

NM c. Smith

Afrique du Sud, Afrique

Affaire Résolue Résultat mitigé

MODE D'EXPRESSION
Livres / Pièces de théâtre

DATE DE LA DECISION
4 avril 2007

NUMERO DE L'AFFAIRE
[2007] ZACC 6

ORGANE JUDICIAIRE
Cour constitutionnelle

TYPE DE DROIT
Droit constitutionnel

PRINCIPAUX THEMES:
Vie privée, protection et conservation des données

ISSUE :
Annulation de la décision de la cour inférieure

MOTS CLES :
Droit à la vie privée, Liberté d'expression,
Publication raisonnable

L'examen comprend :

- L'analyse de l'affaire
- Le sens de la décision
- La perspective globale
- L'importance de l'affaire

ANALYSE DE L'AFFAIRE

Résumé et issue

En mars 2002, New Africa Books (Pty) Ltd a publié une biographie de Patricia de Lille, membre du Parlement sud-africain, écrite par Charlene Smith. Le livre comprend un chapitre sur le travail de Mme de Lille dans la campagne pour les droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA. En 2001, le rapport Strauss (une enquête sur les essais cliniques réalisés par l'université de Pretoria) a été communiqué à Mme de Lille. Il faisait référence à trois femmes vivant avec le VIH qui avaient participé à des essais cliniques de médicaments - NM, SM et LH. Smith a reçu le rapport Strauss, mais ni elle ni de Lille n'ont reçu les annexes contenant les formulaires de consentement des participants au rapport. Les formulaires de consentement ne permettaient pas la divulgation publique complète de l'identité des participants et le fait que celles-ci vivaient avec le VIH/SIDA, mais seulement une divulgation limitée aux fins de l'enquête de l'université. Smith a essayé d'obtenir les annexes du rapport auprès du professeur Grove, mais celui-ci n'a pas répondu à ses appels et elle a alors renoncé à obtenir les annexes et a tenté de rencontrer NM, SM et LH, mais sans succès. Cependant, Smith estimait que rien dans le rapport, ni dans la lettre d'accompagnement envoyée à de Lille, ne laissait entendre que le rapport était confidentiel.

Les faits

NM, SM et LH ont intenté un procès en dommages et intérêts contre Smith, de Lille et New Africa Books devant la Haute Cour de Johannesburg, au motif que la publication de leurs noms et de leur séropositivité portait atteinte à leurs droits à la vie privée, à la dignité et à l'intégrité psychologique.

La Constitution sud-africaine protège le droit à la vie privée dans la section 14, qui énonce: « Toute personne a droit à la vie privée, ce qui inclut le droit de ne pas subir - (a) de fouille corporelle ou de perquisition domiciliaire ; (b) de fouille de ses biens ; (c) de perquisition de sa propriété ; ou (d) d'atteinte à la confidentialité de ses communications ».

La section 16(1) de la Constitution protège le droit à la liberté d'expression et dispose: « Toute personne a droit à la liberté d'expression, qui comprend : a) la liberté de la presse et des autres médias ; b) la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ; c) la liberté de création artistique ; et d) la liberté académique et la liberté de la recherche scientifique ».

La Haute Cour a rejeté la plainte des femmes le 13 mai 2005. NM, SM et LH ont alors saisi la Cour suprême d'appel, qui a rejeté la demande d'autorisation d'appel sans donner de raisons.

NM, SM et LH se sont adressées à la Cour constitutionnelle. L'Institut pour la liberté d'expression a été admis en qualité d'*amicus curiae*.

Aperçu de la décision

Le juge Madala a rendu le jugement majoritaire de la Cour constitutionnelle. Le juge Sachs a rendu un jugement distinct et concordant, tandis que le juge O'Regan et le juge en chef Langa ont chacun rendu un jugement dissident. La question centrale que la Cour devait trancher était de savoir « si la *common law* de la vie privée devait être développée pour imposer une responsabilité à ceux qui publient par négligence des informations confidentielles » [paragraphe 21]. La Cour a dû mettre en balance le droit à la vie privée des femmes et le droit à la liberté d'expression de Smith.

