

Anne Laure Bandle (éd.)

Transactions d'art

Risques et responsabilités



Etudes en droit de l'art
Studien zum Kunstrecht
Studies in art law

29

Helbing Lichtenhahn

Anne Laure Bandle (éd.)

Transactions d'art

Risques et responsabilités

Helbing Lichtenhahn

Etudes en droit de l'art
Studien zum Kunstrecht
Studies in Art Law

Collection éditée par
Reihe herausgegeben von
Series edited by

Fondation pour le droit de l'art
Art Law Foundation
Centre universitaire du droit de l'art
Art-Law Centre

Université de Genève
Uni Mail – Faculté de droit
40, boulevard du Pont d'Arve
1205 Genève, Suisse
info@artlawfoundation.com
www.artlawfoundation.com

art-droit@unige.ch
www.unige.ch/cda

Couverture : Jo Holdsworth, *Into the Light*, 2020
www.joholdsworthstudio.com
Image reproduite avec l'autorisation de Jo Holdsworth

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.dnb.de>

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

ISBN 978-3-7190-4636-1
© 2023 Helbing Lichtenhahn, Bâle
www.helbing.ch



Avant-propos

Conclure une transaction portant sur une œuvre d'art pour plusieurs millions de francs sur la base de la confiance et d'une poignée de main. Ce qui semble être inconcevable dans d'autres marchés était une pratique établie dans le monde de l'art, où la réputation de ses acteurs, fondée sur leur fiabilité et leur réseau, était la condition préalable essentielle à la réalisation d'une vente.

Si la culture de la confidentialité a caractérisé le marché de l'art pendant de nombreuses décennies, elle est aujourd'hui critiquée pour son opacité.

Lentement mais sûrement, on assiste à un mouvement vers une transparence accrue pour rendre le marché plus accessible et plus responsable. Cependant, des impératifs commerciaux et juridiques exigent la confidentialité. Il en résulte une tension entre les acteurs du marché de l'art, de plus en plus ressentie avec le développement des ventes en ligne et la méfiance à l'égard des pratiques et procédures traditionnelles.

La législation contre le blanchiment d'argent ne cesse de se durcir aux niveaux européen et suisse, exigeant des personnes concernées de rassembler de nombreuses informations préalablement à une transaction. En Suisse, un projet de loi fédérale « sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques » est actuellement mis en consultation. Cette loi ne mentionne pas le marché de l'art, mais conduirait en particulier à l'instauration d'un registre des ayants droit économiques des personnes morales de droit suisse et de certaines entités de droit étranger, entités auxquelles les particuliers font souvent recours pour détenir, acheter et vendre des œuvres d'art.

Actuellement, le Tribunal fédéral exige des acheteurs de bonne foi une diligence accrue dans les secteurs particulièrement exposés à des biens d'origine douteuse, dont le commerce d'œuvres d'art et d'antiquités. Le Tribunal fédéral a déterminé que ce devoir de diligence accru s'applique non seulement aux marchands d'art, mais aussi aux collectionneurs ayant des connaissances particulières de ce marché, qu'il y ait ou non des raisons de suspicion. Par conséquent, il s'agira de vérifier l'identité du vendeur et l'origine de l'objet pour pouvoir se prévaloir d'une acquisition de bonne foi. En règle générale, le collectionneur cherchera à obtenir du vendeur des informations sur la provenance, des documents douaniers concernant l'exportation et l'importation de l'œuvre ainsi que des extraits récents des registres d'œuvres d'art volées. La bonne foi peut être compromise lorsque des circonstances suspectes apparaissent dans la provenance d'un bien culturel, cependant sans pou-

Avant-propos

voir définir clairement quelles circonstances suspectes peuvent la remettre en question. Il convient d'être particulièrement prudent lorsqu'un bien culturel est proposé à un prix très bas ou lorsque le transfert est effectué dans des circonstances inhabituelles, par exemple l'exigence d'un paiement en espèces malgré le prix élevé. En cas de doutes sur l'origine de l'œuvre, l'acquéreur doit se renseigner davantage.

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le transfert des biens culturels (LTBC) en 2005, toute personne qui vend une œuvre d'art doit s'assurer qu'elle n'a pas été volée ou soustraite à son propriétaire sans son consentement. En outre, tout marchand d'art ou collectionneur professionnel, agissant pour son propre compte ou pour le compte de tiers, doit établir l'identité du vendeur et de l'intermédiaire éventuel, à savoir de la personne qui le représente. La LTBC n'exige pas l'identification du détenteur économique du bien, comme c'est systématiquement le cas pour l'intermédiation financière. Toutefois, le marchand d'art doit obtenir une déclaration écrite et signée du vendeur ou de l'expéditeur de l'œuvre confirmant son droit d'en disposer et tenir un registre des acquisitions.

Il découle de ces exigences que seules les parties impliquées dans une transaction – en fonction du rôle qu'elles assument, qui doit être clarifié avant tout engagement – doivent chercher à obtenir des informations sur la provenance et l'origine des fonds. Rien ne permet au grand public d'avoir accès à ces informations, et la confidentialité est de mise.

Cet ouvrage illustre la complexité des transactions d'œuvres d'art, surtout lorsque plusieurs personnes sont impliquées, ce qui est fréquemment le cas, de même que l'importance de retracer toute la chaîne des intervenants, de clarifier leurs rôles et de structurer les relations contractuelles avant de s'engager dans l'achat ou la vente d'une œuvre d'art. Il revient sur les risques qui peuvent survenir dans le cadre de transactions portant sur des œuvres d'art et des biens culturels. Cet ouvrage traite également de questions d'actualité dans le monde de l'art, notamment celles relatives à la restitution de biens spoliés ou en provenance de pays décolonisés, ou encore les œuvres et les jetons numériques (NFTs).

L'éditrice et les auteurs remercient vivement Monsieur Jérôme Voumard, Madame Lara Tang et leur équipe au sein des Éditions Helbing Lichtenhahn pour la réalisation de cette publication.

