



Thèse

2009

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse : représentation,
relations contractuelles et responsabilité

Becker, Joelle

How to cite

BECKER, Joelle. La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse : représentation, relations contractuelles et responsabilité. Doctoral Thesis, 2009. doi: 10.13097/archive-ouverte/unige:16870

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:16870>

Publication DOI: [10.13097/archive-ouverte/unige:16870](https://doi.org/10.13097/archive-ouverte/unige:16870)

**LA VENTE AUX ENCHERES D'OBJETS D'ART EN DROIT
PRIVE SUISSE :
REPRESENTATION, RELATIONS CONTRACTUELLES ET
RESPONSABILITE**

Joëlle Becker

Thèse de Doctorat

Sous la direction des Professeurs Christine Chappuis
et Marc-André Renold

(Références à jour au 31 janvier 2011)

Faculté de droit de l'Université de Genève

Imprimatur No 830

A mes parents

*« Is there then a world
where I rule absolutely on fate?
A time I bind with chains of signs?
An existence become endless at my bidding? »*

The Joy of Writing
Wisława Szymborska

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
Chapitre I : Délimitations	7
§ 1 Notion de vente aux enchères d'objets d'art	9
A. Vente volontaire aux enchères publiques	9
B. Objets d'art.....	11
§ 2 Normes applicables.....	14
A. Règles de droit international privé	14
1. Compétence internationale.....	15
2. Droit applicable	19
B. Règles de droit suisse	20
Chapitre II : Parties en présence	23
§ 1 Le fournisseur de l'objet	25
§ 2 La maison de vente	26
A. Le directeur des enchères.....	27
B. Les autres employés.....	28
§ 3 L'acheteur.....	28
§ 4 L'huissier.....	29
PREMIERE PARTIE : RELATION ENTRE LE FOURNISSEUR ET LA MAISON DE VENTE.....	31
Chapitre I : Obligations respectives des parties.....	35
§ 1 Modalités de conclusion du contrat	37
A. Conclusion du contrat et incorporation des conditions générales.....	37
B. Validité des clauses contractuelles en cas d'utilisation de conditions générales	38
C. Interprétation.....	40
1. Interprétation du contrat.....	40
2. Interprétation des conditions générales.....	41
D. Contrôle du contenu des conditions générales.....	42
§ 2 Obligations de la maison de vente à l'égard du fournisseur.....	43
A. Vente et obligation d'agir	43
B. Publicité de la vente.....	45
C. Autres obligations.....	46
§ 3 Obligations du fournisseur à l'égard de la maison de vente	48
A. Rémunération.....	48
B. Autres obligations.....	49
Chapitre II : Qualification du contrat	51
§ 1 Description des qualifications envisageables	53
A. Le contrat d'entreprise.....	54
B. Le contrat de travail.....	54
C. Le contrat de dépôt	55

D.	Le mandat simple	56
1.	En général	56
2.	Cas particulier de la garantie d'un prix minimum.....	57
E.	Les mandats spéciaux	59
F.	Les contrats innommés.....	61
§ 2	Caractéristiques.....	61
A.	Durée du contrat.....	62
B.	Devoir d'agir	63
C.	Remboursement des frais et dépens	65
D.	Rémunération	66
E.	Représentation	69
F.	Transfert de propriété du fournisseur à la maison de vente	71
G.	Obligations accessoires.....	73
§ 3	Conclusion.....	73
Chapitre III : La représentation du fournisseur par la maison de vente		77
§ 1	Représentation directe.....	79
A.	Conditions de la représentation directe	80
1.	Octroi des pouvoirs.....	81
2.	Manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui	84
a.	Manifestation expresse de la volonté d'agir au nom d'autrui	84
b.	Manifestation tacite ou la représentation déduite des circonstances.....	89
c.	Indifférence du tiers	93
d.	Conclusion.....	94
3.	Révélation de l'identité du fournisseur.....	95
a.	Droit dispositif	96
i.	Admissibilité de l'acte « au nom de celui que cela concerne »..	97
ii.	Application de la théorie de l'acte « pour le compte de celui que cela concerne » à la vente aux enchères	99
iii.	Absence d'identification du représenté dans un délai raisonnable.....	100
iv.	Le traitement de la problématique en droit fiscal.....	102
v.	Révélation de l'identité de l'ayant droit économique	103
vi.	Conclusion.....	104
b.	Volonté hypothétique des parties.....	105
c.	Comblement de la lacune du droit suisse	110
4.	Conclusion	112
B.	Étendue de la représentation	113
§ 2	Représentation indirecte.....	116
A.	Octroi des pouvoirs	117
B.	Manifestation de la volonté d'agir pour le compte d'autrui	118
C.	Conclusion	119
§ 3	Absence de représentation.....	120
§ 4	Synthèse	121
Chapitre IV : Inexécution des obligations		123
§ 1	Inexécution du contrat de mandat en général	125
A.	Inexécution par le mandataire.....	125

1.	Violation des obligations du mandataire	125
2.	Conséquences	127
a.	Dommages-intérêts	127
b.	Réduction ou suppression des honoraires	131
c.	Résiliation du contrat de mandat pour justes motifs	132
B.	Inexécution par le mandant	134
1.	Violation des obligations	134
2.	Conséquences	135
§ 2	Inexécution des obligations de la maison de vente à l'égard du fournisseur	135
A.	Violation du devoir de diligence	136
1.	En général	136
2.	Dépassement des pouvoirs de représentation	137
B.	Violation du devoir de fidélité	139
1.	En général	140
2.	Pactum de non licitando	141
C.	Répudiation par la maison de vente en temps inopportun sans justes motifs	142
D.	Obligations accessoires	146
1.	Assurance	146
2.	Expertise	146
E.	Exclusion de responsabilité de la maison de vente	151
§ 3	Inexécution de ses obligations par le fournisseur	154
A.	Non-rémunération de la maison de vente	154
B.	Révocation du mandat par le fournisseur en temps inopportun sans justes motifs	155
C.	Violation de l'exclusivité du mandat	157
D.	Violation des obligations accessoires	158
§ 4	Conclusion	160

DEUXIEME PARTIE : RELATION ENTRE LA MAISON DE VENTE ET L'ENCHERISSEUR..... 163

Chapitre I : Conclusion du contrat de vente 165

§ 1	Enchère	168
A.	Représentation de l'enchérisseur	171
1.	Représentation de l'enchérisseur par un tiers	172
2.	Représentation de l'enchérisseur par la maison de vente	173
B.	Contrat avec soi-même (<i>Selbsteintritt</i>)	175
§ 2	Incorporation des conditions générales	178
A.	Processus d'incorporation	180
B.	Validité des conditions de vente	181
C.	Interprétation des conditions générales	184
D.	Contrôle du contenu des conditions générales	185
E.	Conclusion	185
§ 3	Adjudication	185
§ 4	Conclusion	188

Chapitre II : Qualification de la relation entre la maison de vente et

	l'enchérisseur	191
§ 1	Contrat de courtage	195

§ 2	Aucune relation contractuelle en sus du contrat de vente	199
§ 3	Une problématique commune : le devoir de restitution de la maison de vente...	202
	A. En cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente	202
	B. En cas de représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente ..	206
§ 4	Conclusion	206
Chapitre III : Les vices du contrat.....		209
§ 1	Invalidation pour vices du consentement	211
	A. Invalidation par l'acheteur	211
	B. Invalidation par la maison de vente.....	216
§ 2	Nullité du contrat en cas de violation du devoir de diligence en matière de transfert de biens culturels ?	217
	A. Contexte général.....	217
	B. L'action en retour en cas d'importation illicite.....	220
	C. Le devoir de diligence de la maison de vente	221
	1. Champ d'application de l'article 16 LTBC.....	222
	a. Champ d'application personnel	222
	b. Champ d'application matériel	223
	2. Définition du devoir de diligence.....	223
	3. Conséquences de la violation du devoir de diligence.....	226
	a. Théorie générale de la nullité du contrat	227
	b. Nullité du contrat en cas de violation du devoir de diligence	228
	i. Si le bien culturel est de provenance licite.....	229
	ii. Si le bien culturel est de provenance illicite.....	230
	c. Absence de violation de son devoir de diligence par la maison de vente alors que le bien culturel vendu est d'origine illicite	234
	D. Conclusion	234
§ 3	Irrégularités des enchères	237
	A. Conditions de l'action en annulation.....	237
	1. Pactum de licitando	239
	2. Pactum de non licitando.....	242
	B. Conséquences.....	242
	C. Conclusion	244
Chapitre IV : Droits réciproques de la maison de vente et de l'acheteur.....		247
§ 1	Droit d'obtenir l'exécution du contrat	249
	A. Exécution de ses obligations par l'acheteur.....	249
	B. Exécution de ses obligations par la maison de vente	253
	1. Transfert de propriété du bien	253
	2. Transfert de possession à l'acheteur	255
	3. Obligations accessoires.....	256
	4. Transfert des risques.....	257
	C. Modalités particulières d'exécution du fait de la représentation indirecte ..	259
	1. Cession de créance et reprise de dette	259
	2. Transfert conventionnel de contrat.....	262
	D. Conclusion	264
§ 2	Droits des parties en cas d'inexécution du contrat de vente	264
	A. Droits de la maison de vente en cas de demeure de l'acheteur.....	265
	1. Demeure du débiteur en général.....	265

2.	En matière d'enchères publiques.....	266
3.	Conditions générales.....	268
B.	Droits de l'acheteur en cas d'inexécution par la maison de vente	269
1.	Droits de l'acheteur en cas de violation des obligations de diligence et de fidélité.....	269
2.	Droits de l'acheteur en cas de demeure de la venderesse	269
3.	Droits de l'acheteur résultant d'une garantie de la venderesse	271
a.	Garantie en cas d'éviction	273
b.	Garantie pour les défauts et distinction par rapport à la livraison d'un aliud	275
i.	Garantie pour les défauts en général.....	275
ii.	Application aux ventes aux enchères d'objets d'art	276
iii.	Distinction avec l'aliud	281
4.	Concours entre l'action en garantie et l'invalidation du contrat	284
a.	Généralités	285
b.	En matière de biens culturels.....	287
5.	Exclusion de garantie par la maison de vente	288
a.	Limites légales	288
b.	Conditions générales.....	291
c.	Portée d'une exclusion de garantie sur l'invocation de l'erreur	298
C.	Conclusion	299
§ 3	Droits résultant de la responsabilité extra-contractuelle de la maison de vente à l'égard de l'acheteur.....	299
A.	Responsabilité pour acte illicite	299
B.	Responsabilité fondée sur la confiance.....	300

TROISIEME PARTIE : RELATION ENTRE LE FOURNISSEUR ET L'ACHETEUR 303

Chapitre I : Conclusion du contrat entre le fournisseur et l'acheteur 307

§ 1	Représentation du fournisseur par la maison de vente.....	309
A.	En cas de représentation directe.....	309
B.	En cas de représentation indirecte.....	310
§ 2	Incorporation des conditions générales.....	311
§ 3	Vices du contrat	313

Chapitre II : Droits respectifs du fournisseur et de l'acheteur..... 315

§ 1	Droit à l'exécution du contrat.....	317
A.	Exécution par l'acheteur	317
B.	Exécution par le fournisseur	318
§ 2	Droits découlant d'une inexécution	319
A.	Inexécution par l'acheteur	319
B.	Inexécution par le fournisseur	319
1.	Demeure	320
2.	Garanties découlant du contrat de vente	320
3.	Exclusion de garantie.....	321
§ 3	Droits découlant d'une responsabilité extra-contractuelle	323
§ 4	Action récursoire entre la maison de vente et le fournisseur	324

CONCLUSION..... 327

BIBLIOGRAPHIE	335
TABLE DES ABREVIATIONS	347
ANNEXE I	351
ANNEXE II.....	357
ANNEXE III	365
ANNEXE IV	369
ANNEXE V	373

INTRODUCTION

- 1 Parmi tous les domaines de l'activité économique, le marché de l'art fait partie des plus séduisants. Mais également de ceux dans lesquels des personnes privées sont susceptibles de procéder à des investissements considérables. Le domaine de la vente aux enchères d'œuvres d'art plus spécifiquement atteint plusieurs milliards de chiffre d'affaires chaque année¹. La magie des pièces mises en vente et la qualité du placement qu'elles peuvent constituer en sont la raison. La fascination est également exercée par la part de secrets que conservent les enchères. L'anonymat des salles de vente, le savoir-faire des commissaires-priseurs, l'excitation créée par l'escalade des prix : chaque élément a son importance dans l'intérêt que portent les foules d'amateurs, de collectionneurs et de commerçants à cette modalité de vente. La création de Christie's en 1766 formalisa la vente aux enchères d'objets d'art². Les deux maisons de vente aux enchères principales, Christie's et Sotheby's, mondialement connues, contrôlèrent actuellement plus de 90% du marché des ventes aux enchères d'objets d'art³. Nombreuses sont également les sociétés de taille plus restreinte qui se bousculent pour obtenir leur part du gâteau.
- 2 L'un des avantages résultant de l'achat d'un bien lors d'une vente aux enchères est que l'œuvre est généralement moins chère que lorsqu'elle est achetée directement à un commerçant lors de négociations privées, celui-ci s'octroyant une marge pouvant aller jusqu'à 50% du prix de vente⁴. Une maison de vente en revanche ne prélève qu'une commission-acheteur qui s'élève à des montants de l'ordre de 10 à 20% du prix d'adjudication⁵. Par ailleurs, le fournisseur d'un objet d'art mis en vente bénéficie de la publicité et de la visibilité de la maison de vente. Ces constatations ont permis de développer le marché des enchères, qui vise à obtenir le prix le plus juste au vu des intérêts en présence. Bien que le prix obtenu ne corresponde pas toujours à la valeur réelle du bien, il peut être un indicateur de cette valeur. Si la vente peut permettre de déterminer la valeur d'un bien sur le marché, l'échec peut également le déprécier.
- 3 Le processus d'enchères en tant que tel constitue la base des relations contractuelles nouées. Trois types d'enchères sont généralement utilisées. Les enchères anglaises (*English auctions*) se fondent sur une technique de fixation du prix ascendante, tandis que les néerlandaises (*Dutch auctions*, utilisées à l'origine pour la vente de fleurs⁶) fonctionnent de manière

¹ Survey of the World Art Market, The Economist, 22 décembre 1990, p. 3.

² DUBOFF/KING/MURRAY, p. 10.

³ DARRABY, p. 288 ;
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/02/595&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en> (31 janvier 2011).

⁴ CONTRERAS, p. 721 n. 4.

⁵ Cf. par exemple les conditions de vente de Christie's, Annexe I.

⁶ DARRABY, p. 303 ; DUBOFF/KING/MURRAY, p. 12. Le procédé des *Dutch auctions* consiste, pour le directeur des enchères, à formuler un prix de vente en commençant par le montant le plus élevé, puis en le

descendante et les japonaises (*Japanese auctions*) admettent uniquement des offres simultanées⁷. Les plus couramment utilisées dans la vente d'objets d'art sont les enchères anglaises, que nous traiterons dans ce travail.

- 4 Les services fournis par les maisons de vente aux enchères se sont diversifiés avec le temps⁸. Alors qu'elles jouaient essentiellement un rôle d'intermédiaire à l'origine, elles prennent actuellement en charge l'expertise⁹, la publicité, la constitution du catalogue et la recherche de la provenance du bien¹⁰, entre autres. La multiplication des obligations des maisons de vente entraîne une augmentation des risques découlant de cette activité. Au vu de l'importance des ventes aux enchères dans le marché de l'art, la question de l'allocation des risques entre les parties et de leur responsabilité respective prend toute sa mesure¹¹.
- 5 Le rôle des maisons de vente aux enchères dans la relation entre les fournisseurs d'objets d'art et les enchérisseurs reste toutefois flou. Leur implication factuelle est certaine, mais il n'est pas toujours aisé de retranscrire cette participation en termes juridiques. La définition des diverses relations contractuelles qui se nouent lors d'une vente aux enchères est indispensable pour déterminer qui, de la maison de vente, des enchérisseurs et des fournisseurs d'objets d'art, prend part à quel contrat. Seule une étude contractuelle détaillée du processus complexe d'enchères permettra de mettre en évidence les droits et les obligations de chacun. Ces questions, très peu abordées par la jurisprudence et par la doctrine, nécessitent une approche systématique fondée sur les principes généraux du droit des obligations. Nos axes d'analyse se concentreront dès lors sur le type de rapports de représentation institués par les parties, la qualification des contrats conclus et la responsabilité respective de chaque acteur.
- 6 Par ailleurs, la position des maisons de vente comme maillons essentiels du marché de l'art et des biens culturels leur impose des obligations spécifiques, dont il convient de définir l'implication dans les relations contractuelles nouées lors d'une vente aux enchères. En particulier, suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2005 de la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC)¹², une obligation de diligence accrue a été mise à charge des commerçants d'art. Afin de clarifier l'étendue des divers devoirs des maisons de vente, il est dès lors nécessaire de procéder à une analyse de droit privé portant sur l'articulation de leurs obligations, qu'elles trouvent leur source dans le contrat ou dans la loi.

diminuant au fur et à mesure du processus. Le premier acheteur à déclarer accepter le prix formulé conclut le contrat.

⁷ DUBOFF/KING/MURRAY, p. 11.

⁸ REEVES/BOLL, p. 355.

⁹ *Ravenna v. Christie's Inc.*, 289 A.D.2d 15, 734 N.Y.S.2d 21 (1st Dep't 2001).

¹⁰ DARRABY, p. 296.

¹¹ DARRABY, p. 297.

¹² RS 444.1.

- 7 Le présent travail traitera, dans une première partie, de la relation qui amorce l'organisation d'une vente aux enchères, celle entre le fournisseur d'un bien et la maison de vente à laquelle il s'adresse. Nous examinerons les obligations de chacune de ces parties envers l'autre, afin de qualifier le contrat qui les lie ainsi que leur rapport de représentation, ce qui permettra de conclure sur les conséquences de l'inexécution de leurs obligations.
- 8 La seconde partie se focalisera sur la relation établie lors de la vente elle-même entre la maison de vente et l'acheteur. Le processus particulier de conclusion du contrat de vente aux enchères sera tout d'abord mis en lumière. Nous traiterons ensuite de la validité du contrat conclu, puis de la qualification de la relation, et enfin des droits respectifs des parties.
- 9 Nous clôturerons cette analyse par une troisième partie relative au rapport naissant entre le fournisseur d'un bien et son acquéreur. Nous utiliserons pour ce faire les conclusions qui auront précédemment été exposées afin d'expliquer les questions qui subsisteront au sujet de la formation du contrat et des droits de chacun de ces acteurs envers l'autre. Avant d'examiner les problèmes de fond, nous commencerons toutefois par une délimitation, dans cette introduction, du champ de notre étude (Chapitre I) ainsi que par une présentation des parties en présence (Chapitre II).

Chapitre I : Délimitations

- 10 Le procédé de la vente aux enchères est utilisé dans divers domaines, entre autres pour des transactions portant sur des objets d'art ou des biens immobiliers de grande valeur, ou encore dans le cadre de procédures de recouvrement, dans le but d'obtenir le meilleur prix d'un objet déterminé mis en vente. La vente aux enchères doit respecter certaines règles particulières, visant notamment à garantir une concurrence équitable permettant de fixer le prix le plus juste au vu des intérêts en présence¹³, ainsi qu'à assurer le respect du processus de conclusion du contrat, vu le nombre important de parties impliquées. Le présent travail vise à résoudre la question des rapports juridiques entre ces différentes parties, et donc à analyser les aspects contractuels de cet ensemble complexe de relations. Pour ce faire, il convient de commencer par une délimitation du champ de la thèse, ce qui implique l'explicitation de la notion fondamentale de vente aux enchères d'objets d'art (§ 1), ainsi que la mise en évidence des normes applicables au cas que nous traitons (§ 2).

§ 1 Notion de vente aux enchères d'objets d'art

- 11 La vente aux enchères ne connaît pas de définition légale¹⁴, bien qu'une telle terminologie soit employée à de nombreuses reprises dans des dispositions de droit fédéral¹⁵ et cantonal¹⁶. Notre étude se limite, quant à l'objet de la vente, à la vente d'objets d'art, et quant aux modalités de conclusion du contrat, aux ventes aux enchères traditionnelles. Elle ne vise pas les ventes aux enchères sur Internet, qui méritent, en raison de leurs particularités, une étude qui leur soit entièrement dédiée¹⁷. Les ventes aux enchères traditionnelles peuvent être forcées ou volontaires, privées ou publiques. Voyons quels sont les éléments essentiels à retenir à ce stade.

A. Vente volontaire aux enchères publiques

- 12 Notre analyse se limite aux ventes aux enchères volontaires, pour lesquelles le fournisseur du bien décide lui-même de mettre l'objet en vente¹⁸, par opposition aux ventes aux enchères

¹³ Le prix étant la variable essentielle dans les ventes aux enchères : BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 45.

¹⁴ SKRIPSKY, p. 26 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 7.

¹⁵ BLÄTTLER, p. 30 ss. Par exemple, articles 229-236 et 435 CO ; articles 400 alinéa 1, 404 alinéa 2, 596 alinéa 2, 612 alinéa 3, 649b alinéa 3, 651, 681, 721, 829 s. et 934 alinéa 2 CC ; articles 4, 68b alinéa 4, 106 alinéa 3, 125-130, 132 alinéa 3, 133-143b, 156 alinéa 1, 256-259 et 322 s. LP.

¹⁶ Des réglementations cantonales ont été adoptées dans le cadre dessiné par l'article 236 CO. Cf. *infra* N 43.

¹⁷ Pour des développements relatifs aux enchères sur Internet, voir les thèses de BLÄTTLER Martin au sujet des ventes aux enchères en général et de SKRIPSKY Martin en ce qui concerne les ventes aux enchères d'œuvres d'art.

¹⁸ CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 11 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 33 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 108 ; TERCIER/FAVRE, N 1461. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*,

forcées. La réglementation de ces dernières diverge de manière notable en ce qu'elle est principalement constituée par la législation fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite. Les articles 229 ss du Code des Obligations (CO)¹⁹ ne font à ce titre que compléter la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁰. Les ventes aux enchères forcées ne constituent pas des contrats de droit privé mais des opérations de droit public²¹. Elles « sont des contrats de droit administratif prévus par la loi », dont la spécificité est « le caractère involontaire de l'aliénation »²². Notre analyse portant sur les questions résultant des relations contractuelles en droit privé, les ventes aux enchères forcées n'entrent, en tant qu'actes de puissance publique, pas dans le champ de notre examen.

- 13 Le Tribunal fédéral²³ a en outre précisé qu'une vente aux enchères ordonnée par une autorité judiciaire ou administrative conformément au droit civil fédéral n'était pas soumise aux articles 229 à 236 CO, contrairement à ce qu'admet une partie de la doctrine²⁴. Le caractère volontaire de la vente fait alors défaut, la volonté de conclure le contrat de vente émanant de l'autorité et non du fournisseur de l'objet. Par ailleurs, une telle vente ne constitue pas une vente aux enchères forcées au sens de la LP. Elle n'entre dès lors pas dans le champ d'application des dispositions sur les ventes aux enchères publiques forcées ou volontaires.
- 14 Une seconde délimitation doit être opérée au sein même des ventes aux enchères volontaires. La vente, selon la volonté du fournisseur, peut être publique ou privée. Pour bénéficier du régime spécial instauré par les articles 229 à 236 CO, la vente doit être publique²⁵. C'est le cas le plus fréquent en matière de commerce d'art. Les ventes aux enchères privées sont en effet régies par le droit commun de la vente. Hormis les raisonnements basés sur les articles 229 à 236 CO ou sur des normes spéciales régissant les enchères publiques, notre analyse vaudra également pour les enchères privées.

CO 229 N 92 ; SCHMID, N 1256 ; CAVIN, Vente, p. 157 considèrent que la vente aux enchères prévue par une base légale est également volontaire, dans la mesure où elle n'entre clairement pas dans le champ des ventes aux enchères forcées.

¹⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

²⁰ RS 281.1. Cf. à ce sujet CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 12 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 34 ; TERCIER/FAVRE, N 1466.

²¹ CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 12 ; TERCIER/FAVRE, N 1466 ; ENGEL, Contrats, p. 64 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 94 s. ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-236 N 10 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 17 ss ; CAVIN, Vente, p. 157.

²² ATF 106 III 79 c. 4, JdT 1982 II 43.

²³ ATF 72 II 160 c. 3, JdT 1946 I 426. Dans ce sens, BK-GIGER, CO 229 N 45 s.

²⁴ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 92 ; ENGEL, Contrats, p. 63 ; CAVIN, Vente, p. 157.

²⁵ BK-GIGER, CO 229 N 39 ; CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 7 ; BUCHER, Besonderer Teil, N 130.

- 15 Pour qu'une vente soit considérée comme publique, elle doit répondre à certaines exigences²⁶. La vente doit tout d'abord avoir été annoncée publiquement²⁷, afin qu'un nombre indéterminé de personnes puisse en prendre connaissance. L'information peut être transmise au moyen de publications spécialisées, comme un journal traitant du marché de l'art, mais ne doit pas toucher uniquement un cercle restreint de personnes déterminées²⁸. En outre, toutes les offres doivent être admises lors de la vente, sans aucune limitation du cercle des personnes participantes. Les seules restrictions admises sont celles prévues par la loi²⁹. La participation aux enchères peut en revanche être soumise à certaines conditions, comme le contrôle de la solvabilité des enchérisseurs potentiels, dans la mesure où elles ne restreignent pas *de facto* la vente à un cercle particulier de personnes.
- 16 Une jurisprudence cantonale du 4 juillet 2005³⁰ propose de définir la vente volontaire aux enchères publiques « [...] comme étant une vente annoncée publiquement d'un bien, meuble ou immeuble, qui sera adjugé à la personne ayant fait l'offre la plus élevée. Il s'agit donc d'un contrat de vente ordinaire qui présente néanmoins la particularité que, jusqu'à sa conclusion par adjudication, ni le prix de vente ni la personne de l'acquéreur ne sont connus. » Cette définition correspond aux délimitations que nous avons faites, si ce n'est que nous ne traiterons pas des particularités d'une vente d'immeubles. Ceux-ci ne sont que rarement considérés comme des œuvres d'art, comme nous le verrons au paragraphe suivant. Par ailleurs, leur vente aux enchères ne survient que peu fréquemment en dehors du cas des ventes forcées.

B. Objets d'art

- 17 L'ordre juridique suisse ne définit pas la notion d'objet d'art. Tout au plus la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC)³¹ mentionne-t-elle en

²⁶ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 118 ss ; CR CO I-VULLIETY, *Intro.* CO 229-236 N 8.

²⁷ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 141 ss ; BaK-RUOSS, *Vorbem.* CO 229-236 N 18 ; CR CO I-VULLIETY, *Intro.* CO 229-236 N 9 ; TERCIER/FAVRE, N 1461 ; ENGEL, *Contrats*, p. 63 ; BK-GIGER, *Vorbem.* CO 229-236 N 44.

²⁸ La loi genevoise sur les ventes volontaires aux enchères publiques du 24 juin 1983 (LVVE – RS Ge I 2 30) requiert d'ailleurs en son article 6 une publication dans la feuille d'avis officielle (FAO). Une obligation de publication est également prévue au § 6 *Verordnung des Obergerichtes über das Verfahren bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen vom 19. Dezember 1979* (Ordonnance zurichoise – Ordnungsnummer 235.15).

²⁹ Par exemple par la Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE – RS 211.412.41), qui soumet à autorisation la vente d'un immeuble à une personne à l'étranger : CR CO I-VULLIETY, *Intro.* CO 229-236 N 10.

³⁰ TC VS, 4 juillet 2005, RVJ 2006 266. CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 5.

³¹ RS 444.1.

son article 2 alinéa 1 qu'entrent dans la catégorie des biens culturels ceux « qui, à titre religieux ou profane, revêtent de l'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science »³². Cette notion ne recouvre pas tout à fait celle d'objet d'art, qui est un des divers types de biens culturels. De même, un bien peut être qualifié d'objet d'art alors qu'il n'est pas un bien culturel. Dans une optique de protection du droit d'auteur, l'article 2 alinéa 1 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)³³ définit l'œuvre comme « [...] toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel », « quelles qu'en soient la valeur ou la destination ». Cette définition met en évidence le critère, déterminant, de l'originalité de l'objet. La notion d'œuvre peut toutefois être plus restrictive que celle d'objet d'art.

- 18 Le Petit Robert 2002 définit *l'art* comme étant « l'expression par les œuvres de l'homme, d'un idéal esthétique [...] », et *l'œuvre d'art* comme une « œuvre [...] qui donne le sentiment de la valeur artistique (beauté, perfection...) ». Pour donner à un bien la dénomination d'objet

³² L'article 1 de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels du 14 novembre 1970 (Convention de l'UNESCO – RS 0.444.1) est à ce sujet plus précis et établit une liste détaillée des biens culturels :

- « Aux fins de la présente Convention sont considérés comme biens culturels les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque Etat comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après :
- a) collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie ; objets présentant un intérêt paléontologique ;
 - b) les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savants et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale ;
 - c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques ;
 - d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques ;
 - e) objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels que inscriptions, monnaies et sceaux gravés ;
 - f) le matériel ethnologique ;
 - g) les biens d'intérêt artistique tels que :
 - i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés décorés à la main) ;
 - ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture en toutes matières ;
 - iii) gravures, estampes et lithographies originales ;
 - iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières ;
 - h) manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections ;
 - i) timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections ;
 - j) archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques ;
 - k) objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge et instruments de musique anciens. »

³³ RS 231.1.

d'art, son originalité, sa rareté ou son unicité sont des critères déterminants³⁴. A titre d'exemple, nous pouvons citer les tableaux, sculptures, photographies, mais encore certains meubles, de même que des montres ou des bijoux précieux.

- 19 La casuistique adoptée en droit américain peut être utile pour cerner la notion d'œuvre d'art, puisque les objets entrant dans cette catégorie sont exempts de taxe de douane lors de leur importation. Des critères de délimitation ont donc été développés par la jurisprudence³⁵, au nombre desquels l'on trouve ceux de l'apparence de l'objet, de la profession de son producteur, du but dans lequel l'objet est créé³⁶ et de la méthode d'exécution³⁷. Si ces éléments donnent des indications utiles, notamment pour poser la limite entre un objet d'art et une pièce artisanale, ils ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, ne permettant pas toujours d'embrasser le large spectre de la création artistique.
- 20 Ceci pour mettre en évidence combien la notion d'art est éminemment subjective. Nous adopterons, dans l'optique de la présente étude, une conception large de l'objet d'art, englobant certains types d'artisanats pouvant avoir une dimension artistique, comme la joaillerie, l'ébénisterie, ou encore tout type d'artisanat ancien³⁸. Nous nous fondons pour ce faire sur la spécificité première de l'objet d'art, à savoir son authenticité³⁹, qui est d'ailleurs au centre de la problématique qui nous intéresse.
- 21 Ainsi, font partie à notre sens de la catégorie des objets d'art prise au sens large, des biens dont la fonction utilitaire est passée au second plan et dont certaines caractéristiques sont mises en valeur bien qu'elles ne constituent pas la fonction première de l'objet, comme une montre dont la composante esthétique est au moins aussi importante que l'utilité purement horlogère de l'objet. Nous assimilons ainsi à cette notion certains biens relevant de l'artisanat qui, du fait de leur caractère fonctionnel, ne constituent pas à proprement parler des objets d'art. Les critères d'originalité et d'authenticité, qui définissent l'objet d'art au sens strict mais également dans une acception plus large, sont à notre sens déterminants. La portée de cette notion prendra tout son sens dans la seconde partie de notre analyse.

³⁴ A l'exception de certains cas dans lesquels plusieurs exemplaires sont produits, par exemple les lithographies, les photographies ou les estampes. RUOSS, *Scheingebote*, p. 20 ; OLSBURGH, p. 2 ; cf. également WEBER-CAFLISCH, p. 24.

³⁵ Cf. notamment *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928).

³⁶ Il ne doit pas s'agir d'un bien ayant une utilité ou créé dans un but commercial. DUBOFF/KING, p. 5.

³⁷ DUBOFF/KING, p. 1.

³⁸ Pouvant notamment comprendre certains objets archéologiques ou ethnologiques, à condition toutefois qu'ils aient une valeur artistique. Le fait qu'un bien soit archéologiquement ou ethnologiquement important n'en fait pas un objet d'art, mais le classe éventuellement dans la catégorie des biens culturels.

³⁹ OLSBURGH, p. 3.

- 22 Le champ de la présente thèse n'est pas restreint aux seuls bien culturels. De nombreuses ventes aux enchères portent sur des biens n'appartenant pas au patrimoine culturel d'un Etat, mais ayant des caractéristiques qui ont pour conséquence l'application d'un système de garantie particulier relatif à l'authenticité de l'objet. Cette question ne se pose pas pour la vente de n'importe quel bien, raison pour laquelle notre sujet doit être restreint aux seuls objets d'art et de valeur présentant une originalité particulière. Ces éléments s'apprécient de cas en cas, en fonction de l'intention des parties.
- 23 Le type de ventes aux enchères examiné dépend également de cette qualification, puisque de simples biens de consommation courante ne font pas l'objet de ventes volontaires aux enchères classiques, prenant place dans une salle de vente avec pour intermédiaire une maison de vente et un directeur des enchères procédant à l'adjudication des biens. Par conséquent, la qualification des contrats conclus et la définition des rapports de représentation mis en place seraient différentes de celles existant dans le processus de vente aux enchères traditionnelles que nous examinons ici. La notion d'objets d'art nous permet ainsi de délimiter le champ de la thèse tout en évoquant une des questions importantes de notre analyse.

§ 2 Normes applicables

- 24 Les ventes aux enchères peuvent être purement nationales, mais présentent souvent un élément d'extranéité. Lorsque l'état de fait analysé a un caractère international, la détermination des règles régissant les relations contractuelles résulte du droit international privé de l'Etat du for. Nous examinerons par conséquent dans un premier temps les conséquences de l'application du droit international privé suisse (A). Nous évoquerons ensuite le contenu des dispositions de droit matériel suisse, applicables lorsque le droit international privé désigne le droit suisse ou que la situation a un caractère purement interne à la Suisse (B). La présente thèse portera sur l'analyse desdites règles de droit suisse.

A. Règles de droit international privé

- 25 En présence d'un élément d'extranéité, les règles de droit international privé permettent de déterminer la compétence internationale des tribunaux, ainsi que le droit applicable à la relation examinée. Nous nous placerons dans la perspective d'un juge suisse afin d'analyser la question de sa compétence (1), puis du droit matériel désigné par le droit international privé suisse (2).

1. Compétence internationale

- 26 Les dispositions selon lesquelles un juge suisse examine sa compétence sont celles fixées par la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)⁴⁰, à défaut de convention internationale applicable. En matière contractuelle, et lorsque le défendeur est domicilié en Suisse, dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'AELE, la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL)⁴¹ est applicable pour fixer la compétence des tribunaux⁴².
- 27 L'article 2 CL prévoit un for général au domicile du défendeur. Ainsi, lorsque la maison de vente a son siège en Suisse et qu'elle est assignée en justice, cette disposition octroie la compétence pour statuer aux tribunaux suisses. A cela s'ajoute un for alternatif au lieu d'exécution du contrat (art. 5 ch. 1 CL)⁴³, ou plus précisément de sa prestation caractéristique. En l'espèce, la prestation caractéristique consistera en la vente aux enchères, ou toute autre prestation de la maison de vente, que ce soit dans la relation avec le fournisseur du bien ou avec un enchérisseur. Ces derniers ne font en effet que payer une rémunération à la maison de vente, qui effectue la prestation qui caractérise le contrat. Tant que cette prestation est exécutée en Suisse, les tribunaux suisses sont compétents⁴⁴. Les parties peuvent toutefois renoncer contractuellement à cette compétence, la prorogation de for étant admise dans la mesure où elle est faite par écrit ou dans une forme reconnue par l'usage (art. 23 CL)⁴⁵. Les maisons de vente font, comme nous le verrons, souvent usage de la possibilité de convenir contractuellement d'un for unique, au lieu de leur siège.
- 28 La LDIP prévoit une solution similaire. A teneur de l'article 112 alinéa 1 LDIP, « [l]es tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions découlant d'un contrat »⁴⁶. En l'absence de domicile ou de résidence habituelle du défendeur en Suisse, les tribunaux suisses du lieu

⁴⁰ RS 291.

⁴¹ Convention de Lugano – RS 0.275.12.

⁴² DUTOIT, LDIP 112 N 3.

⁴³ DUTOIT, LDIP 112 N 3 et 5 ; BaK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 112 N 15.

⁴⁴ L'article 5 chiffre 5 CL prévoit également un for au tribunal du lieu de situation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement sis dans un Etat contractant si la contestation relève de l'exploitation de cet établissement. Cette disposition est applicable lorsque la maison de vente est une succursale d'une société internationale. Cf. à ce sujet BUCHER/BONOMI, N 902 ; SKRIPSKY, p. 322.

⁴⁵ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 613a ; SKRIPSKY, p. 318, en particulier en ce qui concerne les ventes conclues sur Internet.

⁴⁶ BUCHER/BONOMI, N 895 ss.

d'exécution sont compétents (art. 113 LDIP). Comme nous le verrons⁴⁷, l'exécution se déroule en principe au lieu de la vente, dont les tribunaux sont donc compétents.

29 L'élection de for est toutefois également possible sous le régime de la LDIP. L'article 5 alinéa 1 LDIP autorise les parties à convenir, en matière patrimoniale, du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La forme écrite doit être respectée⁴⁸. Cette disposition trouve application dans le cas d'actions de droit des obligations découlant d'un contrat⁴⁹. La liberté contractuelle des parties est sauvegardée et souvent mise à profit lors de ventes aux enchères d'objets d'art. La maison de vente, pour s'assurer de la compétence des juridictions de son lieu de situation, prévoit en principe une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses dans ses conditions générales⁵⁰.

30 Les conditions de vente de Sotheby's⁵¹ par exemple disposent :

« ⁴³ (i) Clause attributive de compétence : « Sotheby's », les « acheteurs » et « les vendeurs » (et tous les « acheteurs » et « vendeurs » éventuels) acceptent que les tribunaux du canton de Genève (Suisse) [...] ont une compétence exclusive pour tous les litiges (y compris les réclamations relatives à la compensation et aux demandes reconventionnelles) qui existeraient en rapport avec la validité, l'effet, l'interprétation ou l'exécution des présentes Conditions de Vente ou en rapport avec les relations juridiques survenues dans les cadre des Conditions de Vente, ou avec toute autre question relative à ces dernières. [...] »

De même, l'article 17 des conditions de vente de la Galerie Koller⁵² prévoit :

« [...] Le lieu d'exécution et le for judiciaire sont Zurich 1. Koller est toutefois habilitée à ouvrir une action judiciaire devant tout autre Tribunal compétent. »

31 Ces clauses d'élection de for sont valables pour autant qu'il n'existe pas de for impératif. Dans cette perspective, les fors spéciaux applicables en cas de contrat conclu avec un consommateur peuvent être un obstacle au choix effectué par les parties. De tels fors sont prescrits par les articles 16 CL et 114 LDIP. La validité des clauses précitées peut être problématique au regard de ces dispositions si le contrat est conclu avec un consommateur au sens de l'article 120 LDIP⁵³ ou de l'article 15 CL⁵⁴. Il convient d'expliquer brièvement la

⁴⁷ Cf. *infra* N 597.

⁴⁸ Il s'agit d'une acception plus large que celle retenue par l'article 13 CO, puisqu'elle inclut la signature transmise par facsimile sans qu'il ne soit nécessaire de produire l'original. DUTOIT, LDIP 5 N 6 ; BaK IPRG-GROLIMUND, LDIP 5 N 20 ss.

⁴⁹ DUTOIT, LDIP 5 N 4 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 612 S.

⁵⁰ DUTOIT, LDIP 112 N 2.

⁵¹ Cf. Annexe II.

⁵² Cf. Annexe IV.

⁵³ DUTOIT, LDIP 114 N 1 ; BaK IPRG-BRUNNER, LDIP 114 N 21.

notion de consommateur. La jurisprudence et la doctrine relatives à la LDIP définissent le consommateur comme le cocontractant d'un professionnel qui obtiendra une prestation de consommation courante pour son usage privé⁵⁵. Il est à ce titre considéré comme une partie faible et protégé comme telle. La CL a une acception un peu plus large de la notion de contrat de consommation puisque l'article 15 CL ne pose pas comme condition le caractère courant de la prestation effectuée, mais uniquement le fait qu'elle ait un usage privé et que le contrat ait été conclu suite à une publicité d'un professionnel dans l'Etat du consommateur⁵⁶.

- 32 De manière générale, nous retenons que la vente aux enchères d'objets d'art ne constitue pas un contrat portant sur une prestation de consommation courante. Est déterminant pour ce faire le caractère fonctionnel de l'usage personnel, condition de l'article 120 LDIP qui n'est pas remplie. Un objet d'art est à notre sens un bien dont le but esthétique, intellectuel éventuellement, prévaut par rapport à son aspect fonctionnel, si tant est qu'il en ait un.
- 33 En dérogation à ce principe il est possible, de cas en cas, que l'une des relations contractuelles dérivant de la vente aux enchères soit considérée comme un contrat de consommation. Dans un cas particulier de vente aux enchères de timbres de collection, le Tribunal fédéral a jugé que la relation nouée entre le fournisseur et la maison de vente constituait un tel contrat⁵⁷. L'analyse est faite dans la perspective de l'article 15 CL, sans examen du caractère courant de la prestation recherchée par le consommateur. Le Tribunal fédéral a par ailleurs mis en évidence la spécificité du cas qu'il traitait⁵⁸. Sa solution n'est donc pas applicable à tout mandat de vendre aux enchères et encore moins à tout contrat de vente conclu dans le cadre des enchères. A notre sens, elle doit rester exceptionnelle.
- 34 Il est toutefois possible que, dans certaines situations, l'une des parties à la vente aux enchères agisse pour son usage privé, pour obtenir une prestation courante, auquel cas l'élection de for peut poser problème. Le consommateur a le choix d'agir devant les tribunaux de son domicile ou devant ceux du domicile de son cocontractant (art. 114 al. 1 LDIP et art. 14 al. 1 LDIP, dans la mesure où ces fors se situent dans un Etat contractant)⁵⁹. Lorsque la maison de vente conclut un contrat avec un consommateur, ce dernier n'a pas le droit de renoncer d'avance à la compétence des tribunaux précités en cas d'application de la CL (art. 16 ch. 1 CL *cum*

⁵⁴ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 614a.

⁵⁵ TF, 28 mars 2007, 4C.43/2006 ; TF, 23 novembre 2005, 4C.292/2005. DUTOIT, LDIP 120 N 2 ; BaK IPRG-BRUNNER, LDIP 120 N 21.

⁵⁶ BaK IPRG-BRUNNER, LDIP 114 N 36 et 38.

⁵⁷ ATF 121 III 336, JdT 1996 I 78, qui ne retient que le critère de l'usage privé ou professionnel de la prestation.

⁵⁸ ATF 121 III 336 c. 6.a, JdT 1996 I 78.

⁵⁹ DUTOIT, LDIP 114 N 4.

art. 17 ch. 1 CL)⁶⁰. La LDIP est un peu moins stricte en ce qu'elle n'interdit l'élection de for que lorsque celle-ci empêcherait le consommateur d'agir à son propre domicile (art. 114 al. 2 LDIP). Dans tous les cas, une élection de for n'est autorisée que lorsqu'elle respecte les critères stricts énoncés, dont celui de la conclusion de l'accord y afférent postérieurement à la naissance du différend. La prorogation de for prévue dans les conditions de vente ne serait pas valable puisqu'elle est faite à la conclusion du contrat. A nouveau, cette situation est relativement exceptionnelle pour une vente aux enchères d'objets d'art.

- 35 Pour conclure sur la question du for en matière de vente aux enchères d'objets d'art, il convient de souligner que les conditions générales des maisons de vente ne prévoient presque jamais de clause selon laquelle tout différend entre les parties serait soumis à un mode alternatif de résolution des litiges, comme la médiation ou l'arbitrage. La raison de ce choix réside dans plusieurs éléments propres au système des enchères et à la pratique développée en conséquence. Tout d'abord, la diversité des lots mis en vente et de leur valeur explique le fait que l'arbitrage ne soit pas considéré comme adéquat en toute hypothèse⁶¹. En effet, une éventuelle clause compromissoire incluse dans les conditions de vente serait applicable à toute vente, même si le bien mis en vente ne valait que quelques centaines de francs. Dans de tels cas, l'arbitrage se révélerait un mode de règlement des différends trop coûteux et donc peu intéressant.
- 36 En outre, l'arbitrage est plus communément utilisé lorsqu'un différend naît entre sociétés qu'en cas de litige avec des personnes physiques⁶². Or la vente aux enchères met généralement en rapport des individus, fournisseurs ou enchérisseurs, avec les maisons de vente. Par ailleurs, il n'est pas certain que ceux d'entre eux qui auraient besoin de l'assistance judiciaire pour couvrir leurs frais puissent y avoir accès⁶³. Les particularités de l'arbitrage, notamment l'exigence d'un accord entre toutes les parties à la procédure, peuvent également poser problème lorsque de tierces personnes sont impliquées, par exemple en cas de revendication par un tiers de la propriété de l'objet vendu⁶⁴. Enfin, les diverses composantes de la relation triangulaire instituée lors d'une vente aux enchères, telles que le rapport de représentation, peuvent sembler impropres à être soumises à l'arbitrage⁶⁵. Les avantages de l'arbitrage, à savoir la possibilité de choisir un arbitre très spécialisé ainsi que la confidentialité de la procédure, ne semblent pas suffisants pour contrebalancer les problèmes

⁶⁰ DUTOIT, LDIP 114 N 7 ; BaK IPRG-BRUNNER, LDIP 114 N 40.

⁶¹ VALENTIN, p. 218.

⁶² VALENTIN, p. 219.

⁶³ Cf. par exemple l'article 380 du Code de procédure civile fédérale du 19 décembre 2008 (RO 2010 1739) qui exclut l'assistance judiciaire en cas d'arbitrage.

⁶⁴ VALENTIN, p. 220.

⁶⁵ Pour plus de détails, cf. VALENTIN, p. 217 ss.

listés ci-dessus⁶⁶. L'arbitrage reste donc peu approprié à la résolution de litiges résultant d'une vente aux enchères d'objets d'art.

2. Droit applicable

37 En présence d'un élément d'extranéité, les conditions générales des ventes se déroulant en Suisse prévoient généralement une élection de droit suisse parallèlement à l'élection de for en faveur des tribunaux suisses. Les conditions de vente de Sotheby's⁶⁷ par exemple disposent :

« ⁴² Loi applicable : Les Conditions de Vente et toutes modifications subséquentes seront régies par le droit suisse et interprétées conformément à ce droit. »

De même, l'article 17 des conditions de vente de la Galerie Koller⁶⁸ prévoit :

« Le droit suisse est exclusivement applicable à toutes les relations d'affaires avec Koller, ainsi qu'à toutes relations résultant d'une enchère. [...] »

38 En matière de vente de choses mobilières corporelles, une élection de droit est admissible au regard de l'article 2 de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de La Haye)⁶⁹, applicable *erga omnes* en raison de son intégration au droit suisse par le biais de l'article 118 alinéa 1 LDIP⁷⁰. La volonté des parties de faire une élection de droit doit être clairement reconnaissable et ne peut être tacite que si « elle résulte indubitablement des dispositions du contrat » (art. 2 al. 2 Convention de La Haye)⁷¹. Le moyen le plus simple de conclure un tel accord est de l'intégrer au contrat au moyen des conditions générales⁷². A défaut d'élection de droit, l'article 3 de la Convention de La Haye prévoit que, « [s]'il s'agit d'un marché de bourse ou d'une vente aux enchères, la vente est régie par la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères »⁷³. Les ventes aux enchères sises en Suisse seraient ainsi de toute façon régies par le droit suisse.

⁶⁶ SHAPIRO, p. 30 ss.

⁶⁷ Cf. Annexe II.

⁶⁸ Cf. Annexe IV.

⁶⁹ RS 0.221.211.4.

⁷⁰ TERCIER/FAVRE, N 490 ; DUTOIT, LDIP 118 N 1 ; BaK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 118 N 3.

⁷¹ DUTOIT, LDIP 118 N 4 ; BaK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 118 N 9.

⁷² Cf. *infra* N 413 ss.

⁷³ TF, 28 avril 2008, 4A.58/2008. BaK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 118 N 3 ; DUTOIT, LDIP 118 N 6 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 24.

- 39 Pour les relations contractuelles gravitant autour du processus d'enchères, mais ne constituant pas un contrat de vente en tant que tel, l'article 116 LDIP prévoit l'application du droit choisi par les parties. Le contenu de cette disposition est similaire à celui de l'article 2 de la Convention de La Haye, en ce qu'il exige que l'élection de droit soit faite expressément ou ressorte de manière certaine du contrat⁷⁴. La clause d'élection de droit précitée est donc valable de ce point de vue également.
- 40 La limite posée à toute élection de droit est celle du contrat fait avec un consommateur, énoncée à l'article 120 LDIP, qui dispose que :

« ¹ Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur :

- a. si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat ;
- b. si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- c. si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

² Une élection de droit est exclue. »

Comme relevé plus haut, il est extrêmement rare que la maison de vente conclue un contrat avec un consommateur au sens de l'article 120 LDIP, la prestation fournie ne pouvant à notre sens être considérée comme courante. Si cela devait se produire, dans une situation exceptionnelle, le droit du domicile du consommateur s'appliquerait impérativement.

- 41 Nous n'entrerons pas davantage dans les détails sur les questions de droit international privé que pose la vente aux enchères d'objets d'art⁷⁵. Le présent travail se concentrera sur les aspects contractuels des ventes aux enchères régies par le droit suisse, notre analyse se focalisant sur la proposition de solutions dans les cas d'application de celui-ci.

B. Règles de droit suisse

- 42 La réglementation nous intéressant le plus dans le cadre du présent travail est celle des articles 229 à 236 CO, puisqu'elle régit les ventes aux enchères publiques, qu'elles soient volontaires ou forcées. Pour le surplus, le droit du contrat de vente est applicable. Nous ne

⁷⁴ DUTOIT, LDIP 118 N 4 ; BaK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 116 N 36 et LDIP 118 N 9.

⁷⁵ Pour une analyse détaillée des questions de droit international privé soulevées par une vente aux enchères d'objets d'art, cf. SKRIPSKY, p. 298 ss.

traiterons que des dispositions régissant les ventes volontaires⁷⁶, qui abordent les transactions qui nous intéressent notamment sous l'angle contractuel, à savoir précisément celui que nous avons choisi pour aborder ce sujet.

- 43 L'article 236 CO réserve la législation cantonale dans la mesure où elle ne déroge pas au droit fédéral⁷⁷. Nous ferons le cas échéant référence aux normes cantonales en vigueur, notamment aux droits genevois⁷⁸ et zurichois⁷⁹. Ces deux cantons sont ceux dans lesquels se déroulent le plus fréquemment des ventes aux enchères d'objets d'art, du fait de la présence de maisons de vente renommées, telles que Christie's, Sotheby's, la Galerie Koller ou Phillips de Pury. Le droit lucernois⁸⁰ peut également être intéressant dans la mesure où la maison Fischer a son siège dans le canton en question. Notons enfin que la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)⁸¹ n'est pas applicable aux ventes aux enchères, comme le dispose son article 2 lettre b.
- 44 Dans ce domaine particulier, des conditions générales complètent souvent le texte légal, lorsqu'elles n'y dérogent pas⁸². Elles sont parfois applicables à la relation entre la maison de vente et le fournisseur⁸³ comme à la relation entre la maison de vente et l'enchérisseur⁸⁴. C'est le cas de celles de Sotheby's, qui réglementent toutes les relations se nouant lors d'une vente

⁷⁶ Cf. *supra* N 12 ss.

⁷⁷ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 236 N 1323 ; SCHMID, N 1295 ; SKRIPSKY, p. 28.

⁷⁸ Loi sur les ventes volontaires aux enchères publiques du 24 juin 1983 – RS Ge I 2 30.

⁷⁹ Verordnung des Obergerichtes über das Verfahren bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen vom 19. Dezember 1979 – Ordnungsnummer 235.15 (Ordonnance zurichoise).

⁸⁰ Verordnung über die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen vom 8. Juni 1999 – Ordnungsnummer 216 (Ordonnance lucernoise).

⁸¹ RS 0.221.211.1.

⁸² Cf. Annexes I à IV pour des exemples de conditions générales.

⁸³ Cf. *infra* N 63 ss.

⁸⁴ Cf. *infra* N 413 ss.

dans le même document. D'autres maisons de vente, comme Christie's, utilisent un contrat-type pour mettre en place leur relation avec le fournisseur. Les conditions de vente de cette maison ne sont, elles, applicables qu'aux enchérisseurs. Comme nous le verrons, si la forme diverge d'une maison de vente à l'autre, le contenu des divers contrats est souvent similaire. Pour illustrer notre propos, nous utiliserons donc, tout au long de notre analyse, les contrats et conditions générales des diverses maisons de vente précitées. Il convient à ce stade de relever le fait qu'elles sont sujettes à évolution. Les exemples utilisés se réfèrent à des conditions de vente particulières, régissant uniquement les ventes qu'elles mentionnent, et qui figurent en annexe du présent travail. Le lecteur gardera en tête leur caractère variable.

Chapitre II : Parties en présence

- 45 Dans le cadre d'une vente aux enchères d'œuvres d'art prennent place divers rapports liant les parties en cause. Le déroulement du processus comporte plusieurs étapes. La première a lieu lorsque le propriétaire d'un bien ou son ayant droit prend contact avec une maison de vente pour organiser la mise en vente de son objet d'art. A la suite de cette prise de contact, la maison de vente fait une première estimation du bien, par le biais de son expert ou d'un spécialiste externe. Suite à l'estimation, si les parties se sont mises d'accord sur la mise en vente du bien, la maison de vente se charge de toute la publicité y relative, y compris de la création du catalogue et de l'exposition préalable à la vente. Les enchérisseurs potentiels ont ainsi la possibilité d'examiner le bien en détails avant la vente aux enchères.
- 46 Lors de la vente elle-même, les enchérisseurs dûment inscrits auprès de la maison de vente afin que celle-ci puisse contrôler leur identité et leur solvabilité, ont la possibilité d'enchérir sur tous les lots, présentés un à un. Chaque bien est accompagné d'un *condition report* détaillant l'état exact du bien au moment de la vente, émis par la maison de vente et lu par le directeur des enchères. Les enchères peuvent être formulées par des personnes présentes dans la salle ou absentes, qu'elles soient au téléphone, ou qu'elles aient fait une proposition par écrit ou encore par le biais du site Internet de la maison de vente. Lorsque la plus haute enchère est atteinte, le directeur des enchères décide d'adjuger ou non la chose, et annonce la vente ou le retrait en frappant un coup de marteau.
- 47 Afin d'analyser au mieux ces relations et leurs conséquences et de définir précisément les parties en présence, il convient d'établir une terminologie claire pour éviter d'éventuelles confusions. Nous examinerons tout d'abord le rôle du fournisseur de l'objet (§ 1), puis celui de la maison de vente (§ 2), avant d'aborder celui de l'enchérisseur-acheteur (§ 3).

§ 1 Le fournisseur de l'objet

- 48 L'article 229 CO régit la conclusion du contrat de vente aux enchères. Il fait référence, en son alinéa 2, à la notion de *vendeur*, qui renvoie à la personne qui fournit l'objet mis en vente⁸⁵. Il peut être un commerçant d'art, un privé, ou encore un musée, entre autres exemples. Il est rare que le *vendeur* lui-même dirige les enchères. A cette fin, il fait souvent appel à une maison de vente. Il faudra se demander si celui qu'on appelle *vendeur* est réellement la partie qui s'oblige par le contrat de vente ou s'il n'agit qu'en tant que fournisseur de l'objet. Nous adapterons la terminologie à la solution adoptée.
- 49 Le texte allemand de l'article 229 alinéas 2 et 3 CO emploie le terme de *Veräusserer* et non pas celui de *Verkäufer*. PESTALOZZI⁸⁶ entend dans ce sens la personne qui, comme

⁸⁵ RUOSS, Scheingebote, p. 18 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 6.

⁸⁶ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 130.

propriétaire, met un bien à disposition du préposé aux enchères, ou celle qui s'est vue concéder par le propriétaire un pouvoir de disposition conforme. *Veräusserer* pourrait être traduit en langue française par le mot *aliénateur*. Le Tribunal fédéral quant à lui, dans un arrêt de 1986⁸⁷, emploie le terme d'*Einlieferer* pour désigner le propriétaire du bien. Ce dernier n'est pas considéré comme le vendeur, mais uniquement comme le fournisseur de la chose. Cette terminologie permet de ne pas présumer de l'implication du fournisseur dans les relations juridiques que nous allons analyser. Nous utiliserons donc le terme de *fournisseur*, sous réserve de toute qualification juridique ultérieure.

- 50 L'article 16 alinéa 2 LTBC prévoit en ses lettres a et c que le commerçant d'art ou la personne qui pratique la vente aux enchères a l'obligation « d'établir l'identité du fournisseur et du vendeur et d'exiger de ceux-ci une déclaration écrite sur leur droit de disposer du bien culturel » ainsi que de « tenir un registre des acquisitions de biens culturels, qui doit notamment mentionner [...] le nom et l'adresse du fournisseur ou du vendeur [...] ». Une distinction est donc faite entre le fournisseur de l'objet et le vendeur ; le second est la personne qui dispose directement de l'objet⁸⁸ tandis que le premier est défini par l'article 1 lettre h OTBC comme la « personne qui charge un tiers pratiquant le commerce d'art ou la vente aux enchères de transférer un bien culturel ». La différence recoupe celle que nous opérons entre fournisseur et maison de vente.

§ 2 La maison de vente

- 51 La maison de vente est qualifiée par le Tribunal fédéral de *Versteigerer*⁸⁹, ce qui pourrait être littéralement mais peu élégamment traduit par les termes de *vendeur aux enchères*. Les maisons de vente organisant des enchères ne le font qu'exceptionnellement dans l'idée de vendre des œuvres d'art leur appartenant⁹⁰. Elles sont généralement mandatées par des tiers, fournisseurs d'objets, qui désirent aliéner leurs biens. Les conditions générales de certaines maisons en font d'ailleurs mention⁹¹. L'intérêt du fournisseur est de trouver une structure qui prenne en charge l'organisation et la réalisation d'une vente aux enchères et qui a une position dans le marché de l'art lui permettant d'intéresser des acheteurs potentiels⁹².

⁸⁷ ATF 112 II 337 c. 3, JdT 1987 I 170.

⁸⁸ GABUS/RENOLD, LTBC 16 N 33.

⁸⁹ ATF 112 II 337 c. 3, JdT 1987 I 170.

⁹⁰ RUOSS, Scheingebote, p. 18 et 85.

⁹¹ Cf. article 2 des conditions générales de Sotheby's (cf. Annexe II) :

« Sotheby's vend en qualité de mandataire du vendeur, *sauf lorsqu'il est propriétaire* de tout ou d'une partie du lot. » (Mise en évidence par l'auteur).

⁹² RUOSS, Scheingebote, p. 17.

- 52 La maison de vente agit par l'intermédiaire de ses organes et de ses auxiliaires. L'un des plus importants dans le processus contractuel est la personne qui procède de manière effective à l'adjudication des biens mis aux enchères : le directeur des enchères. Nous le présentons ici brièvement (A), avant d'évoquer les autres employés (B).

A. Le directeur des enchères

- 53 L'article 229 alinéa 1 CO mentionne le *préposé aux enchères*⁹³ dans le cadre d'enchères forcées, tandis que l'alinéa 3 de la même disposition fait allusion à *la personne qui dirige les enchères*⁹⁴ pour les enchères en général. L'on ne peut pas en déduire une distinction voulue par le législateur dans la mesure où le terme de *préposé aux enchères*⁹⁵ est à nouveau utilisé à l'article 235 alinéa 2 CO, qui vaut aussi bien dans le cas d'enchères forcées que dans celui d'enchères publiques volontaires. Tous ces termes se recoupent pour désigner la personne qui dirige la vente et qui procède à l'adjudication des biens. La dénomination de commissaire-priseur, communément utilisée, n'est pas retenue ici puisqu'elle se réfère à une institution de droit français ayant des implications extrêmement particulières⁹⁶.
- 54 Parmi plusieurs termes, nous choisissons ici celui de *directeur des enchères*⁹⁷. Il peut être un organe de la maison de vente, mais également un employé de celle-ci, ou encore un mandataire⁹⁸. Pour être un organe au sens de l'article 55 CC, le directeur des enchères doit avoir une position dirigeante au sein de la maison de vente ou avoir de fait un pouvoir décisionnel⁹⁹. Dans ce cas, il engage la maison de vente par son fait. Cette condition ne semble toutefois pas remplie lorsque la seule activité du directeur des enchères est de conclure le contrat de vente. Il faudrait à cet effet qu'il ait davantage de pouvoir administratif dans la société. Si le directeur des enchères est un simple employé ou un mandataire extérieur, il n'agit pas en son propre nom, mais représente la maison de vente. En exprimant sa volonté, il lie la maison de vente. La représentation est alors déduite des circonstances au sens de l'article 32 alinéa 2 CO.

⁹³ En allemand « *der Versteigerungsbeamte* » et en italien « *l'ufficiale procedente aggiudica la cosa* ».

⁹⁴ En allemand « *der Leitende* » et en italien « *colui che dirige l'incanto* ».

⁹⁵ En allemand « *die Versteigerungsbehörde* » et en italien « *l'autorità procedente* ».

⁹⁶ Le commissaire-priseur était traditionnellement, jusqu'en 2000, un officier ministériel français au bénéfice d'une position monopolistique. Cf. VIGNERON, N 30 ss et 45 ss.

⁹⁷ Cf. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 133, qui désigne cette personne comme « *der Leitende* ».

⁹⁸ RUOSS, *Scheingebote*, p. 17 ; BK-GIGER, CO 229 N 80 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 133.

⁹⁹ ATF 124 III 418 c. 1.b : « La qualité d'organe, au sens de l'art. 55 CC, appartient à toute personne physique qui, d'après la loi, les statuts ou l'organisation effective de la personne morale, prend part à l'élaboration de sa volonté et jouit en droit ou en fait du pouvoir de décision correspondant (ATF 122 III 225 consid. 4b p. 227 ; 117 II 570 consid. 3 p. 571) ; elle ne dépend pas du pouvoir de représentation (ATF 105 II 289 consid. 5a p. 292) » ; cf. également ATF 117 II 570, JdT 1993 I 80. RIEMER, N 565 s.

55 L'importance de la maison de vente et de son représentant dans les relations résultant de la vente aux enchères sera analysée ultérieurement. Il convient à ce stade de ne retenir que le rôle d'adjudicateur du directeur des ventes et de prendre en considération l'activité déployée pour parvenir à ce résultat. Le directeur des enchères est en effet la personne qui dirige la vente, requiert la formulation d'offres de la part des enchérisseurs, les reçoit et enfin adjuge le bien à l'enchérisseur ayant formulé l'offre la plus élevée. Les conséquences et implications de cette activité dépendent des rapports noués entre le fournisseur, l'acheteur et la maison de vente. Dans la mesure où le directeur des enchères engage la maison de vente par son fait, nous utiliserons le terme de *maison de vente* pour désigner à la fois la société et le préposé aux enchères agissant pour son compte¹⁰⁰.

B. Les autres employés

56 Les maisons de vente sont souvent des structures importantes employant un certain nombre de personnes pour déployer au mieux leur activité. Certains employés, tels que ceux qui procèdent aux enchères par téléphone, interviennent directement dans le processus des enchères, alors que d'autres agissent en coulisse. C'est par exemple le cas de l'expert, employé par la maison de vente pour établir l'estimation du lot qui sera publiée dans le catalogue. Cette estimation sera utilisée pour décider du prix de départ des enchères, ainsi que du prix de réserve, prix-plancher fixé par le fournisseur et en dessous duquel la maison de vente n'a pas le droit d'adjuger le bien. Il est également possible que l'expert se situe en marge de la relation tripartite de base, n'étant pas un maillon nécessaire à la conclusion du contrat de vente, du moins juridiquement. Il peut avoir été mandaté par le fournisseur hors du contexte de la vente aux enchères ou encore être un tiers spécialiste mandaté par la maison de vente.

§ 3 L'acheteur

57 Il convient de faire la différence entre un enchérisseur et un acheteur. L'enchérisseur est la personne qui prend part à la vente et fait des offres. Il ne devient acheteur que lorsque le bien lui est adjugé (on l'appelle alors l'adjudicataire). L'enchérisseur, comme nous le verrons plus loin¹⁰¹, est déjà dans une certaine mesure lié à la maison de vente en acceptant la partie des conditions de vente qui lui est applicable. Mais seul l'acheteur entre en relation contractuelle avec le vendeur, quel qu'il soit.

¹⁰⁰ Au sens de l'article 229 CO. Cf. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 131, qui utilise le terme de *Versteigerer*.

¹⁰¹ Cf. *infra* N 418 ss.

- 58 L'acheteur peut se faire représenter lors de la vente, que ce soit par la maison de vente elle-même ou par un tiers. Nous analyserons les diverses situations dans lesquelles un tiers engage l'acheteur par son enchère, lors d'enchères écrites ou par téléphone par exemple¹⁰².

§ 4 L'huissier

- 59 De nombreuses réglementations de droit cantonal, édictées dans la limite de l'article 236 CO, prévoient l'intervention d'un tiers dans la vente aux enchères. Celui-ci est appelé *huissier* à Genève¹⁰³, *Gemeindeammann* à Zurich¹⁰⁴ ou encore *Versteigerungsbehörde* à Lucerne¹⁰⁵. Il s'agit d'un agent de l'autorité cantonale qui veille au bon déroulement des enchères. Les cantons instituent souvent l'obligation pour l'organisateur des enchères d'obtenir une autorisation pour l'organisation de celles-ci, élément supplémentaire de surveillance du marché. L'huissier est, en droit genevois, le garant du respect du droit en ce qu'il tient un procès-verbal des enchères et contrôle les conditions générales de vente.

¹⁰² Cf. *infra* N 397 ss.

¹⁰³ Article 1 alinéa 1 LVVE.

¹⁰⁴ § 1 Ordonnance zurichoise.

¹⁰⁵ § 2 Ordonnance lucernoise.

**PREMIERE PARTIE : RELATION ENTRE LE FOURNISSEUR ET LA
MAISON DE VENTE**

- 60 La relation entre le fournisseur et la maison de vente se noue au stade précontractuel de la vente aux enchères, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat de vente lui-même. En effet, pour la conclusion d'un quelconque contrat de vente, le vendeur doit avoir décidé et manifesté sa volonté d'aliéner le bien objet du contrat. Or, la vente aux enchères institue un complexe tripartite de relations contractuelles. Ces rapports ne s'établissent pas simultanément et prennent effet à divers stades de la vente aux enchères. Ils dépendent des conventions conclues par les parties. Il est nécessaire d'analyser chaque rapport séparément avant de pouvoir en examiner l'articulation, afin de déterminer les spécificités de chacun.
- 61 Le rapport liant le fournisseur à la maison de vente n'est pas clairement qualifié par la doctrine¹⁰⁶. L'étude de cette relation débute par l'examen des obligations respectives des parties (Chapitre I). Nous en déduisons ensuite la qualification du contrat liant le fournisseur à la maison de vente (Chapitre II). Sur cette base, nous analyserons plus en détail les pouvoirs de représentation octroyés par le fournisseur et la nature du rapport de représentation qui en découle (Chapitre III). Nous traiterons enfin des cas d'inexécution du contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente et de la responsabilité qui s'en suit (Chapitre IV). Remarquons cependant le caractère hautement conventionnel des éléments à examiner. Le rapport de représentation ainsi que les obligations des parties dépendent avant tout de leur accord. Nous traiterons donc des points essentiels et tenterons de proposer une solution optimale au vu des exigences et caractéristiques particulières des enchères en matière d'art et de leurs implications.

¹⁰⁶ BK-GIGER, CO 229 N 15 : l'auteur évoque un rapport de commission ou de mandat.

Chapitre I : Obligations respectives des parties

62 Le présent chapitre a pour but de définir les diverses obligations à charge de la maison de vente et du fournisseur dans le rapport qui les lie. Cette étape, se fondant sur la pratique et les contrats conclus avec les fournisseurs, est un préalable essentiel au raisonnement juridique qui s'ensuivra. Nous traiterons successivement des obligations de la maison de vente (§ 2) et de celles du fournisseur (§ 3), après avoir analysé les modalités de conclusion du contrat entre les parties en cause (§ 1).

§ 1 Modalités de conclusion du contrat

63 Les exemples de clauses contractuelles figurant en annexe¹⁰⁷ du présent travail représentent un échantillon de la diversité de moyens utilisés pour la conclusion du contrat entre la maison de vente et le fournisseur. Tout le spectre des divers types de contrats, de celui qui fait l'objet de négociations entre les parties à celui qui est entièrement préformulé, est exploré par les maisons de vente. Sotheby's, par exemple, utilise des conditions générales préformulées, auxquelles sont théoriquement soumis tous les fournisseurs, et qui ne laissent une marge de négociation que très limitée. Christie's en revanche conclut avec le fournisseur sur la base d'un contrat-type, qui peut être adapté aux circonstances, notamment lorsqu'un fournisseur est un extrêmement bon client ou que les montants en cause sont particulièrement importants. Enfin, certaines maisons de vente négocient individuellement les clauses du contrat les liant à chaque fournisseur. Il nous semble toutefois que seules les maisons de vente de taille plus réduite peuvent s'imposer cette charge de travail supplémentaire.

64 Il nous faut préciser les modalités de conclusion du contrat, que la convention entre les parties soit basée sur un contrat-type ou constituée de conditions générales de vente, et examiner en particulier la validité de l'incorporation des dites conditions générales au contrat liant le fournisseur à la maison de vente (A). Nous analyserons ensuite la validité des clauses (B), leur interprétation (C) et le contrôle de leur contenu (D), trois étapes nécessaires au contrôle des ces clauses contractuelles particulières¹⁰⁸.

A. Conclusion du contrat et incorporation des conditions générales

65 Le contrat est conclu par des manifestations de volonté réciproques et concordantes des parties (art. 1 CO). La forme écrite n'est pas nécessaire, mais elle est conseillée comme moyen de preuve relatif au résultat des négociations du fournisseur avec la maison de vente. Il existe toutefois une particularité en cas d'intégration de conditions générales dans le contrat. Les conditions générales sont constituées de clauses contractuelles préformulées visant à

¹⁰⁷ Cf. Annexes I à V.

¹⁰⁸ SCHWENZER, N 44.04. Cf. également le schéma récapitulatif présenté par HUGUENIN, N 438.

faciliter et à rationaliser les relations d'affaires, notamment lorsque des contrats sont conclus en masse, et pouvant être utilisées pour un nombre indéterminé de relations contractuelles¹⁰⁹. Elles doivent être valablement incorporées au contrat pour être applicables, ce qui suppose que les parties aient manifesté, expressément ou tacitement, leur volonté de les inclure dans la convention qu'elles concluent¹¹⁰, processus que l'on appelle l'incorporation¹¹¹. A cet effet, il est nécessaire que le contrat inclue les conditions de vente. L'incorporation peut également se faire par référence aux conditions générales, à condition que la maison de vente les rende accessibles au fournisseur, qui doit pouvoir en saisir le contenu¹¹².

- 66 Lorsque les conditions d'intégration sont remplies, le cocontractant qui appose sa signature sur un texte faisant référence aux conditions générales est lié comme celui qui signe le texte même des conditions générales. Il importe peu que l'autre partie les ait lues pour autant qu'elle ait eu la possibilité de le faire¹¹³. Lorsque les conditions générales sont incorporées alors qu'une des parties ne les lit ou ne les comprend pas, leur incorporation est dite globale¹¹⁴. Dans tous les cas, lors des négociations avec le fournisseur, la maison de vente doit lui avoir offert la possibilité de consulter les conditions générales applicables à leur relation. Si les conditions d'incorporation ne sont pas remplies, le droit dispositif est seul applicable à la relation entre l'enchérisseur et la maison de vente.

B. Validité des clauses contractuelles en cas d'utilisation de conditions générales

- 67 La liberté contractuelle connaît des limites lors de l'utilisation de conditions générales dans les rapports entre des parties inégales¹¹⁵. Le Tribunal fédéral considère qu'il convient de

¹⁰⁹ SCHWENZER, N 44.01 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 49 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1118 ; CR CO I-DESSEMENTET, CO 1 N 38. TF, 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3.1.

¹¹⁰ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 c. 2.1 ; TF, 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3.1 ; ATF 123 III 35 c. 2.c/bb, JdT 1997 I 322 ; TF, 1er juillet 1974, SJ 1975 257 c. 5.d ; ATF 77 II 156. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128 ss. Une intégration tacite suppose des circonstances particulières, comme une relation d'affaires en cours entre les parties qui incorporent lesdites conditions générales à tous les contrats qu'elles concluent : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1130.

¹¹¹ TERCIER, Obligations, N 870 ; SCHWENZER, N 45.01 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1129.

¹¹² SCHWENZER, N 45.03. Voir l'ATF 124 III 155, SJ 1998 689, pour des conditions générales figurant dans une brochure remise au client. Il n'est notamment pas admissible que le texte des conditions générales soit formulé dans un langage juridique inaccessible aux cocontractants potentiels.

¹¹³ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 ; TF, 29 mai 1996, SJ 1996 623 c. 3.a ; ATF 119 II 443 c. 1.a ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b.

¹¹⁴ *Globalübernahme* : SCHWENZER, N 45.03 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1130, qui précisent que lorsque le contrat fait uniquement référence aux conditions générales, l'incorporation globale est présumée. ATF 119 II 443 c. 1.a ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b.

¹¹⁵ La situation se réalise le plus fréquemment lorsque le contrat est conclu avec des consommateurs.

protéger la partie faible ou moins expérimentée lorsque celle-ci n'a pas lu ou ne pouvait comprendre les conditions générales qui ont été intégrées au contrat de manière globale¹¹⁶. Les clauses inhabituelles, dites insolites, qui s'écarteraient de manière trop importante du contenu auquel l'on peut raisonnablement s'attendre dans un contrat du type de celui conclu, sont alors retirées de l'accord des parties. Cette restriction, ou théorie de la clause insolite, a été consacrée par la jurisprudence¹¹⁷ en application du principe de la confiance. La partie la plus expérimentée, souvent un professionnel, ne peut pas opposer à son cocontractant de clause contraire à la bonne foi si l'attention de ce dernier n'a pas été attirée sur ladite clause¹¹⁸. MERZ propose même d'étendre cette règle à toutes les clauses par lesquelles la partie faible renonce à certains de ses droits légaux, notamment à ceux découlant d'une inexécution de l'autre partie¹¹⁹.

- 68 Dans les cas de vente aux enchères, la maison de vente peut être considérée comme étant une partie au contrat expérimentée et agissant à titre professionnel. Bien que le fournisseur puisse également être un professionnel ou un amateur expérimenté, il se peut qu'il soit une partie au contrat inexpérimentée nécessitant une protection accrue. La question de savoir si le fournisseur doit être protégé en tant que partie faible ne peut être traitée que de cas en cas, en fonction de sa situation et de celle de la maison de vente.
- 69 Pour que la règle de l'insolite soit applicable, il faut non seulement que le cocontractant de la partie proposant l'incorporation des conditions générales par renvoi global soit inexpérimenté dans la branche en question, mais également « que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat »¹²⁰. Dans ce cas, à défaut de mise en évidence de la clause insolite, celle-ci n'est pas incorporée au contrat. Une clause obligeant le fournisseur à payer à la maison de vente une commission indépendamment du résultat de la

¹¹⁶ TF, 15 décembre 2003, 4C. 282/2003 ; TF, 7 mai 2002, 5C.74/2002 ; ATF 119 II 443 c. 1 ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b. Cf. BRUNNER, p. 139 s.

¹¹⁷ Cf. ATF 135 III 225 c. 1.3, SJ 2009 I 446 ; ATF 135 III 1 c. 3 ; TF, 28 janvier 2009, 4A_419/2008 ; TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 ; ATF 119 II 443 c. 1 ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 : « [l]a validité des conditions générales d'affaires préformées est toutefois limitée par la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel). En vertu de cette règle, sont soustraites à l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. »

¹¹⁸ SCHWENZER, N 45.07 ; STAUDER, p. 107 ; BK-GIGER CO 231 N 6 et CO 233 N 20 ss ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 231 N 984 ss ; CR CO I-VULLIETY, CO 231 N 4 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 335.

¹¹⁹ MERZ, p. 198. *Contra* : CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 12 ; STAUDER, p. 119 ; PETITPIERRE, *Conventions exclusives de responsabilité*, p. 348.

vente pourrait être un exemple de clause insolite. L'obligation de ne verser une commission qu'en cas de succès de la vente est en effet une caractéristique propre au mandat de vente aux enchères. Une clause prévoyant le paiement en toute hypothèse constituerait dès lors une dérogation notable au cadre légal du contrat de commission.

- 70 Pour être valablement incorporées au contrat, les clauses à caractère insolite devraient être mises en évidence par une police de texte particulière, ou par une discussion sur leur contenu entre la maison de vente et le fournisseur. Ce dernier ne pourrait alors pas invoquer la règle de l'insolite, si la clause est suffisamment claire pour être comprise. A défaut de validité de ces clauses ou lorsque le problème juridique n'est pas traité par les conditions générales, le droit dispositif est applicable. C'est pourquoi la qualification juridique des rapports du fournisseur avec la maison de vente est fondamentale. Nous aborderons ce problème dans le Chapitre II de la présente partie. Si toutefois certaines clauses insolites ne sont pas mises en évidence, la règle de l'insolite est applicable dans les cas où le fournisseur est une partie faible, ce qui a pour conséquence que les clauses en questions ne seront pas incorporées au contrat.

C. Interprétation

- 71 Indépendamment des modalités de conclusion du contrat, l'interprétation de celui-ci est nécessaire pour déterminer de quelle manière l'appliquer à la relation entre les parties. Or, moins la marge de négociation du fournisseur est importante, plus les méthodes d'interprétation du contrat devront être strictes et tenir compte du fait que le cocontractant de la maison de vente n'a pas pu influencer la formation des clauses contractuelles, comme dans les cas d'intégration globale de conditions générales. Nous présenterons dans un premier temps les principes généraux d'interprétation (1), avant de spécifier les particularités applicables aux conditions générales (2).

1. Interprétation du contrat

- 72 Quel que soit le type de clauses contractuelles en jeu, elles doivent en premier lieu être interprétées conformément à la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO)¹²¹. Pour procéder à cette interprétation dite « subjective », divers moyens d'interprétation sont envisageables. Dans un premier temps, il convient de se baser sur la lettre du contrat, sur son texte même¹²². L'interprétation littérale n'est toutefois pas suffisante. Elle est utilement

¹²⁰ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005. Cf. également ATF 109 II 452 c. 5.b ; ATF 109 II 213 c. 2, JdT 1984 I 202. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1141 ss ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 50.

¹²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200 et 1240 s. ; SCHWENZER, N 45.08 et 33.01 s. ; BRUNNER, p. 137 ; nuancé : CR CO I-WINIGER, CO 18 N 145. ATF 133 III 675 c. 3.3 ; ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805.

¹²² TERCIER, Obligations, N 944 ; SCHWENZER, N 33.04. ATF 128 III 265, JdT 2003 I 113.

complétée par l'interprétation téléologique, résultant de l'esprit du contrat, à savoir des circonstances de sa conclusion, du but poursuivi par les parties et de leur comportement¹²³. A noter qu'un texte *a priori* clair n'exclut pas une interprétation s'éloignant de la lettre du contrat sur la base des circonstances entourant sa conclusion¹²⁴. Au contraire, l'article 18 CO impose de ne pas se limiter à la lettre d'un contrat et de rechercher la réelle intention des parties. Cette volonté commune peut être déterminée sur la base des négociations, plus ou moins approfondies, menées entre la maison de vente et le fournisseur.

- 73 Lorsque, malgré ces recherches, la réelle volonté des parties ne peut être déterminée, le contrat est interprété conformément au principe de la confiance¹²⁵, selon le sens que le destinataire pouvait raisonnablement lui donner au vu des circonstances. Ce n'est qu'à défaut de solution découlant de l'interprétation que le contrat est considéré comme contenant une lacune, qui doit être comblée par l'application du droit supplétif, par l'identification des volontés hypothétiques des parties ou par la création d'une norme générale et abstraite applicable au cas d'espèce. Ces principes généraux seront utilisés tout au long du présent travail lorsqu'il s'agira d'interpréter des clauses contractuelles.

