le Professeur D. Simon précise que

« la Convention européenne des droits de l'homme véhicule une conception d'un ordre public européen, au sein duquel la limitation des droits et libertés garanties par la Convention peut être justifiée par des raisons d'intérêt général dont la pertinence et la portée font l'objet d'appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne convergent pas nécessairement avec les conceptions nationales »²¹⁷

En effet, contrairement à l'Union européenne, « il ne s'agit pas [...] d'un processus de substitution [...], mais d'un mécanisme de reconnaissance du

²¹⁶ CEDH, 18 janv. 1978, n° 5310/71, série A n° 25, *Irlande c/ Royaume-Uni*, JDI 1980, p. 449, obs. P. Rolland, § 239

²¹⁷ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, p. 49.

droit des instances nationales de définir l'intérêt général national. Toutefois, ce droit n'est pas absolu, dans la mesure où il doit respecter les obligations acceptées souverainement par les États lorsqu'ils ont souscrit à des engagements conventionnels »²¹⁸, L'arrêt Loizidou consacrant ce principe, la CEDH doit « tenir compte de la nature particulière de la convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains ». L'ordre public européen tel que véhiculé par la CEDH et sa jurisprudence constitue alors une forme de contrôle sur l'ordre public national. L'ordre public européen permet de vérifier que les mesures prises au nom de l'ordre public interne d'un État ne sont pas abusives au regard des droits fondamentaux qu'elle protège, quand bien même ces États auraient émis des réserves d'interprétation²¹⁹.

Au niveau de l'union européenne, l'arrêt Bouchereau²²⁰ rendu en 1977 par la CJCE, relatif à la libre circulation des personnes le point 35 de l'arrêt précise: « Qu'en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une **menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société** ». Suite à l'arrêt *Costa c. Enel* de 1964, le droit de l'Union prime sur le droit national y compris en ce qui concerne la notion d'intérêt général²²¹. Or « Ce principe de primauté interfère naturellement dans la détermination de la notion d'intérêt général national laquelle, dans son contenu, n'est plus directement décidée par le seul système de droit français ». Son importance est accrue dès lors qu'il est corrélé au principe de l'effet direct consacré par l'arrêt Van Gend en Loos²²² : « l'effet direct du droit communautaire réside dans sa capacité à créer des droits ou des obligations dans le chef des particuliers, droits ou obligations que ces derniers peuvent invoquer devant le juge national, lequel a l'obligation de les invoquer. Ainsi, le droit communautaire peut trouver sa pleine efficacité en devenant une source de la légalité en droit interne dont le

218 D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op.cit.*, p. 52-53

219 CEDH, 26 avr. 1995, *Fischer*, requête n°19622/90

220 CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Régina c. Pierre Bouchereau* Rec. 1977, p. 1999,

221 CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L* Rec. 1964, p. 1141

222 CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos* Rec. 1963, p. 3

respect est assuré par le juge national »²²³. Dès lors, comme le note N. Nivert, « Un conflit [...] est susceptible de voir le jour »²²⁴ puisque « la construction européenne provoque l'irruption d'une vision communautaire de l'intérêt général, liée comme on le verra aux objectifs et aux valeurs consacrées par les traités, qui n'est pas nécessairement convergente avec la lecture nationale de l'intérêt général, elle-même d'ailleurs susceptible d'être divergente d'un État membre à l'autre, et même, à l'intérieur de chaque État membre, d'un organe à l'autre ou d'une majorité à l'autre »²²⁵.

On peut en conclure que la notion d'intérêt général, susceptible de restreindre les droits et libertés, n'est plus dans tous les cas, défini, par le seul droit interne et qu'il faut, à différents titres, tenir compte du droit de l'Union

L'arrêt Van Duyn²²⁶ est fondamental dans la définition de l'ordre public de l'Union européenne et les relations qu'il entretient avec les ordres publics internes. : De l'arrêt sont à retenir tout d'abord le point numéro 7 qui précise que

en définissant les droits que comporte le principe de la libre circulation des travailleurs, fait une **réserve relative aux limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de sante publique** ; Que l'application de cette réserve est, cependant, susceptible d'un contrôle juridictionnel, de sorte que la possibilité pour un Etat membre de se prévaloir de la réserve n'empêche pas que les dispositions de l'article 48, consacrant le principe de la libre circulation des travailleurs, confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder

Mais également le point 18 :

les activités de l'organisation en question [...] sont considérées par l'Etat membre comme contraires à l'intérêt général, **ne sont pas pourtant interdites** par la législation nationale ; Qu'à cet égard, il convient de souligner que **la notion d'ordre public dans le**

²²³ J. P. JACQUE, Droit institutionnel de l'Union européenne, p. 587

²²⁴ Nirmal Nivert. Intérêt général et droits fondamentaux. Droit. Université de la Réunion, 2012.

²²⁵ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », p. 49.

²²⁶ CJCE, 4 décembre 1974, aff 41-74, , *Yvonne van Duyn c. Home Office*, Rec. 1974, p. 1337.

contexte communautaire et, notamment , en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la communauté ; Qu'il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre , et qu'il faut ainsi, à cet égard , reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité ; » (nous soulignons)

À la lecture de ces deux points, nous pouvons retenir que, même s'il y a une superposition de l'ordre public de l'union européenne avec l'ordre public national. Dès lors que le droit fondamental en cause est prévu par les deux ordres juridiques, l'État membre dispose d'une marge d'interprétation, qui, bien que faible, est existante. C'est dans cette optique doit être étudié l'ordre public matériel interne. Le recours à l'intérêt général et à l'ordre public permet donc un État même en absence de législation d'interdire une pratique si tant est que celle-ci constitue une menace réelle et sérieuse pour le bien de la société, excluant de ce fait le simple risque.