Genève, septembre 2023

Anne Laure Bandle
Éditrice

Liste des autrices et auteurs

Anne Laure Bandle

Dr en droit

Avocate à Genève, directrice de la Fondation pour le droit de l'art, chargée de cours aux Universités de Fribourg et de Genève

Dirk Boll

Dr en droit

Deputy Chairman of 20th and 21st Century Art, Christie's, Londres, professeur à l'Institut für Kultur- und Medienmanagement (KMM) de Hambourg

François Chaix

Dr en droit

Juge fédéral et vice-président du Tribunal fédéral

Florian Ducommun

LL.M

Avocat à Rolle

Anne-Grace Kleczewski

MLaw

Conseillère juridique

Sibylle Loyrette

LL.M

Avocate à Zurich et Paris, chargée de cours à l'Université Zürcher Hochschule der Künste de Zurich

Leïla Ménétreay

MLaw

Avocate à Genève

Christian de Preux

Avocat à Genève

Marc-André Renold

LL.M

Avocat à Genève, professeur honoraire de l'Université de Genève, titulaire de la Chaire UNESCO en droit international de la protection des biens culturels

Albane de Ziegler

MLaw

Juriste d'entreprise, titulaire du brevet d'avocat

Sommaire

Avant-propos	V
Liste des autrices et des auteurs	VII
Liste des abréviations	XI
Bibliographie	XV
§ 1 The Covid Crisis as Catalyst for Long-Overdue Structural Developments on the Art Markets	1
<i>Dirk Boll</i>	
§ 2 Bonne foi	9
<i>Christian de Preux/Leila Ménétreay</i>	
§ 3 Biens spoliés et biens coloniaux	27
<i>Marc-André Renold</i>	
§ 4 Authenticité des œuvres d'art – entre faux, craintes et découvertes	41
<i>Anne Laure Bandle</i>	
§ 5 Origine des fonds	63
<i>Sibylle Loyrette</i>	
§ 6 Entraide internationale en matière pénale : état de la jurisprudence	79
<i>François Chaix</i>	
§ 7 Courtage dans le marché de l'art	101
<i>Albane de Ziegler</i>	
§ 8 Œuvres et jetons numériques (NFTs)	123
<i>Florian Ducommun/Anne-Grace Kleczewski</i>	

§ 3

Biens spoliés et biens coloniaux

Marc-André Renold*

Table des matières

	N
I. Spoliations durant la Seconde Guerre mondiale	6
A. L'exemple du Paysage du Jura légué au Canton du Jura	6
B. Principes de Washington et situation en Suisse	10
C. Restitutions par des musées suisses	19
II. Biens pillés dans un contexte colonial	23

Les transactions en matière d'œuvres d'art et de biens culturels ne peuvent aujourd'hui faire abstraction de la question centrale de la provenance. Or qui dit provenance, dit risque de découverte d'une spoliation, qu'il s'agisse d'une spoliation relevant de la Seconde Guerre mondiale ou résultant de la période coloniale. Que faire lorsque tel est le cas ?

Nous commencerons par examiner un cas d'école, celui du Paysage du Jura de Courbet légué au canton du Jura (I.), avant de voir ce que l'on peut envisager en droit suisse comme mesure pour les biens culturels spoliés pendant la Seconde Guerre mondiale (II.) ou les biens pillés à l'époque coloniale (III.).

Le terme « **biens spoliés** » recouvre ici tous les objets d'art et biens culturels volés et pillés dans le cadre de la persécution des juifs par le national-socialisme sur les territoires occupés par les nazis entre 1933 et 1945 ainsi que dans l'immédiate après-guerre¹. Le terme « **biens coloniaux** » concerne quant à lui les biens culturels pris dans les colonies pendant la période coloniale. Ces deux situations recouvrent des réalités historiques différentes, mais elles ont suffisamment de liens pour être traitées ensemble².

* L'auteur remercie Morgane Desboeufs, assistante au Centre du droit de l'art, pour ses commentaires et son aide dans la finalisation de l'appareil critique de la présente contribution.

1 RASCHÈR, *in* Mosimann/Renold/Raschèr, 581 N 711.

2 BANDLE/RENOLD, N 435.

§ 3 Biens spoliés et biens coloniaux

- 4 Pour les biens spoliés, il peut s'agir non seulement de tableaux de maîtres, mais également de sculptures, tapisseries, mobilier, armes, livres ou encore d'instruments de musique, soustraits à leurs propriétaires de confession juïaïque. Par ailleurs, et cela déjà avant le début de la Seconde Guerre mondiale, certaines victimes étaient contraintes de vendre leurs avoirs. Ces transactions, d'apparence tout à fait légale, ont été en réalité provoquées par des maltraitances et des taxes discriminatoires à l'encontre de la communauté juive³.
- 5 Les **biens coloniaux** sont le plus souvent des biens créés par les communautés qui se sont trouvées sous le joug des colonisateurs, arts premiers, biens ethnologiques ou encore restes humains.

I. Spoliations durant la Seconde Guerre mondiale

A. L'exemple du Paysage du Jura légué au canton du Jura

- 6 Le cas du legs en 2015 au canton du Jura d'une œuvre de Gustave Courbet est à cet égard un cas emblématique et vaut la peine que l'on s'y arrête un instant⁴.
- 7 Dans son testament, Monsieur Hugo Saemann léguait au canton du Jura le tableau « Paysage du Jura » peint par Gustave Courbet entre 1864 et 1872. Le tableau était totalement inconnu des experts et il existait un risque, relaté par des témoignages familiaux, qu'il ait été acquis en Allemagne en 1939. Le canton du Jura s'est inquiété de cet état de fait, estimant qu'il y avait un risque que le tableau ne soit pas authentique ou qu'il ait été spolié, et a mené une enquête détaillée sur la provenance de ce tableau avant de décider de son acceptation du legs.
- 8 Ayant consulté des spécialistes tant de l'artiste que des questions juridiques en la matière, le canton est arrivé à la conclusion que :
 - Le tableau était authentique, même s'il n'avait jamais été répertorié dans le catalogue raisonné de l'artiste ;
 - Le tableau n'avait pas, jusqu'à preuve du contraire, été spolié.
- 9 Ainsi, même s'il n'existait pas une obligation légale de vérifier la provenance du legs (on rappellera que le canton du Jura n'est pas un marchand d'art soumis aux exi-

3 RASCHÈR, in Mosimann/Renold/Raschèr, 581 N 712. Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre A, 2 juin 1999 ; ceci a également été retenu dans la « *Inter-Allied Declaration against Acts of Dispossession committed in Territories under Enemy Occupation and Control* » du 5 janvier 1943 des Nations Unies, paragraphe 4.

4 Les péripéties autour de cette enquête ont été relatées dans le détail dans l'ouvrage de GÜDEL.

gences de la LTBC⁵, notamment son art. 16⁶, et que les donations et legs ne sont pas, à teneur de l'art 1. let. f OTBC⁷, soumis aux exigences de la LTBC), le canton a tout fait pour éviter de se trouver en possession d'une œuvre spoliée. De plus, il a indiqué que s'il s'avérait par la suite que le tableau avait en réalité fait l'objet d'une spoliation, le canton le restituerait aux ayants droits.