2. Interprétation des conditions générales

- 74 En cas d'incorporation au contrat de conditions générales, certaines règles d'interprétation particulières complètent les principes exposés ci-dessus. Si, après l'interprétation objective fondée sur le principe de la confiance, la clause manque encore de clarté, le juge procède à une interprétation en défaveur de la partie qui l'a rédigée. Le principe applicable, *in dubio contra proferentem* ou *contra stipulatorem*¹²⁶, permet d'équilibrer les inégalités éventuelles dues au fait que la rédaction des clauses est laissée à l'une des parties, en l'occurrence à la maison de vente¹²⁷.
- 75 L'interprétation des clauses contractuelles ne peut se faire de manière générale et dépendra des situations de l'espèce, en particulier des déclarations des parties, de leur comportement et de leur expérience. Le juge est notamment restrictif dans son interprétation des clauses exclusives ou limitatives de garantie¹²⁸. En cas de doute, et face à un fournisseur peu

¹²³ TERCIER, Obligations, N 945 ; SCHWENZER, N 33.05.

¹²⁴ TERCIER, Obligations, N 946 ; CHAPPUIS, Interprétation, p. 156 s. Cf. également *infra* N 198.

¹²⁵ SCHWENZER, N 45.08 ; BRUNNER, p. 136 ; STAUDER, p. 111 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 157 ; SCHWAB, p. 25. ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805 ; ATF 122 V 146.

¹²⁶ *Unklarheitsregel*. ATF 124 III 155 c. 1, SJ 1998 689 ; ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805 ; ATF 118 II 343 c. 1.a ; ATF 115 II 264 c. 5.a, JdT 1990 I 57. SCHWENZER, N 45.10 ; BRUNNER, p. 138 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 157 ; SCHWAB, p. 25 s.

¹²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 186.

¹²⁸ STAUDER, p. 113 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 158.

expérimenté, il se peut que la responsabilité de la maison de vente ne soit pas valablement exclue. Il s'agit du cas d'application de restriction à la liberté contractuelle le plus probable.

D. Contrôle du contenu des conditions générales

- 76 La dernière étape nécessaire à la vérification de la validité des conditions générales est celle du contrôle de leur contenu. Les seules limites matérielles posées à un contrat classique sont qu'il ne soit pas impossible et qu'il respecte le droit impératif ainsi que les bonnes mœurs (art. 19 et 20 CO). En cas d'utilisation de conditions générales, non seulement celles-ci sont-elles soumises aux limitations précitées, mais elles doivent encore être conformes à l'article 8 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹²⁹. Cette disposition prévoit que l'utilisation de conditions générales préformulées de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante constitue une forme de concurrence déloyale si elles (a) dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie ou (b) prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Elle vise un contrôle abstrait des conditions générales, indépendamment de l'intention de l'auteur de tromper son cocontractant dans le cas concret¹³⁰. Les conséquences de cette concurrence déloyale ne sont pas énoncées par la loi. Certains auteurs estiment que lesdites clauses sont nulles, d'autres considèrent qu'elles sont annulables¹³¹.
- 77 Le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts traitant de la conformité de conditions générales avec l'article 8 LCD¹³², mais n'a admis l'application de cette disposition que dans un cas où la clause visée avait déjà été considérée comme insolite¹³³. L'efficacité limitée de cette norme s'explique notamment en raison du fait qu'elle est soumise à la condition de la nature trompeuse de la clause visée¹³⁴. Elle ne nous semble pas particulièrement pertinente dans la perspective des conditions générales de vente aux enchères, puisqu'un tel problème serait probablement déjà couvert par la règle de l'insolite.
- 78 La doctrine¹³⁵ considère dès lors qu'un contrôle ouvert du contenu des conditions générales sur la base de la partie générale du Code des obligations est nécessaire, dans le but d'éviter les

¹²⁹ RS 241.

¹³⁰ PICHONNAZ/FORNAGE, p. 287 ; JUNOD MOSER, Conditions générales, p. 192.

¹³¹ HUGUENIN, N 433 ; BRUNNER, p. 135. Pour plus de détails sur cette problématique, cf. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 335 ss.

¹³² ATF 122 III 373 c. 3.a ; ATF 119 II 443 c. 1.c ; ATF 117 II 332 c. 5.

¹³³ ATF 119 II 443 c. 1.c. Cf. JUNOD MOSER, Conditions générales, p. 192 et *supra* N 63 ss.

¹³⁴ HUGUENIN, N 411 ; BRUNNER, p. 134 ; BK-KRAMER, CO 19-20 N 281 ss ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 287.

¹³⁵ SCHWENZER, N 46.07 ; HUGUENIN, N 435 ; BK-KRAMER, CO 19-20 N 290 ss.

pratiques immorales ou contraires à l'ordre public (art. 19 al. 2 et 20 CO). Le Tribunal fédéral n'a cependant pas encore admis une telle solution. A noter cependant que l'article 8 LCD est actuellement en révision¹³⁶. Le projet remplace le critère de tromperie par celui de contradiction avec les règles de la bonne foi, ce qui permettra certainement une utilisation plus étendue de la disposition en question¹³⁷ et par conséquent un contrôle de la loyauté des conditions générales¹³⁸. En l'état, le contrôle du contenu des conditions de vente n'aboutit toutefois à aucune conclusion intéressante¹³⁹. En l'espèce, les règles d'interprétation seront donc plus utiles que celles du contrôle du contenu des conditions générales pour l'analyse de la relation entre le fournisseur et la maison de vente.

§ 2 Obligations de la maison de vente à l'égard du fournisseur

79 La principale activité déployée par la maison de vente, celle qui forme le but même de l'opération, est la vente aux enchères en tant que telle. La conclusion d'un contrat de vente constitue donc l'obligation principale de la maison de vente, l'objet du contrat conclu avec le fournisseur. Nous examinerons dans un premier temps les divers aspects de cette obligation (A), puis étudierons l'activité publicitaire déployée par la maison de vente (B), avant de détailler ses obligations accessoires (C).

A. Vente et obligation d'agir

80 L'article 229 alinéa 3 CO prévoit l'obligation de la maison de vente d'adjuger l'objet mis en vente au plus offrant. Il ne s'agit que d'un cas particulier d'application du devoir qu'a la maison de vente d'agir conformément aux intérêts du fournisseur¹⁴⁰. L'objectif de la vente est d'obtenir le meilleur prix pour l'objet d'art. C'est pour cette raison que le fournisseur s'adresse à un tiers ayant une position importante dans le monde de l'art, ce qui lui offre une meilleure publicité et lui permet d'être mis en contact avec les personnes intéressées.

81 Le fournisseur a la possibilité, d'entente avec la maison de vente, de fixer un prix de réserve, en dessous duquel il ne désire pas vendre l'objet. Les maisons de vente ont établi certaines règles internes en matière de fixation du prix de réserve, afin que celui-ci ne soit pas trop

¹³⁶ Cf. le projet de nouvelle LCD, FF 2009 5579.

¹³⁷ Pour un exposé détaillé des conséquences de la modification de l'article 8 LCD, cf. PICHONNAZ/FORNAGE, p. 287 ss.

¹³⁸ PICHONNAZ/FORNAGE, p. 292.

¹³⁹ Cf. BRUNNER, p. 147 ss, pour une nouvelle loi.

¹⁴⁰ Cf. *infra* N 96 ss : le contrat entre la maison de vente et le vendeur est un type de mandat. Les conséquences de la violation des obligations citées seront examinées en détail, à la lumière notamment de l'obligation de diligence et fidélité du mandataire envers son mandant (art. 398 al. 2 CO).

élevé, ce qui pourrait empêcher la vente du bien, puisque l'adjudication n'a pas lieu pour des offres inférieures à ce montant¹⁴¹. Le prix de réserve n'est en principe pas plus élevé que l'estimation basse du bien mis en vente. Ce montant n'est généralement pas communiqué aux enchérisseurs, pour éviter de fausser la concurrence et d'entraver l'obtention du meilleur prix. Nous verrons que la maison de vente a une obligation de se conformer aux instructions du fournisseur¹⁴².

- 82 Au fil de la pratique de la vente aux enchères s'est développée une nouvelle institution selon laquelle la maison de vente, afin de convaincre le fournisseur d'une importante collection de mettre celle-ci en vente par son intermédiaire, lui garantit le paiement d'un prix minimum¹⁴³. Des modalités particulières sont ainsi instaurées. La maison de vente met en vente le bien de manière traditionnelle et fait monter les enchères. A défaut d'enchère excédant le prix de réserve, la maison de vente s'engage à acquérir le bien pour le montant prévu. En contrepartie de cet engagement, la maison de vente demande le versement d'une commission-vendeur plus importante que sans garantie d'achat. Une telle obligation de la maison de vente se rapproche sensiblement de la possibilité que lui octroient généralement les conditions de vente d'adjuger le bien en dessous du prix de réserve en prenant à sa charge la différence entre le prix d'adjudication et le prix de réserve¹⁴⁴. Dans ce cas-là toutefois, la maison de vente ne se porte pas elle-même acquéreur du bien.
- 83 La maison de vente n'est pas libre de décider si elle propose ou non le bien mis à sa disposition par le fournisseur lors de la vente aux enchères prévue. Elle a une obligation, une fois le contrat conclu et la décision de mettre le bien en vente lors de certaines enchères prise, de procéder aux enchères comme convenu. Il s'agit de l'obligation d'agir de la maison de vente.

¹⁴¹ Cf. par exemple *Cristallina S.A. v. Christie, Manson & Woods International, Inc.*, 117 A.D.2d 284, 502 N.Y.S.2d 165 (1st Dep't 1986).

¹⁴² A défaut, la maison de vente devra prendre à sa charge la différence de prix sous peine de voir sa responsabilité fondée sur le contrat de mandat (au sens large) engagée (art. 397 al. 2 CO). Cf. *infra* N 322 ss.

¹⁴³ Les *Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice* de Christie's (cf. Annexe I) prévoient par exemple : « *[o]n occasion, Christie's has a direct financial interest in lots consigned for sale which may include guaranteeing a minimum price or making an advance to the consignor that is secured solely by consigned property* ». Cf. CONTRERAS, p. 747.

¹⁴⁴ Cf. par exemple l'article 7 (b) du contrat entre Christie's et le fournisseur, qui dispose que la maison de vente est autorisée « [...] à vendre les Lots au-dessous du Prix de Réserve [...] ». Dans ce cas, elle sera tenue à l'égard du fournisseur « [...] dans la même mesure que si le Prix d'Adjudication avait été égal au Prix de Réserve [...] ».

B. Publicité de la vente

- 84 Comme nous l'avons vu¹⁴⁵, la vente aux enchères d'objets d'art est en général publique. Pour être considérée comme telle, la vente doit être portée à la connaissance d'un nombre indéterminé de personnes. La publicité est assurée par la publication d'un catalogue et par l'exposition des œuvres. Une activité de *marketing* doit être déployée pour assurer une bonne information aux acheteurs potentiels et optimiser ainsi le prix de vente.
- 85 La maison de vente publie un catalogue contenant notamment les illustrations des lots mis en vente et des informations essentielles y relatives. Le catalogue est le document spécialisé qui permet aux éventuels enchérisseurs de prendre connaissance des biens proposés et de leur prix estimé. Il comprend en général les conditions de vente, qui, pour des raisons que nous évoquerons plus en détail ultérieurement¹⁴⁶, doivent avoir été portées à la connaissance des enchérisseurs avant leur participation à la vente elle-même. C'est pourquoi elles sont le plus souvent publiées dans le catalogue de vente et mises à disposition à divers stades du processus d'enchères, que ce soit lors de l'exposition ou des enchères en tant que telles. Les maisons de vente requièrent généralement l'inscription de tous les enchérisseurs potentiels préalablement à la vente¹⁴⁷ et il convient alors de s'assurer qu'ils ont pris connaissance des documents contractuels.
- 86 Il est essentiel que l'objet mis en vente soit suffisamment identifié dans le catalogue pour éviter un vice au niveau des manifestations de volonté lors des enchères. En effet, l'objet du contrat devant être fixé pour que celui-ci soit parfait (art. 2 al. 1 CO), le contrat de vente pourrait ne pas être conclu si l'objet mis en vente n'était pas convenablement décrit et clairement déterminé¹⁴⁸.
- 87 La maison de vente organise une exposition des biens mis en vente, service nécessaire pour les ventes aux enchères publiques¹⁴⁹. L'exposition permet aux personnes intéressées

¹⁴⁵ Cf. *supra* N 14.

¹⁴⁶ Cf. *infra* N 413 ss.

¹⁴⁷ Cf. article 2 des conditions générales de Fischer (Annexe III) :

« Avant de faire une offre, les enchérisseurs doivent légitimer leur identité et tirer un numéro auprès de (*sic*) secrétariat de la Galerie. La Galerie peut exiger une pièce d'identité officielle, une référence bancaire et/ou des sécurités. La Galerie est libre de refuser la participation d'une personne à la vente aux enchères. »

¹⁴⁸ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 396. Cf. *infra* N 385.

¹⁴⁹ Voir par exemple l'article 6 LVVE :

« La vente doit être précédée :

a. d'une publicité suffisante faite à différentes reprises, au moins 8 jours à l'avance, par affiches ou par insertion d'annonces dans les journaux, mais en tout cas une fois par la voie de la Feuille d'avis officielle ;

d'examiner les biens ou de les faire examiner par des professionnels, afin d'en estimer la qualité. Cette possibilité motive souvent l'exclusion par les maisons de vente de leur garantie pour les défauts de l'objet vendu¹⁵⁰. En effet, les maisons de vente estiment que l'opportunité de vérification de l'état et de l'authenticité du bien empêche l'acheteur de se prévaloir d'une éventuelle garantie de la maison de vente du fait d'un défaut qu'il n'aurait pas découvert au moment de l'exposition. La validité de telles clauses sera examinée ultérieurement¹⁵¹.

C. Autres obligations

88 La plupart des maisons de vente offrent une estimation du prix de l'objet mis en vente, gratuite lorsqu'elle est faite en vue d'une vente aux enchères. Elle permet d'établir une fourchette de prix indicative publiée dans le catalogue pour qu'un enchérisseur potentiel puisse évaluer le lot et décider du montant de son offre. L'estimation doit être distinguée du prix de réserve, qui n'est pas communiqué aux enchérisseurs, bien que les parties se fondent

b. *d'une exposition publique des objets à vendre*, sauf dispense accordée par le département. » (Mise en évidence par l'auteur).

L'article 7 du Règlement d'exécution de la loi genevoise sur les ventes volontaires aux enchères publiques du 19 octobre 1983 (RS GE I 2 30.01 – Règlement d'exécution LVVE) donne la possibilité à l'huissier de demander une dispense d'exposer publiquement certains objets, à certaines conditions :

« A la demande de l'huissier, le département peut dispenser le vendeur d'exposer publiquement les objets à vendre avant la vente, à condition que ceux-ci soient décrits avec précision dans le catalogue de la vente et que le vendeur n'exclue pas sa garantie en raison des défauts. »

De même, le § 6 de l'Ordonnance zurichoise dispose :

« Freiwillige öffentliche Versteigerungen von Fahrnis sind mindestens drei Tage, von Grundstücken mindestens 20 Tage vor Durchführung in einem geeigneten Publikationsorgan bekanntzumachen. Dabei sind Ort und Zeit der Versteigerung genau anzugeben. Das Steigerungsgut ist bei Fahrnis mindestens der Gattung nach zu bezeichnen. »

[...]

Bei Fahrnisversteigerungen ist dem Publikum in der Regel Gelegenheit zu geben, das Steigerungsgut vor der Versteigerung zu besichtigen. »

¹⁵⁰ Cf. articles 10 et 11 des conditions générales de Fischer (Annexe III) :

« 10 Les objets sont vendus dans l'état où ils sont au moment de l'adjudication. Il est possible d'examiner les objets en détail durant l'exposition. Toutes les indications orales et écrites de toute nature ne sont aucunement des assurances, des engagements de garantie, des garanties ou autres déclarations similaires, mais uniquement l'expression d'opinions qui peuvent changer à tout moment. Les garanties et conditions tacites sont exclues. [...] La Galerie (ainsi que les personnes en relation avec la Galerie) et le déposant, respectivement le vendeur, déclinent toute responsabilité en rapport avec de telles déclarations, notamment en ce qui concerne les descriptions, illustrations et affectations incorrectes ou incomplètes, le fabricant, l'origine, l'âge, la provenance, les mesures, l'exhaustivité, l'état et/ou l'authenticité des objets ainsi que les autres défauts visibles ou cachés.

11 Toute responsabilité pour défauts de droit et défauts de la chose est exclue. »

¹⁵¹ Cf. *infra* N 682 ss.

généralement sur la première pour déterminer le montant du second¹⁵². Une expertise plus approfondie peut également être fournie, lorsque les pièces sont d'importance. Il faut pour cela faire appel à des spécialistes, raison pour laquelle l'opération a lieu aux frais du fournisseur. L'expertise en soi n'est pas considérée comme une garantie à l'égard de l'acheteur¹⁵³, mais comme une simple expression de l'opinion de la maison de vente.

- 89 Les grandes maisons de vente offrent en outre aux fournisseurs, aux frais de ceux-ci, des services supplémentaires. Est notamment proposée l'organisation d'arrangements relatifs à l'emballage et au transport d'objets d'art, un service non professionnel pouvant entraîner des dégâts irrémédiables aux biens. L'assurance est également primordiale dans un domaine où des biens de grande valeur sont entreposés et exposés. La conclusion d'un contrat d'assurance permet de faciliter le règlement des incidents pouvant advenir antérieurement au transfert des risques à l'acheteur¹⁵⁴. A cet égard, le mandat conclu prévoit souvent un engagement de la maison de vente de prendre en charge l'assurance, qui peut prendre la forme de la clause suivante, extraite du contrat-type liant Christie's aux fournisseurs (art. 4A) :

« ASSURANCE PAR CHRISTIE'S

(a) Sauf accord contraire, les Lots seront automatiquement assurés conformément à la police d'assurance de Christie's Fine Arts pour le montant que nous considérerons comme leur valeur. Cette valeur d'assurance ne représente pas un engagement de notre part de vendre les Lots à ce prix.

(b) Nous vous facturerons un montant à titre de couverture d'assurance, correspondant à un pourcentage du Prix d'Adjudication ou, si le lot est invendu, de la Valeur d'Assurance. [...] »

- 90 La maison de vente se charge donc généralement d'assurer l'objet, ce qui facilite la gestion et l'exposition d'une quantité importante de biens. Les frais sont reportés sur le fournisseur, qui doit prendre en charge le paiement de la prime afférente à son bien.

¹⁵² Le prix de réserve ne dépasse en principe pas l'estimation basse, cf. *supra* N 81. L'article 34 des conditions générales de Sotheby's dispose par exemple que, « [s]auf accord contraire conclu par écrit, chaque lot sera offert à la vente avec un "prix de réserve" égal à soixante-quinze pour cent (75%) de "l'estimation basse avant la vente" notifiée au "vendeur".

Aucun "prix de réserve" ne peut excéder la dernière "estimation basse avant la vente" du lot annoncée ou publiée par Sotheby's. [...] »

¹⁵³ Cf. article 4 des conditions générales de Koller (Annexe IV) :

« [...] Koller se réserve le droit de faire appel à des experts ou des spécialistes de son choix pour s'appuyer sur leur avis et se forger elle-même sa propre opinion. Koller ne peut pas être tenue responsable de l'exactitude de telles opinions. »

Cf. *infra* N 691.

¹⁵⁴ A défaut de convention contraire, le transfert des risques à l'acheteur a lieu au moment de la conclusion du contrat de vente (article 185 alinéa 1 CO). A noter que dans le cas particulier de la vente aux enchères, l'article 235 CO prévoit un transfert de propriété dès l'adjudication et donc un transfert des risques immédiat. Cf. *infra* N 603 ss.

- 91 En ce qui concerne la présentation du bien, l'article 26 des conditions générales de Sotheby's dispose :

« Préparation de la vente : Vous acceptez de nous accorder une entière et absolue discrétion dans :

- (i) la manière de réunir ou de diviser les biens en lots pour la vente ;
- (ii) la manière d'inclure les lots dans la vente ;
- (iii) la manière de décrire un lot et de procéder aux illustrations dans le catalogue ou dans les rapports sur l'état de l'objet ;
- (iv) la date et le lieu de la vente (ou des ventes) aux enchères ;
- (v) la façon dont la vente est conduite. »

La maison de vente conserve une liberté importante quant à la manière de présenter le bien, que ce soit à travers le catalogue ou l'exposition.

§ 3 Obligations du fournisseur à l'égard de la maison de vente

- 92 Les obligations du fournisseur à l'égard de la maison de vente sont moins nombreuses, puisqu'il s'engage principalement à rémunérer l'activité de sa cocontractante (A). A cela peuvent s'ajouter des obligations supplémentaires prévues par les parties (B).

A. Rémunération

- 93 En contrepartie des prestations effectuées par la maison de vente, le fournisseur s'engage à rémunérer l'activité déployée. Le montant à verser comprend non seulement le paiement de la commission pour la vente de l'objet, mais également la rétribution des autres prestations de la maison de vente. Le contrat-type conclu entre la maison de vente et le fournisseur prévoit le versement par ce dernier d'une commission en cas d'adjudication de l'objet mis en vente. La commission prévue correspond à un certain pourcentage du prix obtenu lors de la vente, pourcentage en général dégressif : plus le prix d'adjudication est élevé, moins le pourcentage consacré à la commission l'est¹⁵⁵.
- 94 Outre la rémunération de la prestation principale de la maison de vente, le fournisseur doit en principe payer les frais d'assurance, de transport de l'objet ainsi que de son illustration dans le catalogue. En revanche, l'expertise de l'objet est généralement gratuite si elle est demandée

¹⁵⁵ Par exemple, certaines maisons de vente prévoient qu'en dessous de CHF 160'000.- de ventes dans l'année civile, le vendeur devra une commission calculée sur chacun des lots comme suit :

« PRIX D'ADJUDICATION DU LOT	TAUX	DE	COMMISSION
SFr 6'000-SFr 159'999	10%	du	Prix d'Adjudication
SFr 2'500-SFr 5'999	15%	du	Prix d'Adjudication
Moins de SFr 2'500	20%	du	Prix d'Adjudication

sous réserve d'une commission minimum de SFr. 100 par Lot ».

par le fournisseur en vue de mettre l'objet en vente¹⁵⁶. Lorsque l'objet mis en vente n'est pas adjugé et qu'aucun contrat n'est conclu, le fournisseur peut être tenu de rembourser certains frais à la maison de vente, notamment le prix de l'assurance ainsi que les frais d'illustration¹⁵⁷.

B. Autres obligations

- 95 Le fournisseur peut enfin être obligé de communiquer des informations susceptibles d'avoir une influence sur la conclusion du contrat de vente, comme le fait que l'objet a subi des détériorations. Si le fournisseur possède des certificats d'authenticité ou encore des rapports d'expertise attestant de la provenance du bien, il doit les tenir à la disposition de la maison de vente. En matière de biens culturels, la Loi fédérale sur le transfert international de biens culturels du 20 juin 2003 (LTBC)¹⁵⁸ oblige par ailleurs la maison de vente à établir l'identité du fournisseur ainsi qu'à obtenir de ce dernier une déclaration attestant son pouvoir de disposer du bien (art. 16 al. 2 let. a LTBC et art. 17 et 18 OTBC). De tels renseignements sont donc demandés préalablement à la mise en vente du bien.

¹⁵⁶ Cf. *supra* N 88.

¹⁵⁷ Sachant que les « frais » sont définis par les conditions générales de Sotheby's comme « [...] les coûts et dépenses, notamment et sans que cette énumération ait un caractère limitatif, les frais de justice, les coûts et dépenses d'assurance, de catalogue et autres reproductions et illustrations, tous droits de douane, frais de publicité, d'emballage, de transport, droits de reproduction, taxes, prélèvements, frais de test, de recherche ou d'enquête relatifs aux lots, ou les frais d'enlèvement pour un acheteur défaillant, augmentés de la TVA ou d'un montant tenant lieu de TVA sur les dépenses d'illustration et d'assurance », l'article 41 des conditions générales de Sotheby's dispose :
« Lot invendu : [...] Si vous décidez de reprendre votre lot, nous nous réservons le droit de vous facturer une commission réduite s'élevant à cinquante pour cent (50%) de la « commission vendeur », augmentée des frais. [...] »

¹⁵⁸ RS 444.1.

Chapitre II : Qualification du contrat

- 96 Les différentes obligations des parties résultent de la relation contractuelle entre la maison de vente et le fournisseur. Nombre de questions sont réglées par les conditions générales elles-mêmes. Celles-ci ne sont toutefois pas toujours complètes ou valablement intégrées au contrat. Il faut alors faire appel aux normes de droit dispositif régissant la relation en question. Par ailleurs, certaines règles impératives peuvent trouver application suivant la qualification du contrat. Il est donc primordial de déterminer quel contrat correspond à la relation entre la maison de vente et le fournisseur. Pour ce faire, nous examinerons dans un premier temps les différentes qualifications envisageables en prenant en compte la description que font les parties de leurs obligations réciproques dans le contrat passé entre le fournisseur et la maison de vente¹⁵⁹ (§ 1). Nous comparerons ensuite les caractéristiques de ces divers contrats et leur adéquation à la relation entre le fournisseur et la maison de vente (§ 2) puis en tirerons les conclusions quant à l'application des règles de droit impératives et dispositives (§ 3).

§ 1 Description des qualifications envisageables

- 97 Le Tribunal fédéral a qualifié le rapport liant le fournisseur à la maison de vente de contrat « analogue » au mandat¹⁶⁰, éludant ainsi la distinction entre les différents types de mandats concernant les ventes aux enchères. La doctrine quant à elle considère selon les cas que la relation entre le fournisseur et la maison de vente relève du contrat de courtage¹⁶¹, du contrat de commission¹⁶², du mandat¹⁶³, ou encore du contrat de courtage doublé d'un mandat tendant à la conclusion d'une vente au nom du fournisseur¹⁶⁴. Ces opinions nous donnent davantage de pistes que de réponses au sujet de la qualification de la relation entre le fournisseur et la maison de vente. C'est pourquoi il nous faut commencer par exclure les contrats qui ne sont pas applicables et mettre en évidence ceux qui pourraient l'être.
- 98 Pour aboutir à la conclusion d'un contrat de vente aux enchères, la maison de vente déploie une activité. C'est ce qui constitue son obligation principale. Le contrat qu'elle conclut avec le fournisseur du bien est un contrat de service, catégorie regroupant trois principaux types de contrats : le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO), le contrat de travail (art. 319 ss CO) ainsi que le contrat de mandat (art. 394 ss CO). Cette dernière forme de contrat est soumise au

¹⁵⁹ Cf. *supra* N 79 ss.

¹⁶⁰ ATF 112 II 337 c. 2, JdT 1987 I 170.

¹⁶¹ RUOSS, Scheingebote, p. 46 s. ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 264 ; BK-GIGER, CO 229 N 80 ; BLÄTTLER, p. 67.

¹⁶² RUOSS, Scheingebote, p. 41 ss ; CR CO I-VULLIÉTY, CO 229 N 31 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 252 ; BK-GIGER, CO 229 N 80 ; BLÄTTLER, p. 67.

¹⁶³ CR CO I-VULLIÉTY, CO 229 N 31 ; BK-GIGER, CO 229 N 80 .

¹⁶⁴ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; RUOSS, Scheingebote, p. 46.

principe de subsidiarité¹⁶⁵ et ne s'applique que si les prestations fournies ne sont pas régies par les dispositions légales d'autres contrats (art. 394 al. 2 CO). Pour arriver à la conclusion que les parties sont liées par un contrat de mandat, il faudrait auparavant avoir exclu l'application des autres contrats de service. Le présent paragraphe s'articulera donc autour de l'analyse préalable des caractéristiques de chaque contrat envisageable, à savoir le contrat d'entreprise (A), le contrat de travail (B), le contrat de dépôt (C), le mandat simple (D), les mandats spéciaux (E) ainsi que les contrats innommés apparentés (F).

A. Le contrat d'entreprise

- 99 L'entrepreneur, contrairement au mandataire qui s'engage à fournir une activité¹⁶⁶, s'oblige à produire un ouvrage. La relation entre le fournisseur et la maison de vente ne peut dès lors relever du contrat d'entreprise, la seconde ne promettant aucun résultat¹⁶⁷. Le responsable de la vente aux enchères ne peut s'obliger à vendre le bien au minimum au prix demandé par le fournisseur dans la mesure où la conclusion du contrat de vente dépend de faits extérieurs, à savoir de l'existence et du montant des enchères, sur lesquels la maison de vente n'a aucune emprise. Seuls les enchérisseurs déterminent le prix contenu dans leur offre. Il n'est donc pas possible d'assurer que le prix de réserve sera atteint. La maison de vente peut uniquement s'obliger à déployer ses efforts dans l'optique d'atteindre le but visé. Certains devoirs accessoires peuvent être des obligations de résultat, comme l'impression du catalogue ou l'obligation de conclure un contrat d'assurance. Ces obligations ne constituent toutefois pas l'activité principale de la maison de vente et ne sont pas déterminantes pour la qualification du contrat.

B. Le contrat de travail

- 100 Le contrat de travail n'entre pas non plus en ligne de compte, la maison de vente étant généralement une personne morale qui ne peut, par définition, être un travailleur¹⁶⁸. Par ailleurs, dans les relations entre personnes physiques prenant part à la vente, soit entre le fournisseur et les organes ou les employés de la maison de vente, aucun rapport de subordination ne peut être établi¹⁶⁹. La maison de vente dispose, en tant que spécialiste, d'une marge de manœuvre non négligeable. Elle agit en tant qu'entité propre qui prend en charge

¹⁶⁵ WERRO, Mandat, N 206 ss ; TERCIER/FAVRE, N 4989 ss.

¹⁶⁶ BaK-WEBER, CO 394 N 28 ; FELLMANN, PJA, p. 177.

¹⁶⁷ BaK-WEBER, CO 394 N 29 ; HOFSTETTER, p. 19 ; GAUCH, Werkvertrag, N 21 s. ATF 120 II 248 c. 2.c, JdT 1995 I 559 ; ATF 115 II 50 c. 1.b.

¹⁶⁸ CR CO I-AUBERT, CO 319 N 26.

¹⁶⁹ TERCIER/FAVRE, N 5001 ; CR CO I-AUBERT, CO 319 N 6 ss et 13. ATF 112 II 41 c. 1.a.

l'organisation complète de la vente. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le fournisseur lui délègue tout ce qui a trait à la conclusion du contrat de vente. L'indépendance de la maison de vente est révélatrice de l'absence de subordination au fournisseur. Cet élément nous fait davantage pencher vers une qualification de mandat. Bien que le mandataire indépendant doive se conformer aux instructions du mandant¹⁷⁰, il est libre de tout rapport de subordination et a de ce fait une plus grande liberté pour l'exercice de son activité.

- 101 La durée du contrat constitue un indice supplémentaire en faveur de ce raisonnement. Un contrat de travail s'inscrit en principe dans la durée¹⁷¹, contrairement au mandat¹⁷² qui peut n'être donné que pour une affaire déterminée et ponctuelle. Or un fournisseur s'adresse à une maison de vente pour la vente d'un ou de plusieurs biens déterminés et non pour un contrat de durée. Le contrat de travail est en outre forcément rémunéré¹⁷³, alors que la maison de vente ne perçoit pas de commission lorsque la vente n'a pas été conclue¹⁷⁴. Pour ce qui est du mandat en revanche, les parties peuvent convenir d'une rémunération aléatoire, notamment dans le cadre de mandats spéciaux¹⁷⁵.

C. Le contrat de dépôt

- 102 Nous excluons également le contrat de dépôt (art. 472 ss CO), qui se définit comme le « contrat par lequel une personne s'engage à recevoir, à garder en lieu sûr et à restituer la chose mobilière que lui confie l'autre partie »¹⁷⁶. La caractéristique principale du dépôt est l'obligation du dépositaire de conserver la chose confiée¹⁷⁷ et de la restituer à la fin du contrat (art. 475 al. 1 CO)¹⁷⁸. Or, lors d'une vente aux enchères, la maison de vente s'engage au contraire à faire son possible pour vendre le bien qui lui est remis et à en payer le prix au fournisseur. L'obligation principale de la maison de vente ne comprend pas un devoir de restitution du bien mis à disposition, si ce n'est quand le but visé, la conclusion du contrat de vente, n'est pas atteint.

¹⁷⁰ TF, 4 février 2000, Pra 2000 820 ; ATF 90 II 483 c. 1. BaK-WEBER, CO 394 N 27 ; BUCHER, Besonderer Teil, p. 225 ; HOFSTETTER, p. 18 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 308 ss.

¹⁷¹ ATF 83 II 525. BUCHER, Besonderer Teil, p. 225 ; TERCIER/FAVRE, N 3261 et 3264.

¹⁷² TERCIER/FAVRE, N 5025 ; WERRO, Mandat, N 368 ss.

¹⁷³ CR CO I-AUBERT, CO 319 N 14 ; TERCIER/FAVRE, N 3265.

¹⁷⁴ Cf. *supra* N 93.

¹⁷⁵ Cf. *infra* N 112 ss.

¹⁷⁶ TERCIER/FAVRE, N 6587 ; CR CO I-BARBEY, CO 472 N 1. ATF 126 III 192 c. 2.c.

¹⁷⁷ TERCIER/FAVRE, N 6593 ; CR CO I-BARBEY, CO 472 N 2.

¹⁷⁸ TERCIER/FAVRE, N 6597 ; CR CO I-BARBEY, CO 472 N 21 et CO 475-476 N 12 ss. ATF 126 III 192 c. 2.c ; ATF 120 II 252 c. 2.d ; ATF 97 II 360 c. 3.

D. Le mandat simple

1. En général

- 103 Le rapport contractuel noué entre le fournisseur et la maison de vente se rapproche donc davantage d'un mandat visant à la conclusion d'un contrat de vente. « Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis » (art. 394 CO). L'élément central de cette définition est la prestation de service qui doit être fournie par le mandataire¹⁷⁹. Celui-ci agit à titre indépendant¹⁸⁰ et s'oblige à une activité, à un comportement positif¹⁸¹. La loi suggère deux types de prestations possibles. D'une part, le fait de gérer l'affaire du mandant et donc d'accomplir un acte juridique pour son compte constitue un *mandat d'intermédiaire* ou *de représentation*¹⁸². D'autre part le fait de « rendre service », soit de s'obliger à un simple acte de fait, implique un *mandat d'exécution*¹⁸³. L'activité de la maison de vente consiste à la fois en un service rendu et en la représentation du fournisseur à l'égard des tiers. Cette distinction, permettant d'identifier les différentes situations soumises au contrat de mandat, n'a toutefois pas d'incidence en pratique. La qualification de mandat simple peut prévaloir sur d'autres contrats lorsque le mandataire est chargé de déployer plusieurs activités différentes, dans la mesure où l'activité de service constitue l'élément prépondérant de l'accord des parties¹⁸⁴.
- 104 Une des caractéristiques essentielles du contrat de mandat est que le mandataire n'a pas d'obligation de résultat, mais une obligation de moyen¹⁸⁵. Le débiteur doit agir avec toute la diligence nécessaire en vue d'atteindre un résultat (art. 398 al. 1 CO) mais ne s'engage pas, comme dans le cadre d'un contrat d'entreprise, à fournir ce résultat. Comme examiné plus

¹⁷⁹ CR CO I-WERRO, Intro. CO 394-406 N 1 ; TERCIER/FAVRE, N 4980 ss.

¹⁸⁰ CR CO I-WERRO, Intro. CO 394-406 N 6, qui s'en tient à cette définition du contrat de mandat. Le Tribunal fédéral et le reste de la doctrine soulignent davantage le rapport de confiance particulier qui lie le mandant au mandataire : ATF 101 II 102 c. 1.a, JdT 1976 I 525. ENGEL, Contrats, p. 478 ; BaK-WEBER, CO 394 N 3 ; HOFSTETTER, p. 38.

¹⁸¹ TERCIER/FAVRE, N 4981 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 4.

¹⁸² CR CO I-WERRO, CO 394 N 11 : à l'origine, le mandat était par définition le contrat par lequel le mandataire s'obligeait à agir pour le compte d'autrui. Certains ordres juridiques le conçoivent d'ailleurs toujours comme tel. La France, l'Autriche et l'Italie notamment considèrent le mandat comme le contrat de représentation (CR CO I-WERRO, Intro. CO 394-406 N 5).

¹⁸³ HOFSTETTER, p. 42 ; CR CO I-WERRO, Intro. CO 394-406 N 6 ; TERCIER/FAVRE, N 4982.

¹⁸⁴ ATF 124 III 155 c. 2, JdT 1999 I 125, SJ 1998 689.

¹⁸⁵ Notamment WERRO, Mandat, N 95 et 146 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 97 ss ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 5 ; TERCIER/FAVRE, N 4988. ATF 127 III 328 c. 2.a, JdT 2001 I 254.

haut¹⁸⁶, la maison de vente s'oblige à tout mettre en œuvre pour vendre l'objet d'art mis à sa disposition, mais n'a pas l'obligation de le vendre et donc de fournir le résultat. Le simple échec de la vente n'entraîne pas la responsabilité de la maison de vente si ses devoirs de diligence et de fidélité ont été respectés.

105 L'obligation du mandataire est d'agir dans l'intérêt du mandant. Si le débiteur rend un service exclusivement dans son propre intérêt, il ne peut agir en tant que mandataire¹⁸⁷. En revanche, il est possible que le mandant et le mandataire aient tous deux un intérêt à l'exécution, par exemple lorsque le mandat est conclu à titre onéreux¹⁸⁸ ou qu'il est d'intérêt commun¹⁸⁹. Dans le cadre d'une vente aux enchères, le mandataire est rémunéré si la vente aboutit¹⁹⁰ et a donc également intérêt à l'exécution. *In casu*, le contrat s'apparente à un mandat simple d'intérêt commun, le fournisseur voulant obtenir le prix de la vente de son bien et la maison de vente cherchant à recevoir une commission¹⁹¹.

2. Cas particulier de la garantie d'un prix minimum

106 L'on peut se demander si l'institution du prix minimum garanti¹⁹² a une influence sur la qualification du contrat. En effet, dans les cas où une telle obligation est mise à charge de la maison de vente, cette dernière doit s'assurer qu'un contrat de vente est conclu au terme des enchères. Cette obligation pourrait être considérée comme un engagement à atteindre un résultat.

107 A notre sens, cela ne suffit pas pour qualifier de contrat d'entreprise la relation liant le fournisseur à la maison de vente. D'une part, le but poursuivi, soit la vente du bien, ne constitue pas un ouvrage, même immatériel¹⁹³. D'autre part, la maison de vente s'oblige, malgré les modalités particulières, à mettre en œuvre toute sa diligence pour obtenir le

¹⁸⁶ Cf. *supra* N 99.

¹⁸⁷ CR CO I-WERRO, CO 394 N 16 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 105 ; DERENDINGER, N 37.

¹⁸⁸ Rappelons à ce sujet que la rémunération du mandataire n'est pas obligatoire dans le contrat de mandat (art. 394 al. 3 CO *a contrario*).

¹⁸⁹ CR CO I-WERRO, CO 394 N 16 ; WERRO, Mandat, N 157 et 437 ss ; BK-FELLMANN, CO 394 N 106 ss ; DERENDINGER, N 38. *Contra* : HOFSTETTER, p. 44, qui considère que même si le mandataire a droit à une rémunération, il défend avant tout les intérêts de son mandant et non son intérêt aux honoraires.

¹⁹⁰ Exemple de clause contractuelle prévue par Christie's : « Nous vous facturerons une commission de vente calculée sur le prix d'adjudication des lots que vous aurez vendus chez Christie's au moment de la vente ».

¹⁹¹ L'intérêt de la maison de vente et du fournisseur n'est pas le même, ce qui permet d'exclure un contrat de société simple. Cf. CR CO I-WERRO CO 394 N 16 ; HOFSTETTER, p. 25. ATF 104 II 112, JdT 1980 I 80.

¹⁹² Cf. *supra* N 82.

¹⁹³ Défini comme « un certain résultat matériel ou immatériel, mais objectivement constatable » : ATF 83 II 529 c. 1. GAUCH, Werkvertrag, N 24.

meilleur prix. La vente aux enchères garde un caractère aléatoire et le prix de vente peut varier même s'il existe une garantie qu'un contrat de vente sera conclu à un prix minimum. A défaut, le contrat serait une simple vente conclue entre le fournisseur et la maison de vente. L'obligation principale de la maison de vente reste de déployer une activité pour obtenir le meilleur prix. Elle s'engage simplement en sus à se porter acquéreur du bien si elle n'obtient pas la conclusion du contrat de vente avec un tiers au prix minimum fixé. Cet engagement n'est toutefois qu'accessoire à l'obligation de moyen prévue par les parties.

108 Ainsi, bien que l'analyse soit légèrement modifiée par rapport au cas général du mandat, la qualification du contrat ne doit, à notre sens, pas en être affectée. En revanche, nous sommes d'avis que le fait pour la maison de vente de garantir un prix minimum constitue une convention additionnelle, qui peut être en tant que telle un nouveau rapport contractuel. La maison de vente s'engage à acheter le bien mis en vente s'il ne trouve pas acquéreur au prix minimum fixé. Par conséquent, elle conclut, parallèlement au mandat de vendre le lot aux enchères, un contrat de vente avec le fournisseur (art. 184 ss CO), sous condition suspensive de l'absence de conclusion de contrat de vente avec un tiers lors des enchères (art. 151 CO). Le fait de ne pas parvenir à vendre le bien au prix convenu constitue un événement incertain, dont dépend la naissance des obligations entre le fournisseur et la maison de vente. Ce n'est qu'à défaut d'adjudication au prix minimum garanti que le contrat est considéré comme déployant des effets¹⁹⁴. La maison de vente a alors l'obligation de s'acquitter du prix envers le fournisseur, qui s'engage à transférer à sa cocontractante la propriété du bien, dans la mesure où elle en a déjà la possession. Nous examinerons plus loin les problèmes que peut poser une telle convention, notamment au regard du conflit d'intérêts auquel est confrontée la maison de vente dans cette situation de contrat avec soi-même (*Selbsteintritt*)¹⁹⁵.

109 Les parties peuvent bien entendu prévoir des modalités particulières. Il peut notamment être convenu qu'en sus de la condition suspensive, le fournisseur doit encore donner son assentiment à la vente pour que celle-ci soit conclue avec la maison de vente. Cette dernière fait donc une promesse d'achat la liant jusqu'au résultat des enchères, lorsque le fournisseur devra déclarer s'il accepte l'offre de la maison de vente, suite à quoi le contrat sera conclu (art. 1 CO). Cette manière de permettre au fournisseur de donner son accord une fois qu'il est en possession de toutes les informations est conforme aux conditions du *Selbsteintritt* de la maison de vente. Elle constitue une ratification de l'activité de cette dernière lorsqu'il existe un risque qu'elle n'agisse pas dans l'intérêt du fournisseur, mais uniquement dans le sien propre. Les conventions de garantie d'un prix minimum ne figurent pas dans les conditions

¹⁹⁴ A moins que la maison de vente n'empêche l'avènement de la condition au mépris des règles de la bonne foi, auquel cas la condition est réputée accomplie (art. 156 CO) et donc la vente conclue.

¹⁹⁵ Cf. *infra* N 410.

générales des maisons de vente, puisqu'elles doivent être faites sur mesure de cas en cas, en fonction du montant garanti et des modalités prévues.

- 110 On peut également envisager la situation dans laquelle la maison de vente garantit le prix minimum mais ne souhaite pas se porter acquéreur du bien. Dans ce cas, elle a la possibilité d'adjuger le bien à un prix minimum au prix garanti tout en payant la totalité du montant convenu au fournisseur. Cette solution rejoint celle de l'adjudication en dessous du prix de réserve, selon laquelle le non-respect des instructions du fournisseur-mandant quant au prix minimum de vente entraîne l'obligation pour la maison de vente de payer la différence de prix¹⁹⁶. Ce droit de la maison de vente est en principe réservé dans les conditions générales et ne nécessite pas d'ajustements particuliers comme la convention de prix minimum garanti. L'article 7 (b) du contrat entre les fournisseurs et Christie's le prévoit ainsi :

« [...] Toutefois, nous serons autorisés à vendre les Lots au-dessous du Prix de Réserve. Dans ce cas, nous serons alors tenus à votre égard dans la même mesure que si le Prix d'Adjudication avait été égal au Prix de Réserve. »

- 111 Ces variantes convenues entre les parties ne constituent à notre sens que des modalités de conclusion et d'exécution du contrat de vente aux enchères et n'affectent pas la qualification de la relation principale nouée entre la maison de vente et le fournisseur.

E. Les mandats spéciaux

- 112 En plus du mandat simple, il existe un certain nombre de mandats spéciaux¹⁹⁷ qui présentent quelques particularités par rapport aux règles générales du mandat et prévalent sur celui-ci lorsque leurs conditions sont remplies. Cette catégorie de contrats englobe le courtage (art. 412 à 418 CO), l'agence (art. 418a à 418v CO) et la commission (art. 425 à 439 CO). Ils se fondent sur les règles du mandat simple (art. 394 ss CO), établissant également une obligation de moyen à charge du mandataire. Le courtage et la commission renvoient d'ailleurs expressément aux règles sur le contrat de mandat (art. 412 al. 2 et 425 al. 2 CO). L'intérêt de ces contrats est qu'ils prévoient comme condition de la rémunération non pas le déploiement d'une activité mais l'obtention d'un résultat, contrairement au mandat simple¹⁹⁸.
- 113 Le contrat d'agence, au sens des articles 418a ss CO, est celui par lequel l'agent s'engage à négocier à titre permanent la conclusion d'affaires pour le mandant ou à en conclure en son nom et pour son compte. Il s'agit d'un contrat de durée dont découle un devoir de fidélité

¹⁹⁶ Cf. *supra* N 82 et *infra* N 325.

¹⁹⁷ TERCIER/FAVRE, N 5023 et 5475 ; CR CO I-WERRO, Intro. CO 394-406 N 2 et 3 ; HOFSTETTER, p. 2 s.

¹⁹⁸ TERCIER/FAVRE, N 5626 et 5901 ; HOFSTETTER, p. 174 et 206 ; RUOSS, Scheingebote, p. 40 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 23 ; CR CO I-VON PLANTA, CO 425 N 5.

mais également un besoin de protection accru de l'agent¹⁹⁹. Le devoir de diligence de l'agent est défini par l'article 418c alinéa 1 CO, sans référence aux règles générales sur le mandat²⁰⁰. L'agent doit déployer « la diligence requise d'un bon commerçant ». La loi n'interdit pas à l'agent d'agir pour d'autres mandants (art. 418c al. 2 CO).

- 114 Le contrat de courtage est une forme spéciale de mandat, « 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 » (art. 412 al. 1 CO). La rémunération ne sera due que si l'activité déployée par le courtier aboutit effectivement à la conclusion du contrat. La jurisprudence a mis en évidence les deux caractéristiques essentielles du courtage, à savoir son caractère onéreux et le fait que le courtier est mandaté dans le but de conclure une affaire²⁰¹. Mais si la rémunération du courtier est nécessaire pour qualifier le contrat de courtage, elle n'en est pas moins aléatoire²⁰², puisqu'elle n'est octroyée qu'en cas de conclusion du contrat visé, donc uniquement si le résultat est atteint (art. 413 al. 1 CO)²⁰³.
- 115 Le contrat de commission, traité aux articles 425 ss CO, est le contrat par lequel le commissionnaire « se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision) ». Les règles des articles 425 ss CO peuvent également s'appliquer à un contrat mixte lorsque des éléments du contrat de commission sont au premier plan²⁰⁴. Le contrat de commission est souvent utilisé dans le commerce d'art et d'antiquités car il permet à une personne inexpérimentée d'accéder au marché alors que l'autre partie au contrat est en général spécialisée²⁰⁵. Il est utile notamment lorsque le mandant ne désire pas apparaître lors de la transaction²⁰⁶.

¹⁹⁹ HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 353 ; CR CO I-DREYER, CO 418a N 2 et CO 418f N 1.

²⁰⁰ HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 356 ; CR CO I-DREYER, CO 418c N 3ss.

²⁰¹ ATF 131 III 268 c. 5.1.2 ; ATF 124 III 481 c. 3.a, JdT 1999 I 455 et références citées : TERCIER/FAVRE, N 5590 ; HOFSTETTER, p. 170 s. ; BaK-AMMANN, CO 412 N 2 ss.

²⁰² Cf. *infra* N 139.

²⁰³ Cela peut donner une apparence d'obligation de résultat. Ce n'est toutefois pas le cas dans la mesure où une réelle obligation de résultat engendre la responsabilité du débiteur en cas de non-succès. Or dans le contrat de courtage, le courtier n'est pas responsable de la non-obtention du résultat. Il s'agit plutôt d'une incombance, qui, si elle n'est pas respectée, n'a qu'un effet sur la rémunération du courtier. CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 27 ; HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 340.

²⁰⁴ Par exemple dans le cas traité par l'ATF 101 II 121, JdT 1976 I 281. ENGEL, *Contrats*, p. 559.

²⁰⁵ CR CO I-VON PLANTA, Intro. à CO 425-428 N 3 ; HOFSTETTER, p. 202.

²⁰⁶ VON BÜREN, *Besonderer Teil*, p. 193 ; CR CO I-VON PLANTA, Intro. à CO 425-428 N 3 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 29.

F. Les contrats innommés

- 116 Certains contrats innommés, proches du mandat, sont également envisageables. Citons notamment le contrat de fiducie, similaire à un mandat²⁰⁷ par lequel « le fiduciaire charge le fiduciaire d'un service que celui-ci rendra en son propre nom, mais dans l'intérêt et pour le compte du fiduciaire »²⁰⁸. La particularité de la fiducie est de confier au fiduciaire la pleine titularité d'un bien, tout en l'obligeant à n'en faire que l'emploi limité convenu avec le fiduciaire²⁰⁹. Pour que la maison de vente puisse agir comme fiduciaire, il faudrait que le fournisseur lui transfère la propriété du bien mis en vente.
- 117 Enfin, le contrat estimatoire (*Trödelvertrag*) est intéressant dans notre perspective. Il se définit comme le contrat « par lequel une personne [le consignateur] remet à une autre [le consignataire] des marchandises que celle-ci vendra en son nom et pour son compte, contre l'engagement soit d'en payer le prix soit de les restituer »²¹⁰. Les éléments nécessaires du contrat estimatoire, qualifié de *sui generis* par la doctrine majoritaire²¹¹ et la jurisprudence²¹², sont la remise d'une chose mobilière ainsi que l'obligation alternative du consignataire (restitution du bien ou paiement du prix convenu)²¹³.

§ 2 Caractéristiques

- 118 Pour qualifier la relation entre la maison de vente et le fournisseur, il convient d'examiner les caractéristiques principales des contrats précités à la lumière de l'état de fait que nous traitons. Les éléments déterminants sont la durée du contrat (A), l'obligation d'agir (B), la rémunération (D), la question du transfert de propriété (E) ainsi que la représentation (F). Il nous faudra enfin examiner l'impact des obligations accessoires sur la qualification du contrat

²⁰⁷ HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 304 ; HOFSTETTER, p. 31 ; WEBER, PJA, p. 182. ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, confirmé par le Tribunal fédéral aux ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260 ; ATF 115 II 468 c. 2.b, JdT 1990 I 374 et ATF 112 III 90 par exemple, malgré les réserves émises aux ATF 102 II 303, JdT 1978 II 72 et ATF 109 II 112, JdT 1986 II 2 notamment.

²⁰⁸ TERCIER/FAVRE, N 5469 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1027. *Handelsgericht ZH*, 18 juin 1998, ZR 1999 103.

²⁰⁹ HOFSTETTER, p. 32. Cf. également THEVENOZ, RDS, p. 274 ss ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 15 N 26 ; WEBER, PJA, p. 182. *Handelsgericht ZH*, 18 juin 1998, ZR 1999 103.

²¹⁰ TERCIER/FAVRE, N 7857 ; BaK-AMSTUTZ/SCHLUEP, *Einl. CO* 184 ss N 181 ; BUCHER, *Trödelvertrag*, p. 95 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 40 N 8. Tribunal cantonal VS, 16 septembre 1993, RVJ 1993 287 ; ATF 89 II 214 c. 3, JdT 1964 I 54 ; ATF 55 II 39, c. 2.

²¹¹ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 40 N 8 ; TERCIER/FAVRE, N 7868 ; BaK-AMSTUTZ/SCHLUEP, *Einl. CO* 184 ss N 185 ; BUCHER, *Trödelvertrag*, p. 100 s. *Contra* : CAVIN, *Vente*, p. 169 s.

²¹² Tribunal cantonal VS, 16 septembre 1993, RVJ 1993 287 c. 4.a ; ATF 89 II 214 c. 3, JdT 1964 I 54 ; ATF 55 II 39, JdT 1929 I 322.

²¹³ TERCIER/FAVRE, N 7861 ss ; BaK-AMSTUTZ/SCHLUEP, *Einl. CO* 184 ss N 185.

(G). Pour chacune de ces caractéristiques, nous expliquerons dans un premier temps le résultat que les parties cherchent à atteindre. Nous vérifierons ensuite l'adéquation respectivement du mandat simple, de l'agence, du courtage, de la commission, de la fiducie et du contrat estimatoire aux exigences posées. Nous mettrons en évidence, en conclusion, le(s) type(s) de contrat(s) correspondant le mieux à la relation entre la maison de vente et le fournisseur.

A. Durée du contrat

- 119 Le contrat visant la vente d'un bien aux enchères est de type occasionnel, conclu pour une affaire déterminée. Bien que les obligations incombant à la maison de vente (mandataire) soient diverses, elles ont toutes pour but la vente d'un objet. Le contrat s'épuise dans la vente aux enchères²¹⁴. Le fournisseur ne s'engage en principe pas à traiter avec une maison de vente pour une certaine durée, mais seulement pour une transaction, à savoir la vente de l'objet désigné²¹⁵.
- 120 Le mandat peut être ponctuel ou durable, c'est-à-dire qu'il peut porter sur un service unique comme sur une activité s'étendant sur la durée²¹⁶. En toute hypothèse, c'est la convention des parties et à défaut la nature de l'affaire qui détermine l'étendue du mandat (art. 396 al. 1 CO)²¹⁷. Il en est de même pour le contrat de fiducie, dans la mesure où il s'apparente à un mandat ordinaire²¹⁸. L'activité de la maison de vente entrerait dans le cadre de ces contrats.
- 121 L'engagement du courtier quant à lui ne peut concerner qu'une affaire déterminée²¹⁹. Le courtage n'est donc pas applicable aux situations où le mandant délègue toute une catégorie d'actes au mandataire. Cela ne signifie pas que le courtier ne puisse agir qu'à titre occasionnel et non professionnel²²⁰. La maison de vente, bien que mandataire dans le cadre de son activité

²¹⁴ Notons toutefois que certaines maisons se réservent la possibilité de proposer au fournisseur une vente de gré à gré, suite à l'échec de la vente aux enchères d'un certain bien (art. 40 des conditions générales de Sotheby's et art. 8 du contrat liant le fournisseur à Christie's). Cf. Annexes II et V.

²¹⁵ SKRIPSKY, *Kunstauktionen*, p. 159 s. ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 40 n. 12 ; VON HOYNINGEN-HUENE, p. 1474.

²¹⁶ CR CO I-WERRO, Intro CO 394-406 N 6 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 131.

²¹⁷ TERCIER/FAVRE, N 5074 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 2.

²¹⁸ TERCIER/FAVRE, N 5470 ; THEVENOZ, *RDS*, p. 277 n. 94 ; HOFSTETTER, p. 31 ss. L'ATF 109 III 112 c. 3, JdT 1986 II 2 nuancé cette affirmation en expliquant qu'un rapport de fiducie est généralement prévu lorsque le fiduciaire gère les biens qui lui sont remis de manière durable, par opposition à une simple représentation indirecte dans laquelle le représentant agit en principe pour une affaire particulière. Le Tribunal fédéral est cependant revenu sur cette opinion : ATF 130 III 312 c. 5, JdT 2005 I 260 ; ATF 115 II 468 c. 2.b, JdT 1990 I 374 et ATF 112 III 90.

²¹⁹ TERCIER/FAVRE, N 5602 ; HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 354.

²²⁰ TERCIER/FAVRE, N 5601.

professionnelle, n'est engagée que pour l'affaire déterminée concernant l'objet mis en vente. Elle pourrait donc être considérée comme courtière.

- 122 De même, le contrat de commission n'est en principe pas un contrat de durée ; il ne couvre qu'une affaire particulière²²¹. Enfin, le contrat estimatoire concerne uniquement la vente des biens mis en possession du consignataire. Ces deux derniers contrats, tout comme le courtage, correspondent aux exigences du contrat visant à la vente aux enchères, puisqu'ils sont conclus pour une transaction précise, sans qu'il soit exclu que le prestataire de service soit un professionnel en la matière.
- 123 Le contrat d'agence en revanche est conclu, selon l'article 418a CO, « à titre permanent ». Ce contrat de durée garantit une certaine stabilité des relations²²². Le fait de déroger à la condition de durée serait atypique du contrat d'agence. Le terme d'agence est parfois retenu par les conditions générales des maisons de vente²²³, mais n'est pas approprié pour qualifier le rapport qui nous intéresse²²⁴. Nous pouvons donc exclure le contrat d'agence à ce stade. Tous les autres contrats mentionnés sont en revanche adéquats du point de vue de la durée.

B. Devoir d'agir

- 124 Une fois le mandat de vendre un objet aux enchères accepté, le mandataire n'a certes pas l'obligation de conclure avec succès la vente, mais doit mettre en vente l'objet. La maison de vente a l'obligation d'agir et ne peut retirer l'objet de la vente de son propre gré, à moins de motifs justificatifs. Cette problématique est importante dans le cadre des mandats spéciaux, qui traitent l'activité du mandataire davantage comme une incombance dont dépendrait la rémunération que comme une véritable obligation²²⁵. La maison de vente ne peut alors pas être tenue pour responsable si elle ne met pas en vente l'objet, puisqu'elle ne viole pas ses obligations. La convention des parties peut toutefois déroger à ce régime. Nous allons examiner les cas dans lesquels le devoir d'agir n'est pas prévu par la loi, ainsi que les situations dans lesquelles le déploiement de l'activité est une obligation à part entière.

²²¹ HONSELL, Obligationenrecht, p. 361.

²²² Cf. *supra* N 113.

²²³ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410.

²²⁴ Comme nous le verrons ci-dessous (cf. *infra* N 181), le terme d'agent fait référence à l'institution de l'*agency* de *common law*, qui a trait davantage au rapport de représentation et aux devoirs en découlant qu'au contrat.

²²⁵ TERCIER/FAVRE, N 5611 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 27 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 337.

- 125 Le courtier notamment n'a pas de devoir d'agir²²⁶. Le législateur l'a laissé libre d'accomplir ou non la tâche pour laquelle le courtage a été conclu, tout comme le mandant a le droit de mandater un tiers pour la conclusion de la même affaire. La rémunération n'est due que si le contrat envisagé est finalement conclu. Cette caractéristique n'est pas conforme à la relation qui s'établit entre le fournisseur et la maison de vente. En effet, le fournisseur doit être assuré que la maison de vente essaiera effectivement de vendre l'objet d'art et ne doit pas dépendre du bon vouloir du directeur des ventes.
- 126 Cependant, s'agissant d'un courtage exclusif, la jurisprudence et la doctrine admettent un devoir pour le courtier de déployer une activité en faveur du mandant²²⁷. Les parties peuvent prévoir une clause d'exclusivité qui empêche le mandant de charger un autre courtier d'un mandat ayant le même objet, ou encore de conclure lui-même le contrat sans le concours du courtier mandaté²²⁸. De ce fait, le courtier étant le seul à avoir la possibilité de trouver un cocontractant pour l'affaire en question, il a l'obligation de déployer une activité dans ce sens.
- 127 Pour satisfaire aux exigences d'une vente aux enchères d'objets d'art, le contrat de courtage devrait donc être de type exclusif. Nous estimons que, dans un tel cas, l'exclusivité et donc l'obligation d'agir se déduisent des circonstances²²⁹, à défaut d'une éventuelle manifestation de volonté des parties. La maison de vente, en possession du bien, est la seule à pouvoir trouver un acheteur pour celui-ci. Elle ne peut donc pas retirer l'objet de son propre chef. Ce devoir découle de l'obligation d'agir dans l'intérêt du mandant (art. 398 al. 2 CO). Le courtage conclu par le fournisseur et la maison de vente comporterait donc une clause tacite d'exclusivité.
- 128 Contrairement à ce qui est prévu pour le contrat de courtage, le commissionnaire n'est pas libre d'agir ou non lorsqu'il est mandaté²³⁰. Cette obligation d'agir porterait, pour la vente aux enchères, sur l'estimation, la préparation du catalogue ainsi que l'exposition et la présentation lors de la vente²³¹. Le mandat simple est également conforme à cette exigence, puisqu'il traite le service comme une véritable obligation, dont la violation a pour conséquence la responsabilité du mandataire. L'article 394 CO prévoit l'obligation de gérer l'affaire du

²²⁶ TERCIER/FAVRE, N 5611 ; HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 337 ; BaK-AMMANN, CO 412 N 7 ; BUCHER, *Besonderer Teil*, p. 235.

²²⁷ TF, 25 octobre 2005, 4C.228/2005 ; TF, 17 janvier 2000, 4C.257/1999, SJ 2000 I 321 ; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150. HOFSTETTER, p. 182 ; BaK-AMMANN, CO 412 N 13 ; TERCIER/FAVRE, N 5612 ; ENGEL, *Contrats*, p. 521 ; HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 337.

²²⁸ ENGEL, *Contrats*, p. 527. ATF 100 II 361.

²²⁹ RUOSS, *Scheingebote*, p. 47.

²³⁰ TERCIER/FAVRE, N 5856 ss ; HOFSTETTER, p. 207 en revanche laisse ouverte la question de l'obligation d'agir.

²³¹ RUOSS, *Scheingebote*, p. 42.

mandant, ce qui comprend dans le cas d'espèce le fait de mettre en vente le bien. Il en est de même pour le contrat de fiducie.

- 129 Le contrat estimatoire ne met pas à charge du consignataire une obligation de mettre en vente la chose qui lui est confiée. Ce dernier a par définition le choix de vendre le bien en sa possession ou de le restituer au consignateur²³². Cette obligation alternative empêcherait d'imputer un devoir d'agir à la maison de vente, ce qui exclut l'application du contrat estimatoire à la relation entre celle-ci et le fournisseur. Le mandat, la commission, la fiducie et le courtage restent envisageables.

C. Remboursement des frais et dépens

- 130 Le mandataire, de même que le fiduciaire, ne doit pas être appauvri par l'exécution du mandat²³³. A cet effet, et indépendamment du versement d'honoraires, il a droit au remboursement de ses impenses faites en vue de l'exécution régulière du mandat²³⁴ au sens de l'article 402 alinéa 1 CO. Quant au commissionnaire, il a droit au remboursement de ses frais (art. 431 CO), que l'affaire visée soit conclue ou non²³⁵.
- 131 Les impenses citées à l'article 402 alinéa 1 CO correspondent à une diminution volontaire du patrimoine et n'englobent pas les frais généraux du mandataire²³⁶, qui sont considérés comme étant compris dans la rémunération de l'activité. Les règles régissant le contrat de commission prévoient une solution similaire à l'article 431 CO.
- 132 La possibilité pour la maison de vente d'obtenir le remboursement de ses frais est en général prévue par le contrat conclu avec le fournisseur, qui déroge parfois à la réglementation légale. La clause suivante, extraite du contrat conclu entre Christie's et le fournisseur, en est un exemple :

« Vous [le fournisseur] acceptez de payer tous les frais relatifs à : [...] (k) une contribution à nos frais généraux si les Lots ne sont pas vendus, correspondant à 5% du montant que nous considérons comme la valeur d'assurance [...] ».

Une telle convention semble cohérente avec le système créé, puisque la maison de vente ne demande un tel remboursement que dans les cas où elle ne touche pas de commission et de ce fait ne peut reporter ses frais généraux sur sa rémunération.

²³² Cf. *supra* N 117.

²³³ TERCIER/FAVRE, N 5226 ; WERRO, Mandat, N 638 ; BaK-WEBER, CO 394 N 3.

²³⁴ Cela inclut les dépenses nécessaires et utiles : ATF 59 II 245, JdT 1934 I 42 c. 5, ainsi que les dépenses somptuaires demandées par le mandant. TERCIER/FAVRE, N 5230 ; CR CO I-WERRO, CO 402 N 7.

²³⁵ TERCIER/FAVRE, N 5905. ATF 59 II 245, JdT 1934 I 42.

- 133 Le contrat de courtage en revanche ne permet le remboursement des dépenses du courtier que lorsque les parties en sont convenues (art. 413 al. 3 CO). La clause précitée est à cet effet adéquate. Enfin, la jurisprudence et la doctrine traitant du contrat de consignation ne prévoient pas le remboursement de ses impenses au consignataire. Il est d'ailleurs douteux qu'une telle prétention ait un fondement, au vu de la relation que ce contrat établit. Le consignataire a un simple droit d'option entre l'achat de la chose ou la restitution au consignateur. Il ne déploie pas d'activité dans l'intérêt du consignateur. Les parties peuvent cependant prévoir contractuellement le remboursement des frais. Ce critère n'est donc pas pertinent pour exclure l'application d'un des contrats analysés.

D. Rémunération

- 134 La rémunération de la maison de vente a, selon le contrat généralement conclu, un caractère aléatoire, puisqu'elle n'est due qu'en cas de conclusion du contrat de vente aux enchères. Bien que la maison de vente ne s'oblige pas à fournir un résultat et ne soit pas responsable lorsque la vente n'aboutit pas, elle ne peut demander le versement d'honoraires qu'en cas de succès. Le contrat la liant au fournisseur doit autoriser une rémunération de ce type.
- 135 Dans le cadre d'un mandat simple, la rémunération est généralement prévue par l'usage ou par les parties (art. 394 al. 3 CO)²³⁷. Elle est alors due lorsque le mandat a été exécuté, indépendamment de son succès. La rémunération récompense le seul effort fourni par le mandataire²³⁸. La rémunération aléatoire n'est pas un élément typique du mandat simple²³⁹, mais plutôt des mandats spéciaux, comme la commission, le courtage ou l'agence²⁴⁰.
- 136 Toutefois, dans la mesure où la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de mandat, il semble difficile de soutenir qu'elle ne pourrait pas être aléatoire et dépendante du succès de l'opération. Le mandat traditionnel ne prévoit pas de rémunération du mandataire, tout en laissant les parties libres d'en convenir (art. 394 al. 3 CO). Cette liberté des parties devrait s'étendre non seulement à la question de l'existence d'honoraires, mais également à leurs caractéristiques et conditions. La question qui se pose est de savoir si l'obtention par le

²³⁶ TERCIER/FAVRE, N 5229 ; CR CO I-WERRO, CO 402 N 6 ; HOFSTETTER, p. 86.

²³⁷ Traditionnellement, le mandat n'est pas rémunéré (article 394 alinéa 3 CO *a contrario*). La règle est à présent devenue l'exception et la rémunération est commune. Mais les parties au contrat restent libres de prévoir ou non une rémunération. WERRO, Mandat, N 696 ss ; HOFSTETTER, p. 39 ss.

²³⁸ TERCIER/FAVRE, N 5252 ; WERRO, Mandat, N 160 et 727 ss ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 18 ; RUOSS, Scheingebote, p. 40.

²³⁹ BK-GAUTSCHI, CO 394 N 76a ss ; WERRO, Mandat, N 735 ; RUOSS, Scheingebote, p. 40 ; BLÄTTLER, p. 67 ; SKRIPSKY, p. 160. ATF 131 III 268 c. 5.1.3.

²⁴⁰ BK-GAUTSCHI, CO 394 N 76d ; WERRO, Mandat, N 735 n. 148 ; RUOSS, Scheingebote, p. 40 ; SKRIPSKY, p. 160.

mandataire d'honoraires peut dépendre de circonstances sur lesquelles il n'a pas d'influence et s'il est possible de lui refuser toute rémunération²⁴¹ malgré le respect de ses obligations. La doctrine admet une telle convention des parties²⁴².

- 137 A ceux qui s'opposeraient à l'admission d'une rémunération récompensant uniquement le résultat dans un mandat simple²⁴³, nous pourrions objecter que l'on peut considérer, dans les ventes aux enchères, qu'une partie de la rémunération est non aléatoire et que seul le surplus dépend du succès de la vente. En effet, le contrat conclu avec le fournisseur prévoit souvent une participation du mandant aux frais généraux²⁴⁴, alors même que ceux-ci ne sont pas couverts par le remboursement des frais prévu par l'article 402 alinéa 1 CO²⁴⁵. Or, la doctrine considère que de tels frais généraux sont partie intégrante des honoraires octroyés au mandataire²⁴⁶. Le fait de demander le remboursement des frais généraux en toute hypothèse pourrait donc correspondre à une rémunération indépendamment du résultat, à laquelle s'ajoute la commission en cas de succès²⁴⁷. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis qu'il n'était pas arbitraire de tenir compte du résultat lors de la fixation d'honoraires dans un contrat de mandat²⁴⁸.
- 138 Si une vente aux enchères n'aboutit pas, la maison de vente n'a certes pas droit à la rémunération consistant en un pourcentage du prix de vente. Elle se réserve toutefois le droit de demander une participation aux frais généraux, qui comme nous l'avons vu constitue déjà une partie de la rémunération. Cette portion-là représente donc la fraction de rémunération fixe, qui est due en toute hypothèse. A ceci s'ajoute la rémunération en fonction du succès, qui est elle aléatoire. Ainsi, la maison de vente obtient toujours des honoraires pour l'activité déployée, qui peuvent être augmentés en cas de succès de la transaction. Le mandat serait donc *a priori* applicable sous l'angle de la rémunération. Le contrat de fiducie étant analogue au mandat, le même raisonnement vaut *mutatis mutandis*.

²⁴¹ Toujours dans l'hypothèse où le droit à une rémunération est déduit de la convention des parties ou de l'usage au sens de l'article 394 alinéa 3 CO.

²⁴² BK-FELLMANN, CO 394 N 453 ss ; BK-GAUTSCHI, CO 394 N 76d ; WERRO, Mandat, N 735.

²⁴³ Cf. ATF 131 III 268 c. 5.1.3. TERCIER/FAVRE, N 5596 s. Ce raisonnement se base sur le fait qu'une convention de rémunération en fonction du résultat serait atypique puisque l'obligation du mandataire est de déployer une activité diligente dans le but d'atteindre un certain résultat et non d'obtenir ce résultat.

²⁴⁴ Cf. *supra* N 132. Il s'agit notamment des frais découlant de l'activité professionnelle du mandataire, comme le loyer, les salaires des employés et les autres charges d'exploitation.

²⁴⁵ TERCIER/FAVRE, N 5229 ; CR CO I-WERRO, CO 402 N 6 ; HOFSTETTER, p. 86.

²⁴⁶ Cf. *supra* N 131.

²⁴⁷ WERRO, Mandat, N 735.

²⁴⁸ TF, 9 février 2009, 4A.561/2008 au sujet de la rémunération d'un avocat augmentée en raison du succès de l'affaire.

- 139 Le contrat de courtage est par essence un contrat onéreux aléatoire²⁴⁹ ; la rémunération du courtier doit être prévue²⁵⁰. Aux termes de l'article 413 alinéa 1 CO, le courtier n'a droit à sa commission que si un contrat est conclu entre son mandant et un tiers, et que cette affaire se trouve en rapport de causalité avec l'activité déployée. La commission n'est due que si le résultat visé est atteint et le contrat exécuté²⁵¹. Selon la doctrine²⁵², les éléments du mandat simple l'emportent lorsqu'il est prévu que le salaire récompensera les services de l'intermédiaire indépendamment de la conclusion du contrat entre le tiers et le mandant. Or les efforts du courtier pour mettre en relation son mandant et un tiers peuvent ne pas être couronnés de succès malgré le respect de son devoir de diligence. Le courtier n'est pas non plus assuré que le mandant contractera avec les personnes qu'il lui aura indiquées²⁵³. Contrairement au mandataire, le courtier ne sera alors pas rémunéré pour l'activité qu'il a fournie, notamment si, malgré ses efforts, il ne trouve aucun cocontractant potentiel pour son mandant. Dans cette mesure, le courtage correspond aux caractéristiques de la relation entre la maison de vente et le fournisseur.
- 140 Le lien de causalité entre l'activité déployée par le courtier et la conclusion du contrat n'est plus exigé lorsque les parties ont convenu de l'exclusivité du courtage, ce qui est nécessaire pour les ventes aux enchères²⁵⁴. La rémunération du courtier est alors due même si le contrat a été conclu indépendamment de son activité²⁵⁵. La convention des parties ne doit laisser aucune ambiguïté à cet égard²⁵⁶. La validité de la clause doit toutefois être niée dans le cas où la rémunération est promise même sans déploiement d'activité par le courtier, la jurisprudence qualifiant dans ce cas la convention de promesse de donner²⁵⁷.
- 141 Le commissionnaire, quant à lui, ne reçoit sa commission que si l'opération dont il était chargé a été exécutée. Ce système, prévu à l'article 432 CO, convient tout à fait au cas de la vente aux enchères. Notons que la rémunération est une caractéristique essentielle de la commission. En l'absence de provision, le contrat ne peut plus être qualifié de commission. Seul un mandat simple peut ne pas être onéreux²⁵⁸.

²⁴⁹ TERCIER/FAVRE, N 5589 ; ENGEL, Contrats, p. 520 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 6 et 9.

²⁵⁰ ATF 131 III 268 c. 5.1.2 ; ATF 124 III 481 c. 3a, JdT 1999 I 455 et références citées.

²⁵¹ TERCIER/FAVRE, N 5901 ; WERRO, Mandat, N 735 ss ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 9.

²⁵² HOFSTETTER, p. 171 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 337 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 1 et 10.

²⁵³ HOFSTETTER, p. 171 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 37.

²⁵⁴ Cf. *supra* N 127.

²⁵⁵ TF, 25 octobre 2005, 4C. 228/2005 c. 3 ; ATF 100 II 361 c. 3.d et 4.

²⁵⁶ TF, 25 octobre 2005, 4C. 228/2005 c. 3 ; ATF 113 II 49 c. 1.b.

²⁵⁷ TF, 25 octobre 2005, 4C. 228/2005 c. 3 ; ATF 100 II 361 c. 3.d.

²⁵⁸ TERCIER/FAVRE, N 5848 ; CO I-VON PLANTA, CO 432 N 1.

142 Le contrat estimatoire (*Trödelvertrag*) pose problème quant à la rémunération. Le consignataire n'a pas de droit à une commission, contrairement à la maison de vente qui touche un pourcentage du prix de vente. Certes, le consignataire n'est rémunéré que s'il réussit à vendre le bien qui lui a été remis. Mais le montant qu'il touche est celui que lui paie l'acheteur, et non une commission due par le consignateur. Ce dernier ne peut pas prétendre à une participation au bénéfice fait par le consignataire. Le prix payé par le consignataire au consignateur, si le premier choisit de garder le bien, est fixé par la convention avec le consignateur indépendamment du prix de revente de l'objet, alors que le fournisseur d'un objet aux enchères reçoit le prix payé par l'acheteur. L'absence de commission due au consignataire dans le contrat estimatoire permet par conséquent d'exclure cette qualification. Le mandat, la commission, le courtage et la fiducie restent envisageables.

E. Représentation

143 Nous avons vu que l'activité principale fournie par la maison de vente est la vente aux enchères en tant que telle, au cours de laquelle elle agit en tant que représentante du fournisseur pour la conclusion d'un contrat. L'objet d'un contrat de mandat peut être un acte juridique. Pour se faire représenter, le fournisseur doit octroyer à la maison de vente des pouvoirs de représentation directe (art. 32 CO)²⁵⁹. En revanche, si elle doit agir comme représentante indirecte, une procuration n'est pas nécessaire²⁶⁰.

144 L'article 396 alinéa 2 CO dispose que « le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution ». Cette disposition présume, en l'absence de procuration explicite, que le mandataire dispose des pouvoirs de représentation nécessaires à l'accomplissement des actes juridiques découlant de l'*obligatio faciendi*²⁶¹. La maison de vente est alors présumée avoir le pouvoir de conclure un contrat de vente pour le compte du fournisseur. Il n'est pas indispensable que celui-ci, en tant que mandant, octroie expressément à sa mandataire les pouvoirs pour la conclusion d'un contrat de vente aux enchères dans la mesure où l'activité de la maison de vente consiste précisément à conclure un tel contrat pour le compte du fournisseur. Cette présomption est précisée, pour les rapports internes, par l'article 229 alinéa 3 CO, qui autorise la maison de vente à conclure le contrat avec le plus offrant.

145 En outre, le tiers-enchérisseur peut valablement considérer le mandataire comme autorisé à conclure la vente en représentation directe du mandant²⁶². L'article 396 alinéa 2 CO lui

²⁵⁹ BK-FELLMANN, CO 396 N 44 ; HOFSTETTER, p. 47. Cf. *infra* N 164.

²⁶⁰ BK-FELLMANN, CO 396 N 45 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 7.

²⁶¹ HOFSTETTER, p. 47 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 9.

²⁶² TERCIER/FAVRE, N 5083 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 9.

permet de présumer, si la maison de vente est mandataire du fournisseur, qu'elle est autorisée à conclure le contrat de vente au nom et pour le compte de ce dernier. La représentation directe peut cependant ne pas être adaptée aux particularités de la vente aux enchères. Nous en traiterons au chapitre suivant et déterminerons si la maison de vente représente le fournisseur de manière directe ou indirecte²⁶³. Le mandat est une solution adéquate quel que soit le rapport de représentation.

- 146 Le courtier en revanche n'est en principe pas représentant de son mandant, à moins que la convention conclue par les parties ne prévoie le contraire²⁶⁴. Les parties doivent déterminer l'étendue de l'activité du courtier²⁶⁵. L'article 412 alinéa 1 CO distingue deux possibilités. Il existe en premier lieu des courtiers « indicateurs », dont la fonction est d'indiquer au mandant une occasion de conclure. La loi énonce également le cas des courtiers « négociateurs », dont la tâche est de négocier la conclusion du contrat. Les parties peuvent enfin décider que le courtier sera « présentateur » et aura l'obligation de créer des contacts entre le mandant et le tiers. Cette option n'est pas prévue par l'article 412 CO, mais s'est développée en pratique²⁶⁶. Toutefois, aucune de ces hypothèses ne permet au courtier de conclure lui-même le contrat avec le tiers contractant. Le courtage ne concerne en principe que la préparation du contrat en vue duquel il est conclu²⁶⁷.
- 147 Pour qualifier de courtage la relation entre la maison de vente et le fournisseur, il serait nécessaire que la convention des parties dispose expressément que la maison de vente a le pouvoir non seulement de négocier le contrat de vente, mais aussi de le conclure. Dans le cas contraire, l'adjudication ne lierait que la maison de vente elle-même et non le fournisseur, car celle-là n'aurait pas le pouvoir de représenter celui-ci. L'article 396 alinéa 2 CO ne trouve pas application. Selon l'article 33 alinéa 2 CO, l'étendue des pouvoirs découlant d'un acte juridique est déterminée par cet acte. Dans la mesure où l'acte juridique, contenu dans le contrat de courtage, ne donne en lui-même pas de pouvoirs de représentation au courtier, la procuration doit être expresse. Dans le cas contraire, les règles supplétives sur le contrat de courtage ne donnent pas de pouvoirs au courtier. Le contrat de courtage ne correspond donc pas exactement à la qualification du rapport qui nous intéresse.
- 148 Le pouvoir de représentation résultant d'un contrat de commission est en principe indirect : les effets se produisent dans le patrimoine du représentant, et doivent ensuite être transférés dans celui du représenté (art. 32 al. 3 CO). Le commissionnaire a alors besoin de

²⁶³ Cf. *infra* N 163 ss.

²⁶⁴ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 50 N 11 ; HOFSTETTER, p. 170 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 13. ATF 83 II 151 ; ATF 49 II 230.

²⁶⁵ ENGEL, Contrats, p. 523 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 12.

²⁶⁶ CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 14 ; BUCHER, Besonderer Teil, p. 237.

l'autorisation du commettant pour pouvoir s'acquitter de son obligation de transférer la propriété²⁶⁸. Cette autorisation est incluse dans le mandat lui-même au sens de l'article 396 alinéa 2 CO, dans la mesure où le contrat de commission est conclu dans le but de vendre un objet pour le compte du commettant²⁶⁹.