NM, SM et LH ont fait valoir que la Haute Cour n'avait pas « protégé leurs droits à la vie privée, à la dignité et à l'intégrité psychologique » [paragraphe 27].

Smith a fait valoir que les noms de NM, SM et LH avaient déjà été divulgués dans le rapport Strauss et que ce dernier n'était pas marqué comme confidentiel. Smith a soutenu que la séropositivité des femmes était déjà dans le domaine public lorsque le livre a été publié, car les femmes avaient participé à une réunion sur leurs griefs relatifs à leur participation aux essais cliniques et qu'elles devaient savoir que ces griefs étaient susceptibles d'être rapportés et d'atteindre le public car ils avaient été faits en présence de journalistes. Smith a également fait valoir que le fait de rendre la divulgation par négligence de faits privés passible d'une action en justice « nuirait à l'exercice du droit à la liberté d'expression » en imposant un fardeau supplémentaire aux médias [paragraphe 67].

Le Freedom of Expression Institute a présenté le même argument que Smith et a soutenu qu'il était inutile et indésirable de développer la *common law* pour y inclure la divulgation par négligence dans le champ de la violation aux droits de la personnalité (*actio iniuriarum*), car cela aurait un « effet paralysant » sur l'exercice de la liberté d'expression en Afrique du Sud [paragraphe 67].

La Cour a discuté de la nature du droit à la vie privée et, en se référant à l'affaire *Bernstein c. Bester*, a déclaré que « [1]a vie privée englobe le droit d'une personne de vivre sa vie comme elle l'entend » [paragraphe 33]. Elle a ajouté que les faits privés sont ceux qui « causent une détresse et un préjudice mental » s'ils sont divulgués [paragraphe 34]. La Cour a souligné que les informations médicales sont particulièrement sensibles et mettent en jeu des questions « d'intégrité corporelle et

psychologique et d'autonomie personnelle » [paragraphe 40]. Elle a insisté sur la nécessité de protéger les informations confidentielles et sur le fait qu'il est particulièrement important de respecter la vie privée et la confidentialité de l'état sérologique d'une personne, notamment en Afrique du Sud et en raison de la stigmatisation entourant le VIH. La Cour a rejeté l'idée que l'accès aux informations médicales d'autrui est autorisé une fois qu'elles ont été divulguées par une personne impliquée dans les soins médicaux de l'individu, au motif qu'un individu a toujours le droit de contrôler la divulgation d'informations le concernant. Elle a ajouté qu'il devait y avoir un « impératif social pressant » pour que la vie privée d'un individu soit violée [paragraphe 45].

La Cour a rejeté la conclusion de la Haute Cour selon laquelle Smith n'était pas responsable des dommages, notant que Smith n'avait pas fait un effort suffisant pour déterminer si les femmes avaient consenti à la divulgation de leur statut VIH ou à l'anonymat de leur identité. En conséquence, la Cour a estimé que la publication par Smith de leurs noms et de leur statut VIH « constituait une publication illicite d'un fait privé et qu'il y avait donc eu violation du droit à la vie privée des requérantes » [paragraphe 47].