Section II. L'ordre public matériel interne.

Dans son acception traditionnelle l'ordre public national, en France, peut se définir comme « l'antithèse à la liberté [...] une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle »²²⁷. L'ordre public constitue alors un ensemble de principes auxquels les individus ne peuvent déroger, peu importent leurs droits fondamentaux. Cette limitation se justifie par un intérêt supérieur à protéger généralement l'intérêt général, celui de la société. L'ordre public serait finalement une forme de paternalisme tel que nous l'avons évoqué dans l'introduction car « la loi doit parfois protéger les sujets contre leur gré, les règles du droit [...] ont vocation à l'interactivité : la volonté des particuliers ne saurait en modifier les termes ou en écarter l'application »²²⁸

²²⁷ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 302.

²²⁸ Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., 2013, LexisNexis, no 17

Ici, il s'agit avant tout d'étudier l'étendue des mesures de police administrative pouvant être prises, c'est-à-dire l'expression de l'ordre public matériel. Historiquement le lien entre l'ordre public et les droits fondamentaux se retrouvent déjà dans la déclaration des droits de l'homme en effet l'article 10 qui dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses » et précise également que « leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

l'arrêt Baldy, rendu par le Conseil d'État le 10 août 1917 précise que : « pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut toujours se rappeler que [...] la liberté est la règle et la restriction de police l'exception ». On comprendra alors que toute restriction aux droits et libertés fondamentaux doivent être strictement nécessaires, principe explicité par l'arrêt Benjamin rendu le 19 mai 1933 toujours relatif aux mesures de police administrative. Le Conseil d'Etat y explique que les mesures de police prises par un maire doivent « concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion ». Le Conseil d'État instaure alors le principe selon lequel les mesures de police ne sont légales que si elles sont nécessaires et proportionnées, ce contrôle de proportionnalité n'étant pas sans rappeler la balance des intérêts que l'on retrouve entre les droits fondamentaux. Ici, aucun problème de conformité avec les ordres publics européens ou même avec l'esprit des droits fondamentaux.

En France les composants de l'ordre public ont été donnés par la *loi du 4 avril 1884* : tranquillité sécurité et salubrité publique. Ainsi les pouvoirs de police administrative visent à préserver l'ordre public de façon préventive en empêchant les comportements qui pourraient y contrevenir. La préservation de l'ordre public a été considérée par le conseil Constitutionnel dans une décision du 18 janvier 1995 comme un objectif à valeur constitutionnelle. Ce faisant, l'ordre public matériel est donc légitime pour limiter les droits fondamentaux reconnus par le Conseil constitutionnel. Concernant les interdictions « générales et absolues » il est important de noter qu'elles ne sont pas

nécessairement illégales²²⁹, le juge exerce cependant un contrôle approfondi dans cette situation²³⁰.

La salubrité publique recouvre également la notion de santé publique²³¹, à laquelle s'applique le principe de précaution, initialement originaire du droit de l'environnement, son application s'étant diversifiée. Le principe de précaution peut se définir comme « l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé publique ou l'environnement découlant de l'utilisation d'une substance ou de l'exercice d'une activité. »²³². Les arrêtés anti Pokémon soulevaient le point de la santé publique, l'un d'entre eux voulant préserver « la santé mentale » des utilisateurs, et eu égard au développement que nous avons pu mener dans la partie relative à la liberté de la recherche, la réalité augmentée pourrait en effet tomber sous le coup du principe de précaution. Pourtant « l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétiques »²³³ et nécessite la probabilité d'un dommage réel²³⁴. À partir de là il apparaît donc que, pour l'instant en tout cas, la salubrité publique ne peut constituer un fondement justifiant la limitation des droits fondamentaux des utilisateurs de réalité augmentée.

C'est donc vers les 2 autres composants traditionnels de l'ordre public qu'il faut se tourner. Tout d'abord la tranquillité publique. Entre dans l'ordre public : « les rixes et les attroupements ; les manifestations sur la voie publique [...] le bruit et tapages ; la tranquillité de la circulation »²³⁵. Concernant la sécurité publique, cette dernière recouvre avant tout la prévention des atteintes aux biens et aux personnes.

Comme tous les autres droits fondamentaux, la dignité humaine est une notion polysémique. En témoigne sa double nature puisqu'en en France on la retrouve

229 CE, 3 mars 1968, *Epoux Leroy*, Rec. Lebon, p.178 ; AJDA, 1968, p. 221.

230 CE 12 novembre 1997 *Association Communauté tibétaine en France*.

231 CE 19 mars 2007 *Mme Le Gac et autres*

232 Répertoire de droit européen

233 Répertoire de droit européen.

234 *CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-333/08, Commission c/ France*, § 91-93

235 Maurice Hauriou, Pierre Delvolvé et Franck Moderne, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2004 à la p 456.