B. Principes de Washington et situation en Suisse

Le risque envisagé par le canton du Jura était en particulier celui d'une spoliation 10 par le « *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* » (ERR), une division du bureau de la politique étrangère du NSDAP (Parti national-socialiste des travailleurs allemands) spécialement créée à l'unique fin de mener le plus important pillage organisé d'œuvres d'art que l'histoire ait connu⁸. Les répercussions de ces spoliations sur le marché de l'art se ressentent encore aujourd'hui et ne cesseront pas de sitôt. Le marché de l'art suisse a été particulièrement concerné par de telles œuvres spoliées.

Déjà au début de la Seconde Guerre mondiale, les objets d'art spoliés ont fait l'ob- 11 jet d'un commerce sur le marché suisse. En effet, la Suisse était non seulement un refuge pour quelques importants collectionneurs et marchands d'art persécutés et obligés de revendre leurs collections, mais elle permettait également au régime Nazi d'y trouver des acheteurs intéressés peu soucieux de la provenance des objets d'art mis en vente⁹. La Suisse fut, comme d'autres, rappelée à l'ordre par la « **Déclaration de Londres** » de janvier 1943¹⁰ des gouvernements alliés, qui a notablement compliqué la vente d'objets confisqués venant de l'étranger. Les pays signataires de cette déclaration s'engageaient à faire tout leur possible pour limiter les méthodes d'expropriations pratiquées par les pays avec lesquels ils étaient en guerre. Elle leur permettait de déclarer comme non valable les transferts et transactions relatifs aux objets spoliés se trouvant sur les territoires occupés. Ces dispositions préventives n'ont toutefois pas évité l'abondance sur le marché d'art suisse d'œuvres spoliées,

5 Loi sur le transfert international de biens culturels du 20 juin 2003, RS.444.1.

6 L'art. 16 LTBC impose un devoir de diligence dans le commerce d'art et dans les ventes aux enchères. L'objet ne peut ainsi faire l'objet d'un transfert que si la personne qui le cède peut présumer, au vu des circonstances, que ce bien : n'a pas été volé ni enlevé à son propriétaire sans sa volonté et ne provient pas de fouilles illites (al. 1 let. a) ; n'a pas été importé illicitement (al. 1 let. b). A cette fin, un certain nombre de contrôle sont requis tel qu'établir l'identité du fournisseur et du vendeur (al. 2 let. a), d'exiger de ceux-ci une déclaration écrite sur leur droit de disposer du bien culturel ou encore de tenir un registre des acquisitions de biens culturels (al. 2 let. c).

7 Ordonnance sur le transfert international des biens culturels du 13 avril 2005, RS.444.11.

8 Voir LYNN.

9 SCHNABEL/TATZKOW, 52 ss.

10 Pour le texte complet de cette déclaration, ainsi que plus d'informations y relatif, voir LORENTZ, 8 ss ainsi que l'annexe III.

§ 3 Biens spoliés et biens coloniaux

qui se sont fondues durant des décennies dans la masse des objets de provenance légitime¹¹.

- 12 Après les procès de Nuremberg condamnant les multiples crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, la problématique de la restitution d'objets d'art spoliés a été étouffée dans un silence oppressant. Ce n'est qu'avec la chute du mur de Berlin et de l'Union soviétique au début des années nonante que l'Allemagne a ouvert ses archives nationales ce qui a permis à diverses organisations privées et commissions gouvernementales de rechercher la provenance de nombreuses œuvres et, finalement, de relancer le débat¹².
- 13 Aujourd'hui la Suisse n'a toujours pas de réglementation spécifique aux spoliations d'œuvres d'art¹³. La propriété de ces objets sera donc déterminée d'après les règles pertinentes du code civil (CC)¹⁴ et du code des obligations (CO)¹⁵. Il en résulte une situation ambivalente compte tenu de la dichotomie entre le droit positif qui protège l'acquéreur de bonne foi, d'une part, et l'engagement actif des musées et des acteurs du marché de l'art, d'autre part, pour localiser les œuvres pillées et, si nécessaire, les restituer aux propriétaires originaux ou à leurs héritiers.
- 14 Par ailleurs, la **Conférence de Washington** organisée en décembre 1998 a abouti à l'établissement de 11 **principes** directeurs, à laquelle les 44 États participants se sont engagés à implémenter un cadre normatif visant la recherche et la restitution des œuvres d'art spoliées¹⁶. Les principes portent essentiellement sur la recherche d'œuvres d'art spoliées. Les musées, les maisons de vente aux enchères, les marchands d'art et les autres parties intéressées sont invités à examiner leurs fonds, à rendre les documents et archives pertinents accessibles aux chercheurs, et en par-

11 KUNZE, 6. À la suite de la déclaration de Londres, la Suisse a adopté un arrêté en décembre 1945 concernant la restitution des biens spoliés sur les territoires faisant l'objet d'une occupation de guerre. Elle permettait aux victimes de spoliation de revendiquer tous les biens qui se trouvaient en Suisse contre le possesseur, qu'il importe qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi lors de l'acquisition du bien. En effet, cet arrêté suspendait le droit matériel applicable en la matière, notamment les règles du code civil concernant l'acquisition de la propriété. Néanmoins, l'application du texte avait une durée limitée puisque les demandes en revendication ne pouvaient être intentées que jusqu'au 31 décembre 1947. En outre, le texte excluait les personnes qui avaient été spoliées sur le territoire allemand, autrichien et celui de la Tchécoslovaquie (anciennement). Finalement les biens culturels spoliés devaient se trouver en Suisse pour pouvoir être revendiqués. Arrêté du Conseil fédéral du 10 décembre 1945. Voir notamment BANDLE/RENOLD, N 446.

12 RASCHÈR, *in* Mosimann/Renold/Raschèr, 586, N 732.

13 RASCHÈR/KUPRECHT/FISCHER, *in* Mosimann/Renold/Raschèr, 586, N 732.

14 Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS.210.

15 Loi fédérale complétant le code civil du 30 mars 1911, RS. 220.

16 Les directives de Washington peuvent être consultées en ligne sur le site Internet de l'Office fédéral de la culture, <<https://www.bak.admin.ch/bak/fr/home/patrimoine-culturel/l-art-spolie.html>> (consulté le 3.7.2023).

ticulier à clarifier la provenance des œuvres d'art en vue d'une éventuelle confiscation par les nazis (principes I-III). Les directives traitent également des exigences en matière de preuve, qui doivent être traitées avec souplesse compte tenu du temps écoulé et des circonstances particulières de l'Holocauste (principe IV), ainsi que de l'effort de publication des informations pertinentes pour l'identification des œuvres (principes V-VII). Pour les œuvres identifiées comme ayant été confisquées par les nazis, une solution juste et équitable doit être recherchée avec les héritiers, « sachant qu'il peut y avoir plusieurs variantes en fonction des faits et des circonstances propres à un cas donné » (principe VIII). Des solutions justes et équitables doivent également être recherchées en ce qui concerne les œuvres d'art confisquées par les nazis dont les propriétaires d'avant-guerre ou leurs héritiers ne peuvent être retrouvés (principe IX). Des commissions ou d'autres organes doivent être créés pour identifier et résoudre les différends (principe X), et des mécanismes de résolution amiable doivent être privilégiés pour régler les différends de droit de propriété (principe XI).