- 149 Le rapport de représentation institué par l'article 425 CO étant de droit dispositif, les parties peuvent y déroger d'un commun accord en stipulant expressément que le directeur de la vente est le représentant direct du fournisseur. Une telle dérogation dépasserait le cadre du contrat de commission, la représentation indirecte étant la caractéristique essentielle de ce contrat, qui le différencie du contrat de mandat notamment²⁷⁰. Une exception supplémentaire à cette règle résulte du fait que, lorsqu'il est indifférent pour le cocontractant de traiter avec le représentant ou le représenté au moment de la conclusion du contrat, le représenté devient directement créancier ou débiteur (art. 32 al. 2 CO)²⁷¹. Ainsi, même sans que les parties en aient expressément convenu, la maison de vente peut être représentante directe s'il est indifférent à l'acheteur de traiter avec elle ou avec le fournisseur²⁷².
- 150 Pour ce qui est du contrat estimatoire, le consignataire agit non seulement en son propre nom, mais également pour son compte²⁷³. Il n'y a donc pas de rapport de représentation, ne serait-ce qu'indirect, entre le consignateur et le consignataire. Ceci nous amène à nouveau à exclure sur le principe la qualification de contrat estimatoire. Les contrats de mandat et de commission sont ici les plus adaptés, le second uniquement dans les cas de représentation indirecte. Un contrat de courtage nécessiterait des aménagements relativement importants puisqu'un rapport de représentation ne fait pas partie de ses caractéristiques de base. C'est la raison pour laquelle certains auteurs suggèrent qu'il soit doublé d'un mandat de vendre le bien²⁷⁴, construction qui semble pour le moins compliquée et peu utile.

F. Transfert de propriété du fournisseur à la maison de vente

- 151 Lors de ventes aux enchères, la maison de vente joue le rôle d'intermédiaire entre le fournisseur de l'objet d'art et l'acheteur. Bien qu'elle soit en possession du bien à vendre et

²⁶⁷ TERCIER/FAVRE, N 5590 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 13.

²⁶⁸ ATF 69 II 110 c. 2, JdT 1943 I 533. STEINAUER, Vol. II, N 2016. Cf. *infra* N 271 ss.

²⁶⁹ CR CO I-VON PLANTA, CO 434 N 5 ; HOFSTETTER, p. 204.

²⁷⁰ ENGEL, Contrats, p. 558 ; TERCIER/FAVRE, N 5845 ss ; CR CO I-VON PLANTA, CO 425 N 1.

²⁷¹ CR CO I-VON PLANTA, CO 425 N 3 ; VON TUHR/PETER, p. 389. ATF 102 III 94, JdT 1977 II 130 : question laissée ouverte ; ATF 84 II 253 c. 3, JdT 1959 I 121.

²⁷² Cf. *infra* N 202 ss.

²⁷³ ATF 69 II 110 c. 2, JdT 1943 I 533. TERCIER/FAVRE, N 7871 ; REUTTER, p. 36.

²⁷⁴ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; RUOSS, Scheingebote, p. 46.

qu'elle le remette à l'acheteur après l'adjudication, la maison de vente n'acquiert à aucun moment la propriété de l'objet. La volonté du fournisseur n'est pas de lui en transférer la propriété mais simplement de lui confier le bien dans le but d'une vente ultérieure. Un transfert de propriété compliquerait par ailleurs inutilement les rapports, puisqu'en cas d'échec de la vente, le bien devrait être retransféré au fournisseur.

- 152 La souplesse du contrat de mandat permet aux parties de convenir des moyens nécessaires à une bonne exécution du contrat. Si les parties instituent un rapport de représentation direct dans le cadre d'un mandat simple, le mandataire-représentant disposant d'un bien au nom et pour le compte du mandant-représenté intervient directement dans la sphère juridique de ce dernier. Aucun transfert de la propriété de l'objet d'art à la maison de vente n'est nécessaire dans ce cas.
- 153 A l'inverse, le courtier qui en principe n'a pas le droit d'accomplir un acte juridique pour le compte de son mandant, mais uniquement de lui présenter des occasions de conclure, ne nécessite d'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. Ce n'est par conséquent qu'en cas de représentation indirecte que se pose la question du transfert de propriété au mandataire. Nous devons donc avant tout nous demander comment elle se concrétise dans le contrat de commission.
- 154 Le commettant restant propriétaire du bien mis en vente, l'article 401 CO ne lui est pas applicable²⁷⁵. Un transfert de la propriété de l'objet au commissionnaire est en principe exclu, à moins d'une convention contraire²⁷⁶. Pour pouvoir disposer du bien du commettant, le commissionnaire a uniquement besoin d'une autorisation d'aliéner la chose puisqu'il est représentant indirect. La procuration, découlant du contrat de commission (art. 425 al. 1, art. 33 al. 2 et 396 al. 2 CO) et octroyant le pouvoir de vendre l'objet d'art, autorise simultanément la maison de vente à disposer du bien en son propre nom²⁷⁷. Le même raisonnement sera applicable pour un mandat simple doublé d'une représentation indirecte,

²⁷⁵ Notons que, même si ce n'était pas le cas, le Tribunal fédéral considère que l'article 401 CO ne vise que les cas dans lesquels le bien a été acquis d'un tiers et non du mandant (ATF 117 II 429, JdT 1994 II 4). Cette question est toutefois controversée, certains auteurs considérant que les exigences résultant de la pratique s'accommodent mieux d'une interprétation selon laquelle l'article 401 CO comprend également les biens transmis par le mandant. Cf. à ce sujet CR CO I-WERRO, CO 401 N 9 ; HOFSTETTER, p. 137 s. ; REYMOND, Acte fiduciaire, p. 598.

²⁷⁶ CR CO I-VON PLANTA, CO 434 N 5 ; TERCIER/FAVRE, N 5893 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 363 ; HOFSTETTER, p. 204 ; WEBER, Auftragsrecht, p. 171. Cf. cependant BK-GAUTSCHI, CO 434 N 2a ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 51 N 8 ; RUOSS, Scheingebote, p. 44.

²⁷⁷ VON TUHR/PETER, p. 216 ; CR CO I-VON PLANTA, CO 434 N 5 ; HOFSTETTER, p. 204 ; WEBER, Auftragsrecht, p. 171.

ainsi que pour le contrat estimatoire, par lequel le consignataire a le pouvoir d'aliéner en son propre nom et pour son propre compte le bien du consignateur²⁷⁸. Aucun de ces contrats n'entraîne de transfert de propriété du fournisseur de l'objet d'art à la maison de vente, ce qui correspond à la volonté des parties au rapport que nous analysons.

- 155 La fiducie en revanche entraîne un transfert de la propriété au fiduciaire²⁷⁹, qui devient titulaire de tous les droits sur les biens qu'il doit gérer. Cette caractéristique est celle qui le distingue d'un simple contrat de mandat. Or le fournisseur de l'objet à vendre aux enchères n'a en principe pas l'intention de céder la titularité de ses droits sur le bien à la maison de vente. Celle-ci n'acquiert que la possession du bien ainsi que le pouvoir d'en disposer, afin d'être en mesure de remplir ses obligations. Une telle hypothèse exclut l'application de la fiducie à la présente relation. Le mandat et les contrats de courtage et de commission restent ici seuls applicables à la relation qui nous occupe.

G. Obligations accessoires

- 156 Les points secondaires tels que l'estimation du bien, la publicité faite pour la vente, la préparation du catalogue, l'exposition et la conclusion d'un contrat d'assurance, sont en principe réglés par les conditions générales et n'ont pas d'influence sur la qualification du contrat. Bien que certains devoirs accessoires constituent des obligations de résultat, comme l'établissement du catalogue, l'analyse exposée n'est pas modifiée. Seules les obligations principales sont déterminantes pour qualifier le contrat. En l'espèce, la conduite des enchères est la prestation que vise la conclusion d'un contrat entre le fournisseur et la maison de vente et le qualifie.

§ 3 Conclusion

- 157 En résumé, nombre de contrats peuvent être exclus à ce stade pour qualifier la relation nouée entre le fournisseur et la maison de vente. Premièrement, le contrat d'agence n'est pas adéquat puisqu'il vise un rapport de durée, se rapprochant en ce sens du contrat de travail. Or le fournisseur ne se lie à la maison de vente que pour une affaire déterminée, ou dans certains cas exceptionnels pour une suite d'affaires déterminées, et non pour la gestion de biens sur le long terme.
- 158 Le contrat de consignment, ou *Trödelvertrag*, ne constitue pas non plus une qualification adéquate du contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente, puisqu'il n'oblige pas le

²⁷⁸ ATF 69 II 110 c. 2, JdT 1943 I 533.

²⁷⁹ THEVENOZ, RDS, p. 274 ss. Cf. *supra* N 116.

consignataire à vendre le bien qui lui est remis. Celui-ci peut, à choix, restituer la chose au consignateur ou la vendre à un tiers. Il peut même la garder pour son usage personnel et payer le prix convenu au consignateur. Par ailleurs, le prix est fixé, en cas de consignation, par les parties et ne dépend pas du prix de la revente. Une maison de vente s'oblige quant à elle à restituer le prix payé par l'acheteur au fournisseur.

- 159 La fiducie est elle aussi exclue, puisqu'elle ne diffère du mandat simple que dans le transfert au fiduciaire de la propriété du bien qui fait l'objet de la gestion d'affaires. La maison de vente ne devient normalement pas propriétaire du bien à aliéner avant la vente.
- 160 Le contrat de courtage pourrait convenir, mais devrait faire l'objet d'ajustements, notamment en ce qui concerne le rapport de représentation. Ces distorsions nous font sortir du cadre de ce type de contrat, qui ne vise en réalité que le cas d'un intermédiaire mettant en contact des cocontractants potentiels. Certains auteurs²⁸⁰ considèrent certes que ce contrat constitue une solution adéquate pour la qualification de la relation entre le fournisseur et la maison de vente, mais il est à notre sens moins adapté que le contrat de mandat simple ou celui de commission. Le courtier ne fait en principe qu'indiquer une occasion de conclure le contrat au mandant alors que le commissionnaire doit conclure un contrat pour son compte et que le mandataire a les pouvoirs de représentation nécessaires pour accomplir son obligation (art. 396 al. 2 CO). Le courtage semblerait toutefois plus indiqué en cas de vente aux enchères sur Internet²⁸¹.
- 161 Selon nous, tous les éléments examinés tendent, en cas de représentation indirecte, vers une qualification de principe de contrat de commission. En effet, selon les hypothèses que nous avons émises, le contrat est conclu pour une affaire déterminée, rémunéré uniquement en cas de succès, avec une obligation d'agir de la maison de vente, sans transfert de la propriété de l'objet. Tous ces éléments caractérisent le contrat de commission²⁸². L'intérêt de cette qualification réside dans la précision des articles 425 ss CO, qui règlent les obligations des parties de manière détaillée, ainsi que dans le renvoi aux règles générales du mandat, notamment aux articles 401 et 404 CO²⁸³.
- 162 En cas de représentation directe, la relation entre la maison de vente et le fournisseur sortirait du cadre de la commission pour entrer dans un système de mandat simple, qualification plus large dont les contours s'adaptent aux particularités du mandat de vendre aux enchères. A

²⁸⁰ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; RUOSS, Scheingebote, p. 46.

²⁸¹ SKRIPSKY, p. 164 ; moins tranché : BLÄTTLER, p. 67.

²⁸² HONSELL, Obligationenrecht, p. 361 ; PESTALOZZI, Steigerungsskauf, CO 229 N 255 ; HONSELL, Kunsthandel, p. 222 ; en droit allemand : VON HOYNINGEN-HUENE, p. 1477.

²⁸³ Cette dernière norme est considérée comme impérative par le Tribunal fédéral (entre autres, ATF 115 II 464 c. 2, JdT 1990 I 312). Une telle opinion divise toutefois la doctrine : HOFSTETTER, p. 67 ss ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 16. Cf. *infra* N 308.

nouveau, l'application du mandat a une importance par rapport aux règles impératives (art. 404 CO) et aux normes dispositives applicables en cas de lacune de contrat. Notre solution s'accorde avec la jurisprudence qualifiant le contrat de vendre aux enchères de « contrat analogue au mandat »²⁸⁴, puisqu'elle aboutit, selon le rapport de représentation établi entre les parties, au choix du mandat simple ou de la commission, mandat spécial.

²⁸⁴ ATF 112 II 337 c. 2, JdT 1987 I 170.

Chapitre III : La représentation du fournisseur par la maison de vente

- 163 En vertu du principe *alteri stipulari nemo potest*, nul ne peut en principe engager juridiquement un tiers²⁸⁵. La représentation instituée par les articles 32 ss CO fait exception à cette règle. Elle constitue un moyen d'étendre les pouvoirs juridiques du représentant²⁸⁶. Lorsque les conditions en sont remplies, cette institution permet au représentant désigné par le représenté d'effectuer un acte juridique pour le compte de celui-ci avec un tiers. Le fournisseur d'un bien peut ainsi donner procuration à la maison de vente afin qu'elle conclue pour lui le contrat de vente aux enchères. De cette manière, le fournisseur de l'objet permet à son représentant d'émettre pour lui des déclarations de volonté (représentation active), ainsi que de recevoir celles qui sont adressées par un tiers au représenté (représentation passive)²⁸⁷.
- 164 La loi propose deux modes de représentation²⁸⁸, à savoir une représentation de type direct (art. 32 al. 1 CO) (§ 1) ou de type indirect (art. 32 al. 3 CO) (§ 2), dont nous examinerons les conditions et conséquences respectives, avant de les appliquer au cas particulier du rapport de représentation établi entre le fournisseur et la maison de vente. L'enjeu de cette analyse est important puisqu'il nous permettra de déterminer l'implication de la maison de vente dans la vente et de qualifier le contrat qui la lie au fournisseur. Nous traiterons enfin des cas d'absence de représentation (§ 3), avant de conclure sur la (les) solution(s) adéquate(s) en cas de vente aux enchères (§ 4).

§ 1 Représentation directe

- 165 Lors de l'exercice de pouvoirs de représentation directe, l'acte accompli par le représentant avec un tiers prend effet directement dans la sphère juridique du représenté²⁸⁹. La pratique, lors de ventes aux enchères d'objets d'art en Suisse, semble être d'instituer un tel rapport entre le fournisseur-représenté et la maison de vente-représentante²⁹⁰. Ainsi, si les conditions de la représentation directe sont remplies, la maison de vente est habilitée à engager directement le fournisseur de l'objet d'art par un contrat de vente avec un des enchérisseurs. Le patrimoine du représentant n'est pas touché par la conclusion du contrat, contrairement à

²⁸⁵ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 1 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 1 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 594 s.

²⁸⁶ BK-ZÄCH, CO 32 N 2.

²⁸⁷ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 5 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 5.

²⁸⁸ BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 2.

²⁸⁹ BK-ZÄCH, CO 32, N 148 ss ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 1 ; TERCIER, Obligations, N 389 ; SCHWENZER, N 40.02.

²⁹⁰ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; RUOSS, Scheingebote, p. 41.

ce que pourrait laisser croire la terminologie employée à l'article 32 alinéa 1 CO²⁹¹. Le représentant n'est en aucun cas lié par l'acte accompli²⁹². Dès lors, tous les droits et obligations passent directement au fournisseur, sans même transiter par la sphère juridique de la maison de vente. L'on peut se demander pourquoi les maisons de vente cherchent généralement à exclure leur responsabilité alors même qu'elles prétendent agir en tant que représentantes directes²⁹³. Elles ne devraient pas être engagées contractuellement et ne seraient donc pas responsables pour les défauts de l'objet vendu, du moins pas à titre de venderesses²⁹⁴. Pour vérifier l'applicabilité de la représentation directe au cas de la vente aux enchères d'objets d'art, nous analyserons dans un premier temps ses conditions (A) avant de traiter de la question de son étendue (B).

A. Conditions de la représentation directe

166 Pour que le représentant puisse engager directement le représenté, il faut que les deux conditions de l'article 32 alinéa 1 CO soient remplies : la maison de vente doit être autorisée à

²⁹¹ Cette disposition prévoit que « [l]es droits et obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté ». A lire le texte légal, il semble que les droits et obligations naissent en la personne du représentant, puis passent, ultérieurement seulement, au représenté.

²⁹² TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221 ; ENGEL, Obligations, p. 396 ; SCHWENZER, N 41.09.

²⁹³ Certaines maisons de vente excluent d'ailleurs indifféremment leur propre responsabilité et celle du fournisseur par le biais de leurs conditions générales. Citons comme exemple les articles 5 et 7 des conditions générales de Sotheby's (cf. Annexe II) :

« 5 A l'exception de la garantie accordée par "Sotheby's" à l'acheteur en vertu de la clause 3 et de vos droits relatifs au déroulement des enchères exposés à la clause 11 :

(I) Sotheby's ne donne aucune garantie, d'aucune sorte, à l'"acheteur" et toute garantie ou obligation implicite est exclue (sous réserve des obligations pour lesquelles la loi n'admet pas d'exclusion de responsabilité).

(II) En particulier, toutes les déclarations écrites ou verbales, y compris celles figurant dans tout catalogue, rapport, commentaire ou évaluation, relatives à l'aspect ou à la qualité d'un lot, y compris son prix ou sa valeur, (A) sont uniquement des déclarations d'opinion et (B) peuvent être révisées avant que l'objet ne soit mis en vente (y compris lorsque le lot est exposé au public) ;

(III) Ni Sotheby's, ni aucune "société affiliée à Sotheby's", ni aucun de leurs mandataires, employés ou dirigeants ne pourront être tenus responsables des erreurs ou omissions commises dans de telles déclarations.

7 Les obligations du "vendeur" à votre égard sont limitées de la même manière que nos obligations à votre égard. Toutes les obligations ou garanties, expresses ou implicites sont exclues, à moins que la loi ne permette pas une telle exclusion des obligations légales. Nous nous réservons le droit de convenir avec le "vendeur" de modifications à ses garanties. »

Ces clauses seront examinées en détails lors de l'analyse des clauses exclusives de responsabilité, cf. *infra* N 690 et 751.

²⁹⁴ Il faudrait encore se demander si un autre contrat ne serait pas dans ce cas conclu entre la maison de vente et l'acheteur. Il pourrait alors y avoir violation d'un devoir de diligence par la maison de vente dans le cadre d'un éventuel contrat de courtage, cf. *infra* N 452 ss.

représenter le fournisseur (1) et doit agir au nom de ce dernier (2). Nous expliquerons également la nécessité de révéler au tiers l'identité du représentant (3) et concluons que la validité de la représentation directe en cas de vente aux enchères d'objets d'art dépend de la communication par la maison de vente du nom du fournisseur (4).

1. Octroi des pouvoirs

- 167 Le rapport de représentation dépend dans un premier temps du pouvoir octroyé par le représenté au représentant (art. 32 al. 1 *ab initio* CO). La procuration étant un acte juridique unilatéral²⁹⁵, le fournisseur a toute latitude pour choisir le degré d'implication de la maison de vente. L'octroi des pouvoirs ne nécessite pas d'acceptation par le représentant et déploie ses effets dès réception par ce dernier²⁹⁶. La jurisprudence et la doctrine admettent la possibilité d'octroyer les pouvoirs non seulement de manière expresse mais également de manière tacite, par actes concluants²⁹⁷. L'autorisation du représentant par le représenté intervient toutefois souvent dans le cadre d'un contrat, qui est lui, par définition, un acte bilatéral²⁹⁸.
- 168 Le contrat conclu constitue le rapport de base²⁹⁹ entre les parties, qui fixe leurs obligations respectives. La procuration est un instrument nécessaire à l'exécution de certaines d'entre elles. Les deux actes sont bien juridiquement distincts, l'octroi des pouvoirs est dit « abstrait » du contrat de base³⁰⁰. Cela a une importance particulière lorsque se posent des problèmes de validité de l'un des deux actes. Ainsi, l'invalidité du contrat de base n'affecte pas celle de la procuration, et inversement.
- 169 Ce nonobstant, le contrat de base et l'octroi de pouvoirs ne peuvent pas être considérés comme totalement indépendants l'un de l'autre³⁰¹. L'article 33 alinéa 2 CO dispose que « [l]orsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même. » Lorsque la procuration est contenue dans le contrat conclu, celui-ci est important pour déterminer l'étendue de la représentation³⁰². La règle de l'article 396 alinéa 2 CO en est

²⁹⁵ CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 6 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 33 N 8 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1344 ; VON TUHR/PETER, p. 354.

²⁹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1345 ; SCHWENZER, N 42.02 ; VON TUHR/PETER, p. 355. ATF 101 II 117 c. 4, JdT 1976 I 329 ; ATF 99 II 39 c. 1, JdT 1974 I 162.

²⁹⁷ ATF 101 Ia 43, JdT 1975 I 348 ; ATF 99 II 39 c. 1, JdT 1974 I 162. HOFSTETTER, p. 47 ; BK-FELLMANN, CO 396 N 44 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 36 ss.

²⁹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 131.

²⁹⁹ BK-ZÄCH, CO 33 N 120 ; SCHWENZER, N 42.05.

³⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1351 ; SCHWENZER, N 42.07 ; ENGEL, Obligations, p. 382 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 33 N 12 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 121 et 160. ATF 78 II 369, JdT 1953 I 275.

³⁰¹ BK-ZÄCH, CO 33 N 122 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 7 ; KOLLER, § 18 N 4.

³⁰² BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 33 N 17 ; BK-ZÄCH CO 33 N 114 ; CHAPPUIS, PJA, p. 691 ss et 695.

un exemple quand le rapport de base est un mandat. L'étendue des obligations du mandataire détermine la mesure de la représentation nécessaire à l'accomplissement des prestations. L'interprétation de la procuration ne peut se faire sans tenir compte du rapport de base, et *vice versa*. Le mandat de vendre aux enchères étant conclu entre le fournisseur et la maison de vente, cette dernière est, le cas échéant, désignée comme représentante.

170 L'attribution des pouvoirs est souvent faite, lors de ventes aux enchères, dans le contrat conclu par le fournisseur et la maison de vente. Elle est alors préformulée dans le contrat-type proposé par la maison de vente³⁰³, ce qui évite à cette dernière de représenter les divers fournisseurs d'une même vente aux enchères de différentes manières. L'interprétation du mandat de vendre aux enchères³⁰⁴ est déterminante pour définir l'étendue des pouvoirs attribués. Elle permettra de décider si les effets juridiques des actes du mandataire se produiront directement en la personne du représenté ou si un transfert des effets au sens de l'article 32 alinéa 3 CO sera nécessaire³⁰⁵. Il conviendra d'analyser les différents types de contrats envisageables, ainsi que les conditions générales, pour être en mesure d'établir un panorama général des solutions adoptées. Si le fournisseur autorise la maison de vente à conclure en son nom dans le cadre du contrat pour la vente de l'objet d'art, il institue un rapport de représentation directe et en octroie les pouvoirs.

171 Dans certains cas, le contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente n'est pas clair en ce qui concerne l'octroi des pouvoirs. Le contrat-type entre le fournisseur et Christie's dispose par exemple :

« Nous vendrons, en agissant exclusivement pour votre compte, l'objet décrit en Annexe à la présente et auquel le présent document se réfère comme "Les Lots". »

172 Cette déclaration est certes formulée par la maison de vente, mais est également acceptée par le fournisseur, ce qui permet de la lui imputer. Elle n'octroie pas expressément le pouvoir à la maison de vente d'agir en tant que représentante directe, puisqu'elle ne l'autorise à agir que pour le compte du fournisseur. Le fait d'agir pour le compte d'autrui peut aussi bien engendrer une situation de représentation directe si le représentant a le pouvoir d'agir au nom du représenté, qu'une représentation indirecte s'il ne peut agir qu'en son propre nom³⁰⁶. Si le

³⁰³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1346.

³⁰⁴ Cf. *supra* N 144 ss.

³⁰⁵ CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 7 et 15 ; BK-FELLMANN, CO 396 N 47 ; HOFSTETTER, p. 47 ss.

³⁰⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1426 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 25. La jurisprudence fait état de cette difficulté : TF, 7 septembre 2009, 4A.59/2009 c. 4.1 ; ATF 126 III 59 c. 1.b ; TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221 c. 2.b.

fournisseur octroie à la maison de vente les pouvoirs d'agir pour son compte, cela ne signifie pas automatiquement qu'elle puisse agir en son nom³⁰⁷.

- 173 Lorsque la déclaration n'est pas suffisamment claire, il faut tenter de déterminer la volonté réelle des parties (art. 18 CO). Celle-ci peut différer de cas en cas, suivant le fournisseur avec lequel le contrat est conclu. Si le fournisseur entend donner à la maison de vente un pouvoir de représentation directe, la clause contractuelle doit être lue dans ce sens. Faute de volonté réelle commune des parties, la déclaration doit être interprétée à la lumière du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC)³⁰⁸, c'est-à-dire de la manière dont son destinataire pouvait et devait, de bonne foi, la comprendre³⁰⁹. L'octroi de pouvoirs de représentation directe est toutefois probable, la représentation indirecte ne nécessitant pas en tant que telle une autorisation d'agir³¹⁰.
- 174 S'il subsiste un doute, d'autres règles d'interprétation peuvent trouver application. En matière de clauses contractuelles préformulées, le principe *in dubio contra stipulatorem*³¹¹ précise que l'interprétation doit se faire en défaveur de celui qui a rédigé la clause litigieuse et non au désavantage de l'autre partie. En l'espèce, la maison de vente est l'auteur de la clause d'octroi des pouvoirs, qui est ensuite proposée au fournisseur, en faveur duquel la clause doit être interprétée. Dans certains cas, la représentation indirecte peut sembler plus appropriée pour le fournisseur que la représentation directe³¹², la conclusion du contrat de vente aux enchères ne le liant pas directement à l'acheteur. Cela réduit les risques pour le fournisseur, qui désire conserver son anonymat, d'être directement recherché en cas de problème relatif à l'exécution du contrat de vente. La maison de vente serait alors autorisée à agir comme représentante indirecte et non comme représentante directe. Ce cas de figure semble toutefois limité, le fait d'octroyer des pouvoirs étant généralement révélateur de la volonté de se faire représenter de manière directe.
- 175 En toute hypothèse, il serait plus prudent pour les parties de s'assurer que la déclaration par laquelle le fournisseur octroie à la maison de vente les pouvoirs de représentation directe n'est pas équivoque. Dans le cas contraire, et faute de détermination de la volonté réelle des parties, la clause pourrait être interprétée dans un sens contraire à celui voulu par la maison de vente. Si les parties entendent instituer un rapport de représentation directe, le fournisseur doit

³⁰⁷ BK-BECKER, CO 425 N 17.

³⁰⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1345 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 12 N 31 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 10. Il faudrait à ce sujet tenir compte des problèmes de traduction que posent parfois les clauses contractuelles, la plupart des conditions générales étant originellement rédigées en anglais. Cf. *infra* N 181.

³⁰⁹ ATF 125 III 266 ; ATF 122 III 420 c. 3.a ; ATF 120 II 237.

³¹⁰ Cf. *infra* N 271 ss.

³¹¹ SCHWENZER, N 45.10 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231.

³¹² VON BÜREN, Allgemeiner Teil, p. 167.

autoriser la maison de vente à conclure « en son nom et pour son compte » ou « en tant que représentante directe ».

2. Manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui

176 La seconde condition d'une représentation directe réside dans l'information du tiers par le représentant du fait que le contrat déploiera ses effets dans la sphère juridique du représenté uniquement. Le tiers doit donc avoir connaissance de la volonté de la maison de vente d'agir en qualité de représentante, au nom et pour le compte d'autrui et non en son propre nom³¹³. Aux termes de l'article 32 alinéa 2 CO, cette condition est remplie dans trois situations différentes. La première est celle dans laquelle le représentant s'est fait connaître comme tel en manifestant expressément la volonté d'agir au nom d'autrui (a). Notre analyse de ce cas de figure inclut l'examen des conditions générales des différentes ventes contenant les éventuelles déclarations des maisons de vente quant à leur rôle de représentantes. La deuxième manière pour la maison de vente de manifester sa volonté d'agir au nom d'autrui est d'exprimer cette intention par actes concluants³¹⁴. Il suffit à cet effet que la volonté du représentant d'agir au nom d'autrui soit reconnaissable au vu des circonstances (b). Le tiers peut finalement être engagé envers le représenté s'il lui est indifférent de conclure avec ce dernier ou avec le représentant (c).

a. Manifestation expresse de la volonté d'agir au nom d'autrui

177 Le fait d'agir au nom d'autrui au sens des articles 32 alinéa 1 et 32 alinéa 2 *ab initio* CO suppose une déclaration expresse du représentant de sa volonté d'agir au nom d'autrui³¹⁵. Parmi les situations envisagées par l'article 32 alinéa 2 CO, celle-ci est la plus claire puisqu'une déclaration complète et valable exprime clairement la volonté du représentant, la maison de vente, de n'engager que son représenté, le fournisseur.

178 Une telle manifestation de volonté par la maison de vente doit intervenir lors de la conclusion du contrat avec l'acheteur. Il est nécessaire d'analyser le contenu des conditions générales pour déterminer si elles contiennent une déclaration destinée aux enchérisseurs. La précision des conditions de vente au sujet du type de représentation varie : certaines clauses prévoient par exemple que les objets seront mis aux enchères « au nom et pour le compte de tiers »³¹⁶.

³¹³ BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 12 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 11.

³¹⁴ TERCIER, Obligations, N 399 ; VON TUHR/PETER, p. 386 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 12 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 17.

³¹⁵ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 12 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 43. ATF 126 III 59 c. 1.b.

³¹⁶ Cf. article 14 des conditions générales de Fischer (Annexe III) :

Ces dispositions reprennent la terminologie légale. Le fait d'agir pour le compte d'autrui implique une représentation qui peut être aussi bien directe qu'indirecte³¹⁷. Les termes « au nom de » informent clairement l'enchérisseur du fait que la maison de vente souhaite agir comme représentante directe d'un tiers.

179 Les conditions générales de Sotheby's³¹⁸ prévoient quant à elles en leur article 2 :

« Sotheby's vend en qualité de mandataire du vendeur, sauf lorsqu'il est propriétaire de tout ou d'une partie du lot. [...] Lorsque Sotheby's vend en qualité de mandataire, toute vente est conclue *directement* entre le vendeur et l'acheteur. »³¹⁹ (Mise en évidence par l'auteur).

180 Il est alors clair que la maison de vente n'entend pas être partie au contrat de vente et qu'elle ne fait que manifester sa volonté au nom du fournisseur. Celui-ci est engagé par la déclaration de la maison de vente dans la mesure où il lui a octroyé des pouvoirs de représentation. Les droits et obligations résultant de la vente passent directement dans sa sphère juridique. Le terme de *mandataire* n'est à cet effet pas pertinent dans la mesure où les pouvoirs de représentation sont indépendants du mandat conclu entre les parties³²⁰. Il s'agit certainement d'une traduction de l'anglais *agent* renvoyant à une institution qui doit être analysée pour obtenir une interprétation satisfaisante³²¹.

181 L'article 6 des conditions générales de Christie's³²² dispose en revanche que « *Christie's acts as agent for the Seller only* [...] ». La portée du terme *agent* n'est pas claire, puisqu'il peut recouvrir la notion de mandataire aussi bien que celle de représentant³²³. Lorsqu'une clause contractuelle n'est pas suffisamment claire, une interprétation est nécessaire. Celle-ci doit tout d'abord se fonder sur la réelle et commune intention des parties, s'il est possible de la

« Les objets sont vendus *au nom et pour le compte* de tiers. L'acheteur resp. l'adjudicataire n'a aucun droit quant à la notification du vendeur resp. du déposant et de sa commission de déposant. [...] » (Mise en évidence par l'auteur).

Cf. également l'article 1 des conditions générales de Koller (Annexe IV) :

« Les objets d'enchères seront mis aux enchères *au nom et pour le compte* de celui qui les a remis ou pour le compte d'un tiers que ce dernier aura désigné. [...] » (Mise en évidence par l'auteur).

³¹⁷ BK-ZÄCH, CO 32 N 168 ; DROIN, Représentation indirecte, p. 50. TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221 c. 2.a ; ATF 100 II 200 c. 8.

³¹⁸ Cf. Annexe II.

³¹⁹ A noter que dans ces mêmes conditions de vente, le vendeur est désigné comme étant la personne propriétaire ou en possession du bien offert à la vente (art. 1 lit. i).

³²⁰ Cf. *supra* N 169 et l'article 396 CO.

³²¹ Cf. *infra* N 238.

³²² Cf. Annexe I.

³²³ VIGNERON, N 263 ; WERRO, Mandat, N 43.

déterminer (art. 18 CO)³²⁴. Cela ne peut être fait dans l'abstrait et dépend de ce que veulent les parties dans un cas particulier. Par ailleurs, vu le nombre de transactions opérées lors d'une vente aux enchères ainsi que leurs modalités particulières, il semble douteux que l'on parvienne à découvrir les volontés réelles de la maison de vente et de l'acheteur, puisque les négociations ne sont pas menées en particulier par ces deux parties, de nombreux autres intervenants entrant en ligne de compte.

- 182 Si le juge ne parvient pas à découvrir la commune et réelle volonté des parties, les manifestations de volonté doivent être interprétées sous l'angle du principe de la confiance³²⁵, en fonction de l'ensemble des circonstances. Le sens qui doit être retenu est celui que le destinataire peut raisonnablement déduire de la situation. La difficulté, dans le cas d'espèce, est que divers moyens peuvent être utilisés pour l'interprétation de la clause précitée. La signification du terme *agent*, qui ne connaît pas d'équivalent en droit suisse, peut être déterminée à l'aide d'instruments législatifs supranationaux ou d'éléments d'ordres juridiques dans lesquels l'institution de l'*agency* existe.
- 183 A titre d'exemple, les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (PU)³²⁶ peuvent donner des indices pour définir cette notion. Ces Principes constituent un instrument de *soft law* et ne sont, comme tel, pas contraignants. Pour être directement applicables à une relation contractuelle déterminée, ils doivent être incorporés dans le contrat par les parties. Par ailleurs, ils ont pour but une utilisation lors de la conclusion de contrats du commerce international. Leur champ d'application est défini par ces termes de manière relativement étendue. Selon l'art. 1.1 PU, un contrat du commerce international peut s'entendre de tout contrat ayant un élément d'internationalité. Le fait que le vendeur et l'acheteur ne soient pas domiciliés dans le même Etat, ou que la vente ait lieu dans un Etat différent de celui du domicile des parties, peut par exemple remplir le critère d'internationalité. Si les ventes aux enchères répondent parfois à cet état de fait, la qualification de contrat du commerce international ne peut leur être appliquée abstraitement et de manière absolue.
- 184 Les Principes Unidroit, bien que ne pouvant être appliqués de manière généralisée aux ventes aux enchères, peuvent constituer un instrument d'interprétation de notions telles que l'*agency*, utilisées dans un ordre juridique sans se référer à une institution existante dans ce dernier. Les Principes Unidroit sont le résultat d'un effort de comparaison et d'unification du droit des

³²⁴ ATF 133 III 675 c. 3.3 ; ATF 131 III 606 c. 4.1 ; ATF 129 III 118 c. 2.5 et les arrêts cités ; ATF 127 III 444 c. 1b.

³²⁵ Cf. *supra* N 73. ATF 133 III 675 c. 3.3 ; ATF 133 III 61 c. 2.2.1 ; ATF 130 III 417 c. 3.2 ; ATF 128 III 419 c. 2.2. ; TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221 c. 2.b. KOLLER, § 17 N 1 ; TERCIER, Obligations, N 196 ; ENGEL, Obligations, p. 376 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 168.

³²⁶ <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm> (31 janvier 2011).

contrats³²⁷. Ils synthétisent les différentes institutions juridiques existant dans les principaux Etats européens. A ce titre, ils ont l'avantage de permettre une comparaison terminologique, dans la mesure où ils sont rédigés en langues française et anglaise. Ils mettent en évidence des éléments utiles à l'interprétation de telles notions, même dans des situations intranationales.

- 185 L'article 2.2.1 PU, qui définit le terme de représentant en français³²⁸, est formulé en anglais comme suit :

« This Section governs the authority of a person ("the agent"), to affect the legal relations of another person ("the principal"), by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal. »

- 186 Cette formulation permet *a priori* de confirmer l'interprétation selon laquelle le terme *agent* se traduirait par *représentant*. Christie's déclarerait donc agir comme représentante du fournisseur. L'article 2.2.1 ne précise toutefois pas dans quel type de rapport de représentation se trouvent le représenté et le représentant, puisque le représentant peut agir aussi bien en son propre nom qu'au nom du représenté. Il faut donc encore vérifier si la représentation est directe ou indirecte. Les Principes Unidroit ne donnent pas de réponse claire à cette question, puisqu'ils ne font pas la distinction entre représentation directe et indirecte, mais entre représentation divulguée et non divulguée (*disclosed or undisclosed agency*)³²⁹, catégories qui n'existent pas en droit suisse. Les Principes du droit européen des contrats (PDEC)³³⁰, également rédigés en français ainsi qu'en anglais, distinguent, comme le droit suisse, la représentation directe de la représentation indirecte (art. 3 :102) tout en intégrant le concept de la représentation non divulguée (*unidentified agency* : art. 3 :203) qui a pour conséquence l'engagement du représentant. Il n'est pas possible de distinguer, au moyen d'une interprétation objective, un principe clair selon lequel un *agent* serait toujours représentant direct. La terminologie utilisée par Christie's ne permet pas de déterminer le type de représentation qu'elle entend mettre en œuvre.

- 187 Le Tribunal fédéral a tranché, à l'ATF 126 III 59, la question du type de représentation utilisé dans une affaire similaire à celle que nous traitons. Cet arrêt porte sur une transaction entre deux privés, mais accomplie par l'intermédiaire d'une galerie. L'une des parties au contrat achète à l'autre un vase de Gallé. Cet objet se révélant ultérieurement avoir été endommagé puis restauré de manière inadéquate, l'acheteuse intente une action contre la venderesse. Le

³²⁷ TERCIER, Obligations, N 67 ss.

³²⁸ Version française : « La présente Section régit le pouvoir d'une personne (le "représentant") de produire des effets dans la situation juridique d'une autre personne (le "représenté") relativement à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat avec un tiers. Le représentant agit en son propre nom ou au nom du représenté. »

³²⁹ DESSEMONTET, p. 34.

³³⁰ Aussi appelés Principes Lando.

Tribunal fédéral se demande qui, de la galerie ou de la personne qui a mis en vente l'objet, doit être désignée comme venderesse du vase. A cet effet, notre Haute Cour interprète le contrat selon le principe de la confiance.

- 188 Dans le cas d'espèce, la galerie a stipulé agir « d'ordre et pour le compte d'une cliente connue d'elle ». Le Tribunal fédéral met en lumière le fait que les termes utilisés ne permettent pas de faire la distinction entre représentation directe et indirecte, qui dépend principalement de la volonté du représentant d'intervenir en son propre nom ou au nom du représenté. N'étant pas parvenu à dégager la réelle volonté des parties, le Tribunal fédéral a finalement pris en considération le fait que :

« [...] la galerie d'arts [*sic*] en question ne s'est toutefois pas immiscée dans la transaction en négociant en son nom le contrat de vente précité. [...] [Elle] a donc prêté son concours à l'intimée pour passer la vente en cause, cela sans disposer d'aucune autonomie. Partant, il apparaît que la galerie d'arts [*sic*] n'a agi qu'en tant que représentante directe de la personne propriétaire du vase, laquelle doit assumer toutes les obligations du vendeur. »³³¹

- 189 Il apparaît à la lumière de cet extrait que l'importance du rôle du représentant dans la vente peut être prise en compte lorsqu'il n'est pas possible d'établir clairement selon la volonté des parties si la représentation est de type direct ou indirect. Le critère de l'autonomie ne nous semble toutefois pas déterminant dans l'interprétation de la déclaration de la maison de vente. La marge de manœuvre de la maison de vente relève en effet de ses relations internes avec le fournisseur et non du rapport externe avec l'acheteur. Le comportement et les déclarations de la maison de vente à l'acheteur peuvent être des indices importants. L'interprétation de la manifestation de volonté, expresse ou tacite, d'agir au nom du fournisseur se fait dans ce cas sous l'angle du principe de la confiance. Si l'acheteur peut raisonnablement déduire du comportement de la maison de vente ou des conditions générales qu'elle s'engage par le contrat de vente davantage comme venderesse que comme représentante, la représentation indirecte prévaut.

- 190 Contrairement à la galerie citée dans l'arrêt susmentionné, la maison de vente est en général considérablement impliquée dans la vente aux enchères. Au vu de ses nombreuses obligations énoncées plus haut³³², son activité ne se limite pas à celle de simple intermédiaire dans la vente. La fonction d'une maison de vente s'étend de l'expertise à la vente, en passant par l'exposition du bien et sa présentation en catalogue. Le fournisseur représenté quant à lui n'apparaît que très rarement tout au long de ce processus et n'est comme nous l'avons vu qu'exceptionnellement connu de l'acheteur. Un indice supplémentaire dans ce sens est le fait que les maisons de vente excluent généralement leur responsabilité pour inexécution du

³³¹ ATF 126 III 59 c. 1.c.

³³² Cf. *supra* N 79 ss.

contrat de vente³³³. L'acheteur peut légitimement considérer qu'un tel comportement de la maison de vente suppose qu'elle prend part au contrat de vente, sans quoi une clause limitative de responsabilité serait inutile.

- 191 Christie's, en annonçant agir comme *agent* du fournisseur, ne déclare pas expressément agir au nom d'autrui, ce qui laisse subsister un doute quant au caractère direct ou indirect de la représentation. *A priori*, l'interprétation des conditions générales selon le principe de la confiance tendrait plutôt à conclure à une représentation indirecte, par laquelle la maison de vente elle-même serait liée. Une représentation directe pourrait toutefois encore être déduite des circonstances ou d'une indifférence du tiers-acheteur quant à la personne de son cocontractant.

b. Manifestation tacite ou la représentation déduite des circonstances

- 192 La manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui peut être tacite et résulter notamment des circonstances (art. 32 al. 2 CO)³³⁴. Les maisons de vente aux enchères agissent dans un cadre particulier, réglementé de telle manière que l'on devrait pouvoir considérer qu'elles n'agissent jamais en leur propre nom et représentent toujours un fournisseur. Mais cette affirmation n'est pas justifiée en toutes circonstances³³⁵. Nous en voulons pour preuve certaines conditions générales qui prévoient que la maison de vente agit au nom d'autrui sauf si elle conclut expressément le contrat en son propre nom. A titre d'exemple, les conditions générales de Sotheby's³³⁶ prévoient en leur article 2 :

« Sotheby's vend en qualité de mandataire du vendeur, *sauf lorsqu'il est propriétaire de tout ou d'une partie du lot*. [...] Lorsque Sotheby's vend en qualité de mandataire, toute vente est conclue directement entre le vendeur et l'acheteur. » (Mise en évidence par l'auteur).

- 193 Il ressort clairement des conditions générales en question que, dans quelques rares situations, la maison de vente propose son propre bien à la vente. Les circonstances ne permettent donc pas d'affirmer que dans tous les cas la maison de vente conclut le contrat au nom du

³³³ Cf. *infra* N 689 ss. Les conditions de vente de Christie's prévoient par ailleurs : « *These Conditions of Sale and the Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice contain all the terms on which Christie's and the seller contract with the buyer. They may be amended by posted notices or oral announcements made during the sale. By bidding at auction you agree to be bound by these terms.* » (Mise en évidence par l'auteur). Ceci est un indice supplémentaire de l'engagement de la maison de vente.

³³⁴ BK-ZÄCH, CO 32 N 45 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 12.

³³⁵ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 408 ; WEBER-CAFLISCH, p. 75 ; RUOSS, Scheingebote, p. 63.

³³⁶ Cf. Annexe II.

fournisseur. Nous ne nous trouvons pas dans l'hypothèse, usuelle dans les affaires courantes³³⁷, où une personne agit toujours au nom d'autrui dans le cadre de son travail.

- 194 La représentation déduite des circonstances a été analysée par le Tribunal fédéral dans une décision de 1987³³⁸ au sujet d'un architecte concluant un contrat avec un entrepreneur. Le premier n'avait pas manifesté expressément au second sa volonté d'agir au nom d'autrui. Notre Haute Cour a considéré qu'il était indéniable dans le cas d'espèce que l'architecte n'agissait pas en tant qu'entrepreneur général mais représentait le maître de l'ouvrage de manière tacite, bien qu'un architecte n'agisse pas toujours en représentation directe du maître.
- 195 Ce cas est, dans une certaine mesure, analogue à celui de la vente aux enchères. La maison de vente n'agit pas toujours comme représentante. Cependant, l'acheteur sait qu'elle n'agit souvent pas pour elle-même mais pour un tiers. L'on pourrait donc déduire des circonstances au sens de l'article 32 alinéa 2 CO que la maison de vente agit comme représentante d'un fournisseur, sans qu'une manifestation expresse de volonté ne soit nécessaire. Cela suppose pourtant à notre sens une certaine connaissance du domaine par l'acheteur. L'entrepreneur dans l'arrêt précité est un homme du métier, expérimenté, dont on peut attendre une certaine compréhension de la situation. Les types d'enchérisseurs pouvant prendre part à une vente aux enchères étant extrêmement variés, nous ne pouvons pas en déduire que l'acheteur doit dans tous les cas comprendre que la maison de vente est représentante d'un fournisseur sans déclaration dans ce sens. Une manifestation expresse de la volonté de la maison de vente d'agir en tant que représentante semble donc nécessaire.
- 196 Dans le cas où la représentation peut être déduite des circonstances au sens de l'article 32 alinéa 2 CO, la manifestation tacite ne permet pas toujours de déterminer s'il s'agit d'une représentation directe ou indirecte³³⁹. La place que la maison de vente conserve entre le fournisseur et l'acheteur pourrait être considérée comme un indice en faveur d'une implication plus importante de sa part dans cette relation, ce qui pose la question de l'inadéquation d'une représentation directe. C'est uniquement dans le cas d'une représentation indirecte que le représentant, à savoir la maison de vente, est engagé par le contrat qu'il

³³⁷ Par exemple un serveur de restaurant, qui agit dans le cadre de son travail, conclut des contrats avec les clients au nom du gérant du restaurant, même s'il ne l'énonce pas expressément. Cela résulte des circonstances et des usages courants. SCHWENZER, N 41.03.

³³⁸ TF, 6 juillet 1987, SJ 1988 26.

³³⁹ KOLLER, § 17 N 2. *Contra* : ROUILLER, p. 307, selon lequel « il n'est pas nécessaire d'employer la formule « au nom de » pour que l'intention d'agir au nom d'autrui soit clairement exprimée. [...] Même l'usage de l'expression « agir pour le compte de » devrait y suffire. Cf. également ENGEL, Obligations, p. 376. TF, 7 septembre 2009, 4A.59/2009 c. 4.1 ; ATF 126 III 59 c. 1.b ; TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221 c. 2.b ; TF, 26 mars 1996, SJ 1996 554 c. 5.c.

conclut pour le compte du représenté. Certaines clauses de conditions générales vont dans ce sens. Les conditions générales de la Galerie Koller³⁴⁰ par exemple disposent en leur article 5 :

« La maison de vente aux enchères se déclare librement disposée à annuler l'adjudication et à rembourser le prix de cette dernière, le prix majoré et la TVA si un objet vendu devait s'avérer [...] être le résultat d'un faux intentionnel moderne. »

- 197 Seule une partie au contrat a la possibilité d'annuler la vente. Si la maison de vente est représentante directe du fournisseur, les droits et obligations résultant de la vente aux enchères prennent effet directement dans la sphère juridique du représenté. Elle n'est alors pas partie au contrat et ne peut de ce fait en déduire des droits. Une cession du droit formateur d'invalidation ne paraît pas envisageable. La nature personnelle de l'annulation pour vice du consentement rend ce droit incessible³⁴¹. La maison de vente n'étant pas liée par le contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur, elle n'a aucunement le droit d'invalider le contrat. Tout au plus une représentation pour l'exercice du droit formateur serait-elle possible³⁴². Le fait que la maison se déclare, auprès de l'acheteur, titulaire du droit d'invalider le contrat va dans le sens d'une interprétation selon laquelle la maison de vente est partie au contrat avec l'acheteur et donc dans le sens d'une représentation indirecte.
- 198 Le fait que le texte clair du contrat suggère une interprétation précise ne dispense pas de recourir aux méthodes d'interprétation usuelles, fondées sur les volontés réelles des parties ou, à défaut, sur le principe de la confiance³⁴³. Bien que le Tribunal fédéral ait longtemps affirmé que le texte clair d'un contrat se suffit à lui-même³⁴⁴, la jurisprudence plus récente³⁴⁵ et la doctrine moderne³⁴⁶ reviennent sur le caractère absolu de ce principe. L'article 18 alinéa 1 CO ne permet pas de se contenter d'une interprétation littérale si les circonstances, telles que le but poursuivi par les parties ou les autres clauses du même contrat, suggèrent une interprétation différente. Le texte clair d'une clause contractuelle ne peut être appliqué sans réserve que lorsqu'il correspond sans ambiguïté aux volontés réelles des parties.

³⁴⁰ Cf. Annexe IV. Cf. aussi la version originale, en allemand :

« *Das Auktionshaus erklärt sich aus freien Stücken bereit, den Zuschlag zu annullieren und Zuschlagpreis, Aufgeld und MWST zurückzuerstatten, falls sich ein Kaufobjekt [...] als neuzeitliche absichtliche Fälschung herausstellen sollte.* »

³⁴¹ BK-SCHMIDLIN, CO 31 N 76. ATF 84 II 355 c. 3, JdT 1959 I 198.

³⁴² Cf. *infra* N 736.

³⁴³ Cf. *supra* N 72 s.

³⁴⁴ ATF 111 II 284 c. 2, SJ 1986 183 ; ATF 101 II 329 c. 2 ; ATF 99 II 282 c. 1, SJ 1974 385. Cf. à ce sujet CHAPPUIS, *Interprétation*, p. 156.

³⁴⁵ ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 ; TF, 17 septembre 2002, SJ 2003 I 315 c. 3.1 ; ATF 127 III 44 c. 1.b ; ATF 125 III 305 ; TF, 9 juillet 1998, 4C.436/1997 c. 2.

³⁴⁶ CHAPPUIS, *Interprétation*, p. 157 ; GAUCH, *Auslegung*, p. 215 s.

- 199 En l'espèce, les divers éléments mis en exergue ci-dessus permettent une interprétation des clauses contractuelles de Sotheby's et de Koller, entre autres, opposée à leur texte clair. Le fait que Sotheby's déclare que « toute vente est conclue directement entre le vendeur et l'acheteur »³⁴⁷, par exemple, n'est pas suffisant pour affirmer que le contrat est conclu en représentation directe du fournisseur. La position de la maison de vente, qu'elle conserve après la vente en prétendant pouvoir annuler elle-même le contrat, ainsi que les clauses visant à restreindre la responsabilité de la maison de vente vis-à-vis de l'acheteur alors même qu'elle ne se considère pas liée par le contrat de vente, sont des éléments corroborant l'idée que les parties ne conviennent pas d'une représentation directe. Rappelons en outre que l'expérience des parties ainsi que leur comportement lors de la conclusion du contrat sont utiles à l'interprétation des clauses contractuelles³⁴⁸. L'acheteur étant souvent moins expérimenté que la maison de vente, une clarté accrue dans la rédaction des conditions de vente peut être exigée de cette dernière. Or les conséquences de ces clauses contractuelles sont peu mises en évidence, que ce soit en raison de l'absence de titres ou du manque de lisibilité des caractères utilisés. A cela s'ajoutent leurs composantes plutôt paradoxales, comme souligné ci-dessus.
- 200 Un autre exemple d'ambiguïté du contrat quant à la personne du vendeur existe dans les conditions de vente de Christie's³⁴⁹, qui prévoient dans leur préambule :

« These Conditions of Sale and the Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice contain all the terms on which Christie's and the seller contract with the buyer. They may be amended by posted notices or oral announcements made during the sale. By bidding at auction you agree to be bound by these terms. » (Mise en évidence par l'auteur).

- 201 Ces diverses circonstances tendent à indiquer que le texte clair du contrat ne correspond pas à la volonté des parties et que la maison de vente devrait être considérée comme engagée contractuellement vis-à-vis de l'acheteur. C'est également à cette conclusion qu'aboutirait une interprétation selon le principe de la confiance, si les volontés réelles devaient ne pas pouvoir être dégagées. Quoi qu'il en soit, et comme nous l'expliquerons plus loin³⁵⁰, le fait de ne pas permettre à l'acheteur de connaître l'identité de son fournisseur est contraire au droit impératif et le contrat doit par conséquent être interprété comme liant la maison de vente à l'acheteur.

³⁴⁷ Article 2 des conditions générales de Sotheby's (cf. Annexe II).

³⁴⁸ Cf. supra N 74 s.

³⁴⁹ Cf. Annexe I.

³⁵⁰ Cf. *infra* N 228.

c. Indifférence du tiers

- 202 Bien qu'il n'en ait pas manifesté la volonté, le représentant peut toujours être considéré comme agissant au nom d'autrui s'il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté (article 32 alinéa 2 *in fine* CO). La doctrine³⁵¹ interprète cette disposition de manière restrictive, en considérant que l'indifférence du tiers ne vaut que pour les affaires courantes. Permettre de manière extensive à un représentant de conclure un contrat sans déclarer agir au nom d'autrui serait incohérent au regard du système légal de la représentation. Cela viderait de son sens l'article 32 alinéa 1 CO, qui prévoit qu'une manifestation de la volonté d'être représentant est nécessaire pour engager le représenté. Le tiers doit avoir la possibilité de connaître son cocontractant afin de pouvoir exercer sa liberté de choix³⁵².
- 203 Ce principe peut souffrir certaines exceptions, notamment dans le cadre d'affaires courantes. Au vu des sommes parfois importantes en jeu et des spécificités de leur procédure, les ventes aux enchères n'entrent pas dans la catégorie des affaires courantes. L'achat d'une œuvre d'art, quelle qu'elle soit, n'est pas une transaction commune, d'autant plus lorsqu'elle prend place dans les conditions particulières d'une vente aux enchères. L'indifférence du tiers, dans sa conception doctrinale, ne peut pas leur être appliquée. Les dérogations à la condition de la manifestation de volonté du représentant ne doivent pas être importantes au point de faire perdre toute utilité à la règle. Pour ces raisons, le présent raisonnement emporte notre préférence sur celui qu'adopte la jurisprudence.
- 204 Le Tribunal fédéral, en effet, considère que la personne du cocontractant est indifférente au tiers lorsque ce dernier serait prêt à conclure avec le représenté comme avec le représentant³⁵³. La règle jurisprudentielle prévoit qu'il est important de déterminer si l'indifférence quant au cocontractant s'applique uniquement à la personne du représenté ou à tout cocontractant éventuel, quel qu'il soit³⁵⁴. Sachant qu'il est nécessaire, pour que la représentation soit valable, que le représentant ait la volonté d'agir pour autrui, le Tribunal fédéral relève que la personne du représenté est en principe déjà déterminée au moment de la conclusion du contrat. L'indifférence du tiers doit donc être traitée relativement à cette seule personne et non pas par rapport à tout cocontractant potentiel.

³⁵¹ GUGGENHEIM, p. 198 ; VON TUHR/PETER, p. 388 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 622 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 97. Cf. également DROIN, Indifférence du tiers, p. 458 ss et 461, qui voit en cette disposition la règle régissant la situation dans laquelle la personne du représenté est indifférente au tiers, mais qu'il ne lui est pas forcément indifférent de conclure avec le représentant ou le représenté. Cf. cependant CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 13, qui semble admettre une application moins restrictive de l'indifférence du tiers.

³⁵² GUGGENHEIM, p. 198.

³⁵³ ATF 117 II 387 c. 2.c et d, SJ 1992 320.

³⁵⁴ ATF 117 II 387 c. 2.c, SJ 1992 320.

- 205 Il suffirait, pour que l'on retienne l'indifférence du tiers-acheteur, que celui-ci soit prêt à conclure avec le fournisseur, même s'il ne connaît pas encore son identité au moment de la conclusion du contrat. Il n'est pas nécessaire que la personne du représenté soit absolument et de manière générale indifférente à l'acheteur, de manière à ce qu'il ne lui importe pas de conclure un contrat avec la maison de vente ou avec le fournisseur.
- 206 Or, dans le cadre de la vente d'objets d'art, il est possible que la personne du fournisseur ait de l'importance. Les problèmes d'authenticité peuvent entraîner des conséquences postérieures à l'exécution de la vente et donc des prétentions à l'égard du cocontractant. La maison de vente, lorsqu'elle est renommée sur le marché de l'art, constitue un partenaire contractuel de choix pour l'acheteur et est de ce fait un gage de provenance de l'objet. Les garanties, éventuellement implicites³⁵⁵, que cela suppose, peuvent être significatives pour l'acheteur. De plus, la confidentialité est primordiale dans les ventes aux enchères, raison pour laquelle les maisons de vente ne dévoilent pas l'identité du fournisseur. Il n'est de ce fait pas indifférent à l'acheteur de conclure avec une maison de vente connue de lui ou un fournisseur dont l'identité ne lui sera jamais révélée.
- 207 On ne peut conclure de manière abstraite et générale à l'indifférence du tiers-acheteur. De cas en cas, la réalisation de la dernière hypothèse de l'article 32 alinéa 2 CO peut être donnée. Il appartient au juge de décider dans une situation particulière que la maison de vente représente valablement un fournisseur sans manifestation de volonté expresse ou tacite. Remarquons cependant que l'indifférence quant à la personne du cocontractant ne signifie pas que le tiers n'a pas le droit de connaître celui-ci. Si une telle représentation est admise, cela ne légitime pas automatiquement le droit de la maison de vente de ne pas révéler l'identité du fournisseur.

d. Conclusion

- 208 La solution la plus simple et la plus couramment adoptée par la maison de vente pour manifester sa volonté de représenter directement le fournisseur consiste en une déclaration expresse dans ce sens. A défaut, une manifestation tacite de volonté est généralement admise, les maisons de vente agissant presque exclusivement en tant que représentantes directes. Dans les deux cas, la manifestation de volonté doit être suffisamment claire pour ne pas laisser subsister de doute quant au caractère direct ou indirect de la représentation. Le comportement de la maison de vente ainsi que la terminologie utilisée contractuellement sont à cet effet déterminants et peuvent être interprétés par un acheteur comme des indices de représentation indirecte.

³⁵⁵ Cf. *infra* N 704.

209 Si aucune de ces deux situations ne se réalise, l'indifférence du tiers-acheteur quant à son cocontractant (fournisseur ou maison de vente) permet dans certains cas d'admettre une représentation du fournisseur par la maison de vente. Ces cas sont extrêmement limités et ne sont possibles que si l'approche jurisprudentielle de l'article 32 alinéa 2 *in fine* CO est suivie. En revanche, la solution doctrinale, qui a notre préférence, n'admet pas une représentation directe résultant de l'indifférence du tiers dans le cas d'espèce. La vente aux enchères d'objets d'art n'est pas un cas d'affaires courantes et ne peut constituer une représentation directe du simple fait de l'indifférence du tiers. Il faut donc une manifestation expresse ou tacite de la volonté d'agir au nom d'autrui pour que le tiers soit directement engagé envers le vendeur.

3. Révélation de l'identité du fournisseur

210 Dans toutes les hypothèses, que la maison de vente manifeste expressément sa volonté de représenter le fournisseur, que la représentation soit déduite des circonstances ou que le cocontractant du tiers-acheteur lui soit indifférent, la maison de vente ne révèle en principe pas l'identité du fournisseur-représenté. Se pose la question de savoir si une représentation directe est alors possible, ce qui signifierait que l'acheteur ne connaîtrait pas l'identité de son cocontractant. Si l'acheteur voulait agir contre le vendeur, il ne saurait à qui s'adresser, la maison de vente, en tant que représentante, n'étant pas venderesse, et le fournisseur lui étant inconnu. Il nous faut déterminer quels sont les éléments nécessaires à la réalisation d'une des situations de l'article 32 alinéa 2 CO, notamment si l'octroi des pouvoirs et la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui sont des conditions suffisantes ou si la maison de vente doit également communiquer l'identité du représenté pour que les effets de la représentation se produisent.

211 La plupart du temps, le contrat est muet à ce sujet, puisqu'il ne donne aucune information sur la volonté de la maison de vente de transmettre à l'acheteur le nom du fournisseur. Les conditions générales prévoient parfois même le fait que l'acheteur n'a aucun droit à obtenir l'identité du fournisseur³⁵⁶. Comme souligné plus haut³⁵⁷, il est extrêmement difficile de déterminer, en application du principe de la confiance³⁵⁸, quel est le cocontractant de l'acheteur. Les circonstances et les clauses contractuelles sont souvent contradictoires. Le paradoxe n'est généralement pas non plus levé par la recherche des communes et réelles

³⁵⁶ Les conditions de vente de Fischer disposent, en leur article 14, que « *[d]ie Objekte werden im Namen und für Rechnung Dritter verkauft. Der Käufer bzw. Ersteigerer hat keinen Anspruch auf Bekanntgabe des Verkäufers bzw. Einlieferers und der Einliefererkommission. [...]* ». La version allemande fait foi. A titre indicatif, la clause en français est formulée comme suit : « [I]es objets sont vendus au nom et pour le compte de tiers. L'acheteur resp. l'adjudicataire n'a aucun droit quant à la notification du vendeur resp. du déposant et de sa commission de déposant. [...] ». Cf. Annexe III.

³⁵⁷ Cf. *supra* N 201.

intentions de parties, puisque ces dernières n'ont que de très brefs contacts, insuffisants pour dégager une tendance dans leurs échanges. L'interprétation du contrat ne menant à aucune solution lorsque la maison de vente déclare agir en tant que représentante directe, la convention des parties souffre d'une lacune qu'il appartient au tribunal de combler. Pour ce faire, le droit dispositif peut apporter une solution (a). Si ce n'est pas le cas, le juge se fondera sur la volonté hypothétique des parties pour parvenir à un comblement de la lacune spécifique au contrat (b) ou, en présence d'un élément généralisable, comblera la lacune du droit en vertu du pouvoir qui lui est réservé (art. 1 al. 2 CC) (c).

a. Droit dispositif

- 212 Lors de ventes aux enchères, la maison de vente ne divulgue le nom du fournisseur que dans quelques rares situations³⁵⁹. Par exemple, lorsque la maison de vente propose aux enchères un ensemble de biens appartenant à un collectionneur renommé, il est dans son intérêt et dans celui du fournisseur de faire connaître le propriétaire des objets³⁶⁰. Une telle opération peut servir à des fins publicitaires et augmenter le nombre et le montant des enchères. Mais de manière générale la maison de vente ne révèle pas l'identité du fournisseur de l'objet d'art au moment de la conclusion du contrat de vente, tant la confidentialité dans ce type d'affaires est primordiale. L'acte est alors « entrepris au nom de qui il appartiendra » ou « au nom de celui que cela concerne »³⁶¹. Ces dénominations visent à la fois les cas dans lesquels le représenté, connu du représentant, ne souhaite pas être en relation avec le tiers, et ceux dans lesquels le représenté est encore indéterminé, que ce soit du point de vue du représentant ou du tiers.
- 213 Nous examinerons dans un premier temps l'admissibilité, en droit suisse et de manière théorique, de l'acte accompli « au nom de celui que cela concerne » (i), puis son application au cas de la vente aux enchères (ii). Dans ce cadre, nous traiterons ensuite des conséquences de l'absence d'identification du représenté par le représentant dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat (iii). Nous analyserons par ailleurs brièvement deux aspects particuliers qui bénéficient d'un traitement spécifique en droit suisse, à savoir la question de l'absence de révélation de l'identité du représenté dans une perspective de droit fiscal (iv), ainsi que celle de l'identification de l'ayant droit économique (v), avant de conclure (vi).

³⁵⁸ Cf. *supra* N 71 ss pour un exposé des modalités d'interprétation des contrats.

³⁵⁹ RUOSS, *Scheingebote*, p. 19 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 350 s.

³⁶⁰ Par exemple, la vente du 13 juin 2006 par Christie's Londres de la collection de bijoux de SAR La Princesse Margaret, Comtesse de Snowdon.

³⁶¹ Cette dernière expression ayant notre préférence pour le cas qui nous occupe. En allemand : *Handeln für wen es angeht* et en italien : *agire in nome di chi spetta*.

i. *Admissibilité de l'acte « au nom de celui que cela concerne »*

- 214 L'acte « au nom de celui que cela concerne » est admis en droit suisse³⁶², bien que n'étant pas reconnu expressément par une disposition légale. Dans une décision de 1987³⁶³ au sujet d'un architecte concluant un contrat avec un entrepreneur pour le compte d'un représenté inconnu, le Tribunal fédéral examine la possibilité de représenter autrui alors même que le tiers-contractant ne connaît pas l'identité du représenté³⁶⁴. Le contrat conclu est un « acte pour le compte de qui il appartiendra » bien que la manifestation de volonté d'agir au nom d'autrui ne soit que tacite. Il convient de définir les conditions de validité de ce système de représentation qui n'est pas codifié.
- 215 La doctrine³⁶⁵ soutient qu'il n'est pas nécessaire que le représentant ait fait connaître au tiers la personne au nom de laquelle il agit. Le tiers est en principe lié au représenté qui lui est inconnu. Comme le précisent VON TUHR/PETER³⁶⁶ :

*« Wenn der Dritte mit einem Angestellten kontrahiert, ohne sich darum zu kümmern, in wessen Diensten der Angestellte tätig ist, so hat er den Vertrag mit dem ihm unbekannten Geschäftsherrn geschlossen. »*³⁶⁷

Ces auteurs expriment l'idée que le fait de ne pas se préoccuper de la personne de son cocontractant est un indice en faveur d'une indifférence du tiers à ce sujet. Le raisonnement rejoindrait celui fait sur la base de l'article 32 alinéa 2 CO selon lequel cette indifférence permet aux effets de la représentation directe de se déployer même si le représentant n'a pas expressément agi au nom d'autrui.

- 216 Or les ventes aux enchères ne constituent pas un cas où le tiers contractant, à savoir l'acquéreur, ne se soucie pas de savoir qui est son cocontractant. Au contraire, c'est le représenté qui ne désire pas que son identité soit dévoilée par le représentant, et non le tiers qui ne cherche pas à connaître le fournisseur. Connaissant la pratique ou informé par les

³⁶² TF, 6 juillet 1987, SJ 1988 26 c. 2 ; ATF 84 II 13 c. 3 ; TF, 19 septembre 1962, SJ 1964 17 c. 2.b ; CJ Ge, 9 février 1954, SJ 1955 197 ; ATF 60 II 492 c. 3, JdT 1935 I 397. VON TUHR/PETER, p. 387 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1332 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 58-64 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 32 N 9 s. ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 15 ; ROUILLER, p. 310. Cf. également SCHWENZER, N 41.05, qui ne fait qu'évoquer l'acte pour le compte de qui il appartiendra dans les développements relatifs à l'indifférence du tiers et ne semble pas distinguer les deux notions.

³⁶³ TF, 6 juillet 1987, SJ 1988 26 c. 2.a.

³⁶⁴ Cf. *supra* N 194.

³⁶⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1332 ; ENGEL, Obligations, p. 379 s. ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 15 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 32 ss.

³⁶⁶ VON TUHR/PETER, p. 387.

³⁶⁷ Traduction libre : Lorsque le tiers conclut un contrat avec un employé sans se préoccuper de savoir au service de qui celui-ci agit, il s'oblige envers l'employeur qui lui est inconnu.

conditions générales³⁶⁸, le tiers-acheteur sait pertinemment qu'une éventuelle requête de sa part pour connaître le nom du fournisseur ne trouverait pas de réponse favorable. Il serait donc abusif de la part de la maison de vente de lui opposer son indifférence quant à la personne du vendeur.

- 217 En outre, l'indifférence du tiers ne signifie pas que ce dernier ne peut savoir qui est son cocontractant. Le fait que la personne du vendeur ne soit pas primordiale pour l'acheteur au sens de l'article 32 alinéa 2 CO ne suppose certainement pas qu'il ne désire pas connaître l'identité de son cocontractant et avoir la possibilité de faire valoir ses droits à l'encontre de celui-ci.
- 218 Cela est confirmé par l'argumentation, développée par VON TUHR/PETER³⁶⁹, admettant la validité de la conclusion d'un contrat au nom de celui que cela concerne, tout en supposant que l'identité du représenté sera dévoilée ou déterminée par la suite. La doctrine unanime³⁷⁰ considère que le représenté ne doit pas nécessairement être connu du tiers *dès le début* de la transaction, mais que l'absence de révélation de l'identité du vendeur ne peut être que provisoire. Le représentant doit indiquer ultérieurement le nom du représenté pour compléter sa déclaration³⁷¹. A titre comparatif, le droit italien notamment régit la représentation pour le compte de qui il appartiendra³⁷². L'article 1402 CCit³⁷³ impose la désignation du représenté dans un délai de trois jours dès la conclusion du contrat, sauf convention contraire.
- 219 De même, selon le Tribunal fédéral, il est nécessaire, à la conclusion de l'acte pour le compte de qui il appartiendra, que la manifestation ou l'intention du représentant d'agir au nom d'autrui soit claire, que la personne du représenté soit déterminée ou déterminable et que

³⁶⁸ Cf. *supra* n. 359.

³⁶⁹ VON TUHR/PETER, p. 387 : « *Die Person, in deren Namen kontrahiert wird, braucht dem Vertreter und dem Dritten nicht von Anfang an bekannt zu sein* ». (Mise en évidence par l'auteur).

³⁷⁰ ENGEL, Obligations, p. 379 s. ; GUGGENHEIM, p. 197 ; ROUILLER, p. 314. Cf. également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1332, qui ne traitent pas directement du délai d'information mais admettent une application analogique de la ratification de l'article 38 CO, qui doit se faire dans un délai raisonnable ; BK-ZÄCH, CO 32 N 60, qui considère toutefois que les parties peuvent prévoir que le représenté ne sera jamais identifié, auquel cas le représentant doit rester un intermédiaire dans la relation aussi longtemps que l'exercice de droits et obligations est possible (BK-ZÄCH, CO 32 N 56 s.). Cette solution ne nous convainc pas dans la mesure où le tiers-contractant ne peut pas faire valoir de droits en justice puisqu'il ne connaît pas l'identité de son cocontractant.

³⁷¹ TERCIER, Obligations, N 400 ; SCHWAGER, p. 21 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 15.

³⁷² Articles 1401 ss CCit : « *contratto per persona da nominare* ».

³⁷³ « *La dichiarazione di nomina deve essere comunicata all'altra parte nel termine di tre giorni dalla stipulazione del contratto, se le parti non hanno stabilito un termine diverso* ».

l'incertitude quant à son identité ne soit que provisoire³⁷⁴. Notre Haute Cour précise en outre qu' « à supposer que le représenté soit indéterminable, ou n'ait pas été déterminé, le représentant qui a clairement manifesté sa volonté d'agir pour autrui n'est du reste nullement considéré comme cocontractant [...] »³⁷⁵. L'identité des parties est un élément objectivement essentiel du contrat, quel qu'il soit³⁷⁶. Sans accord sur les éléments objectivement essentiels du contrat, celui-ci n'est pas conclu (art. 2 al. 1 CO). Certains éléments objectivement essentiels du contrat n'étant pas fixés ou déterminables, le contrat n'est pas parfait. Un vice dans la détermination du représenté entraîne l'invalidité de l'acte pour qui il appartiendra pour la simple raison que le cocontractant n'existe pas.

220 En revanche, le représentant doit répondre du dommage causé par la représentation sans pouvoirs au sens de l'article 39 CO³⁷⁷. Cette disposition n'est applicable que dans la mesure où le contrat n'est pas conclu puisqu'elle n'est qu'un cas d'application de la *culpa in contrahendo*³⁷⁸. Cette solution est préconisée par la doctrine traitant de l'acte pour le compte de qui il appartiendra dans la situation où le représenté n'est jamais connu. L'application de l'article 39 CO découle du fait que le cocontractant du tiers reste indéterminé.

ii. *Application de la théorie de l'acte « pour le compte de celui que cela concerne » à la vente aux enchères*

221 Cette situation ne correspond cependant pas à celle d'une vente aux enchères, dans laquelle la maison de vente traite avec un fournisseur déterminé. Elle est représentante d'une personne qui lui est connue ; il ne s'agit donc pas d'un représenté indéterminable ou qui n'a pas encore été déterminé. L'incertitude n'existe que du point de vue de l'acheteur, à qui personne ne dévoile l'identité du fournisseur, et ce de manière volontaire, puisque le représenté est connu. La maison de vente agit avec pouvoirs et pour le compte du représenté, malgré la non-révélation de l'identité de ce dernier.

222 La notion d'« acte pour le compte de qui il appartiendra » recouvre deux hypothèses. La première correspond au cas dans lequel le représenté n'est pas encore déterminé au moment de la conclusion du contrat. S'il est désigné par la suite et n'était donc que provisoirement indéterminé, le contrat est parfaitement valable. En revanche, s'il s'avère qu'il n'existe pas de cocontractant, la représentation est faite sans pouvoirs. Il se justifie donc de considérer que le

³⁷⁴ TF, 6 juillet 1987, SJ 1988 26 ; TF, 19 septembre 1962, SJ 1964 17 c. 3 ; TF, 10 février 1959, SJ 1960 161 ; ATF 60 II 492 c. 2, JdT 1935 397. VON TUHR/PETER, p. 387, N 9 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 32 N 9 ; ENGEL, Obligations, p. 379 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1332.

³⁷⁵ TF, 6 juillet 1987, SJ 1988 26 c. 2.a.

³⁷⁶ TF, 12 mars 2002, 4C.356/2001 c. 2.a.aa ; ATF 111 II 143 c. 4, SJ 1986 30.

³⁷⁷ VON TUHR/PETER, p. 405 ; ENGEL, Obligations, p. 187 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 60.

contrat n'est pas conclu et que le pseudo-représentant est responsable à l'égard du tiers sur la base de l'article 39 CO. A notre sens, la désignation d'acte « pour le compte de qui il appartiendra » est la plus adaptée à cette situation, puisqu'elle suggère l'idée que le représenté sera déterminé ultérieurement.

- 223 La seconde hypothèse est celle dans laquelle le représenté est déjà déterminé à la conclusion du contrat et est connu du représentant mais non du tiers. La représentation a alors lieu avec pouvoirs, le représenté étant déterminé. Le problème se situe uniquement au niveau de la connaissance par le tiers de l'identité du représenté et non au niveau de la détermination de celui-ci. Le cocontractant existe mais restera inconnu. Les termes d'acte « au nom de celui que cela concerne » nous semblent correspondre à cette situation, le représenté concerné étant déjà déterminé mais non dévoilé au tiers-contractant.
- 224 Dans la mesure où il existe un représenté déterminé, le contrat est conclu au sens des articles 1 et 2 CO, contrairement à la solution obtenue dans la première hypothèse. Nous ne pouvons pas considérer qu'il y a représentation sans pouvoirs au sens de l'article 39 CO. Les pouvoirs de représentation étant réels, l'article 39 CO n'est pas applicable. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé, dans un arrêt de 1934³⁷⁹, que l'article 32 alinéa 2 CO s'applique lorsque le représenté est objectivement déterminé mais n'est provisoirement pas connu du cocontractant. Les conséquences de l'absence de communication de l'identité du représenté ne sont cependant pas clairement établies³⁸⁰. Le traitement doit en être différent de celui prévu par la première hypothèse. Se pose la question des conséquences d'un tel acte pour le compte d'un représenté inconnu, mais déjà déterminé.

iii. Absence d'identification du représenté dans un délai raisonnable

- 225 Le problème, en matière de vente aux enchères, est que l'absence d'identification du représentant n'est souvent pas provisoire. La maison de vente ne dévoile en principe pas l'identité du fournisseur à l'acheteur subséquemment à la vente³⁸¹. Les conséquences en ce qui concerne la conclusion du contrat de vente sont peu claires et ne sont pas traitées par le Tribunal fédéral. Il y a une déficience non pas au niveau de la détermination des parties mais de la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui. Pour être parfaite, la manifestation

³⁷⁸ BK-ZÄCH, CO 39 N 31. ATF 104 II 94.

³⁷⁹ ATF 60 II 492 c. 3, JdT 1935 I 397.

³⁸⁰ Le Tribunal fédéral évoque, selon les circonstances, une contrariété aux moeurs au sens de l'article 20 CO sans toutefois préciser de quelles circonstances il s'agit et sans distinguer l'hypothèse du représenté objectivement indéterminé de celle du représenté uniquement subjectivement inconnu (ATF 60 II 492 c. 3, JdT 1935 I 397).

³⁸¹ Cf. par exemple les conditions générales de Fischer, *supra* n. 356.

de volonté doit permettre de déterminer l'identité du représenté. Elle peut être complétée ultérieurement si toutes les informations quant au cocontractant n'ont pas été données immédiatement.

- 226 S'il est admis qu'une courte période d'indétermination ne devrait pas empêcher les effets de la représentation de se produire, une période plus longue ou indéterminée ne devrait pas permettre la naissance des droits et obligations directement en la personne du représenté³⁸². Subsiste la question de savoir jusqu'où s'étend le délai pour informer le tiers-contractant de l'identité du représenté. ROUILLER considère que l'indétermination peut subsister jusqu'à ce que « le tiers demande au représentant de lui révéler l'identité du représenté »³⁸³. Cette solution nous semble adéquate en ce qu'elle permet à l'acheteur d'exercer ses droits contre le vendeur si une inexécution survient. Il est important de souligner que le tiers n'a pas la possibilité de forcer le représentant à lui communiquer l'identité du représenté³⁸⁴. ZÄCH³⁸⁵ évoque la solution selon laquelle les parties au contrat pourraient ne pas se connaître, le représentant restant intermédiaire dans l'exécution. Cette opinion ne convainc pas dans la mesure où une potentielle action en justice contre le représenté ne pourrait être intentée contre le représentant direct, quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs, puisqu'il n'est pas partie au contrat de vente³⁸⁶.
- 227 Les problèmes relatifs à l'exécution de la vente ne s'épuisent en effet pas forcément au moment de la conclusion du contrat. Des actions en garantie ou des déclarations d'invalidation peuvent intervenir plus tard, de même que des difficultés de paiement. Si par exemple le bien acheté est défectueux, l'acheteur doit en aviser le vendeur sans délai (art. 201 al. 1 CO). S'il ne sait pas qui est le vendeur, son avis ne peut pas être valablement notifié, ce qui empêche l'exercice de ses droits. Dans ces cas-là, il est primordial que l'acheteur connaisse l'identité du fournisseur pour pouvoir s'adresser à la bonne personne. Il ne nous semble pas opportun de considérer que la maison de vente reste impliquée en tant que représentante dans la relation entre le fournisseur et l'acheteur. Ce n'est par ailleurs certainement pas son intention.
- 228 En nous fondant sur la *ratio legis* des articles 32 ss CO, nous considérons que le fait d'informer le cocontractant de l'identité du représenté est une condition nécessaire de la représentation directe. Un tel devoir du représentant est à notre sens de droit impératif. Cela

³⁸² FAVRE, p. 45.

³⁸³ ROUILLER, p. 316.

³⁸⁴ BK-ZÄCH, CO 32 N 60. En droit anglais en revanche, lorsque l'identité du représenté n'est pas connue du tiers, celui-ci a le droit d'intenter une action visant à obtenir le nom de son cocontractant, appelée *action for discovery* : HARVEY/MASEL, N 5.125.

³⁸⁵ BK-ZÄCH, CO 32 N 56 s.

³⁸⁶ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 20 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 148 et 152.

ressort des principes généraux de droit des obligations et de l'exigence de sécurité juridique attachée à la conclusion d'un contrat. Il est inadmissible de considérer que l'une des parties au contrat ignore l'identité de son cocontractant. On ne peut déroger à ce principe sous peine de rendre la représentation directe dépourvue d'effets. Cette conséquence doit intervenir de plein droit, indépendamment des clauses contractuelles particulières prévoyant par exemple le fait que la maison de vente n'agit que comme représentante et conclut le contrat directement pour le compte du fournisseur³⁸⁷. De telles clauses doivent être considérées comme contraires au droit impératif lorsqu'elles font partie d'un ensemble contractuel refusant à l'acheteur la révélation de l'identité du fournisseur, prétendu vendeur.

iv. Le traitement de la problématique en droit fiscal

229 Il nous semble à ce stade important de relever que certains domaines du droit, traitant également de la représentation, interprètent la notion de représentation directe d'une manière qui pourrait entrer en conflit avec la nôtre. Le droit suisse en matière de TVA en est un exemple. L'article 11 LTVA³⁸⁸ dispose en son alinéa 4 :

« En cas de livraison de biens effectuée dans le cadre d'une vente aux enchères d'objets d'art et d'antiquités, la preuve qu'il s'agit d'une simple prestation d'intermédiaire³⁸⁹ est réputée fournie si le commissaire-priseur :

- a. reçoit, avant le début de la vente aux enchères, un mandat écrit requérant la vente des biens en question au nom et pour le compte d'un tiers ;
- b. informe les intéressés par écrit que les biens en question sont mis aux enchères au nom et pour le compte d'un tiers. »

230 Cette disposition permet aux maisons de vente qui ne révèlent pas l'identité du fournisseur d'être tout de même considérées au regard du droit fiscal comme représentantes directes de ce dernier³⁹⁰, en dérogation au principe général découlant de l'article 11 alinéa 1 LTVA :

« Quiconque effectue une livraison de biens ou fournit une prestation de services expressément au nom et pour le compte du représenté, de sorte que l'opération se réalise directement entre le représenté et le tiers, est considéré, dans le cadre de cette opération, comme un simple intermédiaire. »

³⁸⁷ Par exemple, l'article 2 des conditions générales de Sotheby's (cf. Annexe II) et l'article 1 des conditions de vente de Koller (cf. Annexe III).