également comme composante de l'ordre public depuis la célèbre décision du Conseil d'État du 27 octobre 1995 commune de Morsang sur Orge²³⁶, relative aux lancers de nains. Fut alors interdit ledit lancer car jugé contraire à la dignité des gens de petite taille qui étaient lancés. « Le respect de la dignité humaine, concept absolu si l'on est, ne saurait s'accommoder de quelques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet »²³⁷. Le respect de la personne humaine pouvant ainsi s'imposer malgré la volonté de leur titulaire.

Ces droits dernières prérogatives sont susceptibles de limiter l'usage des droits fondamentaux des utilisateurs de RA. Pour autant, à travers ces éléments on se rend compte que même s'il est théoriquement possible de réduire les droits fondamentaux des utilisateurs de la réalité augmentée les contrôles exercés tant au niveau national qu'europpéen sont extrêmement rigoureux et rendent en pratique fissile de limiter ces derniers en effet, les exigences d'un risque réel et sérieux, le caractère strictement nécessaire de la mesure qui pourrait porter atteinte aux droits fondamentaux réduise drastiquement le champ du possible. Ainsi à défaut de circonstances exceptionnelles, le maintien de l'ordre public ne peut justifier que d'atteintes minimales aux droits fondamentaux, qui se traduisent comme des attentes de bon sens. Il en est ainsi par exemple de la limitation de l'utilisation de la réalité augmentée dans des lieux de culte et de mémoire, de l'utilisation de la réalité augmentée au volant, d'éventuels événements (les fameux « Events »²³⁸) qui réunirait un nombre trop important de personnes pour être surveillés et risquant de créer de réels mouvements de masse, mais si des manifestations dans le monde réel sont autorisées et peuvent être surveillées, il serait discriminatoire de refuser leur équivalent en réalité augmentée.

Si la dignité humaine traduit un moyen de limiter l'usage des droits fondamentaux, comme nous l'avons vu, c'est une prérogative à laquelle il ne

²³⁶ Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. Lebon p. 372

²³⁷ Patrick Frydman, Commissaire du Gouvernement.

²³⁸ « Safari Event Pokémon GO - Pokemon - Pokémon GO », en ligne : Millenium <<http://www.millenium.org/pokemon/pokemon-go/actualites/safari-event-pokemon-go-pokemon-go-safari-tauros-scarhino-corayon-canarticho-ios-android-paris-naintic-158227>>.

semble pas pouvoir être possible de renoncer. L'Ordre public peut ainsi être un moyen de limiter la renonciation des droits fondamentaux.

Chapitre II : l'ordre public comme limite à la renonciation aux droits fondamentaux

Lors d'une affaire relative au sadomasochisme²³⁹, s'est produit un « véritable retournement de la philosophie des droits de l'homme »²⁴⁰ puisque l'autonomie personnelle « est invoquée non plus pour sanctionner, mais au contraire pour justifier des atteintes aux droits de l'homme²⁴¹ ». Désormais l'utilisation de la notion d'autonomie personnelle peut donc être double.

Cette capacité des individus à disposer librement de leurs corps et de leurs droits fondamentaux, la possibilité de renoncer à ces derniers par la voie contractuelle traduit ce qui peut apparaître à la fois comme la quintessence et le risque le plus important de ces droits. Surtout que « la renonciation [aux droits fondamentaux] est [...] efficace par le consentement libre et éclairé du renonçant, sans autre justification »²⁴².

D'aucuns alors, préféreraient opposer à cette liberté, une certaine forme de paternalisme comme nous l'avons évoqué précédemment. C'est-à-dire d'établir des règles qui protègent l'individu contre lui-même, par exemple pour l'empêcher de renoncer à ses droits, *a minima*, contrôler cette renonciation.

Section I : L'ordre public de protection et La protection des données personnelles des consommateurs

Nous l'avons vu, la réalité augmentée est susceptible de drainer bon nombre de données personnelles. La cession et l'utilisation de ces dernières est soumise au consentement des utilisateurs. Un consentement généralement donné dans l'univers numérique à travers des CGU. Ces conditions générales sont pourtant

²³⁹ CEDH 17 février 2005, *K.A et A.D c. Belgique*.

²⁴⁰ M. Fabre-Magnan, « le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Dalloz*, 2005, chron. p.2973

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Maurin, *supra* note 155 à la p 276.

rarement lues par les utilisateurs, jugées trop longues ou trop complexes. Mais puisque nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, le fait d'accepter lesdites conditions sans les avoir lu ne rend pas le consentement moins libre ou éclairé.

Partant du double postulat que, tout d'abord la relation entre un fournisseur de service et de contenu numériques et un utilisateur part d'une situation où le premier à l'ascendant sur le second. Mais également que ce dernier doit être protégé y compris contre lui-même, l'union européenne a mis en place un ordre public de protection visant à protéger les consommateurs, en établissant des règles d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé. « La fonction traditionnelle de l'ordre public en matière contractuelle est de limiter l'autonomie de la volonté des personnes privées »²⁴³

Ainsi, l'intégralité du droit de la consommation se fonde sur ce double postulat et cherchent à protéger tout d'abord le consentement du consommateur que l'on retrouve par exemple avec la règle du « double clic » mais également en lui accordant des droits auxquels il ne peut renoncer. Cette philosophie se retrouve dans la *proposition de directive du 9 décembre 2015 fourniture de contenu numérique*²⁴⁴ qui précise qu'on entend par contenu numérique :

(a) les données produites et fournies sous forme numérique, par exemple des vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels ; (b) tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur ; (c) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données »