Les Principes de Washington définissent l'art spolié par les nazis comme « les œuvres d'art confisquées par les nazis » (principes I, III, V, VII-X). En pratique, il existe un désaccord sur la question de savoir si les Principes de Washington doivent s'appliquer non seulement aux œuvres d'art pillées (*Raubkunst*), mais aussi à « **l'art en fuite** » (« *Fluchtkunst* »), c'est-à-dire aux œuvres d'art qui ont été vendues en temps de guerre et de crise par des personnes qui fuyaient ou émigraient en raison de persécutions¹⁷. Ces dernières œuvres ont été vendues de plein gré par leurs propriétaires de l'époque, et non confisquées contre leur volonté. 15

Pour l'Office fédéral de la culture, le seul facteur décisif pour l'application des Principes de Washington est de savoir si un transfert ou un changement de main s'étant produit entre 1933 et 1945 avait un effet confiscatoire ; par conséquent, que le vendeur en fuite n'ait pas reçu une contrepartie suffisante pour l'œuvre d'art¹⁸. 16

Les Principes de Washington ne constituent toutefois que des recommandations, tant il était difficile de trouver un compromis compatible avec les différentes législations concernées¹⁹. Bien que non contraignants, ces principes novateurs ont été fondamentaux à la sensibilisation de la collectivité au problème des spoliations d'œuvres d'art et ont débouché à de nouvelles voies pour les victimes dépossédées. On mentionnera également l'attitude proactive des grandes maisons de vente aux 17

17 RASCHÈR/KUPRECHT/FISCHER, in Mosimann/Renold/Raschèr, 511.

18 Voir Office fédéral de la culture, Glossaire art spolié à l'époque du National-Socialisme, juillet 2019, <<https://www.bak.admin.ch/bak/fr/home/patrimoine-culturel/l-art-spolie.html>> (consulté le 3.7.2023).

19 Voir RASCHÈR, in Mosimann/Renold/Raschèr, 589 N 742.

§ 3 Biens spoliés et biens coloniaux

enchères qui, lorsqu'une œuvre potentiellement spoliée leur a été confiée, tentent de résoudre un éventuel litige en réunissant vendeur et tiers revendeur en vue de tenter de trouver une solution pragmatique.

- 18 Une discussion a vu le jour récemment en Suisse autour de la création d'une Commission indépendante sur le sujet. Une motion parlementaire a été déposée en décembre 2021 demandant que soit créée une commission nationale indépendante chargée, à l'avenir, d'émettre des recommandations sur la restitution aux propriétaires d'origine des biens culturels spoliés par les persécutions nazies²⁰. Cette motion, qui a été acceptée par le Conseil fédéral le 16 février 2022, fait suite à une avalanche de critiques persistantes concernant l'exposition de la très controversée collection d'Emil Georg Bührle dans la nouvelle extension du Kunsthaus de Zurich²¹. Le 5 mai 2022, est également acceptée par le Conseil fédéral une motion visant à la mise sur pied d'une plateforme dédiée à la recherche en provenance des biens culturels en Suisse²². Ces deux motions ont été soutenues par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États (CSEC-E) en août 2022²³.

C. Restitutions par des musées suisses

- 19 Deux exemples illustrent bien l'implication des commerçants et musées suisses dans la restitution d'œuvres d'art spoliées. Le Musée d'art des Grisons à Coire a spontanément donné lieu à une requête de restitution d'août 1999²⁴. Cette requête portait sur le tableau « Nähsschule – Arbeitssaal im Amsterdamer Waisenhaus » (1876) de Max Liebermann, qui appartenait jusqu'en 1934 à l'entrepreneur et collectionneur Max Silberberg, forcé de s'en séparer en raison de difficultés financières provoquées par les persécutions dont il fut victime. L'acquéreur, le banquier suisse Adolf Jöhr, l'a finalement légué au Musée de Coire en 1992 au décès de son épouse, Marianne Krüger-Jöhr. Après une première réponse un peu trop précipitée de la Fondation de la Collection d'art des Grisons de restituer l'œuvre inconditionnellement aux héritiers Silberberg, la Fondation a quêté un temps de réflexion supplémentaire afin de pouvoir consulter les nouvelles pièces sur la provenance du tableau. Finalement, les membres de cette Fondation sont restés sur leur première décision et ont approuvé la sortie du tableau de leur collection en mai 2000.

20 ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, Motion Pult du 19 décembre 2021, 21.4403. <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20214403>> (consulté le 3.7.2023).

21 KUNSTHAUS ZÜRICH, La Collection Emil Bührle au Kunsthaus: Une collection de renommée mondiale et son histoire, <<https://buehrle.kunsthau.ch/fr/>> (consulté le 3.7.2023); HICKLEY.

22 ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, motion 22.3023, <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20223023>> (consulté le 3.7.2023).

23 ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, communiqué de presse du 23 août 2022, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wbk-s-2022-08-23.aspx>> (consulté le 3.7.2023).

24 BUNDLE/CONTEL/RENOLD.

§ 3 Biens spoliés et biens coloniaux

sitions à venir par référence à la politique d'acquisition des musées et des institutions patrimoniales de la Ville de Genève » (art. 1). Certains musées revoient également le contenu de leur collection en axant leur réflexion sur la « décolonisation » de ces dernières ou encore sur la mise en place d'expositions plus transversales⁶⁵. Ils se penchent également, inévitablement, sur la problématique.

- 44 Sur le plan fédéral, une motion a été déposée en juin 2020 par le Conseiller aux États Carlo Sommaruga, afin que soit établie une procédure fédérale pour que les musées de Suisse participent à la restitution des biens culturels enlevés à l'époque coloniale⁶⁶. Retirée, elle a néanmoins permis au Conseil fédéral de faire le point sur la question. Le débat a aussi été porté au niveau de la francophonie.
- 45 Finalement, lors du soutien apporté par la CSEC-E à la motion concernant la mise en place d'une commission indépendante chargée de formuler des recommandations pour les biens culturels confisqués à l'époque du national-socialisme, il a également été suggéré que la mise en place d'un tel mécanisme concernant les biens coloniaux confisqués soit, à l'avenir, examinée⁶⁷.

