

QUELLE MORT NUMÉRIQUE ? PEUT-ON VRAIMENT MOURIR, ET QU'ADVIENT-IL DE NOS DONNÉES APRÈS LA MORT ?

Adrien Bazoge*, Maëlle Brassier†, Solène Catella‡, Hugo Le Baher§, and Stella Pagot¶

Université de Nantes

13 mars 2019

Table des matières

1	Introduction	2
2	Identité numérique et droits post-mortem	3
2.1	L'héritage numérique	3
2.2	Les législations en vigueur	3
2.3	Quelques cas d'usages	4
3	Le devenir des données après la mort : le consensus impossible	5
3.1	Enjeux éthiques et moraux	5
3.2	Enjeux culturels et sociétaux	6
4	Des avancées tâtonnantes	7
4.1	Le réveil des consciences	7
4.2	Vers la gestion d'un patrimoine numérique	8
4.3	Perspectives futures	9
5	Conclusion	9
	Références	11

*adrien.bazoge@etu.univ-nantes.fr

†maelle.brassier@etu.univ-nantes.fr

‡solene.catella@etu.univ-nantes.fr

§hugo.le-baher@etu.univ-nantes.fr

¶stella.pagot@etu.univ-nantes.fr

RÉSUMÉ

Le présent article s'intéresse au devenir post-mortem de nos données numériques. Le sort non statué de telles données invite à interroger l'existence et/ou la possibilité d'une « mort numérique ». Dans ce monde ultra-connecté où l'internaute laisse de nombreuses traces de son passage qui lui seront pour la plupart postérieures, mort biologique et mort numérique sont loin d'être concomitantes. La zone d'ombre qui persiste autour de ces questions est à la fois le fait de l'homme, qui méconnaît les enjeux liés à son propre patrimoine numérique, mais aussi des sociétés et services existants, incapables de s'accorder sur la mise en place de législations universellement applicables. L'absence de consensus, expliqué à la fois par des facteurs éthiques, moraux, sociétaux et culturels, est néanmoins devenu, à l'heure actuelle, une cause majeure. Si une poignée de pays et États s'en sont déjà préoccupés, le débat est toutefois loin d'être clos.

Mots-Clé Mort · Vie privée · Immortalité numérique · Patrimoine numérique · Loi sur la protection des données · Droits post-mortem

1 Introduction

Selon une étude de l'Union internationale des télécommunications (ITU) menée en juin 2018, plus de 55% de la population mondiale a désormais accès à internet (World Internet Users Statistics and 2018 World Population Stats, 2018). L'enquête englobant toutes les personnes de plus de 2 ans, elle capture ainsi un échantillonnage des trois dernières générations⁶. Ainsi, il apparaît que nous baignons tous dans le numérique, et en faisons un usage quotidien. Chaque internaute laisse alors au cours de sa vie une multitude de traces numériques, qu'il s'agisse de courriels, de publications sur les médias sociaux, de photos, ou encore de conversations. Toutes nos actions, même les plus bénignes, sont transformées en données numériques. Néanmoins, si de son vivant l'internaute s'intéresse à ses données et à leur protection, il occulte très souvent la question de leur devenir, ainsi que de sa propre mort/immortalité virtuelle.

C'est seulement en 2005, au cours de l'affaire du militaire Justin Ellsworth, qu'un nouveau débat est apparu en la matière (Lilian Edwards & Edina Harbinja, 2013). Alors que la famille du feu Justin souhaitait accéder au compte mail de ce dernier, le géant *Yahoo!*, qui considérait cette demande comme une atteinte à la vie privée de leur client, a refusé leur requête. S'en est suivie une longue bataille judiciaire et médiatique, où les différences séparant mort biologique et mort numérique ont été mises en avant. Si la première est ancrée profondément dans notre culture, la seconde, bien plus récente, nous est encore abstraite. À l'inverse d'une mort physique, les traces que nous laissons sur le Net semblent en effet immortelles, et nous poussent à nous demander si la mort virtuelle est réellement possible, autrement dit si nous pouvons réellement mourir virtuellement. À la lumière de ces faits, il semble important de s'interroger sur le devenir de notre patrimoine numérique : car si nous avons l'habitude de gérer nos biens matériels, ce n'est pas le cas de nos biens numériques qui ne répondent à aucune réglementation ni consignes officielles.

Dans cet article, nous nous intéresserons à la question de la mort, et à la transition numérique dont elle fait l'objet au travers de trois axes : « quelle mort numérique ? », « peut-on vraiment mourir ? » et « qu'advient-il de nos données après la mort ? ». Notre réflexion s'articulera en trois temps. Il s'agira tout d'abord de s'intéresser à la notion même de patrimoine numérique et aux législations dont il fait l'objet à l'heure actuelle. Nous tenterons de comprendre dans un deuxième temps pourquoi une normalisation juridique universelle à l'égard du traitement posthume de ces données peut sembler aujourd'hui compromise, tant sur les plans éthique et culturel que sociétal. Enfin, nous montrerons comment la question du devenir des données numériques après la mort est devenue un enjeu central, s'inscrivant peu à peu dans les mœurs, et aujourd'hui plein de promesses.