Une définition qui recouvre la totalité des services qui pourraient être proposés en réalité augmentée. Or l'article 3 précise que la directive « s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au

²⁴³ Fabrice Riem, « Chapitre 1 - Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ? » in *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 18

²⁴⁴ Proposition de directive n° 2015/0287 du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique

consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté **ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur** » ce qui signifie qu'elle s'applique également aux contrats pseudo-gratuits que l'on retrouve un peu partout sur internet et permettrait donc une meilleure protection des données personnelles, et des utilisateurs. D'autant plus que la proposition de directive vise un niveau d'harmonisation maximum²⁴⁵ et que ses dispositions sont d'ordre public. Impossible donc pour l'utilisateur de renoncer volontairement ou non, à ces règles protectrices. Ce faisant, sont certes protégés les droits fondamentaux des utilisateurs mais sont considérablement diminués les libertés des fournisseurs, là où les clauses abusives sont d'ores et déjà sanctionnables et sanctionnées. « les dogmes attachés à la notion [traditionnelle] d'ordre public ont vécu »²⁴⁶ et semble alors s'esquisser un nouveau paradigme selon lequel Les droits fondamentaux sont « la seule forme d'ordre public compatible avec une société moderne »²⁴⁷.

Section II. : Problème de souveraineté numérique.

Une des conséquences de l'affaire Snowden aura été de montrer qu'Internet n'est pas neutre d'un point de vue politique et qu'il peut servir des intérêts étatiques. Internet peut être contrôlé, surveillé laissant l'anonymat et la vie privée comme simple façade à la vue des internautes les plus candides²⁴⁸.

Yves Lacoste définit la souveraineté numérique comme le « principe de droit international selon lequel un État indépendant [...] exerce un pouvoir éminent exclusif sur son territoire »²⁴⁹, avec l'apparition des réseaux, l'apparition en France du concept de souveraineté numérique date de 2006²⁵⁰, quelques

²⁴⁵ article 4

²⁴⁶ R. Vatinet, « L'ordre public », op. cit, n° 178, p. 113.

²⁴⁷ Y. lequette, « Ouverture », in Rev. des contrats, n° 1/2012, p. 262.

²⁴⁸ V. notamment G. Greenwald, *Nulle part où se cacher*

²⁴⁹ Yves Lacoste, *De la géopolitique aux paysages. Dictionnaire de la géographie*, Paris, 2003, Armand Colin, p. 357

²⁵⁰ B. Benhamou, L. Sorbier, « Souveraineté et réseaux numériques », *Politique étrangère*, 3/2006, p. 519–530.

années plus tard on le retrouve dans le « livre blanc sur la cybersécurité ». La souveraineté numérique se traduit par des enjeux qu'on retrouve à différents niveaux. C'est tout d'abord la question de la responsabilité des internautes, la protection des données tant des personnes physiques que morales et pour ces dernières la question sous-tendue de la transition numérique. Enfin, le plus important la place de l'État dans l'univers numérique réseautique. En effet, le problème n'est pas uniquement de savoir de quoi se compose l'ordre public mais également comment le garantir dans un univers virtuel c'est là toute la question de la souveraineté numérique sujet de bien des craintes très justifiées²⁵¹. Les débats et les propositions sont à ce jour encore très vifs sur les divers moyens de garantir une telle souveraineté numérique sur Internet contrôler les données émises, transmises et même reçues.

À l'heure de la réalité augmentée, la question de la souveraineté numérique est d'autant plus importante. Les problématiques déjà soulevées par cette question sont décuplées, il ne s'agit pas simplement de la question des données personnelles mais de comment contrôler une information qui serait virtuellement visible sur le territoire français qui potentiellement est générée depuis l'étranger. Comment accéder à la source, comment l'interdire, comment s'assurer qu'une information dangereuse pour l'ordre public ne puisse pas réapparaître. Sur Internet déjà qu'un fichier supprimé au bout de quelques minutes a pu être copié des centaines de fois et pourra réapparaître. A défaut de fermer la source le seul moyen de lutter et de supprimer les copies l'on se retrouve face à une figure mythologique celle de l'hydre couper une tête et il en repoussera trois. Car si pour l'instant en matière de réalité augmentée les quelques arrêtés anti Pokémon qui ont vu le jour visaient à protéger l'ordre public dans l'univers physique en limitant la liberté d'aller et venir et la liberté de réunion des utilisateurs sur des motifs de tranquillité et de santé publique. Certaines décisions également visaient à protéger la liberté de religion ou le respect des lieux de mémoire il est important de se rappeler société comme Niantic qui a créé le jeu Pokemon Go génère elle-même le contenu et s'est pliée aux décisions en retirant les éléments qui pouvaient atteindre auxdites

²⁵¹ V. Notamment, D. Forest, « Facebook interroge la souveraineté numérique », *Dalloz IP/IT* 2016.

libertés. Mais, avec les nouvelles applications de développement de réalité augmentée qui permettent aux utilisateurs de générer leur propre contenu la pandémie de contenu indésirable voire néfaste est bien plus grande. Dès lors se pose une nouvelle question à qui imputer une responsabilité ? Aux développeurs des applications ? Aux créateurs de contenu ? Aux hébergeurs ? Bien sûr les régimes de responsabilité applicables à Internet sont transposables, ainsi que les obligations inhérentes. Le principe de responsabilité conditionnée des hébergeurs, le take and stay down mais également l'interdiction d'une obligation de surveillance généralisée. Mais c'est une chose d'avoir un principe, c'en est une autre de s'assurer de sa mise en œuvre et c'en est encore une autre que cette dernière soit efficace.