La Cour a noté que les droits de la personnalité - l'action en justice en common law qui est à la base des plaintes pour diffamation et atteinte à la vie privée - protège les droits de l'individu à la vie privée et à la dignité et a estimé que la divulgation de la séropositivité des femmes avait porté atteinte à leur dignité et à leur intégrité psychologique. La Cour a défini les éléments d'une violation des droits de la personnalité comme l'atteinte illicite et intentionnelle à la vie privée et a noté que cela signifie que la négligence n'est donc pas suffisante pour engager la responsabilité. La Cour a refusé de développer la common law des droits de la personnalité pour y inclure la négligence, au motif que cela n'était pas nécessaire en l'espèce. La Cour a estimé que Smith n'avait pas pris les mesures nécessaires pour vérifier si les femmes avaient donné leur consentement à la divulgation de leur identité et de leur séropositivité et que, en fait, elle était « certainement consciente que les [femmes] n'avaient pas donné leur consentement ou, du moins, prévoyait la possibilité que le consentement n'ait pas été donné à la divulgation » [paragraphe 64]. La Cour a noté qu'étant donné que Smith était une « militante expérimentée » dans le domaine du VIH, elle devait savoir que la publication sans consentement était illicite et porterait atteinte au droit à la vie privée des femmes. La Cour a estimé que Smith n'avait pas réfuté la présomption selon laquelle elle avait agi avec intention et qu'elle avait donc agi avec intention, et non par simple négligence. En conséquence, les motifs de violation des droits de la personnalité avaient été satisfaits.

La Cour a également examiné l'argument de Smith et du Freedom of Expression Institute selon lequel le droit à la liberté d'expression serait menacé si la divulgation par négligence de faits privés devenait

passible de poursuites. Toutefois, étant donné que la Cour avait jugé que la conduite de Smith était intentionnelle et non négligente, et que la *common law* n'avait donc pas été développé, la question d'une nouvelle atteinte au droit à la liberté d'expression ne s'est pas posée.

En évaluant les préjudices subis, la Cour a noté que « plus l'atteinte à la vie privée est importante, plus la nécessité de protéger les requérants est grande et plus le montant des dommages-intérêts est élevé » [paragraphe 77]. La Cour a accordé à NM, SM et LH 35 000 R (environ 2 357 \$ US en 2021) chacune à titre de dommages-intérêts.

Le jugement dissident d'O'Regan s'est concentré sur la question de savoir si Smith avait agi avec intention en publiant les noms et le statut VIH de NM, SM et LH. La juge a souligné l'importance de la protection de la vie privée mais que, comme la Constitution protège la liberté d'expression ainsi que la vie privée, les droits doivent être mis en balance. Elle a donné deux raisons pour la protection du droit à la vie privée : ses liens avec la « conception de ce que signifie être un être humain » et donc de choisir quelles informations personnelles nous concernant sont diffusées dans l'espace public [paragraphe 129] ; et comme étant « un élément nécessaire d'une société démocratique et une contrainte sur le pouvoir de l'État » [paragraphe 133]. M. O'Regan a souligné que les renseignements médicaux sont personnels et protégés par le droit à la vie privée, mais elle a fait remarquer que le VIH doit être traité de la même façon que toute autre maladie mettant la vie en danger aux fins de la protection de la vie privée et que la stigmatisation associée au VIH en Afrique du Sud ne rend pas la divulgation des statuts VIH différente des autres divulgations de renseignements médicaux personnels.

En mettant en balance les droits à la vie privée et à la liberté d'expression, O'Regan aurait soutenu que Smith a publié l'identité et la séropositivité des femmes sans leur consentement, mais elle a fait remarquer que « le droit à la vie privée peut suggérer que certains faits ne devraient pas être publiés alors que, dans le même temps, le droit à la liberté d'expression peut suggérer que ces mêmes faits devraient pouvoir être publiés » [paragraphe 144]. Elle a commenté l'importance du droit à la liberté d'expression et le rôle qu'il joue en permettant aux individus de se forger leur propre opinion sur certains sujets, ce qui "renforce la dignité humaine et l'autonomie" [paragraphe 145]. La juge a fait remarquer que tout développement du droit relatif au droit à la vie privée - en particulier les droits de la personnalité - doit se faire d'une manière qui respecte à la fois le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression. O'Regan a mis l'accent sur le témoignage du journaliste sud-africain Anton Harber, qui a identifié les quatre principes clés du journalisme comme étant "l'obligation de dire la vérité, l'obligation de rester indépendant, l'obligation de minimiser les dommages et la responsabilité des journalistes d'expliquer et de défendre leur travail" [paragraphe 149]. La juge a convenu que les

codes d'éthique des médias peuvent être instructifs pour identifier les limites de la vie privée et de la liberté d'expression.