6. On considérera une génération s'étendant sur 20-25 ans.

2 Identité numérique et droits post-mortem

Afin d'appréhender au mieux le concept même de la mort numérique, il semble important de dresser le contexte qui l'entoure. En plus de se familiariser avec le vocabulaire utilisé dans le présent article, il permettra de présenter en parallèle un état de l'art du sujet, à travers les législations et cas d'usage déjà en vigueur.

2.1 L'héritage numérique

À l'heure du numérique et du virtuel, bon nombre de nos actions sont enregistrées sous forme de données dématérialisées, stockées en ligne ou sur nos propres ordinateurs et appareils électroniques en tous genres. Le développement sans répit des technologies Web, marqué par le début des années 1990, a accompagné la « génération numérique » ou *digital natives*, ainsi que l'explosion du nombre de biens numériques sauvegardés sur le *cloud* (John Palfrey & Urs Gasser, 2008). Ceux-ci font partie intégrante de notre quotidien, et peuvent se décliner sous de multiples formes, à l'image de la typologie proposée par Naomi Cahn (Naomi Cahn, 2011) :

- les biens personnels, parmi lesquels figurent les photographies, les vidéos, les e-mails, les playlists ou encore les albums photos ;
- les biens issus des médias sociaux, impliquant des interactions avec d'autres utilisateurs (messages échangés) et matérialisés sous forme de comptes sur des réseaux sociaux tels que Facebook ou Twitter ;
- les biens financiers, dont la gestion se fait de plus en plus virtuellement, principalement au travers de comptes sur des sites marchands (Amazon, PayPal) et/ou d'abonnements (e-commerce) ;
- enfin, les biens d'entreprise, issus des pratiques commerciales et plus largement professionnelles (fiches de renseignements administratifs, préférences utilisateurs, dossiers clients), stockés en local ou sur des espaces de dépôt en ligne avec accès restreint (Dropbox, Google Drive, etc.).

L'héritage numérique d'un individu est donc multiforme, et potentiellement gigantesque, puisqu'il est, en quelque sorte « *la somme de nos relations, de nos intérêts et de nos croyances* » (Paul-Choudhury Sumit, 2011). Alors que les capacités de stockage offertes par les services proposés en ligne augmentent rapidement et demeurent à moindre coût, il semblerait que notre identité numérique ne se heurte à aucune limite, devenant par là-même indélébile, contrairement à notre identité physique. Si la question du devenir de ces données dans le temps se fait de plus en plus pressante, le traitement posthume du patrimoine numérique n'a pourtant suscité jusqu'à aujourd'hui que peu d'intérêt, confronté à « *un vide théorique et juridique* » (Jacynthe Touchette, 2012). À l'ère de l'immortalité numérique, seul un petit embryon de pays et États ont d'ores et déjà fourni des réponses officielles, reconnaissant dans leur législation l'existence de droits post-mortem.

2.2 Les législations en vigueur

L'héritage numérique et les questions de succession ou d'intimité après la mort sont devenues des problématiques aujourd'hui légitimes, nécessitant d'être explicitement régulées par les États. Si ces questions ont été développées à de maintes reprises par des sociologues, des psychologues et des anthropologues, elles ont cependant suscité beaucoup moins d'intérêt dans les professions juridiques (Harbinja, 2013). Pourtant, sans législation explicite, le destin des données et du patrimoine partagés par les utilisateurs est entièrement à la charge des acteurs privés. Les premières décisions de justice officielles sur la suppression de contenu personnel ou sur la succession du patrimoine numérique étaient encadrées par des lois trop peu rigides. Avec des plaidoiries appuyées sur les droits fondamentaux par exemple, le peu de décisions judiciaires officielles offrait jurisprudence aux cas suivants.

C'est ainsi que les États-Unis ont peu à peu légiféré, de façon pionnière, dans le domaine de la transmission du patrimoine numérique. Chaque État œuvrant indépendamment, un nouvel enjeu lié à l'uniformisation de ces initiatives est cependant apparu. Après de nombreuses révisions de 2012 à 2017, le RUFADAA (Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act) semble être devenu un premier pas vers une solution aboutie en matière d'intimité et de transmission numérique post-mortem. Reste à voir maintenant si une telle initiative sera adoptée par les différents États américains (Harbinja, 2017).

Un tour d'horizon des législations en vigueur dans le reste du monde appelle à se demander à quelle problématique la mort numérique peut se rattacher. Quand bien même toutes ne semblent pas répondre explicitement à la même question, l'émergence d'actes et de directives nationales relatifs à la protection des données numériques personnelles est indiscutable. Ainsi, l'application assez récente du Règlement Général sur la Protection des Données à l'échelle européenne (25 mai 2018), est la preuve que de telles problématiques sont devenues une source de préoccupation pour les organismes officiels d'actualité. Depuis lors, les 28 États membres sont soumis à une gestion uniforme de la protection des données personnelles. Dans ce nouveau régime de protection des données, la garantie de propriété sur les données personnelles post-mortem est devenue un enjeu central.

Le Canada avait déjà ouvert la voie à la réflexion depuis 1983, en instituant un Commissariat à la protection de la vie privée (OPCC, 2019). De nombreux autres pays se sont réveillés sur le sujet, tels le Ghana, Hong Kong encore Singapour dont la législation couvre désormais la protection de la vie privée des personnes décédées. Ces quelques pays font toutefois figure d'exception dans le paysage juridique. La question des droits post-mortem reste encore très peu régulée, et de nombreuses régions souffrent encore d'une absence de cadre réglementaire général en matière de protection des données personnelles. Si des débuts de réglementation officielles émergent peu à peu à l'initiative des corps étatiques, le bilan reste très inégal.