Conclusion :

Que retenir de ces 84 pages ? Tout d'abord que les droits fondamentaux sont toujours en pleine expansion et ce faisant soulèveront de nouvelles questions. Car « Lorsque tout est fondamental, il revient au juge de reconstruire des hiérarchies » ²⁵². En effet, l'égalité de principe entre les droits fondamentaux semble s'éroder à la faveur de la protection de certains droits comme celui des données personnelles ou de la vie privée. Une érosion renforcée par la présence toujours plus grande du numérique et qui avec l'avènement prochain des réalités transcendées risque de se renforcer.

A l'heure actuelle, la relation entre la réalité augmentée et les droits fondamentaux est très favorable au développement de cette technologie pleine de promesses. Les droits fondamentaux s'étant adaptés à l'univers numérique, nombre de ceux-ci sont d'ores et déjà applicables à la réalité augmentée. Quant à ceux qui nécessitent encore quelques ajustements, ce sera dans un premier à la jurisprudence de trancher et de trouver un nouvel équilibre. Il s'agira sans doute de limiter le développement de la réalité augmentée et les droits fondamentaux ses acteurs afin de préserver ceux de ses utilisateurs. Les particuliers à travers l'invocabilité de leurs droits fondamentaux semblent ainsi prendre lentement mais sûrement la place de l'ordre public, là où ce dernier peine à encadrer le développement de la technologie.

²⁵² Fabrice Riem, « Chapitre 1 - Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ? » in *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 18

Bibliographie

Manuels et ouvrages

Droit

ALBIGES Christophe et CABRILLAC Rémy, dir. *Libertés et droits fondamentaux*, 14 éd, Revue et augm, Paris, Dalloz, 2008.

ARROYO, Julie. *La renonciation aux droits fondamentaux: étude de droit français*, coll Publications de l'Institut international des droits de l'homme, n°VOL 29, Paris, Pedone, 2016.

Association internationale de méthodologie juridique, Congrès international, Pierre André Côté et Jacques Frémont, dir. *Le temps et le droit: actes du 4e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Cowansville, Québec, Éditions Y Blais, 1996.

BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 5 éd, coll Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012.

BINCTIN, Nicolas. *Droit de la propriété intellectuelle: droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ: Lextenso éditions, 2016.

BINET, Jean-René. *Droit et progrès scientifique: science du droit, valeurs et biomédecine*, 1 éd, coll Collection « Partage du savoir », Paris, Presses universitaires de France, 2002.

BITAN, Hubert. *Droit des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autres oeuvres sur le Web 2.0*, coll Lamy axe droit, Paris, Lamy, 2010.

BLAIZOT-HAZARD, Catherine , *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003

BOMBOIS, Thomas et Denis F. Waelbroeck. *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2091620>>.

BRAIBANT, Guy. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-0633057>>.

CASTETS-RENARD Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*. Paris: Harmattan, 2003

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit

(Caen) et Université de Caen. *Conseil constitutionnel et droits fondamentaux*, Caen, Presses universitaires de Caen, 2012.

Colloque d'éthique économique. *Ethique et numérique: actes du XXIIe colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 18 & 19 juin 2015*, coll Collection du Centre d'Éthique Économique, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

CORNU Gérard et al, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2016.

Cornu, Gérard, Philippe Malinvaud, Marie Cornu, Marie Goré, Yves Lequette, Anne-Marie Leroyer, Alain Ghozi et Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2016.

CRAIG, Alan B. *Understanding augmented reality: concepts and applications*, Amsterdam, Morgan Kaufmann, 2013.

DELABRE, Gérald et Jean-Paul Moiraud. *Le droit dans les mondes virtuels philosophie et économie*, Bruxelles, Larcier, 2013.

DESBOIS, Henri, *le droit d'auteur en France*, 3^e édition, Dalloz, 1978, n° 133.

FABRE, Guilhem. *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation: les multinationales face à l'économie de la connaissance*, Mont-Saint-Aignan, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2009.

France et Conseil d'État. *Étude annuelle 2014: le numérique et les droits fondamentaux : rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État le 17 juillet 2014*, 2014.

GUTIERREZ, Stéphanie, KIRCHNER Claude, de LAMBERTERIE, Isabelle ; France et Programme Asphales, dir. *La sécurité de l'individu numérisé réflexions prospectives et internationales: actes du colloque du programme de recherche Asphales, ACI-Informatique, Paris, 22 et 23 novembre 2007*, Paris, L'Harmattan, 2008.

HAURIOU, Maurice, Pierre Delvolvé et Franck Moderne. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2004

LEPAGE, Agathe. *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet: droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, responsabilité*, coll DroitLitec, Paris, Litec Groupe LexisNexis, 2002.

MOURON, Philippe et Carine Piccio, dir. *L'ordre public numérique: libertés, propriétés, identités*, coll collection Inter-normes, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015.

NADEAU, Alain-Robert. *Vie privée et droits fondamentaux: étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Scarborough, Ont, Carswell, 2000.

PICHERAL, Caroline et Laurent Coutron. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2194708>>.

RENUCCI, Jean-François. *Droit européen des droits de l'homme: droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 5e éd, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013, en ligne : <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2255769>>.