O'Regan a examiné si Smith avait l'intention de blesser les femmes, et a noté que Smith avait reçu le rapport avec les noms des femmes sans aucune indication que leurs identités devaient rester confidentielles. La juge O'Regan n'était pas d'accord avec la majorité sur la question de savoir si Smith avait pris des mesures suffisantes pour vérifier si les femmes avaient donné leur consentement, et elle aurait jugé que Smith était en droit de supposer qu'il y avait consentement à la divulgation parce que les noms des femmes avaient été publiés dans un rapport réputé sans indication claire que leur identité devait rester confidentielle, que le rapport avait été envoyé à au moins certains journalistes et qu'il n'avait pas été expressément demandé à de Lille de préserver la confidentialité des femmes. La juge aurait considéré que Smith n'avait pas agi intentionnellement en publiant des informations sur les femmes et leur statut VIH et que, par conséquent, les conditions de la violation des droits de la personnalité (*actio iniuriarum*) n'étaient pas réunies.

La juge O'Regan a ensuite examiné la question de savoir si une violation des droits de la personnalité en common law devait être développée pour inclure la divulgation par négligence d'un fait privé. Elle note que la *common law* de la diffamation a été développée par les tribunaux sud-africains et se réfère aux affaires Pakendorf c. De Flamingh, National Media Ltd c. Bogoshi, Khumalo c. Holomisa et Mthembu-Mahanyele c. Mail & Guardian. La Cour suprême d'appel avait développé la *common law* dans l'affaire Bogoshi en ajoutant l'exigence selon laquelle les médias pouvaient éviter la responsabilité pour diffamation s'ils pouvaient démontrer qu'ils n'avaient pas agi intentionnellement ou par négligence en publiant des faits diffamatoires. La juge O'Regan aurait jugé que la règle de Bogoshi devait être étendue aux cas où les médias ont porté atteinte au droit à la vie privée. Elle a souligné que la raison pour laquelle Bogoshi a fait la distinction entre les médias et les autres défendeurs dans les cas de diffamation était « l'ampleur du dommage à un individu qui peut être causé par une telle publication à grande échelle » et que les médias ont donc des obligations ainsi que des droits [paragraphe 177]. Les obligations imposées aux médias par Bogoshi sont qu'ils agissent de manière raisonnable et non négligente, et que, appliqué au concept de la vie privée, cela exigerait que les médias « agissent avec le soin et le respect nécessaires pour le droit à la vie privée, avant de publier du matériel qui porte atteinte à ce droit » [paragraphe 178]. En conséquence, O'Regan aurait développé la common law pour exiger que les médias démontrent que "la publication est raisonnable dans les circonstances, auquel cas ils réfuteront l'illicéité, ou qu'ils n'ont pas agi par négligence dans les circonstances, auquel cas ils devront réfuter l'exigence d'intention" [paragraphe 179]. O'Regan aurait jugé que Smith et New Africa Books - mais pas de Lille - devaient être considérés comme faisant partie des médias et qu'ils auraient donc été obligés d'agir raisonnablement.

Pour déterminer si Smith a agi raisonnablement, O'Regan a noté qu'elle s'est appuyée sur des informations publiées dans un rapport universitaire réputé et a déclaré que « les journalistes doivent avoir le droit de publier des informations qui leur sont fournies par des sources fiables sans revérifier dans chaque cas si la publication était légale, à moins qu'il n'existe une base matérielle permettant de conclure qu'il y a un risque que la publication originale ne soit pas légale » [paragraphe 187]. Toute action pour la publication d'informations incorrectes ne pouvait être intentée que contre l'éditeur initial et non contre les éditeurs ultérieurs de ces informations.

En conséquence, O'Regan aurait jugé qu'il était approprié de développer la *common law* afin d'exiger que les médias agissent raisonnablement lorsqu'ils publient des faits privés mais que, dans le cas présent, Smith a agi raisonnablement et ne devrait donc pas être tenue responsable de la publication des identités et de la séropositivité de NM, SM et LH.