2.3 Quelques cas d'usages

L'absence de lois vis-à-vis du traitement posthume des données numériques contraint les entreprises privées à gérer elles-mêmes ces données. La gestion des données numériques posthumes n'est donc pas universelle. Beaucoup de sites ne fournissent aucune information sur le devenir post-mortem des données utilisateurs, alors que ceux qui s'y intéressent et prennent position ont des politiques variées, très souvent discutables du point de vue éthique. En 2009, Facebook est devenue l'une des premières compagnies à déployer un service pour gérer les profils de personnes décédées. Ce service permet, dès lors que Facebook est informé du décès d'une personne, de supprimer le compte de la personne ou de mettre son profil en état « commémoré » (Facebook, À propos des comptes de Commémorations). Ces comptes « commémorés » sont définis par les caractéristiques suivantes :

- Personne ne peut se connecter à un compte de commémoration ;
- L'expression « En souvenir de » est affichée à côté du nom de la personne sur son profil ;
- Les contenus partagés par la personne (photos, publications, etc.) sont toujours visibles par les personnes de sa liste d'amis ;
- Les profils de commémoration n'apparaissent pas dans les espaces publics (suggestions, rappels d'anniversaire, publicités) ;
- Les personnes de la liste d'amis peuvent toujours publier, partager leurs souvenirs sur le journal de la personne ;
- Les Pages gérées par ce compte sont supprimées.

Cette fonctionnalité a souvent été remise en question par les utilisateurs car une personne, de son vivant, ne pouvait décider du sort de son profil avant son décès. La famille et les amis du défunt devaient alors s'accorder sur le devenir du profil. Depuis 2015, une personne peut désormais, de son vivant, nommer un légataire qui se chargera de la gestion du compte Facebook après le décès de cette personne. La politique d'Instagram concernant la gestion de compte du défunt est similaire à celle de sa société mère, Facebook. Les comptes d'utilisateurs peuvent être supprimés ou bien « commémorés » — un compte Instagram commémoré a des caractéristiques similaires à un compte Facebook commémoré (Instagram, Confidentialité et Sécurité). La seule différence entre Facebook et Instagram est qu'Instagram ne propose pas à ses utilisateurs de nommer un légataire. En outre, un utilisateur n'est pas en capacité de décider de l'avenir posthume de son compte.

Les services Web de messagerie, quant à eux, précisent dans leurs conditions d'utilisations les revendications d'accès et de propriété après le décès du titulaire du compte (Jason Mazzone, 2012). Selon les conditions d'utilisation de Yahoo!, « *[le] compte Yahoo! n'est pas transférable, et tous les droits liés [aux] identifiant Yahoo! ou contenus présents dans [le] compte seront supprimés à réception de la copie de l'acte de décès du titulaire du Compte Yahoo, et ce compte pourra être désactivé et l'intégralité de son contenu effacé de façon définitive.* » (Yahoo!, Conditions

d'utilisations). Gmail et Outlook, *a contrario*, disposent de mécanismes permettant à un représentant désigné d'accéder au compte du défunt. Outlook, qui appartient à Microsoft, a une politique assez souple. Les e-mails du défunt sont conservés pendant un an après notification du décès. Pour avoir accès à son compte, il suffit de fournir un certificat de décès et d'autres informations prouvant que l'individu, souhaitant accéder au compte, est proche du défunt. Gmail, détenu par Google, semble avoir une approche un peu plus stricte. L'accès au compte d'un individu décédé se fait en deux phases : la première, identique au procédé mis en place par Outlook, nécessite des informations pour vérifier l'identité du représentant ainsi qu'un certificat de décès ; la deuxième implique une procédure judiciaire supplémentaire, comprenant une ordonnance d'un tribunal américain et/ou la soumission de documents supplémentaires (Jason Mazzone, 2012).

Une variété de politiques est en place sur d'autres sites Web communautaires. LinkedIn, un réseau social professionnel en ligne, met à disposition un formulaire de « *Vérification de décès* » (LinkedIn, Formulaire de Vérification de décès), permettant de fermer le profil d'un utilisateur décédé. Aucun document officiel concernant le décès de l'utilisateur n'est obligatoire lors de la soumission de ce formulaire. Twitter, un réseau social de microblogage, peut désactiver le compte d'un utilisateur décédé suite à la demande d'un membre de la famille du défunt. Pour être approuvée, cette demande doit être accompagnée d'une pièce d'identité de la personne souhaitant désactiver le compte, ainsi que d'un certificat de décès. « *Les personnes de la famille proche et d'autres individus autorisés peuvent demander le retrait des images ou vidéos de personnes décédées après leur mort, ou si une personne est dans un état critique ou juste avant sa mort, en envoyant une demande à Twitter* » (Twitter, Désactiver et réactiver des comptes). Youtube, un média social de partage de vidéo qui est détenu par Google, permet, comme la plupart des autres sites, de clôturer le compte d'un utilisateur sur la demande d'un proche du défunt. Cette demande doit être appuyée par un certificat de décès et une pièce d'identité. Dans certaines circonstances, Youtube peut fournir du contenu, à partir d'un compte d'un utilisateur décédé, à l'entourage du défunt.