SUSSAN, Rémi. *Demain, les mondes virtuels*, coll La fabrique des possibles, n°7, Limoges, Fyp, 2009.

THIBIERGE, Catherine. *La densification normative: découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013.

TINIÈRE, Romain et Commission pour l'Etude des Communautés Européennes, dir. *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence ; [colloque annuel de la CEDECE]*, coll Collection droit de l'union Européenne Colloques, n°30, Bruxelles, Bruylant, 2015.

TRICOIRE, Agnès, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011

WOODROW Barfield, et CAUDELL Thomas, dir. *Fundamentals of wearable computers and augmented reality*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 2001.

Realite augmentée

AZUMA, Ronald. T. « A Survey of Augmented Reality » [1997] 6(4) Presence Teleoperators Virtual Environ.

BORIVOJE, Furht dir. *Handbook of augmented reality*, New York, NY, Springer, 2011.

FUCHS Philippe, HUGUES Olivier, NANNIPIERI Olivier. Proposition d'une Taxonomie Fonctionnelle des Environnements de Réalité Augmentée. AFRV2010. Cinquième Journées de l'Association Française de Réalité Virtuelle et de l'Interaction 3D., Dec 2010, Orsay, France

GEROIMENKO, Vladimir. *Augmented reality art: from an emerging technology to a novel creative medium*, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2014.

IEEE VR International Workshop on Virtual and Augmented Assistive Technology. *2015 3rd IEEE VR International Workshop on Virtual and Augmented Assistive Technology (VAAT 2015): Arles, France, 23 March 2015*, Piscataway, NJ, IEEE, 2015.

MANOVICH, Lev. « The Poetics of Augmented Space » dans *Mediatecture*, Springer, Vienna, 2010, 304-318, DOI : 10.1007/978-3-7091-0300-5_26.

REVEILLAC, Jean-Michel. *La réalité augmentée: techniques et entités virtuelles*, Paris, Lavoisier, 2013.

RHEINGOLD, Howard et Lionel Lumbro. *La Réalité virtuelle*, Paris, Dunod, 1994.

SHUMAKER, Randall Paul, dir. *Virtual, augmented and mixed reality: 7th international conference, VAMR 2015, held as part of HCI International 2015*, Los Angeles, CA, USA, August 2 - 7, 2015 ; proceedings, coll Lecture notes in computer science, n°9179.

WEIDONG, Huang dir. *Human factors in augmented reality environments*, New York, NY, Springer, 2013.

Thèses

BAYART Benjamin, *Réalité augmentée haptique: théorie et applications.. Interface homme-machine*, Université d'Evry-Val d'Essonne, 2007.

BENSAMOUN, Alexandra. *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, coll Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, Collection de l'Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, Presses Univ d'Aix-Marseille, 2008.

JAPIOT, René, *Des nullités en matière d'actes juridiques*. Essai d'une théorie nouvelle, Thèse, Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909,

LATIL, Arnaud. *Création et droits fondamentaux*, coll Bibliothèque de droit privé, Issy-les-Moulineaux, LGDJ lextenso éditions, 2014.

MACREZ, Franck. *Créations informatiques: bouleversement des droits de la propriété intellectuelle ? : essai sur la cohérence des droits*, Collection du CEIPI, n°57, Paris, LexisNexis, 2011.

MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*, coll Bibliothèque de droit privé, n°t 545, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013.

PIGNARD, Isabelle, *La liberté de création*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2013

PLATON, Sébastien *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, coll Collection des thèses, n°22, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne : LGDJ, 2008.

Articles juridique.

ABBE G., « Arrêtez les arrêtés ! », dans *AJ Collectivités Territoriales*,

BENSAMOUN, Alexandra, « La protection de l'oeuvre de l'esprit par le droit d'auteur : « *qui trop embrasse mal étreint* » », *D.* 2010.

BENSAMOUN, Alexandra et ZOLYNSKI, Celia. « Cloud computing et big data: Quel encadrement pour ces nouveaux usages des données personnelles ? » (2015) 189:1 Réseaux 103, DOI : 10.3917/res.189.0103.

BENSAMOUN, Alexandra et SIRINELLI, Pierre , « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... » *D.* 2015

BLAIZOT-HAZARD, Catherie, « Savoir et droits fondamentaux – De l'ère industrielle à l'ère communicationnelle », *RFDA*, 2016, p. 707

CARCASSONNE, Guy, « La liberté d'entreprendre », *Revue Le Lamy Droit des Affaires*, N° 55, 1er décembre 2010

CASTETS-RENARD, Céline , « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles », *Recueil Dalloz*, 2014

CHAMPEIL-DESPLAT, Valérie *la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français*, Dalloz. 1995.

« La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail* 2007

CONSTANTIN, LAURA. « Google ou la protection de la vie privée contre les moteurs de recherche », *Dalloz Actualité*, 21 mai 2014.

DE BÉCHILLON, Denys, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* - 01/10/2015

EISSEN, Marc-André. « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour » dans *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, Pedone, 1971.

FOREST, David, « Facebook interroge la souveraineté numérique », *Dalloz IP/IT* 2016

PICARD, Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », dans *AJDA* numéro spécial, *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998.

LINAN DE BELLEFONDS, Xavier, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle : un peu de bruit autour de l'arrêt RAMDAM*, notes sous CA Paris 4^{ème} ch 16 mai 1994, *JCP* 1995

MARINO, Laure. « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur » *JCP G*.