³⁸⁸ Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20).

³⁸⁹ La LTVA considère comme « intermédiaires » les représentants directs, cf. article 11 alinéa 1 LTVA.

³⁹⁰ En principe, la jurisprudence en matière de TVA requiert du représentant l'indication du nom des personnes représentées pour s'exonérer de l'obligation de payer la TVA : TF, 13 janvier 2003, RDAF 2004 II 146.

- 231 Cette exception a été mise en place par le législateur afin d'éviter aux maisons de vente l'obligation de payer la TVA sur les objets vendus uniquement en tant qu'« intermédiaires ». Il a été tenu compte du haut degré de confidentialité imposé par le type de transactions en question, durant lesquelles un nombre indéterminé de personnes pourrait être amené à demander l'identité du fournisseur si celle-ci devait être révélée³⁹¹. La question qui se pose est de savoir si ce type d'exception au principe général selon lequel le représentant doit donner au tiers le nom du représenté, devrait aussi prévaloir en droit civil. Doit-on considérer que les maisons de vente sont libérées de l'obligation générale de révéler l'identité du représenté pour pouvoir agir en tant que représentantes directes?
- 232 La réponse est selon nous négative. Le seul fait que la terminologie utilisée en droit fiscal soit similaire à celle du droit des obligations n'implique pas l'application au second des principes du premier. Les conséquences des règles en matière fiscale et civile divergent. Pour ce qui est de l'imposition en matière de TVA, la norme permet « l'imputation de la prestation soit au représentant, soit au représenté »³⁹², tandis que la représentation au sens de l'article 32 CO permet de déterminer si l'acte juridique produit ses effets dans la personne de l'un ou de l'autre. Le Tribunal fédéral précise dans une décision de droit fiscal que « les règles sur la représentation en matière de TVA et celles sur la représentation civile diffèrent tant au niveau de leurs conditions qu'au niveau de leur conséquence et ne sont pas conciliables »³⁹³. Les exceptions prévues dans une matière ne doivent pas être appliquées à une autre, en particulier dans le cas où les effets des deux réglementations diffèrent notablement.
- 233 En conclusion, que la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui soit expresse ou tacite, ou encore que l'identité du cocontractant soit indifférente au tiers, les déclarations de la maison de vente ou les circonstances doivent permettre de déterminer l'identité du fournisseur. Si cette exigence n'est pas remplie à la conclusion du contrat, la déclaration doit être complétée ultérieurement. Nous n'admettons la réalisation des effets de la représentation directe pour la vente aux enchères que lorsque l'acheteur connaît le fournisseur à la conclusion du contrat ou, au plus tard, suite à une requête adressée à la maison de vente.

v. *Révélation de l'identité de l'ayant droit économique*

- 234 Une question subsiste en rapport avec l'activité des maisons de vente aux enchères. Il existe des situations dans lesquelles le propriétaire du bien est une société *off-shore* dont l'actionnaire unique est le véritable ayant droit économique de la vente du bien. L'ayant droit est extrêmement difficile à atteindre par un biais juridique. D'une part, son indépendance

³⁹¹ TF, 7 février 2006, RDAF 2007 II 152 c. 3.3 ; TF, 29 juillet 2003, ASA 73 502 c. 3.

³⁹² TF, 20 janvier 2005, 2A.215/2003 c. 3.3.

³⁹³ TF, 20 janvier 2005, 2A.215/2003 c. 6.6.

juridique avec la société doit en principe être retenue, sauf lorsque le fait d'invoquer cette indépendance est constitutif d'un abus de droit³⁹⁴. D'autre part, il semble peu probable que son identité soit révélée d'une manière ou d'une autre. Si la maison de vente accepte, malgré son obligation de confidentialité, de révéler l'identité du fournisseur, elle transmettra vraisemblablement le nom de la société et non de son ayant droit économique. Elle peut d'ailleurs ne pas avoir connaissance de cette identité³⁹⁵. Il ne nous semble dès lors pas envisageable de requérir, pour qu'une représentation directe soit admise, la révélation par la maison de vente de l'identité de l'ayant droit.

- 235 Toutefois, si cette identité est connue de l'acheteur, celui-ci peut, dans certaines circonstances, agir contre l'ayant droit directement (*pierce the corporate veil*)³⁹⁶. Il faut à cet effet que la société ait été créée dans le but d'éviter une action en responsabilité résultant de la vente de l'objet d'art et ce, de manière abusive. Le seul objectif de limitation de la responsabilité des actionnaires n'est pas constitutif d'un abus de droit, puisqu'il est le motif de la création de toute personne morale³⁹⁷. Un cas de *Durchgriff* pourrait par exemple exister si la société avait pour seul but la poursuite des intérêts de l'actionnaire unique, ce qui remettrait en question l'indépendance de l'une vis-à-vis de l'autre³⁹⁸. Sont problématiques les situations dans lesquelles la dissimulation des sociétaires est frauduleuse. Les cas où l'acheteur parviendra à ce résultat semblent très limités.

vi. Conclusion

- 236 Cette parenthèse refermée, soulignons que la révélation de l'identité du représenté est, à notre sens, une condition nécessaire à l'expression de la volonté d'agir au nom d'autrui, partant à la validité de la représentation directe. Dans le cas d'une représentation directe, l'acheteur est lié par le contrat de vente au fournisseur sans que la maison de vente ne soit engagée. Pour que l'acheteur puisse faire valoir ses droits et honorer ses obligations de manière satisfaisante, il semble nécessaire de lui permettre de connaître son cocontractant.

³⁹⁴ CJ, 21 mars 1997, SJ 1998 167 c. 3 ; ATF 112 II 505, JdT 1987 I 167 ; ATF 108 II 213, SJ 1983 73 ; ATF 102 III 165 c. II.1, SJ 1977 497 ; ATF 98 II 96 c. 4.a, JdT 1973 I 178 ; ATF 97 II 289 c. 3, JdT 1972 I 573. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 43 ss ; HOMBURGER, p. 249 ss.

³⁹⁵ Même en cas de vente d'un bien culturel, la maison de vente n'a pas l'obligation de rechercher l'identité de l'ayant droit économique du bien. Cf. *infra* N 525.

³⁹⁶ Il s'agit des cas de *Durchgriff*, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 43 ss et références citées ; HOMBURGER, p. 249 ss.

³⁹⁷ ATF 108 II 213 c. 6.a, SJ 1983 73.

³⁹⁸ CJ, 21 mars 1997, SJ 1998 167 c. 3 ; ATF 112 II 505, JdT 1987 I 167 ; ATF 108 II 213, SJ 1983 73 ; ATF 102 III 170 c. II.1, SJ 1977 497. Certains cas dans lesquels la société a été constituée dans un but de dissimulation de la nationalité des actionnaires ou encore lorsque la société est sous-capitalisée peuvent également justifier un *Durchgriff*.

237 Reste à déterminer les effets de l'absence de révélation de l'identité du fournisseur sur le contrat de vente. Le droit dispositif n'apporte pas de solution à cette question. Il existe donc non seulement une lacune du contrat de vente aux enchères³⁹⁹, qui peut être complété individuellement en tenant compte de la volonté hypothétique des parties (b), mais avant tout une lacune du droit suisse qui peut être comblée par le juge faisant acte de législateur en application de l'article 1 alinéa 2 CC (c).

b. Volonté hypothétique des parties

238 Le contrat ne résolvant pas la question de la représentation, puisqu'il n'offre que la solution de la représentation directe sans communication à l'acheteur de l'identité du fournisseur, à notre sens inadmissible, il est lacunaire sur ce point. Faute de norme de droit dispositif applicable, la lacune du contrat doit être comblée en tenant compte de la volonté hypothétique des parties. Le complètement individuel de la lacune vise à trouver la solution que les parties auraient adoptée si elles avaient su que la règle instituée ne convenait pas⁴⁰⁰. Dans la mesure où les contrats de vente aux enchères se fondent sur la technique anciennement mise en place en *common law*, le but des parties serait théoriquement de développer un système identique. Le texte des conditions générales utilisées en Suisse s'inspire de celles employées aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. Elles utilisent d'ailleurs fréquemment le terme d'*agent*⁴⁰¹, qui ne correspond en tant que tel à aucune institution de droit suisse, ou du moins ne se réfère pas à une notion pertinente dans le contexte qui nous intéresse⁴⁰². La référence au *common law* est alors claire. Elle peut également résulter de l'utilisation d'autres termes typiques d'un système de droit américain, comme les *representations and warranties*⁴⁰³.

239 L'institution de la représentation en droit suisse est celle qui se rapproche le plus de l'*agency* de droit américain. Ce rapport met en relation l'*agent* (représentant) et le *principal*

³⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1256 ; CR CO I-WINIGER, CO 18 N 177 s.

⁴⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1257 ; KOLLER, § 10 N 23. ATF 127 III 300 c. 6.a, JdT 2001 I 239 ; ATF 115 II 484 c. 4, JdT 1990 I 210 ; ATF 111 II 260 c. 2.

⁴⁰¹ L'article 6 des conditions générales de Christie's dispose par exemple que « *Christie's acts as agent for the Seller only [...]* » (Cf. Annexe I).

⁴⁰² Il n'existe pas de représentation directe ou indirecte en *common law*, le terme d'*agency* désignant une institution similaire mais pas identique. Le contrat d'agence existe bien en droit suisse (art. 418 ss CO), mais est exclu dans le cas d'espèce, cf. *supra* N 123.

⁴⁰³ Les conditions de vente de Christie's (cf. Annexe I) disposent, en leur article 6 :
« *Neither Christie's nor the Seller shall be responsible for any defects of any objects, nor do they warrant the correctness of statements concerning authorship, origin, date, age, attribution, genuineness, provenance, weight or condition of any object.*
Nor has any person in the employ of Christie's any authority to make or give any representation or warranty. » (Mise en évidence par l'auteur).

(représenté), le second autorisant le premier à agir pour lui vis-à-vis de tiers. Les notions de représentation et d'*agency* ne sont toutefois pas identiques. Cette dernière est consensuelle, au contraire du rapport de représentation⁴⁰⁴, puisqu'elle suppose l'assentiment non seulement du représenté mais également du représentant⁴⁰⁵. Elle impose de ce fait en tant que telle des obligations aux parties, similaires à celles découlant d'un contrat de mandat en droit suisse. Citons par exemple le *fiduciary duty* de l'*agent*⁴⁰⁶, semblable au devoir de fidélité du mandataire envers le mandant par lequel le premier s'oblige à sauvegarder les intérêts du second, ou le *duty of care*⁴⁰⁷, proche du devoir de diligence.

240 Tout comme dans les Principes Unidroit⁴⁰⁸, le système de l'*agency* ne distingue pas la représentation directe de la représentation indirecte, mais les situations dans lesquelles le *principal* est *disclosed*, *unidentified* ou *undisclosed*. La qualification dépend des informations communiquées au tiers. Une *undisclosed agency* est réalisée lorsque l'*agent* ne fait pas savoir au tiers qu'il agit en représentation du *principal*⁴⁰⁹. Alors même que dans le cas d'une vente aux enchères d'objets d'art comme dans celui de l'*undisclosed principal*, le représenté n'est pas nommé, ces deux situations ne correspondent pas tout à fait. Lors d'une vente aux enchères, le tiers sait que la maison de vente représente quelqu'un, ce qui s'apparente davantage à un cas d'*unidentified principal*, dans lequel l'*agent* déclare agir comme tel, sans toutefois identifier le représenté⁴¹⁰. Lorsqu'un tiers conclut un contrat avec l'*agent* d'un *unidentified principal*, les conséquences sont les suivantes :

« *When an agent acting with actual or apparent authority makes a contract on behalf of an unidentified principal,*
(1) the principal and the third party are parties to the contract ; and
*(2) the agent is a party to the contract unless the agent and the third party agree otherwise »*⁴¹¹.

⁴⁰⁴ Cf. *supra* N 167.

⁴⁰⁵ HYNES/LOEWENSTEIN, p. 16. Cf. Restatement (third) of Agency § 1.01, qui consiste en une série de règles compilées par l'*American Law Institute* représentant l'état de la pratique dans un domaine particulier.

⁴⁰⁶ WERRO, Mandat, N 493 ss.

⁴⁰⁷ HYNES/LOEWENSTEIN, p. 60.

⁴⁰⁸ Cf. *supra* N 185.

⁴⁰⁹ Le Restatement (third) of Agency § 1.04(2)(b) définit un cas d'*undisclosed principal* de la manière suivante :

« *A principal is undisclosed if, when an agent and a third party interact, the third party has no notice that the agent is acting for a principal.* »

⁴¹⁰ Restatement (third) of Agency, § 1.04(2)(c). Le Restatement (second) of Agency, utilisait comme dénomination celle de « *partially disclosed principal* ».

⁴¹¹ Restatement (third) of Agency, § 6.02.

L'*agent* ainsi que le *principal* sont parties au contrat⁴¹². L'*agent* est donc responsable, le tiers concluant le contrat de vente sans connaître le *principal* ni la capacité de celui-ci à répondre en cas d'inexécution⁴¹³.

- 241 Dans le cas d'une vente aux enchères en droit américain, la maison de vente qui ne divulgue pas à l'acheteur le nom du fournisseur qu'elle représente est liée par le contrat qu'elle conclut⁴¹⁴. La maison de vente est de ce fait tenue pour responsable du défaut de pouvoir de disposer du bien par le fournisseur, puisqu'elle seule est en contact avec celui-ci et peut juger de sa capacité de disposer⁴¹⁵. La section 2-312 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC)⁴¹⁶ prévoit une telle garantie du vendeur (proche de notre garantie pour éviction, art. 192 ss CO). Si la maison de vente ne révèle pas l'identité du fournisseur, elle est elle-même considérée comme venderesse, faute de quoi l'acheteur n'aura aucun moyen d'action.
- 242 En ce qui concerne la responsabilité pour les défauts de l'objet vendu, la maison de vente peut, en droit new-yorkais, être tenue pour responsable lorsqu'elle a émis des garanties, expresses ou tacites (*express* ou *implied warranty*), à l'égard de l'acheteur, même si elle n'est pas elle-même venderesse. Cette possibilité n'existe pas en droit suisse puisqu'un représentant direct ne fait qu'exprimer la volonté de son représenté, à l'exclusion de la sienne⁴¹⁷. Si la

⁴¹² Weil v. Murray, 161 F.Supp.2d 250, 255-256 (S.D.N.Y.2001) ; Dimension Graphics, Inc. v. Liebowitz, 26 Kan.App.2d 722, 725-726, 994 P.2d 658, 661 (Kan.App. 1999).

⁴¹³ RASMUSEN, p. 32. UBS Securities, Inc. v. Tsoukanelis, 852 F.Supp. 244, 247 (S.D.N.Y.1994) ; Tarolli Lumber Co. v. Andreassi, 59 A.D.2d 1011, 1012 (N.Y. App. Div. 4th Dep't 1977) ; cf. également Argersinger v. MacNaughton, 114 N.Y. 535, 539 (N.Y. 1889) : « *The defendant made the contract of sale in his own name, as commission merchant, without disclosing the name of any principal ; and his warranty given to produce it may, within that rule, as between the parties, be deemed his undertaking. In such case it may be supposed that a purchaser relies upon the responsibility of the person with whom he deals for the performance of the contract, and that he is not required to look elsewhere to obtain it.* »

⁴¹⁴ Abercrombie v. Nashville Auto Auction, Inc., 541 So. 2d 516, 518 (Ala. 1989) ; Masoud v. Ban Credit Service Agency, 128 Misc. 2d 642, 643, 494 N.Y.S.2d 598, 600 (Sup. Ct. 1985) ; Universal C.I.T. Credit Corp. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 493 S.W. 2d 385, 390 (Mo. App. 1973). DUBOFF/KING/MURRAY, p. 34.

⁴¹⁵ CONTRERAS, p. 734. Masoud v. Ban Credit Service Agency, 128 Misc. 2d 642, 643, 494 N.Y.S.2d 598, 600 (Sup. Ct. 1985) ; Universal C.I.T. Credit Corp. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 493 S.W.2d 385, 390 (Mo. Ct. App. 1973).

⁴¹⁶ L'*Uniform Commercial Code* est un ensemble de règles codifiées au niveau fédéral. Il ne constitue pas en tant que tel une loi et doit être adopté au niveau étatique pour être applicable. A l'exception de la Louisiane, tous les Etats de Etats-Unis ont intégré dans leur législation les dispositions de l'UCC. L'article 2 de l'UCC est applicable à la vente aux enchères d'objets d'art puisque celle-ci entre dans le champ d'application défini par la section 2-102. La vente d'objets d'art est une vente de biens (*sale of goods*) au sens de la section 2-105 (« [...] *all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale* [...] »). Balog v. Center Art Gallery-Hawaii, Inc., 745 F.Supp. 1556, 1562 (1990). BENNETT, p. 279 ; GERSTENBLITH, p. 507-529.

⁴¹⁷ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 20 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 148.

maison de vente garantit des défauts de l'objet, elle le fait au nom du fournisseur et n'est responsable d'une inexécution que si elle est elle-même venderesse⁴¹⁸. En droit américain, la maison de vente est toutefois garante des défauts du bien, si les conditions d'une responsabilité sont remplies, quand l'identité du fournisseur est inconnue de l'acheteur⁴¹⁹. Ces garanties couvrent notamment l'état de l'objet ainsi que son authenticité et sa provenance. Sont réservées les situations dans lesquelles la maison de vente exclut sa responsabilité⁴²⁰.

- 243 La solution de *common law* est essentielle pour compléter les contrats de droit suisse. Les termes utilisés dans ces derniers se réfèrent en effet parfois à des institutions qui n'existent pas dans notre ordre juridique, comme celle de l'*agency*. Le meilleur moyen pour parvenir à une solution cohérente en droit suisse est de trouver l'institution correspondant à celle à laquelle la notion utilisée se réfère, ou, à tout le moins, à celle s'en rapprochant le plus. Sachant que la représentation directe prévue par les parties n'existe pas en droit suisse sans révélation de l'identité du représenté, le complètement individuel du contrat consiste à se demander quelle serait la volonté des parties si elles avaient su qu'une représentation directe n'était pas possible.
- 244 En Allemagne par exemple, la représentation indirecte est la règle pour les ventes aux enchères d'objets d'art⁴²¹. Les autorités fiscales exigent en effet une transparence accrue en cas de représentation directe et notamment la révélation de l'identité du fournisseur pour des raisons pratiques relatives à la TVA⁴²². La confidentialité des ventes aux enchères étant

⁴¹⁸ Dans sa relation avec l'acheteur. En cas de violation d'une de ses obligations à l'égard du fournisseur, elle peut être tenue pour responsable sur la base du contrat de mandat qui les lie.

⁴¹⁹ CONTRERAS, p. 735. Goltz v. Humboldt Livestock Auction, Inc., 255 Iowa 1384, 1392, 125 N.W.2d 773, 777 (1964).

⁴²⁰ Par exemple : Weisz v. Parke-Bernet Galleries, Inc., 77 Misc. 2d 80, 81, 351 N.Y.S.2d 911, 912 (1974). Ces clauses sont limitées, dans l'Etat de New York, par le §13.01 New York Arts and Cultural Affairs Law :

« *Express warranties. Notwithstanding any provision of any other law to the contrary :*

1. Whenever an art merchant, in selling or exchanging a work of fine art, furnishes to a buyer of such work who is not an art merchant a certificate of authenticity or any similar written instrument it :

(a) Shall be presumed to be part of the basis of the bargain ; and

(b) Shall create an express warranty for the material facts stated as of the date of such sale or exchange.

2. Except as provided in subdivision four of this section, such warranty shall not be negated or limited provided that in construing the degree of warranty, due regard shall be given the terminology used and the meaning accorded such terminology by the customs and usage of the trade at the time and in the locality where the sale or exchange took place. »

⁴²¹ HANISCH, p. 178 ; HEINBUCH, p. 209 ; SCHNEIDER, p. 30 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 255 ; BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; RUOSS, Scheingebote, p. 41. BGH, 15 janvier 1975, BGHZ 63 p. 369 c. 3.b.

⁴²² RUOSS, Scheingebote, p. 41. Contrairement à ce qui est prévu en droit suisse, cf. *supra* N 229 ss.

incompatible avec ces exigences, les maisons de ventes sont généralement considérées comme étant des représentantes indirectes des fournisseurs d'objet d'art.

- 245 Dans tous les cas examinés, les conditions générales ne prévoient aucune obligation de la maison de vente de révéler l'identité du fournisseur. Vu les nombreux détails dévoilés par les conditions de vente, dont notamment le fait que la maison de vente exclut sa propre responsabilité, se charge de l'exécution et de toute relation avec l'acheteur sans que le fournisseur ne soit connu de ce dernier, notre conclusion est qu'il apparaît que les parties, si elles avaient connaissance de l'inadmissibilité d'une représentation directe sans révélation de l'identité du représenté, concluraient un contrat dans lequel la maison de vente serait représentante indirecte du fournisseur. Ce raisonnement est confirmé par le système de *common law* sur lequel se basent les contrats de vente aux enchères, qui donne de nombreux indices quant à la volonté hypothétique de la maison de vente.
- 246 La maison de vente qui déclare valablement agir pour le compte d'autrui, sans donner à l'acheteur le nom du fournisseur, devrait être engagée par le contrat de vente. En tant que représentante, elle exprime en réalité sa volonté d'agir pour le compte du représenté mais pas au nom de celui-ci et se présente de ce fait comme représentante indirecte⁴²³, à moins de pallier le manque en révélant ultérieurement l'identité du fournisseur. Il doit cependant être clair au moment de la conclusion du contrat qu'une telle déclaration interviendra. Dans le doute, il faut considérer que le rapport de représentation est de type indirect⁴²⁴.
- 247 Certains éléments des contrats conclus permettent de confirmer cette conclusion. Les conditions de vente de Christie's⁴²⁵ par exemple prévoient dans leur préambule :

« These Conditions of Sale and the Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice contain all the terms on which Christie's and the seller contract with the buyer. They may be amended by posted notices or oral announcements made during the sale. By bidding at auction you agree to be bound by these terms. » (Mise en évidence par l'auteur).

Une telle formulation laisse supposer que la maison de vente envisage d'être partie au contrat et que cette solution serait adoptée à défaut d'engagement du fournisseur. L'attribution à la maison de vente de la volonté hypothétique d'agir comme représentante indirecte semble conforme à ladite clause contractuelle.

- 248 La représentation indirecte étant le rapport qui se rapproche le plus d'un cas d'*unidentified agency* et assurant la cohérence avec le système des ventes aux enchères, la solution proposée

⁴²³ Selon KOLLER, § 17 N 10, lorsque le représentant agit objectivement en son propre nom, il est partie au contrat conclu même s'il avait la volonté de représenter un tiers.

⁴²⁴ KOLLER, § 17 N 2 ; DROIN, Représentation indirecte, p. 185.

est celle susceptible d'être adoptée par les parties si celles-ci avaient su que la représentation directe n'était pas possible. Ce raisonnement semble en adéquation avec l'importance grandissante du rôle de la maison de vente et les éventuelles garanties supplémentaires, dues à l'évolution du marché de l'art, que BYRNE-SUTTON/RENOLD ont mis en évidence dans leur rapport de 1991⁴²⁶. Nous le verrons, les conditions d'une représentation indirecte sont en principe remplies⁴²⁷.

c. *Comblement de la lacune du droit suisse*

- 249 La dernière possibilité, plus intéressante dans une perspective de généralisation de la solution que nous proposons, consiste en un comblement de la lacune du droit suisse. Cette situation, expressément prévue par l'article 1 alinéa 2 CC, est celle dans laquelle le juge, constatant qu'une situation qui lui est soumise n'est pas réglée par le droit positif, crée une règle sur la base d'un élément généralisable⁴²⁸. Cette règle pourra par la suite être appliquée à d'autres situations du même type.
- 250 Dans le cas d'espèce, la solution à laquelle nous avons abouti plus haut pourrait être généralisée à d'autres types de relations tripartites. Si un représentant et un représenté ont convenu que le premier ne révélerait pas l'identité du second au tiers, et que ces instructions sont respectées, la conclusion d'un contrat avec le tiers entraîne un rapport identique à celui que nous examinons. Nous l'avons vu, le droit américain résout cette question par le biais de l'institution de l'*unidentified principal*. Cette solution ne peut pas être appliquée sans quelques aménagements en droit suisse.
- 251 L'inspiration pour parvenir à une règle générale et abstraite peut venir de codifications plus proches de notre système. Il est utile de se tourner vers les instruments d'harmonisation du droit européen⁴²⁹, en ce qu'ils ont fait l'objet de discussions récentes, concertées, sur la base d'autres ordres juridiques, et sont le résultat d'une approche globale des problématiques traitées. Dans ce sens, les Principes Unidroit, déjà présentés plus haut⁴³⁰, offrent une option. Plus récent encore, le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁴³¹, successeur des

⁴²⁵ Cf. Annexe I.

⁴²⁶ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 412. Cf. également à ce sujet le rapport général de REEVES/BOLL, p. 353 et 355 ss.

⁴²⁷ Cf. *infra* N 270 ss.

⁴²⁸ ATF 108 Ib 78, JdT 1982 I 375.

⁴²⁹ Cf. CHAPPUIS, Harmonisation, p. 179 s.

⁴³⁰ Cf. *supra* N 185.

⁴³¹ Préparé par le *Study Group on a European Civil Code* et le *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (31 janvier 2011).

Principes Lando, a été publié en janvier 2009. Son article II-6 :108 traite de l'*unidentified principal* et dispose :

« If a representative acts for a principal whose identity is to be revealed later, but fails to reveal that identity within a reasonable time after a request by the third party, the representative is treated as having acted in a personal capacity. »

Cette disposition reflète le raisonnement précédemment exposé et élabore sur cette base une règle générale qui serait applicable en droit suisse dans la mesure où elle fait référence à des institutions existantes. Elle constitue donc un fondement solide pour le comblement de la lacune du droit suisse.

- 252 La règle que nous proposons est la suivante : un représentant agissant avec pouvoirs au nom d'autrui, que ce soit en le déclarant, du fait des circonstances ou de l'indifférence du tiers, est considéré comme représentant indirect du représenté s'il ne révèle pas au tiers, à sa demande ou dans un délai raisonnable, l'identité du représenté. Le contrat est alors conclu entre le tiers et le représentant. La cession des droits et des obligations du représentant au représenté peut avoir lieu, et l'exécution en tant que telle n'en est pas métamorphosée en raison de l'application de l'article 401 CO notamment, mais le tiers a quelqu'un à qui s'adresser en cas d'inexécution. Aucun rapport de solidarité n'est institué. L'acheteur a un seul contractant, mais a connaissance de son identité. Une telle règle donne une solution à la situation dans laquelle, en raison d'un accord particulier entre le représenté et son représentant, accord résultant généralement du contrat de base liant ces deux parties, le représentant refuse de divulguer l'identité du représenté. La représentation indirecte devrait en principe trouver application dans les cas où le représenté prévoit de rester en arrière-plan du contrat conclu⁴³².
- 253 Relevons que le tiers-contractant n'est alors pas défavorisé de quelque manière que ce soit par la conclusion du contrat avec le représentant qui ne révèle pas l'identité du représenté. En particulier, l'argument selon lequel le tiers pourrait ne pas souhaiter être lié au représentant tombe à faux. D'une part, si le tiers n'a pas connaissance de l'identité de son cocontractant lors de la conclusion du contrat et déclare s'engager envers toute personne qui sera désignée comme son cocontractant, il prend le risque de ne pas être lié à la personne de son choix. Le fait que le représentant devienne son cocontractant ne peut dès lors pas être problématique de son point de vue. En outre, faute de révélation de l'identité du représenté, le tiers n'a de toute façon pas la possibilité de faire valoir ses droits à l'encontre de qui que ce soit. Le fait de se voir désigner une contrepartie, quelle qu'elle soit, est nécessairement plus avantageux que le fait de n'avoir virtuellement pas de cocontractant et donc pas d'interlocuteur envers lequel faire valoir ses prétentions contractuelles.

⁴³² VON BÜREN, Allgemeiner Teil, p. 167 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1428 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 29.

254 Cette situation est par ailleurs cohérente avec la systématique générale du droit suisse. Un raisonnement en équité aboutirait à la même conclusion que celle que nous obtenons en examinant les volontés hypothétiques des parties. Le droit des obligations ne laisse jamais subsister d'incertitude quant à l'identité d'un cocontractant. Voyons ainsi l'article 437 CO, régissant la situation dans laquelle un commissionnaire ne désigne pas de cocontractant au commettant lorsqu'il conclut une vente pour le compte de ce dernier. Dans ce cas, le commissionnaire est présumé être lui-même partie au contrat⁴³³. La conséquence de l'article 437 CO est identique à celle à laquelle nous parvenons en comblement de la lacune du contrat. Le représentant est lié par le contrat qu'il conclut si pour une raison ou pour une autre il ne dévoile pas à l'une des parties au contrat l'identité de son cocontractant.

4. Conclusion

255 Pour être considérées comme représentant directement le fournisseur, les maisons de vente doivent à notre sens non seulement déclarer (de manière expresse ou tacite) agir au nom et pour le compte du fournisseur⁴³⁴, mais également indiquer l'identité du fournisseur qu'elles représentent. Si elles ne le font pas lors de la vente aux enchères, l'information doit parvenir à l'acheteur dans un délai raisonnable⁴³⁵ après la conclusion du contrat. A défaut, la condition d'« agir au nom d'autrui », à savoir d'aviser l'enchérisseur que la maison de vente agit en représentation directe, n'est pas remplie. Ne subsiste alors plus que la déclaration de la maison de vente d'agir pour le compte du fournisseur, ce qui ne suffit pas à établir une représentation directe. Le fait d'agir pour le compte du fournisseur institue une représentation de type indirect dans la mesure où la maison de vente ne déclare pas valablement agir en son nom⁴³⁶. La maison de vente est dès lors engagée par le contrat de vente et l'analyse qui suit⁴³⁷ sur les effets de la représentation indirecte lui est applicable.

⁴³³ Cf. *infra* N 412.

⁴³⁴ Dans la mesure où nous considérons qu'il n'est pas indifférent à l'enchérisseur de conclure avec la maison de vente ou avec le vendeur au sens de l'article 32 alinéa 2 *in fine* CO.

⁴³⁵ A notre sens, l'information de l'acheteur par la maison de vente devrait avoir lieu au plus tard au moment où l'acheteur fait valoir ses droits à l'encontre de la maison de vente. Le retard dans la déclaration ne doit pas porter préjudice à l'acheteur. Si celui-ci introduit une action en justice contre la maison de vente, cette dernière ne peut plus valablement se libérer en révélant l'identité du fournisseur. De même, une fois tout autre acte interruptif de prescription accompli (art. 136 CO), la maison de vente est définitivement liée à l'acheteur.

⁴³⁶ BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 597 n. 7.

⁴³⁷ Cf. *infra* N 267 ss.

B. Étendue de la représentation

- 256 En cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente, il faut déterminer dans quelle mesure celle-ci est autorisée à faire naître des droits directement dans le patrimoine de celui-là. Examinons dans un premier temps les rapports internes établis entre le fournisseur et la maison de vente. L'étendue de la représentation découle du contenu de l'acte par lequel le fournisseur octroie les pouvoirs à la maison de vente (art. 33 al. 2 CO). L'article 229 alinéa 3 CO permet à la maison de vente de procéder à l'adjudication du lot dans la mesure où elle conclut avec le plus offrant⁴³⁸. Cette disposition, qui selon la doctrine établit une présomption de pouvoirs⁴³⁹, permet de définir l'étendue du pouvoir de représentation au sens de l'article 396 alinéa 2 CO⁴⁴⁰. Le mandat de vendre un objet aux enchères comprend le pouvoir de conclure le contrat avec le plus offrant, à défaut d'instructions contraires. Cette présomption vaut dans les rapports internes, établis entre représentés et représentants.
- 257 Ainsi, même sans définition expresse par le représenté de l'étendue des pouvoirs du représentant relatifs à l'adjudication, le maître des enchères peut conclure la vente, en considérant que la volonté du fournisseur est d'adjuger au plus offrant⁴⁴¹. Si toutefois le fournisseur donne des instructions contraires, le directeur des ventes est contraint de suivre ces indications⁴⁴². Cela semble peu probable puisque le choix des enchères comme modalité de vente a pour but l'obtention du meilleur prix.
- 258 Pour ce qui est des rapports externes, soit de la relation entre le représentant et le tiers, la présomption de pouvoirs de l'article 229 alinéa 3 CO permet au tiers-enchérisseur de considérer que la maison de vente a l'autorisation d'agir au nom et pour le compte du fournisseur⁴⁴³. De ce principe découle celui de l'apparence efficace consacré aux articles 33 alinéa 3 et 34 alinéa 3 CO. Selon ces dispositions, le tiers de bonne foi peut se fier à l'étendue des pouvoirs qui lui a été communiquée par le représenté. Les articles 33 alinéa 3 et

⁴³⁸ ATF 98 II 49 c. 5.

⁴³⁹ BK-GIGER, CO 229 N 78 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 180.

⁴⁴⁰ Cette disposition vaut aussi bien pour les cas de représentation directe que de représentation indirecte. Elle est suffisamment large pour englober les différents cas de figure et précise, en matière de représentation indirecte, « les effets du mandat accompli par le représentant en ce qu'il oblige le mandant à reprendre les profits et les charges du contrat conclu par le mandataire avec le tiers » : DROIN, Représentation indirecte, p. 68 s. Cf., à ce sujet, BK-ZÄCH, CO 32 N 176 ; VON TUHR/PETER, p. 356 n. 14 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 7. ATF 118 II 313 c. 2.a, JdT 1993 I 567. *Contra* : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1428.

⁴⁴¹ BK-GIGER, CO 229 N 78 ss ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 242 ; RUOSS, Scheingebote, p. 64. ATF 98 II 49 c. 5.

⁴⁴² BaK-RUOSS, CO 229 N 9 ; BK-GIGER, CO 229 N 78.

⁴⁴³ CR CO I-WERRO, CO 396 N 9 ; TERCIER/FAVRE, N 5083. *Contra* : CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 33 ; BK-FELLMANN, CO 396 N 61.

34 alinéa 3 CO ne sont applicables que lorsque la communication faite au tiers ne correspond pas aux pouvoirs véritablement octroyés.

- 259 L'article 33 alinéa 3 CO prévoit que, si le représenté porte à la connaissance du tiers une procuration plus large que ce qu'elle n'est en réalité dans les rapports internes, et si l'enchérisseur se fie de bonne foi à cette communication⁴⁴⁴, le contrat est conclu avec ce dernier bien que les pouvoirs ne couvrent pas l'acte en question. La représentation est alors valable en dépit du non-respect d'une des conditions de l'article 32 alinéa 1 CO, à savoir l'octroi de pouvoirs par le représenté au représentant.
- 260 La première condition de l'article 33 alinéa 3 CO est celle de la communication des pouvoirs au tiers par le représenté. En l'espèce, la maison de vente agit comme messagère⁴⁴⁵ du représenté et de ce fait communique les pouvoirs en les mentionnant dans ses conditions générales. Le fournisseur n'entre à aucun moment en contact avec le tiers, il délègue donc la communication des pouvoirs à la maison de vente.
- 261 L'adjudicataire doit par ailleurs être de bonne foi. Ne connaissant pas les limitations posées par le fournisseur, il peut se fier à ce dont il a été informé. Le fournisseur est lié par le contrat conclu par la maison de vente, dépassant ses pouvoirs, avec l'adjudicataire de bonne foi (art. 33 al. 3 CO)⁴⁴⁶. Il appartient au fournisseur, le cas échéant, de prouver la mauvaise foi de l'acheteur, la bonne foi étant présumée (art. 3 CC)⁴⁴⁷. Dans ce cas-là, une des conditions d'application de l'article 33 alinéa 3 CO fait défaut. Il n'existe pas d'apparence efficace de pouvoirs et donc pas de remède au non-respect de la condition d'octroi des pouvoirs de l'article 32 alinéa 1 CO, ce qui a pour conséquence la non-conclusion du contrat.
- 262 Lors d'une vente aux enchères, l'article 33 alinéa 3 CO est par exemple applicable lorsqu'un prix de réserve⁴⁴⁸, dont les enchérisseurs ne connaissent en principe pas la quotité, est fixé et que la maison de vente procède à l'adjudication du bien en dessous du montant minimum prévu. Le fait pour le fournisseur de fixer un tel prix constitue une limitation des pouvoirs de la maison de vente, en ce que celle-ci n'est autorisée à vendre le bien que si l'enchère atteint un montant suffisant. Les conditions générales de la maison de vente avisent l'acheteur du fait que celle-ci est autorisée à conclure le contrat au nom du fournisseur dans la mesure où un montant minimal est atteint, mais ne précisent pas ce montant.

⁴⁴⁴ Au sens de l'article 3 alinéa 2 CC : ignorance non fautive d'un vice juridique.

⁴⁴⁵ BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 33 N 31 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 131 ; CHAPPUIS/DÄTWYLER, p. 248 s.

⁴⁴⁶ CHAPPUIS/DÄTWYLER, p. 248 s.

⁴⁴⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1403 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 26.

⁴⁴⁸ Cf. *supra* N 81.

- 263 L'article 34 alinéa 3 CO régit le cas dans lequel le représenté communique les pouvoirs du représentant au tiers puis les révoque ou les restreint sans en avertir ce dernier. Cette situation peut se réaliser lors d'une vente aux enchères d'objets d'art si le fournisseur retire le bien de la vente après l'avoir présenté lors de l'exposition des œuvres par la maison de vente. Le fait de proposer dans un premier temps le bien à la vente constitue une communication tacite des pouvoirs aux enchérisseurs potentiels. Une révocation ultérieure non communiquée ne leur est pas opposable s'ils sont de bonne foi (art. 3 al. 1 CC). Dans l'hypothèse où la maison de vente, toujours en possession du bien malgré la révocation de ses pouvoirs, procède à son adjudication, elle conclut un contrat liant le fournisseur à l'acheteur (art. 34 al. 3 CO).
- 264 Nous pourrions enfin envisager le décès du fournisseur avant la vente, ce dont la maison de vente ne serait pas avertie. La représentation devrait en principe prendre fin *ipso jure* en vertu de l'article 35 alinéa 1 CO, mais l'article 37 alinéa 1 CO en prolonge la validité tant que la maison de vente n'a pas connaissance de la fin des pouvoirs, dans la mesure où l'acquéreur ne sait pas que le fournisseur est décédé (art. 37 al. 2 CO). Cette situation constitue un cas d'application du principe de l'apparence efficace.
- 265 Si la maison de vente outrepassé les pouvoirs octroyés par le fournisseur, mais le lie tout de même contractuellement au tiers en raison de l'application des règles sur l'apparence efficace, elle peut être responsable d'une inexécution du contrat de mandat qui la lie au fournisseur. L'action ne se base le cas échéant pas sur le rapport de représentation mais sur la relation contractuelle entre fournisseur et maison de vente. Le dépassement des pouvoirs de représentation peut constituer une violation des obligations en découlant⁴⁴⁹. La responsabilité de la maison de vente vis-à-vis de du fournisseur, qui est lié à l'acheteur contre sa volonté, pourrait alors être engagée. Il est important de remarquer que cette possibilité ne concerne pas la relation du fournisseur avec l'adjudicataire. Le contrat de vente est conclu dans la mesure où la maison de vente avait des pouvoirs de représentation ou présentait l'apparence de tels pouvoirs pour un enchérisseur de bonne foi⁴⁵⁰.
- 266 L'exercice des pouvoirs de représentation est limité par les règles sur la double représentation et le contrat avec soi-même. La première situation se réalise lorsque la maison de vente représente à la fois le fournisseur et le tiers. La seconde consiste dans le fait, pour la maison de vente, de se porter elle-même acquéreur du bien mis en vente par le fournisseur qu'elle représente. Toutes deux ont en commun le potentiel conflit d'intérêts en la personne du

⁴⁴⁹ Cf. *infra* N 322 ss.

⁴⁵⁰ Articles 32 alinéa 1, 33 alinéa 3, 34 alinéa 3 et 37 CO.

représentant, à savoir la maison de vente. Nous développerons ces questions lorsque nous traiterons de la conclusion du contrat de vente⁴⁵¹.

§ 2 Représentation indirecte

- 267 L'institution de la représentation indirecte diverge de la représentation directe en ce qu'elle n'établit pas un véritable rapport de représentation entre le représenté et son représentant⁴⁵². Le contrat conclu ne lie que le représentant indirect et le tiers contractant, à l'exclusion du représenté, contrairement à ce qui advient en cas de représentation directe⁴⁵³. Les droits et obligations naissent alors en la personne du représentant, qui doit par la suite les transférer au représenté⁴⁵⁴. Le représenté n'est donc pas partie au rapport.
- 268 Lors d'une représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente⁴⁵⁵, celle-ci est liée par le contrat de vente conclu et le reste bien que les droits et obligations en découlant puissent être transférés au fournisseur. Le vendeur aux enchères est celui qui s'oblige par le contrat de vente à fournir la prestation à l'acheteur et est titulaire de la créance en paiement du prix à l'encontre de celui-ci. La maison de vente devient donc réellement débitrice et créancière de l'acheteur et responsable de la bonne exécution du contrat. Le type de représentation a un impact important en ce qu'il permet de déterminer la responsabilité de la maison de vente en cas d'inexécution⁴⁵⁶, vu l'implication plus ou moins grande de celle-ci dans la vente.
- 269 La représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente peut résulter de deux situations différentes. La première est celle dans laquelle la maison de vente déclare volontairement agir en représentation indirecte du fournisseur. En Suisse, les maisons de vente cherchent le plus souvent à se placer comme intermédiaires dans la relation entre le fournisseur et l'acheteur, comme représentantes directes, et non comme parties au contrat de vente⁴⁵⁷. La convention des parties retient rarement la solution de la représentation indirecte, le représentant n'ayant alors pas les pouvoirs de faire naître un lien direct entre le représenté

⁴⁵¹ Cf. *infra* N 401 ss et 407 ss.

⁴⁵² ENGEL, Obligations, p. 407 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 597 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 22 ; DROIN, Représentation indirecte, p. 139. Le BGB ne traite d'ailleurs pas cette hypothèse comme un cas de représentation : BK-ZÄCH, CO 32 N 178.

⁴⁵³ TF, 12 novembre 1997, SJ 1998 221.

⁴⁵⁴ ATF 100 II 200 c. 8a.

⁴⁵⁵ Le maître des enchères étant soit organe, soit employé et représentant de la maison de vente, il véhicule la volonté de cette dernière et l'engage lorsqu'il formule son acceptation du contrat de vente.

⁴⁵⁶ Cf. *infra* N 630 ss.

⁴⁵⁷ BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 410 ; WEBER-CAFLISCH, p. 74 ; RUOSS, Scheingebote, p. 46.

et le tiers⁴⁵⁸. La seconde possibilité est que la maison de vente déclare agir comme représentante directe, sans toutefois révéler à l'acheteur l'identité du fournisseur. Le comblement de la lacune du contrat selon la volonté hypothétique des parties permet d'arriver à la conclusion que la maison de vente agit en tant que représentante indirecte⁴⁵⁹. Dans les deux hypothèses, les conditions d'une représentation indirecte doivent être remplies pour que ses effets se déploient.

- 270 La représentation indirecte ne liant pas le représenté au tiers et ne faisant pas exception au principe *alteri stipulari nemo potest*, les conditions strictes d'une représentation directe peuvent ne pas être applicables. Nous examinerons donc la validité respective de la condition de l'octroi de pouvoirs par le représenté au représentant (A) et de celle de la manifestation de la volonté du représentant d'agir pour le compte du représenté (B), avant de conclure sur l'applicabilité de la représentation indirecte aux ventes aux enchères (C).

A. Octroi des pouvoirs

- 271 L'octroi des pouvoirs relève des rapports internes entre le représenté et le représentant. La doctrine est divisée quant à la question de savoir si le représentant indirect doit avoir reçu les pouvoirs d'agir en tant que tel. Certains auteurs⁴⁶⁰ y répondent positivement, alors que d'autres relèvent que, ce type de représentation n'engageant pas directement le représenté, la condition de l'octroi des pouvoirs n'est pas nécessaire⁴⁶¹. A notre sens, il n'est pas indispensable que le représentant reçoive des pouvoirs de représentation pour conclure le contrat en son propre nom, pour le compte du représenté, celui-ci n'étant pas partie au contrat conclu.
- 272 Toutefois, au moment de l'exécution du contrat, le représentant aura besoin d'une autorisation pour disposer des biens du représenté⁴⁶², ou devra obtenir l'accord de celui-ci pour une reprise de dettes (art. 175 CO). Lorsque la maison de vente agit en représentation indirecte, elle peut s'engager à livrer à l'acheteur le bien du fournisseur sans l'autorisation de ce dernier. Il serait cependant judicieux d'obtenir le droit de disposer du bien avant la conclusion du contrat de vente aux enchères. La maison de vente devra de toute façon, à terme, avoir l'autorisation du fournisseur d'aliéner le bien mis en vente⁴⁶³. Si ces autorisations ne sont pas obtenues et si la maison de vente ne peut transférer la propriété du bien à l'acheteur, elle s'expose à une action

⁴⁵⁸ TERCIER, Obligations, N 462 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 178 ; DROIN, Représentation indirecte, p. 81.

⁴⁵⁹ Cf. *supra* N 238 ss.

⁴⁶⁰ BK-ZÄCH, CO 32 N 176.

⁴⁶¹ DROIN, Représentation indirecte, p. 61 ; VON TUHR/PETER, p. 355 n. 7.

⁴⁶² DROIN, Représentation indirecte, p. 62 ; HOFSTETTER, p. 47.

⁴⁶³ Cf. *supra* N 154.

en inexécution de la part de ce dernier. Il n'y a toutefois aucune conséquence pour le fournisseur, raison pour laquelle un octroi de pouvoirs n'est pas nécessaire.

- 273 A notre sens, le fait pour le fournisseur de mandater la maison de vente pour la vente d'un bien suppose l'octroi du pouvoir d'en disposer. Les clauses d'attribution de pouvoirs de représentation directe examinées plus haut⁴⁶⁴ par exemple contiennent implicitement l'autorisation pour la maison de vente d'aliéner le bien du fournisseur (même si elles octroient davantage de pouvoirs que nécessaires). En réalité, la simple conclusion d'un contrat de commission implique l'octroi par le commissionnaire du pouvoir de disposer du bien au commettant (art. 425 CO *cum* art. 396 al. 2 CO). Par ailleurs, les dispositions sur le contrat de mandat, applicables à la commission, prévoient l'obligation du mandant de reprendre la dette contractée par le mandataire (art. 402 al. 1 CO)⁴⁶⁵.
- 274 Si le fournisseur octroie valablement à la maison de vente les pouvoirs de le représenter directement, il permet *a fortiori* à cette dernière de le représenter de manière indirecte⁴⁶⁶. Les pouvoirs de représentation directe couvrent l'autorisation d'aliénation du bien du fournisseur. Dans la mesure où aucune exigence n'est posée pour représenter indirectement le fournisseur, la procuration remplit toutes les conditions pour permettre également une représentation indirecte. L'octroi des pouvoirs ne nécessitant pas l'emploi d'une forme spéciale⁴⁶⁷, la simple remise du bien à la maison de vente en vue de sa mise en vente constitue un octroi tacite du pouvoir de l'aliéner.

B. Manifestation de la volonté d'agir pour le compte d'autrui

- 275 Les effets d'une représentation indirecte ne se déployant pas entre le représenté et le tiers, il n'est pas nécessaire que ce dernier sache que le contrat est conclu pour le compte d'autrui⁴⁶⁸. Contrairement au cas de représentation directe dans lequel le tiers est lié au représenté, ce dont il doit être informé, la représentation indirecte a pour conséquence que le contrat est conclu entre le représentant et le tiers. Dans le cas d'espèce, la maison de vente, dans la mesure où elle s'engage elle-même envers le tiers-acheteur, n'a pas d'obligation de déclarer

⁴⁶⁴ Cf. *supra* N 171. Le contrat-type entre le fournisseur et Christie's prévoit la clause suivante : « Nous vendrons, en agissant exclusivement pour votre compte, l'objet décrit en Annexe à la présente et auquel le présent document se réfère comme "Les Lots". »

⁴⁶⁵ Cf. *supra* N 130.

⁴⁶⁶ BK-ZÄCH, CO 32 N 176 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 597 n. 7.

⁴⁶⁷ CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 9 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 34 ss ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 33 N 14. TF, 26 mars 1996, SJ 1996 554 c. 5.c ; ATF 112 II 330 c. 1.a, JdT 19987 I 70.

⁴⁶⁸ ATF 100 II 200, c. 8.a. BK-ZÄCH, CO 32 N 175 ; DROIN, Représentation indirecte, p. 54.

agir pour le compte du fournisseur. Elle sera, le cas échéant, responsable d'une inexécution du contrat de vente.

- 276 Le représentant reste libre de manifester son intention d'agir pour le compte d'autrui, afin de s'assurer que la situation est claire pour le tiers ou de faciliter les modalités d'exécution. Il suffit pour cela que la maison de vente le prévoie dans ses conditions générales, comme le fait Christie's à l'article 6 de ses conditions de vente : « *Christie's acts as agent for the Seller only* ». Bien que cette clause ne soit pas claire quant au type de représentation, elle met en évidence le fait que celle-ci existe et que Christie's ne vend pas pour son propre compte.
- 277 Ce raisonnement vaut également dans les cas où la maison de vente déclare agir au nom d'autrui sans révéler l'identité du représenté pour des raisons de confidentialité. Dans les conditions générales traitées plus haut⁴⁶⁹, la maison de vente manifeste la volonté d'agir au nom et pour le compte d'autrui, déclaration qui n'est pas valable si le fournisseur n'est pas nommé. De ce fait, seule vaut la manifestation de la volonté d'agir pour le compte d'autrui, en représentation indirecte, bien qu'elle ne soit pas obligatoire.

C. Conclusion

- 278 La doctrine considère que le contrat de commission est utile lorsque le mandant ne désire pas apparaître lors de la transaction⁴⁷⁰. Or la commission crée un rapport de représentation indirecte. Cela confirme notre hypothèse selon laquelle une représentation indirecte est instituée dans les cas où le mandant ne désire pas apparaître, comme lors de ventes aux enchères.
- 279 Les exigences en matière de représentation indirecte sont moins strictes qu'en cas de représentation directe, le contrat ne liant pas le représenté. Une manifestation de volonté à l'égard du tiers permet de faciliter l'exécution, le tiers étant alors conscient de l'intervention du représenté indirect. Le pouvoir d'aliéner le bien n'est pas nécessaire à la conclusion du contrat, bien qu'utile pour régler les relations. Il est *a fortiori* octroyé lorsque les pouvoirs de représentation directe sont donnés, mais peut être attribué tacitement par la simple remise du bien. La maison de vente est représentante indirecte du fournisseur, puisqu'elle en remplit les conditions. La conclusion du contrat de vente lie alors le représentant, et non le représenté, au tiers⁴⁷¹. Comme le précise l'article 32 alinéa 3 CO, pour que le représenté puisse acquérir des

⁴⁶⁹ Cf. *supra* N 178 ss.

⁴⁷⁰ VON BÜREN, Allgemeiner Teil, p. 167 ; BaK-WATTER/SCHNELLER, CO 32 N 29.

⁴⁷¹ DROIN, Représentation indirecte, p. 83 s. ; BK-ZÄCH, CO 32 N 178 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 22.

droits et obligations, une cession de créance ou une reprise de dette sont nécessaires⁴⁷². Nous en examinerons les conséquences sur l'exécution du contrat de vente⁴⁷³.

§ 3 Absence de représentation

- 280 Enfin, la maison de vente pourrait théoriquement n'être qu'un simple messenger, ne faisant que véhiculer la volonté du fournisseur⁴⁷⁴. Il faut distinguer cette notion de celle du représentant, qui déclare sa propre volonté au nom du représenté⁴⁷⁵. La différence est ténue, mais elle est importante dans la mesure où la marge de manœuvre d'un messenger est nulle, contrairement à celle du représentant. Une maison de vente qui, par l'intermédiaire de son directeur de vente, ne ferait que transmettre la volonté du fournisseur ne pourrait agir qu'avec l'assentiment de ce dernier quant à l'acceptation de l'offre d'un enchérisseur. Elle ne serait pas libre d'adjuger l'objet sans l'accord du fournisseur.
- 281 Dans cette hypothèse, le maître des enchères ne pourrait pas considérer de son propre chef que l'offre du prix le plus élevé est celle sur laquelle doit porter l'acceptation. Il ne bénéficierait pas de la présomption⁴⁷⁶ de l'article 229 alinéa 3 CO, qui ne s'applique que lorsque la maison de vente reçoit un pouvoir de représentation du fournisseur⁴⁷⁷. Si le fournisseur ne permettait pas à la personne dirigeant les enchères d'agir en son nom et pour son compte, il dérogerait à cette disposition. La maison de vente n'ayant pas de pouvoir de représentation, elle ne pourrait alors engager le fournisseur sans manifestation de volonté de la part de ce dernier au sens de l'article 1 CO⁴⁷⁸.
- 282 Le fait pour le fournisseur de n'octroyer aucun pouvoir de représentation à la maison de vente ne semble pas être en adéquation avec les exigences de la vente aux enchères d'objets d'art. Cette solution ne correspond pour le moins pas aux dispositions légales applicables et ne peut être prévue que par convention entre les parties, mais s'avère plus difficile à mettre en œuvre qu'un rapport de représentation. En effet, elle ne donne aucune indépendance au maître des enchères par rapport au fournisseur, le premier devant attendre l'acceptation du second pour pouvoir adjuger l'objet. Le fournisseur peut en revanche vouloir privilégier cette possibilité s'il tient à garder le contrôle sur la vente de l'objet et à adjuger ce dernier seulement si le prix

⁴⁷² BK-ZÄCH, CO 32 N 178. ATF 100 II 200 c. III/8a ; ATF 126 III 59 c. 1.

⁴⁷³ Cf. *infra* N 606 ss.

⁴⁷⁴ KOLLER, § 15 N 1 ; SCHWENZER, N 40.06 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 5 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 28 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 598.

⁴⁷⁵ GUGGENHEIM, p. 190 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 5 ; BK-ZÄCH, Vorbem. CO 32-40 N 17 ss.

⁴⁷⁶ Cf. *supra* N 256.

⁴⁷⁷ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 242 ; BK-GIGER, CO 229 N 78 ss ; RUOSS, Scheingebote, p. 64.

⁴⁷⁸ Cf. *infra* N 433.

lui convient. Mais un tel mécanisme semble impraticable. L'on peut douter que la maison de vente accepte de telles modalités qui restreignent considérablement sa liberté.

§ 4 Synthèse

- 283 Nous avons traité plusieurs hypothèses. La première est celle dans laquelle le vendeur donne à la maison de vente les pouvoirs de le représenter directement et où celle-ci agit expressément ou tacitement en son nom. La conséquence est la réalisation des effets de la représentation directe si la maison de vente révèle à l'acheteur l'identité du fournisseur ; en revanche, si le fournisseur n'est pas nommé, seuls les effets de la représentation indirecte se produisent. Il se peut que la maison de vente ne manifeste pas la volonté d'agir au nom du représenté, auquel cas il n'y a pas représentation directe, sous réserve du cas extrêmement rare où il est indifférent à l'acheteur de conclure avec le fournisseur ou avec la maison de vente.
- 284 La seconde hypothèse est celle dans laquelle le fournisseur octroie les pouvoirs de représentation indirecte et la maison de vente déclare agir pour le compte d'autrui. Si ces deux conditions sont réalisées, seule la maison de vente, à l'exclusion du fournisseur, est engagée. Ceci ne change pas sensiblement les modalités d'exécution, mais peut engendrer des divergences par rapport à la représentation directe en cas d'inexécution. Quoi qu'il en soit, la représentation indirecte du fournisseur semble être la solution la plus cohérente au regard des différents aspects mis en évidence dans ce chapitre, notamment des obligations assumées par la maison de vente.

Chapitre IV : Inexécution des obligations

285 La maison de vente a conclu un mandat⁴⁷⁹ avec le fournisseur du bien. En conséquence, l'obligation principale de la maison de vente est de déployer l'activité due, tandis que le fournisseur s'exécute en payant les honoraires de la maison de vente ainsi qu'en remboursant les frais résultant de la vente. En cas de violation de ces obligations, chaque partie peut faire valoir des droits à l'encontre de l'autre. Pour déterminer ces droits, nous traiterons dans un premier temps de l'inexécution du contrat de mandat en général, afin de détailler les types d'inexécution envisageables et leurs conséquences (§ 1). Nous verrons ensuite les différentes formes que peut prendre la violation de ses devoirs par la maison de vente et les situations dans lesquelles sa responsabilité est exclue (§ 2). Nous examinerons enfin les spécificités de l'inexécution par le fournisseur d'un bien mis aux enchères (§ 3) avant de conclure (§ 4).

§ 1 Inexécution du contrat de mandat en général

286 Pour parvenir à détailler au mieux les droits de la maison de vente et du fournisseur en cas d'inexécution du contrat de mandat, nous commencerons par examiner de manière générale les conséquences respectives de la violation de ses obligations par le mandataire (A) et par le mandant (B).

A. Inexécution par le mandataire

287 L'inexécution par le mandataire peut être de divers types, que nous examinerons dans un premier temps (1). Nous analyserons ensuite les conséquences qui peuvent en découler et expliquerons lesquelles s'appliquent en fonction de l'obligation violée (2).

1. Violation des obligations du mandataire

288 Le contrat de mandat impose au mandataire le respect de différentes obligations. Les articles 394 et 398 CO prévoient l'obligation principale du mandataire, à savoir le déploiement de son activité de manière diligente. Le mandataire s'oblige à la bonne exécution du mandat (art. 398 al. 1 CO). En cas d'inexécution, l'article 398 alinéa 1 CO renvoie à l'article 321e CO, qui lui-même n'est qu'un cas d'application de la règle générale de l'article 97 CO⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Au sens large, la relation pouvant, selon les cas, être qualifiée de mandat (art. 394 ss CO) ou de contrat de commission (art. 425 ss CO), lui-même un mandat spécial pour lequel les règles du mandat s'appliquent par renvoi de l'article 425 alinéa 2 CO. Cf. *supra* N 161 s.

⁴⁸⁰ TERCIER/FAVRE, N 5192 ; ENGEL, Contrats, p. 484 s. ; BaK-WEBER, CO 398 N 32 ; CR CO I-AUBERT, CO 321e N 1.

- 289 Cette opinion est contestée par la doctrine minoritaire⁴⁸¹, qui considère que la responsabilité pour inexécution du mandataire doit être soumise aux règles délictuelles des articles 41 ss CO. A ce titre, une distinction est opérée entre les obligations de moyen et de résultat. La responsabilité du mandataire en cas d'inexécution des premières suppose en effet que le mandant puisse prouver que son cocontractant a violé son devoir de diligence, ce qui équivaudrait à prouver la faute. Dès lors, le fardeau de la preuve correspondrait à celui de l'article 41 CO et non à celui de l'article 97 CO dans lequel la faute est présumée. La responsabilité fondée sur l'article 97 CO se limiterait alors à l'inexécution d'une obligation de résultat.
- 290 A notre sens, l'article 97 CO reste toutefois applicable aux obligations de moyen⁴⁸². Certes, une fois la violation du devoir de diligence prouvée par le créancier, il semble peu probable que le débiteur puisse se libérer de sa responsabilité en apportant la preuve qu'il n'a pas commis de faute. Le régime de l'article 41 CO n'est toutefois pas adapté à la violation d'une obligation contractuelle, puisque le prérequis de son application est l'existence d'un acte illicite. Il ne serait selon nous pas conforme à l'esprit de la loi d'étendre cette notion au non-respect des obligations contractuelles de moyen. Si l'on considère que la violation du contrat constitue la facette objective de la violation du devoir de diligence et la faute sa facette subjective⁴⁸³, l'application de l'article 97 CO aux obligations de moyen ne pose pas de problème particulier et reste conforme à la systématique de la partie générale du Code des obligations.
- 291 Au devoir de diligence s'ajoute celui de fidélité au mandant (art. 398 al. 2 CO), comprenant, entre autres, l'obligation du mandataire de rendre compte de son activité au mandant et de lui restituer tout ce qu'il a reçu du fait du mandat (art. 400 CO). La reddition de compte et le devoir de restitution découlent du devoir de fidélité du mandataire, la première étant parfois également considérée comme une conséquence du devoir de diligence⁴⁸⁴. La reddition de comptes suppose la fourniture de renseignements par le mandataire sur demande du mandant, dont le non-respect peut entraîner une responsabilité pour mauvaise exécution.
- 292 La maison de vente a le droit de répudier le mandat en tout temps (art. 404 al. 1 CO), mais peut être obligée de dédommager le fournisseur si elle le fait en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). Certaines obligations accessoires, énumérées plus haut⁴⁸⁵, peuvent également

⁴⁸¹ WERRO, Mandat, N 827 ss et 872 ss.

⁴⁸² BaK-WEBER, CO 398 N 32 ; TERCIER/FAVRE, N 5192. Cf. également ATF 120 II 248 c. 2.c, JdT 1995 I 559.

⁴⁸³ BaK-WEBER, CO 398 N 32.

⁴⁸⁴ TERCIER/FAVRE, N 5160 ; WERRO, Mandat, N 512 ss ; RUOSS, Scheingebote, p. 42. ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58, SJ 2006 I 407 ; ATF 110 II 181, JdT 1984 I 488, SJ 1987 130.

⁴⁸⁵ Cf. *supra* N 88 ss.

engendrer une responsabilité de la maison de vente. Nous illustrerons chacun de ces devoirs au moyen de scénarios envisageables de violation par la maison de vente.

293 Les situations de demeure ont leur propre système, distinct, tiré de la partie générale du Code des obligations. Les articles 102 ss CO prévoient notamment une possibilité pour le mandant de demander au mandataire des dommages-intérêts pour cause de retard (art. 103 CO) et de lui fixer un délai de grâce pour l'exécution (art. 107 al. 1 CO). A défaut d'exécution à l'échéance de ce délai, le mandant peut exercer son droit de renoncer à l'exécution du contrat par une déclaration immédiate (art. 107 al. 2 CO). Il a alors le choix entre des dommages-intérêts pour inexécution ou une résolution du contrat au sens de l'article 109 CO.

2. Conséquences

294 Quelle que soit l'obligation violée par le mandataire, le mandant dispose de plusieurs moyens en cas d'inexécution de son cocontractant. Nous examinerons successivement la prétention classique en dommages-intérêts (a), la réduction ou la suppression des honoraires du mandataire (b) et finalement la possibilité pour le mandant de révoquer le contrat (c).

a. Dommages-intérêts

295 Une violation par la maison de vente de son devoir de diligence et de fidélité peut entraîner sa responsabilité au sens de l'article 398 alinéa 2 CO, fondant une prétention en dommages-intérêts du fournisseur. Celle-ci suppose :

- (i) une inexécution d'une obligation, que la violation concerne le devoir de diligence incluant le respect des règles de l'art et des pouvoirs de représentation, ou le devoir de fidélité dont font partie les devoirs d'information, de discrétion, de reddition des comptes et de restitution, de même que l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts ;
- (ii) un dommage, qui peut être extrêmement difficile à estimer et que nous détaillerons ci-après ;
- (iii) une causalité naturelle et adéquate entre l'inexécution et le dommage ; et
- (iv) l'absence de la preuve par le mandataire qu'il n'a pas commis de faute⁴⁸⁶.

296 Lorsque ces conditions sont réunies, le fournisseur peut demander la réparation de son intérêt positif, à savoir la différence entre son patrimoine actuel et son patrimoine tel qu'il serait si le

⁴⁸⁶ Par exemple, ATF 132 III 359 c. 3.1, JdT 2006 I 295. TERCIER/FAVRE, N 5202 ss ; BaK-WEBER, CO 398 N 30.

contrat avait bien été exécuté⁴⁸⁷. Cette conséquence découle directement de l'application de l'article 398 alinéa 1 CO, qui renvoie à la responsabilité du travailleur (art. 321e CO), elle-même n'étant qu'un cas d'application des principes généraux de l'inexécution au sens des articles 97 ss CO⁴⁸⁸.

- 297 La détermination du montant du dommage⁴⁸⁹ subi par le fournisseur du fait d'une inexécution par la maison de vente est extrêmement difficile. Lorsqu'un fournisseur désire faire valoir un intérêt à la bonne exécution du mandat, il doit prouver que le contrat de vente aux enchères aurait été conclu sans l'inexécution de la maison de vente, ce qui reste très hypothétique. Il semble délicat d'estimer le résultat des enchères, tant sur le principe (le bien aurait-il ou non été vendu) que sur la quotité (quel aurait été le prix de vente)⁴⁹⁰.
- 298 WERRO considère que l'on pourrait fonder la réparation de ce dommage sur la théorie de la perte d'une chance⁴⁹¹. Selon cette théorie, qui trouve sa source en droit français⁴⁹², « [...] dans les cas de causalité incertaine, le fait qui déclenche la responsabilité civile n'est pas l'atteinte à un bien juridique qui est traditionnellement protégé par le droit contractuel [...]. C'est la *perte d'une chance* elle-même qui constitue le fait générateur de la responsabilité civile »⁴⁹³. Bien qu'elle soit admise par une partie de la doctrine⁴⁹⁴, le Tribunal fédéral n'y souscrit pour l'instant pas⁴⁹⁵. La théorie de la perte d'une chance repose sur le principe selon lequel « le dommage réparable consiste dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice »⁴⁹⁶. Or, selon notre Haute Cour, « la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis ; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue »⁴⁹⁷.

⁴⁸⁷ HOFSTETTER, p. 125 ; GUTZWILLER, p. 361 ; WERRO, Mandat, N 1006 ss sur le *reliance interest*.

⁴⁸⁸ CR CO I-AUBERT, CO 321e N 1. Controversé : WERRO, Mandat, N 827 ss.

⁴⁸⁹ Cf. BK-FELLMANN, CO 398 N 333 ss.

⁴⁹⁰ Les éventuelles enchères formulées antérieurement à la vente (par exemple faites par écrit) peuvent donner des indices en ce sens, mais ne sont pas déterminantes.

⁴⁹¹ CR CO I-WERRO, CO 404 N 11. Pour un raisonnement analogue appliqué à une situation légèrement différente (rupture des négociations précontractuelles), cf. KUONEN, N 1950 ss.

⁴⁹² KADNER GRAZIANO, p. 218 s. ; MÜLLER, p. 51 ; LE TOURNEAU, N 1415 ss et références citées.

⁴⁹³ KADNER GRAZIANO, p. 228.

⁴⁹⁴ KUONEN, N 1931 ss ; MÜLLER, p. 390 ; THEVENOZ, Perte d'une chance, p. 254 s. ; WERRO, Mandat, N 1020 ss.

⁴⁹⁵ La question est laissée ouverte dans l'arrêt du TF, 13 juin 2007, 4A.61/2007. L'ATF 133 III 462 examine la question sous l'angle de l'arbitraire et arrive à la conclusion qu'il n'est pas arbitraire de ne pas admettre l'application de la théorie de la perte d'une chance au cas particulier. Il pourrait toutefois ne pas être arbitraire de l'admettre.

⁴⁹⁶ ATF 133 III 462 c. 4.2.

⁴⁹⁷ ATF 133 III 462 c. 4.4.3. Cf. également MÜLLER, N 359.

- 299 La question reste très controversée. Les tenants de la définition traditionnelle du dommage ne peuvent se résoudre à considérer qu'un préjudice selon eux incertain puisse être réparé. Or le dommage résultant de la perte d'une chance doit être considéré comme une problématique relative à la détermination de la valeur de la chance perdue en tant que telle⁴⁹⁸. Il ne s'agit pas de se demander quel serait le montant total du dommage si celui-ci s'était réalisé, mais bien de réparer la probabilité d'obtenir le résultat. Les Principes Unidroit prévoient ainsi, en leur article 7.4.3 alinéa 2 que « [l]a perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation ». Une partie de la doctrine soutient malgré tout que le problème réside dans le lien de causalité, alors que la question porte sur la définition du dommage en tant que tel⁴⁹⁹. Or, il n'existe une obligation de réparer le dommage résultant de la perte d'une chance que s'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le fait générateur de responsabilité et la perte définitive de la chance⁵⁰⁰. La causalité ne s'examine pas en mettant en lien le fait imputable à l'auteur avec le dommage final hypothétique⁵⁰¹. La théorie de la perte d'une chance ne porte par conséquent pas atteinte aux conditions et aux fondements de la responsabilité en droit suisse. Il suffirait de l'intégrer dans le concept même du dommage pour quelle s'insère aisément dans notre ordre juridique. La doctrine considère généralement que l'institution de la perte d'une chance devrait être reconnue par le Tribunal fédéral⁵⁰².
- 300 Les quelques situations dans lesquelles la question a été brièvement abordée relèvent de la responsabilité dans le domaine médical, qui engendre de nombreux cas d'application. Lorsqu'un médecin viole les règles de l'art et ne parvient pas à soigner un patient, la détermination du dommage se fait en comparant la situation de ce dernier avec celle qui aurait été la sienne si les règles de l'art n'avaient pas été violées. Or il n'est en principe pas possible de déterminer avec certitude si le patient aurait été guéri dans l'hypothèse où le médecin aurait respecté ses obligations, mais uniquement quelle aurait été sa chance de guérison et donc sa chance de ne pas subir de dommage. Dans ce cadre, une valeur doit être attribuée à la probabilité de guérir.
- 301 Nous devons toutefois différencier le cas qui nous occupe de celui du domaine médical. En matière de responsabilité contractuelle, la théorie de la perte d'une chance est fréquemment utilisée pour définir le dommage, sans qu'une référence directe n'y soit forcément faite. Nous pensons notamment à la réparation d'un gain manqué, qui suppose par exemple qu'une affaire n'a pas pu être conclue en raison de l'inexécution d'une obligation. Les faits ne s'étant pas produits, il n'est pas possible de savoir avec une absolue certitude s'ils auraient entraîné la

⁴⁹⁸ MÜLLER, N 329 ss ; THÉVENOZ, Perte d'une chance, p. 241 ; KADNER GRAZIANO, p. 228.

⁴⁹⁹ BK-BREHM, CO 42 N 56a.

⁵⁰⁰ MÜLLER, N 404.

⁵⁰¹ MÜLLER, N 404 ; KADNER GRAZIANO, p. 229.

⁵⁰² BK-BREHM, CO 42 N 56a ; WERRO, Responsabilité civile, N 131 ; THÉVENOZ, Perte d'une chance, p. 255.

conclusion d'une autre affaire. Même si la causalité est donnée avec une vraisemblance hautement prépondérante, le critère de la chance de contracter est tout de même pris en compte.

- 302 Lorsque la maison de vente aux enchères viole une de ses obligations à l'égard du fournisseur et que le bien n'est pas vendu, il n'est pas toujours possible d'affirmer que, sans l'inexécution, le bien aurait été vendu. L'existence et le montant des enchères potentielles ne peuvent pas être évalués sans aucun doute. A ce stade intervient la théorie de la perte d'une chance, qui met en rapport le dommage hypothétiquement subi avec la probabilité de le subir. A notre sens, il s'agit d'une simple situation d'estimation du gain manqué dont la composante chance est un peu plus marquée qu'usuellement. Il nous semble justifié de lui appliquer la perte d'une chance plutôt que de refuser systématiquement toute réparation au mandant.
- 303 Une partie de la doctrine est encline à aller dans ce sens. KADNER GRAZIANO relève d'ailleurs qu'il est plus aisé de faire le pas en matière contractuelle que délictuelle. En effet, « [e]n droit contractuel, la sauvegarde des chances de succès est, le cas échéant, au centre de la prestation contractuelle. [...] Une fois que la violation de cette obligation principale de sauvegarder les chances de l'autre partie est constatée, la question devient un problème de mesure du dommage qui en résulte »⁵⁰³. En s'engageant à mettre en œuvre toute sa diligence pour vendre le bien du fournisseur, la maison de vente s'oblige à sauvegarder ses chances d'obtenir le résultat. Dans ce sens, la violation de ce devoir a pour conséquence que le fournisseur perd ses chances d'obtenir la vente et doit être dédommagé pour cela.
- 304 La perte d'une chance semble particulièrement intéressante pour analyser les violations d'obligations de moyen. En raison de l'aléa inhérent à ce type d'obligations, l'on ne peut jamais affirmer avec certitude que le résultat aurait été obtenu en l'absence de violation de ses obligations par le mandataire⁵⁰⁴. Cela n'est pas une raison suffisante pour refuser tout dédommagement au mandant. Il est approprié, dans un tel cas, de prendre en compte la probabilité de réussite dans le cas d'une exécution conforme. La méthode de calcul du dommage résultant de la perte d'une chance consiste en la multiplication de la valeur de l'enjeu total par le pourcentage de chance de l'obtenir⁵⁰⁵. Nous verrons dans chaque cas de violation de ses obligations par la maison de vente comment le dommage doit être estimé.

⁵⁰³ KADNER GRAZIANO, p. 242. Cf. aussi MÄSCH, p. 243.

⁵⁰⁴ Nous suivons ici l'opinion de WERRO, Mandat, N 1020 et 1022, selon lequel seule la perte d'une chance peut être réparée en cas de violation d'une obligation de moyen, le résultat n'ayant pas été promis en raison de son aléa.

⁵⁰⁵ MÜLLER, N 567.

b. Réduction ou suppression des honoraires

305 Une autre sanction de la violation des obligations du mandataire consiste en la réduction ou, dans les cas les plus graves, en la suppression des honoraires⁵⁰⁶. En cas de mauvaise exécution, le mandant ne devrait pas avoir à payer la totalité de la rémunération du mandataire. Ce dernier ne devrait cependant être privé de toute rémunération qu'en situation d'inexécution totale de ses obligations⁵⁰⁷. Ce moyen du mandant ne découle pas du texte légal, mais a été introduit par la jurisprudence⁵⁰⁸, puis admis par la doctrine. Le fondement du droit à réduire les honoraires réside dans la réciprocité des prestations découlant du contrat de mandat. La rémunération récompensant l'exécution des obligations du mandataire, une exécution partielle ou défectueuse justifie sa réduction, tandis qu'une inexécution totale motive la suppression des honoraires⁵⁰⁹.

306 Les dommages-intérêts et la prétention en réduction des honoraires peuvent également être cumulés⁵¹⁰. Nous apportons toutefois un bémol à cette règle dans la mesure où nous considérons qu'un mandant dont le dommage résultant d'une inexécution serait entièrement réparé par le versement de dommages-intérêts ne pourrait prétendre à une réduction des honoraires du mandataire. En effet, il se retrouve dans la position où il serait si le contrat avait bien été exécuté du fait de l'indemnité. La situation étant identique à une bonne exécution, le mandataire a droit à sa rémunération⁵¹¹. Cette solution reprend celle prévue à l'article 397 alinéa 2 CO selon laquelle le mandataire qui ne respecte pas les instructions du mandant mais prend à sa charge le préjudice en découlant a droit à sa rémunération⁵¹².

307 Une caractéristique de la vente aux enchères réside dans la rémunération du mandataire en fonction du résultat, qui est inhérente au contrat de commission mais doit être spécialement prévue dans le contrat de mandat. Il en résulte des particularités en ce qui concerne l'inexécution du mandat. Lorsque la vente n'aboutit pas, la maison de vente, même si elle a parfaitement exécuté le contrat et notamment respecté son devoir de diligence et de fidélité,

⁵⁰⁶ CR CO I-WERRO, CO 394 N 44 ; BaK-WEBER, CO 394 N 43 ; DERENDINGER, N 370 ss ; TERCIER/FAVRE, N 5252 ss.

⁵⁰⁷ WERRO, Mandat, N 734.

⁵⁰⁸ TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 ; ATF 124 III 423 c. 3, JdT 1999 I 462, SJ 1999 I 72 ; ATF 117 II 563 c. 2.a, SJ 1992 300 ; TF, 28 octobre 1986, SJ 1987 254 c. 5 ; ATF 110 II 375 c. 2, SJ 1985 262 ; ATF 108 II 197 c. 2, JdT 1982 I 548.

⁵⁰⁹ WERRO, Mandat, N 1058 ; DERENDINGER, N 436 ss.

⁵¹⁰ WERRO, Mandat, N 1070 ; TERCIER/FAVRE, N 5272 ; DERENDINGER, N 443 ss ; GMÜR, N 533 ss. ATF 124 III 423 c. 3.c. *Contra* : CJ Ge, 21 octobre 1955, SJ 1957 271.

⁵¹¹ TF, 28 octobre 1986, SJ 1987 254 c. 5. BaK-WEBER, CO 394 N 43 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 535 ; DERENDINGER, N 446 ; GMÜR, N 454 ; BRETTON-CHEVALLIER, p. 205. *Contra* : WERRO, Mandat, N 1069.

⁵¹² Cette solution est également prévue à l'article 428 CO lorsque les instructions enfreintes sont celles portant sur le prix de réserve. Cf. *infra* N 325.

n'a pas droit à une rémunération. Les chances pour la maison de vente d'obtenir une commission sont toutefois plus importantes lorsqu'elle exécute au mieux ses obligations. Le fait que l'intérêt de la maison de vente et celui du fournisseur convergent est en soi garant pour ce dernier d'une bonne exécution du contrat.

c. Résiliation du contrat de mandat pour justes motifs

- 308 Enfin, l'article 404 CO régissant la résiliation du contrat de mandat, donne à chaque partie le pouvoir de mettre fin au contrat en tout temps⁵¹³. Cette disposition est traditionnellement considérée comme impérative par le Tribunal fédéral⁵¹⁴. La jurisprudence constante rappelle qu'un tel droit trouve sa source dans le rapport de confiance fondant le mandat⁵¹⁵. Si la confiance entre les parties n'existe plus, la continuation des rapports ne peut pas leur être imposée, puisque le fondement du contrat n'est plus valide. Une partie de la doctrine, traditionnelle, suit le raisonnement du Tribunal fédéral et adhère entièrement au principe de l'application impérative de l'article 404 CO⁵¹⁶.
- 309 Certains auteurs s'opposent à cette interprétation et proposent une argumentation plus nuancée, selon laquelle seuls quelques types de mandats présentant un caractère personnel accru devraient être mis au bénéfice d'une application impérative de l'article 404 CO⁵¹⁷. Le droit de résilier le mandat en tout temps devrait selon eux être limité aux mandats typiques, gratuits ou strictement personnels. Le Tribunal fédéral refuse de faire droit à cette distinction et rappelle de manière constante que tous les mandats, qu'ils soient gratuits ou onéreux, à caractère strictement personnel ou non, sont soumis à la réglementation selon lui absolument impérative du droit des mandats⁵¹⁸. Enfin, une série d'auteurs est d'avis que le caractère impératif de l'article 404 CO doit être complètement abandonné au vu de l'évolution des caractéristiques du contrat de mandat⁵¹⁹.

⁵¹³ Cette règle s'ajoute au principe général applicable à tout contrat de durée selon lequel chaque partie a le droit de résilier le contrat pour justes motifs. A ce sujet, cf. GAUCH, Auftrag, p. 521 ss.

⁵¹⁴ TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 ; TF, 31 mars 2005, SJ 2005 I 417 c. 5.4 ; ATF 115 II 464 c. 2.a, JdT 1990 I 312 ; ATF 110 II 380 c. 2, JdT 1985 I 274 ; ATF 109 II 462 c. 3.e, JdT 1984 I 210 ; ATF 106 II 157 c. 2.b, JdT 1980 I 370 ; ATF 104 II 108 c. 4, JdT 1980 I 77 ; ATF 103 II 129 c. 1, JdT 1978 I 150 ; ATF 98 II 305 c. 2.a, JdT 1973 I 536. Cf. cependant ATF 120 V 299.