3 Le devenir des données après la mort : le consensus impossible

Au travers de l'état des pratiques vu précédemment, nous avons pu constater que les protocoles établis pour gérer les données numériques après la mort sont très variés. Or, cette variété empêche la mise en place d'un consensus autour du devenir des données posthumes. Dans la mesure où ces protocoles ne sont pas soumis à une législation, ils peuvent alors porter atteinte aux droits des utilisateurs.

3.1 Enjeux éthiques et moraux

« *Le concept de vie privée est inévitablement influencé par le contexte dans lequel il est utilisé, et un aspect important du contexte actuel est que nous vivons à l'ère de l'information numérique, caractérisée par une transmission de données instantanée et globale ; des changements importants dans le degré de contrôle que nous avons sur nos informations ; et des banques de stockage externalisées de matériel numérique.* » (Elaine Kasket, 2013). Comme en témoignent les cas d'usages précédemment étudiés, les services Web sont en charge de gérer la protection des données utilisateur. De manière générale, ces données sont bien protégées sur la plupart des services Web, qui s'accordent, dans leurs conditions d'utilisation, sur la prohibition de leur transmission d'un utilisateur à autrui. Les intérêts des individus en matière de dignité et de réputation sont également préservés, de par la loi sur la vie privée. Néanmoins, dès lors qu'une personne décède, « *d'un point de vue juridique, tout intérêt à la protection de la vie privée reconnu par un utilisateur à un compte de réseau social ou à des documents publiés via ce compte prend fin.* » (Elaine Kasket, 2013). Les acteurs du Web ont donc l'entière responsabilité sur la gestion des données numériques posthumes des utilisateurs. Certains sites, à l'instar d'Outlook, peuvent donner accès aux données du défunt si ses proches le souhaitent. Or, une telle situation est problématique puisqu'elle peut porter atteinte à la vie privée du défunt. En effet, rien n'indique *a priori* que ce dernier aurait souhaité, de son vivant, que ses proches aient accès à ses données personnelles post-mortem. La gestion de la vie privée posthume sur les réseaux sociaux est particulièrement laborieuse. Facebook en est un bon exemple, là où le profil d'un utilisateur décédé peut être préservé et « *commémoré* » (Facebook. À propos des comptes de Commémorations). « *Le profil du défunt n'est plus régulé, ses amis peuvent afficher des images ou messages de lui qu'il n'aurait peut être pas cautionné de son vivant.* » (Elaine Kasket, 2013). Ces différents messages publiés, à

son insu, peuvent porter atteinte à sa vie privée et sa dignité. La notion de vie privée sur les réseaux est questionable. Chaque profil sur un réseau social est co-construit. En d'autres termes, un profil est une représentation de soi, créée par plusieurs personnes en relation les unes avec les autres : *« la notion de vie privée devrait-elle, dans ce contexte, renvoyer plus précisément à un individu ou une relation ? Et lorsqu'un membre de la famille demande avec succès la suppression du profil d'une personne décédé, peut-il être considéré comme portant atteinte aux droits d'autres personnes en deuil ? »* (Elaine Kasket, 2013).

« Le droit à l'oubli permet à un individu de demander le retrait sur le World Wide Web de certaines informations qui pourraient lui nuire sur des actions qu'il a faites dans le passé. Le droit à l'oubli s'applique concrètement soit par le retrait de l'information sur le site d'origine, soit par déréférencement de l'information. » (Wikipedia. « Droit à l'oubli »). Chaque individu, au cours de sa vie, régule la circulation sur le Web des informations le concernant et peut faire valoir, à tout moment, son droit à l'oubli. Cette régulation n'est plus possible dès lors que l'individu décède. Le service de gestion de compte posthume proposé par Facebook en est une fois de plus l'exemple. Quand bien même le contenu publié sur un profil « commémoré » aurait pu être considéré comme indésirable par le défunt lui-même, personne n'est en mesure de le filtrer, car la connexion au compte est empêchée. Le défunt ne peut plus défendre son droit à l'oubli.

Le contenu qu'un individu poste volontairement sur le Web peut constituer une propriété intellectuelle dans laquelle le titulaire du contenu peut détenir un droit de propriété. *« Les œuvres digitales sont éligibles à la protection du droit d'auteur. Les poèmes, essais, photographies, vidéos, commentaires et même les publications sont potentiellement éligibles à la protection du droit d'auteur. »* (Jason Mazzone, 2012). Selon la loi, le droit d'auteur d'une œuvre appartient à l'auteur de celle-ci. Ce droit d'auteur est une propriété qui peut être léguée à une autre personne. Cette transmission de propriété entre en contradiction avec les conditions d'utilisation de la plupart des sites Web. Comme mentionné précédemment, la majorité des sites prohibent l'accès aux données du défunt, ce qui empêche de léguer les biens numériques détenus par le défunt.