PLATON, Sébastien « La charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'union : précisions de la cour de justice sur le champ d'application de la charte », *RDLF*, 2013, n°11

SERMET, Laurent « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété », *Dossiers sur les droits de l'homme N 11*, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991

YOLKA, Philippe « La chasse aux Pokémon », *AJDA*, 2016

Sites internet



FrenchWeb. « Comment l'intelligence artificielle et la réalité augmentée vont transformer l'e-commerce » (22 mai 2017), en ligne : FrenchWeb.fr <<http://www.frenchweb.fr/comment-lintelligence-artificielle-et-la-realite-augmentee-vont-transformer-le-commerce/292857>> (consulté le 30 mai 2017).

Futura. « Big data », en ligne : Futura <<http://www.futura-sciences.com/tech/definitions/informatique-big-data-15028/>>.

GendarmerieNationale. « Conseils pour les dresseurs #Pokémon : - Conducteurs, ne jouez pas à #PokemonGO - Piétons, redoublez d'attentionpic.twitter.com/NAri8KamkP » (2016T02:27), en ligne : @Gendarmerie <https://twitter.com/Gendarmerie/status/755333242094575616/photo/1?ref_src=twsrcctfw> (consulté le 13 août 2017).

MAUBON, G. « La réalité augmentée dans le secteur de la vente : c'est

indispensable ! » (9 juin 2017), en ligne : Réalité Augmentée - Augmented Reality <<http://www.augmented-reality.fr/2017/06/la-realite-augmentee-dans-le-secteur-de-la-vente-cest-indispensable/>> (consulté le 13 juin 2017).

Huang, Xuedong D., William H. Gates, Eric J. Horvitz, Joshua T. Goodman, Bradly A. Brunell, Susan T. Dumais, Gary W. Flake, Trenholme J. Griffin et Oliver Hurst-Hiller. *Web-based targeted advertising in a brick-and-mortar retail establishment using online customer information*, 3 janvier 2008.

ICI.Radio-Canada.ca, Zone International-. « Des lieux dédiés à la mémoire de l'Holocauste envahis par Pokémon Go », en ligne : Radio-Canada.ca <<http://radio-canada.ca/nouvelle/792613/musee-auschwitz-interdiction-pokemon-go-holocauste>>.

Jardonnet, Emmanuelle. « Hatsune Miku, trajectoire d'une diva virtuelle », *Le Monde.fr* (14 novembre 2013), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/culture/article/2013/11/14/hatsune-miku-trajectoire-d-une-diva-virtuelle_3513952_3246.html>.

July 22, Joe Carmichael on et 2016. « The Rush for Augmented Reality Patents Has Gotten Silly », en ligne : Inverse <<https://www.inverse.com/article/18679-racing-to-secure-augmented-virtual-reality-intellectual-property>> (consulté le 30 mai 2017).

Murphy, Robert et Evan Spiegel. *United States Patent: 9396354 - Apparatus and method for automated privacy protection in distributed images*, 19 juillet 2016.

Sobel, Ben. « Facial recognition technology is everywhere. It may not be legal. », *Washington Post*, sect The Switch (11 juin 2015), en ligne : Washington Post <<https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/06/11/facial-recognition-technology-is-everywhere-it-may-not-be-legal/>>.

Rapport-gratuit.com 

« Reconnaissance faciale, une menace pour la vie privée ? » (26 juin 2015), en

ligne : Libération.fr <http://www.liberation.fr/ecrans/2015/06/26/reconnaissance-faciale-une-menace-pour-la-vie-privee_1337015>.

« 2 California men fall off edge of ocean bluff while playing “Pokemon Go” », *Los Angeles Times* (14 juillet 2016), en ligne : Los Angeles Times <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-pokemon-go-players-stabbed-fall-off-cliff-20160714-snap-story.html>> (consulté le 13 août 2017).

« La réalité augmentée, un marché convoité par les GAFAM » (12 juin 2017), en ligne : GoGlasses <<https://www.goglasses.fr/realite-augmentee/gafam-marche-application-ar>>.

« Centre de Confidentialité – Notre conception du respect de la vie privée – Snap Inc. », en ligne : <<https://www.snap.com/fr-FR/privacy/our-approach>>.

« Phantom Limb Pain treatment based on Augmented/Virtual Reality, Gaming, and Myoelectric Pattern Recognition | Chalmers », en ligne : <<http://www.chalmers.se/en/projects/Pages/Phantom-limb-pain-eng.aspx>> (consulté le 13 août 2017).

« Qu'est-ce que l'anthropologie | Association Française des Anthropologues », en ligne : <http://www.afa.msh-paris.fr/?page_id=32> (consulté le 13 août 2017).

« Safari Event Pokémon GO - Pokemon - Pokémon GO », en ligne : Millenium <<http://www.millenium.org/pokemon/pokemon-go/actualites/safari-event-pokemon-go-pokemon-go-safari-tauros-scarhino-corayon-canarticho-ios-android-paris-naintic-158227>>.

Untersinger, Martin. « La France à la recherche d'un délicat « ordre public dans le cyberspace » », *Le Monde.fr* (6 avril 2017), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/04/06/la-france-a-la-recherche-d-un-delicat-ordre-public-dans-le-cyberspace_5106838_4408996.html>

AUTRES

BENHAMOU, Bernard et SORBIER, Laurent « Souveraineté et réseaux

numériques », *Politique étrangère*, 3/2006

BOBIN, Christian, *Grande Vie.*, S.L., Gallimard, 2015

CHARLOT, Christophe. « Réalités virtuelle et augmentée : ce n'est plus du jeu; LEURS USAGES SE MULTIPLIENT DANS LES ENTREPRISES », *Trends/Tendances*, sect TE (30 mars 2017) 36.

