

## Besprechung / Compte rendu

### Ghostwriter

ALESSANDRA VON PLANTA

Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI, 47, Stämpfli Verlag, Berne 1998, 184 p., broché, CHF 68.– /DEM 88.–, ISBN 3-7272-0597-0

La notion de «nègre» («ghostwriter», soit littéralement: écrivain-fantôme) est connue: il s'agit de l'auteur d'une œuvre littéraire qui consent à ce que celle-ci soit publiée sous le nom d'un tiers. Comme le rappelle Alessandra von Planta, auteur de cette récente thèse zurichoise, l'institution du nègre est établie de longue date dans le monde littéraire (on se souvient du conflit judiciaire ayant opposé Alexandre Dumas [à qui se réfère l'auteur en citant le «Comte de Monte-Cristo», p. 7] à l'un de ses nègres, Auguste Marquet), mais également dans le monde scientifique ou encore politique.

Partant de ce constat et vu l'absence d'étude approfondie consacrée à ce sujet en droit suisse – mise à part un article du Professeur MANFRED REHBINDER –, il paraissait légitime d'en dresser un tableau détaillé dans le cadre d'une thèse de doctorat, ce qui a désormais été accompli avec clarté.

L'ouvrage se divise en deux parties. Dans la première partie, est traitée la question des relations contractuelles existant entre le nègre et son cocontractant. Sont ainsi exposés les thèmes usuels du droit contractuel tels que la qualification du contrat (celle-ci étant examinée sous deux angles, selon que le nègre a déjà ou non créé l'œuvre devant être publiée sous le nom du cocontractant), les obligations respectives des parties et la fin du contrat.

Aussi intéressantes que soient les questions juridiques évoquées dans la première partie de la thèse, force est toutefois de considérer que c'est dans la seconde partie qu'est traitée la problématique centrale de la thèse. En effet, cette partie est consacrée à la question de la validité juridique de la «convention de nègre» («Ghostwriter-abrede» selon la terminologie de l'auteur). L'objet de cette seconde partie est ainsi de déterminer si, en droit suisse, l'auteur peut valablement autoriser un tiers à publier l'œuvre sous son propre nom, en lui cédant notamment son droit à la paternité (art. 9 al. 1 LDA).

Après une présentation critique des opinions doctrinales émises sur cette question (H. STOLZ, R. OSENBERG, M. REHBINDER), Alessandra von Planta constate que celles-ci ne prennent pas suffisamment en compte les réalités de la pratique par le fait qu'elles consacrent toutes le caractère inaliénable du droit moral et particulièrement du droit à la paternité et permettent ainsi au nègre de faire valoir en tout temps son droit à la paternité sur les œuvres nonobstant la cession (p. 93). Sont en outre reprochées à ces théories le fait qu'elles n'offrent pas de critères objectifs permettant de définir les conditions de validité du contrat de cession des droits.

S'attachant à présenter sa propre solution, l'auteur reprend le principe selon lequel la cession des prérogatives découlant du droit moral (en particulier le droit à la paternité) n'est possible que pour autant que le noyau dur («Kernbereich») du droit moral – supposé correspondre au droit de la personnalité – soit préservé (p. 108). Appliquant ce principe à la cession du droit à la paternité, elle admet alors que celle-ci serait valable pour autant que le droit de la personnalité de l'auteur, soit son honneur et sa réputation, ne soit pas atteint (p. 112). Considérant que les œuvres peuvent exercer une certaine influence sur la personnalité de leur créateur (toute œuvre étant supposée susceptible d'affecter l'honneur et la réputation de son créateur), ou plus précisément sur la personne qui sera connue du public comme étant leur créateur, Alessandra von Planta en conclut que la personnalité du nègre ne pourra être atteinte que lorsque trois conditions cumulatives sont remplies: tout d'abord, il faudra que le public ait connaissance de l'identité du véritable créateur de l'œuvre (par hypothèse: le nègre); il faudra ensuite que l'œuvre comporte une certaine empreinte personnelle, faute de quoi le

public ne pourra faire de lien entre l'œuvre et son créateur; enfin, cette empreinte personnelle devra être celle du nègre, et non celle de la personne sous le nom de qui l'œuvre est publiée. Elle en déduit alors que lorsque les trois conditions précitées seront réunies, la cession du droit à la paternité serait nulle, en raison de la prétendue atteinte au droit de la personnalité (à l'honneur et à la réputation) du nègre (p. 115) qui en résulterait. Dès lors, le droit de la personnalité du nègre (en particulier le droit à son honneur et sa réputation) n'étant pas lésé par la publication de l'œuvre sous le nom d'un tiers (p. 121), le droit de la personnalité du nègre ne limiterait aucunement la pleine cessibilité du droit à la paternité.