⁵¹⁵ Cf. notamment ATF 115 II 464 c. 2.a, JdT 1990 I 312, ainsi que les arrêts cités sous n. 514. HOFSTETTER, p. 67 s. ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 49 N 27.

⁵¹⁶ HOFSTETTER, p. 67 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 49 N 27 ss ; BK-GAUTSCHI, CO 404 N 10a ss.

⁵¹⁷ TERCIER/FAVRE, N 5290 ; ENGEL, Contrats, p. 508 ss ; GAUCH, Recht, p. 15 ss ; BUCHER, RDS, p. 322 ss ; GAUCH, Architekturvertrag, p. 51 ; JÄGGI, p. 304 s. Cf. à ce sujet ATF 115 II 464 c. 2.a, JdT 1990 I 312.

⁵¹⁸ ATF 115 II 464 c. 2, JdT 1990 I 312.

⁵¹⁹ WERRO, Mandat, N 245 ss ; BK-FELLMANN, CO 404 N 118 ; GAUCH, Recht, p. 19.

- 310 Dans les cas où le mandant octroie au mandataire un pouvoir de représentation, il ne devrait à notre sens pas être possible de s'écarter conventionnellement de l'article 404 CO. Le contrat existe dans ce cas en vue de l'accomplissement par le mandataire d'un acte juridique. Il est alors à notre sens justifié de permettre au mandant de révoquer le mandat en tout temps. Les pouvoirs de représentation peuvent être retirés par une simple déclaration unilatérale au représentant, ce qui est légitime pour éviter que le représenté soit engagé juridiquement contre son gré. Le contrat de mandat s'épuisant dans l'accomplissement de l'acte juridique, son existence se justifie par l'existence des pouvoirs de représentation. Par conséquent, le mandat doit pouvoir être révoqué de la même manière que les pouvoirs, c'est-à-dire de manière unilatérale et en tout temps. La relation particulière nouée entre les parties devrait également permettre au mandataire de répudier le mandat en tout temps, à défaut de quoi un déséquilibre dans les relations entre les parties pourrait en résulter.
- 311 Le mandat octroyé à la maison de vente par le fournisseur visant précisément la conclusion d'un contrat de vente, le fournisseur doit être libre de mettre un terme à cette relation en tout temps. Nous sommes d'avis que l'article 404 CO s'applique impérativement dans le cas d'espèce, mais également de manière plus large en raison de la relation de confiance entre les parties au contrat de mandat. Le caractère impératif de l'article 404 CO étant une des problématiques les plus controversées du droit suisse des obligations, nous ne détaillerons pas davantage les discussions doctrinales sur le sujet. Notre propos n'est en effet pas d'en saisir tous les enjeux, mais d'extraire les éléments nécessaires à notre raisonnement dans le cadre du présent travail. Nous renvoyons donc aux ouvrages qui traitent de l'article 404 CO de manière complète⁵²⁰.
- 312 Le principe de l'application impérative de l'article 404 CO est tempéré par la règle de l'article 404 alinéa 2 CO, selon laquelle « [c]elle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause ». WERRO distingue donc avec raison le pouvoir de résilier le contrat en tout temps du droit de le faire⁵²¹. Chacune des parties est autorisée à mettre un terme à la relation à quelque moment que ce soit, mais n'en a le droit que lorsque la résiliation n'a pas lieu en temps inopportun. A défaut, la partie en question doit dédommager son cocontractant au sens de l'article 404 alinéa 2 CO. La répudiation, lorsque la résiliation est le fait du mandataire, ou la révocation, quand le mandant met un terme au contrat, est alors traitée comme une inexécution contractuelle donnant lieu à des dommages-intérêts.
- 313 La partie résiliant le contrat n'est toutefois pas tenue pour responsable du dommage subi par son cocontractant lorsque la résiliation a lieu pour de justes motifs, selon le principe général

⁵²⁰ Notamment HOFSTETTER, p. 57 ss ; WERRO, Mandat, N 245 ss ; GAUCH, Recht, p. 9 ss.

⁵²¹ Sur cette distinction, cf. WERRO, Mandat, N 271 ss ; HOFSTETTER, p. 59 ; TERCIER/FAVRE, N 5284 et 5291.

établi par la jurisprudence⁵²². Dans la mesure où le contrat de mandat peut être analogue à un contrat de durée, il doit exister une possibilité d'y mettre un terme lorsque la continuation des relations n'est plus envisageable. Il faut donc admettre le droit de résilier librement le mandat en temps inopportun s'il existe de justes motifs. A défaut, il est toujours possible de mettre fin au contrat en payant des dommages-intérêts. Constituent de justes motifs les événements imputables à faute du cocontractant ou émanant de sa sphère de risques, qui sont de nature à rompre le rapport de confiance et ne permettent pas d'exiger la continuation de la relation contractuelle⁵²³. Une inexécution par le cocontractant est par exemple un juste motif⁵²⁴. La résiliation de l'article 404 CO peut donc être utilisée comme moyen du fournisseur en cas d'inexécution par la maison de vente et vice-versa. Les mêmes règles sont applicables au contrat de commission, par renvoi de l'article 425 CO.

B. Inexécution par le mandant

- 314 Les possibilités d'inexécution par le mandant sont plus restreintes que pour le mandataire. Nous procéderons cependant de la même manière que plus haut, en distinguant tout d'abord les types d'inexécution envisageables (1), puis en mettant en évidence les conséquences pour la mandataire (2).

1. Violation des obligations

- 315 Le mandant a pour obligation principale de rémunérer la maison de vente conformément à ce qui est prévu dans le contrat qui les lie. A défaut de convention des parties, les dispositions générales sur l'exécution (art. 68 ss CO) trouvent application pour déterminer notamment le lieu et le moment d'exécution. Le principe est que les prestations doivent être exécutées trait pour trait (*Zug um Zug*) et sont immédiatement exigibles (art. 82 et 75 CO). Les prestations en argent sont dues au domicile du créancier au moment du paiement (art. 74 al. 2 ch. 1 CO). Lorsque cette obligation n'est pas respectée, le mandant tombe en demeure conformément aux articles 102 ss CO.

⁵²² TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 ; ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482 ; TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 c. 1.a.bb ; TF, 5 février 1998, SJ 1998 620 c. 2 ; ATF 110 II 380 c. 3.b, JdT 1985 I 274 ; ATF 106 II 160 c. 2.c, JdT 1980 I 372 ; ATF 97 II 390 c. 3 et 7, JdT 1973 I 80 ; ATF 93 II 291 c. 7, SJ 1968 167 ; ATF 92 II 299 c. 3.b. CR CO I-THÉVENOZ, Intro. CO 184-529 N 44 ; TERCIER/FAVRE, N 5310 ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 12 ; BaK-WEBER, CO 404 N 16 ; WERRO, Mandat, N 311 et 333 ; TERCIER, Extinction, N 331 ; critique : GAUCH, Recht, p. 12 s. n. 30.

⁵²³ CR CO I-WERRO, CO 404 N 12 ; HOFSTETTER, p. 67 s.

⁵²⁴ TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 ; TF, 5 février 1998, SJ 1998 617 c. 2.

316 Lorsque le mandant révoque le contrat en application du droit qui lui est réservé par l'article 404 CO, il peut être responsable du dommage subi par le mandataire en cas de résiliation en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). Le caractère exclusif du contrat de mandat interdit également au mandant de mandater un tiers pour la même affaire. Enfin, les obligations accessoires doivent être respectées.

2. Conséquences

317 Contrairement aux moyens du fournisseur à l'encontre de la maison de vente en cas d'inexécution, les moyens de la seconde suite à la violation d'une obligation du premier se résument essentiellement à des prétentions en dommages-intérêts, fondées sur l'article 97 CO, dont l'ampleur doit être déterminée dans chaque cas. En cas de demeure, l'article 104 CO spécifie la prétention en dommages-intérêts pour cause de retard dans le versement d'une somme d'argent. Les autres prétentions octroyées par les articles 107 ss CO n'ont que peu d'intérêt comme nous le verrons ci-après.

318 La maison de vente peut également répudier le contrat de mandat comme moyen en réaction à une inexécution du fournisseur (art. 404 CO), ce qui lui permet de ne pas mettre en vente le bien sans être soumise à la responsabilité de l'article 404 alinéa 2 CO. Cette solution n'est en réalité intéressante que lorsque le fournisseur viole son obligation d'informer, la maison de vente ayant dans les autres cas soit elle-même subi une révocation du contrat, soit déjà exécuté ses obligations.

§ 2 Inexécution des obligations de la maison de vente à l'égard du fournisseur

319 La maison de vente déploie son activité à partir du moment où le bien lui est remis pour estimation jusqu'à celui où la vente est conclue ou échoue. Le mandat s'étend souvent même au-delà de la conclusion du contrat de vente, pour permettre à la maison de vente d'exécuter les prestations pour le compte du fournisseur. Le mandat n'est traditionnellement pas considéré comme un contrat de durée, mais, à moins qu'il ne se limite à un service déterminé, est traité de manière analogue à un contrat de durée⁵²⁵. Cette catégorisation a une importance notamment en relation avec la fin du contrat et les prétentions en découlant⁵²⁶. Pour une vente aux enchères, la maison de vente ne se contente pas de l'activité ponctuelle de la vente du bien, mais agit également en amont et en aval. Une violation de ses obligations à l'égard du fournisseur peut survenir à chacune de ces étapes. Nous examinerons successivement

⁵²⁵ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 129 ss ; TERCIER/FAVRE, N 4975. Cf. *supra* N 120 et 122.

⁵²⁶ Cf. *infra* N 338 ss.

l'inexécution des différentes obligations, *i.e.* la violation du devoir de diligence (A), celle du devoir de fidélité (B), la répudiation sans justes motifs (C) et l'inexécution des obligations accessoires (D). Nous traiterons enfin de la possibilité pour la maison de vente de restreindre contractuellement sa responsabilité (E).

A. Violation du devoir de diligence

320 La maison de vente est responsable au sens de l'article 97 CO en cas de violation d'une de ses obligations causant un dommage au fournisseur, si elle n'est pas à même de prouver qu'elle a agi sans faute⁵²⁷. L'article 101 CO s'applique si la maison de vente a confié l'exécution d'une de ses obligations à un auxiliaire qui a causé un dommage dans l'exécution de son travail. Nous traiterons dans un premier temps de la violation par la maison de vente de son devoir de diligence de manière générale (1), puis examinerons le cas particulier du dépassement des pouvoirs de représentation (2).

1. En général

321 Le devoir de diligence de la maison de vente suppose que celle-ci agisse en conformité avec ce que l'on peut attendre d'un professionnel raisonnable placé dans une situation identique à la sienne⁵²⁸. Les exigences ne peuvent être définies abstraitement mais dépendent de toutes les circonstances du cas d'espèce et notamment de la convention des parties. La maison de vente se trouve en situation d'inexécution lorsqu'elle viole les règles de l'art. Un corollaire de cette obligation est le devoir de tout mettre en œuvre pour obtenir le prix de vente le plus élevé possible⁵²⁹. Le devoir d'agir de la maison de vente découle du devoir de diligence et de l'exclusivité du mandat conclu avec le fournisseur. Ce dernier a remis son bien à la maison de vente pour l'exposition et la vente. Il n'a, de fait, pas la possibilité de vendre le bien par un autre biais. Si la maison de vente n'agit pas, elle se trouve en situation d'inexécution du contrat.

⁵²⁷ ATF 117 II 563 c. 2.a, SJ 1992 300.

⁵²⁸ TERCIER/FAVRE, N 5117 ; HOFSTETTER, p. 128 ; WERRO, Mandat, N 561 ss. ATF 127 III 357 c. 1.c, JdT 2002 I 192 ; ATF 124 III 155 c. 3, SJ 1998 689 ; ATF 115 II 62 c. 3, JdT 1989 I 539. En droit américain, cf. CONTRERAS, p. 725, au sujet du devoir de diligence de la maison de vente.

⁵²⁹ En droit américain, la relation d'*agency* existant entre le fournisseur et la maison de vente engendre pour celle-ci un *duty of diligence*, similaire au devoir de diligence. Ce devoir suppose que la maison de vente obtienne le meilleur prix possible pour les biens mis en vente, notamment en déployant tous ses efforts pour inciter les acheteurs potentiels à enchérir et créer une atmosphère propre à l'émulation, une certaine frénésie dans le public provoquant les offres. L'obligation imposée par la *common law* recoupe donc celle de droit suisse. Cf. CONTRERAS, p. 723 s. ; Jones v. Tennessee Valley Authority, 334 F. Supp. 739, 743 (D.C.Fla., 1971).

2. Dépassement des pouvoirs de représentation

- 322 La maison de vente a, de par le contrat de mandat, le pouvoir de représenter le mandant pour la vente du bien au plus offrant (art. 396 al. 2 *cum* art. 229 al. 3 CO). Les pouvoirs de représentation peuvent être précisés par la procuration donnée par le fournisseur ou par le contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente. Si la maison de vente outrepassa ses pouvoirs et que le contrat de vente est tout de même conclu en raison de l'apparence efficace (art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37 CO), elle viole son obligation de diligence (art. 398 al. 1 CO). Le fournisseur peut notamment se trouver engagé au-delà de ce qu'il désirait, par exemple lorsque le prix de réserve n'est pas respecté, ou lorsque la maison de vente ne vend pas au plus offrant et cause de ce fait un préjudice au fournisseur.
- 323 Dans ces hypothèses, la maison de vente vend le bien alors qu'elle n'en a pas le pouvoir, soit parce que la procuration initiale comporte des limitations, soit parce que le représenté a restreint ou retiré les pouvoirs dans les rapports internes postérieurement à leur attribution. L'une des conditions de l'article 32 CO, le pouvoir d'agir de la maison de vente, faisant défaut, les effets de la représentation ne devraient *a priori* pas se produire. En l'absence de pouvoirs, la maison de vente n'engage le fournisseur que dans deux situations. La première survient en cas de ratification par le fournisseur du contrat fait sans pouvoirs (art. 38 et 39 CO). Cette situation semble toutefois peu probable lors d'une vente aux enchères.
- 324 La seconde se réalise lorsque le contrat est conclu en raison de l'apparence efficace de pouvoirs (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO). Le tiers-acheteur doit être de bonne foi et avoir reçu une communication de la part du représenté ou de son messenger (la maison de vente) lui faisant part de pouvoirs plus étendus que ceux existants. Le prix de réserve n'étant pas communiqué aux enchérisseurs, son non-respect ne peut leur être opposé. De même, les enchérisseurs n'ayant pas connaissance du contenu de toutes les enchères (téléphoniques, écrites, entre présents, sur Internet), il n'est en principe pas possible d'opposer à l'adjudicataire le fait qu'il aurait dû savoir qu'il n'était pas le plus offrant. Dès lors, l'apparence efficace pallie l'absence de pouvoirs de représentation et le fournisseur est lié par le contrat de vente aux enchères⁵³⁰. La maison de vente peut être responsable du dommage causé, montant équivalent à la différence entre le prix de vente et le prix de réserve lorsque celui-ci n'a pas été respecté, et à celle entre le prix de la plus haute enchère et le prix obtenu dans le cas où le contrat n'a pas été conclu avec l'auteur de l'enchère la plus élevée.
- 325 En cas de représentation indirecte du fournisseur, bien que la maison de vente n'engage pas directement ce dernier, le fait d'aliéner le bien à un prix inférieur à la réserve prévue contractuellement peut également être considéré comme un non-respect de la diligence due. Le cas particulier du prix de réserve est d'ailleurs traité par la loi et la jurisprudence. Si la

⁵³⁰ Pour plus de détails sur ce raisonnement, cf. *supra* N 258 ss sur l'étendue des pouvoirs de représentation.

maison de vente est représentante indirecte du fournisseur, elle est liée à celui-ci par un contrat de commission⁵³¹. Les dispositions spéciales relatives à ce contrat sont alors applicables. L'article 428 alinéa 1 CO dispose que « [l]e commissionnaire qui a vendu au-dessous du minimum fixé par le commettant est tenu envers lui de la différence, s'il ne prouve qu'en vendant il a préservé le commettant d'un dommage et que les circonstances ne lui ont plus permis de prendre ses ordres ». L'alinéa 2 du même article ajoute que, « [s]'il est en faute, il doit réparer en outre tout le dommage causé par l'inobservation du contrat. » Cette disposition vise précisément le cas dans lequel un prix de réserve a été fixé par les parties mais n'a pas été respecté, lors de la conclusion du contrat, par le commissionnaire. Ce dernier est alors tenu de la différence envers son mandant⁵³², mais ne se trouve pas en situation d'inexécution⁵³³. Dans le cas, peu probable, où un dommage supplémentaire est causé par la violation de l'obligation de la maison de vente, celle-ci est tenue à réparation si elle est en faute⁵³⁴.

- 326 En cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente, le contrat liant ces parties est un mandat simple. Si l'article 428 CO n'est pas applicable à cette situation, les règles générales du mandat permettent de parvenir à une solution identique⁵³⁵. Le mandataire a en effet l'obligation de respecter les instructions de son mandant (art. 397 CO). A défaut, le mandat n'est correctement exécuté que si le mandataire supporte le préjudice (art. 397 al. 2 CO). Comme dans un contrat de commission, si la différence entre le prix de vente et le prix de réserve est prise en charge par la maison de vente, le Tribunal fédéral considère que la mandataire ne commet pas une inexécution⁵³⁶. Faute de paiement par la maison de vente, l'article 398 alinéa 2 CO s'applique et la mandataire risque non seulement une responsabilité pour le dommage subi, mais également une réduction ou une suppression de ses honoraires.
- 327 Les conditions de vente, prévoyant généralement la possibilité pour la maison de vente d'adjuger le bien en dessous du prix de réserve et de payer la différence au fournisseur, ne

⁵³¹ Cf. *supra* N 161.

⁵³² ATF 112 II 337 c. 4.d, JdT 1987 I 170.

⁵³³ ATF 112 II 337 c. 4.c, JdT 1987 I 170. Dans le même sens, BK-GAUTSCHI, CO 428 N 3b.

⁵³⁴ Le fournisseur n'a pas à prouver la faute de la maison de vente ; le fardeau de la preuve est inversé et celle-ci doit prouver qu'elle n'a pas commis de faute pour se libérer. L'article 97 CO s'applique, l'article 428 CO ne faisant que préciser les règles générales du mandat, elles-mêmes s'inspirant du régime général de l'inexécution. CR CO I-VON PLANTA, CO 428 N 8.

⁵³⁵ CR CO I-VON PLANTA, CO 428 N 1.

⁵³⁶ Pour le contrat de mandat, voir le texte même de l'article 397 alinéa 2 CO qui octroie un effet guérisseur à la réparation par le mandataire, le paiement de la différence étant considéré comme une sorte de *Selbsteintritt* : BaK-WEBER, CO 397 N 11 ; BK-FELLMANN, CO 397 N 166 ; CR CO I-WERRO, CO 397 N 15.

dérogent pas à cette solution. Les conditions générales de Sotheby's⁵³⁷ notamment disposent, en leur article 34 :

« [...] “Sotheby’s” aura le droit, à sa libre et entière appréciation, de vendre le lot au-dessous du “prix de réserve” et de remettre au “vendeur” les produits de la vente que le “vendeur” aurait reçus si le lot avait été vendu au prix de réserve. [...] »

Il existe une clause similaire à l'article 7 (b) du contrat entre le fournisseur et Christie's :

« [...] Toutefois, nous serons autorisés à vendre les Lots au-dessous du Prix de Réserve. Dans ce cas, nous serons alors tenus à votre égard dans la même mesure que si le Prix d'Adjudication avait été égal au Prix de Réserve. »

- 328 L'essentiel est que le fournisseur puisse exiger le paiement de la différence par la maison de vente. Ainsi, en cas de dépassement des pouvoirs de représentation, la maison de vente est tenue de payer au fournisseur la différence entre le prix d'adjudication et le prix de réserve, que ce soit à titre de dommages-intérêts ou de simple contre-prestation.

B. Violation du devoir de fidélité

- 329 Selon la jurisprudence et la doctrine traditionnelle, le devoir de fidélité s'applique à tout type de mandat, qu'il soit d'intermédiaire ou de service. Selon WERRO⁵³⁸ en revanche, le devoir de fidélité n'existe que dans le cas où le mandataire agit pour le compte de son mandant, en tant qu'intermédiaire dans une relation avec un tiers. Cette opinion prend sa source dans l'origine du contrat de mandat en tant que contrat d'intermédiaire par excellence. Mais l'évolution du droit suisse en a fait un contrat général de service, que celui-ci se concrétise par un acte juridique ou par une activité de fait⁵³⁹.
- 330 La restriction opérée par WERRO n'a, à notre sens, pas lieu d'être. Elle n'a par ailleurs pas d'incidence sur le mandat de vendre un bien aux enchères qui, comme beaucoup de mandats actuellement, comprend à la fois des services de fait et des actes juridiques. Lors d'une vente aux enchères, la maison de vente est représentante directe ou indirecte du fournisseur. Que le devoir de fidélité soit applicable uniquement aux mandats d'intermédiaire ou à tous les divers types de mandat n'est ici pas pertinent. Il en découle que la maison de vente a, en tout état de cause, l'obligation d'agir de manière loyale à l'égard de son mandant, en sus du devoir de diligence dans le déploiement de son activité. Une violation du devoir de fidélité survient

⁵³⁷ Cf. Annexe II.

⁵³⁸ WERRO, Mandat, N 144 et 503 ss ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 11. *Contra* : BaK-WEBER, CO 394 N 3.

⁵³⁹ Sur l'historique du contrat de mandat, et notamment sa transformation de contrat d'intermédiaire en un contrat de service (de durée ou non), voir WERRO, Mandat, N 48 ss.

lorsque le mandataire manque à son obligation d'informer son mandant, de le conseiller, de lui rendre des comptes ou en cas de conflit d'intérêts (1). Un cas particulier à la vente aux enchères survient lorsque la maison de vente conclut un accord illicite avec un tiers-enchérisseur (2).

1. En général

- 331 Le mandataire a l'obligation d'informer son mandant de tout ce qui concerne l'exécution du contrat⁵⁴⁰. Le devoir de discrétion impose quant à lui à la maison de vente de ne pas révéler à des tiers, notamment aux enchérisseurs, les instructions internes⁵⁴¹. La révélation du prix de réserve, par exemple, pourrait être préjudiciable au fournisseur cherchant à obtenir le meilleur prix. La maison de vente a en principe également l'obligation de ne pas révéler l'identité du fournisseur. En violant les devoirs d'information et de discrétion, elle s'expose à une action en inexécution de la part du fournisseur.
- 332 La maison de vente a également l'obligation, au sens de l'article 400 CO, « de rendre en tout temps compte [au fournisseur] de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'[elle] a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. » L'obligation de restitution peut être violée notamment en cas de non-paiement au fournisseur du prix versé par l'acheteur. La maison de vente devrait en principe également rétrocéder au mandant toute commission reçue d'un tiers pour l'exécution du mandat⁵⁴², à moins que le contraire ne soit prévu dans la convention conclue avec le fournisseur. Tombe enfin sous le coup de cette disposition le cas dans lequel la maison de vente n'est pas parvenue à vendre le bien mais ne le restitue pas au fournisseur.
- 333 Si la maison de vente est en demeure pour le paiement du prix au fournisseur, celui-ci peut lui demander le versement d'intérêts moratoires (art. 400 al. 2 CO, qui reprend la règle de l'art. 104 CO)⁵⁴³. Lorsque le bien n'a pas été vendu et que la maison de vente est en demeure de le restituer au fournisseur, celle-là pourra être responsable du dommage subi par celui-ci,

⁵⁴⁰ ATF 127 III 357 c. 1.d, JdT 2002 I 192. TERCIER/FAVRE, N 5146. WERRO quant à lui soutient la thèse que ces obligations « ne sont pas des caractéristiques du mandat, mais découlent plutôt de l'activité même du mandataire. Dès lors, elles s'appliquent indépendamment de la qualification du contrat [...] » : CR CO I-WERRO, CO 398 N 16. Cf. également WERRO, Mandat, N 577. En droit américain, cette obligation découle du devoir de diligence du mandataire, puisque : « *[a]n agent has an affirmative duty to use reasonable efforts to communicate to his principal « all material facts » that he has regarding the subject matter of the agency and that might affect the seller's interest* » : CONTRERAS, p. 726. Mais le mandataire ne peut pas être responsable de simples erreurs de jugement ne résultant pas d'un manque de diligence : cf. 3 American Jurisprudence 2d Agency § 211 ; Cristallina v. Christie, Manson and Woods, International, Inc., 117 A.D.2d 284, 502 N.Y.S.2d 165 (1st Dep't 1986).

⁵⁴¹ TERCIER/FAVRE, N 5156 ss.

⁵⁴² TERCIER/FAVRE, N 5168. ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58. Pour plus de détails, cf. *infra* N 472 ss.

⁵⁴³ TERCIER/FAVRE, N 5170 ; HOFSTETTER, p. 121.

les articles 102 ss CO trouvant application. Par exemple, si le fournisseur a la possibilité de vendre son bien à un tiers mais manque l'occasion de conclure une telle affaire en raison du retard de la maison de vente pour restituer le bien, cette dernière peut être tenue pour responsable. Nous ne développerons pas davantage cette problématique puisqu'elle est une application des cas traditionnels de demeure du débiteur.

- 334 La maison de vente n'a pas à supporter la responsabilité, envers le fournisseur, d'une demeure de l'acheteur pour le paiement du prix. En effet, la maison de vente a l'obligation en vertu du mandat de restituer ce qu'elle a reçu (art. 400 al. 1 CO), mais elle n'est pas responsable d'une inexécution par le tiers-contractant. En cas de représentation directe, le fournisseur est directement lié à l'acheteur et doit faire valoir ses prétentions à l'encontre de ce dernier. Si la maison de vente reste intermédiaire, elle n'est que représentante du fournisseur et non responsable du comportement de l'acheteur. En cas de représentation indirecte, une cession au fournisseur de la créance de la maison de vente à l'encontre de l'acheteur intervient *ex lege*, à la condition que le mandant ait satisfait à toutes ses obligations (art. 401 al. 1 CO). Dans tous les cas, le fournisseur doit s'adresser à l'acheteur directement⁵⁴⁴.
- 335 Le devoir de fidélité oblige la maison de vente à agir dans l'intérêt du mandant. Elle doit éviter les conflits d'intérêts pouvant exister lorsqu'elle accepte d'agir pour le compte d'un enchérisseur ou de fournir certains services à ce dernier. Un conflit d'intérêts constitue une violation du devoir de fidélité qui engendre une responsabilité de la maison de vente en cas de dommage causé au fournisseur. Comme nous le verrons en détail plus loin⁵⁴⁵, les exigences relatives à la vente aux enchères diminuent considérablement le risque de conflit d'intérêts. Les enchères ont généralement lieu, en Suisse, sous la surveillance d'un huissier⁵⁴⁶. Les réglementations cantonales prévoient l'étendue de ses attributions⁵⁴⁷. Par ailleurs, le jeu de la libre concurrence, fondamental lors d'une vente aux enchères, limite le risque de conflits d'intérêts puisqu'il est difficile pour la maison de vente de favoriser un enchérisseur en particulier.

2. Pactum de non licitando

- 336 Dans l'hypothèse où la maison de vente conclut un accord avec un enchérisseur tendant à la non-augmentation du prix (par exemple, dans le but de privilégier un client ou contre rémunération), elle se trouve de manière doublement contraire au droit en situation de conflit d'intérêts. En effet, elle viole son devoir de fidélité à l'égard du fournisseur dont elle doit

⁵⁴⁴ Cf. *infra* Troisième Partie : Relation entre le fournisseur et l'acheteur.

⁵⁴⁵ Cf. *infra* N 406.

⁵⁴⁶ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 137 ; BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 403.

⁵⁴⁷ Voir par exemple la LVVE ou les § 2 ss de l'Ordonnance zurichoise.

sauvegarder les intérêts et pour qui elle doit tenter d'obtenir le meilleur prix. Un tel accord est en outre contraire à l'article 230 CO⁵⁴⁸, qui est de droit impératif et protège la libre concurrence. Cette disposition donne à tout intéressé le droit de demander l'annulation de la vente dans les dix jours dès la découverte du motif ayant entravé la concurrence. Le fournisseur doit toutefois également avoir la possibilité de laisser subsister le contrat et d'agir contre la maison de vente pour inexécution⁵⁴⁹.

- 337 Lorsque les conditions d'application de l'article 97 CO sont remplies, le fournisseur peut réclamer à la maison de vente le versement de dommages-intérêts. Les moyens alternatifs pour le fournisseur seraient d'obtenir une suppression ou une réduction des honoraires dus à la maison de vente pour cette grave violation du devoir de fidélité. Le rapport de confiance sur lequel repose le contrat de mandat est en effet entaché par un tel comportement. Le fournisseur devra décider en fonction des situations de l'action la plus avantageuse, voire cumuler les moyens⁵⁵⁰. Le dommage étant potentiellement extrêmement difficile à prouver – il faudrait estimer le montant auquel le bien aurait été vendu en l'absence du *pactum de non licitando* – la réduction, voire la suppression des honoraires, semblent les moyens les plus adéquats.

C. Répudiation par la maison de vente en temps inopportun sans justes motifs

- 338 La maison de vente se réserve généralement, par le biais du contrat la liant au fournisseur, le droit de retirer le bien de la vente en tout temps⁵⁵¹. Une telle liberté est particulièrement importante en cas de découverte d'un faux ou d'autres défauts de l'œuvre. La maison de vente doit pouvoir décider qu'il n'est pas opportun de mettre en vente une pièce, en fonction des informations qu'elle reçoit. Le contrat conclu avec le fournisseur du bien lui impose toutefois une obligation d'agir. Le fait de retirer un bien de la vente, et donc de répudier⁵⁵² le contrat de mandat, peut constituer une violation de cette obligation en l'absence de justes motifs et engendrer une responsabilité de la maison de vente, le bien pouvant être déprécié en raison de son retrait.

⁵⁴⁸ Cf. *infra* N 568 ss.

⁵⁴⁹ En effet, le contrat n'est pas nul mais seulement annulable, ce qui suppose que la partie lésée peut ne pas exercer son droit si cela lui porterait préjudice. En revanche, elle peut toujours invoquer d'autres prétentions existantes.

⁵⁵⁰ TERCIER/FAVRE, N 5272 ; WERRO, Mandat, N 1070 ; DERENDINGER, N 443 ss.

⁵⁵¹ RUOSS, Scheingebote, p. 44.

⁵⁵² Au niveau terminologique, il faut distinguer la répudiation de la révocation. La première est le terme désignant la résiliation du mandat par le mandataire, tandis que la seconde consiste en la résiliation par le mandant. La doctrine est divisée quant à la question de savoir si toutes deux sont couvertes par l'article 404 CO. Cf. HOFSTETTER, p. 63 et références citées.

- 339 Constitue une résiliation en temps inopportun toute résiliation qui cause un dommage à l'une des parties au contrat de mandat, à moins qu'elle n'intervienne pour de justes motifs lorsque le contrat a un caractère durable⁵⁵³. Si la maison de vente retire un bien de la vente aux enchères, elle répudie le contrat. Elle a le pouvoir de le faire en tout état de cause du fait de l'article 404 CO, confirmé en principe par les conditions générales. Toutefois, si la résiliation a lieu en temps inopportun, c'est-à-dire lorsque le fournisseur n'a plus d'autre possibilité de vendre le bien ou doit engager des frais pour trouver un autre mandataire, la maison de vente peut être tenue de réparer le dommage en découlant⁵⁵⁴. La répudiation par la maison de vente est alors un cas d'inexécution régi par l'article 404 alinéa 2 CO, dans lequel le débiteur d'une prestation refuse de s'exécuter et est de ce fait tenu à réparation⁵⁵⁵.
- 340 La maison de vente peut se libérer de la responsabilité pour le dommage subi par le fournisseur (art. 404 al. 2 CO) en apportant la preuve que la répudiation a eu lieu pour de justes motifs⁵⁵⁶. Entrent par exemple dans cette catégorie les cas dans lesquels il existe un doute sur l'origine de l'œuvre ou sur son authenticité. La maison de vente est alors légitimée à répudier le mandat indépendamment des conséquences pécuniaires pour son mandant, puisque le risque de la provenance du bien incombe au fournisseur. Il se peut également que le fournisseur viole une de ses obligations et rompe de ce fait le rapport de confiance, ce qui entraînerait sa responsabilité à l'égard de la maison de vente⁵⁵⁷.
- 341 Les maisons de vente règlent en principe conventionnellement le retrait pour justes motifs. Le contrat-type entre Christie's et les fournisseurs comprend à son article 6 (c) la clause suivante :

« [...] Nous nous réservons le droit de retirer les Lots de la vente en tout temps si
(i) nous avons des doutes sur leur attribution ou leur authenticité ou sur

⁵⁵³ CR CO I-WERRO, CO 404 N 10. Comme nous l'avons vu, le mandat de vendre un bien aux enchères, s'il n'est pas à proprement parler un contrat de durée, est considéré comme analogue à un contrat de durée du fait qu'il engendre le déploiement d'une activité dans le temps.

⁵⁵⁴ TERCIER/FAVRE, N 5308 ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 11 ; HOFSTETTER, p. 68.

⁵⁵⁵ ATF 110 II 380 c. 3.b, JdT 1985 I 274 ; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210. WERRO, Mandat, N 310 et 357 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 67. *Contra* : HOFSTETTER, p. 60 ; TERCIER, Extinction, N 1171, qui considère que l'indemnisation est la « contrepartie légale » du droit de résilier.

⁵⁵⁶ En vertu de la règle générale de droit prétorien selon laquelle tout contrat de durée peut être résilié pour de justes motifs. TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 ; ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482 ; TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 c. 1.a.bb ; TF, 5 février 1998, SJ 1998 620 c. 2 ; ATF 110 II 380 c. 3.b, JdT 1985 I 274 ; ATF 106 II 160 c. 2.c, JdT 1980 I 372 ; ATF 97 II 390 c. 3 et 7, JdT 1973 I 80 ; ATF 93 II 291 c. 7, SJ 1968 167 ; ATF 92 II 299 c. 3.b. CR CO I-THÉVENOZ, Intro. CO 184-529 N 44 ; TERCIER/FAVRE, N 5310 ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 12 ; BaK-WEBER, CO 404 N 16 ; WERRO, Mandat, N 311 et 333 ; critique : GAUCH, Recht, p. 12 s. n. 30.

⁵⁵⁷ Cf. *infra* N 315 ss.

l'exactitude des déclarations faites à l'art. 5 (a), (b) ou (c) ci-dessus⁵⁵⁸ ou (ii) en cas de violation quelle qu'elle soit de ce contrat ou (iii) si nous pensons qu'il serait malvenu d'inclure les Lots dans la vente. »

342 Certains éléments de cette clause constituent des motifs justifiant le retrait d'un bien en temps inopportun et libérant la maison de vente d'une responsabilité pour le dommage subi par le fournisseur. Un doute sur l'authenticité d'un lot est un juste motif. La maison de vente ne peut être contrainte à mettre en vente un objet dont les qualités risquent de faire défaut. La conclusion du contrat de vente exposerait la mandataire à une responsabilité à l'égard de l'acheteur. La violation de ses obligations par le fournisseur constitue généralement un motif de répudiation en ce qu'elle affecte la relation de confiance entre les parties. Toutefois, l'inexécution d'une obligation accessoire, de peu d'importance, n'est à notre sens pas suffisante pour résilier sans risque le contrat de mandat. Il faudra estimer de cas en cas si les dommages-intérêts de l'article 404 alinéa 2 CO sont dus. Enfin, l'hypothèse (iii) est beaucoup trop floue et imprécise. On ne peut admettre que la définition d'un juste motif soit laissée à l'appréciation subjective de la maison de vente.

343 L'article 30 des conditions générales de Sotheby's dispose :

« Droit de retrait : Si nous sommes amenés à retirer un lot en raison de la réalisation des événements prévus aux paragraphes (i), (iv), (v), (vi), ou (vii)⁵⁵⁹ de la Clause 29 susvisée, aucun droit de retrait ne vous sera facturé et le bien vous sera retourné à vos frais, sous réserve qu'il ne fasse l'objet d'aucune réclamation quant à son titre de propriété.

Cependant, si nous retirons le lot pour toute autre raison⁵⁶⁰, vous devrez nous régler un droit de retrait en sus des "frais". Le droit de retrait sera égal à la somme de "la commission vendeur" et de "la commission acheteur" et sera calculé comme si le lot retiré avait été vendu au prix de "l'estimation moyenne avant vente". Il est destiné à indemniser "Sotheby's" pour ses frais et dépenses et le temps passé par ses experts et son personnel à cataloguer le lot et à faire de la publicité pour sa vente [...] ».

344 Le raisonnement est le même que pour le contrat entre Christie's et ses fournisseurs : dans la mesure où les « événements » énumérés ainsi que les « autres raisons » sont de justes motifs,

⁵⁵⁸ Cette clause requiert l'assurance par le fournisseur qu'il a le pouvoir de disposer de la chose, qu'il a respecté les exigences d'importation et d'exportation du bien et qu'il a informé la maison de vente de toute altération ou doute quant à la propriété connus de lui.

⁵⁵⁹ Ces clauses énumèrent un certain nombre de circonstances non imputables au fournisseur, telles qu'un doute quant à l'authenticité ou des dommages importants subis par le bien, le fait que la vente dudit bien requiert une autorisation selon la réglementation CITES (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction – RS 0.453) et que cette autorisation n'a pas été obtenue, ou encore le report des enchères.

⁵⁶⁰ Les autres raisons sont les cas dans lesquels le fournisseur a violé un de ses engagements contractuels, auquel cas il existe *a priori* de justes motifs pour retirer le bien de la vente et résilier le contrat.

la clause ne pose aucun problème. Le juge n'est toutefois pas lié par la qualification contractuelle de juste motif et examine de cas en cas si le mandataire a le droit de répudier le contrat. A défaut de juste motif, la maison de vente court le risque de résilier en temps inopportun sans justification au sens de l'article 404 alinéa 2 CO, auquel cas elle doit au fournisseur des dommages-intérêts.

- 345 La violation par la maison de vente de son devoir d'agir est sanctionnée par la suppression de sa rémunération⁵⁶¹. Or dans la vente aux enchères d'objets d'art, cette conséquence se déduit directement de la rémunération en fonction du résultat et non de l'inexécution par la maison de vente. En effet, si la maison de vente n'agit pas, le bien ne peut être vendu et la commission-vendeur ne peut être réclamée. La suppression de la rémunération n'est pas une sanction suffisante en cas d'inaction de la maison de vente. A notre sens, la maison de vente peut également être sanctionnée par le non-paiement des frais fixes prévus dans le contrat avec le fournisseur, puisque la doctrine et la jurisprudence le prévoient en cas de violation d'une obligation qui rend complètement ou partiellement inutile l'activité du mandataire. Il s'agirait de la réparation, par le remboursement des frais engagés par le fournisseur, de l'intérêt négatif en raison de la résiliation du mandat par la maison de vente au sens de l'article 404 alinéa 2 CO. Si le fournisseur subit de surcroît un dommage, par exemple parce qu'il doit vendre le bien en dessous du prix d'estimation initial, la maison de vente peut être tenue pour responsable en raison de la violation de son obligation de diligence (art. 398 al. 1 CO *cum* art. 97 CO)⁵⁶².
- 346 Le risque le plus important est que le retrait du bien empêche sa vente et engendre un dommage supplémentaire du fournisseur en raison de la publicité négative en découlant. La dépréciation résultant du retrait d'une vente n'est pas à négliger, puisqu'un retrait suppose généralement des doutes quant à l'authenticité ou à la provenance, ce qui porte atteinte à la valeur de l'œuvre. Le dommage, correspondant à l'intérêt négatif, se calcule dans ce cas sur la base de la différence entre la valeur estimée du bien avant le retrait et sa valeur sur le marché suite au retrait. Le montant d'un tel dommage, comme souvent dans les situations que nous examinons, reste toutefois très difficile à déterminer⁵⁶³.

⁵⁶¹ TERCIER/FAVRE, N 5252 ss ; WERRO, Mandat, N 1067 ss ; BaK-WEBER, CO 394 N 43 ; DERENDINGER, N 370 ss. TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 ; ATF 124 III 423, JdT 1999 I 462, SJ 1999 I 72 ; ATF 117 II 563 c. 2.a, SJ 1992 300 ; ATF 110 II 375 c. 2, SJ 1985 262 ; ATF 108 II 197 c. 2, JdT 1982 I 548. Cf. *supra* N 305 s.

⁵⁶² TERCIER/FAVRE, N 5257.

⁵⁶³ Le juge devra s'inspirer de la théorie de la perte d'une chance, cf. *supra* N 298 ss.

D. Obligations accessoires

347 D'autres obligations accessoires de la maison de vente peuvent être prévues par les parties. A notre sens, si ces obligations supposent l'obtention d'un résultat, leur inexécution est soumise aux règles générales des articles 97 ss CO⁵⁶⁴. La maison de vente peut être tenue pour responsable de la non-obtention du résultat dans ce cadre particulier, bien que le régime de l'obligation de résultat ne soit pas applicable aux obligations principales du mandataire. Cela vaut notamment pour l'obligation d'assurer le bien qui peut être prévue par les parties, ou encore la constitution du catalogue et autres aspects organisationnels de la vente. Le contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente régit souvent ces points accessoires.

1. Assurance

348 L'article 426 alinéa 2 CO prévoit, pour le contrat de commission, que le commissionnaire n'a l'obligation d'assurer la chose qu'en cas d'instruction dans ce sens du commettant. Une telle obligation ne peut résulter, comme dans les autres types de mandat, que de la convention des parties. La maison de vente n'est tenue d'assurer la chose que lorsqu'elle s'y est obligée, ce qui est souvent le cas. Les frais sont reportés sur le fournisseur. Dans l'hypothèse où l'assurance n'est pas conclue, la maison de vente viole son obligation contractuelle, ce qui entraîne sa responsabilité en cas d'endommagement ou de destruction du bien. La présentation du bien lors de l'exposition ou dans le catalogue constitue également une obligation de résultat. La maison de vente est toutefois libre d'en choisir les modalités. Mais en cas d'inaction ou de présentation extrêmement défavorable entraînant un préjudice pour le fournisseur, elle encourt une responsabilité pour inexécution.

2. Expertise

349 Une des obligations accessoires de la maison de vente dont la violation entraîne des conséquences particulièrement intéressantes consiste en l'expertise du bien. Celle-ci vise à fixer une valeur d'estimation qui sera publiée dans le catalogue de la vente et qui permettra aux parties au mandat de se mettre d'accord sur le prix de réserve⁵⁶⁵. L'expertise a également pour but de s'assurer que le bien est authentique ou d'origine. Dans le cas où la maison de vente fournit elle-même l'expertise, l'expert interne est un auxiliaire dans l'exécution de ses obligations. L'article 101 CO rend le débiteur responsable du fait de son auxiliaire, lorsque celui-ci viole une obligation qui lui a été déléguée et cause un dommage au créancier dans

⁵⁶⁴ Bien qu'un courant de doctrine minoritaire considère que les obligations de moyen devraient être soumises au régime de la responsabilité pour acte illicite de l'article 41 CO. Cf. *supra* N 289.

⁵⁶⁵ Le prix de réserve est le prix en dessous duquel la maison de vente n'a pas l'autorisation de vendre le bien. Cf. *supra* N 81.

l'exécution de son travail. La faute hypothétique est présumée. Le débiteur ne peut se libérer qu'en apportant la preuve qu'il n'aurait pas commis de faute en agissant de manière identique à son auxiliaire⁵⁶⁶. Cette preuve libératoire est extrêmement difficile à apporter. La responsabilité de la maison de vente débitrice peut donc être engagée en cas de mauvaise exécution de son obligation par un expert interne auquel elle a recours.

- 350 L'expertise, en tant que telle, peut être qualifiée de contrat de mandat ou d'entreprise, selon l'intensité de la prestation promise⁵⁶⁷. Il s'agit, dans le cadre d'une vente aux enchères, d'une obligation accessoire qui est traitée comme obligation de moyen ou de résultat suivant la conclusion à laquelle on aboutit, indépendamment du fait que le mandat dans son ensemble institue une obligation de moyen⁵⁶⁸. Bien que les techniques à disposition des experts soient de plus en plus élaborées, l'incertitude et l'aléa important de cette activité ne permettent pas de conclure à une obligation de résultat de l'expert. On ne peut exiger de l'expert que le déploiement d'une activité diligente, dans le respect des règles de l'art⁵⁶⁹.
- 351 Si la maison de vente ou son auxiliaire estime le bien de manière erronée, articulant un montant ne correspondant pas à sa valeur réelle, le fournisseur peut subir un dommage imputable à la maison de vente dans la mesure où elle a violé son obligation de diligence. Le mandat n'obligeant pas à un résultat, la seule erreur dans l'estimation n'est pas suffisante en tant que telle à établir une inexécution de la part de la maison de vente. Le fournisseur doit encore prouver que la maison de vente n'a pas respecté les règles de l'art dans l'établissement de l'estimation. Dans l'hypothèse où un expert diligent n'aurait pas pu estimer de manière plus adéquate le bien, on ne peut l'exiger de la maison de vente. Toutefois, si cette preuve est apportée, la maison de vente aura des difficultés à amener la preuve libératoire de son absence de faute (art. 97 CO), dans la mesure où la violation des règles de l'art suppose en soi un comportement non diligent, notion proche de la faute.
- 352 La maison de vente peut également faire appel à un expert externe, qu'elle mandate pour ses compétences particulières. Elle se substitue alors un tiers dans l'exécution du mandat, situation régie par l'article 399 CO. Si la substitution est autorisée (art. 398 al. 3 CO)⁵⁷⁰, la maison de vente ne répond que du choix du sous-mandataire. En revanche, à défaut d'autorisation, elle répond des actes du substitut comme s'ils étaient les siens. Dans tous les cas, le sous-mandataire lui-même est responsable à l'égard du mandant au sens de

⁵⁶⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3039 ss ; CR CO I-THEVENOZ, CO 101 N 26. ATF 119 II 337, c. 3.a.

⁵⁶⁷ ATF 127 III 328 c. 2, JdT 2001 I 254.

⁵⁶⁸ WERRO, Mandat, N 570 s.

⁵⁶⁹ ATF 112 II 347 c. 1.b, JdT 1987 I 28. CHAPPUIS, Expertise, p. 52 ; THEVENOZ, Expertise, p. 41.

⁵⁷⁰ C'est-à-dire dans trois situations : si le contrat le permet, si les circonstances l'exigent, ou si cela est autorisé par l'usage. Cf. TERCIER/FAVRE, N 5102 ; DROZ, N 474 ss.

l'article 399 alinéa 3 CO⁵⁷¹. Ainsi, si la maison de vente fait appel à un expert externe de manière non autorisée, le fournisseur a contre elle une prétention en dommages-intérêts en cas de violation des règles de l'art. Il peut en toute hypothèse agir également contre l'expert sous-mandataire⁵⁷². Le montant du dommage équivaut à la perte subie du fait d'un prix de vente trop bas.

- 353 Un cas de substitution pour expertise a fait l'objet, en 1986, d'une célèbre décision du Tribunal fédéral⁵⁷³. Les époux H., désirant vendre leur lampe de Gallé, en demandent l'estimation à Sotheby's Zurich. Elle-même transmet la question à Sotheby's Londres, qui fournit une estimation du bien nettement en deçà de sa valeur réelle. Le raisonnement conduit par le Tribunal fédéral aboutit à la conclusion que la substitution, pour être « autorisée » au sens de l'article 399 alinéa 1 CO, doit être faite dans l'intérêt du mandant⁵⁷⁴. Dans le cas en question, la substitution a été considérée comme non autorisée, la maison de vente ayant requis l'avis d'un substitut partiellement dans son propre intérêt. La substitution a lieu dans l'intérêt du mandant lorsqu'elle a pour but d'assurer une meilleure exécution du contrat, par exemple lorsque le mandataire demande l'intervention d'un spécialiste⁵⁷⁵. Cela est souvent le cas lors de ventes aux enchères, les maisons de vente mandatant des experts externes lorsque ceux-ci ont des compétences particulières relatives à un type de biens et sont plus spécialisés que les employés de la maison. Cela ne signifie toutefois pas que la substitution ait lieu dans l'intérêt exclusif du fournisseur. Or, un intérêt conjoint du mandant et du mandataire à la substitution peut empêcher ce dernier de limiter sa responsabilité au choix du substitut.
- 354 Sotheby's par exemple se réserve le droit de faire appel à un expert extérieur par le biais de l'article 26 de ses conditions générales :

« Nous nous réservons le droit de consulter et de nous fier à tout expert, consultant ou restaurateur extérieur de notre choix à propos d'un bien, et de réaliser toute enquête ou tout test sur le bien qui nous sembleraient appropriés, avant ou après la vente. Cependant, cela relève de notre entière discrétion et nous

⁵⁷¹ Exception au principe de la relativité du contrat, la portée de l'article 399 alinéa 3 CO reste peu claire. Voir à ce sujet DROZ, N 616 ss. Notons le paradoxe ressortant de l'interprétation littérale de cette disposition : le mandant aurait contre le substitut les droits que le mandataire a contre lui (cf. DROZ, N 704). Or le mandataire peut ne pas subir de dommage, et n'a de ce fait pas de droit contre le substitut. Il faut comprendre l'article 399 alinéa 3 CO comme octroyant au mandant une prétention contre le sous-mandataire identique à celle qu'il aurait contre son mandataire si l'article 399 CO ne trouvait pas application.

⁵⁷² GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 49 N 19 ; DROZ, N 617.

⁵⁷³ ATF 112 II 347, JdT 1987 I 28.

⁵⁷⁴ Selon DROZ, N 520 ss, l'intérêt du mandant permet de distinguer une substitution autorisée mais indue (lorsqu'elle intervient, ne serait-ce que partiellement, dans l'intérêt du mandataire), régie par l'article 399 alinéa 1 CO, d'une substitution autorisée et justifiée, à laquelle l'article 399 alinéa 2 CO s'applique.

⁵⁷⁵ ATF 112 II 347 c. 2.a, JdT 1987 I 28.

ne sommes aucunement dans l'obligation d'effectuer ces consultation, enquête ou test ».

- 355 Une telle clause permet à la maison de vente de faire appel à un sous-mandataire autorisé au sens de l'article 398 alinéa 3 CO. Dès lors sa responsabilité est limitée au choix de l'expert (art. 399 al. 2 CO), si la substitution a lieu dans l'intérêt du fournisseur. Une telle limitation de responsabilité ne vaudra à notre sens pas dans tous les cas. Il est certes dans l'intérêt du fournisseur de voir son bien estimé par un spécialiste, mais il s'agira souvent d'un intérêt partagé par la maison de vente, puisque l'expertise lui permettra ensuite de mettre le bien en vente elle-même. Dans ces situations, relativement fréquentes, le fournisseur-mandant et la maison de vente-mandataire ont un intérêt conjoint à faire expertiser le bien par un tiers, l'un obtenant une estimation plus précise et l'autre augmentant ses chances d'être mandatée pour les enchères de l'œuvre, bien qu'elle ne soit pas en mesure de fournir la prestation d'expertise elle-même. Sans qu'il soit possible de généraliser cette solution, qui doit être adaptée au cas d'espèce, il semblerait que l'expert externe doive généralement être traité comme un auxiliaire de la maison de vente plutôt que comme un sous-mandataire.
- 356 La difficulté principale est certainement, comme dans les autres cas d'inexécution du mandat de vendre aux enchères, de chiffrer le dommage. Le fournisseur a une prétention en réparation de l'intérêt positif, c'est-à-dire de l'intérêt à être remis dans la situation où il serait si l'estimation avait été faite dans les règles de l'art⁵⁷⁶. Or il est difficile de prévoir le résultat d'enchères qui ne se sont pas déroulées, ou du moins pas sur la base d'une estimation correcte. Le dommage à réparer consiste donc en la perte d'une chance de vendre le bien à un prix adéquat⁵⁷⁷. Il est fort probable que la base du calcul, en cas de sous-estimation, consiste en la différence entre le prix de vente et le prix correctement estimé. Celui-ci se détermine en fonction des dernières ventes de biens similaires sur le marché notamment et grâce aux connaissances spécifiques de l'expert⁵⁷⁸.
- 357 Alors qu'une sous-estimation de la valeur du bien peut très certainement causer un dommage lorsque le bien est vendu en dessous de sa valeur réelle, un préjudice peut également découler de la surestimation du bien. Ce cas a été traité, en droit new-yorkais, dans la décision *Cristallina v. Christie's*⁵⁷⁹. Christie's a surestimé les biens proposés par le fournisseur, ce qui a eu pour conséquence que les parties ont convenu d'un prix de réserve trop élevé. L'estimation a ensuite été corrigée, sans que le fournisseur n'en soit informé, et publiée dans

⁵⁷⁶ WERRO, Mandat, N 953 et 982 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2898.

⁵⁷⁷ WERRO, Mandat, N 1022. Cf. *supra* N 298 ss.

⁵⁷⁸ BULLOCK, p. 364. Cf. également HOMER, p. 480 ss, au sujet des critères fondant l'expertise et LEQUETTE-DE KERVENOËL, N 227 en ce qui concerne les moyens d'expertise.

⁵⁷⁹ *Cristallina S.A. v. Christie, Manson & Woods International, Inc.*, 117 A.D.2d 284, 502 N.Y.S.2d 165 (1st Dep't 1986).

le catalogue de vente, sans que le prix de réserve ne soit révisé. Les enchères n'ayant pas atteint la réserve fixée, nombre de biens n'ont pas trouvé acquéreur. Non seulement le fournisseur n'a-t-il retiré aucun profit de la vente non conclue, mais les biens ont de surcroît été dépréciés par la publicité négative de l'échec de la vente. La maison de vente a été tenue pour responsable de la violation de son obligation de diligence dans l'estimation des biens, diligence évaluée en fonction des capacités particulières de la maison de vente, considérée alors comme experte⁵⁸⁰. Elle n'avait par ailleurs pas respecté son devoir d'information à l'égard du fournisseur. Ces inexécutions ont causé un dommage à Cristallina, puisque celle-ci n'a ultérieurement réussi à vendre ses œuvres que pour un montant inférieur à leur estimation.

358 Avant que le jugement ne soit rendu par la Cour d'Appel de l'Etat de New York, les parties avaient négocié un accord obligeant Christie's à verser un montant inconnu à Cristallina en échange de l'abandon par celle-ci de ses prétentions⁵⁸¹. Dans un tel cas, les dommages-intérêts doivent être calculés sur la base de la différence entre l'estimation avant la vente aux enchères et la valeur après les enchères⁵⁸². Pour la fixation de l'indemnité, l'on se fondera sur la dévaluation du bien sur le marché⁵⁸³. Si une telle dépréciation n'existe pas, il se justifie uniquement de réduire ou de supprimer les honoraires et le paiement des frais de la maison de vente en raison de la mauvaise exécution du contrat⁵⁸⁴. De toute façon, en cas d'échec de la vente, la maison de vente ne peut prétendre à une commission.

⁵⁸⁰ *The auctioneer is « held to a standard of care commensurate with the special skill which is the norm in the locality for that kind of work » : Cristallina S.A. v. Christie, Manson & Woods International, Inc., 117 A.D.2d 284, 293, 502 N.Y.S.2d 165 (1st Dep't 1986). Cf. également 3 American Jurisprudence 2d Agency § 212 (2008) : « An agent who holds himself or herself out as having particular skills and talents in a certain field assumes an obligation to exercise such care and skills as would characterize counterparts in the same field, and different in kind from the diligence or capacity of the ordinary citizen. Likewise, a professional agent is required to have the particular knowledge and to exercise the particular skill and diligence expected of it. It is of no consequence that the agent's services were gratuitous rather than compensated. However, even an agent with purported special skills is not an insurer of his or her work and will not be responsible for a mere error in judgment where he or she exercised the due care and appropriate skill of the profession. » ; CONTRERAS, p. 725.*

⁵⁸¹ MCGILL, p. 20.

⁵⁸² Cristallina S.A. v. Christie, Manson & Woods International, Inc., 117 A.D.2d 284, 502 N.Y.S.2d 165 (1st Dep't 1986) ; French Evangelical Church v. Borst, 22 A.D.2d 511, 513, 256 N.Y.S.2d 805.

⁵⁸³ BULLOCK, p. 365.

⁵⁸⁴ TERCIER/FAVRE, N 5256 ; WERRO, Mandat, N 1067 ss.

E. Exclusion de responsabilité de la maison de vente

- 359 La maison de vente exclut généralement sa responsabilité pour la mauvaise estimation du bien, mais rarement pour ses autres obligations à l'égard du fournisseur⁵⁸⁵. Les limitations conventionnelles de responsabilité sont admissibles dans la mesure autorisée par l'article 100 alinéa 1 CO⁵⁸⁶, c'est-à-dire tant qu'elles n'excluent pas la responsabilité pour dol ou pour faute grave. Notons toutefois que l'article 101 alinéa 2 CO autorise une telle exclusion de responsabilité pour le fait de l'auxiliaire⁵⁸⁷. La difficulté en matière de contrat de mandat est que le devoir de la mandataire est de déployer une activité diligente et que l'exclusion de responsabilité pour faute reviendrait, selon GAUTSCHI, à nier toute obligation de la mandataire à l'égard du mandant⁵⁸⁸. Nous sommes toutefois de l'avis de la doctrine majoritaire, qui considère que les parties peuvent convenir d'une limitation de responsabilité en fixant leurs exigences quant à la diligence attendue⁵⁸⁹. Une limitation de l'objet du contrat est admissible, sans exclure le devoir de diligence.
- 360 Les maisons de vente font souvent usage de cette possibilité, comme Sotheby's par le biais de l'article 27 de ses conditions générales⁵⁹⁰ :

« (a) Estimations : Toute estimation effectuée par nous, que ce soit par écrit ou par oral, ne constitue que l'expression d'une opinion et n'est fournie qu'à titre indicatif. Une estimation ne saurait être considérée comme une prévision du prix de vente. Toute estimation donnée (que ce soit par écrit ou verbalement soit dans un catalogue, soit sur un reçu, une lettre ou tout autre document) peut être révisée à tout moment par nos soins de manière discrétionnaire.

(b) Exclusion de responsabilité : Toutes les déclarations, écrites ou verbales et y compris celles figurant dans un catalogue, rapport, commentaire ou estimation relatives à l'aspect ou la qualité d'un lot, y compris au prix ou à sa valeur (a) ne sont que des expressions d'opinions et (b) peuvent être révisées avant que le lot ne soit offert à la vente (y compris lorsque le lot est exposé au public). Ni

⁵⁸⁵ Contrairement à ce qui est prévu dans son rapport avec l'acheteur, qui sera analysé plus loin (N 682 ss). Les exclusions de responsabilité sont alors beaucoup plus larges, dépassant souvent le cadre de l'article 234 alinéa 3 CO. Cette disposition, bien que spécifique à la vente aux enchères, aboutit à notre sens à la même solution que celle de l'article 100 CO.

⁵⁸⁶ TERCIER/FAVRE, N 5214 ; BaK-WEBER, CO 398 N 34 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 515 ss ; WERRO, Mandat, N 937 ss ; WEBER, RDS, p. 52 s.

⁵⁸⁷ On ne peut considérer dans le cas d'espèce que la vente aux enchères est une industrie concédée par une autorité (art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO). Certes, les ventes ont généralement lieu sous la surveillance d'un huissier, mais cela n'est pas suffisant pour entrer dans le cadre de l'industrie concédée par une autorité, qui doit être interprété restrictivement. Par ailleurs, les fournisseurs, dans leur relation avec les maisons de vente, ont des possibilités de négociation plus importantes que les acheteurs, raison pour laquelle il ne se justifie pas de les protéger davantage. CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 26-28. Cf. *infra* N 688.

⁵⁸⁸ BK-GAUTSCHI, CO 395 N 71a ss et 73a ss.

⁵⁸⁹ TERCIER/FAVRE, N 5217 ; WERRO, Mandat, N 937 ss ; DERENDINGER, N 349 s.

⁵⁹⁰ Cf. Annexe II.

“Sotheby’s”, ni une “société affiliée à Sotheby’s” ni leurs mandataires, employés ou administrateurs respectifs ne seront tenus pour responsables des omissions ou erreurs contenues dans une telle déclaration.

(c) Limitation des réclamations par “le vendeur” : Toute réclamation par le vendeur (à l’exclusion de toute réclamation prévue par la Clause 31) sera limitée en tout état de cause “au produit net de la vente” relatif à ce lot. »

361 Il en est de même pour Christie’s, dont le contrat-type avec les fournisseurs prévoit :

« Toute estimation donnée, oralement ou par écrit, n’est que l’expression d’une opinion et ne constitue pas un engagement de notre part sur le prix auquel les Lots pourront en fin de compte être vendus. Nous n’encourons aucune responsabilité pour des erreurs ou omissions dans la description des Lots faite dans les catalogues de vente ou toute autre publication. »

362 La première partie de chacune des clauses citées ne pose pas de problème majeur, puisqu’elle ne fait qu’exprimer le principe selon lequel la maison de vente n’a pas d’obligation de résultat quant à la vente du bien à un prix donné. Le fait que les maisons de vente n’ont qu’une obligation de moyen résulte de la nature de l’affaire conclue, puisqu’elles ne peuvent déterminer le montant des enchères, ni même l’existence de telles enchères. Cet aléa est admis. Le mandataire a toutefois une obligation de diligence dans l’expression de ses opinions. La raison pour laquelle la maison de vente est mandatée réside dans sa connaissance professionnelle du domaine de l’art. Même si elle n’assume pas de responsabilité pour le résultat, elle doit agir selon les règles de l’art. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l’atténuation de la diligence due, dans la mesure où la clause exclusive de responsabilité est claire⁵⁹¹.

363 A titre comparatif, cette question a été traitée de manière identique dans un arrêt de la Cour d’Appel de l’Etat de New York aux Etats-Unis⁵⁹², dans un cas dans lequel les conditions de vente étant similaires à celles présentées ici :

« Moreover, where, as here, an agent is selected because of its special fitness for the performance of the duties to be undertaken, the principal is entitled to rely on the agent’s judgment and integrity. An agent has an “implied good faith obligation [to] use his best efforts to promote the principal’s product” (Griffin & Evans Cosmetic Mktg. v. Madeleine Mono, Ltd., 73 A.D.2d 957, supra, citing Van Valkenburgh, Nooger & Neville v. Hayden Pub. Co., 30 N.Y.2d 34). While an auctioneer, acting as the agent of an art seller, is not required to guarantee the results of a sale or, for that matter, even predict the price that a particular item will bring, he is nonetheless held to a standard of care commensurate with the special skill which is the norm in the locality for that kind of work. Thus, the breach of contract, negligence and breach of fiduciary duty causes of action should not have been dismissed since sufficient has been shown to present a factual question

⁵⁹¹ ATF 124 III 155 c. 3.c, SJ 1998 689.

⁵⁹² Cristallina S.A. v. Christie, Manson & Woods International, 117 A.D.2d 284, 293-294 (1st Dep’t 1986).

as to whether Christie's and Bathurst acted in a manner commensurate with their skill and expertise. » (Mise en évidence par l'auteur).

Même si la maison de vente, en estimant la valeur du bien, ne fait, selon ses propres termes, qu'exprimer une opinion qui ne peut faire l'objet d'une garantie, une telle opinion doit tout de même respecter les règles de l'art⁵⁹³.

- 364 La seconde partie des clauses susmentionnées doit en revanche faire l'objet d'une interprétation. La déclaration selon laquelle les estimations ne constituent que l'expression d'opinions est juridiquement peu claire. Les règles générales d'interprétation, exposées plus haut⁵⁹⁴, sont applicables et nécessaires à la compréhension de ces dispositions contractuelles. Les clauses manquant de clarté doivent en premier lieu être interprétées de manière subjective, en fonction des circonstances entourant la conclusion du contrat. Il est toutefois difficile de dégager la volonté réelle des parties dans l'abstrait, alors que la marge de négociation est infime et porte le cas échéant davantage sur la rémunération de la maison de vente que sur les autres clauses contractuelles. Nous interpréterons donc ces clauses à la lumière du principe de la confiance et plus particulièrement de la règle *in dubio contra stipulatorem*.
- 365 Le fait de ne considérer l'expertise que comme l'expression d'une opinion peut être compris de deux manières différentes. Cette clause contractuelle pourrait être considérée comme une complète déqualification de la prestation de la maison de vente, qui ne serait donnée qu'à bien plaisir et sans engagement, ou comme une exclusion de responsabilité de la maison de vente. Cette dernière interprétation doit être préférée puisqu'elle est plus favorable au fournisseur-cocontractant, à qui l'on présente des clauses préformulées. L'exclusion ne vaut donc que pour la limitation autorisée de responsabilité, c'est-à-dire dans la mesure où la maison de vente n'a pas commis de dol ou de faute grave (art. 100 al. 1 CO). Admettre une complète déqualification en revanche aurait pour conséquence que la maison de vente ne serait jamais responsable des conséquences d'une expertise erronée, quelle que soit sa faute.
- 366 La limitation de responsabilité est toutefois entièrement valable pour l'activité de l'auxiliaire (art. 101 al. 2 CO), qui correspond à la situation de l'espèce puisque l'expert agit généralement en tant qu'auxiliaire. Lorsque l'expert est un sous-mandataire autorisé, la maison de vente n'étant responsable que pour le choix de l'expert et pour les instructions fournies (art. 399 al. 2 CO)⁵⁹⁵, la clause précitée restreint la responsabilité naissant de ce fait dans les limites légales.

⁵⁹³ DUBOFF/KING/MURRAY, p. 28.

⁵⁹⁴ Cf. *supra* N 71 ss.

⁵⁹⁵ WERRO, Mandat, N 920 ; DROZ, N 743.

§ 3 Inexécution de ses obligations par le fournisseur

367 L'inexécution par le fournisseur peut essentiellement prendre la forme d'un retard du versement des honoraires à la maison de vente (A). Elle peut également se matérialiser en une révocation du contrat (B), en la violation de l'exclusivité du mandat (C) ou en un non-respect des obligations accessoires (D).

A. Non-rémunération de la maison de vente

368 Dans un mandat de vendre aux enchères, les honoraires du mandataire ne sont déterminés qu'au moment des enchères, puisqu'ils dépendent du résultat de celles-ci. La commission n'est due à la maison de vente qu'à condition que le contrat de vente du bien remis soit valablement exécuté. Cela découle de l'article 432 CO lorsque le fournisseur et la maison de vente ont conclu un contrat de commission. La convention des parties prévoit dans les autres cas des honoraires équivalant à un pourcentage du prix de vente, ce qui suppose que la conclusion du contrat de vente est une condition de la rémunération⁵⁹⁶. A défaut de stipulation contraire, la rémunération est due dès la conclusion du contrat de vente (art. 75 CO). Plus couramment cependant, les parties prévoient l'application d'un système de compensation des créances réciproques, la maison de vente devenant finalement débitrice envers le fournisseur du solde.

369 Une fois le bien vendu, les parties au contrat de mandat sont réciproquement débitrices d'une somme d'argent, la maison de vente ayant l'obligation de payer au fournisseur le prix obtenu (art. 400 CO), et ce dernier devant dédommager la maison de vente pour les frais encourus et lui verser ses honoraires. Les prestations étant de même nature, chacune des parties peut donc déclarer compenser les dettes réciproques au sens de l'article 120 CO, lorsque la créance compensante est exigible et la compensée exécutable. C'est cette solution qu'adopte généralement la maison de vente afin de simplifier la transaction et d'être certaine d'obtenir le paiement par le fournisseur. Elle le prévoit contractuellement, comme à l'article 8 (a) du contrat-type proposé par Christie's à ses fournisseurs :

« Règlement. Après la vente, nous réclamerons à l'acheteur le paiement intégral du prix, y compris le paiement de la prime due par l'acheteur. A réception de ce montant, nous vous réglerons un montant égal au prix d'Adjudication, sous déduction de tous les frais à votre charge, trente-cinq jours après la date de la vente. [...] »

Ou à l'article 36 des conditions générales de Sotheby's⁵⁹⁷ :

⁵⁹⁶ Cf. *supra* n. 155.

⁵⁹⁷ Cf. Annexe II.

« Paiement fait par vous [fournisseur] à nous [maison de vente] : Après la vente, vous serez tenu de nous payer les sommes suivantes :

- (i) la “commission vendeur” ; et
- (ii) “les frais”.

Nous aurons le droit de déduire chacun de ces montants des sommes reçues de “l’acheteur”. Vous autorisez “Sotheby’s” à percevoir de “l’acheteur” la “commission acheteur”. »

- 370 A défaut de paiement dans les temps par le fournisseur, il y a inexécution du contrat. Celle-ci ne pose pas de problème propre à la vente aux enchères et constitue tout au plus un cas classique de demeure du débiteur au sens des articles 102 ss CO, qui permet notamment à la maison de vente de demander le versement d’intérêts moratoires en sus des honoraires (art. 104 CO). Les autres prétentions théoriquement possibles n’ont pas d’intérêt en pratique, les dommages-intérêts pour inexécution de l’article 107 alinéa 2 CO n’étant pas plus avantageux que les intérêts moratoires et la résolution du contrat étant inutile lorsque la prestation de la maison de vente a déjà été exécutée. Ces cas sont rares, la maison de vente prélevant généralement la dette du fournisseur du montant qu’elle lui restitue après paiement par l’acheteur en application de son droit de compensation (art. 120 CO). Le risque existe uniquement lorsque la vente n’a pas abouti et que le fournisseur a l’obligation de payer les frais sans obtenir de contre-prestation pécuniaire. La maison de vente commence alors vraisemblablement par faire notifier un commandement de payer au fournisseur, afin d’obtenir, à terme, l’exécution forcée de sa créance selon les modalités applicables (en Suisse, sur la base de la LP).

B. Révocation du mandat par le fournisseur en temps inopportun sans justes motifs

- 371 Le fournisseur a toujours la possibilité, en vertu de l’article 404 CO, de révoquer le mandat et de demander la restitution du bien mis en vente. Le caractère impératif de cette disposition du point de vue de la révocation par le mandant est moins controversé que dans la perspective d’une répudiation par le mandataire⁵⁹⁸. La majorité de la doctrine considère que le mandant, qui a aliéné une partie de sa liberté en confiant une affaire au mandataire, doit avoir la possibilité de recouvrer la gestion de ses intérêts quand il le souhaite. Le principe de la résiliation en tout temps, mais pouvant engendrer une prétention du cocontractant si elle a lieu en temps inopportun, reste toutefois le même (art. 404 al. 2 CO). S’il retire le bien de la vente

⁵⁹⁸ TERCIER/FAVRE, N 5288 s. ; BaK-WEBER, CO 404 N 8 ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 6 ; GAUCH, Recht, p. 14.

alors que la maison de vente a déjà engagé certains frais, le fournisseur risque de devoir réparer le dommage subi par la maison de vente⁵⁹⁹.

372 Lorsque des dépenses ont été engagées par le mandataire pour l'exécution du contrat, la révocation est, selon HOFSTETTER, forcément inopportune et engendre une prétention du mandataire en dommages-intérêts visant le remboursement desdits frais⁶⁰⁰. Le manque à gagner n'entre toutefois pas dans le champ de protection de l'article 404 alinéa 2 CO, qui se limite à couvrir la réparation du dommage causé par la fin subite du mandat⁶⁰¹. Prenons comme exemple une vente dont la publicité a été développée notamment autour d'un bien particulier, qui rayonne sur les autres lots et est supposé réunir un nombre important d'enchérisseurs. Le retrait dudit bien peut réduire l'intérêt du public dans la vente et avoir pour conséquence des enchères moins nombreuses et des prix de vente réduits. Au-delà du fait que la preuve d'un tel dommage et de sa quotité est extrêmement difficile, il relève du gain manqué que le mandant n'a pas l'obligation de réparer.

373 Quelle que soit la qualification de l'obligation de rembourser les frais occasionnés, les maisons de vente prévoient souvent contractuellement un tel dédommagement par le fournisseur. L'article 6 du contrat-type proposé par Christie's aux fournisseurs prévoit :

« [...] »

(c) Vous n'êtes pas autorisé à retirer les Lots de la vente sans notre accord. [...]

(d) Si soit nous, soit vous, retirons les Lots, nous vous facturerons des honoraires correspondant à 10% du montant que nous considérons comme leur valeur d'assurance plus un montant égal à la commission que nous aurions perçue si nous avions vendu les Lots à cette valeur ainsi que la TVA, les frais d'assurance et tous les autres frais. »

374 Une telle clause n'est autre qu'une peine conventionnelle (art. 160 ss CO) en cas de retrait en temps inopportun, ce qui est admis par la jurisprudence à condition que le droit de révocation ne soit pas restreint « plus sévèrement qu'il ne le serait par le biais de l'indemnisation prévue à l'art. 404 al. 2 CO »⁶⁰². A cet effet, la clause pénale ne doit pas viser la réparation de l'intérêt à la bonne exécution du contrat, non couvert par l'article 404 alinéa 2 CO, mais doit

⁵⁹⁹ Au même titre que lors d'une répudiation, cf. *supra* N 339. TERCIER/FAVRE, N 5302 ss ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 11 ; WERRO, Mandat, N 320. ATF 110 II 380 c. 4.b, JdT 1985 I 274 ; ATF 109 II 462 c. 4.d, JdT 1984 I 210.

⁶⁰⁰ HOFSTETTER, p. 65.

⁶⁰¹ TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485 c. 1.a.bb ; ATF 110 II 380 c. 4.d, JdT 1985 I 274. TERCIER/FAVRE, N 5308 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 30.

⁶⁰² TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 ; ATF 109 II 462 c. 4, JdT 1984 I 210. TERCIER/FAVRE, N 5312 ; BaK-WEBER, CO 404 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 77 ss ; *contra* : WERRO, Mandat, N 355 ss et particulièrement N 358.

avoir pour but d'indemniser le mandataire pour les frais encourus⁶⁰³. Dans cette mesure, et selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral⁶⁰⁴, la maison de vente n'est pas autorisée à demander le paiement de sa commission additionnée d'un montant équivalant à 10% de la valeur d'assurance, car cela équivaldrait à obtenir le versement de l'intérêt positif, exclu par l'article 404 alinéa 2 CO. Cette opinion est toutefois controversée⁶⁰⁵. A notre sens, la maison de vente ne devrait pas être autorisée à demander l'intérêt positif. La liberté du fournisseur de révoquer le contrat doit être préservée. Le paiement de la commission ne se justifie pas lorsque la vente en tant que telle n'est pas venue à chef, sachant que les dépenses effectuées par la maison de vente lui seront de toute façon remboursées.

C. Violation de l'exclusivité du mandat

375 Un autre cas d'inexécution consiste en la violation, par le fournisseur, du caractère exclusif du mandat octroyé à la maison de vente. Lorsqu'un tiers est également mandaté pour la vente du bien⁶⁰⁶, le fournisseur engage sa responsabilité vis-à-vis de la maison de vente si le contrat est conclu par l'intermédiaire dudit tiers. En cas de violation de cette obligation de ne pas faire par le fournisseur, la maison de vente a une prétention en paiement de ses honoraires même si elle n'est pas à l'origine de la vente⁶⁰⁷. Le caractère exclusif du mandat ou du contrat de commission crée une fiction selon laquelle, si le contrat visé est conclu, l'activité du mandataire est considérée comme étant obligatoirement la cause de l'aboutissement de l'affaire (art. 432 al. 1 CO), puisque personne d'autre n'était autorisé à conclure ladite affaire. La conclusion du contrat de vente entraîne l'accomplissement de la condition nécessaire au droit d'obtenir la rémunération par la maison de vente. Celle-ci a droit à une commission équivalant au pourcentage fixé du prix obtenu, à moins qu'elle ne prouve que le bien aurait été vendu à un prix supérieur grâce à son intervention. Le fournisseur risque donc de devoir payer une double commission, l'une à la maison de vente et l'autre au tiers mandaté qui a obtenu la conclusion du contrat de vente.

⁶⁰³ ATF 109 II 462 c. 4.d, JdT 1984 I 210.

⁶⁰⁴ TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 ; ATF 110 II 380 c. 4.a, JdT 1985 I 274 ; ATF 109 II 462 c. 4.d, JdT 1984 I 210. BaK-WEBER, CO 404 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 404 N 77 ss ; WEBER, Auftragsrecht, p. 130.

⁶⁰⁵ WERRO, Mandat, N 358 ; MABILLARD, p. 556 s.

⁶⁰⁶ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 299.

⁶⁰⁷ Par exemple si un tiers-mandataire ou le fournisseur lui-même a vendu le bien. PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 299 ; RUOSS, Scheingebote, p. 47.

D. Violation des obligations accessoires

376 La convention des parties peut prévoir d'autres obligations accessoires du fournisseur, notamment celle d'informer la maison de vente de tout élément susceptible d'influencer la vente⁶⁰⁸. Une violation de cette obligation peut entraîner une responsabilité du fournisseur pour inexécution. Cette situation est généralement réglée contractuellement par la maison de vente. Le contrat-type entre Christie's et le fournisseur prévoit, en son article 5 :

« VOS DECLARATIONS CONCERNANT LES LOTS

(a) Vous êtes le propriétaire unique des Lots avec le droit illimité d'en transférer la propriété à l'acheteur libre de tout droit ou prétention des tiers (y compris des droits de reproduction) ;

(b) Vous vous êtes conformés à toutes les exigences juridiques ou autres, liées à l'exportation ou à l'importation des Lots et vous nous avez informés par écrit de tout manquement de tiers d'agir conformément à ces exigences et dont vous avez connaissance ; et

(c) Vous nous avez informés par écrit de toute altération importante apportée aux Lots dont vous avez connaissance ainsi que de toute inquiétude exprimée par des tiers dont vous avez connaissance au sujet de la propriété, de l'état ou de l'attribution des Lots.

Dans l'hypothèse où les engagements pris sous (a), (b) et (c) ci-dessus se révéleraient inexacts, vous nous indemnisez, nous et/ou l'acheteur, intégralement pour toute réclamation, frais ou dépenses y relatifs auxquels nous-mêmes ou l'acheteur devront faire face en [sic], qu'ils soient liés aux Lots ou au produit de la vente. » (Mise en évidence par l'auteur).

377 L'article 25 des conditions générales de Sotheby's prévoit :

« [...] Vous acceptez d'indemniser Sotheby's [...] de toutes pertes ou dommages résultant d'une violation avérée ou alléguée de vos déclarations ou garanties, ou de toutes autres obligations prévues par les présentes Conditions de Vente. [...]

Vous nous garantisiez, ainsi qu'à l'acheteur, qu'à tout moment (y compris mais de manière non limitative pendant la période où le bien nous est confié et au moment de la vente) :

[...]

(c) vous nous avez fourni toutes les informations concernant la provenance du bien et vous nous avez notifié par écrit tout doute exprimé par une tierce personne relatif à la propriété, l'état, l'authenticité, l'attribution, l'importation et l'exportation du lot ;

(d) vous ignorez tout fait ou toute allégation qui rendrait notre description concernant le lot inexacte ou trompeuse ;

[...]

(g) sauf avertissement contraire notifié par vous par écrit à Sotheby's au moment où le bien est remis à Sotheby's, il n'existe aucune restriction, droits d'auteur ou autre, relatif au bien (autres que ceux imposés par la loi) ni aucune restriction sur

⁶⁰⁸ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 310.

nos droits de reproduire des photographies ou autres images de ce bien [...]. »
(Mise en évidence par l'auteur).