Colloque de l'Académie des sciences, *La responsabilité scientifique*, , 22-29 mai 1984, Edition de l'Institut, 1984, Introduction.

DUMOULIN, Sebastien. « La réalité augmentée, futur eldorado des fabricants de smartphones », *Les Echos*, sect high-tech_et_medias (16 mars 2017)

EPPLER Martin et MENGIS Jeanne, « The Concept of Information Overload: A Review of Literature from Organization Science, Accounting, Marketing, MIS, and Related Disciplines », *The Information Society*, vol. 20, n° 4, novembre 2004

JOLIOT, Pierre. *La recherche passionnément*, coll Sciences, Paris, O Jacob, 2001.

LACOSTE, Yves , *De la géopolitique aux paysages. Dictionnaire de la géographie*, Paris, 2003, Armand Colin

LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*, Nachdr, New York, The Perseus Books Group, 2002.

PLATON. *La République*, 2 éd corr, trad par Georges Leroux, coll GF - Flammarion texte intégral, n°653, Paris, Flammarion, 2004.

TISSERON, Serge, *Psychanalyse de l'image – Des premiers traits au virtuel*, Dunod, 1995.

Jurisprudence

CEDH

CEDH, 7 déc. 1976, requête n°5493/72, Handyside c. Royaume Uni

CEDH, 8 fév. 1978, requête n°7456/76, *Wiggins c. Royaume-Uni*

CEDH, 13 juin 1979, requête n°6933/74, *Marcks c. Belgique*,

CEDH, 9 oct.1979, n° 6289/73 *Airey c/ Irlande*,

CEDH, 23 sept. 1982, requête n° 7151/75 et 7152/75, *Sporrong et Lönnroth*.

CEDH, 26 mars 1987, , A.116 *Leander c/ Suède*

CEDH, 24 mai 1988, requête n° 10737/84, *Müller et a. c. Suisse*

CEDH, 7/07/1989, A.160 *Gaskin c/ Royaume-Uni*

CEDH, 26 avr. 1995, requête n°19622/90, *Fischer*,

CEDH 5 mai 2000, requête n°28341/95 *Rotaru c/ Roumanie*

CEDH 7 fév. 2002, requête n°53176/99, *Mikulic c/Croatie*,

CEDH, 28 janv.2003, requête n°44647/98, *Peck c/ Royaume-Uni*,

CEDH 17 février 2005, requêtes n° 42758/98 et 45558/99 *K.A et A.D c. Belgique*.

CEDH, 14 juin 2005, requête n°14991/02, *Minelli c. Suisse*

CEDH, 29 mars 2010 requête 34044/02, *Depalle c. France*,

CEDH 7 fév. 2012, requêtes n° 40660/08 et 60641/08 *Von Hannover c. Allemagne*

CEDH, 10 janv. 2013, requête n° 36769/08, *Ashby Donald et autres c/ France*

CJUE

CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*,

CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L*

CJCE, 4 décembre 1974, aff 41-74 *Yvonne van Duyn c. Home Office*

CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Régina c. Pierre Bouchereau*,

CJCE, , 13 déc. 1979, affaire 44/79 *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*

CJCE, 21 septembre 1989, n° 46/87, *Hoescht c. Commission*

CJCE 21 février 1991, C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*,

CJCE, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c. Conseil*

CJCE 12 sept. 2006, aff. C 479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*,

CJCE 17 décembre 1970, n°11/70, *Rec Internationale Handelsgesellschaft*,

CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05 *Unibet*,

CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-333/08 , *Commission c/ France*,

CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH et autres*, affaire C-145/10

CJUE, 22 janvier 2013, affaire C-283/11 *Sky Österreich GmbH contre Österreichischer Rundfunk*,

CJUE 4^{ème} ch, 23 janvier 2014, aff. C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH c/ PC Box Srl*

CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain c/ Agencia Española de Protección de Datos*

France

- Conseil Constitutionnel :

Conseil constitutionnel décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995

Conseil constitutionnel. Décision n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative aux droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Conseil constitutionnel décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet

Conseil constitutionnel, décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 corporations d'Alsace-Moselle

- Cour de cassation

Cass. Ass. Plén. 7 mars 1986, *Pachot*

Cass. 1^{ère} civ, 24 mars 1993, *Aréo*,

Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2005

Cass. 1^{ère} civ 25 juin 2009, *Cryo et Jean-Martial L. c/ SESAM, SACEM et SDRM*

Cass 1^{ère} civ 22 mars 2012

Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013,

- Conseil d'Etat

CE, sect., 12 février 1960 *Société Eky*

CE, 3 mars 1968, *Epoux Leroy*, Rec. Lebon, p.178 ; AJDA, 1968, p. 221.

CE 12 novembre 1997 *Association Communauté tibétaine en France*.

CE 19 mars 2007 *Mme Le Gac et autres*

- Tribunal des Conflits :

Tribunal des conflits, 9 juin 1986, *Eucat*, requête n°02434

- Cour d'appel

Cour d'appel de Paris 4 juin 1984