65 Voir notamment le communiqué de presse du MEG établissant sa stratégie muséologique vis-à-vis de sa collection. MUSÉE D'ETHNOGRAPHIE DE GENÈVE, Le MEG engage un processus décolonial et réoriente sa stratégie muséologique, 2 juillet 2020, <https://www.ville-ge.ch/meg/pdf/presse_60.pdf> (consulté le 3.7.2023).

66 Parlement suisse, adoption d'une procédure fédérale pour que les musées de Suisse participent à la restitution des biens culturels enlevés à l'époque coloniale, Motion 20.3754, 16 juin 2020. <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20203754>> (consulté le 3.7.2023).

67 ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, communiqué de presse du 23 août 2022, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wbk-s-2022-08-23.aspx>> (consulté le 3.7.2023).

§ 4

Authenticité des œuvres d'art – entre faux, craintes et découvertes

Anne Laure Bandle

Table des matières

	N
I. Quelques scénarios de ventes d'œuvres mal attribuées	2
A. Acquisition dans le cadre d'une vente aux enchères	3
B. Vente de gré à gré par le biais d'un intermédiaire	10
II. Responsabilité des expertes	14
A. Pratiques des expertes	15
B. Types d'expertises	20
1. <i>Connoisseurship</i> et expertise historique d'une œuvre d'art	21
2. Analyse d'une œuvre d'art par des moyens techniques	29
C. Limitations de responsabilité	33
D. Responsabilité vis-à-vis de tiers	35
E. Refus d'authentifier	44
1. Refus de délivrer un certificat ou une attestation d'authenticité	47
2. Refus d'inscrire une œuvre dans le catalogue raisonné	52
III. Vers la promotion d'un débat scientifique	58

Les litiges portant sur l'attribution d'une œuvre d'art se déroulent rarement devant les tribunaux. Cependant, les quelques jurisprudences en la matière permettent de définir la ligne adoptée par les tribunaux lorsqu'ils sont amenés à trancher les questions de responsabilité des acteurs impliqués¹. De tels litiges surviennent principalement lors de la vente d'une œuvre d'art, soit aux enchères, soit de gré à gré, généralement moyennant l'implication d'un marchand d'art (maison de ventes aux enchères, galerie d'art ou courtier en art) à qui l'on confie la tâche d'identifier l'objet mis en vente. Concrètement, les termes du contrat et la loi déterminent alors le degré de fiabilité de leurs conseils. Il arrive que les collectionneurs se tournent direc-

¹ Lorsque le sexe naturel n'a pas d'importance ou qu'il désigne indifféremment les personnes de sexe masculin ou féminin, l'une ou l'autre forme est utilisée dans ce chapitre.

§ 4 Authenticité des œuvres d'art – entre faux, craintes et découvertes

tement vers des expertes pour connaître du sort de l'œuvre qu'ils détiennent. Ces consultations *a priori* non rattachées à une transactions d'art, déploient couramment des effets sur celles-ci, parce que les parties impliquées se basent sur l'expertise pour acheter ou vendre l'œuvre en question. Comme expliqué dans le présent chapitre, cette confiance doit être relativisée compte tenu des réalités juridiques entourant ces expertises.

I. Quelques scénarios de ventes d'œuvres mal attribuées

- 2 Les ventes d'œuvres d'art mal attribuées exemplifient dans quelle mesure les informations établies par les marchands et sur lesquelles les acteurs du marché s'appuient, peuvent être erronées. Ce chapitre revient sur plusieurs scénarios de vente et traite de la responsabilité des marchands d'art pour les attributions erronées des œuvres mises en vente.

A. Acquisition dans le cadre d'une vente aux enchères

- 3 Lorsqu'un acheteur a acquis une sculpture d'Yves Klein, *Eponge bleue*, aux enchères, il était convaincu d'avoir fait une bonne affaire. Sa joie s'est rapidement transformée en déception quand il découvre que le support métallique sur lequel est montée l'éponge de Klein avait en fait été ajouté *post-mortem* par les héritiers de Klein. Dans le catalogue de la maison de ventes, la sculpture était décrite comme suit :

YVES KLEIN
1928-1962
Ohne Titel (Eponge Bleue).
1961.
*IKB Pigment und Kunstharz
auf Schwamm.*
*Ca. 6 × 6 × 6 cm
auf Metallständer,
Gesamthöhe 17.5 cm.*



I. Quelques scénarios de ventes d'œuvres mal attribuées

L'acheteur désenchanté a alors tenté d'invalidier le contrat de vente sur la base d'une 4
erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) et d'un dol (art. 28 CO), et subsidiairement
de la garantie pour défauts de la chose vendue (art. 197 CO), arguant que la légende
du catalogue attribuant entièrement l'œuvre à l'artiste était inexacte. La maison de
vente aux enchères, quant à elle, s'est référée aux conditions générales de la vente,
selon lesquelles tous les lots sont décrits au mieux de ses connaissances (« *nach bes-
tem Wissen und Gewissen* »). Dans ces conditions générales, la maison de vente aux
enchères décline toute responsabilité quant à la qualité des lots, y compris en ce qui
concerne l'exactitude des descriptions contenues dans le catalogue.

Selon le Tribunal fédéral, l'action de l'acheteur pour **erreur essentielle** échoue si 5
l'erreur concerne des défauts pour lesquels la maison de vente a exclu toute res-
ponsabilité². Par interprétation contractuelle, le juge doit déterminer si une déclara-
tion est un fait garanti ou relève de l'exonération de responsabilité, l'un excluant
l'autre. En effet, l'exonération interdit à l'acheteur de considérer comme un élément
nécessaire du contrat la présence des qualités de l'œuvre pour lesquelles il n'a pas
obtenu de garantie (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)³. Selon la jurisprudence constante du Tri-
bunal fédéral, les clauses de non-responsabilité des maisons de ventes aux enchères
stipulent sans ambiguïté que ces dernières déclinent toute responsabilité quant à
l'attribution et à l'évaluation des lots décrits dans les catalogues de vente⁴. En l'oc-
currence, l'acheteur ne pouvait pas se prévaloir d'une erreur essentielle puisque la
maison de vente aux enchères avait valablement exclu sa responsabilité pour l'attri-
bution et la description des lots dans son catalogue, ce qui englobait l'affirmation
litigieuse⁵.