- 378 On le voit, les conditions générales sont très détaillées quant aux éléments dont la maison de vente souhaiterait être informée. Une information d'importance qui ne ferait pas partie d'un des éléments de la liste devrait cependant également être transmise par le fournisseur. Ce dernier doit prendre garde à divulguer toute information en sa possession pouvant affecter la vente. A défaut, il peut être tenu pour responsable du dommage que la maison de vente subit (art. 97 CO). Celui-ci peut être important, puisqu'il englobe les éventuels dommages-intérêts que la maison de vente doit à l'acheteur suite au déficit d'informations du fournisseur, dans la mesure où ce montant diminue de manière involontaire le patrimoine de l'intermédiaire. La maison de vente peut être tenue pour responsable d'un défaut (qu'il soit juridique ou matériel) ou de toute autre inexécution causant un dommage à l'acheteur en raison du manque d'information par le fournisseur⁶⁰⁹.
- 379 Si l'acheteur déclare invalider le contrat de vente en raison d'une erreur due à un manque d'information (art. 23 ss CO), la maison de vente a l'obligation de lui restituer ses prestations, dont la commission-acheteur, en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Elle ne peut en outre prétendre à la commission-vendeur envers le fournisseur, le contrat de vente n'étant pas valablement conclu et exécuté⁶¹⁰. Le fournisseur, en raison de la violation de son obligation d'informer, est responsable du dommage subi. Ce dommage peut être encore plus élevé dans les cas où l'omission d'informer l'acheteur a été dolosive (art. 28 CO), l'acheteur pouvant réclamer à son cocontractant des dommages-intérêts en sus (art. 31 al. 3 CO et art. 41 CO)⁶¹¹. Lorsque la maison de vente est représentante indirecte du fournisseur et partie au contrat de vente, elle peut être responsable du dol du fournisseur et devoir réparation à l'acheteur de ce fait. Ceci suppose toutefois une faute concomitante de sa part, puisqu'elle ne peut se voir opposer le dol d'un tiers que lorsqu'elle en a connaissance (art. 28 al. 2 CO).
- 380 Par ailleurs, lors de la vente d'un bien culturel au sens de l'article 2 alinéa 1 LTBC, les maisons de vente ont, en tant que personnes pratiquant la vente aux enchères (art. 16 al. 2 LTBC et 16 al. 1 let. b OTBC), l'obligation de s'assurer de la provenance du bien. En cas de vente d'un bien d'origine illicite, elles encourent une responsabilité pénale importante, applicable également pour une simple négligence. Si les informations données par le fournisseur sont erronées et lorsque la maison de vente aurait dû le savoir, cette dernière peut être sanctionnée par une amende d'un montant pouvant atteindre CHF 20'000.- (art. 24

⁶⁰⁹ Cf. *infra* N 637 ss.

⁶¹⁰ ENGEL, Contrats, p. 564 ; TERCIER/FAVRE, N 5901 ; CR CO I-VON PLANTA, CO 432 N 4. ATF 40 II 390.

⁶¹¹ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 17 N 13 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 871 ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 44 ss.

al. 2 LTBC). Le fournisseur peut alors être tenu pour responsable de la violation de son obligation d'informer la maison de vente (art. 97 ss CO) pour le dommage causé à celle-ci, même si l'indemnité sera certainement réduite pour faute concomitante de la lésée, qui aurait dû s'informer de manière plus complète (art. 43 et 44 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO).

§ 4 Conclusion

- 381 La relation entre la maison de vente et le fournisseur étant régie par des contrats extrêmement détaillés, il convient de se fonder en premier lieu sur la convention des parties pour déterminer les conséquences des diverses violations encourues. Nous constatons cependant que les clauses contractuelles reprennent dans une certaine mesure les principes posés par la loi, en les précisant. Les deux parties au contrat risquent donc une responsabilité en cas d'inexécution, aucune exclusion complète n'étant formulée. La raison en est peut-être que les fournisseurs sont les véritables clients des maisons de vente et que ces dernières doivent leur offrir des conditions relativement favorables pour éviter qu'ils ne mettent en vente leurs biens chez un concurrent⁶¹².
- 382 En résumé, une inexécution par la maison de vente d'une de ses prestations, que ce soit l'expertise, l'obligation d'agir, le dépassement de ses pouvoirs de représentation, la conclusion d'un *pactum de non licitando*, la répudiation du mandat en temps inopportun ou encore la violation d'obligations accessoires, peut entraîner l'obligation de dédommager le fournisseur. La difficulté sera souvent de chiffrer le dommage. A cela s'ajoute le fait que, même si le mandant ne subit pas de dommage, la rémunération du mandataire peut être réduite, voire supprimée lorsque la violation de l'obligation correspond à une inexécution totale. Se superposent enfin les cas de demeure de la maison de vente qui peuvent entraîner le paiement de dommages-intérêts ou de simples intérêts moratoires.
- 383 Les cas dans lesquels le fournisseur peut être obligé à réparer le dommage subi par la maison de vente sont la conséquence de la violation de son obligation d'information, du retrait du bien en temps inopportun ou du non-respect du caractère exclusif du contrat. La violation de l'obligation principale, à savoir la rémunération de la maison de vente, n'entraîne

⁶¹² Par opposition avec la relation avec l'acheteur, qui est forcé d'acheter le bien de son choix auprès de la maison qui le met en vente. Comme nous le verrons plus loin (cf. *infra* Deuxième partie : Relation entre la maison de vente et l'enchérisseur), les exclusions de responsabilité sont beaucoup plus étendues dans la relation entre la maison de vente et l'enchérisseur.

essentiellement que les conséquences d'une demeure classique, soit le paiement d'intérêts moratoires.

**DEUXIEME PARTIE : RELATION ENTRE LA MAISON DE VENTE ET
L'ENCHERISSEUR**

Chapitre I : Conclusion du contrat de vente

- 384 Les deux caractéristiques principales de la vente aux enchères d'objets d'art résident dans les modalités spécifiques de conclusion du contrat et de formation du prix⁶¹³. Les principes généraux relatifs à la conclusion du contrat sont énoncés aux articles 1 ss CO, tout ce qui touche au contrat de vente plus particulièrement étant traité aux articles 184 ss CO. Pour ce qui est de la formation du contrat de vente aux enchères publiques et volontaires, les articles 229 ss CO posent quelques règles spéciales qui viennent compléter la partie générale du Code des Obligations⁶¹⁴.
- 385 L'article 1 CO dispose qu'un contrat est parfait si une des parties formule une offre que l'autre partie accepte, leurs déclarations étant réciproques et concordantes. Ces manifestations de volonté doivent contenir tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat (art. 2 al. 1 CO). En matière de vente, l'article 184 CO précise que le fournisseur s'oblige à livrer la chose vendue et à en transférer la propriété à l'acheteur, alors que ce dernier s'engage à en payer le prix. Les deux éléments objectivement essentiels de ce contrat, la chose et son prix, doivent donc figurer dans l'offre pour que celle-ci lie l'offrant⁶¹⁵ et que le contrat puisse être conclu du simple fait de l'acceptation.
- 386 Pour que la condition de la réciprocité soit remplie, les parties doivent chacune être destinataire de la déclaration émise par l'autre. Dans le cas d'une vente aux enchères cependant, l'adjudicateur qui conclut le contrat par son acceptation n'y est en principe pas partie. Comme nous l'avons examiné plus haut, la maison de vente n'agit la plupart du temps pas pour son propre compte, mais pour le compte du fournisseur. Que la représentation ait lieu au nom de la maison de vente ou du fournisseur dépendra des critères que nous avons préalablement examinés⁶¹⁶. L'adjudicateur est représentant passif et actif, avec la compétence de recevoir la manifestation de volonté de l'enchérisseur, l'offre (qui prend ici la forme d'une enchère) (§ 1), ainsi que d'émettre la manifestation de volonté du fournisseur, l'adjudication (§ 3). Dans le présent chapitre, il sera question de ces deux manifestations de volonté et de l'incorporation des conditions générales (§ 2).
- 387 Dans le cadre de ventes aux enchères publiques⁶¹⁷, l'article 229 alinéa 3 CO précise que, sauf manifestation d'intention contraire du fournisseur, la personne qui dirige les enchères a le

⁶¹³ TERCIER/FAVRE, N 1459 ; CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 2 et 3 ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-239 N 3.

⁶¹⁴ TERCIER/FAVRE, N 1458 s. ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 108 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 229-236 N 8 et 43 et références citées ; CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N 4.

⁶¹⁵ SCHWENZER, N 28.07 ; TERCIER, Obligations, N 606 ss.

⁶¹⁶ Cf. *supra* N 163 ss.

⁶¹⁷ Une vente aux enchères est publique lorsqu'elle est annoncée publiquement, notamment par voie de presse, et qu'aucune limitation du cercle des enchérisseurs n'est prévue : CR CO I-VULLIETY, Intro. CO 229-236 N

pouvoir d'adjuger le bien au plus offrant⁶¹⁸. Les articles 229 ss CO fixent en outre des modalités d'exécution, applicables à défaut de convention contraire.

388 La loi ne pose aucune exigence de forme pour la vente aux enchères⁶¹⁹, même en matière immobilière. L'article 235 alinéa 2 CO exige cependant dans ce dernier cas un procès-verbal de vente qui permettra l'inscription au registre foncier, ce qui ne fait pas partie du champ de ce travail. En outre, la plupart des cantons prescrivent, en vertu de la compétence qui leur est attribuée par l'article 236 CO, la tenue d'un procès-verbal pour la vente aux enchères d'objets mobiliers également⁶²⁰.

§ 1 Enchère

389 Si l'enchérisseur formule en règle générale son offre oralement, il n'en demeure pas moins qu'il peut également le faire par écrit ou par téléphone⁶²¹. Pour une enchère téléphonique, l'enchérisseur absent transmet sa volonté au directeur des ventes par l'intermédiaire d'un employé de la maison de vente. Il nous faut déterminer si ce dernier est représentant ou simple messenger⁶²². Le messenger se distingue du représentant en ce qu'il n'a aucune marge de manœuvre et ne fait que restituer la volonté que lui communique l'enchérisseur⁶²³. Cela a une importance dans la mesure où une double représentation du fournisseur et de l'enchérisseur pourrait poser problème⁶²⁴.

9 et 10. Pour plus de détails, cf. *supra* N 11 ss. Voir aussi TERCIER/FAVRE, N 1461 ; CAVIN, Vente, p. 156 ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-236 N 18 et 19 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 141 ss.

⁶¹⁸ Cette présomption vaut dans les rapports externes entre l'acheteur et la maison de vente : BaK-RUOSS, CO 229 N 9 ; cf. *supra* N 256. *Contra* : CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 33.

⁶¹⁹ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 18. ATF 115 II 331 c. 4.a, JdT 1991 I 150.

⁶²⁰ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 23 ; PIOTET, Droit cantonal, N 1050. Cf. par exemple l'article 10 alinéa 1 LVVE :

« L'huissier dresse ou fait dresser sous sa responsabilité un procès-verbal exact des opérations et de leurs résultats. »

Ou encore le § 24 de l'Ordonnance zurichoise :

« Die Führung des Protokolls obliegt dem Auktionator. Aus dem Protokoll muss insbesondere hervorgehen, ob und zu welchem Preis ein Steigerungsgegenstand verkauft wurde.

Daneben führt der Gemeindeammann ein zusätzliches, amtliches Steigerungsprotokoll, in welches Steigerungsgegenstand und Zuschlagspreis aufzunehmen sind. [...] »

⁶²¹ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 29 ss.

⁶²² KOLLER, § 15 N 1 ; SCHWENZER, N 40.06 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 598 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 5 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 28.

⁶²³ GUGGENHEIM, p. 191 ; BK-ZÄCH, Vorbem. CO 32-40 N 17 ss ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 5.

⁶²⁴ Cf. *infra* N 456.

- 390 Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous ne traitons pas dans ce travail des particularités des ventes aux enchères en ligne⁶²⁵. Certaines spécificités découlent de l'utilisation d'un ordinateur et d'un réseau comme intermédiaires pour les manifestations de volonté des parties et de la création d'un site Web par le vendeur aux enchères. Des problèmes d'identification de l'enchérisseur et de manifestations de volonté ne correspondant pas à sa réelle volonté peuvent notamment se poser⁶²⁶. Il faut toutefois noter que les maisons de vente offrent de plus en plus fréquemment la possibilité d'enchérir sur Internet pour une vente aux enchères classique⁶²⁷, hypothèse que nous devons envisager. Il s'agit alors davantage d'une modalité d'enchère que d'un processus entièrement différent. L'adjudication ne pose alors pas les problèmes d'une vente sur Internet⁶²⁸ puisqu'elle est faite de manière usuelle.
- 391 Dans le cadre d'une vente aux enchères, le bien faisant l'objet du contrat est déterminé. Il a tout d'abord été exposé afin que tout acquéreur potentiel puisse l'examiner. Il est ensuite présenté lors de la vente, et ses caractéristiques essentielles figurent dans le catalogue publié par la maison de vente ainsi que dans le *condition report* remis à tous les acheteurs potentiels puis lu par le directeur des enchères lors de la mise en vente. Le *condition report* est un document qui détaille précisément l'état du bien mis en vente lors de son exposition et au moment de la vente. Le catalogue ne pouvant contenir toutes les particularités de chaque objet, le *condition report* permet de faire état de tous les accessoires vendus avec le bien ainsi que de tous les éventuels défauts. Ce document est présenté à tous les enchérisseurs potentiels et lu par le commissaire-priseur avant la vente du bien. Le prix en revanche n'étant pas encore fixé, le fait de mettre un objet en vente n'est pas une offre mais un appel d'offres (art. 7 al. 2 CO)⁶²⁹. L'offre doit contenir tous les éléments essentiels du contrat pour permettre à son destinataire de conclure le contrat par simple acceptation (art. 2 al. 1 CO). Or, lors d'une vente aux enchères, le prix est proposé par l'enchérisseur ; ce n'est qu'au moment de l'enchère que l'offre est formulée⁶³⁰.
- 392 Remarquons que le catalogue des biens proposant une estimation du prix ne peut jamais être considéré de bonne foi par un tiers comme une offre. Le prix inscrit n'est qu'une estimation ; or une offre devrait contenir tous les éléments essentiels du contrat et notamment un prix

⁶²⁵ Cf. *supra* N 11.

⁶²⁶ A ce sujet, cf. JACCARD, p. 58.

⁶²⁷ Voir par exemple Christie's Live™ online bidding, qui propose d'enchérir sur Internet pendant la vente.

⁶²⁸ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 18 ; PESTALOZZI, RSJ, p. 243 ch. 5 et 6 ; JACCARD, p. 67 ss.

⁶²⁹ TERCIER/FAVRE, N 1469 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 12 ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-236 N 24.

⁶³⁰ BK-GIGER, CO 229 N 58.

fixe⁶³¹. L'article 7 alinéa 3 CO, prévoyant que « [l]e fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre », n'est pas applicable. Cette disposition règle la situation dans laquelle le cocontractant peut immédiatement prendre possession de la chose présentée en s'engageant à payer le prix fixé⁶³². Le fait que le bien mis aux enchères soit préalablement exposé et accompagné d'une estimation ne constitue pas une offre ferme⁶³³. L'exposition du bien n'est qu'une étape requise pour la vente aux enchères publiques, mais la particularité du processus est justement de laisser aux enchérisseurs le soin de proposer un prix, l'estimation n'étant qu'une indication de valeur dans ce sens. La communication publique de la vente aux enchères et les envois de catalogues sont des appels d'offres au sens de l'article 7 alinéa 2 CO.

- 393 La formulation d'une enchère constitue donc toujours l'offre de conclure le contrat (art. 3 CO). Les modalités d'enchère déterminent si l'offre est faite de manière expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CC). Lorsque l'enchère est écrite ou faite par Internet, la manifestation de volonté est expresse. Le maître des enchères reçoit l'offre contenant le prix proposé et le numéro du lot convoité. En revanche, en cas d'enchère orale ou par téléphone, il n'y a pas de réelle déclaration. L'enchérisseur ou son messenger, à savoir l'employé de la maison de vente au téléphone, fait un signe au directeur des enchères pour manifester sa volonté de surenchérir. Ce signe peut se concrétiser de diverses manières, la plus courante étant le fait de lever la main et de brandir son numéro d'enchérisseur. La manifestation de la volonté de faire une offre est alors faite oralement⁶³⁴.
- 394 L'auteur d'une offre est lié par celle-ci pour une durée dépendant des circonstances de l'espèce (art. 3 à 5 CO). Il convient de distinguer les cas dans lesquels l'offre est faite entre personnes présentes ou entre absents. Les deux hypothèses peuvent être réalisées lors de ventes aux enchères. La première l'est dans la mesure où l'enchérisseur se trouve en principe dans la salle de vente et fait une offre directement au directeur des enchères⁶³⁵. Dans ce cas, la partie générale du Code des obligations prévoit que l'acceptation doit avoir lieu immédiatement (art. 4 al. 1 CO) ; à défaut, l'offrant est libéré. Il en est de même pour les offres formulées au téléphone (art. 4 al. 2 CO)⁶³⁶. Ces principes ne valent pas pour les offres

⁶³¹ VON BÜREN, Besonderer Teil, p. 67 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 12 ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-236 N 24 s.

⁶³² ATF 105 II 23 c. 1, JdT 1979 I 474. BaK-BUCHER, CO 7 N 10.

⁶³³ ENGEL, Contrats, p. 66 ; TERCIER/FAVRE, N 1469 ; VON BÜREN, Besonderer Teil, p. 67 ; BK-GIGER, CO 229 N 58 ; BaK-RUOSS, Vorbem. CO 229-236 N 24 ss ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 12.

⁶³⁴ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 195 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 13.

⁶³⁵ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 195 ; SCHMID, N 1314 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 13.

⁶³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 406 ; CR CO I-DESSEMENTET, CO 4 N 1 s.

faites par écrit ou par le biais d'Internet⁶³⁷. La loi considère alors que l'offre est faite entre absents et lie l'offrant jusqu'à expiration du délai fixé (art. 3 al. 1 CO) ou, sans fixation de délai, jusqu'au moment où l'offrant peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse (art. 5 al. 1 CO).

395 L'article 231 CO déroge toutefois à ce raisonnement basé sur la partie générale du Code des obligations et empêche l'application des principes de base. Selon l'article 231 alinéa 2 CO en effet, l'enchérisseur n'est plus lié par son offre en cas de surenchère⁶³⁸ ou d'absence d'adjudication à l'issue des criées ordinaires⁶³⁹. A défaut d'acceptation, l'offre devient caduque (art. 231 CO)⁶⁴⁰. Les conditions générales sont toutefois réservées (art. 231 al. 1 CO).

396 Notons encore que l'offre ne lie son auteur que dans la mesure où l'article 9 alinéa 1 CO n'est pas applicable, *i.e.* s'il n'y a pas de rétractation avant que l'offre ne parvienne à son destinataire, la maison de vente, ou avant que celle-ci n'ait pris connaissance de l'offre. Cette situation n'est envisageable que pour les enchères formulées par écrit ou par Internet⁶⁴¹, pour lesquelles il est possible qu'il y ait un délai entre l'expression de la volonté de l'enchérisseur de se lier et la prise de connaissance par la maison de vente. La communication des enchères orales, incluant les enchères téléphoniques, a lieu instantanément, ce qui suppose l'information immédiate de la maison de vente par le biais de son représentant.

A. Représentation de l'enchérisseur

397 Suivant les modalités d'enchère, l'enchérisseur peut ou doit faire appel à un tiers pour manifester sa volonté d'acheter un bien. Il nous faut déterminer si les différentes hypothèses que nous avons envisagées impliquent une représentation de l'enchérisseur, que ce soit par un tiers (1) ou par la maison de vente (2).

⁶³⁷ Même si l'enchère faite sur Internet *en live* se rapproche de l'enchère par téléphone, elle n'a pas lieu de vive voix, condition nécessaire à l'application de l'article 4 CO : CR CO I-DESSEMONTET, CO 4 N 2.

⁶³⁸ Il n'est toutefois pas clair si la surenchère doit être valable pour délier l'enchérisseur précédent : BK-GIGER, CO 231 N 19 à 33 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 60 s. A notre sens, il n'est toutefois pas possible de ne pas libérer l'enchérisseur précédent de son offre, dans la mesure où il n'a aucun moyen de savoir si la surenchère est valable. Or, il nous semble primordial de s'assurer que la personne liée par son offre en a conscience.

⁶³⁹ SCHWENZER, N 28.19 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 13.

⁶⁴⁰ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 16 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 235.

⁶⁴¹ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 16 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 235.

1. Représentation de l'enchérisseur par un tiers

398 Les cas de représentation par un tiers sont les plus fréquents. Si l'acheteur mandate un tiers pour le représenter lors de la vente, les pouvoirs découlent de la procuration octroyée (art. 33 al. 2 CO). L'enchérisseur ne peut en principe être représenté que si le représentant autorisé⁶⁴² agit expressément au nom du représenté. Pour agir comme représentant direct, le tiers doit se présenter à la maison de vente comme tel (art. 32 al. 1 CO), cette dernière prévoyant en général précisément qu'elle refuse qu'un enchérisseur agisse en représentation d'autrui.

399 Les conditions générales de Sotheby's⁶⁴³ notamment prévoient en leur article 9 :

« Si vous enchérissez lors d'une vente, vous le faites en votre nom propre et vous serez personnellement tenu responsable de cette enchère, à moins d'avoir préalablement convenu ensemble par écrit que vous pourrez enchérir au nom et pour le compte d'un tiers identifié et accepté par nous. »

De même, l'article 9 des conditions générales de Christie's⁶⁴⁴ dispose :

« When making a bid, an intending buyer is accepting personal liability to pay the purchase price, including buyer's premium and all applicable taxes, plus all other applicable charges, unless it has been explicitly agreed in writing with Christie's before the commencement of the sale that the intending buyer is acting as agent on behalf of an identified third party acceptable to Christie's, and that Christie's will only look at the principal for payment. »

400 Les maisons de vente posant explicitement comme condition de la représentation, dans les termes du contrat présenté à l'enchérisseur, que le représenté soit identifié et accepté, elles ne courent pas le risque de conclure avec un représenté non identifié⁶⁴⁵. Il ne peut dans cette hypothèse y avoir de représentation déduite des circonstances, du moins dans les cas ordinaires⁶⁴⁶, ni d'indifférence du cocontractant (art. 32 al. 2 CO). Cette règle est exclue par les conditions générales selon lesquelles il ne peut y avoir représentation à défaut d'identification. Si une telle clause n'est pas prévue, les principes établis plus haut en matière d'identification du représenté s'appliquent⁶⁴⁷. A nouveau, il convient de remarquer que la représentation peut être directe ou indirecte⁶⁴⁸, ce qui dépend de la convention passée entre le

⁶⁴² A moins que les règles de l'apparence efficace ne s'appliquent (art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37 CO). Cf. *supra* N 258 ss.

⁶⁴³ Cf. Annexe II.

⁶⁴⁴ Cf. Annexe I.

⁶⁴⁵ Cf. *supra* N 163 ss.

⁶⁴⁶ Il faudrait, pour admettre une manifestation tacite de la volonté d'agir au nom d'autrui, une relation particulière entre la maison de vente et le représentant ou le représenté, ou certains indices dans ce sens. De manière générale, la maison de vente ne peut pas présumer qu'un enchérisseur agit au nom d'un tiers.

⁶⁴⁷ Cf. *supra* N 255.

⁶⁴⁸ Celle-ci ne pose pas de problème pour la maison de vente, le représentant étant lié par le contrat de vente.

représenté et la personne qui enchérit pour son compte, ainsi que de la déclaration faite à la maison de vente.

2. Représentation de l'enchérisseur par la maison de vente

- 401 Si la maison de vente représente un enchérisseur pour la conclusion du contrat de vente, elle est en situation de double représentation, en ce qu'elle est à la fois représentante du fournisseur et de l'acheteur et défend des intérêts opposés. La question de l'admissibilité de la double représentation se pose en raison des conflits d'intérêts en découlant. La jurisprudence⁶⁴⁹ admet la double représentation, soit lorsque le type d'affaire est tel que ce mode de conclusion ne peut porter préjudice à aucune des parties et qu'il n'y a pas de risque de conflit d'intérêts, soit lorsque les parties représentées donnent leur autorisation expresse ou ratifient par la suite le contrat (art. 38 CO)⁶⁵⁰. Si les conditions exposées ne sont pas respectées, l'effet de représentation ne se produit pas.
- 402 Lorsque l'enchérisseur se trouve dans la salle, il manifeste lui-même sa volonté d'être lié. En revanche, lorsqu'il fait une offre téléphonique, par Internet ou par écrit, un employé de la maison de vente doit transmettre son enchère oralement dans la salle de ventes. Ces situations pourraient théoriquement constituer des cas de représentation de l'enchérisseur par la maison de vente. L'enchérisseur qui a manifesté son intérêt pour l'achat d'un lot et s'est préalablement inscrit pour enchérir par téléphone est mis en contact avec un employé de la maison de vente. Celui-ci informe l'enchérisseur du déroulement de la vente et transmet les offres formulées par ce dernier. En cas d'enchères par Internet, l'enchérisseur agit en direct, comme s'il était présent sur le lieu de la vente. Le directeur des enchères ne fait que recevoir ses offres et les prendre en compte dans le processus. Enfin, l'enchérisseur désirant soumettre à la maison de vente un ordre d'achat écrit s'inscrit à l'avance et remplit un formulaire dans lequel il indique le prix maximum qu'il est prêt à offrir. Le directeur des enchères prend en compte ses offres jusqu'à concurrence du montant maximum fixé et enchérit pour lui.
- 403 Dans toutes ces situations, il n'est toutefois pas certain que l'employé de la maison de vente chargé de transmettre la volonté de l'enchérisseur soit son représentant et non un simple messenger. Les enchères par Internet ne réunissent à notre sens aucune caractéristique permettant de considérer qu'elles sont faites par l'intermédiaire de quelqu'un⁶⁵¹. En

⁶⁴⁹ TF, 5 juin 2007, 4A.75/2007 ; ATF 127 III 332 c. 2.a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361 c. 3.a, JdT 2001 I 131 ; ATF 93 II 461 c. 6.a, JdT 1969 I 232 ; ATF 89 II 321 c. 5, JdT 1964 I 226. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 365 ; BaK-WEBER, CO 398 N 15 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 29 ; CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 32.

⁶⁵⁰ GUGGENHEIM, p. 201 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 89 s. TF, 25 août 2000, 4C.335/1999 c. 4.a.aa.

⁶⁵¹ BLÄTTLER, p. 70 ss ; SKRIPSKY, p. 68 et 82.

transmettant ses offres en direct pas le biais d'Internet, l'enchérisseur ne fait qu'utiliser un moyen de manifester lui-même sa volonté. Lorsque les enchères ont lieu par téléphone, la situation est presque identique, si ce n'est que l'enchère est physiquement annoncée dans la salle de ventes, sur ordre de l'enchérisseur, par un employé de la maison de vente. Celui-ci n'a aucun pouvoir décisionnel et ne fait que transmettre la volonté de l'enchérisseur, ce qui ne le qualifie que comme messenger.

- 404 La situation est un peu plus complexe pour les enchères écrites. Le directeur des enchères fixant lui-même, en formulant l'offre pour l'enchérisseur absent, le montant de la surenchère, il a le pouvoir d'enchérir réellement à la place de l'offrant. De ce fait, il a une légère marge de manœuvre. Cette situation se rapporterait selon nous davantage à un cas de représentation directe de l'enchérisseur. Pour agir dans l'intérêt de son représenté, le directeur des enchères devrait surenchérir du montant minimum autorisé. Il se trouve dans ce cas directement en situation de conflit d'intérêts en tant que représentant du fournisseur et d'un enchérisseur, conflit toutefois atténué par les particularités de la vente aux enchères⁶⁵².
- 405 Si la maison de vente veut agir en tant que représentante d'un enchérisseur alors qu'elle représente déjà le fournisseur, elle devrait obtenir, pour plus de sécurité, l'autorisation de ce dernier. Celle-ci prendrait la forme d'une clause contractuelle. Au vu des modalités particulières que nous avons examinées, la maison de vente n'agit en général que comme messagère de la volonté de l'enchérisseur, si celui-ci n'est pas lui-même présent lors de la vente ou représenté par un tiers. Les cas de double représentation se limitent à notre sens aux situations dans lesquelles la maison de vente reçoit un ordre d'achat écrit d'un enchérisseur absent.
- 406 Le système de la vente aux enchères en tant que tel limite le risque que la maison de vente privilégie un enchérisseur par rapport à un autre ou n'agisse pas conformément aux intérêts de l'acheteur qu'elle représente, dans la mesure où la libre concurrence pose des garde-fous. Par ailleurs, les lois cantonales⁶⁵³ obligent les maisons de vente à opérer en présence d'un huissier. Celui-ci est le garant d'une libre concurrence et veille à la protection de tous les intérêts en cause⁶⁵⁴. Même si le risque que l'une des parties subisse un préjudice au profit de l'autre est réduit, il existe. Il serait sage de la part des maisons de vente de prévoir, dans leur contrat avec le fournisseur, une clause les autorisant à représenter les enchérisseurs pour éviter tout risque de responsabilité.

⁶⁵² Cf. à ce sujet VIGNERON, N 292.

⁶⁵³ § 1 de l'Ordonnance zurichoise et article 1 LVVE.

⁶⁵⁴ § 15 de l'Ordonnance zurichoise : « *Der Gemeindeammann sorgt für gute Ordnung während der Versteigerung. Nötigenfalls kann er die Hilfe der Polizeiorgane beanspruchen. [...]* »

B. Contrat avec soi-même (*Selbsteintritt*)

- 407 Lorsque la maison de vente, représentante du fournisseur, veut se porter acquéreur de l'objet mis en vente et conclure un contrat avec elle-même⁶⁵⁵, des problèmes semblables à ceux surgissant en cas de double représentation se posent. Le Tribunal fédéral traite d'ailleurs les deux questions de manière identique, et souvent en parallèle⁶⁵⁶. Ainsi la jurisprudence en matière de *Selbsteintritt* autorise-t-elle ce procédé lorsque le mandant ne risque pas de subir un préjudice, ou lorsque le mandataire obtient une autorisation expresse de se porter lui-même cocontractant⁶⁵⁷. Cette dernière solution serait la plus sûre pour la maison de vente si elle désirait se porter acquéreur de l'objet d'art mis en vente. Il est toutefois possible que la vente aux enchères soit un cas dans lequel la nature de l'affaire permet le contrat avec soi-même puisque le propre du mécanisme des enchères est de préserver la libre concurrence.
- 408 La loi, dans le cadre du contrat de commission, donne un exemple de contrat avec soi-même à l'article 436 alinéa 1 CO. L'hypothèse de l'article 436 CO ne correspond toutefois pas à celle d'une vente aux enchères. Les objets d'art ne sont pas des marchandises cotées à la bourse ou sur le marché et n'ont donc pas un prix fixé selon un certain cours⁶⁵⁸. Pour pouvoir considérer qu'un objet a un prix basé sur le marché, il doit s'agir d'un bien dont on peut fixer la valeur de manière objective en référence à d'autres biens identiques vendus au même moment⁶⁵⁹. Avant les enchères, l'objet n'a qu'une valeur estimée ; le but de la mise aux enchères est précisément d'obtenir le meilleur prix, qu'il n'est pas possible de fixer avant que les enchères aient eu lieu. Dans la mesure où l'on ne peut pas déterminer le prix de manière objective, un contrat avec soi-même au sens de l'article 436 CO n'est pas possible. Le fait pour la maison de vente de se porter acquéreur au prix d'estimation par exemple, sans participation aux enchères, est contraire au but dans lequel elle a été mandatée. Les parties peuvent cependant convenir du contraire, en perdant alors l'intérêt de la mise en vente d'un bien aux enchères⁶⁶⁰.
- 409 L'on pourrait imaginer la situation dans laquelle la maison de vente agit comme enchérisseur au même titre que les autres participants à la vente, se portant donc acquéreur lors des enchères en tant que telles. Les risques de conflits d'intérêts sont importants, ce qui n'est pas

⁶⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1438 ss ; BK-ZÄCH, CO 33 N 80 ss.

⁶⁵⁶ ATF 127 III 332 c. 2.a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361 c. 3.a, JdT 2001 I 131. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1438 ss.

⁶⁵⁷ ATF 127 III 332 c. 2.a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361 c. 3.a, JdT 2001 I 131 ; ATF 93 II 461 c. 6.a, JdT 1969 I 232 ; ATF 89 II 321 c. 5, JdT 1964 I 226. VON TUHR/PETER, p. 364 ; GUGGENHEIM, p. 200.

⁶⁵⁸ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 289 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 104. Un prix-limite en particulier ne permet pas de fixer le prix du marché au sens de l'article 436 CO : HOFSTETTER, p. 211 ; VON BÜREN, *Besonderer Teil*, p. 197 n. 323. ATF 26 II 32.

⁶⁵⁹ TERCIER/FAVRE, N 5872 ; CR CO I-VON PLANTA, CO 436 N 5.

⁶⁶⁰ HOFSTETTER, p. 211 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 289.

admissible. Le directeur des enchères pourrait aisément faire passer la maison de vente avant les autres enchérisseurs et fausser le jeu de la concurrence. Dans ce sens, le *Selbsteintritt* nous semble contraire à l'article 230 CO. Un contrat de vente conclu de cette manière entre le fournisseur et la maison de vente pourrait faire l'objet d'une action en annulation par tout intéressé⁶⁶¹. Par ailleurs, la maison de vente pourrait être tenue pour responsable au sens de l'article 398 CO d'une violation de son devoir de fidélité, puisqu'elle défendrait alors davantage ses propres intérêts que ceux du fournisseur⁶⁶². Contrairement à l'action fondée sur l'article 230 CO, une prétention du mandant en inexécution pourrait être écartée par la convention des parties.

- 410 Le cas particulier de la garantie d'un prix de vente minimum par la maison de vente est un cas de *Selbsteintritt*⁶⁶³ par lequel cette dernière prend l'engagement de se porter acquéreur du bien à défaut d'enchère suffisante. La maison de vente fait ce type de proposition lorsqu'elle désire être mandatée pour la vente d'une collection particulièrement importante. Le fournisseur préférera en effet mettre aux enchères un bien avec la certitude de conclure le contrat de vente à ses conditions et choisira la maison en question plutôt que ses concurrents⁶⁶⁴. La garantie est donc convenue plus dans l'intérêt du fournisseur que dans celui de la maison de vente, qui prend le risque de devenir débitrice d'un prix de vente important en tant qu'acheteuse. Elle pourrait toutefois être tentée de faire une estimation de la collection inférieure à la réalité pour faciliter la vente et violer ainsi son devoir de diligence. Il est par ailleurs possible que la maison de vente désire acquérir la collection, auquel cas elle se trouve en situation de conflit d'intérêts⁶⁶⁵. Le fournisseur qui conclut un tel accord avec la maison de vente a connaissance du risque minime qu'il encourt, ce qui est selon nous suffisant à admettre la conclusion par la maison de vente du contrat avec elle-même⁶⁶⁶. Il nous semble également important que les enchérisseurs soient avisés du conflit d'intérêts potentiel afin d'assurer une meilleure transparence. Suite à une intervention législative à New York requérant l'information

⁶⁶¹ Sur la notion d'intéressé, cf. *infra* N 554.

⁶⁶² Le droit américain se fonde essentiellement sur le *fiduciary duty* de l'*agent* pour interdire le *Selbsteintritt* en cas de vente aux enchères : cf. CONTRERAS, p. 727 ; 3 American Jurisprudence 2d *Agency* § 210 (1986). La règle selon laquelle le directeur des enchères n'a pas le droit d'enchérir sur les lots en vente est toutefois ancrée dans la jurisprudence : *Combs v. Baker*, 203 Ark. 602, 158 S.W.2d 48, 50 (1942). Cf. C.J.S. *Auctions and Auctioneers* § 46 (2009).

⁶⁶³ Cf. *supra* N 106 ss.

⁶⁶⁴ Notons que la commission-vendeur est dans ce cas d'un montant plus élevé que lors d'une vente aux enchères ordinaire. CONTRERAS, p. 747 n. 125 ; FELDMAN/WEIL/DUKE BIEDERMAN, p. 192.

⁶⁶⁵ REEVES/BOLL, p. 358 s.

⁶⁶⁶ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 766. En droit américain, cf. CONTRERAS, p. 748 et 750.

adéquate des acheteurs potentiels, les maisons de vente ont introduit dans leurs catalogues des notes dans ce sens⁶⁶⁷.

- 411 VON BÜREN⁶⁶⁸ considère que le commissionnaire a un devoir de nommer son cocontractant découlant de l'obligation de renseigner le commettant (par renvoi de l'article 425 CO à l'article 400 CO). Il établit de ce fait une présomption de contrat avec soi-même si l'identité de l'acheteur n'est pas divulguée par la maison de vente⁶⁶⁹. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 437 CO dans les cas où le commissionnaire aurait la possibilité de se porter personnellement acquéreur, les conditions d'application de l'article 436 CO étant réalisées⁶⁷⁰. Une présomption de *Selbsteintritt* devrait de même exister lorsque le commettant a donné expressément autorisation au commissionnaire de conclure le contrat avec lui-même, cette hypothèse étant admise par le Tribunal fédéral⁶⁷¹. On voit mal pourquoi, en l'absence de renseignements sur l'identité de l'acheteur par le commissionnaire, ce dernier serait présumé s'être porté acquéreur du bien à vendre uniquement lorsque les conditions de l'article 436 CO sont réalisées et pas en cas d'autorisation du commettant dans ce sens. Ainsi, si la maison de vente, en tant que commettant avec autorisation de conclure le contrat avec elle-même, ne révélait pas l'identité de l'adjudicataire, elle pourrait être considérée comme acquéreur du bien.
- 412 La *ratio legis* de l'article 437 CO est d'ailleurs un argument supplémentaire venant renforcer notre raisonnement selon lequel la maison de vente s'engage elle-même comme représentante indirecte lorsqu'elle ne révèle pas à l'acheteur le nom du fournisseur. En effet, dans les deux hypothèses, la maison de vente agit comme intermédiaire dans la relation entre le fournisseur de l'objet et l'adjudicataire sans révéler à l'un le nom de l'autre. La conséquence de l'article 437 CO selon laquelle le commissionnaire est présumé s'engager lui-même comme cocontractant est cohérente avec le développement que nous avons fait plus haut et confirme notre conclusion⁶⁷².

⁶⁶⁷ BENNETT, p. 264. Chez Christie's par exemple (cf. Annexe I) : « *On occasion, Christie's has a direct financial interest in lots consigned for sale which may include guaranteeing a minimum price or making an advance to the consignor that is secured solely by consigned property.* »

⁶⁶⁸ VON BÜREN, Besonderer Teil, p. 193.

⁶⁶⁹ Cf. également RUOSS, Scheingebote, p. 43.

⁶⁷⁰ CR CO I-VON PLANTA, CO 436 N 2.

⁶⁷¹ ATF 93 II 461 c. 6.a, JdT 1969 I 232 ; ATF 89 II 321 c. 5, JdT 1964 I 226.

⁶⁷² Cf. *supra* N 210 ss.

§ 2 Incorporation des conditions générales

- 413 L'utilisation de conditions générales, clauses contractuelles préformulées⁶⁷³, pour les contrats de ventes aux enchères est nécessaire en raison du grand nombre d'enchérisseurs potentiels et de l'impossibilité de passer avec chacun un accord particulier⁶⁷⁴. Les contrats conclus avec les enchérisseurs contiendraient dans un tel cas des clauses différentes, ce qui pourrait nuire au bon déroulement des enchères, notamment au niveau de la concurrence. Il serait par exemple possible qu'un enchérisseur ait négocié l'application d'un taux inférieur à d'autres pour la fixation de la commission, ce qui l'avantagerait lors de la formulation d'une enchère. Cette situation pourrait engendrer un droit de tout intéressé à demander l'annulation de la vente au sens de l'article 230 CO, la concurrence étant faussée⁶⁷⁵.
- 414 Comme exposé plus haut⁶⁷⁶, l'incorporation des conditions générales au contrat est une condition de leur application⁶⁷⁷. Elle peut se faire par l'inclusion des conditions générales dans le contrat ou par simple référence, à condition que la maison de vente les rende accessibles à l'enchérisseur, qui doit pouvoir en saisir le contenu⁶⁷⁸. Les conditions générales sont en principe présentées lors de l'inscription des enchérisseurs, affichées lors de la vente et tenues à disposition des intéressés, ce qui est suffisant pour les considérer comme accessibles. Les lois cantonales obligent souvent les maisons de vente à respecter divers moyens de prise de connaissance par l'enchérisseur⁶⁷⁹.
- 415 Lorsque les conditions d'intégration sont remplies, le cocontractant qui appose sa signature sur un texte faisant référence aux conditions générales est lié tout comme celui qui signe le

⁶⁷³ Cf. *supra* N 65.

⁶⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1120 *in fine*.

⁶⁷⁵ Cf. *infra* N 552 ss.

⁶⁷⁶ Cf. *supra* N 65.

⁶⁷⁷ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 c. 2.1 ; TF, 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3.1 ; ATF 123 III 35 c. 2.c/bb, JdT 1997 I 322 ; TF, 1er juillet 1974, SJ 1975 257 c. 5.d ; ATF 77 II 156. TERCIER, Obligations, N 870 ; SCHWENZER, N 45.01 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128 ss.

⁶⁷⁸ SCHWENZER, N 45.03. Voir l'ATF 124 III 155, SJ 1998 689, pour des conditions générales figurant dans une brochure remise au client.

⁶⁷⁹ La LVVE dispose par exemple en son article 7 :

« ³ L'huissier doit tenir les conditions de vente à la disposition de tout intéressé dès la parution de l'annonce de la vente dans la Feuille d'avis officielle.

⁴ Les conditions de vente doivent être affichées visiblement dans le local des ventes pendant toute la durée des opérations. L'huissier doit en lire publiquement les clauses essentielles avant le commencement des enchères. »

De même, l'article 8 de l'Ordonnance zurichoise prévoit :

« *Die Steigerungsbedingungen sind nach der Eröffnung der Versteigerung zu verlesen, sofern sie nicht für jedermann leicht zugänglich und gut sichtbar im Steigerungslokal angeschlagen sind oder in ausreichender Anzahl zur Selbstbedienung aufliegen.* »

texte même de conditions générales. Il importe peu qu'il les ait lues dans la mesure où il a eu la possibilité de le faire⁶⁸⁰. Lorsque les conditions générales sont incorporées alors qu'une des parties ne les lit ou ne les négocie pas, leur incorporation est dite globale⁶⁸¹. Si les conditions d'incorporation ne sont pas remplies, le droit dispositif est seul applicable à la relation entre l'enchérisseur et la maison de vente.

- 416 La signature de l'enchérisseur sur le formulaire lors de son inscription n'a qu'une valeur probatoire, le contrat de vente aux enchères n'étant soumis à aucune forme⁶⁸². Mais, les participants à une vente aux enchères étant souvent nombreux, la difficulté pour la maison de vente de prouver l'incorporation des conditions générales est d'autant plus importante. La signature des enchérisseurs potentiels semble être le seul moyen efficace pour prouver l'intégration à chaque contrat des conditions de vente par renvoi global. La forme écrite n'est pas requise mais a une force probatoire non négligeable⁶⁸³. Le contrôle de l'accessibilité est fait par l'huissier dans la mesure prévue par le droit cantonal, mais un paraphe par l'enchérisseur au bas des conditions générales permet d'attester de leur mise à sa disposition.
- 417 Il nous faut déterminer, pour les ventes aux enchères, les cas dans lesquels les conditions générales sont valablement incorporées au contrat liant l'enchérisseur à la maison de vente. Nous analyserons dans un premier temps le processus d'intégration, en mettant l'accent sur le moment de l'incorporation des conditions de vente (A). Nous traiterons ensuite de la validité de ces clauses (B), de leur interprétation (C) et du contrôle de leur contenu (D), trois étapes nécessaires au contrôle des ces clauses contractuelles particulières⁶⁸⁴. Enfin, nous concluons notre raisonnement relatif aux conditions de vente (E).

⁶⁸⁰ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 ; TF, 29 mai 1996, SJ 1996 623 c. 3.a ; ATF 119 II 443 c. 1.a ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b.

⁶⁸¹ *Globalübernahme* : SCHWENZER, N 45.03 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1130, qui précisent que lorsque le contrat fait uniquement référence aux conditions générales, l'incorporation globale est présumée. ATF 119 II 443 c. 1.a ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b.

⁶⁸² A moins que les parties n'en décident autrement. Cela semble peut probable puisque, dans les ventes aux enchères classiques, l'offre elle-même est en principe faite par oral, donc sans forme spéciale. Il n'en est différemment que pour les enchères écrites puisque l'enchérisseur formule déjà son offre lors de l'inscription et signe les conditions générales au même moment. Quoi qu'il en soit, l'adjudication est faite par oral. La conclusion du contrat n'attend pas le report dans le procès-verbal (imposé par l'article 235 alinéa 2 CO pour la vente de biens immobiliers et par la plupart des lois cantonales en matière mobilière) et donc la mise par écrit.

⁶⁸³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 499 ; SCHWENZER, N 31.02.

⁶⁸⁴ Cf. SCHWENZER, N 44.04, qui prescrit un tel contrôle basé sur la partie générale du Code des obligations, à défaut de base légale spéciale.

A. Processus d'incorporation

- 418 La manifestation de volonté de l'enchérisseur se construit en deux étapes, la première étant celle de son inscription, qui a lieu indépendamment du mode d'enchère, et la seconde celle des enchères elles-mêmes. Lors de l'inscription, le futur enchérisseur remplit un formulaire requérant notamment ses informations personnelles et ses références bancaires. Ce document peut soit contenir le texte des conditions générales, soit y faire référence⁶⁸⁵. Pour que l'intégration par renvoi des conditions générales de vente soit admise, celles-ci doivent être mises à disposition des clients ou être accessibles d'une quelconque manière⁶⁸⁶. Cette condition est remplie par leur affichage dans les salles de vente et leur présentation lors de l'inscription des enchérisseurs. Par ailleurs, l'huissier énonce certaines clauses à voix haute préalablement à la vente, ce qui a pour conséquence d'incorporer les clauses en question directement au contrat, sans renvoi global.
- 419 La maison de vente et l'enchérisseur sont déjà liés par les clauses traitant du déroulement des enchères puisqu'il y a accord sur ces éléments. Si l'on considère que la maison de vente et les enchérisseurs concluent un contrat de courtage, l'inscription constitue le moment de la conclusion de ce contrat auquel sont incorporées les conditions de vente. Ce n'est pourtant à notre avis pas le cas, ce qui a pour conséquence que les conditions générales ne font que régler, dans un premier temps, les modalités de conclusion du contrat de vente aux enchères⁶⁸⁷. L'accord en question est une sorte d'avant-contrat dont l'objet n'est pas la vente en tant que telle mais les conditions d'enchères. Les parties s'entendent à ce stade sur le fait que les conditions générales seront applicables à la vente, et que si une enchère est prononcée, celle-ci fera référence aux conditions de vente.
- 420 L'offre faite par l'enchérisseur doit contenir tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat de vente aux enchères pour permettre la conclusion de celui-ci par simple acceptation (art. 2 al. 1 CO). Ainsi, lors de la seconde étape, au moment de l'enchère, les conditions générales sont tacitement intégrées dans l'offre, puisque l'enchérisseur a accepté les conditions de vente lors de l'inscription. Cette enchère est, le cas échéant, acceptée lors de l'adjudication par le maître des enchères. Le contrat est alors conclu sur l'objet en question au prix proposé, en englobant les clauses convenues entre la maison de vente et l'enchérisseur lors de l'inscription. Les conditions de vente de Christie's⁶⁸⁸ prévoient dans leur préambule que toute enchère incorpore les conditions de vente :

⁶⁸⁵ Par exemple au moyen de la formule « je déclare avoir pris connaissance des conditions générales régissant la vente ».

⁶⁸⁶ Cf. *supra* N 414.

⁶⁸⁷ Cf. *infra* N 442 ss.

⁶⁸⁸ Cf. Annexe I.

« These Conditions of Sale and the Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice contain all the terms on which Christie's and the seller contract with the buyer. They may be amended by posted notices or oral announcements made during the sale. By bidding at auction you agree to be bound by these terms. »

- 421 Lorsqu'un enchérisseur désire formuler une enchère écrite, il complète un formulaire d'ordre d'achat⁶⁸⁹ en y inscrivant le numéro du lot qu'il désire acquérir ainsi que le prix maximum qu'il est prêt à payer. Même dans cette situation, l'inscription en tant que telle ne peut donc constituer une offre, bien qu'un prix soit proposé. La raison en est que le prix précis n'est déterminé que lorsque les enchères prennent place et que l'ordre d'achat de l'enchérisseur est mis en relation avec les autres offres faites au moment de la vente. La maison de vente prend en compte les enchères écrites au même titre que les autres types d'enchères, à savoir orales, téléphoniques, ou par Internet. Le directeur des enchères représente l'enchérisseur⁶⁹⁰ et fait monter le prix dans la limite fixée par l'ordre d'achat. Ce document propose une fourchette dans laquelle le représentant a la liberté d'agir mais ne constitue pas une offre ferme au prix maximal. Le montant indiqué ne constitue qu'une limitation des pouvoirs, parfois appelée instruction⁶⁹¹, de celui qui agit pour le compte de l'enchérisseur (art. 33 al. 2 CO). Le formulaire d'offre d'achat constitue une procuration octroyée au directeur des ventes.
- 422 Ainsi, lors de l'inscription, l'enchérisseur et la maison de vente prévoient les termes du contrat potentiel. Toutes les modalités sont déjà convenues au moment où l'offre est faite. L'enchère contient une proposition sur le prix et l'objet, éléments essentiels du contrat de vente (art. 2 al. 1 CO), ainsi qu'un renvoi tacite aux conditions générales mises à disposition antérieurement, lues et exposées dans la salle de ventes.

B. Validité des conditions de vente

- 423 La liberté contractuelle connaît des limites lors de l'utilisation de conditions générales dans les rapports entre des parties inégales⁶⁹². Le Tribunal fédéral considère qu'il convient de protéger la partie faible ou moins expérimentée lorsque celle-ci n'a pas lu ou ne pouvait comprendre les conditions générales qui ont été intégrées au contrat de manière globale⁶⁹³. Les clauses inhabituelles, dites insolites, qui s'écarteraient de manière trop importante du

⁶⁸⁹ Cf. Annexe V.

⁶⁹⁰ Cf. *supra* N 404.

⁶⁹¹ CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N 30 ; BK-ZÄCH, CO 33 N 102 ss ; CHAPPUIS/DÄTWYLER, p. 251 ss. *Contra* : VON TUHR/PETER, p. 362.

⁶⁹² La situation se réalise le plus fréquemment lorsque le contrat est conclu avec des consommateurs.

⁶⁹³ TF, 15 décembre 2003, 4C. 282/2003 ; TF, 7 mai 2002, 5C.74/2002 ; ATF 119 II 443 c. 1 ; ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416 c. 1.b. Cf. BRUNNER, p. 139 s.

contenu auquel l'on peut raisonnablement s'attendre dans un contrat du type de celui conclu, sont alors retirées de l'accord des parties. Cette restriction, ou théorie de la clause insolite, a été consacrée par la jurisprudence⁶⁹⁴ en application du principe de la confiance. La partie la plus expérimentée, souvent un professionnel, ne peut pas opposer à son cocontractant de clause contraire à la bonne foi si l'attention de ce dernier n'a pas été attirée sur ladite clause⁶⁹⁵. MERZ propose même d'étendre cette règle à toutes les clauses par lesquelles la partie faible renonce à certains de ses droits consacrés par le loi, notamment ceux découlant d'une inexécution de l'autre partie⁶⁹⁶.

- 424 Dans les cas de vente aux enchères, la maison de vente peut être considérée comme étant une partie au contrat expérimentée et agissant à titre professionnel. Nous l'avons vu, elle est généralement venderesse du bien. L'acheteur peut bien entendu être expérimenté, connaisseur d'art et même parfois commerçant lui-même. Il existe toutefois de nombreuses situations dans lesquelles l'acheteur n'a pas les connaissances de la maison de vente et est une partie au contrat inexpérimentée qui nécessite une protection accrue. Il en est de même du fournisseur-vendeur lorsque son identité est dévoilée. La question de savoir si l'enchérisseur doit être protégé en tant que partie faible ne peut être traitée que de cas en cas, en fonction de sa situation et de celle de la maison de vente. Il est cependant fréquent qu'un acheteur n'ait qu'une connaissance limitée des mécanismes d'enchères par rapport à la maison de vente, auquel cas celle-ci ne peut introduire de clauses insolites par le biais de ses conditions générales.
- 425 Pour que la règle de l'insolite soit applicable, il faut non seulement que le cocontractant de la partie proposant l'incorporation des conditions générales par renvoi global soit inexpérimenté dans la branche en question, mais également « que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Cf. TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005 : « [l]a validité des conditions générales d'affaires préformées est toutefois limitée par la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel). En vertu de cette règle, sont soustraites à l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. »

⁶⁹⁵ SCHWENZER, N 45.07 ; STAUDER, p. 107 ; BK-GIGER CO 231 N 6 et CO 233 N 20 ss ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 231 N 984 ss ; CR CO I-VULLIETY, CO 231 N 4 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 335.

⁶⁹⁶ MERZ, p. 198. *Contra* : CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 12 ; STAUDER, p. 119 ; PETITPIERRE, *Conventions exclusives de responsabilité*, p. 348.

⁶⁹⁷ TF, 4 mai 2006, 4C.427/2005. Cf. également ATF 109 II 452 c. 5.b ; ATF 109 II 213 c. 2, JdT 1984 I 202. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1141 ss ; GUHL/ KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 50.

- 426 Certaines réglementations cantonales imposent aux maisons de vente de mettre en évidence les clauses importantes des conditions de vente, sous le contrôle de l'autorité compétente, souvent un huissier. Selon l'article 8 du Règlement d'exécution LVVE⁶⁹⁸ notamment :

Clauses essentielles des conditions de vente

¹ L'huissier détermine de cas en cas les clauses essentielles des conditions de vente. Sont notamment considérées comme telles les clauses dérogeant au système de la vente à tout prix (clauses de rachat, clauses réservant le retrait avant la mise à la criée d'objets dont la vente est annoncée, clauses relatives à la défense du prix de réserve, clauses permettant l'adjudication provisoire à un prix inférieur au prix de réserve), les clauses se rapportant à la garantie en raison des défauts et à la monnaie de paiement, ainsi que les clauses de prorogation de for.

² Les clauses essentielles des conditions de vente, dont lecture est faite publiquement avant le commencement des enchères, doivent être mises en relief dans le texte des conditions de vente de façon à frapper l'attention du lecteur.

De même, dans le canton de Zurich, la disposition suivante est applicable (art. 7 de l'Ordonnance zurichoise) :

« [...] Aus den Steigerungsbedingungen sollen insbesondere die Zahlungsbedingungen, die Regelung des Herausgabe des Steigerungsgutes und die allfällige Wegbedingung der Gewährleistung ersichtlich sein, für zu versteigernde Grundstücke ausserdem der Antrittstermin, zu überbindende Grundpfandschulden, Mietverhältnisse, Versicherungsverträge, Brennstoffvorräte, Sicherstellung von Grundsteuern usw. [...] »

- 427 De telles réglementations permettent de limiter les risques de non-incorporation d'une clause du fait de son caractère insolite ; toute clause qui pourrait déroger de manière surprenante au droit dispositif doit être mise en évidence. Les clauses que la loi considère comme essentielles sont en réalité celles auxquelles un enchérisseur non expérimenté pourrait ne pas s'attendre. Les exigences sont plus strictes que celles posées par la jurisprudence fédérale en matière d'incorporation des conditions générales, indépendamment de la question de savoir si un enchérisseur auquel elles seront opposables peut être considéré comme une partie faible, inexpérimentée ou financièrement moins forte. Si la maison de vente conclut avec un enchérisseur qui devrait être protégé, le fait de mettre en évidence ces « clauses essentielles » attire suffisamment l'attention du cocontractant pour qu'il puisse les intégrer en connaissance de cause dans son offre. L'acheteur ne peut ainsi pas invoquer la règle de l'insolite dans la mesure où la clause est suffisamment claire pour être comprise. De plus, les clauses énoncées à voix haute par l'huissier avant la vente sont incorporées au contrat de manière individuelle, sans renvoi global. La théorie de la clause insolite ne leur est dès lors pas applicable.

⁶⁹⁸ Ce Règlement d'exécution est applicable à toute vente volontaire aux enchères publiques d'objets mobiliers prenant place dans le canton de Genève (art. 1 al. 1 LVVE).

428 La solution consacrée par la LVVE et l'Ordonnance zurichoise peut permettre d'éviter certains problèmes relatifs au potentiel caractère insolite des clauses intégrées. A défaut de validité de ces clauses ou lorsque le problème juridique n'est pas traité par les conditions générales, le droit dispositif est applicable. C'est pourquoi la qualification juridique des rapports de l'acheteur avec la maison de vente ainsi qu'avec le fournisseur est fondamentale. Nous aborderons ce problème dans le Chapitre II de la présente partie. Si toutefois certaines clauses insolites ne sont pas mises en évidence conformément à la loi cantonale, ou plus particulièrement dans les cantons qui n'ont pas légiféré dans ce sens, la règle de l'insolite est applicable dans les cas où l'enchérisseur est une partie faible.

C. Interprétation des conditions générales

429 Les principes d'interprétation des conditions générales exposés plus haut⁶⁹⁹ sont applicables à celles qui ont été valablement incorporées dans le contrat entre la maison de vente et l'enchérisseur. Il convient dans un premier temps de rechercher la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO)⁷⁰⁰. Il est cependant souvent difficile de connaître cette volonté commune, en raison de l'absence de négociation des clauses contractuelles et du peu d'échanges entre la maison de vente et l'enchérisseur. Les conditions générales sont alors interprétées conformément au principe de la confiance⁷⁰¹, selon le sens que le destinataire pouvait raisonnablement leur donner au vu des circonstances. Dans le doute, si la clause manque encore de clarté, le juge procède à une interprétation *in dubio contra proferentem*⁷⁰², en défaveur de la partie qui l'a rédigée, à savoir de la maison de vente⁷⁰³.

430 L'interprétation des clauses contractuelles ne peut se faire de manière générale et dépendra des situations de l'espèce, en particulier des déclarations des parties, de leur comportement et de leur expérience. Le juge est notamment restrictif dans son interprétation des clauses exclusives ou limitatives de garantie⁷⁰⁴. En cas de doute, et face à un acheteur peu expérimenté, il se peut que la responsabilité de la maison de vente ne soit pas valablement exclue. Il s'agit du cas d'application le plus probable.

⁶⁹⁹ Cf. *supra* N 74 s.

⁷⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200 et 1240 s. ; SCHWENZER, N 45.08 et 33.01 s. ; BRUNNER, p. 137 ; nuancé : CR CO I-WINIGER, CO 18 N 145. ATF 133 III 675 c. 3.3 ; ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805.

⁷⁰¹ SCHWENZER, N 45.08 ; BRUNNER, p. 136 ; STAUDER, p. 111 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 157 ; SCHWAB, p. 25. ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805 ; ATF 122 V 146.

⁷⁰² *Unklarheitsregel*. ATF 124 III 155 c. 1, SJ 1998 689 ; ATF 122 III 118 c. 2.a, JdT 1997 I 805 ; ATF 118 II 343 c. 1.a ; ATF 115 II 264 c. 5.a, JdT 1990 I 57. SCHWENZER, N 45.10 ; BRUNNER, p. 138 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 157 ; SCHWAB, p. 25 s.

⁷⁰³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 186.

⁷⁰⁴ STAUDER, p. 113 ; JUNOD MOSER, Thèse, p. 158.

D. Contrôle du contenu des conditions générales

431 Pour être valables, les conditions générales doivent non seulement respecter le droit impératif, mais également l'article 8 LCD⁷⁰⁵. Cette disposition proscriit l'utilisation de conditions générales préformulées de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante lorsqu'elles dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Les conditions d'application de cette disposition ne sont généralement réalisées que lorsque la clause est qualifiée d'insolite. La condition stricte du caractère trompeur de la clause visée notamment a pour conséquence que l'article 8 LCD n'a été que très rarement utilisé par le Tribunal fédéral⁷⁰⁶. Par ailleurs, un contrôle de la conformité à l'ordre public et de la moralité du contenu des conditions générales, prôné par la doctrine⁷⁰⁷, n'a pas encore été admis par le Tribunal fédéral. Le contrôle du contenu des conditions de vente n'aboutit donc à aucune conclusion intéressante⁷⁰⁸.

E. Conclusion

432 La réglementation de l'incorporation des conditions générales n'est certes pas complète et toujours efficace en droit suisse, notamment en ce qui concerne le contrôle de leur contenu. La règle de l'insolite et les principes d'interprétation particuliers permettent toutefois de poser certains garde-fous lorsque le contrat est conclu avec une partie faible. Ainsi, si l'acheteur est, dans un cas d'espèce, inexpérimenté et peu au fait des ficelles du marché de l'art, sera-t-il protégé dans une certaine mesure par l'invalidité des clauses insolites et une interprétation restrictive des clauses exclusives de garantie. Tout acheteur bénéficie en outre des règles édictées par les cantons dans lesquelles il est prévu que les clauses essentielles doivent être mises en évidence et lues publiquement avant la vente. Les abus de la partie forte sont ainsi limités.

§ 3 Adjudication

433 L'adjudication par le directeur des enchères engendre la conclusion du contrat. Elle intervient du fait de l'acceptation orale de l'enchère par le maître des enchères, accompagnée d'un coup de marteau⁷⁰⁹. L'acte décisif est la conclusion de la troisième crie ; le coup de marteau en

⁷⁰⁵ Cf. *supra* N 76 ss.

⁷⁰⁶ BRUNNER, p. 134 ; BK-KRAMER, CO 19-20 N 281 ss. Il faut toutefois rappeler le projet de révision de l'article 8 LCD, cf. *supra* N 78.

⁷⁰⁷ HUGUENIN, N 435 ; SCHWENZER, N 46.06 ; BK-KRAMER, CO 19-20 N 290 ss.

⁷⁰⁸ Cf. BRUNNER, p. 147 ss, pour une nouvelle loi.

⁷⁰⁹ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 223 et 418.

tant que tel peut aussi bien signifier le renvoi de l'objet que son adjudication. L'adjudication correspond à la manifestation de la volonté du fournisseur de vendre son bien, formulée par l'intermédiaire de son représentant. Au moment de l'acceptation par le directeur des enchères, tous les éléments essentiels de la vente sont déjà fixés, puisque le prix a été déterminé lors de l'enchère. Notons que chaque enchérisseur antérieur est délié de son offre par la surenchère suivante (art. 231 CO). Si plusieurs enchères ont été formulées pour le même lot au même prix, celle qui a été faite en premier prévaut. Le contrat est à ce stade conclu du simple fait de l'acceptation par le directeur des ventes⁷¹⁰.

- 434 Le directeur des enchères, en tant qu'employé, est représentant de la structure qui l'emploie⁷¹¹. Une manifestation expresse de sa volonté d'agir au nom de la maison de vente n'est pas nécessaire, la représentation découlant des circonstances (art. 32 al. 2 CO). Le contrat conclu en représentation indirecte du fournisseur engage la maison de vente et non le directeur des enchères. En cas de représentation directe du fournisseur en revanche, le maître des enchères est représentant de celui-ci du fait de la procuration accordée⁷¹².
- 435 La doctrine majoritaire considère que l'adjudication n'est pas une manifestation de volonté sujette à réception⁷¹³. Cette opinion a été développée afin d'éviter que l'enchérisseur qui se retire avant la fin des enchères ne puisse empêcher de ce fait la conclusion du contrat, ce qui dérogerait au principe selon lequel le retrait volontaire d'une enchère est exclu. Selon PESTALOZZI⁷¹⁴, une telle règle est admissible en raison de la publicité de l'adjudication, qui permet de pallier l'absence d'exigence de réception par l'acheteur de la manifestation de volonté de l'adjudicateur. Il est en effet primordial, vu le nombre potentiellement important de participants à une vente aux enchères, que la conclusion du contrat ne reste pas indéterminée une fois que les enchères sont terminées. L'adjudication doit avoir lieu lors des enchères et non subséquemment.
- 436 Cette opinion est cependant controversée⁷¹⁵, certains auteurs considérant que l'adjudication est, comme toute manifestation de volonté affectant la situation juridique d'une personne en

⁷¹⁰ BK-GIGER, CO 229 N 66.

⁷¹¹ A moins qu'il ait des pouvoirs directionnels de fait ou de droit au sein de la maison de vente. En tant qu'organe de la maison de vente au sens de l'article 55 CC, il engage alors celle-ci directement par ses actes, donc par la déclaration d'adjudication. Cf. *supra* N 54.

⁷¹² Cf. *supra* N 167 ss.

⁷¹³ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 428 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 19 ; SCHMID, N 1323 ; BK-GIGER, CO 229 N 69.

⁷¹⁴ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 428.

⁷¹⁵ BaK-RUOSS, CO 229 N 7 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 61 ; BK-GIGER, CO 229 N 69.

droit suisse, soumise à réception⁷¹⁶, avec toutefois un risque à charge du destinataire en ce qui concerne la prise de connaissance de la déclaration d'adjudication. L'adjudication devrait alors être communiquée spécialement à l'acheteur et ne déploierait d'effets qu'une fois reçue. Ces effets remonteraient rétroactivement au moment de l'expédition de l'acceptation (art. 10 CO).

- 437 Selon la théorie de la réception, une déclaration modifiant les droits et obligations de son destinataire ne déploie d'effets qu'à partir du moment où elle entre dans la sphère de puissance de ce dernier⁷¹⁷, afin qu'il soit en mesure d'en prendre connaissance. A défaut, la déclaration ne déploie pas d'effets, pour des motifs de sécurité juridique. L'application à la vente aux enchères ne poserait en théorie pas de problème dogmatique majeur. L'enchérisseur est de toute façon lié par son offre⁷¹⁸, et le reste même s'il se retire avant l'adjudication ; il ne peut empêcher la conclusion du contrat. Sachant que la maison de vente dispose de ses coordonnées puisqu'il a été inscrit comme enchérisseur pour pouvoir prendre part à la vente, l'adjudication pourra être notifiée à l'acheteur quoi qu'il advienne.
- 438 Il faut toutefois tenir compte du fait qu'il est possible d'enchérir autrement que par oral lors de la vente. Si l'enchère téléphonique constitue une offre entre présents (art. 4 al. 2 CO) et si l'enchère en ligne s'en rapproche⁷¹⁹, les enchérisseurs qui ont choisi de passer une offre d'achat par écrit sont absents de la vente. Chaque enchérisseur peut par ailleurs s'être retiré, avoir perdu la connexion téléphonique ou Internet, et ne pas être avisé immédiatement de la conclusion du contrat. Or, l'adjudication a la particularité de déployer des effets non seulement à l'égard de l'adjudicataire pour lequel elle vaut acceptation, mais également à l'égard des autres participants à la vente, à qui elle signifie la fin des enchères. Il ne semble pas approprié de repousser ses effets jusqu'au moment où l'adjudicataire reçoit notification de l'acceptation.
- 439 A notre avis, il faut admettre qu'au coup de marteau, l'adjudication est notifiée à l'adjudicataire. En effet, du moment que l'adjudication a été régulièrement prononcée, toute personne présente à la vente a reçu l'acceptation, y compris les enchérisseurs en contact téléphonique avec la maison de vente, à l'exception des personnes qui se sont retirées, alors même qu'il n'est pas possible de se délier de son offre en quittant la salle d'enchères, et des

⁷¹⁶ Il faut nuancer cette affirmation. Le principe est que toute manifestation de volonté affectant la situation juridique d'une personne est soumise à réception, afin de s'assurer que cette personne connaisse ses droits et obligations. Au sujet de la théorie de la réception, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 193 ss ; VON TUHR/PETER, p. 166 ss.

⁷¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 196 s. ; VON TUHR/PETER, p. 166 ss.

⁷¹⁸ Jusqu'à une enchère supérieure ou en l'absence d'adjudication après les criées ordinaires au sens de l'article 231 alinéa 2 CO, à moins que les conditions de vente n'en disposent autrement.

⁷¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 406 s. et 412.

enchérisseurs qui ont choisi une modalité d'offre entre absents. Tous ceux-ci peuvent être considérés comme responsables de ne pas recevoir immédiatement la notification et se voir opposer la communication malgré leur absence. Cette construction consiste à faire supporter aux participants aux enchères le risque de la prise de connaissance de l'acceptation, puisque l'enchérisseur sait que dans la mesure où il a enchéri, l'adjudication aura lieu à la fin des enchères et qu'il ne tient qu'à lui d'en prendre connaissance⁷²⁰. Nous considérons donc que l'adjudication n'est pas une manifestation de volonté non soumise à réception, mais plutôt une déclaration soumise à la réception des participants à la vente dans leur ensemble, dont la publicité entraîne les effets de la réception par le destinataire, à savoir la conclusion du contrat.

440 Si le directeur des ventes accepte l'offre de l'enchérisseur, le contrat est conclu et l'enchérisseur devient adjudicataire. Dans l'hypothèse inverse, l'acceptation fait défaut et les conditions de l'article 1 CO ne sont pas remplies. L'enchérisseur est en principe libéré de son offre au sens de l'article 231 alinéa 2 CO lorsque l'acceptation n'a pas lieu immédiatement⁷²¹ ainsi que dans l'hypothèse d'une surenchère, auquel cas une manifestation de volonté du directeur des ventes ne vaut plus acceptation⁷²².

§ 4 Conclusion

441 Lorsque le futur enchérisseur s'inscrit pour la vente, les conditions générales doivent lui être remises. L'enchère qu'il formule ensuite constitue l'offre qui doit intégrer tous les éléments essentiels du contrat ainsi que les conditions générales, si elles existent. Leur incorporation se fait en principe de manière tacite puisqu'au moment de l'offre l'enchérisseur ne déclare pas expressément vouloir être lié par les conditions de vente. Mais du fait que, lors de l'inscription, les conditions générales lui ont été présentées, le simple fait d'enchérir manifeste par actes concludants sa volonté de les incorporer au contrat. La maison de vente, par son adjudication, conclut le contrat. A défaut d'intégration des conditions générales, le droit

⁷²⁰ RUOSS, Scheingebote, p. 61 n. 201.

⁷²¹ Notamment dans le cas où le directeur des enchères passe à un autre lot sans adjuger le précédent. PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 231 N 1013 ss ; BK-GIGER, CO 231 N 36 ; CR CO I-VULLIETY, CO 231 N 11.

⁷²² Il n'est pas nécessaire que la surenchère soit valable, l'admissibilité d'une enchère n'étant souvent pas reconnaissable par l'enchérisseur précédent. Celui-ci doit pouvoir savoir s'il est encore lié par son offre sans avoir de doute à ce sujet. PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 231 N 1007 ss ; CR CO I-VULLIETY, CO 231 N 9 s. ; BK-GIGER, CO 231 N 19 à 33 ; nuancé : RUOSS, Scheingebote, p. 60 s. *Contra* : STÄGER, p. 62 ss. Cf. *supra* n. 638.

dispositif régissant la relation entre la maison de vente et l'acheteur ainsi que celle entre le fournisseur et l'acheteur s'applique. La qualification de ces rapports permet donc de définir les droits et obligations des parties.

Chapitre II : Qualification de la relation entre la maison de vente et l'enchérisseur

442 La maison de vente et l'enchérisseur entrent en relation au moment où le second s'inscrit pour participer à la vente. Comme nous l'avons vu, cette relation a pour but la conclusion du contrat de vente aux enchères. Lorsqu'un enchérisseur devient adjudicataire d'un bien, la maison de vente ajoute, au prix qu'il doit payer, une commission correspondant à un pourcentage du prix de vente⁷²³. La maison de vente, en plus de la commission que lui verse le fournisseur du bien, perçoit donc une commission-acheteur en cas de succès de la vente.

443 Le versement d'une commission-acheteur en plus du prix de vente n'a pas toujours été demandé à l'adjudicataire. Cette institution a été instaurée en 1975 par Sotheby's et Christie's, afin de faire face aux coûts importants des ventes sans avoir à augmenter le montant des commissions-vendeur⁷²⁴. Les fournisseurs étant les véritables clients des maisons de vente, il aurait été inadéquat de les rebuter par des commissions trop élevées. Les acheteurs potentiels désirant acquérir certains biens indépendamment de la société qui les mettait en vente, il était plus simple de leur imposer une prime supplémentaire. Cela montre toutefois qu'initialement, la maison de vente ne se considérait pas réellement comme obligée envers les enchérisseurs d'offrir certains services contre rémunération.

444 Un exemple de clause fixant la commission-acheteur apparaît à l'article 3 des conditions de vente de Christie's :

« The premium to the Buyer is 20% of the hammer price up to Sfr 250'000 and 12% for any amount in excess of Sfr 250'000. [...] »

445 La terminologie utilisée suggère la conclusion d'un contrat de courtage ou de commission entre la maison de vente et l'acheteur, contrats dans lesquels la rémunération est parfois désignée par le terme de *commission*⁷²⁵. Le présent chapitre vise à déterminer la qualification de la relation nouée entre la maison de vente et l'acheteur et la cause justifiant le paiement par l'acheteur d'une commission à la maison de vente. Il conviendra en particulier de se demander si la terminologie employée par les parties est adéquate au regard de leur volonté et des engagements pris, les dénominations utilisées par les parties n'étant pas déterminantes pour l'interprétation du contrat (art. 18 al. 1 CO).

⁷²³ Ce pourcentage est généralement plus important que celui permettant de fixer la commission due par le vendeur. Par exemple, la commission-vendeur demandée par Sotheby's Genève s'élève à 15% du prix d'adjudication pour les lots vendus à moins de CHF 4'000.- et à 10% au-delà. La commission-acheteur se monte quant à elle à 20% des premiers CHF 250'000.- et à 12% au-delà.

⁷²⁴ CONTRERAS, p. 740 ; FELDMAN/WEIL/DUKE BIEDERMAN, p. 199 s. La commission-acheteur fait d'ailleurs l'objet de critiques aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, où il a même été proposé, en 1983, de légiférer contre le prélèvement d'une commission-acheteur, proposition qui a été refusée.

⁷²⁵ Ce terme est notamment utilisé à l'article 425 alinéa 1 CO (conjointement à celui de provision, art. 432 CO) en ce qui concerne le contrat de commission. Pour le contrat de courtage, la pratique utilise le terme de *commission* plutôt que celui de salaire prévu par le CO à l'article 413, cf. entre autres CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 3 ; ENGEL, Contrats, p. 524.

- 446 La qualification du rapport permettra de déterminer l'étendue des obligations de la maison de vente et de ses prétentions à l'encontre de l'acheteur à défaut d'accord entre les parties sur ce point. De la nature de la commission-acheteur découle également la responsabilité de la maison de vente en cas d'inexécution, notamment en cas d'action rédhibitoire ou minutoire de l'acheteur au sens de l'article 205 CO. Le montant sur lequel porte une telle action dépend de la qualification de la somme payée par l'acheteur à la maison de vente.
- 447 La qualification à la base de la prétention en paiement de la commission-acheteur n'est pas claire. Peu de solutions sont envisageables au regard des exigences généralement posées par les parties. Certains auteurs semblent qualifier le contrat conclu entre la maison de vente et l'acheteur de contrat de courtage⁷²⁶, ce qui constitue un fondement pour le paiement de la commission-acheteur. Celle-ci pourrait également représenter une sorte de taxe d'entrée permettant la prise en considération de l'enchère⁷²⁷.
- 448 La représentation directe du fournisseur par la maison de vente pour la conclusion du contrat de vente est l'hypothèse que la plupart des maisons de vente suisses retiennent dans leurs conditions générales. Toutefois, comme nous l'avons relevé plus haut⁷²⁸, la représentation directe n'est envisageable que dans les cas où la maison de vente révèle à l'acheteur, même postérieurement à la vente, l'identité du fournisseur. Lorsque les conditions en sont réalisées, le fournisseur et l'acheteur sont directement liés par le contrat de vente sans que la maison de vente n'y soit partie. Deux situations sont concevables : soit la maison de vente conclut un contrat de courtage avec l'enchérisseur, soit elle n'entre pas en relation contractuelle avec ce dernier.
- 449 En cas de représentation indirecte, la maison de vente conclut la vente en son propre nom mais pour le compte du fournisseur. Elle s'engage de ce fait par l'adjudication du bien et est partie au contrat de vente. Elle doit, sur la base du contrat de commission la liant au fournisseur, céder à celui-ci ses droits et obligations, mais ne peut en principe pas transférer le contrat dans son ensemble⁷²⁹. La relation entre la maison de vente et l'acheteur est un contrat de vente. Il en est de même lorsque la maison de vente conclut le contrat en son propre nom et pour son propre compte, puisqu'elle est venderesse du bien.
- 450 A nouveau, soit la relation entre la maison de vente et l'acheteur est un simple contrat de vente, soit un contrat de courtage se superpose à cette relation, solution envisagée par la

⁷²⁶ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 37 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 229 N 533.

⁷²⁷ CONTRERAS, p. 740.

⁷²⁸ Cf. *supra* N 255.

⁷²⁹ Cf. *infra* N 615 ss.

doctrine⁷³⁰. Selon cette dernière opinion, la maison de vente, courtière de l'acheteur, se présenterait elle-même comme cocontractante de l'acheteur, pour son propre compte ou en représentation directe du fournisseur. Cette construction juridique semble toutefois inutilement complexe.

451 Le problème principal est que, ce faisant, la maison de vente a également des obligations découlant du contrat de mandat ou de commission la liant au fournisseur. Si un contrat de courtage est conclu, il n'est pas certain que les modalités pratiques de la vente aux enchères permettent à la maison de vente de respecter ses devoirs de diligence et de fidélité à la fois à l'égard du fournisseur et de l'enchérisseur. Nous examinerons dans un premier temps les conséquences d'une qualification de la relation entre la maison de vente et l'acheteur de contrat de courtage (§ 1), puis celles d'une absence de relation contractuelle se superposant à la vente (§ 2), avant de traiter de la problématique, commune aux deux situations, du devoir de restitution (§ 3) et de conclure notre raisonnement (§ 4).

§ 1 Contrat de courtage

452 Du fait de la relation tripartite instaurée lors d'une vente aux enchères, la maison de vente se retrouve dans une position pouvant générer des conflits d'intérêts. Elle est d'une part mandataire du fournisseur, dont le but est d'obtenir le prix le plus élevé possible lors de la vente de son bien, et risque dans ce cadre de violer son devoir de fidélité⁷³¹ (art. 398 al. 2 CO pour le contrat de mandat, également applicable au contrat de commission par renvoi de l'art. 425 CO). Cette disposition institue également un devoir de diligence à charge de la maison de vente, qui s'engage à agir « comme une personne raisonnable et diligente dans des circonstances semblables »⁷³².

453 La maison de vente entre d'autre part en relation avec les enchérisseurs, qui visent à acquérir un objet d'art au meilleur prix possible⁷³³. Les devoirs de fidélité et de diligence sont également applicables si l'on qualifie cette relation de courtage, par renvoi de l'article 412 CO à l'article 398 alinéa 2 CO. Nous nous trouvons donc face à un problème analogue au double

⁷³⁰ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 37 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 533 ; BYRNE-SUTTON/RENOLD, p. 411 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 67.

⁷³¹ CR CO I-WERRO, CO 398 N 28.

⁷³² ATF 115 II 62 c. 3.a, JdT 1989 I 539. Cf. également ATF 127 III 357 c. 1.c, JdT 2002 I 192 ; ATF 124 III 155 c. 3, SJ 1998 689. TERCIER/FAVRE, N 5117 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 14 ; HOFSTETTER, p. 128 ; WERRO, *Mandat*, N 561 ss.

⁷³³ Le fait que les intérêts de l'enchérisseur et de la maison de vente ne coïncident pas, au contraire de ceux de la maison de vente et du fournisseur, est problématique. En droit américain, cf. CONTRERAS, p. 732.

courtage⁷³⁴, toléré quand le courtier n'a pas à défendre des intérêts opposés (art. 415 CO)⁷³⁵. La maison de vente, alors mandatée par le fournisseur pour faire monter les prix lors des enchères, ainsi que par l'enchérisseur pour trouver un occasion d'achat au meilleur prix, ne respecte pas cette condition.

- 454 La licéité du double courtage est généralement admise si le courtier a uniquement pour rôle d'indiquer une occasion de conclure⁷³⁶. En revanche, la situation d'un courtier négociateur qui accepte un double courtage est plus délicate en raison de son impact accru sur la conclusion du contrat. Si la maison de vente devait être qualifiée de courtière des enchérisseurs, elle agirait comme négociatrice, ce qui justifierait d'être d'autant plus sévère pour l'admissibilité du double courtage vu son impact dans la conclusion du contrat. Puisque notre postulat de base est que la maison de vente est mandatée par le fournisseur du bien, elle ne pourra qu'à certaines conditions être également considérée comme courtière de l'acheteur.
- 455 De manière générale, le raisonnement développé précédemment⁷³⁷ permet de restreindre le risque d'un conflit d'intérêts lors d'une vente aux enchères, la libre concurrence préservant les intérêts de toutes les parties. Le mécanisme des enchères vise précisément à assurer le jeu de la libre concurrence. La présence d'un huissier garantit le respect de ce principe de base, tandis que tout intéressé est libre de demander l'annulation des enchères dans un délai de dix jours au sens de l'article 230 CO⁷³⁸. De nombreux garde-fous sont donc érigés pour éviter tout dysfonctionnement qui pourrait résulter de la position ambivalente de la maison de vente. Bien que le risque de conflits d'intérêts soit restreint par ces mesures, il reste une certaine marge de manœuvre au directeur des enchères, qui a pour rôle de susciter l'excitation dans la salle pour faire monter les enchères. En cela réside sa principale activité, en contradiction avec les intérêts des enchérisseurs.