Si la conclusion à laquelle aboutit ainsi Alessandra von Planta peut être approuvée, l'on peut toutefois émettre quelques réserves sur le raisonnement qui est suivi pour y parvenir. Rappelons en effet que la démonstration faite dans la thèse repose sur l'affirmation selon laquelle une œuvre est susceptible d'exercer une certaine influence sur la réputation dont jouit son créateur au sein du public. Sur cette base, ont été élaborées les trois conditions cumulatives rappelées ci-dessus supposées permettre de déterminer dans chaque cas d'espèce si la personnalité du nègre (en particulier sa réputation) est affectée par la divulgation de l'œuvre sous le nom d'un tiers. L'auteur de la thèse en conclut alors directement que lorsque ces trois conditions sont remplies, la cession du droit à la paternité serait illicite, en raison de la prétendue violation du droit de la personnalité du nègre qui en découlerait.

Or, force est de constater que le raisonnement ainsi conduit néglige l'indispensable distinction qu'il convient d'opérer entre le fait que, d'une part, l'œuvre puisse exercer une certaine influence sur la réputation de son créateur et, d'autre part, que cette œuvre puisse porter atteinte à la réputation de son créateur. En effet, que l'œuvre puisse exercer une certaine influence sur la réputation de son auteur ne signifie pas encore (et tant s'en faut) que l'œuvre porte automatiquement atteinte à la réputation de ce dernier. Si l'on conçoit ainsi aisément que la réputation dont jouit un créateur aux yeux du public puisse être influencée d'une manière positive ou négative par la divulgation d'une de ses œuvres, il n'en demeure pas moins que cet éventuel effet sur la réputation n'implique pas encore que la publication de l'œuvre porte effectivement atteinte à l'honneur ou à la réputation (tels qu'ils sont protégés par l'art. 28 CC) du créateur, et ce tout particulièrement dans le cas d'un nègre, dont l'œuvre est divulguée sous le nom d'un tiers. Concrètement, cela signifie donc que, même en admettant que les trois conditions évoquées par Alessandra von Planta seraient remplies dans un cas d'espèce, on ne pourrait en déduire automatiquement l'existence d'une quelconque atteinte à la personnalité (honneur et réputation) du nègre qui rendrait illicite la cession du droit à la paternité, d'où le relatif manque de pertinence des critères développés dans la thèse.

Rappelons en effet qu'une atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur (au sens de l'art. 28 CC) suppose que soit démontrée une atteinte à la considération personnelle ou professionnelle dont jouit la personne au sein de la société (P. TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, n° 477 p.69). On ne voit dès lors pas dans quelles hypothèses un nègre pourrait démontrer l'existence d'une telle atteinte à sa réputation suite à la divulgation sous le nom d'un tiers (et avec son consentement) d'une œuvre qu'il aurait écrite.

D'ailleurs, même à considérer qu'une telle atteinte soit théoriquement imaginable, il faut encore rappeler que toute atteinte aux droits de la personnalité protégés par l'art. 28 CC (en particulier l'honneur et à la réputation) est exclue, lorsque la personne en cause a donné son consentement – même tacite – à cette atteinte (art. 28 al. 2 CC). Or précisément, lorsqu'un nègre s'engage contractuellement à ce que son œuvre soit publiée sous le nom d'un tiers, il consent implicitement aux (très hypothétiques) atteintes à son droit de la personnalité qui pourraient en résulter. Dès lors, faute d'atteinte illicite à l'honneur du nègre, la cession du droit à la paternité ne pourrait jamais être considérée comme nulle pour atteinte à l'honneur ou à la réputation du nègre.

Afin de déterminer avec clarté les conditions de validité de la cession du droit à la paternité au-delà de la très hypothétique question des atteintes à l'honneur et à la réputation du nègre, il aurait peut-être paru souhaitable d'analyser plus en profondeur ces conditions au regard de l'art. 27 al. 2 CC (voir A. THÉVENAZ, *La protection contre soi-même*, Etude de l'article 27 al. 2 CC, thèse Lausanne, Berne 1997, n° 308 p. 194), cet article fondamental n'étant que très brièvement évoqué dans ce contexte (p. 138).

Enfin, et bien qu'il s'agisse d'une thèse de droit suisse, on peut regretter que l'auteur n'ait pas davantage profité de se référer à la très riche jurisprudence française rendue à ce sujet (en particulier à l'arrêt *Anne Bragance c/Michel de Grèce*, publié in: *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*,

1989, n° 142, p.301; voir les autres arrêts cités par PIERRE-YVES GAUTIER, L'œuvre écrite par autrui, RIDA 1989, n° 139, 63 ss, 75 ss), vu l'inexistence de jurisprudence publiée en Suisse.

En dépit de ces quelques critiques qui ne diminuent en rien l'intérêt de la thèse, la lecture de l'ouvrage d'Alessandra von Planta doit être vivement recommandée à toute personne désireuse de se familiariser avec ce sujet jusqu'alors négligé du droit suisse.

*Dr Jacques de Werra, Genève*