Cela vaut également pour la **garantie en raison des défauts de la chose vendue**⁶, 6
soit la garantie du vendeur envers l'acheteur tant en raison des qualités promises
qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à l'œuvre
soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure
(art. 197 al. 1 CO). L'attribution incorrecte d'un objet d'art, notamment parce qu'en
réalité il s'agit d'un faux ou d'une œuvre d'une autre époque ou origine, peut consti-
tuer un tel défaut. D'autres hypothèses peuvent se présenter en pratique, telle qu'une
importante restauration de l'objet vendu⁷.

2 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021, c. 3.1 et les références citées.

3 ATF 126 III 59.

4 Voir notamment ATF 73 II 220, 223; ATF 73 II 224, 225; ATF 109 II 24; ATF 120 III 136; ATF 126
III 59, 67; ATF 123 III 165, 170.

5 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021, c. 4.2.

6 ATF 126 III 59, 66.

7 La restauration d'un vase de Gallé permettant de faire disparaître une fente dans le col du vase a été
qualifié par le Tribunal fédéral comme un défaut au sens de l'art. 197 CO, ATF 126 III 59, JdT 2001
I 144.

- 7 Ce n'est qu'en cas de dissimulation frauduleuse que la maison de vente aux enchères ne peut se prévaloir de sa clause de non-responsabilité (art. 199 CO)⁸. En outre, la partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle (art. 28 al. 1 CO). L'action pour dol nécessite, d'une part, que l'acheteur ait été trompé intentionnellement et, d'autre part, que la tromperie ait abouti, c'est-à-dire que le dol soit la cause pour laquelle l'acheteur a conclu le contrat. La partie qui trompe doit savoir et vouloir que sa tromperie incite l'autre partie à faire une déclaration d'intention à laquelle la partie trompée n'aurait pas consenti sans la tromperie. La dissimulation frauduleuse (art. 199 CO) et le dol (art. 28 CO) requièrent une affirmation de faits faux ou la réticence de faits vrais lorsqu'il existe un devoir d'information vis-à-vis de l'acheteur⁹. Une obligation d'informer existe si le vendeur doit supposer qu'un fait connu de lui pourrait contrecarrer le but d'utilisation de l'œuvre présumé par l'acheteur¹⁰. Dans le litige Klein, la juridiction inférieure avait admis un tel devoir en se fondant sur la différence de prix entre les œuvres posthumes et les œuvres créées du vivant de l'artiste. L'obligation d'information concerne non seulement les caractéristiques de l'œuvre qui ont une influence négative sur son prix de vente, mais aussi toutes celles qui ont (de manière reconnaissable pour le vendeur) une importance pour la décision d'achat de l'acheteur¹¹. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que la maison de vente aux enchères ne pouvait pas savoir que la date de réalisation du socle était si importante pour l'acheteur puisque celui-ci ne leur en avait jamais parlé¹².
- 8 Cette affaire s'inscrit dans la tendance générale du *caveat emptor*. Malgré la spécificité des informations, le Tribunal fédéral a estimé dans plusieurs arrêts que l'information pouvait être perçue de bonne foi comme étant uniquement le contenu d'un catalogue et qu'elle était donc couverte par la clause d'exonération de responsabilité¹³. Les acheteurs doivent effectuer des vérifications sur l'authenticité d'une œuvre qu'ils souhaitent acquérir et ne peuvent pas simplement se fier aux informations qui leur sont communiquées. La clause d'exonération de responsabilité exempte également un rapport d'expertise sur l'objet d'art mentionné dans le catalogue, lequel ne constitue pas une déclaration contractuelle sur l'authenticité du bien, mais indique seulement qu'un tel rapport existe¹⁴. L'acheteur doit donc faire preuve de diligence et examiner (ou faire examiner) l'attribution et la provenance de l'œuvre. En cas de doute sur celles-ci, il sied d'obtenir des informations complémentaires.

8 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021, c. 3.1.

9 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021, c. 3.3.

10 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021, c. 3.3 et les références citées.

11 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021 c. 5.3.

12 TF, arrêt du 5 juillet 2021, 4A_42/2021 c. 5.3-5.4.

13 TF C 134/1987/mp du 27 octobre 1987 (non publié), par. 2.d; ATF 126 III 59; ATF 123 III 165.

14 TF C 134/1987/mp du 27 octobre 1987 (non publié), par. 2.d.

§ 7

Courtage dans le marché de l'art

Albane de Ziegler

Table des matières

	N
I. Introduction	1
II. Du contrat de courtage au sens de l'art. 412 ss CO	8
A. De la définition	8
B. Des types de contrat de courtage	14
C. Des éléments constitutifs du contrat de courtage	16
1. Contrat onéreux	16
2. Accord sur l'activité du courtier – représentant direct ?	18
3. Absence d'exigence de forme	23
D. De la nature dispositive de l'art. 412 ss CO	26
1. De garantie de commission	27
2. De l'exclusivité	29
E. Des délimitations avec d'autres contrats et des conséquences	31
1. Du contrat de mandat	32
2. Du contrat de travail	35
3. Du contrat d'agence	36
4. Du contrat de commission	37
5. De l'importance des délimitations	39
F. Des obligations du courtier	40
1. De l'obligation de fidélité	40
2. De l'obligation d'information	45
a) En général	45
b) En cas de double courtage	47
3. Des obligations que le courtier n'a pas	50
G. De la rémunération – obligation principale du mandant	53
1. Du principe	53
2. Questions pratiques	60
a) Quelle forme doit prendre la rémunération du courtier ?	61
b) Quel doit être le montant de la rémunération ?	64

§ 7 Courtage dans le marché de l'art

c) Quand est-ce que la commission peut être exigée?	66
d) Est-ce que le courtier peut être déchu de son droit à une rémunération?	71
III. De la responsabilité du courtier	75
A. De la responsabilité civile - risques	75
1. De la nullité du contrat de vente principal	79
2. De l'annulation du contrat de vente principal	82
3. Que se passe-t-il quand il s'avère que le tableau a été volé?	89
B. De la Loi sur le transfert des biens culturels	101
C. De la responsabilité pénale	109
1. Des infractions dites ordinaires	109
2. De la LTBC	117
D. Obligations LBA?	122
IV. Conclusion	124