« L'être numérique peut être éphémère ou éternelle » (Elaine Kasket, 2013). La persistance des données sur le Web, et notamment la représentation de soi, implique une endurance éternelle. Il arrive cependant que les données numériques des utilisateurs soient parfois amenées à être supprimées. Dans le cas des réseaux sociaux, on pourrait penser que la suppression d'un profil peut rendre difficile le deuil chez certaines personnes. Ces personnes se retrouveraient en deuil dans la même position qu'avant l'ère numérique, avec seulement les souvenirs qu'elles ont du défunt. Il n'y a pas si longtemps, le « moi numérique » n'existait pas. À l'heure actuelle, un nombre croissant de personnes dépendent et se raccrochent à la représentation numérique pour mener à bien leurs deuils. La présence numérique est ancrée, et il est difficile de nos jours *« d'imaginer ce que pourrait être pour un membre d'une jeune génération, habitué très jeune au contact fréquent avec la présence numérique de ses amis, à la suppression du profil Facebook de leur ami après la mort de celui-ci »* (Elaine Kasket, 2013).

3.2 Enjeux culturels et sociétaux

Si le consensus du devenir des données après la mort est compromis par des enjeux éthiques et moraux, il est également entravé par des aspects d'ordre culturel, religieux et sociétal.

Ainsi, au Japon, où règne une culture religieuse uniforme dont le Shinto est le représentant, l'inséparabilité de la vie et de la mort empêche de reconnaître l'existence de droits post-mortem (Kiyoshi Murata & Yohko Orito, 2014). Dans une société où la mort est considérée comme le début d'une nouvelle vie, et où, par conséquent, le dessein de chaque homme est de transcender ces deux états, les enjeux liés à la protection des données personnelles après la mort ne sont pas intelligibles. Dans ce paysage, le Japon est loin d'être un cas isolé : on retrouve ce même paradigme dans le système de croyance africain, où la vie ne se termine pas avec la mort mais se poursuit dans un autre royaume (Lesiba Baloyi & Molebogeng Makobe-Rabothata, 2014).

Au delà de l'aspect religieux, chaque pays doit se conformer à un système juridique. Les deux plus représentatifs sont les Common Law et Droit Civil qui se distinguent dans leur traitement des droits de la personnalité des défunts. Ces droits de la personnalité se définissent par l'ensemble des droits fondamentaux d'une personne, comprenant ceux à la vie privée, à la dignité, à l'honneur et à l'image. Les pays sous la Common Law sont guidés par des considérations majoritairement économiques et suivent donc la doctrine « *actio personalis moritur cum persona* », énonçant que les actions d'une personne meurent avec elle. De ce fait, là où les biens économiques survivent à la mort puisque considérés comme des propriétés, les cours anglaises ne condamnent pas les délits d'atteinte à la vie privée ou de diffamation. À l'inverse, de par leur histoire et respect pour les notions de liberté et dignité, les États adoptant le Droit Civil défendent ces droits de la personnalité ainsi que leur persistance au delà de la mort. L'Allemagne en particulier, suite à la Seconde guerre mondiale et l'Holocauste, a érigé le droit à la dignité humaine (*Menschenwürde*) comme valeur suprême de son Tribunal constitutionnel fédéral. C'est pourquoi l'État se doit de perpétuer ce droit après le décès d'une personne (Hannes Rossler, 2008). Les visions de ces deux grands systèmes divergent donc sur de nombreux points, éloignées par l'idéologie libérale des pays de Common Law d'une part, et une conception plus philosophique des pays de Droit Civil d'autre part. La liberté testamentaire semble en être un exemple pertinent. En effet, suivant un *laissez-faire* économique, la Common Law assure l'autonomie et la liberté intangibles d'une personne de rédiger son testament. Le Droit Civil quant à lui stipule que certains membres de la famille d'un défunt ont un « *droit de réclamation imprescriptible à l'égard d'une partie de la succession du testateur, indépendamment des dispositions successorales* » (Lilian Edwards & Edina Harbinja, 2013). Face à ces différences à la fois sociétales et juridiques, il apparaît alors difficile de dresser une norme commune tant les origines et raisonnements de chaque juridiction sont variés et parfois même opposés.

Les valeurs et principes culturels, sociaux et religieux jouent un rôle fondamental dans la façon dont les différentes juridictions choisissent de traiter ces enjeux. Par conséquent, la question de la normalisation à l'égard de la disposition des biens après la mort est loin d'être résolue.

4 Des avancées tâtonnantes

Malgré un consensus semblant impossible face à la question du devenir des données après la mort, des solutions commencent à prendre forme. Les mentalités évoluent petit à petit, donnant lieu à des nouveaux moyens d'honorer la mémoire des utilisateurs sur le Web.

4.1 Le réveil des consciences

Le traitement posthume des données numériques est devenu un enjeu majeur, au même titre que celui des biens physiques (Jacynthe Touchette, 2012). À l'heure où les usages numériques envahissent notre quotidien, ce statut a acquis d'autant plus de légitimité. Les recours juridiques pour cause de non-respect de la vie privée après la mort, ont peu à peu créé la controverse, et contribué à faire émerger une conscience collective sur le sujet. En 2012, la poursuite en justice du comté de San Diego par Brenda Marsh⁷ après divulgation publique et non autorisée des images de son défunt fils a marqué un point de non-retour sur la protection des données post-mortem. Depuis lors, la remise en cause répétée de la législation actuelle a contribué à faire de cette question en suspens une cause de premier ordre. Il est désormais « *urgent et socialement important de reconnaître le droit à la vie privée d'un défunt, et de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à sa protection* », et ce indépendamment du système social, religieux et culturel concerné (Kiyoshi Murata & Yohko Orito, 2014). Ainsi, au Japon, les mentalités commencent à changer : la nouvelle génération, bien qu'ayant hérité des conceptions traditionnelles japonaises de la vie et de la mort, accorde au droit à la vie privée et à la dignité un statut de plus en plus normatif.