⁷³⁴ Analogue seulement, puisque la première relation impliquant la maison de vente est un mandat simple ou un contrat de commission. Nous pouvons pourtant aisément rapprocher le courtage du contrat de mandat du fait de son caractère de mandat spécial et du renvoi aux règles du mandat prévu à l'article 412 alinéa 2 CO. Le contrat de commission renvoie également aux dispositions du contrat de mandat (art. 425 al. 2 CO). Par ailleurs, la situation de fait d'un double courtage est similaire à celle qui nous occupe. La maison de vente a une activité comparable à celle que déploie le courtier lorsqu'il met en relation deux personnes l'ayant mandaté et qui ont pour but de conclure le même contrat, à l'exception du rapport de représentation entre la maison de vente et l'un de ses mandants, qui nous impose d'être d'autant plus restrictifs dans l'admission d'un double courtage.

⁷³⁵ ATF 124 III 481 c. 3.a, JdT 1999 I 455 ; ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499. ENGEL, Contrats, p. 529 ; BaK-AMMANN, CO 415 N 4.

⁷³⁶ BaK-AMMANN, CO 415 N 4 ; HOFSTETTER, p. 180.

⁷³⁷ Cf. *supra* N 405 s.

⁷³⁸ Cf. *infra* N 552 ss.

- 456 Il peut arriver que la maison de vente soit à la fois représentante du fournisseur et de l'enchérisseur, par exemple lorsqu'elle reçoit un ordre d'achat écrit d'un enchérisseur qui ne pourra pas assister à la vente. Cet état de fait est plus complexe encore en raison de l'implication accrue de la maison de vente. Une partie de la doctrine considère qu'en cas de double représentation, le responsable des enchères est commissionnaire de vente et d'achat au sens de l'article 425 CO⁷³⁹, ce qui est source de conflits d'intérêts en la personne du représentant.
- 457 Ce risque existe lorsque la maison de vente enchérit pour le compte d'un enchérisseur absent qui a fixé par écrit une limite maximale. La maison de vente a alors la possibilité de surenchérir pour le compte de l'enchérisseur dans ladite limite de prix sans que le montant de la surenchère ne soit fixé. Le maître des enchères a une légère marge de manœuvre qui peut potentiellement porter préjudice à l'enchérisseur puisque celui-ci cherche à obtenir l'objet au meilleur prix⁷⁴⁰. Si par exemple la maison de vente décide de faire une offre de 10% de plus que l'enchère précédente, alors que le minimum autorisé est de 5%, elle lèse les intérêts de l'acheteur. Le maître des enchères, dans la situation où il enchérit pour le compte d'un tiers, doit se contenter de surenchérir du minimum exigé pour respecter son devoir de fidélité. La vitesse à laquelle se déroulent les enchères ne permet pas toujours de contrôler qu'une surenchère minimale est faite. L'enchérisseur risque de voir ses intérêts lésés.
- 458 A l'inverse, en ne faisant pas augmenter le prix le plus rapidement possible, la maison de vente viole son obligation de fidélité à l'égard du fournisseur. Dans tous les cas, le double courtage peut poser certains problèmes en rapport avec les conflits d'intérêts. Un moyen de limiter l'obligation de fidélité de la maison de vente est d'obtenir l'accord de son mandant pour son activité potentiellement conflictuelle⁷⁴¹. A titre comparatif, le droit américain prévoit un devoir du représentant de ne pas agir en représentation d'une partie adverse au représenté⁷⁴². Il peut être libéré de ce devoir si le représenté donne son consentement et que certains devoirs stricts sont respectés ; une simple connaissance par le représenté du fait que le représentant agit également au nom d'un tiers ne suffit pas⁷⁴³. Il peut cependant être difficile pour la maison de vente de respecter ces obligations⁷⁴⁴, c'est pourquoi le directeur des enchères ne devient représentant de l'acheteur que lorsque le marteau tombe, afin de

⁷³⁹ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 252 ; CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 35.

⁷⁴⁰ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 229 N 342.

⁷⁴¹ HOFSTETTER, p. 107 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 12 s. ; BRETTON-CHEVALLIER, p. 150.

⁷⁴² Restatement (third) of Agency, § 8.03.

⁷⁴³ Restatement (third) of Agency, § 8.06.

⁷⁴⁴ CONTRERAS, p. 729 s.

signer en son nom le mémorandum de vente⁷⁴⁵. La maison de vente n'est en principe pas considérée comme représentante des enchérisseurs avant la conclusion du contrat. Quoi qu'il en soit, ses obligations à leur égard sont jugées plus restreintes que celles résultant de sa relation avec le fournisseur⁷⁴⁶.

- 459 En droit suisse, l'acheteur a certes conscience du fait que la maison de vente agit principalement dans l'intérêt du fournisseur. Cela n'est pourtant pas, à notre sens, suffisant pour exclure complètement le devoir de fidélité dû en raison du contrat de courtage. En effet, la commission-acheteur, qui est d'un pourcentage relativement élevé par rapport au prix de vente, doit être payée en échange d'une prestation de la maison de vente, faute de quoi elle équivaut à une donation. Si la maison de vente n'a pas à déployer une activité diligente et fidèle vis-à-vis de l'acheteur, le contrat de courtage n'a pas d'objet. Les devoirs imposés à la maison de vente lors de la conclusion d'un contrat de courtage avec les enchérisseurs semblent incompatibles avec l'activité qu'elle mène lors d'une vente aux enchères. De telles obligations étant déjà assumées à l'égard du fournisseur du bien, il ne peut y avoir de courtage conclu avec les enchérisseurs.
- 460 Qualifier le rapport entre la maison de vente et l'enchérisseur de contrat de courtage pourrait par ailleurs être artificiel : le travail est fait en amont de la relation nouée. Au moment où l'enchérisseur et la maison de vente concluent le contrat, cette dernière a déjà trouvé des fournisseurs potentiels, puisque les biens mis en vente sont en sa possession. Le service dû, s'il devait exister, serait déjà fourni. L'activité de la maison de vente consiste en réalité à mettre les fournisseurs en contact avec des acquéreurs potentiels pour leurs biens. Une fois que les fournisseurs ont décidé de mettre en vente leurs biens par l'intermédiaire de la maison de vente, celle-ci n'a plus à déployer d'activité pour trouver des cocontractants pour les enchérisseurs.
- 461 Ces questions ne se posent qu'en cas de représentation du fournisseur par la maison de vente. Dans l'hypothèse, relativement rare, où la maison de vente fournit elle-même le bien mis en vente, aucun rapport de représentation n'entre en ligne de compte. Elle cherche alors un acquéreur pour son propre bien, comme tout vendeur ordinaire. Il nous semble dès lors peu soutenable de considérer que la maison de vente est courtière de l'acheteur et se propose elle-même comme cocontractante. Elle n'a aucune activité à déployer pour trouver une occasion de vente. Le conflit d'intérêts est par ailleurs encore plus marqué que lorsque la maison de vente est mandatée par un fournisseur. Elle défend ses propres intérêts en opposition directe avec ceux de l'enchérisseur. Un contrat de courtage avec ce dernier n'est pas envisageable.

⁷⁴⁵ Holston v. Pennington, 225 Va. 551, 558, 304 S.E.2d 287 (1983) ; Brent v. Green, 33 Va. (6 Leigh) 16, 24 (1835). CONTRERAS, p. 732 ; BENNETT, p. 267 ; 7 American Jurisprudence 2d *Auctions and Auctioneers* § 62.

§ 2 Aucune relation contractuelle en sus du contrat de vente

- 462 Il serait également possible de considérer que la commission-acheteur est en réalité une rémunération supplémentaire due par le fournisseur, prélevée par la maison de vente sur le prix de vente payé par l'adjudicataire. La prestation due par l'acheteur au vendeur est le paiement du prix au sens de l'article 184 CO. Les parties sont libres de prévoir la manière de calculer le prix, notamment en fixant des suppléments forfaitaires ou proportionnels au montant déterminé par les parties. « Dans le contrat de vente, les modalités de paiement du prix relèvent de l'autonomie de la volonté (art. 211 al. 1 *in principio* CO [...]) »⁷⁴⁷. Il suffit que le prix, élément essentiel du contrat, soit déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat, à savoir au moment de l'adjudication.
- 463 Selon RUOSS⁷⁴⁸, la commission-acheteur ne constitue pas une fraction du prix de vente de l'objet. Elle est indépendante du contrat de vente puisque le créancier du prix peut être une autre personne que le créancier de la commission. La créancière de la commission-acheteur serait toujours la maison de vente, tandis que le créancier du prix pourrait être le fournisseur de l'objet si la maison de vente agissait comme représentante directe pour la conclusion du contrat, ou la maison de vente elle-même si elle était représentante indirecte.
- 464 La seule situation dans laquelle la maison de vente n'est pas créancière à la fois du prix et de la commission-acheteur est le cas d'une représentation directe du fournisseur. A notre sens pourtant, ces objections ne font pas obstacle à l'application du raisonnement présenté. Le mandat conclu entre la maison de vente et le fournisseur peut prévoir que la maison de vente reçoit comme rémunération non seulement la commission-vendeur, mais également un pourcentage supplémentaire du prix, appelé *commission-acheteur*.
- 465 L'on pourrait donc interpréter la clause des conditions générales obligeant l'adjudicataire à payer une commission à la maison de vente comme un supplément de prix⁷⁴⁹ perçu par l'intermédiaire, la terminologie adoptée par les parties n'étant pas déterminante pour l'interprétation du contrat (art. 18 CO). Ce raisonnement nous conduirait à considérer que la maison de vente n'agit qu'en tant que mandataire du fournisseur et ne conclut un contrat avec l'acheteur que dans la mesure des pouvoirs de représentation octroyés par le fournisseur.

⁷⁴⁶ CONTRERAS, p. 732.

⁷⁴⁷ TF, 15 mars 2006, 4C.374/2006. Cf. également BaK-KOLLER, CO 211 N 1 ; TERCIER/FAVRE, N 940.

⁷⁴⁸ RUOSS, Scheingebote, p. 67. Cf. aussi SKRIPSKY, p. 198 ; en droit allemand : SCHNEIDER, p. 98.

⁷⁴⁹ C'est ce que porte à croire, entre autres, la terminologie utilisée en droit américain par DUBOFF/KING, p. 46. La commission-vendeur est qualifiée de *commission*, tandis que la commission-acheteur est désignée comme une *surcharge*.

- 466 En cas de représentation directe du fournisseur, la maison de vente, uniquement représentante, n'est pas liée à l'acheteur. Le contrat est conclu entre le fournisseur et l'acheteur. Le prix de vente se compose de la somme du prix d'adjudication et de la commission-acheteur. Celle-ci n'est alors qu'une valeur théorique s'ajoutant au prix proposé lors des enchères, qui n'est pas directement versée par l'acheteur à la maison de vente mais qui annonce le prélèvement par la maison de vente d'un montant supplémentaire sur la somme qui sera reversée au fournisseur⁷⁵⁰. En cas de représentation indirecte du fournisseur, la maison de vente agit comme venderesse à l'égard de l'acheteur. La situation de fait n'est pas très différente, puisque le prix de vente est dû à la maison de vente, qui a ensuite l'obligation de le restituer au fournisseur (art. 400 CO). L'existence de la commission-acheteur n'est utile qu'à annoncer au fournisseur que ce pourcentage du prix reviendra à la maison de vente et sera prélevé sur le versement du prix.
- 467 En l'absence de représentation, la commission-acheteur ne peut être qu'une partie du prix de vente, décrit de manière à ce que le montant articulé par l'acheteur soit soumis à une augmentation proportionnelle à l'offre formulée. La maison de vente, venderesse en son propre nom et pour son propre compte, est créancière du prix équivalant à la somme du prix d'adjudication et de la commission-acheteur.
- 468 En ce qui concerne la problématique du conflit d'intérêts de la maison de vente, cette dernière ne s'engage pas à respecter un devoir de fidélité à l'égard de l'acheteur lorsque tous deux ne concluent pas un contrat de courtage. Les relations sont mieux définies puisqu'il est clair pour l'acheteur que les intérêts soutenus par la maison de vente divergent des siens. L'acheteur et la maison de vente n'entrant pas en rapport contractuel, la question des devoirs de diligence et de fidélité ne se pose pas. Cette solution, qui suppose que la commission-acheteur est un élément du prix de vente, est donc plus adéquate.
- 469 Le seul bémol à apporter se matérialise lorsque la maison de vente est représentante d'un enchérisseur, donc dans le cas où elle accepte d'enchérir pour un tiers qui a fait un ordre d'achat écrit⁷⁵¹. Le rapport de représentation doit prendre place dans un certain cadre. Nous pensons que les parties concluent alors un contrat de mandat extrêmement restreint. Son objet consiste uniquement en la formulation d'offres au nom et pour le compte de l'enchérisseur. La maison de vente ne reçoit aucune rémunération pour son activité (art. 394 al. 3 CO)⁷⁵² et le

⁷⁵⁰ Une telle somme pourrait correspondre à la marge Y d'un commerçant ordinaire sur un bien acquis à un prix X et vendu à $X+Y=Z$: CONTRERAS, p. 741.

⁷⁵¹ Cf. *supra* N 402.

⁷⁵² En effet, la commission-acheteur est due quel que soit le rôle de la maison de vente. Elle ne peut donc constituer une rémunération pour le mandat conclu dans les quelques cas où cette dernière agit comme représentante. Lorsque le mandataire exerce son activité contre rémunération, les exigences de diligence

fournisseur accepte que les devoirs de diligence et de fidélité soient restreints au seul acte d'annoncer les enchères conformément à ce qui est prévu⁷⁵³. Les parties doivent en convenir à la conclusion de l'ordre d'achat⁷⁵⁴. Ce mandat limite au maximum les obligations de la maison de vente envers l'enchérisseur, qui a conscience que ses intérêts ne sont pas défendus en priorité dans le processus d'enchères.

- 470 Sous cette réserve, les droits et obligations des parties sont définis par les principes généraux régissant le contrat de mandat, de même que les situations d'inexécution⁷⁵⁵. En particulier, le mandant-enchérisseur a le droit de révoquer le mandat en tout temps au sens de l'article 404 CO, mais peut être obligé de compenser le dommage subi par le mandataire si cette résiliation a lieu en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). L'enchérisseur qui a soumis à la maison de vente un ordre d'achat est libre de retirer ce dernier en tout temps. Les restrictions contractuelles à ce droit doivent être considérées comme nulles car contraires à l'article 404 CO⁷⁵⁶. A titre d'exemple, mentionnons le formulaire d'ordre d'achat de Fischer⁷⁵⁷, selon lequel :

« Une éventuelle annulation de l'ordre d'enchère n'entre en vigueur que si sa réception est confirmée par écrit par le mandataire ».

- 471 Une telle clause est inadmissible. La résiliation du contrat par le mandant est un acte formateur résolutoire qui, comme tout acte juridique, est soumis au principe de la réception et prend effet au moment où elle entre dans la sphère de puissance de son destinataire⁷⁵⁸. La maison de vente n'est pas autorisée à soumettre la résiliation du mandat à la condition supplémentaire de sa confirmation écrite et donc à son acceptation. Si la révocation devait intervenir à un moment si proche de l'adjudication du bien que la maison de vente ne puisse pas en prendre connaissance et que la vente soit tout de même conclue pour le compte de l'enchérisseur, celui-ci pourrait être responsable du dommage encouru au sens de l'article 404 alinéa 2 CO.

sont plus rigoureuses : ATF 115 II 62 c. 3.a, JdT 1989 I 539. HOFSTETTER, p. 128 s. *Contra* : CR CO I-WERRO, CO 398 N 14.

⁷⁵³ HOFSTETTER, p. 107 ; BRETTON-CHEVALLIER, p. 150.

⁷⁵⁴ Celui de Christie's prévoit notamment que « [n]i Christie's, ni ses employés ne pourront être tenus pour responsables en cas d'erreurs éventuelles [...] » et que « [l]e montant minimal des surenchères est fixé à 10%, toutefois l'huissier judiciaire ou le commissaire priseur peut modifier ce taux de façon discrétionnaire. » L'enchérisseur prend donc le risque de ne pas voir ses intérêts promus, mais pose lui-même la limite du montant maximal d'enchère.

⁷⁵⁵ Cf. *supra* N 285 ss.

⁷⁵⁶ Sur la question du caractère impératif de l'article 404 CO, cf. *supra* N 308 ss

⁷⁵⁷ Cf. Annexe V.

⁷⁵⁸ TF, 29 juillet 2008, 4A.237/2008 c. 3.2.

§ 3 Une problématique commune : le devoir de restitution de la maison de vente

- 472 Quelle que soit la qualification de la relation entre la maison de vente et l'enchérisseur, il faut se demander si les obligations contractées à l'égard de ce dernier sont compatibles avec les devoirs de la maison de vente vis-à-vis du fournisseur. Applicable à cette dernière relation, l'article 400 CO prévoit en effet que « le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. » Cette obligation de restitution concerne également les commissions perçues du fait de l'activité déployée pour le compte du mandant⁷⁵⁹. Si la maison de vente touche une commission de l'acheteur alors qu'elle agit comme mandataire du fournisseur, elle pourrait être tenue de restituer les montants versés à son mandant.
- 473 La difficulté réside ici dans le fait que nous examinons le rapport entre l'enchérisseur et la maison de vente à la lumière des obligations de cette dernière à l'égard du fournisseur. Les rapports juridiques s'entremêlent et il convient de se demander quels sont les devoirs fondamentaux de la maison de vente et à qui ils sont dus. Dans la mesure où l'obligation de restitution de la maison de vente résulte du fait que celle-ci déploie une activité pour le compte du fournisseur, nous traiterons la question en fonction du rapport de représentation institué entre ces deux parties. Nous aborderons ainsi l'obligation de la maison de vente et son incidence sur la qualification de la relation de cette dernière avec l'acheteur, à la lumière des cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente (A), puis des cas de représentation indirecte (B).

A. En cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente

- 474 La maison de vente est, dans un cas de représentation directe, mandataire du fournisseur du bien. Si l'on considère qu'elle conclut, en sus, un contrat de courtage avec l'enchérisseur, la rémunération due en raison du succès de l'affaire par le second à la première peut constituer une commission sujette à l'obligation de restitution au fournisseur de l'article 400 CO. Il en serait de même inversement, dans la perspective de l'acheteur qui conclut avec la maison de vente un contrat de courtage et qui pourrait demander à celle-ci la restitution, sur la base de l'article 400 CO par renvoi de l'article 412 alinéa 2 CO, de la commission-vendeur perçue.
- 475 La même question se pose dans l'hypothèse où la maison de vente et l'acheteur ne sont pas en relation contractuelle, mais où le second verse à la première un simple supplément de prix intitulé *commission-acheteur*. Cette fraction du prix est usuellement conservée par la maison

⁷⁵⁹ CR CO I-WERRO, CO 400 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 131 ; HOFSTETTER, p. 119 ; BaK-WEBER, CO 400 N 12.

de vente. Or, cette dernière étant mandataire du fournisseur, l'obligation de restitution de l'article 400 CO reste applicable à tout ce qui a été reçu du fait du mandat, ce qui comprend le supplément de prix. Les parties peuvent toutefois y déroger par convention. Dans cette situation en revanche, la maison de vente n'étant pas liée à l'acheteur et n'ayant aucune obligation à son égard, la commission-vendeur ne peut pas faire l'objet d'une prétention en restitution de l'acheteur comme dans le cas de la conclusion d'un contrat de courtage avec la maison de vente.

476 La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure la maison de vente a l'obligation de reverser la commission-acheteur, quelle que soit sa réelle qualification, au fournisseur. Cet état de fait est comparable à celui d'un contrat de gestion de fortune permettant au gérant de toucher des rétrocessions de la part d'une banque dans le cadre de l'activité déployée pour son client. Le Tribunal fédéral, dans une décision de mars 2006⁷⁶⁰, a statué sur les questions juridiques soulevées par cette situation. Il définit la rétrocession comme « le processus par lequel une banque reverse à un tiers une partie de la commission prélevée auprès du client, un tel versement trouvant son origine dans un arrangement contractuel spécifique passé entre la banque et ce tiers [...] ». Tout comme la maison de vente, le gérant de fortune conclut un contrat de mandat avec son client, dans le cadre duquel il touche une commission de la part d'un tiers lorsque l'activité mène à la conclusion d'un contrat entre le client et le tiers. Ces deux cas sont similaires mais non identiques, la nature des services rendus étant différente. La similarité réside dans le fait que le critère déterminant est le lien étroit entre les rétrocessions et le mandat de base, c'est-à-dire dans le fait que le mandataire perçoit une commission dans l'exercice de son mandat et pas simplement à son occasion⁷⁶¹.

477 Les situations sont toutefois légèrement différentes. Le Tribunal fédéral a jugé que les rétrocessions sont versées au gérant de fortune-mandataire pour l'encourager à orienter son client vers la conclusion d'un contrat avec ladite banque. « Partant, ces attributions trouvent leur source dans le mandat de gestion de fortune et sont dès lors soumises à l'obligation de restitution prévue à l'art. 400 al. 1 CO »⁷⁶². La maison de vente a un pouvoir moins marqué sur le fournisseur que celui de la banque sur son client, en raison du jeu de la libre concurrence propre aux enchères. Quoi qu'il en soit, l'enchérisseur a l'obligation d'accepter de verser un certain montant à la maison de vente en cas de succès pour pouvoir être mis en contact avec le fournisseur. Le raisonnement est donc analogue à celui opéré par le Tribunal fédéral dans l'arrêt analysé. Si le fournisseur, en vendant lui-même le bien, aurait pu percevoir le montant reçu par la maison de vente, celui-ci doit être rétrocédé⁷⁶³. C'est le cas en l'espèce,

⁷⁶⁰ ATF 132 III 460, SJ 2006 I 407.

⁷⁶¹ BK-FELLMANN, CO 400 N 127 ; ROBERTO, p. 25.

⁷⁶² ATF 132 III 460 c. 4.1, SJ 2006 I 407.

⁷⁶³ ROBERTO, p. 45.

puisque le prix d'un objet d'art vendu de gré à gré fait toujours l'objet d'une augmentation par rapport à la valeur du bien, ce qui constitue la marge du commerçant. La commission-acheteur faisant par ailleurs, à notre sens, partie du prix de vente, elle devrait revenir au fournisseur.

- 478 La *ratio legis* de l'article 400 CO réside dans le fait que le mandataire ne doit pas se trouver enrichi, au-delà de sa rémunération par le mandant, du fait du mandat⁷⁶⁴. L'obligation de restitution permet ainsi de s'assurer que le mandataire agit dans l'intérêt du mandant. Elle constitue la contrepartie de l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire pour les frais engagés en raison de l'exécution du mandat au sens de l'article 402 CO. Le mandataire poursuit les intérêts du mandant et ne doit pas être influencé par d'éventuels avantages ou rémunérations promis par une partie tierce⁷⁶⁵ ; le caractère altruiste du mandat est donc valorisé. Pour que la vente aux enchères reste neutre pour la maison de vente d'un point de vue patrimonial, en dehors du versement de la commission-vendeur, la commission-acheteur devrait être restituée au fournisseur du bien.
- 479 Les parties au contrat de mandat ayant pour but la vente d'un bien aux enchères, soit le fournisseur et la maison de vente, peuvent convenir d'une renonciation du premier au droit de demander la restitution de certaines prestations déterminées perçues par la seconde dans le cadre du mandat⁷⁶⁶. Au regard des conditions posées par la jurisprudence en matière de rétrocessions, une telle renonciation n'est pourtant valable que si elle est faite expressément et pour autant que le mandant soit informé de manière précise sur l'étendue des commissions attendues⁷⁶⁷.
- 480 Certes les conditions de vente mentionnent-elles en principe l'existence de la commission-acheteur. Les conditions de vente de Sotheby's⁷⁶⁸ prévoient par exemple en leur article 36 :

« Après la vente, vous [le fournisseur] serez tenu de nous payer les sommes suivantes :

- (i) la "commission vendeur" ; et
- (ii) "les frais"

Nous aurons le droit de déduire chacun de ces montants des sommes reçues de "l'acheteur". Vous autorisez "Sotheby's" à percevoir de "l'acheteur" la "commission acheteur". »

⁷⁶⁴ TERCIER/FAVRE, N 5167 ; WERRO, Mandat, N 517 ss ; CR CO I-WERRO, CO 400 N 12 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 113s.

⁷⁶⁵ BK-FELLMANN, CO 400 N 114.

⁷⁶⁶ CR CO I-WERRO, CO 400 N 20 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 154 ; DE CAPITANI, p. 27 ; BaK-WEBER, CO 400 N 10 et 21. Cf. également BRETTON-CHEVALLIER, p. 164, qui pose des conditions strictes pour l'admission de la renonciation au droit de percevoir les rétrocessions. Cf. cependant HOFSTETTER, p. 119.

⁷⁶⁷ ATF 132 III 460 c. 4.2, SJ 2006 I 407. DE CAPITANI, p. 27.

⁷⁶⁸ Cf. Annexe II.

481 La simple mention de l'existence d'une commission-acheteur n'est toutefois à notre sens pas suffisante pour conclure à une renonciation du fournisseur à son droit à demander la restitution de la commission perçue par la maison de vente. Il faudrait en outre, comme dans la clause présentée ci-dessus, que le contrat conclu entre le fournisseur et la maison de vente exclue la restitution de la commission-acheteur au fournisseur. Il en est de même si l'on considère que la commission-acheteur n'est qu'un élément du prix de vente.

482 De manière identique aux conditions générales de Sotheby's susmentionnées, le contrat-type entre Christie's et les fournisseurs prévoit par exemple :

« Nous percevons également de l'acheteur, en sus du prix d'adjudication, une prime de 20% sur les premiers SFr 250'000, du prix d'adjudication et de 12% sur toute somme au-delà de SFr 250'000, ou de tout autre montant qui serait publié par Christie's. [...] Nous serons autorisés à déduire cette prime du montant vous revenant. »

Cette clause, intégrée dans le contrat entre la maison de vente et le fournisseur, autorise valablement la première à percevoir le pourcentage du prix qui devrait en principe être rétrocédé aux fournisseurs, puisqu'elle est explicite quant au sort de la commission-acheteur.

483 Dans le cas d'une véritable commission-acheteur comme dans celui d'un simple supplément de prix, un tel prélèvement passerait inaperçu. Si la maison de vente est représentante directe du fournisseur, elle a souvent une position d'intermédiaire dans l'exécution du contrat de vente et reçoit intégralement le paiement de l'acheteur. Elle restitue le prix au fournisseur et garde pour elle la commission, qui lui revient selon la clé de répartition prévue dans le contrat par lequel elle est mandatée pour vendre le bien.

484 En cas de qualification de supplément de prix, la maison de vente fait logiquement usage de son droit de compenser des créances réciproques de même nature, au sens de l'article 120 CO. Etant à la fois débitrice du fournisseur (pour le prix) et sa créancière (pour la commission-vendeur et le versement du supplément de prix), elle a le droit, sur simple déclaration, de ne verser à son mandant que la différence entre ces montants. L'exercice de ce droit doit toutefois être suffisamment clair pour que le fournisseur-mandant sache quelles sont les créances compensées et compensantes. La maison de vente doit prendre garde à aviser le fournisseur du prélèvement du supplément de prix, comme cela est fait dans la clause contractuelle susmentionnée.

B. En cas de représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente

- 485 En cas de représentation indirecte, les règles applicables sont celles traitées plus haut⁷⁶⁹. La maison de vente devient titulaire de la créance en paiement du prix contre l'acheteur du fait du contrat de vente aux enchères. Du moment que la convention entre la maison de vente et le fournisseur est suffisamment claire à ce sujet, le fait de conserver le pourcentage du prix à ce titre ne pose pas davantage de problème que l'absence de rétrocession de la commission. L'article 401 alinéa 1 CO prévoit le transfert des droits acquis par le mandataire au mandant dès l'exécution par ce dernier de ses obligations. Cette situation ne se présente que rarement. L'acheteur paie généralement le prix immédiatement après l'adjudication (art. 233 CO et conditions générales⁷⁷⁰). Le fournisseur-commettant ne s'est dès lors pas encore exécuté, puisqu'il ne paie ses honoraires à la maison de vente qu'ultérieurement (généralement par compensation avec une partie de la créance qu'il a contre la maison de vente au sens de l'article 120 CO). Si toutefois l'article 401 CO devait trouver application, le fournisseur pourrait percevoir directement l'intégralité du prix auprès de l'acheteur et reverser ensuite le supplément dû par ce dernier à la maison de vente. Cette construction rejoint la situation de représentation directe vue ci-dessus⁷⁷¹.
- 486 Le cas le plus probable est que la maison de vente touche, en tant que venderesse, l'intégralité du prix, comprenant le supplément de la commission-acheteur et le prix fixé. Cette somme doit alors être restituée au fournisseur sur la base de l'article 400 CO. Pour que la maison de vente puisse conserver le supplément de la commission-acheteur, le contrat la liant au fournisseur doit prévoir expressément la non-restitution de cette prestation⁷⁷².

§ 4 Conclusion

- 487 Les exigences exposées, propres à la relation que nous analysons, révèlent combien il est problématique d'admettre que la maison de vente entre en relation contractuelle avec l'acheteur. Si l'on considère que ces parties sont liées par un contrat de courtage, il existe un risque important que la maison de vente viole certaines de ses obligations à l'égard du fournisseur aussi bien qu'à celui de l'enchérisseur. L'hypothèse de l'absence de contrat entre la maison de vente et l'acheteur, doublée d'une requalification de la commission-acheteur en supplément de prix (fraction du prix de vente), est tout à fait adéquate et reflète plus précisément la réalité de la situation. Cette solution est admissible tant que le mécanisme est

⁷⁶⁹ Cf. *supra* N 267 ss.

⁷⁷⁰ Cf. par exemple l'article 16 des conditions de vente de Sotheby's et l'article 6 des conditions de vente de Fischer, Annexes II et III.

⁷⁷¹ Cf. *supra* N 487 ss.

⁷⁷² ATF 132 III 460 c. 4.2, SJ 2006 I 407.

transparent, c'est-à-dire lorsque le fournisseur et l'acheteur sont avisés de la perception par la maison de vente d'un tel montant.

- 488 A notre avis, le pourcentage prévu dans les conditions de vente pour la commission-acheteur ne correspond donc qu'à un supplément du prix de vente pour l'acheteur, prix qui doit être payé au fournisseur en raison de la représentation directe de ce dernier par la maison de vente. Dans ce cas, le mandat⁷⁷³ n'existe qu'entre la maison de vente et le fournisseur, qui verse à la maison de vente une commission plus élevée, correspondant à la somme de ce que les conditions générales intitulent la commission-vendeur et la commission-acheteur. Ainsi, dans les cas de représentation directe du fournisseur par la maison de vente, la maison de vente et l'acheteur ne sont liés par aucune relation juridique. Bien que le texte des conditions de vente suggère que le fournisseur et l'acheteur ont des obligations envers la maison de vente, celle-ci n'est en réalité en relation qu'avec le fournisseur. Lorsque la maison de vente est représentante indirecte du fournisseur, elle agit à l'égard de l'acheteur comme venderesse uniquement.

⁷⁷³ Cf. *supra* N 162.

Chapitre III : Les vices du contrat

489 Une fois le contrat de vente aux enchères conclu, la question de sa validité se pose. Cette notion regroupe l'invalidation pour vices du consentement (§ 1) et la nullité absolue (§ 2), régies par la partie générale, ainsi que les cas spécifiques aux ventes aux enchères, à savoir ceux qui peuvent engendrer l'annulation du contrat au sens de l'article 230 CO (§ 3).

§ 1 Invalidation pour vices du consentement

490 Le droit suisse autorise, dans certaines situations, une partie au contrat à se prévaloir d'une erreur commise dans la conclusion du contrat. L'erreur, pour permettre l'invalidation du contrat, doit être essentielle (art. 23 CO). L'article 24 CO liste de manière non exhaustive des cas d'erreurs suffisamment importantes pour justifier l'invalidation de l'accord des parties. Nous n'entrerons pas dans les détails du droit d'invalider le contrat en général, mais nous concentrerons sur les éléments intéressants en matière de vente aux enchères d'objets d'art. C'est pourquoi le présent paragraphe traite avant tout de l'erreur sur les motifs au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO, qui se présente lorsque l'une des parties a commis une erreur dans la formation de sa volonté, en se basant sur des faits inexacts, objectivement et subjectivement essentiels. Nous traiterons respectivement les situations dans lesquelles le droit d'invalider le contrat appartient à l'acheteur (A) et à la maison de vente (B).

A. Invalidation par l'acheteur

491 L'acheteur qui commet une erreur en se représentant la situation factuelle, sur laquelle il fonde sa manifestation de volonté, de manière erronée, est dans une situation d'erreur sur les motifs. Celle-ci n'est en principe pas considérée comme essentielle (art. 24 al. 2 CO), à moins qu'elle ne « porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat », c'est-à-dire sur des éléments objectivement et subjectivement essentiels (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)⁷⁷⁴. On la désigne alors habituellement comme erreur de base (*Grundlagenirrtum*)⁷⁷⁵.

492 L'erreur sur les motifs, par opposition à l'erreur de déclaration, est celle qui nous intéresse le plus puisqu'elle couvre le cas particulier de la vente d'un faux. L'acheteur formule l'enchère en pensant que le lot est une œuvre originale, ou un objet d'époque, ou un bijou authentique. Le contrat est conclu. S'il se révèle par la suite que le bien est un faux, l'acheteur peut avoir le droit d'invalider le contrat. En général, l'authenticité de l'objet est déterminante dans la perspective de l'acheteur, qui n'aurait pas fait d'offre s'il avait su que sa représentation des

⁷⁷⁴ KOLLER, § 14 N 25 et 29 ; TERCIER, Obligations, N 799 ss ; VON TUHR/PETER, p. 308.

⁷⁷⁵ KOLLER, § 14 N 25 ; VON TUHR/PETER, p. 308.

faits était fausse. Par ailleurs, une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas conclu le contrat en connaissant le caractère factice du bien⁷⁷⁶.

493 Le cas du faux est l'exemple le plus évocateur d'erreur sur les motifs⁷⁷⁷. L'acheteur peut cependant se prévaloir de son erreur également dans le cas où l'objet acheté ne présente pas les qualités correspondant à la description qui en avait été faite ou qui était attendues par l'acheteur. Ainsi, un objet dont l'adjudicataire pensait de bonne foi qu'il était une pièce unique alors qu'il s'agit d'une sérigraphie, ou un bijou sur lequel est monté un diamant dont la clarté et la couleur ne concordent pas avec les caractéristiques présentées lors de la vente peuvent être des cas d'erreur sur les motifs. Enfin, un bien vendu qui aurait été endommagé préalablement au transfert des risques à l'acheteur peut être une raison pour ce dernier de se prévaloir d'une erreur sur les motifs, comme dans le cas où un vase de Gallé ébréché avait été restauré alors que l'acheteur pensait faire l'acquisition de l'œuvre dans son état d'origine⁷⁷⁸. Dans toutes ces situations, l'erreur porte sur des faits suffisamment importants pour que la loyauté commerciale permette de la considérer comme essentielle. Il semble par ailleurs probable que l'élément subjectif soit également rempli ; l'acheteur n'aurait certainement pas procédé à l'acquisition si il avait connu les faits en question.

494 L'erreur est alors essentielle (art. 23 CO) et l'acheteur peut invalider le contrat dans l'année suivant la découverte de son erreur (art. 31 CO). Seule la partie dans l'erreur est titulaire de ce droit qu'elle peut exercer par simple déclaration adressée à son cocontractant. L'invalidation fait naître une prétention de l'acheteur en restitution du prix payé, incluant la commission-acheteur telle que définie plus haut⁷⁷⁹, au sens de l'article 63 CO. La prescription applicable à cette action comporte un délai relatif d'une année dès la connaissance du droit à restitution, ainsi qu'un délai absolu de dix ans dès la naissance de ce droit (art. 67 CO). Le Tribunal fédéral a jugé, dans le célèbre arrêt *Picasso*, que le droit de répétition naît au moment du paiement du prix, en raison de l'effet *ex tunc* de l'invalidation (nommée nullité relative dans l'arrêt)⁷⁸⁰. L'invalidation du contrat, qui en tant que telle n'est soumise à aucun délai absolu, serait donc admise sans que l'acheteur ne puisse faire valoir la prétention en enrichissement illégitime du fait de l'écoulement du délai applicable à cette dernière.

⁷⁷⁶ ATF 114 II 131 c. 2.a, JdT 1988 I 508 ; ATF 82 II 411 c. 7, JdT 1957 I 182. VON TUHR/PETER, p. 309 ; KATZ, p. 104 s.

⁷⁷⁷ Il fait d'ailleurs l'objet de deux jurisprudences extrêmement connues et discutées, portant respectivement sur la vente d'un faux van Gogh et d'un faux Picasso : ATF 82 II 411, JdT 1957 I 182 et ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508.

⁷⁷⁸ ATF 126 III 59.

⁷⁷⁹ Cf. *supra* N 488.

⁷⁸⁰ ATF 114 II 131 c. 3, JdT 1988 I 508.

- 495 De nombreuses voix se sont élevées contre cette solution, qui nous semble en effet très discutable, la répétition ne pouvant avoir lieu qu'à partir du moment où l'acheteur invalide le contrat. A notre sens, le délai de prescription de l'article 67 CO de dix ans dès la naissance du droit de répétition ne devrait commencer à courir qu'au moment où la partie dans l'erreur déclare invalider le contrat⁷⁸¹. Le droit à répétition ne peut être prescrit avant même d'exister. Or, avant l'invalidation du contrat, celui-ci déploie valablement des effets, ce qui a pour conséquence que le prix payé ne peut être répété. Le fait d'admettre l'invalidation tout en empêchant l'exercice des droits en découlant serait contraire à la logique. Cela reviendrait à priver d'effets l'invocation des vices du consentement tout en admettant que le droit d'invalider le contrat subsiste.
- 496 Le raisonnement du Tribunal fédéral se fonde sur la notion d'invalidité du contrat (*Ungültigkeit*)⁷⁸² et non sur le concept d'invalidation (*Anfechtung*)⁷⁸³. Il part du principe que le contrat est nul dès l'origine, nullité qui ne peut être invoquée que par la personne dans l'erreur. L'absence de déclaration de cette dernière dans l'année suivant la découverte de l'erreur au sens de l'article 31 CO ratifierait alors le contrat. En revanche, toute prestation effectuée sur la base du contrat nul serait faite sans cause légitime et immédiatement sujette à répétition, raison pour laquelle la prescription de l'article 67 CO commencerait à courir dès le paiement du prix. Cette conception est à notre sens erronée. Elle supposerait une nullité nuancée, ne pouvant être invoquée que par l'une des parties. Un tel mécanisme est contraire à la définition même de la nullité, conséquence d'un vice extrêmement grave qui est absolue et peut être invoquée en tout temps⁷⁸⁴.
- 497 La théorie de l'invalidation est quant à elle adaptée aux exigences de l'article 31 CO⁷⁸⁵. Elle part du principe que le contrat est valable tant que la partie dans l'erreur n'a pas déclaré l'invalider, auquel cas le contrat est annulé avec effets *ex tunc*. Le fait de donner un délai pour la déclaration de la partie dans l'erreur est alors conforme à l'esprit de l'institution. La limitation des effets de l'invalidation pour cause d'erreur essentielle dans le temps alors que le principe même de l'invalidation sans prescription ou péremption absolue du droit est accepté, n'est pas cohérent⁷⁸⁶. Si l'on désire éviter l'annulation du contrat en tout temps, ce qui nous semble justifié par des motifs de sécurité juridique⁷⁸⁷, la solution la plus adéquate consiste en

⁷⁸¹ Cette solution est celle proposée par PIOTET, Picasso, p. 522 s. ; à ce sujet, cf. également WIEGAND, p. 110 s.

⁷⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 888 ss.

⁷⁸³ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508. HUGUENIN, N 517 ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 8.

⁷⁸⁴ HUGUENIN, N 518 ; SCHWENZER, N 39.07.

⁷⁸⁵ SCHWENZER, N 39.07 ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 10.

⁷⁸⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 8.

⁷⁸⁷ SCHWENZER, N 39.16 ; WIEGAND, p. 108.

l'application analogique de l'article 127 CO à l'invalidation pour vice du consentement. Cette disposition prévoit un délai absolu de dix ans pour toute action civile, à défaut de règle contraire. Bien que l'invalidation du contrat ne soit pas le résultat d'une action mais de l'exercice d'un droit formateur, le délai de prescription de l'article 127 CO peut lui être étendu.

498 Dans le cadre de la vente aux enchères, il arrive en outre que les maisons de vente prévoient elles-mêmes des délais d'invalidation dans leurs conditions de vente. Ainsi, l'article 3 des conditions générales de Sotheby's⁷⁸⁸ dispose :

« Si nous vendons un lot dont il est prouvé ultérieurement qu'il s'agit d'un faux, nous annulerons la vente et vous rembourserons tout montant que vous aurez payé pour ce lot, dans la devise d'origine de la vente. Cependant cette obligation n'est applicable que pour autant que, dans un délai de cinq (5) ans à compter de la date de la vente, vous respectiez l'ensemble des conditions suivantes :

(i) vous nous notifiez par écrit le numéro du lot [...] et ce dans un délai de trois (3) mois à compter du moment où vous avez eu connaissance des doutes émis quant à l'authenticité ou à l'attribution du lot ; [...] ».

De cette manière, Sotheby's fixe non seulement un délai relatif pour l'invalidation, en l'espèce de trois mois dès la connaissance de l'erreur, mais également un délai absolu de cinq ans dès la vente. Dès lors, dans la mesure où de telles restrictions au droit d'invalidier le contrat sont admissibles⁷⁸⁹, elles règlent contractuellement la problématique de l'application d'un délai absolu au droit de déclarer invalider le contrat pour erreur essentielle. Il ne convient pas d'entrer plus avant dans cette controverse dans le cadre du présent travail, dans la mesure où la vente aux enchères ne présente pas d'autres particularités relatives à cette question⁷⁹⁰.

499 Il n'est pas nécessaire que le cocontractant ait connu l'erreur pour que l'invalidation soit fondée. En revanche, lorsque c'est le cas et que le vendeur a induit l'acheteur en erreur pour l'inciter à conclure le contrat, l'a donc trompé de manière intentionnelle, l'état de fait du dol est réalisé (art. 28 CO)⁷⁹¹. La maison de vente, si elle est venderesse, est responsable de son propre dol. Elle se voit également imputer celui de ses employés qui la représentent et celui d'un tiers, par exemple le fournisseur, si elle connaissait ou devait connaître le dol (art. 28 al. 2 CO). L'invalidation du contrat est alors possible indépendamment du caractère essentiel ou non de l'erreur⁷⁹². Par ailleurs, l'acheteur peut demander la réparation de son dommage au

⁷⁸⁸ Cf. Annexe II.

⁷⁸⁹ Cf. *infra* N 503.

⁷⁹⁰ Pour plus de détails, cf. notamment WIEGAND, p. 106 ss ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 699 n. 181.

⁷⁹¹ TERCIER, Obligations, N 822 ss.

⁷⁹² RUOSS, Scheingebote, p. 156.

vendeur indépendamment de l'invalidation du contrat (art. 31 al. 3 CO), le dol pouvant entraîner la responsabilité de son auteur pour une *culpa in contrahendo* au sens de l'article 41 CO⁷⁹³.

500 Comme nous le verrons plus loin⁷⁹⁴, l'état de fait d'une erreur de base de l'acheteur rejoint souvent celui de la garantie pour les défauts du vendeur (art. 197 ss CO). Lorsque la chose vendue présente un défaut, qu'il soit matériel, juridique, ou économique, l'acheteur fait valoir le fait qu'il ignorait certaines caractéristiques du bien et donc que la formation de sa volonté s'est fondée sur un état de fait erroné. Le lien parfois étroit entre la responsabilité du vendeur pour les défauts et l'invalidation du contrat pour erreur a pour conséquence qu'une clause limitative ou exclusive de responsabilité de la maison de vente peut restreindre le droit d'invalider le contrat pour erreur. C'est l'avis du Tribunal fédéral, qui souligne que « l'acheteur qui accepte de conclure la vente malgré la présence d'une clause de ce type assume le risque que soient absentes les qualités de la chose pour lesquelles il n'a pas obtenu de garantie, de sorte que la loyauté commerciale ne lui permet plus de considérer la présence de telles qualités comme un élément nécessaire du contrat et d'invoquer sur ce point l'erreur de base instaurée par l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO »⁷⁹⁵.

501 Il existe par ailleurs des clauses contractuelles dans les conditions générales des maisons de vente régissant l'invalidation du contrat. Ainsi, les conditions de vente de Christie's⁷⁹⁶ prévoient, en leur article 8 :

« Where a Buyer discovers, after the sale, that the object which he has acquired is determined to be a forgery, he shall return it to Christie's within one year from the day he became aware thereof, enclosing all pieces of evidence on which he bases his complaint.

Christie's shall cancel the sale and return to the Buyer all amounts paid [...] ».

502 Une telle clause peut théoriquement régir tant l'invalidation du contrat en raison d'un vice du consentement que la résolution de la vente pour cause de défaut de l'objet. Le délai d'une année dès la découverte du fait que l'objet est un faux correspond à celui qu'octroie l'article 31 CO à la partie dans l'erreur pour déclarer invalider le contrat. Cet élément ne nous permet toutefois pas d'affirmer, dans l'abstrait, que la clause susmentionnée traite forcément de l'invalidation du contrat. Cette conclusion semble toutefois conforme à l'esprit du contrat dans son ensemble, qui doit être pris en compte pour l'interprétation⁷⁹⁷. En effet, Christie's exclut sa responsabilité pour inexécution du contrat de vente aux articles 5 et 6 de ses

⁷⁹³ KOLLER, § 14 N 189 ss. ATF 108 II 419 c. 5.

⁷⁹⁴ Cf. *infra* N 673 ss.

⁷⁹⁵ ATF 126 III 59 c. 3 ; ATF 91 II 275 c. 2.b. BK-GIGER, CO 199 N 25 ; BaK-HONSELL, CO 199 N 5.

⁷⁹⁶ Cf. Annexe I.

⁷⁹⁷ Cf. *supra* N 72 s. et 198.

conditions de vente, sans émettre de réserve à ce sujet. La maison de vente déclare ne pas être en mesure d'émettre de garantie quant aux qualités de l'objet⁷⁹⁸. Il paraît donc cohérent d'admettre que les parties entendaient prévoir une possibilité d'invalidation plutôt qu'une exception au système clair de volonté d'exclusion de la responsabilité de la venderesse.

- 503 L'article 8 des conditions de vente de Christie's dispose par conséquent que l'invalidation ne peut être unilatérale, mais doit résulter d'un accord des parties. Cette clause contractuelle limite par ailleurs la possibilité d'invalider le contrat aux cas d'erreur sur l'authenticité du bien et donc de vente de faux⁷⁹⁹. S'il est possible de renoncer au droit d'invoquer l'erreur, le fait de limiter ce droit en posant des exigences plus strictes à son exercice ne doit pas poser problème. Cela n'est toutefois admissible que dans la mesure où la maison de vente n'a pas eu un comportement dolosif, pour lequel la responsabilité ne peut être exclue. Cette constatation ne ressort pas expressément des articles 23 ss CO mais des principes généraux applicables au droit des contrats. Ainsi, l'article 100 CO interdit l'exclusion de responsabilité pour dol, critère repris de nombreuses fois dans la partie spéciale⁸⁰⁰. La distinction doit être utilisée en matière d'invalidation également et l'article 28 CO considéré comme une norme impérative.
- 504 Par conséquent, les diverses restrictions au droit d'invalider le contrat pour erreur, telles que la modification des délais légaux, l'octroi de la faculté à la maison de vente de décider de l'invalidation sur demande de l'acheteur ou encore la limitation à un certain type d'erreur, par exemple au cas de la vente d'un faux, ne sont valables que s'il n'existe pas de dol de la maison de vente ou de l'un de ses représentants.

B. Invalidation par la maison de vente

- 505 L'erreur peut également être commise par la maison de vente ou le fournisseur, par l'intermédiaire de la maison de vente qui le représente ou de son propre fait. Dans ce cas, le vendeur est autorisé à invalider le contrat aux mêmes conditions que l'acheteur. En dehors des cas communs d'erreur de déclaration, une erreur de base peut survenir lorsque la maison de vente a mal estimé la valeur du bien qu'elle met en vente en raison d'éléments de fait sur lesquels elle s'est méprise, comme la clarté d'un diamant ou la date de création d'une œuvre. Une telle erreur sur les motifs peut avoir une influence importante sur la formation de la volonté de vendre un bien à un certain prix. Il ne s'agit pas d'une erreur de déclaration au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 2 CO, celle-ci survenant quand le vendeur veut proposer un

⁷⁹⁸ Nous verrons ci-dessous dans quelle mesure cette restriction de responsabilité est admissible. Cf. *infra* N 682 ss.

⁷⁹⁹ Il en est de même en application des conditions générales de Sotheby's, cf. *supra* N 498.

⁸⁰⁰ Par exemple aux articles 199, 234 et 769 CO.

certain prix mais commet une erreur au moment de déclarer ledit montant⁸⁰¹. Dans la mesure où la maison de vente propose elle-même les conditions générales qui régiront le contrat, l'on peut douter qu'elle limite son droit de l'invalidiser. Les règles exposées sont donc en général applicables.

§ 2 Nullité du contrat en cas de violation du devoir de diligence en matière de transfert de biens culturels ?

506 Au-delà des questions usuelles de nullité (art. 19 et 20 CO), qui ne divergent pas en matière de vente aux enchères d'objets d'art des principes applicables à tout type de contrat⁸⁰², la réglementation en matière de transfert de biens culturels impose de nouvelles obligations à la maison de vente dont la violation pourrait entraîner l'invalidité du contrat. Cette question, controversée⁸⁰³, est un point essentiel en matière de vente aux enchères d'objets d'art.

A. Contexte général

507 Lorsque l'on traite d'objets d'art, il est primordial de se demander si ceux-ci bénéficient de la protection de la Loi fédérale sur le transfert international de biens culturels du 20 juin 2003 (LTBC), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁸⁰⁴. Cette loi impose des obligations à la maison de vente lors de la conclusion d'une vente aux enchères. Le respect de ces obligations pourrait avoir une influence sur la validité du contrat de vente, raison pour laquelle il nous faut l'examiner ici.

508 La LTBC constitue la mise en application de la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Convention de l'UNESCO)⁸⁰⁵, ratifiée par la Suisse le 3 octobre 2003 et entrée en vigueur en Suisse le 3 janvier 2004. La Convention de l'UNESCO est le premier instrument international réglementant le transfert de biens culturels et imposant des standards que les Etats parties doivent respecter. Les

⁸⁰¹ Pour un exemple d'une telle erreur, voir l'ATF 105 II 23, JdT 1979 I 474, qui traite du cas d'un bijoutier qui vend une bague pour un prix de CHF 1'380.- alors qu'il voulait en demander CHF 13'800.-.

⁸⁰² En raison du peu de pertinence d'une analyse détaillée des principes régissant la nullité du contrat dans le contexte du présent travail, un tel examen ne sera fait que dans la mesure permettant de mettre en lumière quelques points saillants spécifiques à la vente aux enchères d'objets d'art.

⁸⁰³ GABUS/RENOLD, LTBC 15 N 18 ss ; KKR-RASCHER/RENOLD, Ch. 6 N 279 ; FOËX, p. 22 ; SCHMIDT-GABAIN, p. 577 ; SKRIPSKY, p. 104.

⁸⁰⁴ RS 444.1.

⁸⁰⁵ RS 0.444.1.

dispositions de la Convention n'étant pas directement applicables, les Etats se sont engagés à les transposer dans leur droit national.

- 509 La Convention de l'UNESCO a été largement ratifiée⁸⁰⁶, chaque Etat ayant la liberté de choisir la manière de la mettre en application en droit interne. Certains Etats se sont limités à retranscrire les standards minimaux prévus par la Convention, alors que d'autres ont étendu le champ de protection des biens culturels lors de l'adoption du droit national⁸⁰⁷. De nombreux Etats avaient déjà adopté une réglementation interne visant la protection des biens culturels au moment où ils ont ratifié la Convention de l'UNESCO et n'ont pas jugé nécessaire de la modifier⁸⁰⁸. Les autorités suisses, quant à elles, en ont utilisé les standards comme base pour la rédaction de la LTBC, en améliorant la protection prévue sur certains points, notamment par la création de garanties de restitution en cas de prêt à des musées ou autres institutions culturelles suisses (art. 10 ss LTBC)⁸⁰⁹. Bien qu'elles ne soient pas obligatoires au vu de la Convention de l'UNESCO, de telles garanties de restitution ont été consacrées par la loi dans d'autres pays également⁸¹⁰, notamment aux Etats-Unis⁸¹¹, en Allemagne⁸¹² et en France⁸¹³.
- 510 Un autre élément laissé largement à l'appréciation des Etats parties consiste en la définition des cas d'importation illicite qui permettent une action en retour. Le droit suisse n'utilise pas le critère de l'illicéité des exportations selon un droit étranger pour définir une importation illicite bénéficiant des sanctions de la LTBC. L'article 2 alinéa 5 LTBC prévoit que l'importation d'un bien culturel est considérée comme illicite uniquement si elle viole un accord bilatéral (art. 7 LTBC) ou fait l'objet d'une mesure temporaire (art. 8 al. 1 let. a LTBC)⁸¹⁴. Cette solution, adoptée par les Etats-Unis également⁸¹⁵, est possible en raison

⁸⁰⁶ Les Etats parties sont à ce jour au nombre de 120 :

<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=F> (31 janvier 2011).

⁸⁰⁷ Le Canada, par exemple, a retranscrit la Convention dans sa législation nationale en la dotant d'une application très large. Cf. Message du Conseil fédéral 01.077 relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la Loi fédérale sur le transfert international de biens culturels, FF 2002 505, p. 579 ; GABUS/RENOLD, Intro. N 24. Cf. *infra* n. 815.

⁸⁰⁸ La France, l'Espagne, l'Italie et le Portugal en font partie : GABUS/RENOLD, Intro. N 24.

⁸⁰⁹ GABUS/RENOLD, LTBC 10 N 2 ; SIEHR, p. 675.

⁸¹⁰ Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 550.

⁸¹¹ *Immunity From Seizure Act* [IFSA] 22 U.S.C.A. § 2459.

⁸¹² § 20 *Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften über die Rückgabe von unrechtmässig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern und zur Änderung des Gesetzes zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung vom 15.10.1998.*

⁸¹³ Article 61 de la Loi no 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

⁸¹⁴ GABUS/RENOLD, Intro. N 24 et LTBC 2 N 36 ; SIEHR, p. 676.

⁸¹⁵ La Suisse s'est en réalité inspirée du modèle étasunien en ce qui concerne le contrôle des importations régi par l'article 7 LTBC. La qualification d'importation illicite résulte d'un accord bilatéral conclu avec l'Etat

de la liberté offerte par l'article 7 de la Convention de l'UNESCO pour la mise en œuvre par les Etats parties. Certains Etats, notamment le Canada, offrent une protection plus large en reconnaissant qu'il existe une importation illicite dans tous les cas où la législation du pays d'origine du bien culturel considère que son exportation a été opérée de manière illicite⁸¹⁶.

511 La LTBC ne trouve application que lorsque l'objet mis en vente est un bien culturel (art. 2 al. 1 LTBC). Cette notion ne recouvre pas toujours celle d'objet d'art telle que nous l'avons définie plus haut⁸¹⁷. Tout objet d'art ne revêt pas d'« importance, à titre religieux ou profane, pour l'archéologie, la préhistoire, la littérature, l'art ou la science ». Inversement, un objet significatif dans le domaine de l'archéologie par exemple peut ne pas être un objet d'art, une pièce originale qui résulte d'une activité créatrice⁸¹⁸. L'adoption de la LTBC a donné un statut particulier aux biens culturels, les différenciant sur certains points des autres choses (art. 728 al. 1^{ter} et 934 al. 1^{bis} CC) ou marchandises (art. 196a et 210 al. 1^{bis} CO).

512 Ce bref aperçu a pour but de mettre en contexte la réglementation relativement nouvelle en matière de protection des biens culturels. Nous nous contenterons, dans le cadre du présent travail, de souligner les aspects ayant une influence sur les relations contractuelles entre les parties à une vente aux enchères d'un bien culturel. La portée sur le droit privé des normes adoptées en application de la Convention de l'UNESCO, à savoir essentiellement la LTBC et son ordonnance d'application (OTBC)⁸¹⁹, n'est pas claire⁸²⁰. Cette question doit être traitée dans le cadre de la validité du contrat de vente aux enchères. Nous n'analyserons donc que les dispositions qui pourraient avoir des implications de droit privé, à savoir l'article 9 LTBC qui prévoit une action en retour (B) ainsi que l'article 16 LTBC imposant aux commerçants d'art un devoir de diligence (C). Nous tracerons dans ce cadre les contours des obligations imposées aux maisons de vente, avant d'examiner la possibilité d'une sanction civile pour la violation de telles obligations.

requérant. Elle n'a pas suivi le modèle canadien, selon lequel sont considérées automatiquement comme illicites toutes les importations qui violent une législation étrangère sur la protection des biens culturels. Cf. Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 579. Pour un exemple d'accord bilatéral, cf. l'Accord du 20 octobre 2006 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République italienne concernant l'importation et le retour de biens culturels – RS 0.444.145.41. A ce sujet : RENOLD, p. 65 s.

⁸¹⁶ GABUS/RENOLD, LTBC 2 N 37.

⁸¹⁷ Cf. *supra* N 17 ss.

⁸¹⁸ RASCHER/BAUEN/FISCHER/ZEN-RUFFINEN, p. 99 n. 26, prennent pour exemple la *Pierre d'Unspunnen* en Suisse, qui revêt une importance historique mais ne peut pas être qualifiée d'objet d'art.

⁸¹⁹ Ordonnance du 13 avril 2005 sur le transfert international des biens culturels – RS 444.11.

⁸²⁰ Notons par ailleurs que la Suisse a signé mais n'a pas ratifié la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés du 24 juin 1995 qui tend notamment à l'unification des règles de droit civil en la matière : GABUS/RENOLD, Intro. N 13 ss.

B. L'action en retour en cas d'importation illicite

- 513 En cas d'importation illicite en Suisse d'un bien culturel protégé par un accord bilatéral (art. 7 LTBC), l'Etat victime de l'exportation frauduleuse peut intenter une action en retour à l'encontre du possesseur actuel du bien (art. 9 LTBC)⁸²¹. Ladite action, instituée par la LTBC, est comparable à l'action en revendication de l'article 641 CC. Selon RASCHER/BAUEN/FISCHER/ZEN-RUFFINEN, cette voie de droit à l'encontre du possesseur du bien culturel reste d'ailleurs ouverte au propriétaire de ce dernier⁸²². Le lien avec le droit civil est important puisque le Code civil a lui-même été modifié pour correspondre à la LTBC.
- 514 Si le possesseur a acquis le bien de bonne foi, l'Etat requérant sera tenu de lui verser un dédommagement d'un montant calculé sur la base du prix d'achat et des impenses nécessaires et utiles (art. 9 al. 5 LTBC)⁸²³. Une telle exigence, prévue par la Convention de l'UNESCO en son article 7 lettre b.ii, a été mise en œuvre par la Suisse de manière à correspondre à ce que prévoit le droit civil en matière de protection du possesseur de bonne foi⁸²⁴. Ainsi, lorsqu'un Etat partie requiert le retour d'un bien culturel au sens de l'article 9 LTBC, il doit dédommager le possesseur de bonne foi d'une manière semblable à ce qu'il devrait faire s'il revendiquait l'objet (art. 641 CC). L'article 934 alinéa 2 CC prévoit dans ce cas que le propriétaire doit payer le prix du bien au possesseur de bonne foi⁸²⁵, tandis que l'article 939 alinéa 1 CC permet au possesseur de demander la restitution des impenses nécessaires et utiles. En revanche, l'article 936 CC et la LTBC ne protègent pas le possesseur de mauvaise foi. Notons tout de même que le juge calculera l'indemnité de l'article 9 alinéa 5 LTBC en se référant au prix payé et aux impenses, sans qu'il soit pour autant tenu d'octroyer précisément ces montants au possesseur de bonne foi, comme le prévoient les règles de droit civil. L'harmonie n'est donc pas parfaite⁸²⁶.
- 515 Le délai de la prescription acquisitive, prévu à l'article 728 CC, a été allongé en matière de transfert de propriété de biens culturels pour correspondre à celui de l'action en retour prévue par la loi (art. 728 al. 1ter CC). Le délai absolu pour devenir propriétaire d'un bien reçu de bonne foi est à présent de trente ans à partir du moment où le propriétaire originel en a été

⁸²¹ Le texte de loi ne donne pas la possibilité d'une action en retour lorsque le bien fait l'objet d'une mesure temporaire (art. 8 al. 1 let. a LTBC). Selon GABUS/RENOLD, LTBC 9 N 8, cela se justifie par le fait que l'action en retour a un caractère définitif qui n'est pas compatible avec une mesure temporaire.

⁸²² RASCHER/BAUEN/FISCHER/ZEN-RUFFINEN, p. 107.

⁸²³ RASCHER/BAUEN/FISCHER/ZEN-RUFFINEN, p. 107.

⁸²⁴ Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 551 ; FOËX, p. 30.

⁸²⁵ STEINAUER, vol. I, N 467 ss et 471.

⁸²⁶ GABUS/RENOLD, LTBC 9 N 23 ; FOËX, p. 30, qui remarque que la volonté du législateur était d'assurer la coordination entre les normes de droit civil et la LTBC, ce qui devrait inciter le juge à n'accorder un dédommagement d'un montant différent de la somme du prix et des impenses que dans des cas exceptionnels.

dessaisi ; le bien culturel est cependant acquis dans un délai relatif d'un an dès la découverte par le propriétaire du lieu où se trouve l'objet et de l'identité du possesseur (art. 934 al. 1bis CC)⁸²⁷. Une fois ce délai échu, la revendication n'est plus possible, la propriété ayant été transférée au possesseur de bonne foi.

- 516 Bien que l'action en retour de l'article 9 LTBC ait des effets civils⁸²⁸, elle n'a aucune conséquence sur le contrat que conclut la maison de vente ou le fournisseur⁸²⁹ avec l'acheteur. Le pouvoir du vendeur de disposer du bien faisant défaut, le transfert de propriété à l'acquéreur, que celui-ci soit de bonne foi ou de mauvaise foi, ne peut avoir lieu, indépendamment du contrat conclu⁸³⁰. L'adjudicataire ne peut donc qu'être possesseur du bien culturel qui a fait l'objet d'une importation illicite. L'Etat dont provient ce dernier a le droit d'intenter une action en retour au sens de l'article 9 LTBC contre le possesseur. La validité du contrat n'en est pas affectée. Il convient cependant de mettre en évidence le fait que la maison de vente pourrait être tenue pour responsable de l'éviction subie par l'acheteur sur la base de l'article 192 CO, ce que nous traiterons en relation avec les garanties que peut invoquer l'acheteur à l'encontre de la maison de vente⁸³¹. La loi considère alors le contrat de vente comme résolu (art. 195 al. 1 CO), mais uniquement si l'acheteur fait valoir ce droit dans le délai de prescription de l'article 196a CO. Notons à ce titre que la prescription de l'action en garantie à disposition de l'acheteur a également été allongée à trente ans pour correspondre aux délais fixés par la LTBC.

C. Le devoir de diligence de la maison de vente

- 517 Les maisons de vente aux enchères doivent respecter un devoir de diligence institué par l'article 16 LTBC. Nous examinerons tout d'abord le champ d'application de ce devoir, puis son étendue et enfin ses conséquences. La violation du devoir de diligence par la maison de vente peut notamment entraîner des sanctions pénales (art. 25 al. 1 let. a LTBC) ; il n'est en revanche pas clair si des conséquences civiles sur le contrat conclu peuvent en être déduites. C'est sur cette question que se concentrera notre analyse. Nous délimiterons dans un premier

⁸²⁷ SIEGFRIED, p. 81. Ces règles sont applicables tant que le bien se trouve en Suisse (art. 100 LDIP) ou lorsqu'il a été transporté en Suisse alors que l'acquisition n'est pas encore intervenue (art. 102 LDIP). Cf. SIEHR, p. 678. ATF 94 II 297 c. 3, JdT 1970 I 76. Toutefois, lorsque l'objet est en transit, le droit de l'Etat où il se trouve est applicable au transfert de propriété (art. 101 LDIP). Si l'objet sort de Suisse, cela peut avoir des conséquences sur le délai de la prescription acquisitive.

⁸²⁸ Elle est d'ailleurs intentée devant les tribunaux civils : GABUS/RENOLD, LTBC 9 N 14. Le Message du Conseil fédéral (FF 2002 574) relève en effet que la procédure doit être la même qu'en matière de vol ou de perte du bien (art. 934 CC).

⁸²⁹ Cf. *supra* N 255.

⁸³⁰ STEINAUER, vol. I, N 411 ss et vol. II, N 2015 ss.

⁸³¹ Cf. *infra* N 642 ss.

temps le champ d'application de l'article 16 LTBC (1), avant de définir le devoir de diligence (2) et d'examiner ses conséquences (3).

1. Champ d'application de l'article 16 LTBC

518 Afin d'analyser au mieux la portée du devoir de diligence, nous commencerons par décrire son champ d'application personnel (a) et matériel (b).

a. *Champ d'application personnel*

519 L'article 16 LTBC vise les « commerçants d'art » et les « personnes pratiquant la vente aux enchères ». Selon l'article 1 lettre e OTBC, sont des commerçants d'art et des personnes pratiquant la vente aux enchères les :

« 1. personnes physiques domiciliées en Suisse et sociétés ayant leur siège en Suisse qui sont tenues de s'inscrire au registre du commerce et qui acquièrent des biens culturels dans le but de les revendre pour leur propre compte ou qui en font le commerce pour le compte de tiers,

2. personnes physiques domiciliées à l'étranger et sociétés ayant leur siège à l'étranger qui effectuent plus de dix transactions de biens culturels pour un chiffre d'affaires de plus de 100 000 francs durant l'année civile et qui acquièrent des biens culturels dans le but de les revendre pour leur propre compte ou qui en font le commerce pour le compte de tiers. »

520 Si l'activité est déployée en Suisse, la maison de vente faisant commerce de biens culturels pour le compte de tiers n'est assujettie à l'article 16 LTBC que si elle est tenue de s'inscrire au registre du commerce⁸³². Elle a cette obligation lorsqu'elle est constituée sous la forme d'une société de capitaux, ce qui est souvent le cas⁸³³, ou si son chiffre d'affaires est supérieur à CHF 100'000.-. Une personne pratiquant la vente aux enchères domiciliée à l'étranger est soumise au devoir de diligence de l'article 16 LTBC dans la mesure où elle effectue plus de dix transactions portant sur des biens culturels en Suisse et réalise un chiffre d'affaires de plus de CHF 100'000.- dans l'année civile.

⁸³² Est tenu de s'inscrire au Registre du commerce au sens de l'article 934 CO celui qui « fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale quelque autre industrie ». Il existe une obligation de s'inscrire au registre du commerce pour la société en nom collectif (art. 552 al. 2 CO), la société en commandite (art. 594 al. 3 CO), la société anonyme (art. 640 CO), la société à responsabilité limitée (art. 778 CO), la société coopérative (art. 830 CO) et l'entreprise individuelle lorsque le chiffre d'affaires est de plus de CHF 100'000.- (art. 36 ORC).

⁸³³ Parmi les plus grandes maisons de vente figurent notamment Christie's SA et Sotheby's SA.

521 Si elle remplit les conditions pour être définie comme commerçant d'art au sens de l'article 16 LTBC, « la personne qui cède le bien culturel » est dans l'obligation de respecter le devoir de diligence imposé. Elle peut être le propriétaire du bien ou un intermédiaire. Dans le cas d'une vente aux enchères, la maison de vente, « personne pratiquant la vente aux enchères », est généralement intermédiaire. Le fournisseur du bien, en principe son propriétaire, n'est souvent pas un commerçant d'art. Si toutefois, dans un cas particulier, le fournisseur du bien devait remplir les conditions de la LTBC, il aurait à respecter un devoir de diligence identique à celui imposé à la maison de vente.

b. Champ d'application matériel

522 L'article 16 OTBC limite le devoir de diligence aux transferts opérés en Suisse et aux biens dont la valeur est de plus de CHF 5'000.-. Cette dernière exigence ne vaut ni pour les biens issus de sites archéologiques ou de monuments historiques, ni pour les biens ethnologiques. Le respect du devoir de diligence accru de l'article 16 LTBC est requis lors du transfert de biens culturels au sens de l'article 1 lettre f OTBC, ce qui suppose un transfert de propriété fait à titre onéreux⁸³⁴. Cette définition exclut notamment la donation et le prêt, restreignant pour l'essentiel le champ d'application matériel de l'article 16 LTBC à la vente de biens culturels⁸³⁵.

2. Définition du devoir de diligence

523 L'article 16 LTBC prévoit que les maisons de vente aux enchères n'ont le droit de transférer la propriété d'un bien culturel que si elles peuvent présumer qu'il n'a pas été volé ni enlevé à son propriétaire sans sa volonté, qu'il ne provient pas de fouilles illicites et qu'il n'a pas été importé illicitement. Ceci suppose une obligation de diligence accrue des maisons de vente en raison de leur position particulière dans le marché de l'art et des connaissances qu'elles ont développé de ce fait. Le Conseil fédéral, se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸³⁶, rappelle qu'« une personne expérimentée dans le commerce des antiquités doit veiller au risque accru de l'origine douteuse des objets et exercer donc un surcroît de vigilance »⁸³⁷. Le

⁸³⁴ GABUS/RENOLD, LTBC 2 N 92 ; GRELL/PLUTSCHOW, p. 28. Sur la notion de transfert : VON SEGESSER/JOLLES, p.181 ; critique : FOËX, p. 37.

⁸³⁵ Mais les transferts de propriété onéreux sont certainement les cas dans lesquels le risque de trafic de biens d'origine illicite est le plus important, le trafiquant cherchant à obtenir un avantage économique du bien en sa possession.

⁸³⁶ ATF 123 II 134 c. 6. Cf. aussi ATF 131 III 418 c. 2.3.2, JdT 2006 I 63 ; ATF 122 III 1 c. 2a.bb, JdT 1997 I 157. MÜLLER-CHEN, p. 1272 ; VON SEGESSER/JOLLES, p.195.

⁸³⁷ Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 558.

commerce d'antiquités et de biens culturels étant des domaines proches⁸³⁸, requérant des connaissances particulières et dans lesquels le risque de se trouver confronté à des objets d'origine douteuse est important, l'analogie semble adéquate.

- 524 Tout connaisseur d'art a une obligation de vigilance lors de l'acquisition ou de l'aliénation de biens culturels, en raison du risque particulier spécifique à ce marché. Il est donc possible d'exiger du commerçant d'art et de la personne pratiquant la vente aux enchères, dont l'activité quotidienne se rapporte à des opérations commerciales sur des biens appartenant potentiellement à la catégorie des biens culturels, une attention d'autant plus importante. La LTBC, en son article 16, consacre et précise ce devoir de diligence accru. Les entreprises qui tirent avantage du marché en supportent également les conséquences et sont responsables de leur réputation sur ledit marché. Le fait d'être en permanence en contact avec des biens culturels met une maison de vente aux enchères en première ligne pour la sauvegarde des biens en question.
- 525 Le devoir de diligence prévu à l'article 16 LTBC comporte, en son alinéa 1, une composante générale. Il s'agit de l'obligation de vérifier que le bien mis en vente n'est pas un objet volé ni enlevé à son propriétaire sans sa volonté, provenant de fouilles illicites ou ayant fait l'objet d'une importation illicite. Le vol se définit par les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de la disposition topique de droit pénal (art. 139 CP). Un bien dont le propriétaire a été dessaisi sans sa volonté (art. 16 al. 1 let. a LTBC) correspond en droit suisse essentiellement à un bien volé ou perdu⁸³⁹; la définition ne pose donc pas de problème majeur. La notion d'importation illicite a été développée plus haut⁸⁴⁰. La seule imprécision qui subsiste est celle liée à la définition et au traitement des biens résultant de fouilles illicites, qui n'apparaît ni dans la LTBC ni dans la Convention de l'UNESCO. L'article 16 alinéa 1 lettre a LTBC évoque ce type de biens en parallèle avec les biens volés ou dont le propriétaire a été dessaisi sans sa volonté; il se justifie donc de les traiter de manière analogue⁸⁴¹. En cas de doute de la maison de vente sur la licéité de la provenance du bien mis en vente, des vérifications sont nécessaires. A moins que le doute ne soit totalement levé, le bien suspect ne pourra être mis aux enchères sous peine de sanctions.
- 526 Les critères applicables pour évaluer la diligence de la maison de vente sont, selon le Message du Conseil fédéral⁸⁴², les mêmes qu'en matière de bonne foi du possesseur en droits réels

⁸³⁸ Le premier est d'ailleurs souvent une sous-catégorie du second.

⁸³⁹ STEINAUER, vol. I, N 462a; GABUS/RENOLD, LTBC 15 N 34. ATF 120 II 191 c. 3.c.aa.

⁸⁴⁰ Cf. *supra* N 513.

⁸⁴¹ GABUS/RENOLD, LTBC 15 N 35, qui se réfèrent à l'article 3 alinéa 2 de la Convention d'Unidroit. Bien que celle-ci n'ait pas été ratifiée par la Suisse, la définition qu'elle donne du concept de fouille illicite peut être utile.

⁸⁴² Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 558.

(art. 934 *cum* art. 3 al. 2 CC)⁸⁴³. Certaines des vérifications imposées à la maison de vente, elles-mêmes composantes spécifiques du devoir de diligence, sont énumérées à l'alinéa 2 de l'article 16 LTBC :

- (i) Au sens de l'article 16 alinéa 2 lettre a LTBC, la maison de vente est tout d'abord tenue d'établir l'identité du fournisseur et du vendeur (art. 17 OTBC). Selon GABUS/RENOLD, le vendeur est « celui qui dispose directement du bien culturel et qui est la partie qui cède le bien dans le contrat de vente »⁸⁴⁴. L'article 1 lettre h OTBC définit le fournisseur comme « la personne qui charge un tiers, pratiquant le commerce d'art ou la vente aux enchères, de transférer un bien culturel ». Dans le cas d'une vente aux enchères, c'est donc de celui que nous appelons le fournisseur que la maison de vente doit en général établir l'identité, puisque celui-ci passe par son intermédiaire pour conclure la vente. Cette distinction terminologique n'est toutefois que cosmétique.
- (ii) La maison de vente a en outre l'obligation d'obtenir du fournisseur une déclaration écrite confirmant son droit de disposer du bien (art. 18 OTBC)⁸⁴⁵. Notons cependant que la LTBC n'exige pas l'établissement de l'identité de l'ayant droit économique, condition qui serait plus compliquée à remplir pour les commerçants d'art mais également plus efficace pour lutter contre le trafic de biens culturels. En conséquence, il peut être extrêmement difficile de remonter à la source des transactions effectuées sur un certain bien⁸⁴⁶.
- (iii) La maison de vente a par ailleurs l'obligation de tenir un registre des biens culturels vendus (art. 16 al. 2 let. c LTBC). L'article 19 OTBC précise les éléments devant figurer dans ledit registre, notamment la provenance et la description des biens ainsi que l'identité du fournisseur.
- (iv) Elle doit enfin informer ses clients sur les règles d'importation dans les Etats parties (art. 16 al. 2 let. b LTBC). Cette exigence est particulièrement lourde puisqu'elle requiert de la maison de vente une connaissance pointue de l'état de la législation et des accords bilatéraux conclus⁸⁴⁷. Le recours au service spécialisé en transfert international de biens culturels (art. 18 let. e LTBC) pour l'obtention d'informations est recommandé.

⁸⁴³ STEINAUER, vol. I, N 433 ss ; GABUS/RENOLD, LTBC 16 N 12. ATF 131 III 418, SJ 2006 I 153 ; ATF 122 III 1, SJ 1996 383.

⁸⁴⁴ GABUS/RENOLD, LTBC 2 N 103.

⁸⁴⁵ Un modèle pour cette déclaration est proposé sur le site de l'Office Fédéral de la Culture : <http://www.bak.admin.ch/themen/kulturguetertransfer/01106/index.html?lang=fr> (31 janvier 2011).

⁸⁴⁶ Cf. *supra* N 234, qui traite de l'importance de l'identité de l'ayant droit économique dans la perspective de la représentation directe.

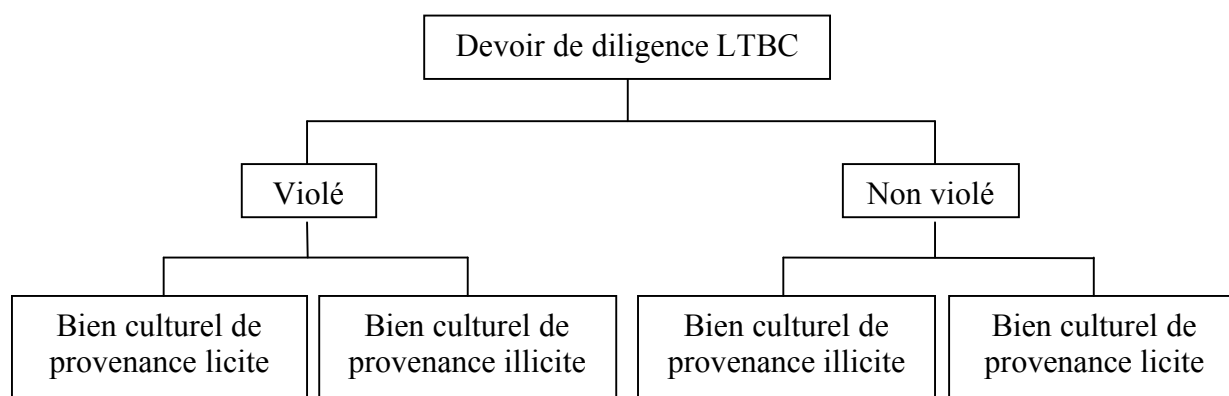
⁸⁴⁷ GABUS/RENOLD, LTBC 16 N 22.

3. Conséquences de la violation du devoir de diligence

527 L'entrée en vigueur de la LTBC a entraîné quelques modifications du Code Civil et du Code des Obligations, notamment un allongement du délai de la prescription acquisitive (art. 728 al. 1^{er} CC) et des actions en garantie pour l'éviction (art. 196a CO) et pour les défauts (art. 210 al. 1bis CO). Toutefois, la loi est muette quant aux conséquences de la violation du devoir de diligence sur le plan civil. Bien que la littérature ne soit encore pas très prolixe à ce sujet, certains auteurs ont fait part de leur opinion. FOËX, par exemple, nie toute sanction civile à la LTBC⁸⁴⁸, alors que SCHMIDT-GABAIN considère que la violation du devoir de diligence par le commerçant d'art entraîne la nullité du contrat en toutes circonstances, indépendamment de la provenance du bien vendu⁸⁴⁹. Nous analyserons les fondements de ces théories et déterminerons celle qui doit emporter notre préférence.

528 A notre sens, plusieurs paramètres peuvent entrer en ligne de compte ; pour traiter leurs diverses conséquences, nous procéderons donc par hypothèses. La validité du contrat de vente d'un bien culturel peut notamment dépendre de la violation du devoir de diligence de la maison de vente et du caractère licite du bien culturel vendu. Nous examinerons dans un premier temps la situation dans laquelle la maison de vente a violé son devoir de diligence (b), que le bien vendu soit de provenance licite ou non. Nous analyserons ensuite l'hypothèse dans laquelle la maison de vente n'a pas violé son devoir de diligence en vendant un bien qui est malgré tout d'origine illicite (c). Notons enfin que lorsque la maison de vente a respecté son devoir de diligence et que le bien est de provenance licite, aucun vice n'affecte le contrat au regard de la LTBC et la vente est forcément valable sous cet angle.

529 Les hypothèses exposées peuvent être organisées au moyen du tableau suivant, que nous compléterons par ses conséquences à la fin du raisonnement⁸⁵⁰ :



⁸⁴⁸ FOËX, LTBC, p. 22 ; GABUS/RENOLD, LTBC 15 N 20 s.

⁸⁴⁹ SCHMIDT-GABAIN, p. 582.

⁸⁵⁰ Cf. *infra* N 551.