I. Introduction

- 1 Généralement, on comprend la notion de courtage comme une « opération qui consiste, contre rémunération, à mettre en relation deux personnes qui désirent contracter »¹.
- 2 Selon le dictionnaire Larousse, le courtier est une « personne qui sert d'intermédiaire dans des opérations commerciales ou autres, qui ne traite pas pour son client mais se contente de le rapprocher de son cocontractant »².
- 3 Soit. Mais qu'entendent les animateurs du monde et du marché de l'art lorsqu'ils évoquent « leur » courtier? En d'autres termes, quelles sont les attentes des personnes s'attachant les services d'un courtier?
- 4 Selon différents sites internet consultés, la tâche principale du courtier en art consisterait à conseiller et à assister les acheteurs d'art dans tous les aspects de la vente et de l'achat d'objets d'art : il négocierait les prix et les enchères pour le compte de ses clients, les informerait sur le potentiel d'investissement des œuvres d'art sur le marché, effectuerait des enquêtes préliminaires pour vérifier l'authenticité des œuvres et contrôler leur état avant leur acquisition, découvrirait des objets d'art qui pourraient constituer des investissements intéressants ou des ajouts précieux à la collection d'un propriétaire, élaborerait des stratégies de marché pour placer les œuvres

1 Larousse, octobre 2021.

2 Larousse, octobre 2021.

II. Du contrat de courtage au sens des art. 412 ss CO

d'art déjà en possession de ses clients et aiderait les collectionneurs d'art avides de suivre les tendances les plus chaudes du marché de l'art³. Le courtier en art peut avoir une fonction similaire à celle d'un agent et d'un marchand en découvrant des œuvres d'art pour des clients, mais l'expertise qu'on attend de lui dépasse celle exigée des deux travailleurs artistiques précédents.

Vaste programme ! 5

En tant que juristes, ces définitions et ces rôles attribués au courtier par les autres animateurs du monde de l'art doivent nous interpeler et des questions sous-jacentes se posent, notamment :

- Quelles sont les droits du courtier ? Et du mandat ?
- Quelles sont leurs obligations respectives ?
- Quels sont les risques encourus par un courtier ?
- Et sa responsabilité ? Notamment si :
 - L'objet du contrat principal est un faux ?
 - L'objet du contrat principal a été volé ?
 - L'argent utilisé est d'origine criminelle ?

C'est à ces questions que la présente publication tentera de répondre. 7

II. Du contrat de courtage au sens des art. 412 ss CO

A. De la définition

En droit suisse, le courtage est un contrat nommé prévu aux art. 412 à 418 CO⁴. 8

A teneur de l'art. 412 al. 1 CO, « Le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat ». 9

L'al. 2 de l'article précise que « les règles du mandat sont, d'une manière générale, applicables au courtage ». 10

De cette définition, il ressort principalement que : 11

- On est en présence d'un mandat nécessairement onéreux ;
- Le but est **de faciliter les opérations commerciales par** l'intervention du courtier qui, **en raison de son expérience dans un domaine particulier** (ici, le mar-

³ <<https://www.iesa.edu/paris/news-events/careers/who-art-broker>> (consulté le 3.7.2023); <<https://www.widewalls.ch/magazine/art-broker>> (consulté le 3.7.2023).

⁴ DE HALLER, 127.

§ 7 Courtage dans le marché de l'art

ché de l'art) s'entremet entre deux ou plusieurs parties qu'il met en rapport en vue de la conclusion d'une affaire ;

- Le courtage permet au mandant d'identifier des cocontractants, d'obtenir des conseils sur la manière de traiter et de déterminer les conditions de la transaction.

- 12 Il va de soi que si les parties se trouvent dans des pays différents et qu'elles n'ont rien prévu, quel est le droit applicable à leurs relations, respectivement s'il y a un conflit ? En droit suisse, cette question est réglée par l'art. 116 LDIP : c'est le **droit du lieu de résidence du courtier** (soit l'Etat avec lequel le contrat de courtage a les liens les plus étroits, puisque c'est le lieu de résidence de la partie que fournit la prestation caractéristique).
- 13 En principe, le courtier n'est **jamais partie au contrat principal conclu** entre le mandant et la personne présentée par le courtier.

B. Des types de contrat de courtage

- 14 Il existe trois types de courtage en droit suisse :
- *Courtage dit « d'indication »* : il consiste à indiquer un partenaire avec qui le mandant peut conclure un contrat ;
 - *Courtage dit « de négociation »* : il consiste à conduire les négociations avec le tiers pour le compte du mandant ;
 - *Courtage dit « de présentation »* : il consiste à créer des contacts entre le mandant et le tiers.
- 15 Il sied de noter que le courtage dit « de présentation » n'est pas prévu par l'art. 412 CO, mais s'est développé en pratique. Les parties sont libres de cumuler les types d'activités qui peuvent être déployées par le courtier et cela peut avoir un impact sur les droits/obligations des parties⁵.

C. Des éléments constitutifs du contrat de courtage

1. Contrat onéreux

- 16 Pour s'assurer qu'on est bien en présence d'un contrat de courtage, la première condition est que le contrat soit conclu à titre onéreux. Le contrat de courtage ne peut pas être conclu gratuitement.
- 17 En principe, le courtier *per se* n'encaisse pas le prix de la vente pour laquelle il a agi en sa qualité d'intermédiaire. Nous partageons l'avis de la doctrine que si le courtier venait à conclure une vente au nom du fournisseur, le contrat de courtage serait dou-

⁵ CR CO I-RAYROUX, art. 412 N 4 ; ATF 139 III 217, c. 2.3 ; ATF 131 III 268, c. 5.1.2.

II. Du contrat de courtage au sens des art. 412 ss CO

blé d'un mandat général⁶ et que c'est à ce titre que le courtier encaisserait le prix de vente, qu'il devrait transférer immédiatement à son mandant, en raison de son obligation générale de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO) ainsi que son obligation de reddition de comptes (art. 400 CO).

2. Accord sur l'activité du courtier – représentant direct ?

Les parties doivent **se mettre d'accord sur les activités** que le courtier est appelé à développer pour avoir droit à sa rémunération. Les services procurés doivent tendre à la conclusion d'un contrat quelle que soit la nature de ce dernier. 18

En principe, le courtier est appelé à développer une activité de fait, soit indiquer une affaire, ou l'amener au mandant et/ou la négocier pour le compte de celui-ci, **pas la conclure**⁷. 19

Pour que le courtier puisse conclure une affaire, le mandant doit lui confier **des pouvoirs spéciaux et lui donner procuration**⁸. En effet, le courtier n'est en principe **pas le représentant direct de son client** : il ne peut donc conclure le contrat au nom du mandant que s'il en a le pouvoir⁹. Dans cette hypothèse-ci, il agit donc au nom du mandant et non pas en son propre nom (à l'inverse du commissionnaire, qui semble être également utilisé dans le commerce d'art notamment pour permettre à une personne inexpérimentée d'accéder au marché ou pour ne pas apparaître lors de la transaction¹⁰). 20

Au titre de ces activités, est-ce que le courtier est un jour en possession de l'objet ? A mes yeux, cela est important pour la responsabilité du courtier. 21