Si la nécessité de légiférer le sort des données numériques après la mort fait aujourd'hui l'unanimité, la conceptualisation de tels droits, tout à la fois compatibles « *avec la nature locale des êtres humains et avec la nature globale de la technologie* » demeure une condition pour l'heure à peine examinée (Kiyoshi Murata & Yohko Orito, 2014). Dans cette perspective, la gestion et la planification du patrimoine numérique ante-mortem ont amorcé un début de réponse.

7. Voir Marsh v. County of San Diego, 680 F.3d 1148 (9th Cir. 2012).

4.2 Vers la gestion d'un patrimoine numérique

La gestion du patrimoine fait partie des quelques secteurs à s'être intéressé à la transition numérique. Sur ce chemin où la mort numérique est de plus en plus reconnue, le « *processus d'arrangement et de planification pour la disposition de biens numériques* » (Jamie P. Hopkins, 2013) s'est récemment imposé. Le traitement des avoirs numériques post-mortem est en effet un point qui aujourd'hui est régulièrement abordé lors de la rédaction d'un testament. Ce legs appelle à prendre en compte trois aspects majeurs :

- identifier les biens numériques qui peuvent être légalement hérités ;
- consigner les identifiants d'accès aux biens à léguer ;
- et enfin mettre en application les vœux du défunt après sa mort.

Vivre avec ses archives numériques personnelles, c'est donc aussi planifier le devenir de ses biens numériques de son vivant. « *La rédaction d'une liste des biens avec identifiants d'accès et instructions pour disposer ou transférer les biens, ainsi que d'une liste d'héritiers* » est un moyen de planifier le futur de son patrimoine numérique (Jamie P. Hopkins, 2013). Mais pour l'heure, à l'exception du principe général d'adopter de bonnes habitudes de gestion documentaire au cours de notre vivant, aucun consensus sur la question du traitement de notre patrimoine numérique ne ressort.

Traditionnellement, la transmission de biens est régie par des procédures légales. Selon la législation française, un héritier est « *désigné par la loi ou par un testament pour recueillir la succession d'une personne décédée* » (Service public, « Héritier »). Les biens pouvant être légués par le biais d'un testament sont soit des immeubles⁸ (Service public, « Bien immeuble »), soit des meubles⁹. Ces derniers consistent à la fois en des « *objets, mobilier ou marchandises* », mais aussi des « *droits d'auteurs ou parts sociales* » (Service public, « Bien meuble »). Si le défunt maintient ses droits de propriété sur un bien physique, tout avoir numérique stocké sur un périphérique externe lui ayant appartenu pourrait en toute logique être légué à un héritier, *via* un testament.

La législation française autorise également le don de biens d'une personne à une autre, de son vivant ou post-mortem. Les biens concernés par le don sont soumis aux mêmes conditions que les biens pouvant être hérités par un testament. Cependant, un tel dispositif légal demeure encore imparfait à l'égard de l'héritage des biens numériques. Dans le monde anglo-saxon, la mise en place d'un fidéicommiss, ou « *trust* » est une façon plus adaptée que le testament pour l'héritage des biens numériques ; il permet de transférer des licences, est moins strict qu'un testament, et reste supervisable par le défunt lors de son vivant.

Depuis quelques années, le sort non statué des données numériques a également nourri un marché de la mort en ligne. Plusieurs services semblent avoir émergé en ce sens. Des sites Web comme *Data Inherit* et *AfterSteps* répondent directement aux différentes étapes d'un legs en sauvegardant documents et mots de passe en vue de les transférer aux bénéficiaires désignés. D'autres, tels *Entrustet*, offrent à l'utilisateur la possibilité de supprimer des données sensibles tels que des comptes personnels sur des médias sociaux. Mais parmi tous ces services, ce sont les mémoriaux en ligne qui sont les plus populaires. Dans ces lieux virtuels de commémoration où il est possible de choisir des « tombes », de les « fleurir », de « brûler » de l'encens et de rédiger des hommages (Genevieve Bell, 2006), la gestion du patrimoine numérique a pris un nouveau tournant. La mise en place de mémoriaux en ligne au travers de sites tels que *Journal of Life* ou *Bcelebrated*, partageables par d'autres personnes, participe à cette transition numérique post-mortem. Le milieu du jeu vidéo s'intéresse lui aussi à la question. Ainsi, dans *World of Warcraft* (Blizzard), les personnages de joueurs décédés sont transformés en personnages non-jouables (PNJ), honorant leur mémoire.

De cette gestion du patrimoine numérique aux multiples formes ressort une seule idée : le sort de biens numériques peut être anticipé de notre vivant comme il peut perdurer après notre mort, sans réelle limite d'espace ou de temps. À défaut de ne pas être éternel, l'image d'une personne peut donc le rester *via* le patrimoine numérique qu'elle léguera, mais aussi par l'intermédiaire des souvenirs que son entourage décidera de diffuser. L'avenir décidera de ceux qui s'installeront dans nos mœurs et de ceux qui ne seront que passagers. Car si de tels sites Web existent aujourd'hui, rien

8. Biens ne pouvant pas être déplacés

9. Biens qui peuvent être déplacés

n'affirme qu'il en sera de même à l'avenir. Dans la mesure où de tels services n'offrent aucune garantie de pérennité à leurs usagers, il convient désormais de s'intéresser à des solutions plus durables.