Le juge en chef Langa n'était pas d'accord avec la majorité pour dire que Smith n'avait pas réussi à réfuter la présomption d'intention, et il aurait jugé que les faits ne révélaient pas que Smith, de Lille et New Africa Books « prévoient subjectivement la possibilité que leur action cause un préjudice » [paragraphe 93]. Le juge en chef a décrit Smith et New Africa Books comme des défenseurs médiatiques et a convenu avec la juge O'Regan que les médias devraient être tenus à une norme plus élevée que les personnes ordinaires afin de « s'assurer que le droit vital de la liberté d'expression n'est pas utilisé d'une manière qui porte atteinte de façon inappropriée à d'autres droits constitutionnels » [paragraphe 94]. Il a également fait référence au témoignage de M. Harber selon lequel les journalistes ne peuvent pas divulguer la séropositivité d'une personne sans son consentement éclairé, et a souligné que le fait qu'un document sur lequel les médias s'appuient puisse être un rapport officiel ne donne pas aux médias le droit de supposer qu'ils peuvent automatiquement publier toute information contenue dans ce rapport sans enquête supplémentaire. Le juge en chef aurait jugé qu'un journaliste raisonnable « aurait prévu la possibilité qu'il n'y ait pas eu de consentement » et aurait pris des mesures pour éviter le préjudice qui se produirait si l'identité des femmes était publiée [paragraphe 111].

Le juge Sachs a également discuté de l'évolution de la *common law* dans l'affaire Bogoshi et a noté que l'introduction de l'exigence du caractère raisonnable visait à « prévenir l'effet dissuasif indu d'énormes demandes potentielles de dommages et intérêts à la suite d'une erreur honnête », car elle a introduit une défense pour un média qui doit démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables pour vérifier la vérité d'une allégation [paragraphe 203]. Le juge Sachs a fait remarquer que rien ne laissait penser que Smith n'avait pas été sincère dans sa certitude erronée que les femmes avaient rendu leur séropositivité publique, mais il a souligné que « compte tenu de l'extrême sensibilité de l'information

en cause, elle aurait dû tout mettre en œuvre pour la vérifier » [paragraphe 205]. Le juge Sachs aurait considéré que la conduite de Smith n'était pas raisonnable.

SENS DE LA DECISION

Issue : Résultat mitigé

La Cour constitutionnelle a mis en balance les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, et a imposé aux médias des obligations importantes afin de prendre des mesures pour vérifier les informations avant de publier des faits privés, notamment en exigeant de s'assurer que la divulgation d'informations médicales confidentielles a fait l'objet d'un consentement complet et éclairé.

PERSPECTIVE GLOBALE

Sommaire des références

Normes, lois ou jurisprudences nationales

- Afrique du Sud, Const., art. 14
- Afrique du Sud, Const. art. 16
- Afrique du Sud, Bernstein c. Bester, (CCT23/95) [1996] ZACC 2.
- Afrique du Sud, S c. Manamela, 2000 (3) SA 1 (CC)
- Afrique du Sud, National Media Ltd c. Jooste 1996 (3) SA 262 (A)
- Afrique du Sud, Pakendorf c. De Flamingh 1982 (3) SA 146 (A)
- Afrique du Sud, National Media Ltd c. Bogoshi, 1998 (4) SA 1196 (SCA)
- Afrique du Sud, Khumalo and others c. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC).
- Afrique du Sud, Mthembi Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd, 2004 (6) SA 329 (SCA)

Autres normes, lois ou jurisprudences nationales

- États-Unis, Whitney c. Californie, 274 U.S. 357 (1927).

IMPORTANCE DE L'AFFAIRE

La décision établit un précédent contraignant ou persuasif dans sa juridiction.

DOCUMENTS OFFICIELS DE L'AFFAIRE

- [Jugement](#) (anglais)