Comme indiqué *supra* (cf. N 19), le courtier n'a, en principe, pas le droit d'accomplir un acte juridique pour le compte de son mandant, mais uniquement une activité de fait qui ne nécessite aucun pouvoir de disposer de la chose. Il n'est pas lié par la conclusion du contrat de vente et n'a pas d'obligation de l'exécuter à l'égard de l'acheteur. Un transfert de propriété du bien du mandant au courtier serait inutile. 22

3. Absence d'exigence de forme

Le contrat de courtage n'est soumis à aucune exigence de forme¹¹. Certes, l'accord de principe sur le salaire peut être conclu oralement/tacitement/par acte concluant, 23

6 BECKER J., 53; BYRNE-SUTTON/RENOLD, 410; RUOSS, 46.

7 ATF 131 III 268, c. 5.1.2.

8 ATF 83 II 151.

9 CR CO I-RAYROUX, art. 412 CO N 23; ATF 139 III 217, c. 2.3.

10 BECKER J., 60.

11 ATF 131 III 268.

§ 7 Courtage dans le marché de l'art

surtout dans le milieu de l'art, qui se veut confidentiel et basé sur le principe « de la confiance ».

- 24 Toutefois, on conseillera aux parties, notamment au courtier, de mettre par écrit, au moins dans un e-mail, les éléments constitutifs (type d'activités, montant de la rémunération, *etc.*), pour éviter toute mauvaise surprise.
- 25 Un format écrit ne conduira pas automatiquement au paiement immédiat de la somme due, mais rendra au moins plus aisée la démonstration des prétentions du courtier, puisqu'il aura la charge de l'allégation/preuve.

D. De la nature dispositive des art. 412 ss CO

- 26 Les art. 412 ss CO sont de droit dispositif et les parties peuvent décider entre elles d'autres clauses, notamment (i) de garantir une commission – même si le résultat n'est pas réalisé – et (ii) de prévoir une exclusivité.

1. De garantie de commission

- 27 Le mandant peut s'engager à verser le salaire alors même que l'activité est sans rapport avec la conclusion de l'affaire par le mandant. Dans ce cas, le courtier aura droit à sa commission, même si l'affaire a été conclue grâce à l'intervention d'un tiers (puisque le mandant a renoncé à tout lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion de l'affaire).
- 28 Par ailleurs, le mandant peut s'engager à payer une commission réduite, alors même que l'affaire n'a pas été conclue¹².

2. De l'exclusivité

- 29 Le mandant peut contractuellement s'interdire de recourir aux services d'autres intermédiaires, qui pourraient parasiter les relations entre le mandant et le courtier¹³.
- 30 Dans ce cas, le courtier a l'obligation, selon la jurisprudence, d'être actif¹⁴, c'est-à-dire l'obligation de tout mettre en œuvre pour trouver une affaire, dès lors qu'il est le seul à pouvoir le faire¹⁵.

12 CR CO I-RAYROUX, art. 412 CO N 38; TF, du 4 mars 2004, 4C.320/2003, c. 3.2, SJ 1973 298.

13 ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150.

14 CR CO I-RAYROUX, art. 412 CO N 38; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150.

15 TERCIER/BIERI/CARRON, 723.

E. Des délimitations avec d'autres contrats et des conséquences

Le contrat de courtage se différencie des autres contrats, notamment du contrat de mandat général, du contrat de travail, du contrat d'agence et du contrat de commission. 31

1. Du contrat de mandat

Le contrat de courtage se distingue du contrat de mandat par son objet limité et le fait que le contrat de courtage ait un caractère nécessairement onéreux, contrairement au mandat. 32

Si les activités convenues n'incluent pas uniquement l'indication d'occasions de conclure, mais aussi la négociation du contrat, les activités dépassant ou n'étant pas indispensables à la négociation, **comme la fourniture de conseils, parlent en faveur d'une qualification de mandat ordinaire**¹⁶. 33

On sera en présence d'un mandat ordinaire et non de courtage si la rémunération n'est pas subordonnée au succès de l'intervention du courtier, mais fixée, par exemple selon le temps consacré et les efforts déployés, de sorte que les honoraires sont dus même si le résultat recherché n'est pas atteint¹⁷. 34

2. Du contrat de travail

Le contrat de courtage se distingue du contrat de travail par l'absence de rapport de subordination : le courtier ne s'engage pas à accomplir certains actes déterminés par avance et dans un temps déterminé, mais à exercer une activité pour atteindre un but fixé et convenu avec le mandant, indépendamment du temps consacré ou des efforts fournis¹⁸. 35

3. Du contrat d'agence

Le courtage est déterminé à une ou plusieurs affaires spécifiques, alors que l'agent intervient de manière permanente pour son cocontractant. Le critère de distinction ne porte pas tant sur la durée du contrat que sur le nombre indéterminé d'affaires auxquelles le contrat d'agence s'applique¹⁹. 36

16 ATF 144 III 43, JdT 2018 II 207.

17 TERCIER/BIERI/CARRON, 720.

18 CR CO I-RAYROUX, art. 412 CO N 24 ; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150 ; ATF 84 II 521.

19 CR CO I-RAYROUX, art. 412 CO N 25.

Authentification d'une œuvre d'art, devoirs de diligence, restitution de tableaux spoliés durant la Deuxième Guerre mondiale – le marché de l'art opère selon ses propres règles et coutumes. Pour naviguer dans ce marché multifactoriel, il est important d'en comprendre la dynamique, de saisir les intérêts de ses intervenants et d'anticiper les éventuels risques qu'il comporte. Cet ouvrage illustre la complexité des transactions d'œuvres d'art, en particulier lorsque plusieurs personnes sont impliquées – ce qui est fréquemment le cas – et comment adresser les différents risques qu'il comporte. À la lumière de facteurs-clé, il oriente sur les aspects de provenance, de titre de propriété, d'authenticité et d'expertise, d'origine des fonds et des courtiers agissant à titre d'intermédiaires. En outre, les thèmes d'actualité dans le monde de l'art sont approfondis, notamment ceux relatifs aux œuvres et jetons numériques (NFTs), ou encore à la restitution de biens spoliés ou en provenance de pays décolonisés, et les récents questionnements de l'entraide pénale internationale.

L'ouvrage est rédigé par dix autrices et auteurs spécialistes de la matière, sous la direction d'Anne Laure Bandle, Dr en droit, avocate à Genève, directrice de la Fondation pour le droit de l'art et chargée de cours aux Universités de Fribourg et de Genève.

Etudes en droit de l'art
Studien zum Kunstrecht
Studies in art law

ISBN 978-3-7190-4636-1