4.3 Perspectives futures

Face à une présence des utilisateurs sur le Web grandissante, la planification du devenir des biens numériques est une réalité que les utilisateurs de services en ligne vont devoir affronter. Si le client possède des actifs numériques, différents niveaux de planification - qui n'exigent pas tous l'intervention d'un avocat - peuvent être appropriés, le plus élémentaire étant d'assurer la protection et la transmission des mots de passe.

L'offre présente sur le Web n'est pas suffisante pour répondre à la problématique du devenir des données post-mortem. Des actions législatives et économiques paraissent nécessaires. Un problème rencontré lors de la planification est la non-certitude des droits de propriété qu'un individu peut avoir concernant un bien numérique. Souvent contrôlés par les conditions d'utilisation du service, les termes du contrats restent flous pour une grande partie des utilisateurs. Aux États-Unis, des lois commencent à être adoptées dans plusieurs États afin de simplifier la définition de propriété pour un bien numérique (Jamie P. Hopkins, 2013).

Pour l'heure, nombreux sont les services qui ne possèdent toujours pas de politique relative au devenir des données post-mortem. La désignation d'un garant pour un compte donné est une option envisageable. Celui-ci pourrait alors accéder au compte du propriétaire à sa mort, et suivre la démarche renseignée par le défunt de son vivant. En procédant ainsi, les données concernées peuvent être conservées ou disposées sans faire appel à des services de gestion du patrimoine numérique. Néanmoins, à l'heure actuelle, grand nombre de services en ligne considèrent l'accès à un compte par une personne tierce comme une violation des termes des conditions d'utilisation. La modification de ces dernières pourrait faciliter la gestion du patrimoine numérique.

L'acte de décès numérique apparaît comme une autre solution quant à la gestion des données numériques post-mortem. La mort d'un individu serait rendue connue aux services en ligne, facilitant la procédure de clôture automatique des comptes du défunt sur chacun des services Web. La gestion du patrimoine numérique s'en verrait simplifiée pour les utilisateurs des services concernés. En revanche, « *si l'utilisateur n'a pas entretenu de bonnes habitudes de gestion de ses archives numériques personnelles* », une perte potentielle du patrimoine numérique pourrait survenir (Jacynthe Touchette, 2012).

5 Conclusion

Au cours de cette étude, nous avons pu constater à quel point la mort numérique d'un internaute est complexe à appréhender. Au vue de l'architecture actuelle des services dématérialisés, la mort biologique est loin d'entraîner notre disparition numérique. Cette absence de décès virtuel donne naissance à une certaine immortalité des données qui soulève de nombreux problèmes.

Le patrimoine accumulé au cours de la vie pourrait simplement être remis aux proches, à travers une succession classique. Néanmoins, un tel processus se heurterait à des principes à la fois moraux et éthiques. Tout d'abord le droit à la vie privée, si l'intimité du défunt n'est pas respectée selon son accord. Le droit d'auteur également, dans le cadre de location ou d'achats de bien dématérialisés. De plus, toutes les données ne semblent pas pertinentes à la transmission, voire au stockage irrémédiable. À force de stocker et sauvegarder toutes les données sans filtrage, un phénomène d'infobésité risque d'apparaître dans les prochaines années.

Ces problématiques rencontrent à ce jour très peu de solutions concrètes. Des réponses pourraient être apportées par la législation, à un niveau étatique. Si la question de la protection des données personnelles connaît un intérêt grandissant dans de nombreuses régions, celle des données après la mort est encore trop peu abordée. Faute de réponses des acteurs officiels, ce sont les entreprises privées qui se voient obligées d'adapter leurs services. Cependant, ces services se réservent tous les droits quant à la succession ou la suppression des données. Cette unilatéralité est un problème évident et l'arrivée d'un contre-pouvoir est impératif.

Aujourd'hui, l'urgence et la complexité de telles problématiques s'intensifient, de par la quantité d'utilisateurs et de données qui grandissent exponentiellement dans le temps. Et si les générations précédentes ne sont pas préoccupées par la gestion de leur mort numérique, il est très probable que la génération actuelle le soit. Nous constatons d'ores et déjà l'existence de services tel que *LifeNaut*¹⁰, qui propose à une personne de créer « une copie digitale de [son] esprit et code génétique ». Bien que ce type de service reste pour le moment expérimental et marginal, il nous pousse à nous interroger sur l'avenir de notre relation avec la mort. L'immortalité de nos données pourrait-elle un jour se transformer en une immortalité de notre image ?

10. Voir <https://www.lifenaut.com/>

Références

Baloyi, Lesiba & Makobe-Rabothata, Molebogeng. (2014). *The African conception of death : A cultural implication*. L. T. B. Jackson, D. Meiring, F. J. R. Van de Vijver, E. S. Idemoudia, W. K. Gabrenya Jr. (Eds.), Toward sustainable development through nurturing diversity : Proceedings from the 21st International Congress of the International Association for Cross-Cultural Psychology.

Repéré à : https://scholarworks.gvsu.edu/iaccp_papers/119/ [consulté le 09/03/2019]

Cahn, Naomi. (2011). *Postmortem Life On-Line*. Probate & Property. Vol. 25, No. 4, p. 36.

Repéré à : https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/356/ [consulté le 18/02/2019]

Edwards, Lilian & Harbinja Edina. (2013). *Protecting post-mortem privacy : Reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world*. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 32, No. 1.

Repéré à : www.core.ac.uk/download/pdf/29852098.pdf [consulté le 09/03/2019]

Harbinja, Edina (2017). *Post-mortem privacy 2.0 : theory, law, and technology*

Repéré à : www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2017.1275116 [consulté le 25/02/2019]

Hopkins, Jamie. (2013). *Afterlife in the Cloud : Managing a Digital Estate*. 5 Hastings and Science Technology Law Journal 210.

Repéré à : www.ssrn.com/abstract=2248008 [consulté le 23/02/2019]

Kasket, Elaine. (2013). *Access to the digital self in life and death : privacy in the context of posthumously persistent facebook profiles*.

Repéré à : <https://www.script-ed.org/?p=845> [consulté le 19/02/2019]

Mazzone, Jason. (2012). *Facebook's Afterlife*. North Carolina Law Review, Vol. 90, No. 5, pp. 1643-1685 ; Illinois Public Law Research Paper, No. 13-05.

Repéré à : www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/10/SSRN-id2142594.pdf [consulté le 19/02/2019]

Murata, Kiyoshi & Orito, Yohko. (2014). *Privacy after Death*.

Repéré à : www.researchgate.net/publication/280844022_Privacy_after_Death [consulté le 17/02/2019]

Palfrey, John G., & Urs Gasser. (2008). *Born digital : understanding the first generation of digital natives*. New York, Basic Books.

Repéré à : https://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/identity/palfrey-gasser_born-digital.pdf [consulté le 18/02/2019]

Rossler, Hannes. (2008). *Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*.

Repéré à : <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1351&context=bjil> [consulté le 09/03/2019]

Sumit, Paul-Choudhury. (2012). *Digital legacy : The fate of your online soul*. New Scientist, Issue 2809, 40-43.

Repéré à : www.newscientist.com/article/mg21028091-400-digital-legacy-the-fate-of-your-online-soul/ [consulté le 23/02/2019]

Touchette, Jacynthe. (2012). *Le patrimoine numérique, le Web et la mort*. Recherche individuelle, maîtrise en sciences de l'information.

Repéré à : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/7038/Touchette-J-PatrimoineNum-Mort.pdf> [consulté le 23/02/2019]

BBC News. (2013). *Brazil judge orders Facebook memorial page removed*

Repéré à : www.bbc.com/news/world-latin-america-22286569 [consulté le 23/02/2019]

Uniform Law Commission. (2018). *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*.

Repéré à : www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-33?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22&tab=librarydocuments [consulté le 09/03/2019]

OPCC. (2019). *Office of the Privacy Commissioner of Canada - Commissariat à la protection de la vie privée du Canada*.

Repéré à : www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/qui-nous-sommes/ [consulté le 09/03/2019]

CNIL. (2018). *RGPD : Règlement européen sur la protection des données*.

Repéré à : www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees [consulté le 23/02/2019]

Yahoo. (2019). *Conditions d'utilisations Yahoo!*

Repéré à : <https://policies.oath.com/ie/fr/oath/terms/otos/index.html> [consulté le 09/03/2019]

Facebook. (2019). *À propos des comptes de Commémorations*.

Repéré à : www.facebook.com/help/1017717331640041/?helpref=hc_fnav [consulté le 18/02/2019]

Instagram. (2019). *Confidentialité et Sécurité*.

Repéré à : <https://help.instagram.com/285881641526716> [consulté le 09/03/2019]

LinkedIn. (2019). *Formulaire de Vérification de décès*.

Repéré à : www.linkedin.com/help/linkedin/ask/TS-RDMLP?lang=en [consulté le 09/03/2019] [hyphens]url

Twitter. (2019). *Désactiver et réactiver des comptes : comment contacter Twitter au sujet du compte d'un membre de votre famille décédé*.

Repéré à : <https://help.twitter.com/fr/managing-your-account/contact-twitter-about-a-deceased-family-members-account> [consulté le 09/03/2019]

Internet World Stats (2018). *World Internet Users Statistics and 2018 World Population Stats*.

Repéré à : www.internetworldstats.com/stats.htm [consulté le 09/03/2019]

Wikipédia, l'encyclopédie libre. « Droit à l'oubli ».

Repéré à : https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_%C3%A0_l%27oubli [consulté le 09/03/2019]

Service Public. « Héritier »

Repéré à : www.service-public.fr/particuliers/glossaire/R12469 [consulté le 09/03/2019]

Service Public. « Bien meuble »

Repéré à : www.service-public.fr/particuliers/glossaire/R1185 [consulté le 09/03/2019]

Service Public. « Bien immeuble »

Repéré à : www.service-public.fr/particuliers/glossaire/R10833 [consulté le 09/03/2019]

Service Public. « Établir un testament »

Repéré à : www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F770 [consulté le 09/03/2019]

Service Public. « Faire une donation »

Repéré à : www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1404 [consulté le 09/03/2019]