530 Par souci de clarté quant aux conditions de la nullité du contrat, nous commencerons par les exposer brièvement (a).

a. Théorie générale de la nullité du contrat

531 Pour que le contrat soit considéré comme nul, il faut que son contenu soit, au sens des articles 19 et 20 CO, impossible, illicite ou contraire aux mœurs. La condition critique dans le cadre qui nous intéresse est celle de l'illicéité. La nullité du contrat peut être invoquée en cas d'illicéité du « contenu du contrat ». Cette notion englobe non seulement l'objet, mais également le but et la conclusion du contrat en tant que telle⁸⁵¹. La nullité peut être invoquée si :

(i) La prestation ou ses modalités sont illicites⁸⁵². Le contrat est frappé de nullité lorsque le comportement est en soi illicite, que l'on s'engage à le fournir ou non⁸⁵³. Le fait de s'obliger à commettre une infraction, comme dans le cas d'un tueur à gage concluant un contrat par lequel il s'oblige à commettre un meurtre, est constitutif d'un objet illicite.

(ii) Le but poursuivi par les deux cocontractants est contraire au droit⁸⁵⁴.

(iii) La conclusion du contrat est interdite.

532 Pour savoir si ces éléments sont propres à entraîner la nullité du contrat, il faut se demander quelles sont les lois qui peuvent avoir une influence sur la validité d'un contrat de droit privé. La nullité ne découle pas uniquement de la violation d'une disposition de droit privé⁸⁵⁵ ; elle peut être la conséquence de la contrariété à une norme impérative de l'ordre juridique, quelle qu'elle soit⁸⁵⁶. La violation d'une norme de droit public n'entraîne pas systématiquement la nullité du contrat ; le sens ou le but de la loi doit l'imposer⁸⁵⁷. Selon le Tribunal fédéral,

⁸⁵¹ ATF 134 III 438 c. 2.2, SJ 2009 I 77 ; ATF 134 III 52 c. 1.1 ; ATF 129 III 209 c. 2.2, JdT 2003 I 623 ; ATF 119 II 222 c. 2, JdT 1994 I 598 ; ATF 117 II 287 c. 4.a, JdT 1992 I 303. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 639 ss ; ENGEL, Obligations, p. 275 s. ; BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 17 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19 et 20 N 61.

⁸⁵² ENGEL, Obligations, p. 275 s. ; BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 17.

⁸⁵³ BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 17. ATF 64 II 233 ; ATF 117 IV 143.

⁸⁵⁴ BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 17 ; VON TUHR/PETER, p. 251. Par exemple, OGer LU, 2 mars 1982, RSJ 1985 60.

⁸⁵⁵ PETITPIERRE, Articles 19 et 20 CO, p. 75.

⁸⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 645 ; BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 19 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 250. ATF 119 II 222 c. 2, JdT 1994 I 598.

⁸⁵⁷ ATF 134 III 438 c. 2.2, SJ 2009 I 77 ; ATF 134 III 52 c. 1.1 ; ATF 129 III 209 c. 2.2, JdT 2003 I 623 ; ATF 119 II 222, JdT 1994 I 598 ; ATF 114 II 279 c. 2.a et b ; ATF 102 II 401 c. 2.b, JdT 1978 I 492 et

« [...] elle [doit être] appropriée à l'importance de l'effet combattu [...] »⁸⁵⁸. A la lumière de ces principes, déterminons si le contrat de vente aux enchères doit être considéré comme nul dans les hypothèses résumées par le tableau ci-dessus.

b. Nullité du contrat en cas de violation du devoir de diligence

533 La question qu'il convient de se poser est de savoir si la violation en tant que telle par la maison de vente de son devoir de diligence doit être sanctionnée au niveau civil par la constatation de la nullité du contrat de vente. La LTBC est une loi de droit public, dans la mesure où elle règle les relations entre des privés et l'Etat. Elle édicte notamment des sanctions pénales et des règles administratives. Un contrat conclu en violation du devoir de diligence de l'article 16 LTBC n'est donc contraire à aucune règle de droit privé impératif (art. 19 al. 2 CO)⁸⁵⁹. Il pourrait en revanche contrevenir de manière telle au droit public qu'il remplirait la condition de l'illicéité au sens de l'article 20 CO. Examinons les différents critères de nullité du contrat exposés sous (a) :

- (i) Une des situations d'illicéité est celle dans laquelle la prestation ou ses modalités sont interdites. Lorsque la maison de vente ne respecte pas son devoir de diligence, l'objet du contrat en tant que tel, à savoir le bien culturel vendu, n'en est pas affecté. Si l'on considère le devoir de diligence indépendamment du caractère illicite du bien vendu, l'objet du contrat n'est pas forcément illicite. Le transfert de propriété d'un bien culturel n'est pas en soi contraire au droit objectif, contrairement au fait de s'obliger à commettre une infraction.
- (ii) Lorsque le but poursuivi par les parties est contraire au droit, une nullité peut en découler. Mais le fait de violer un devoir de diligence lors de la conclusion du contrat n'engendre pas une illicéité du but poursuivi par les deux parties. Il faudrait, pour que cela soit le cas, que les parties aient pour but de « blanchir » un bien culturel par exemple⁸⁶⁰. Mais une illicéité ne se produit pas du simple fait que la maison de vente viole son devoir de diligence.

références citées. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 7 N 22 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 684 ; BK-KRAMER, CO 19-20 N 321 ss ; PETITPIERRE, Articles 19 et 20 CO, p. 76.

⁸⁵⁸ ATF 117 II 47 c. 2.a ; ATF 115 II 361 c. 4.a et références citées. Cf. également ATF 120 II 35 c. 4.a.

⁸⁵⁹ PETITPIERRE, Articles 19 et 20 CO, p. 74 s.

⁸⁶⁰ Cette terminologie est utilisée dans le Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 511. Elle fait référence au blanchiment d'argent qui utilise les mêmes types de procédés que le trafic de biens culturels, mais pour des valeurs patrimoniales. Transfert international de biens culturels, Convention de l'UNESCO de 1970 et Convention d'Unidroit de 1995, rapport du groupe de travail, Berne 1998, p. 89.

(iii) Enfin, la conclusion du contrat peut être illicite. L'article 16 LTBC pourrait être interprété dans ce sens, mais l'on peut douter que ce soit la signification qu'ait voulu lui donner le législateur. Le texte de l'article 16 LTBC prévoit qu'un « bien culturel ne peut faire l'objet d'un transfert dans le commerce d'art ou dans une vente aux enchères que si la personne qui le cède peut présumer, au vu des circonstances, que ce bien (a) n'a pas été volé ni enlevé à son propriétaire sans sa volonté et ne provient pas de fouilles illicites ; (b) n'a pas été importé illicitement. » Nous pourrions peut-être déduire d'une interprétation littérale du texte que la conclusion du contrat de vente est alors interdite sur un plan civil. C'est à cette conclusion que parvient une partie de la doctrine⁸⁶¹.

Toutefois, cette hypothèse n'a jamais été évoquée lors du processus législatif. Le Message du Conseil fédéral ne traite que d'éléments relatifs à la sanction pénale prévue à l'article 25 LTBC et ne fait aucune allusion à des conséquences civiles de l'article 16 LTBC⁸⁶². Comme nous l'avons remarqué, il est nécessaire, pour qu'un cas d'illicéité selon une norme de droit public entraîne la nullité du contrat, que le but et le sens de la loi imposent cette conséquence⁸⁶³. L'interprétation téléologique est déterminante. Le but de la LTBC étant d'empêcher le trafic illicite de biens culturels, il nous faut examiner si la nullité du contrat de vente aux enchères en cas de violation du devoir de diligence par la maison de vente est dictée par ce but. Ainsi, si l'on considère que le texte de l'article 16 LTBC interdit la conclusion du contrat de vente et la rend illicite, faut-il encore que le sens de cette disposition vise l'invalidité du contrat. Traitons cette problématique en fonction des hypothèses présentées plus haut, selon que le bien culturel vendu est de provenance licite (i) ou non (ii).

i. Si le bien culturel est de provenance licite

534 Si le bien n'a pas été volé ou importé illicitement, il n'y a pas de raison de faire supporter au fournisseur et à l'acheteur du bien le manque de diligence de la maison de vente. Celle-ci sera sanctionnée pénalement (art. 25 LTBC), sans pour autant que cela n'affecte le contrat en tant que tel. La sanction pénale (art. 25 LTBC) a un but préventif auprès des maisons de vente : elle permet de donner une force coercitive au devoir de diligence imposé et de le faire respecter. La nullité du contrat quant à elle ne serait aucunement apte à éviter le trafic de biens culturels, puisque le bien en question est de provenance licite. Dans un tel cas, le transfert du bien ne constitue pas un trafic illicite que la LTBC a pour but d'empêcher. Le sens de la loi ne prescrit donc pas l'invalidité du contrat de vente. Une sanction civile n'a de

⁸⁶¹ Dans ce sens, SCHMIDT-GABAIN, p. 577 ; SKRIPSKY, p. 104. *Contra* : FOËX, p. 22 ; GABUS/RENOLD, LTBC 15 N 21 ; KKR-RENOLD, Ch. 8 N 25. Nuancé : KKR-RASCHER/RENOLD, Ch. 6 N 279.

⁸⁶² Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 505.

⁸⁶³ Cf. *supra* N 532.

sens que si elle permet effectivement la restitution du bien en question à son propriétaire légitime. Il serait toutefois absurde d'imposer une nullité aux parties si le bien culturel n'est pas illicite. « La nullité n'est requise que dans la mesure nécessaire à la bonne application du droit »⁸⁶⁴.

535 Si la maison de vente n'a pas respecté son devoir de diligence mais qu'il s'avère que cela n'a pas de conséquence puisque le bien culturel est tout à fait licite, l'acheteur ne devrait pas avoir à en pâtir. Si l'on admettait cette théorie, il pourrait être dessaisi du bien parce qu'un tiers⁸⁶⁵ a fait valoir le non-respect de ses obligations par la maison de vente, sans que cette violation, dans le cas d'espèce, ne résulte en la favorisation du trafic de biens culturels. La sécurité juridique dans son ensemble est en jeu, la nullité pouvant être invoquée en tout temps et par tout tiers. La nullité n'est alors pas prescrite par le but de la loi.

536 Une telle solution risquerait de mettre gravement en danger les droits de l'acheteur, qui pourrait être dessaisi de son bien jusqu'à trente ans après la vente (en raison du délai de prescription acquisitive de l'article 728 alinéa 1er CC), sous prétexte que la maison de vente a oublié d'inscrire certains éléments au registre des biens culturels ou d'informer les clients de la législation en matière d'importation ou d'exportation. Il en est de même si le devoir en cause est celui de ne pas mettre en vente un bien dont on peut présumer qu'il est d'origine illicite (art. 16 al. 1 LTBC). Certes la maison de vente avait-elle dans cette situation des doutes quant à la provenance du bien, mais ses doutes se sont avérés infondés. Même s'il est important de sanctionner la maison de vente au sens de l'article 25 LTBC pour le fait qu'elle n'a pas pris les précautions prescrites, cela ne doit pas porter préjudice à l'acheteur d'un bien d'origine licite.

ii. Si le bien culturel est de provenance illicite

537 Demandons-nous à présent si le contrat de vente aux enchères doit être considéré comme nul lorsqu'il porte sur un bien de provenance illicite alors que le devoir de diligence a été violé. Nous avons vu au point (i) que la nullité n'est pas prévue par le but de la loi (LTBC) en cas de seule violation du devoir de diligence. Si cette violation entraîne la vente d'un bien volé ou vicié d'une autre manière au sens de l'article 16 alinéa 1 LTBC, la solution est-elle différente ?

⁸⁶⁴ PETITPIERRE, Articles 19 et 20 CO, p. 76. ATF 120 II 35, c. 4.a ; ATF 117 II 47 c. 2.a ; ATF 115 II 361 c. 4.a ; ATF 43 II 660.

⁸⁶⁵ Contrairement à l'invalidation du contrat pour vice du consentement qui ne peut être déclarée que par la partie qui se trouve dans l'erreur (art. 23 CO), la constatation de la nullité du contrat peut être demandée par quiconque, en tout temps : cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681 ; BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 53. Elle doit être constatée d'office par le juge : ATF 111 II 134 c. 1, JdT 1986 I 627 ; ATF 110 II 360 c. 4, JdT 1985 I 130 ; ATF 108 II 405 c. 3.

- 538 En ce qui concerne la validité de la vente d'un bien culturel d'origine illicite, et au vu des critères énumérés plus haut⁸⁶⁶, nous constatons que la provenance illicite n'entraîne pas *ipso iure* la nullité du contrat. La prestation n'est pas illicite puisque l'on est en droit de transférer la propriété et la possession d'un bien. Le but visé par les parties ne peut pas être considéré comme contraire au droit de manière générale et abstraite. La nullité ne serait justifiée que si le but et le sens de la LTBC imposaient l'invalidité de l'acte juridique. La LTBC vise à empêcher le trafic de biens culturels. La nullité d'un contrat de vente n'est commandée que si elle évite un transfert illicite de propriété. Voyons quelle serait la situation si le contrat de vente d'un bien de provenance illicite était considéré comme valable.
- 539 La réglementation légale des droits réels, elle-même modifiée par la LTBC pour être conforme à ses dispositions, prévoit un système qui protège l'acquéreur de bonne foi tout en donnant la possibilité au propriétaire dessaisi de recouvrer son bien. Si le vendeur n'a pas le pouvoir de disposer du bien, le transfert de propriété n'est de toute façon pas efficace, indépendamment de la validité du contrat. Le possesseur d'un bien n'a pas le pouvoir d'en disposer s'il n'en est pas propriétaire ou n'est pas autorisé par ce dernier⁸⁶⁷. Une maison de vente qui voudrait transférer la propriété d'un bien volé, importé illicitement ou fruit de fouilles illicites ne le pourrait pas, faute d'avoir le droit d'en disposer. Le transfert de propriété n'étant pas efficace⁸⁶⁸, l'acquéreur du bien n'en est que possesseur, tandis que le réel propriétaire garde son droit sur la chose. Il peut donc la revendiquer au sens de l'article 641 alinéa 2 CC, à condition de respecter le délai de trente ans de l'article 934 alinéa 1bis CC, institué par la LTBC⁸⁶⁹. Le possesseur de bonne foi est également protégé par le biais de l'article 934 alinéa 2 CC, qui lui permet de demander le paiement du prix payé en échange du bien. Comme nous l'avons vu plus haut, un procédé similaire est applicable en cas d'action en retour d'un Etat au sens de l'article 9 LTBC, l'Etat en question pouvant obtenir la restitution du bien contre paiement d'une indemnité au possesseur de bonne foi (art. 9 al. 5 LTBC).
- 540 Ce raisonnement est confirmé par de nombreuses jurisprudences, traitant de la vente de biens volés, qui ne concluent jamais à la nullité du contrat⁸⁷⁰. La doctrine est du même avis, puisqu'elle considère que le vendeur engage sa responsabilité en cas de vente d'une chose volée sur la base des articles 192 et 195 CO, qui supposent l'existence du contrat dans la

⁸⁶⁶ Cf. *supra* N 533.

⁸⁶⁷ STEINAUER, vol. I, N 411 ss et vol. II, N 2015 s. ; VON TUHR/PETER, p. 216.

⁸⁶⁸ Le transfert de propriété d'une chose mobilière ne se produit que s'il existe une cause valable *et* que l'aliénateur a le pouvoir de disposer. STEINAUER, vol. II, N 2008 ss.

⁸⁶⁹ STEINAUER, vol. I, N 467 ; TERCIER/FAVRE, N 682 ; SIEGFRIED, p. 73.

⁸⁷⁰ ATF 131 III 418 ; ATF 123 II 134 ; ATF 122 III 1, JdT 1997 I 157 ; ATF 109 II 319, JdT 1984 I 139.

mesure où ils fondent une garantie pour inexécution⁸⁷¹. Le législateur a prévu des dispositions de droits réels et de droit des obligations pour régler cette situation. Il ne convient pas d'y substituer notre jugement. Le but de la LTBC, loi protectrice du marché de l'art et visant à éviter le trafic de biens culturels, est respecté indépendamment de la nullité du contrat de vente, puisque les droits réels empêchent le transfert de propriété de biens de provenance illicite. Dans ce sens, la nullité du contrat de vente n'est pas requise par la loi.

541 Le seul sens de l'admission d'un cas de nullité serait d'obliger la maison de vente à restituer les prestations qu'elle a reçues de l'acheteur, à savoir le prix perçu pour le compte du fournisseur ainsi que la commission-acheteur. SCHMIDT-GABAIN propose à cet effet la création d'une sorte de nullité relative⁸⁷², ne pouvant être invoquée que par l'acheteur. Cette construction n'a, à notre sens, pas lieu d'être. L'acheteur a des droits équivalents résultant d'institutions juridiques existantes.

542 L'acheteur a notamment la possibilité d'invalidier le contrat pour erreur sur les motifs au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO⁸⁷³. Le droit de faire valoir un vice du consentement est d'ailleurs désigné par certains auteurs comme l'invocation de la « nullité relative » du contrat⁸⁷⁴. L'acheteur peut exercer ce droit formateur si, lors de la conclusion du contrat, il a commis une erreur objectivement et subjectivement essentielle⁸⁷⁵ sur les faits nécessaires à la formation de sa volonté. Le fait de penser que le bien culturel acquis est exempt de toute prétention de tiers est un élément que la loyauté commerciale permet de considérer comme nécessaire au contrat⁸⁷⁶, puisqu'une personne raisonnable n'aurait pas acheté le bien sachant qu'il était entaché de l'un des vices de l'article 16 alinéa 1 LTBC. Il faut encore que l'erreur soit subjectivement essentielle. Bien que l'analyse doive être faite en fonction du cas d'espèce, cette condition sera fréquemment remplie. Il est probable que, si l'acheteur lui-même avait su que le bien était de provenance illicite, il n'aurait pas conclu le contrat. Ainsi, si l'acheteur pensait que le bien culturel qu'il acquerrait était exempt de toute prétention de tiers, l'invalidation de la vente pour erreur est possible dans un délai relatif d'une année dès la découverte de l'erreur (art. 31 CO). La personne dans l'erreur n'a pas l'obligation de respecter un délai absolu pour exercer son droit formateur. Les conséquences de l'invalidation du contrat sont la possibilité pour l'acheteur de répéter l'enrichissement illégitime obtenu par le

⁸⁷¹ BaK-HONSELL, Vorbem. CO 192-210 N 2 s. ; SCHÖNLE, p. 468 ss ; MÜLLER-CHEN, p. 1275.

⁸⁷² SCHMIDT-GABAIN, p. 578.

⁸⁷³ ATF 109 II 319 c. 2, JdT 1984 I 140.

⁸⁷⁴ ATF 114 II 131 c. 3.b, JdT 1988 I 508. ENGEL, Obligations, p. 232 s. ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 31 N 1 ss ; TERCIER, Obligations, N 773.

⁸⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 779 ss ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 23-24 N 40 et 44 ; ENGEL, Obligations, p. 328 s.

⁸⁷⁶ Cf. ATF 132 II 161 c. 4.1 ; TF, 25 août 2000, 4C.335/1999 c. 4.c.aa ; ATF 123 III 200 c. 2, JdT 1999 I 5 ; ATF 114 II 131 c. 2.a, JdT 1988 I 508.

vendeur (art. 62 et 63 CO), ce qui englobe le prix et la commission-acheteur⁸⁷⁷, fraction du prix, payés par erreur. Seul le réel propriétaire de la chose peut alors la revendiquer (art. 641 al. 2 CO).

543 En cas de défauts, l'acheteur peut également⁸⁷⁸ se prévaloir de garanties propres au contrat de vente, dont les délais de prescription ont par ailleurs été allongés par la LTBC pour correspondre à ceux imposés en matière de prescription acquisitive. Il peut invoquer une garantie pour éviction (art. 192 CO), auquel cas le contrat est réputé résolu (art. 195 CO). En se fondant sur le rapport de liquidation qui en résulte⁸⁷⁹, l'acheteur peut alors demander la restitution de sa prestation, à savoir le prix ainsi que la commission-acheteur. L'action en garantie doit être intentée dans un délai absolu de trente ans, instauré par la LTBC à l'art. 196a CO. Au vu de ce qui précède, il est inutile de construire un autre moyen de droit qui ferait double emploi.

544 Au niveau pénal, l'article 24 LTBC trouve application lorsque la vente porte sur un bien de provenance illicite. La sanction pénale est notablement plus importante qu'en cas de simple violation du devoir de diligence sans illicéité du bien, puisque les responsables de la maison de vente⁸⁸⁰ encourent une peine privative de liberté et que le plafond de l'amende se monte à CHF 100'000.-. En cas de simple négligence, l'infraction est tout de même poursuivie, bien que le plafond de la peine soit plus bas (art. 24 al. 2 LTBC). Le législateur a fixé le montant des amendes en connaissance de cause. L'incitation à respecter le devoir de diligence est selon lui suffisante par ce biais. Le risque encouru par la maison de vente en cas de vente d'un bien d'origine illicite est important, que ce soit au niveau des sanctions encourues ou, dans une optique plus commerciale, en rapport avec sa réputation sur le marché.

⁸⁷⁷ Définie *supra* N 488. Si la commission-acheteur devait être considérée comme résultant en réalité d'un contrat de courtage entre la maison de vente et l'acheteur, elle ne devrait pas non plus être due. A notre avis, le non-respect du devoir de diligence de la maison de vente au sens de l'article 16 LTBC constitue une violation des obligations résultant du contrat de courtage telle que l'activité déployée est inutile à l'acheteur-mandant. De ce fait, par renvoi aux règles du mandat, l'inexécution par la maison de vente entraîne la suppression de sa commission.

⁸⁷⁸ L'acheteur bénéficie d'un concours alternatif d'actions entre la garantie pour les défauts et l'invalidation pour erreur : ATF 114 II 131 c. 1, JdT 1988 I 508. Cf. *infra* N 673 ss.

⁸⁷⁹ ATF 114 II 152 c. 2.c.aa, JdT 1988 I 523. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1567 ss ; CR CO I-VENTURI, CO 205 N 9 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 109 N 6.

⁸⁸⁰ Si le manque d'organisation de l'entreprise ne permet pas d'imputer la responsabilité à une ou plusieurs personnes physiques, l'entreprise elle-même est punissable (art. 102 al. 1 CP).

c. *Absence de violation de son devoir de diligence par la maison de vente alors que le bien culturel vendu est d'origine illicite*

- 545 Lorsqu'un bien culturel s'avère être de provenance illicite, il semble difficile d'admettre que la maison de vente a respecté son devoir de diligence au sens de l'article 16 alinéa 1 LTBC. Il ne suffit en effet pas que la personne pratiquant la vente aux enchères ne sache pas que l'origine du bien était illicite ; elle doit en outre ne pas pouvoir le présumer. Ces critères correspondent à ceux posés pour évaluer la bonne foi au sens de l'article 3 alinéa 2 CC⁸⁸¹. Il est probable qu'au vu de la connaissance du marché de l'art par la maison de vente, la preuve de la violation de son devoir de diligence soit relativement facile à apporter en cas de vente d'un bien culturel de provenance illicite. Quoi qu'il en soit, la maison de vente doit déployer toute sa diligence pour détecter un tel bien, mais n'a pas d'obligation de résultat. Nous devons analyser la validité du contrat de vente dans l'hypothèse où, malgré le respect de son devoir de diligence, la maison de vente a tout de même vendu un bien d'origine illicite.
- 546 Dans un cas où le devoir de diligence de la maison de vente n'est pas violé, la seule question qui se pose est celle de savoir si la vente d'un bien de provenance illicite en tant que telle est nulle. Comme nous l'avons traité au point (b), l'origine illicite du bien ne peut entraîner la nullité du contrat de vente aux enchères. D'autres mécanismes que la nullité du contrat sont prévus⁸⁸². Au niveau du droit civil, si un bien a été volé ou spolié, le propriétaire a toujours la possibilité de le revendiquer au sens de l'article 641 CC, dans la limite de la protection de l'acquéreur de bonne foi de l'article 934 CC. La LTBC quant à elle institue une action en retour (art. 9 LTBC) du bien à son Etat d'origine en cas d'importation illicite au sens des articles 7 et 8 alinéa 1 lettre a LTBC. Ces mécanismes sont indépendants de la validité du contrat de vente aux enchères. Ils permettent également à l'acquéreur de bonne foi d'être dédommagé respectivement par le biais de l'article 934 alinéa 2 CC⁸⁸³, qui prévoit expressément le cas des enchères publiques, et de l'article 9 alinéa 5 LTBC. La nullité du contrat n'est donc pas adéquate, d'autres solutions ayant été privilégiées par le législateur.

D. Conclusion

- 547 Notre analyse des conséquences des règles de la LTBC sur la validité du contrat de vente aux enchères se divise en plusieurs hypothèses. Si la maison de vente respecte son devoir de diligence et met en vente un bien culturel de provenance licite, la validité de la vente ne peut être remise en cause du point de vue de la LTBC. En cas de violation du devoir de diligence

⁸⁸¹ ATF 131 III 419, c. 2.3.2 ; ATF 122 III 1 c. 2.a.bb et les arrêts cités. Une attention accrue dans le domaine de la vente de biens culturels est notamment exigée.

⁸⁸² Cf. *supra* N 513 ss.

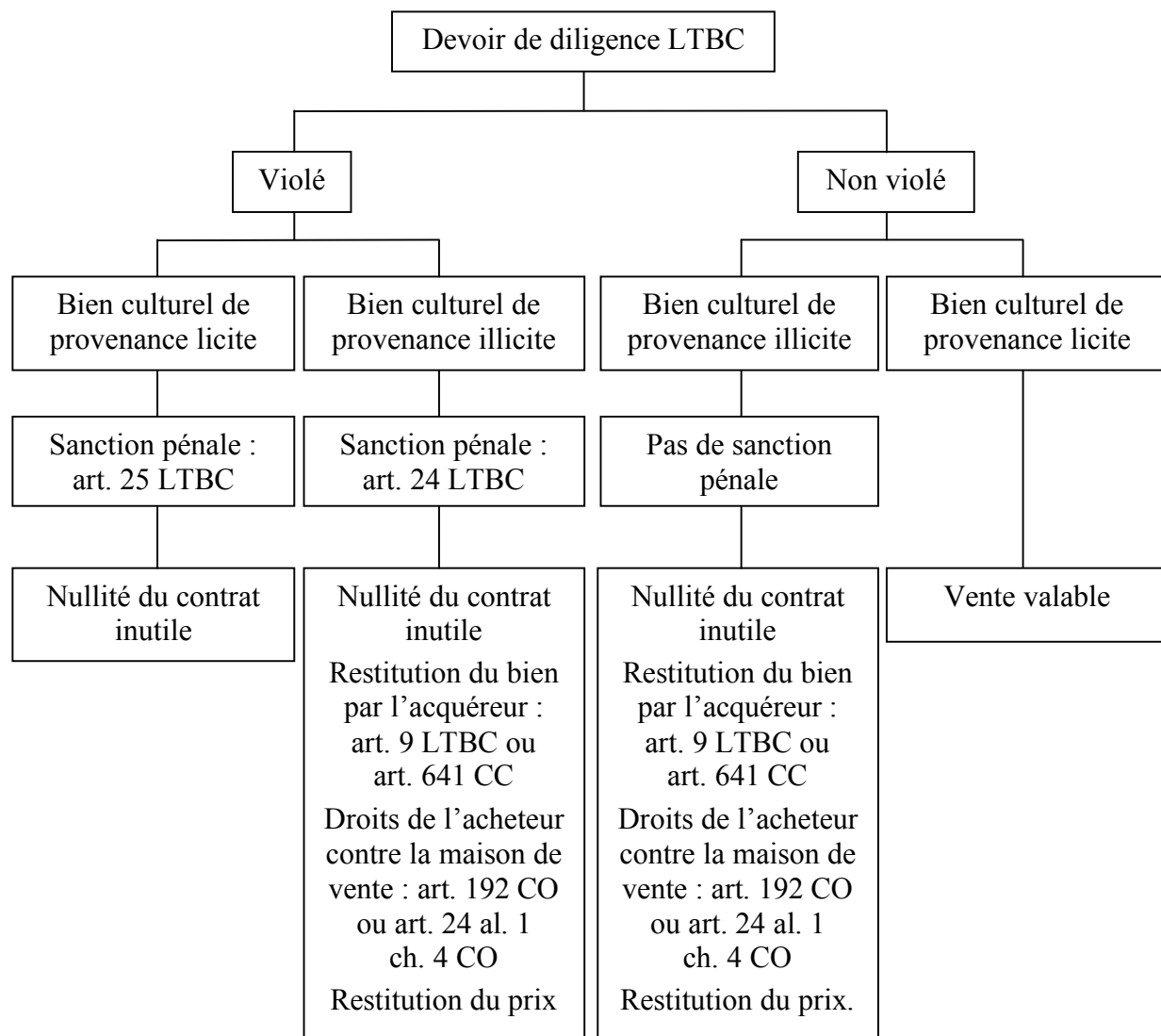
⁸⁸³ Pour le niveau de diligence exigé pour invoquer la bonne foi, cf. ATF 113 II 397, JdT 1988 I 252.

de la personne qui vend un bien culturel aux enchères, sans que le bien en question ne soit d'origine suspecte, le contrat ne porte préjudice à personne. La nullité ne se justifie pas. Les responsables de la maison de vente risquent en revanche une sanction pénale sur la base de l'article 25 LTBC.

- 548 Lorsque le bien culturel vendu est de provenance illicite, quel que soit le comportement de la maison de vente, le véritable propriétaire ou l'Etat dont le bien a été exporté illicitement a la possibilité d'en obtenir la restitution, par le biais de l'action en retour instituée par l'article 9 LTBC ou par une revendication au sens de l'article 641 alinéa 2 CC, du fait de l'absence de pouvoir de l'aliénateur de disposer du bien. Ces actions peuvent être exercées indépendamment de la validité du contrat de vente. La maison de vente encourt une sanction pénale si elle vend un bien d'origine douteuse, ne serait-ce que par négligence (art. 24 LTBC).
- 549 Le législateur a par ailleurs expressément édicté des dispositions protégeant l'acquéreur de bonne foi d'un bien culturel d'origine illicite (art. 728 al. 1^{er} et 934 al. 1^{bis} CC ; art. 9 al. 5 LTBC). En sus, l'acheteur dépossédé peut faire valoir ses droits à l'encontre de la maison de vente, soit en se départissant du contrat du fait de l'éviction subie au sens des articles 192 et 195 CO, soit en l'invalidant pour erreur sur la base des articles 24 alinéa 1 chiffre 4 et 31 CO. Dans les deux cas, la maison de vente doit alors restituer les prestations reçues, à savoir la somme du prix et de la commission-acheteur, en raison respectivement du rapport de liquidation ainsi créé ou d'une prétention de l'acheteur en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).
- 550 Dans aucune des situations la nullité du contrat de vente conclu en violation du devoir de diligence ou portant sur un bien de provenance illicite n'est nécessaire ni adéquate pour respecter le but de la LTBC. Le système juridique propose déjà un ensemble complet de solutions. Pour reprendre les termes utilisés par le Tribunal fédéral⁸⁸⁴, la nullité du contrat en cas de violation du devoir de diligence par la maison de vente n'est pas « appropriée à l'importance de l'effet combattu ».
- 551 Pour résumer la situation, nous proposons le schéma suivant⁸⁸⁵, tenant compte des paramètres mentionnés dans les paragraphes précédents :

⁸⁸⁴ ATF 117 II 47 c. 2.a ; ATF 115 II 361 c. 4.a et références citées.

⁸⁸⁵ Qui complète celui du N 529 *supra*.



§ 3 Irrégularités des enchères

552 L'article 230 CO règle l'annulation du contrat de vente aux enchères suite à des manœuvres pouvant affecter une libre détermination du prix. En vertu de l'article 230 CO, il est possible d'attaquer les enchères en cas d'irrégularités. Ceci ne constitue pas un retrait de l'adjudication, qui ne serait pas autorisé⁸⁸⁶. Le contrat a été conclu mais est affecté de vices dans sa formation. Nous traiterons dans ce chapitre des conditions de l'action en annulation (A), en mettant en évidence les manœuvres typiquement illicites, puis des conséquences d'une telle annulation (B).

A. Conditions de l'action en annulation

553 L'article 230 CO prévoit que « [l]es enchères dont le résultat a été altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs peuvent être attaquées, dans les dix jours, par tout intéressé. » A lire le texte de la disposition, le demandeur devrait prouver que des agissements ont effectivement influencé le prix d'adjudication et donc le résultat des enchères⁸⁸⁷. Or une telle preuve serait extrêmement difficile à apporter. Le prix fixé au terme des enchères dépend exclusivement du déroulement précis de la vente incriminée, sans que l'on puisse imaginer le résultat d'une vente identique sans l'utilisation de procédés contraires aux mœurs⁸⁸⁸. De ce fait, la seule preuve que les agissements non autorisés sont susceptibles, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, d'influencer le prix d'adjudication entraîne le droit d'agir en annulation⁸⁸⁹. Seul le lien de causalité adéquate, à l'exclusion de celui de causalité naturelle, est donc requis ici.

554 Le but de l'article 230 CO est d'assurer le bon déroulement des enchères et la sauvegarde de la libre concurrence⁸⁹⁰. Cette norme protège un intérêt collectif, ce qui lui donne un caractère impératif⁸⁹¹. La légitimation active appartient à tout intéressé, notamment aux enchérisseurs, à l'huissier, à la maison de vente, et pas seulement aux parties au contrat⁸⁹². En raison du but de protection de l'ordre public de l'article 230 CO, la notion d'intéressé ne doit pas être

⁸⁸⁶ CR CO I-VULLIETY, CO 229 N 20.

⁸⁸⁷ Le texte allemand utilise une terminologie similaire, puisqu'il dispose « *[w]enn in rechtswidriger oder die guten Sitten verstossender Weise auf den Erfolg der Versteigerung eingewirkt worden ist, [...]* ».

⁸⁸⁸ RUOSS, Scheingebote, p. 128. ATF 39 II 35 c. 1, JdT 1913 I 659.

⁸⁸⁹ ATF 109 II 123 c. 4, JdT 1984 I 319. PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 612 ; CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 4 ; BaK-RUOSS, CO 230 N 2 ; SKRIPSKY, p. 278.

⁸⁹⁰ CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 4 ; BK-GIGER, CO 230 N 57 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 599.

⁸⁹¹ CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 1 ; BK-GIGER, CO 230 N 7 ; BaK-RUOSS, CO 230 N 1.

⁸⁹² RUOSS, Scheingebote, p. 127 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 820 ss ; BLÄTTLER, p. 185.

interprétée de manière restrictive⁸⁹³. Elle englobe toute personne qui peut avoir un intérêt plus important en rapport avec les enchères que tout un chacun. Il n'est pas nécessaire que le demandeur ait subi un dommage du fait de la vente, il suffit qu'il puisse faire état d'une relation particulière avec le bien vendu ou le contrat conclu⁸⁹⁴.

555 La légitimation passive appartient aux parties au contrat, qui sont directement touchées par son annulation, c'est-à-dire au vendeur, qu'il s'agisse de la maison de vente ou du fournisseur, et à l'acheteur. Si l'un d'entre eux exerce l'action en annulation, la légitimation passive appartient à l'autre⁸⁹⁵. Le droit d'agir doit être exercé dans le délai de dix jours dès la connaissance du motif d'annulation⁸⁹⁶. Le délai de l'article 230 CO n'est pas un délai de prescription, mais un délai de péremption à l'échéance duquel le droit de demander l'annulation du contrat s'éteint⁸⁹⁷. Notons que ce délai n'est applicable qu'à l'action en annulation de l'article 230 CO et non aux autres types de remise en cause de la validité du contrat⁸⁹⁸.

556 Reste à déterminer dans quel cas le procédé d'enchères peut être faussé. Selon le Tribunal fédéral⁸⁹⁹, sont réputées illicites ou contraires aux mœurs au sens de l'article 230 CO les manœuvres empêchant la réalisation du but des enchères, à savoir la recherche du prix le plus juste au vu des intérêts en présence⁹⁰⁰. La jurisprudence actuelle considère comme illicites les *pacta de licitando* (1) ainsi que les *pacta de non licitando* (2), dans la mesure où ceux-ci entravent le jeu de la libre concurrence⁹⁰¹.

⁸⁹³ BaK-RUOSS, CO 230 N 11 ; RUOSS, Scheingebote, p. 127 ; SCHMID, N 1381.

⁸⁹⁴ RUOSS, Scheingebote, p. 127.

⁸⁹⁵ RUOSS, Scheingebote, p. 137.

⁸⁹⁶ TERCIER/FAVRE, N 1485 ; ENGEL, Contrats, p. 67 ; VON BÜREN, Besonderer Teil, p. 69 ; CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 26 ; RUOSS, Scheingebote, p. 128 ; BaK-RUOSS, CO 230 N 14 ; CAVIN, Vente, p. 159 ; BK-GIGER, CO 230 N 23. ATF 47 III 127 c. 1, JdT 1922 II 66. *Contra* : HONSELL, Obligationenrecht, p. 183.

⁸⁹⁷ ENGEL, Contrats, p. 67 ; RUOSS, Scheingebote, p. 128 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 851. Le délai de l'article 230 CO est comparable en ceci à celui de l'article 31 CO, qui, bien qu'il soit d'une année, est également un délai de péremption.

⁸⁹⁸ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 848. ATF 47 III 127 c. 1, JdT 1922 II 66.

⁸⁹⁹ ATF 109 II 123 c. 2b, JdT 1984 I 319 ; ATF 82 II 21 c. 1, JdT 1956 I 206.

⁹⁰⁰ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 601.

⁹⁰¹ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 648 ss ; SKRIPSKY, p. 277. Il est intéressant de constater qu'en droit new-yorkais, dans la mesure où aucun devoir contractuel n'oblige la maison de vente à traiter tous les enchérisseurs de la même manière, une telle règle doit être instituée : CONTRERAS, p. 742.

1. Pactum de licitando

- 557 Le premier type de manœuvre illicite consiste en des surenchères d'un tiers dans le seul but d'accroître le prix d'adjudication de l'objet⁹⁰², sans aucune volonté de conclure le contrat ou de recevoir la propriété de l'objet⁹⁰³. Les fournisseurs font parfois eux-mêmes appel à ces « hommes de paille » pour obtenir un prix plus élevé. L'enchérisseur dont les offres ont pour seul but de gonfler le prix d'adjudication, sans véritable volonté de contracter, est couramment désigné comme un fol-enchérisseur. Il est également possible que la maison de vente fasse monter fictivement les enchères afin d'obtenir une commission plus élevée. De telles manœuvres sont souvent la conséquence d'un accord, soit entre le fournisseur et la maison de vente, soit entre le fournisseur et un tiers, soit entre la maison de vente et un tiers, nommé *pactum de licitando*.
- 558 Lorsque le directeur enchérit lui-même, que ce soit d'un commun accord avec le fournisseur ou dans le seul but d'augmenter sa propre commission, une action en annulation du contrat au sens de l'article 230 CO est envisageable⁹⁰⁴. Le jeu de la libre concurrence est faussé par la participation de la maison de vente, sans que celle-ci n'ait la volonté d'acquérir le bien⁹⁰⁵. La possibilité d'enchérir doit également être refusée à tous les employés de la maison de vente, qui ont accès à des informations que les autres enchérisseurs n'ont pas, comme le montant du prix de réserve. Une telle situation créerait un déséquilibre entre les enchérisseurs, ce qui ne serait pas admissible sous l'angle de l'article 230 CO.
- 559 Il est cependant fréquent que le directeur de la vente enchérisse pour le fournisseur jusqu'au prix de réserve. L'existence d'un prix de réserve en tant que telle ne pose pas de problème, le fournisseur étant libre de ne pas vendre son bien en dessous d'un certain montant⁹⁰⁶. Le caractère secret de ce prix limite est également admis, s'agissant d'une limitation des pouvoirs du représentant que celui-ci n'a aucune obligation de dévoiler lors des négociations avec le tiers. Cela évite que les enchères soient faussées, les enchérisseurs étant influencés par le prix auquel le fournisseur est prêt à vendre, au-delà duquel ils auraient peut-être des réticences à enchérir.
- 560 L'on pourrait toutefois s'interroger sur la légitimité des enchères formulées par la maison de vente dans le but de préserver les intérêts du fournisseur. Toutes les parties sont en réalité

⁹⁰² TERCIER/FAVRE, N 1484. ATF 109 II 123, JdT 1984 I 319.

⁹⁰³ RUOSS, Scheingebote, p. 72 ss.

⁹⁰⁴ Le droit américain prévoit alors également l'annulation de la vente : U.C.C. § 2-328(4) (1978) ; Veazie v. Williams, 49 U.S. 134, 8 How. 134, 154 (1850) ; CONTRERAS, p. 733 ; DARRABY, p. 307.

⁹⁰⁵ Même si la maison de vente enchérit pour acquérir le bien, il existe un problème de conflit d'intérêts, comme vu plus haut. Cf. *supra* N 409.

⁹⁰⁶ CONTRERAS, p. 743.

avantagées par les enchères du directeur de vente. Si un enchérisseur désire acquérir le lot et est prêt à offrir un montant supérieur au prix de réserve, mais qu'il n'a pas de concurrent faisant monter les enchères jusqu'à ce prix, le lot ne lui sera pas adjugé, ce qui le lèse autant que le fournisseur. Les enchères du directeur de la vente permettent au dit enchérisseur de monter jusqu'au prix de réserve, si le montant en question reste dans la limite de ce qu'il désire investir, sans que le prix ne soit artificiellement gonflé⁹⁰⁷. Il est toutefois important que le public soit informé du fait que le lot en question est soumis à une réserve, ce qui peut être fait au moyen d'une annotation au catalogue. Les enchères de la maison de vente au-delà du prix de réserve seraient en revanche contraires à l'article 230 CO.

- 561 La participation du fournisseur de l'objet aux enchères, par la formulation d'offres apparentes sans intention de conclure la vente, est également un cas de manœuvre contraire aux mœurs si les autres enchérisseurs n'en sont pas avertis⁹⁰⁸. Si la maison de vente sait que le fournisseur de l'objet entend enchérir dans l'intention d'augmenter le prix de vente mais sans vouloir être lié, elle conclut avec lui, expressément ou tacitement, une convention de simulation⁹⁰⁹. Un tel accord suppose la volonté des parties de créer l'apparence d'un acte juridique⁹¹⁰. L'article 18 CO trouve alors application, puisque les déclarations des parties et leurs volontés réelles divergent. Seule la réelle et commune intention des parties est déterminante. Les parties n'ayant pas pour but la conclusion d'un contrat de vente, celui-ci n'est pas valablement conclu. La volonté réelle du fournisseur et de la maison de vente est uniquement de créer une apparence de demande élevée pour faire augmenter artificiellement le prix du bien. Il en est de même lorsque l'objet est adjugé à son fournisseur afin d'éviter la dévaluation du bien qui pourrait résulter d'un retrait sans adjudication. La maison de vente crée alors une impression fictive de succès des enchères.
- 562 Les *pacta de licitando* et conventions de simulation sur les enchères fictives, qu'elles soient conclues avec un tiers-enchérisseur ou avec le fournisseur, sont contraires aux mœurs, en ce qu'elles faussent la concurrence et ont une influence sur le résultat des enchères au sens de l'article 230 CO⁹¹¹. Un contrat de vente dont le processus de conclusion a été entaché de telles manœuvres peut faire l'objet d'une action en annulation de tout intéressé n'ayant pas participé aux agissements incriminés.
- 563 En revanche, dans l'hypothèse où la maison de vente ne sait pas que les enchères formulées sont fictives, le contrat est conclu. A défaut de volonté réelle commune, cette conclusion

⁹⁰⁷ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 807 ; § 21 de l'Ordonnance zurichoise.

⁹⁰⁸ TERCIER/FAVRE, N 1484 ; BaK-RUOSS, CO 230 N 5. ATF 109 II 123, JdT 1984 I 319. A notre sens, même un avertissement ne suffit pas à légitimer les enchères du fournisseur au-delà du prix de réserve.

⁹⁰⁹ ATF 112 II 337 c. 4.a et b, JdT 1987 I 170. BK-JÄGGI/GAUCH, CO 18 N 104.

⁹¹⁰ VON TUHR/PETER, p. 293 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 15 N 16 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 77.

s'impose en application du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC). Cependant, selon RUOSS⁹¹², le contrat est alors nul puisque l'obligation de la maison de vente – en tant que commissionnaire – serait objectivement impossible au sens de l'article 20 alinéa 1 CO. La maison de vente s'est obligée à transférer la propriété du bien à son propriétaire, obligation qu'elle ne peut objectivement pas remplir puisque aucun transfert n'est possible. Nous ne sommes pas de cet avis. L'impossibilité initiale objective visée par l'article 20 CO doit concerner la prestation en tant que telle, indépendamment de la personne du créancier. Si le bien, dans l'absolu, ne peut être livré, la prestation est impossible, comme dans le cas où le bien mis en vente serait détruit avant la conclusion du contrat. Une vente à soi-même ne remplit pas ces conditions. C'est également l'avis du Tribunal fédéral qui considère que le fait que la maison de vente ne puisse pas transférer la propriété du bien au fournisseur-adjudicataire n'est pas constitutif d'un cas d'impossibilité⁹¹³.

564 Ce raisonnement mérite d'être suivi puisqu'il permet de rendre le fournisseur responsable de ses offres fictives : le fait que la vente soit conclue l'oblige à payer à la maison de vente la commission qui lui est due en cas de succès des enchères. Le fait de considérer le contrat comme nul protégerait le fournisseur de manière excessive puisque ce dernier pourrait enchérir sans risque majeur sur son propre bien. Une vente conclue entre la maison de vente et le fournisseur sur le bien mis en vente par celui-ci est par conséquent valable. Elle ne peut être attaquée par le fournisseur-acheteur sur la base de l'article 230 CO, dans la mesure où il est lui-même l'auteur des manœuvres contraires aux mœurs.

565 Les maisons de vente cherchent d'ailleurs à se prémunir contre les offres apparentes en excluant dans les contrats avec les fournisseurs la possibilité de ces derniers d'enchérir sur leur propre bien. Ainsi, l'article 35 des conditions de vente de Sotheby's⁹¹⁴ prévoit :

« Vous [le fournisseur] ne pouvez pas enchérir sur votre propre bien. Bien que nous soyons autorisés à enchérir en votre nom jusqu'au montant du prix de réserve, vous n'êtes pas autorisé à donner instructions ou à permettre à une autre personne d'enchérir sur le bien pour votre compte.

Si vous enchérissez en votre nom (ou chargez une autre personne de le faire), vous pourrez être considéré comme un enchérisseur dont les enchères auraient été acceptées. [...] »

566 Une telle clause contractuelle permet de supposer que la maison de vente évite autant que possible les conventions de simulation. Les risques d'annulation des enchères sont de ce fait

⁹¹¹ ATF 112 II 337 c. 4.g, JdT 1987 I 170 ; ATF 109 II 123 c. 2.b, JdT 1984 I 319.

⁹¹² RUOSS, *Scheingebote*, p. 89.

⁹¹³ ATF 112 II 337 c. 4.e, JdT 1987 I 170. L'ATF 109 II 123 c. 2.a, JdT 1984 I 319, qui traite du caractère illicite de l'adjudication au fournisseur, ne fait pas obstacle à cette solution.

⁹¹⁴ Cf. Annexe II.

restreints, puisque la maison de vente n'accepte pas les enchères du fournisseur ou d'un de ses représentants sur son bien.

567 Si toutefois l'objet n'est pas adjugé au fol-enchérisseur mais à un tiers, celui-ci peut demander l'annulation de la vente au sens de l'article 230 CO, la fixation du prix étant faussée par des offres fictives. Un enchérisseur qui n'a pas obtenu l'adjudication pourrait aussi faire valoir son droit à agir en annulation de la vente, tout comme la maison de vente elle-même, dans la mesure où elle n'avait pas conclu de convention de simulation avec l'enchérisseur responsable des manœuvres contraires aux mœurs⁹¹⁵.

2. Pactum de non licitando

568 Lorsque des enchérisseurs passent un accord visant à ne pas surenchérir sur un bien pour que l'un d'eux puisse l'obtenir au prix le plus bas possible, cette convention est également constitutive d'une manœuvre illicite au sens de l'article 230 CO⁹¹⁶. Ce procédé lèse non pas les intérêts des enchérisseurs, comme les agissements précédemment décrits, mais ceux du fournisseur de l'objet ainsi que de la maison de vente. Le prix est ici artificiellement diminué, ce qui entraîne également la réduction des commissions touchées par la maison de vente, que ce soit la commission-vendeur ou la commission-acheteur, toutes deux étant fixées en pourcentage du prix de vente. Il est toutefois envisageable que la maison de vente prenne part au *pactum de non licitando* contre rémunération, ce qui compenserait la perte engendrée par la diminution de ses commissions. Dans tous les cas, l'action en annulation de la vente au sens de l'article 230 CO peut être intentée par tout intéressé n'ayant pas pris part à l'accord.

B. Conséquences

569 En matière de validité d'un contrat, la partie générale du Code des obligations distingue la nullité de l'invalidation, aussi appelée nullité relative ou annulabilité. La nullité, régie par les articles 19 et 20 CO lorsqu'il y a impossibilité, illicéité ou contrariété aux mœurs, peut être invoquée en tout temps par quiconque. Au contraire, l'annulation dépend de la déclaration d'une partie dans un certain délai, à défaut de quoi le contrat vicié est considéré comme

⁹¹⁵ Il ne nous semble pas soutenable de considérer que la maison de vente a une obligation d'agir sur la base de l'article 230 CO afin de protéger les intérêts des autres enchérisseurs. Cela aurait éventuellement pu résulter du contrat de courtage que certains auteurs considèrent comme conclu entre la maison de vente et les enchérisseurs, cf. *supra* N 442 ss. Nous sommes toutefois de l'avis qu'une telle relation n'existe pas. Un hypothétique devoir d'agir en annulation nous semble d'autant moins justifié.

⁹¹⁶ ATF 82 II 21 c. 1, JdT 1956 I 206. TERCIER/FAVRE, N 1484 ; BaK-RUOSS, CO 230 N 5 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 707.

ratifié⁹¹⁷. L'invalidation est prévue aux articles 21 et 23 ss CO en cas de lésion ou de vices du consentement lors de la conclusion du contrat.

- 570 Dans le présent cas, nous pouvons nous demander si l'article 230 CO vise la nullité absolue ou l'annulabilité des enchères viciées. Bien que la note marginale de l'article 230 CO laisse penser que la disposition traite d'un cas de nullité absolue, les effets ne peuvent pas en être déterminés sur cette seule base. Le texte de la norme nous fait tendre vers une interprétation différente, puisqu'il dispose que « [l]es enchères dont le résultat a été altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs peuvent être attaquées, dans les dix jours, par tout intéressé. » Le fait que l'action doit avoir lieu dans un certain délai et ne peut être exercée que par un cercle de personnes limité ne correspond pas aux modalités de la constatation d'une nullité absolue⁹¹⁸. Lorsque les conditions de celles-ci sont réalisées, le contrat ne peut être guéri par l'écoulement du temps.
- 571 Un contrat de vente aux enchères qui est entaché d'un vice à la conclusion est considéré comme valable jusqu'à une éventuelle action en annulation⁹¹⁹. A défaut d'action dans les dix jours, la vente est ratifiée et ne peut plus être attaquée. L'annulation de l'article 230 CO consiste en un droit à intenter une action. Elle diffère en ce sens de la déclaration d'invalidation pour vices du consentement qui consiste en un droit formateur, exercé par simple déclaration de la partie dans l'erreur. Si personne n'agit dans le délai de dix jours, la vente reste valable. Si en revanche l'action est intentée, le juge peut annuler le contrat.
- 572 L'annulation des enchères fait partie de la catégorie des actions aboutissant à l'annulation avec effet rétroactif (*ex tunc*) de l'acte⁹²⁰. Selon VON TUHR/PETER, l'acte est valable à l'origine mais annulé rétroactivement si le droit d'agir en annulation est exercé⁹²¹. Certains auteurs considèrent que le contrat de vente entaché d'un vice est conclu sous condition résolutoire d'une action en annulation⁹²². A notre sens, les conséquences sont simplement similaires à celles résultant d'une invalidation pour vices du consentement au sens des articles 23 ss CO⁹²³. Le contrat est valable mais annulé avec effet *ex tunc* si une action en

⁹¹⁷ PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 565 ; VON TUHR/PETER, p. 226 et 231 ; STÄGER, p. 108.

⁹¹⁸ Il n'existe pas d'action en nullité du contrat, celle-ci ne pouvant être que constatée. Par ailleurs, cette constatation peut avoir lieu en tout temps. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681 ; VON TUHR/PETER, p. 225 ; BaK-HUGUENIN, CO 19/20 N 53.

⁹¹⁹ BaK-RUOSS, CO 230 N 9.

⁹²⁰ RUOSS, *Scheingebote*, p. 139 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 888 ; BK-GIGER, CO 230 N 68.

⁹²¹ VON TUHR/PETER, p. 231 (contrairement, selon eux, à la situation dans laquelle le contrat est entaché d'un vice du consentement, auquel cas l'acte serait sans effet dès l'origine mais pourrait être guéri par la ratification de la partie dans l'erreur ou l'écoulement du temps : VON TUHR/PETER, p. 231 et 329).

⁹²² PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 230 N 595 ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 135.

⁹²³ CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 32 ; BK-GIGER, CO 230 N 70 ss.

annulation est menée à bien. En cas d'annulation, les parties sont libérées de leurs obligations réciproques et doivent se restituer les prestations déjà exécutées⁹²⁴ selon les règles de la revendication (art. 641 CC) et de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Les parties ne s'étant pas encore exécutées sont libérées de leurs obligations. Les conditions générales et la loi (art. 233 et 235 CO) prévoyant souvent l'exécution immédiate des prestations réciproques, il faudra normalement demander la restitution des biens transférés et répéter ce qui a été payé. L'annulation du contrat ne peut être que totale ; le juge ne peut pas modifier le prix fixé en application analogique des règles de la nullité partielle modifiée (art. 20 al. 2 CO) ou ordonner de nouvelles enchères⁹²⁵.

- 573 Notons que l'article 230 CO n'exclut pas les autres moyens tirés de la partie générale du droit des obligations, notamment des articles 23 ss CO. Ceux-ci subsistent puisqu'ils visent la protection de la libre formation de la volonté des parties et donc d'un bien juridique différent de celui visé par l'article 230 CO⁹²⁶. Le concours existe essentiellement dans les cas où l'adjudicataire est la victime d'un dol de la maison de vente ou du fournisseur (art. 28 CO), puisque ce type de vice du consentement suppose une tromperie du cocontractant ou de son représentant. Or il est possible que certains cas de manœuvre illicites dans le processus d'enchères constituent une tromperie des enchérisseurs. Il y a donc concours cumulatif d'actions lorsque les états de fait des articles 28 et 230 CO sont simultanément réalisés⁹²⁷. La partie trompée peut déclarer invalider le contrat, mais peut également intenter l'action en annulation dans un délai de dix jours. Pour conserver toutes ses chances, le demandeur aurait alors meilleur temps de faire usage de son droit d'invalider le contrat en même temps qu'il intente l'action. Les autres personnes intéressées désirant annuler le contrat doivent se contenter de l'action en annulation, l'invalidation n'étant possible que pour la partie au contrat victime du dol.

C. Conclusion

- 574 Les accords de participants à la vente aux enchères visant à influencer la fixation du prix d'adjudication de manière fictive, que ce soit pour le gonfler ou le diminuer artificiellement, sont contraires aux mœurs au sens de l'article 230 CO. Ils empêchent le jeu de la libre

⁹²⁴ CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 32 ; BK-GIGER, CO 230 N 74 ; RUOSS, Scheingebote, p. 139.

⁹²⁵ ATF 119 III 74 ; ATF 57 III 127, JdT 1932 II 131. RUOSS, Scheingebote, p. 139 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 230 N 878.

⁹²⁶ CR CO I-VULLIETY, CO 230 N 36 ; RUOSS, Scheingebote, p. 177 ; SKRIPSKY, p. 278. ATF 40 II 380 c. 4, JdT 1915 I 362.

⁹²⁷ TERCIER/FAVRE, N 1487 ; CAVIN, Vente, p. 159 ; BK-GIGER, CO 230 N 4, 25 et 81 ; SKRIPSKY, p. 278 ; BLÄTTLER, p. 174 ; pour une discussion détaillée sur le concours entre les articles 28 et 230 CO : RUOSS, Scheingebote, p. 176 ss. ATF 40 II 380 c. 4, JdT 1915 I 362.

concurrence à la base du mécanisme d'enchères. Lorsque cet état de fait est réalisé, tout intéressé, à l'exception des personnes ayant pris part aux manœuvres incriminées, a le droit d'intenter une action en annulation de la vente. Si l'action est fondée, le juge ordonne l'annulation de la vente avec effet *ex tunc*. Les parties doivent alors se restituer leurs prestations réciproques. Elles sont par ailleurs libérées de celles restant à effectuer.

Chapitre IV : Droits réciproques de la maison de vente et de l'acheteur

575 Les droits réciproques de la maison de vente et de l'acheteur peuvent trouver leur source alternativement dans un contrat ou dans un chef de responsabilité extra-contractuel. La maison de vente ne conclut un contrat avec l'acheteur qu'en cas de représentation indirecte ou d'absence de représentation du fournisseur. La représentation directe du fournisseur par la maison de vente n'entraîne pas d'engagement de celle-ci à l'égard de l'acheteur. Les parties déduisent de la conclusion du contrat de vente le droit d'en demander l'exécution (§ 1), à défaut de quoi elles peuvent exercer les moyens résultant de l'inexécution (§ 2). Nous ne traiterons pas en détail tous les types d'inexécution envisageables, mais nous limiterons, dans le cadre du présent travail, aux problématiques propres aux ventes aux enchères d'objets d'art. Nous déterminerons enfin la possibilité de tirer des droits d'une éventuelle responsabilité extra-contractuelle des parties (§ 3).

§ 1 Droit d'obtenir l'exécution du contrat

576 En ce qui concerne l'exécution du contrat de vente aux enchères, les articles 234 à 236 CO prévoient certaines modalités spécifiques dérogeant au régime de la vente (art. 184 ss CO), lui-même présentant quelques particularités par rapport aux règles générales. Nous analyserons tour à tour le système régissant l'exécution par l'acheteur (A) et par la maison de vente (B), tout en prenant en compte quelques exemples de conditions générales pour déterminer si elles prévoient un régime particulier d'exécution. Nous détaillerons enfin les modalités d'exécution spécifiques à la représentation indirecte (C) avant de conclure (D).

A. Exécution de ses obligations par l'acheteur

577 L'article 211 alinéa 1 CO prévoit, en matière de vente mobilière, que « [l']acheteur est tenu de payer le prix conformément aux clauses du contrat et d'accepter la chose vendue, pourvu qu'elle lui soit offerte dans les conditions stipulées ». Le paiement du prix est son obligation principale⁹²⁸. Le montant à payer comprend le prix fixé d'un commun accord du fait de l'enchère la plus élevée et de son acceptation par le maître des enchères, auquel s'ajoutent la TVA et la commission-acheteur. La somme de tous ces éléments constitue ce que nous appellerons le prix de vente.

578 Les modalités de paiement du prix de vente sont réglées, dans une vente aux enchères publiques, par l'article 233 alinéa 1 CO. Cette disposition prescrit qu'« [à] défaut de convention contraire, l'acheteur a l'obligation de payer comptant ». L'article 233 CO précise l'article 75 CO, règle générale prévoyant l'exigibilité et l'exécutabilité immédiate des

⁹²⁸ HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 47 ; TERCIER/FAVRE, N 497 et 932 ; CR CO I-VENTURI, CO 211 N 1 ; CAVIN, *Vente*, p. 1 et 18.

prestations, à défaut de convention ou d'usage contraire. Le paiement comptant suppose, en sus de l'exigibilité immédiate, une prestation effective. L'acheteur n'est par exemple pas autorisé à compenser une créance qu'il aurait contre la maison de vente par la créance de celle-ci en paiement du prix⁹²⁹. Les prestations réciproques doivent en principe être faites simultanément (*Zug um Zug*) selon le principe posé à l'article 82 CO et confirmé par l'article 211 alinéa 1 CO.

579 Le lieu d'exécution se détermine selon les règles de la partie générale, à savoir selon l'article 74 alinéa 2 chiffre 1 CO pour les sommes d'argent. La prestation doit être faite au domicile du créancier au jour du paiement. Les enchères ne se déroulent pas toujours au siège de la société, domicile de la maison de vente. Dans ce cas, l'article 233 CO constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 74 CO, puisque le paiement au comptant suppose une exécution sur le lieu de la vente.

580 Bien entendu, les conditions générales règlent souvent elles-mêmes les questions d'exécution. Elles s'en tiennent toutefois généralement à la réglementation légale, le paiement comptant par l'acheteur étant favorable aux maisons de vente, rédactrices des conditions de vente. A titre d'exemple, l'article 6 des conditions de vente de la Galerie Fischer⁹³⁰ prévoit :

« La facture de la vente aux enchères, supplément compris, doit être payée immédiatement en francs suisses. Toute compensation est exclue. L'acheteur répond personnellement de ses achats et ne peut prétendre avoir agi pour le compte d'un tiers. »

581 La maison de vente n'admet pas, à moins que cela n'ait été convenu antérieurement à la vente, que l'acheteur se déclare représentant d'un tiers pour se soustraire à son obligation de payer comptant. Elle n'accepte pas une déclaration tacite de la volonté d'agir au nom d'autrui au sens de l'article 32 alinéa 2 CO comme moyen engendrant les effets de la représentation directe. La maison de vente doit pouvoir savoir à qui elle est liée suite à la vente et pouvoir exiger l'exécution immédiate desdits acheteurs.

582 Pour ce qui est du moment de l'exécution, les maisons de vente s'en tiennent dans la plupart des cas au principe de l'exécution trait pour trait (*Zug um Zug*) selon le principe de l'article 82 CO. L'alternative, prévue par exemple par les conditions générales de Sotheby's, est d'exiger un paiement au comptant et d'octroyer un délai pour la prise de possession. Il n'est en général toutefois pas admis que l'acheteur paie le prix après livraison. Le but est d'éviter la réalisation de l'état de fait de l'article 214 alinéa 3 CO, applicable lorsque la livraison du bien à l'acheteur a lieu alors que celui-ci n'a pas encore payé le prix. Dans ce cas,

⁹²⁹ BaK-RUOSS, CO 233 N 1 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 233 N 1065 ss ; VON BÜREN, Besonderer Teil, p. 68 ; SCHMID, N 1352.

⁹³⁰ Cf. Annexe III.

la vente est considérée comme étant faite à crédit, ce qui empêche la maison de vente de résoudre le contrat pour cause de demeure de l'acheteur à moins de s'en être réservé le droit.

583 Pour prévenir une telle situation, la remise du bien a lieu contre paiement du prix. L'article 12 des conditions de vente de Christie's prévoit dans ce sens que « *[a]s soon as he has made payment and subject to the transmission of the necessary information and documents [...], the Buyer shall remove the objects sold.* » L'article 10 des conditions de vente de la Galerie Koller quant à lui dispose que « [l]es Acheteurs doivent venir chercher à leurs propres frais les objets adjugé dans les 7 jours qui suivent la clôture de la vente aux enchères. [...] [L]a remise a lieu trait pour trait contre paiement en espèces. [...] ». Cette solution semble adéquate puisque certains objets d'art, notamment les objets fragiles ou anciens, exigent des soins particuliers lors de leur transport. Le principe de réciprocité est alors préservé.

584 L'acheteur s'engage également à accepter la chose et à en prendre immédiatement livraison (art. 211 CO), engagement dont il est controversé de savoir s'il s'agit d'une obligation ou d'une incombance⁹³¹. La distinction est d'importance puisque le refus de prendre livraison de la chose engendrerait respectivement les conséquences de la demeure du débiteur (art. 102 ss CO)⁹³² ou de la demeure du créancier (art. 91 ss CO). A notre avis, l'acceptation de la chose doit être qualifiée d'incombance dont le non-respect entraîne une demeure du créancier, conformément à la qualification qui en a été faite dans d'autres contrats⁹³³. Nous suivons ainsi l'opinion de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence⁹³⁴. La demeure du créancier a comme conséquence principale la possibilité pour le débiteur de consigner le bien et de se libérer ainsi de son obligation (art. 91 CO). C'est la solution prévue par les conditions générales de Sotheby's en leur article 24 :

« Recours pour défaut d'enlèvement des achats : Si vous n'enlevez pas un lot acheté dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de la vente, nous nous réservons le droit d'entreposer ledit lot à vos risques et frais. [...] »

⁹³¹ Certains considèrent qu'il s'agit d'une réelle obligation : HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 47 ; VON TUHR/PETER, p. 81 ; KELLER/SIEHR, p. 22.

⁹³² HONSELL, *Obligationenrecht*, p. 47 ; VON TUHR/PETER, p. 81.

⁹³³ Comme l'incombance de prendre livraison de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise : GAUCH, *Werkvertrag*, N 1326 s. Cf. également GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 124.

⁹³⁴ TERCIER/FAVRE, N 971 ; ENGEL, *Contrats*, p. 53 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 124 ; BaK-KOLLER, CO 211 N 4 ss ; CAVIN, *Vente*, p. 53 s. ; RAMONI, N 146. ATF 111 II 156 c. 2, JdT 1986 I 28 ; ATF 110 II 148 c. 1.a, JdT 1985 I 25, qui ne tranche pas clairement la question de savoir si l'acceptation de la chose est une obligation ou une incombance, puisque le Tribunal fédéral traite le cas dans lequel la chose n'est pas acceptée alors que le prix n'est pas payé, et rattache ce cas particulier à une situation de demeure du débiteur.

585 Les conditions de vente de Christie's⁹³⁵ comportent une clause similaire :

« In the case that a Buyer, after fulfilling all his obligations pursuant to the present conditions of sale, fails to remove the object in time, [...], Christie's shall be entitled, after notification to the Buyer, to render the object at the Geneva Free Port at the Buyer's expenses and risk. »

586 De même, selon l'article 10 des conditions générales de la Galerie Koller⁹³⁶ :

« [Les] Acheteurs doivent venir chercher à leur propre frais les objets adjugés dans les 7 jours qui suivent la clôture de la vente aux enchères ». « Si les objets adjugés ne sont pas retirés dans les 7 jours, ils seront entreposés aux frais et aux risques de l'adjudicataire ».

587 Ces exemples mettent en évidence que la conséquence que les maisons de vente attachent au refus de prendre livraison de la chose se rapproche du droit de consignation de celle-ci, prévu par l'article 92 CO⁹³⁷. La convention des parties ne prévoit pas les conséquences d'une demeure du débiteur (art. 102 ss CO), qui consisteraient principalement, comme analysé plus bas, en des dommages-intérêts – en sus d'autres prétentions. Le droit étant dispositif en la matière, les droits des parties sont de toute façon définis par la convention.

588 Comme exposé plus haut, il est raisonnable de laisser à l'adjudicataire le temps d'organiser la prise de possession du bien et d'assurer celui-ci convenablement, sans considérer immédiatement que l'incombance de prendre livraison de la chose n'est pas respectée. Si les conditions générales se trouvaient dans un cas particulier ne pas octroyer un tel délai à l'acheteur, celui-ci découlerait à notre sens de l'usage⁹³⁸ pour certaines catégories de biens de valeur, ou anciens et nécessitant des soins particuliers, ou encore particulièrement fragiles. La pratique dans le domaine des ventes aux enchères et les particularités de cette branche du commerce nous permettent d'arriver à la conclusion que l'on ne peut souvent pas obliger l'acheteur à prendre livraison d'un objet d'art immédiatement après la vente. Un délai pour la réception devrait donc être octroyé. Nous traiterons plus loin du transfert des risques qui a des conséquences sur l'obligation de l'acheteur en cas de destruction de la chose vendue⁹³⁹.

⁹³⁵ Cf. Annexe I.

⁹³⁶ Cf. Annexe IV.

⁹³⁷ Une décision judiciaire n'est à cet effet pas nécessaire (art. 92 al. 2 CO) : CR CO I-LOERTSCHER, CO 92 N 5.

⁹³⁸ Sur la notion d'usages, notamment d'usages commerciaux, cf. TERCIER/FAVRE, N 152 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1218 s. ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 1 N 18 ; TERCIER, Obligations, N 77 ss.

⁹³⁹ Cf. *infra* N 603 ss.

589 L'engagement de l'acheteur de prendre livraison de la chose vendue ne constituant en réalité qu'une incombance, la seule véritable obligation de l'acheteur⁹⁴⁰ est celle de payer à la maison de vente le prix fixé (prix incluant, comme nous l'avons vu, la commission-acheteur ainsi que la TVA). L'article 189 CO met également à charge de l'acheteur certains frais, notamment ceux de transport⁹⁴¹. Ceux-ci ne sont applicables que dans les situations où la maison de vente s'oblige à conclure le contrat pour l'acheteur⁹⁴². Ils constituent une prestation pécuniaire par l'acheteur qui vient s'ajouter à l'obligation de paiement du prix d'adjudication.

B. Exécution de ses obligations par la maison de vente

590 La maison de vente s'oblige, en tant que venderesse, « à livrer la chose à l'acheteur et à lui en transférer la propriété [...] » (art. 184 CO). Elle doit fournir à l'acheteur la maîtrise de droit et de fait⁹⁴³, la propriété (1) et la possession de la chose (2). A ces obligations principales s'ajoutent, en fonction de la convention des parties, des obligations accessoires telles que l'assurance ou le transport de la chose (3). La loi prévoit certaines de ces obligations sans pour autant mettre forcément les frais à charge du vendeur (art. 188 et 189 CO)⁹⁴⁴. Enfin, l'examen du transfert des risques permet de déterminer ce qui est dû en cas de survenance d'un cas fortuit (4).

1. Transfert de propriété du bien

591 Selon l'article 235 alinéa 1 CO, l'adjudication lors d'une vente aux enchères entraîne *ipso jure* le transfert de propriété d'un bien meuble⁹⁴⁵. Ceci constitue une exception à l'article 714 alinéa 1 CC. Seule la publicité de la vente aux enchères au sens des articles 229 ss CO (par opposition aux ventes aux enchères privées qui ne sont pas régies par ces dispositions) permet une acquisition par l'acheteur sans transfert de possession⁹⁴⁶. Il a été considéré comme nécessaire que le préposé aux enchères soit en possession de la chose afin d'être en mesure de

⁹⁴⁰ TERCIER/FAVRE, N 936 et 966 ss ; BaK-KOLLER, CO 211 N 14.

⁹⁴¹ HONSELL, Obligationenrecht, p. 48 ; TERCIER/FAVRE, N 596.

⁹⁴² Cf. *infra* N 598 ss.

⁹⁴³ TERCIER/FAVRE, N 563 et 568 ; CR CO I-VENTURI, CO 184 N 15 et 22 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 40 s.

⁹⁴⁴ CR CO I-VENTURI, CO 184 N 27 s.

⁹⁴⁵ CR CO I-VULLIETY, CO 235 N 1 ; BK-GIGER, CO 235 N 14 et références citées ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1119 ; STEINAUER, vol. II, N 2066.

⁹⁴⁶ STEINAUER, vol. II, N 2066a ; TERCIER/FAVRE, N 1477 ; CAVIN, Vente, p. 158.

la transférer à l'adjudicataire dès la conclusion du contrat⁹⁴⁷. La doctrine ne retient toutefois plus ce critère⁹⁴⁸.

592 Les conditions d'un transfert de propriété, outre le transfert de possession qui n'est pas exigé lors d'une vente aux enchères publiques, sont un titre d'acquisition valable ainsi qu'un acte de disposition⁹⁴⁹. La première exigence est remplie par la conclusion du contrat de vente. La seconde suppose « un contrat réel [...] par lequel l'aliénateur et l'acquéreur manifestent leur volonté de transférer (*hic et nunc*) la propriété de la chose, en exécution du titre d'acquisition »⁹⁵⁰. Pour que la maison de vente soit en mesure de passer ce contrat réel avec l'acheteur, elle doit avoir le pouvoir de disposer de la chose⁹⁵¹, à défaut de quoi le transfert de propriété n'est pas valable⁹⁵².

593 Le pouvoir de disposer appartient en principe au propriétaire du bien. Or la maison de vente n'est propriétaire du bien vendu que dans quelques rares cas⁹⁵³. Elle agit en général pour le compte du fournisseur, qui lui-même peut être propriétaire ou simple titulaire du pouvoir de disposer octroyé par le propriétaire. Est toutefois également titulaire du pouvoir de disposer le représentant, direct ou indirect, autorisé du propriétaire⁹⁵⁴. La maison de vente, en tant que représentante indirecte autorisée par le fournisseur à aliéner le bien mis en vente⁹⁵⁵, a le pouvoir de disposer de la chose et peut valablement en transférer la propriété au sens de l'article 235 CO dès la conclusion du contrat de vente pour le compte du fournisseur⁹⁵⁶. Les conditions générales peuvent cependant prévoir un régime différent et retarder le transfert de propriété. Comme nous le verrons plus loin, si la maison de vente est représentante directe du fournisseur, elle n'a aucune obligation résultant du contrat, mais peut transférer la propriété du bien à l'acheteur en tant que personne autorisée à disposer du bien⁹⁵⁷.

⁹⁴⁷ ATF 61 III 150 c. 2, JdT 1936 III 45. STEINAUER, vol. II, N 2066a. Cf. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 235 N 1209.

⁹⁴⁸ BK-GIGER, CO 235 N 15 ; BaK-RUOSS, CO 235 N 1 ; PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 235 N 1207.

⁹⁴⁹ STEINAUER, vol. II, N 2008 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1090 ss.

⁹⁵⁰ STEINAUER, vol. II, N 2013.

⁹⁵¹ STEINAUER, vol. II, N 2015.

⁹⁵² Sous réserve toutefois de la protection du tiers de bonne foi au sens des articles 714 alinéa 2 et 934 CC : cf. STEINAUER, vol. II, N 2017.

⁹⁵³ Cf. *supra* N 193.

⁹⁵⁴ STEINAUER, vol. II, N 2016 ; VON TUHR/PETER, p. 351.

⁹⁵⁵ Cf. *supra* N 283.

⁹⁵⁶ VON TUHR/PETER, p. 216 s. ; RUOSS, *Scheingebote*, p. 45. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 235 N 1204 s.

⁹⁵⁷ Cf. *infra* N 741.

2. Transfert de possession à l'acheteur

594 Bien que le transfert de propriété ne nécessite pas de transfert de possession lors d'une vente aux enchères publiques (art. 235 al. 1 CO), la maison de vente s'oblige par le contrat de vente à transférer la possession à l'adjudicataire (art. 184 CO). Lorsque la maison de vente est représentante indirecte du fournisseur, elle est considérée comme transférant la possession en son propre nom mais pour le compte d'autrui. Elle n'est alors pas possesseur dérivé mais bien possesseur originaire, comme dans le cas où elle agit pour son propre compte⁹⁵⁸. La remise de la chose entraîne le transfert de sa possession (art. 922 CC). Il s'agit d'un cas de transfert entre présents puisque la maison de vente a la possession de la chose qu'elle remet directement à son acquéreur. En cas de représentation directe en revanche, la maison de vente est possesseur dérivé du bien, alors que le fournisseur en est possesseur originaire. Le transfert de possession est fait entre absents en application de l'article 923 CC. Nous traiterons cette question dans la partie traitant de l'exécution du contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur⁹⁵⁹.

595 La remise de la chose, en pratique, peut se faire extrêmement simplement pour les meubles, puisque le bien est en principe présenté lors de la vente et donc à disposition de l'acheteur. La prise de possession peut toutefois être différée en raison de l'organisation parfois nécessaire pour le transport ou l'assurance de certains biens. Le paiement du prix par l'acheteur devant en principe être fait comptant (art. 233 al. 1 CO), l'acheteur est en droit d'exiger une exécution trait pour trait et la mise à disposition immédiate du bien (art. 82 CO), à moins qu'un terme ou un délai ne soit prévu contractuellement pour l'exécution de la prestation de la maison de vente (art. 75 CO). La maison de vente a l'obligation de transférer à l'acheteur la possession de la chose contre paiement du prix.

596 Les conditions générales ne prévoient en principe pas de dérogation à ce principe. Le bien est à disposition de l'adjudicataire dès la fin de la vente. Les conditions de vente de Christie's par exemple disposent⁹⁶⁰ :

« As soon as he has made payment and subject to the transmission of the necessary information and documents mentioned in article 9, third paragraph above, the Buyer shall remove the objects sold. »

597 Le lieu d'exécution est déterminé par l'article 74 alinéa 2 chiffre 2 CO, qui dispose que les choses déterminées doivent être livrées au lieu où elles se trouvaient lors de la conclusion du contrat. Dans le cas de la vente aux enchères, le bien est présenté au lieu de la vente pour la mise aux enchères. C'est donc là qu'il devra être livré selon le droit dispositif. Cette solution

⁹⁵⁸ STEINAUER, vol. I, N 258b et 261a.

⁹⁵⁹ Cf. *infra* N 742.

⁹⁶⁰ Article 12 des conditions générales, cf. Annexe I.

semble tout à fait cohérente au regard des exigences de la vente aux enchères. Il n'est pas nécessaire que les conditions générales prévoient de règles spécifiques pour cette question. La maison de vente ne prend d'ailleurs en principe pas en charge le transport de la chose, comme cela résulte des conditions de vente. S'il lui arrive de le faire contre rémunération, c'est en général au risque de l'acheteur.

3. Obligations accessoires

- 598 La maison de vente a également quelques obligations accessoires à l'égard de l'acheteur, qui s'inscrivent dans le cadre du contrat de vente conclu. Elle a notamment l'obligation de fournir des informations sur le bien à l'acheteur dans la phase précontractuelle⁹⁶¹. La mise en œuvre de cette prestation se réalise entre autres par l'estimation du prix ainsi que par l'expression de ce que la maison de vente nomme « opinions » concernant l'origine du bien et son état. Le catalogue n'est pas le seul instrument à disposition de la maison de vente, puisque chaque bien fait en principe l'objet d'un *condition report*, plus aisé à modifier que le catalogue le cas échéant, transmis aux acheteurs potentiels et lu avant la mise aux enchères du bien en question. La limite entre ce devoir d'information et l'obligation principale de la maison de vente est ténue, puisque ces obligations touchent aux qualités du bien qui doit être livré. En réalité, l'obligation d'informer est généralement absorbée dès la conclusion du contrat par celle de livrer un bien conforme à ce qui a été promis.
- 599 La maison de vente peut également être tenue d'assurer l'emballage et d'autres prestations permettant l'enlèvement de la chose par l'acheteur. Le coût des obligations accessoires est réparti par l'article 188 CO⁹⁶², qui dispose que « [s]auf usage ou convention contraire, les frais de la délivrance, notamment ceux du mesurage et du pesage, sont à la charge du vendeur, les frais d'acte et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur. » Les particularités liées au transport du bien vendu font l'objet de l'article 189 CO, dont l'alinéa 1 prévoit que « [s]auf usage ou convention contraire, les frais de transport sont à la charge de l'acheteur si la chose vendue doit être expédiée dans un autre lieu que celui de l'exécution du contrat. » Les frais d'enlèvement de la chose sont donc mis à charge de l'acheteur.
- 600 Ainsi, si les frais d'emballage nécessaires à la préservation du bien lors de l'expédition sont à charge du vendeur, soit la maison de vente⁹⁶³, ceux directement liés au transport incombent à l'acheteur (art. 189 CO). Selon le type d'objet d'art vendu, il est fort possible que l'emballage soit primordial. L'on pense notamment à de la porcelaine précieuse, du verre ou autre

⁹⁶¹ CR CO I-VENTURI, CO 184 N 29, qui définit l'obligation de renseigner l'acheteur comme une règle de comportement, sans lien direct avec l'obligation principale.

⁹⁶² GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 116 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 46.

⁹⁶³ CR CO I-VENTURI, CO 188 N 7.

matériau fragile, ou encore à des œuvres de taille importante qui nécessitent une structure particulière pour leur transport. La maison de vente n'étant pas en charge du transport, elle n'a pas à supporter les frais d'emballage y relatifs.

- 601 Les parties règlent toutefois souvent elles-mêmes ces questions, en s'écartant parfois du droit dispositif. Les conditions de vente font d'ailleurs généralement supporter la totalité des frais d'emballage par l'acheteur. Une clause de ce type figure dans les conditions générales de la Galerie Fischer, prévoyant qu'« emballage, manutention et expédition incombent à l'adjudicataire. [...] Si la Galerie prend en charge l'emballage, la manutention[,] l'expédition ou le stockage, elle le fait sans engager sa responsabilité et aux frais de l'acheteur »⁹⁶⁴. Il en est de même pour la Galerie Koller. Ces conditions générales ne font donc que confirmer le système légal des articles 188 et 189 CO.
- 602 En général, la maison de vente accepte également de conclure un contrat de transport du bien au nom et pour le compte de l'acheteur, aux frais et risques de ce dernier. Christie's par exemple « *may, on request of the purchaser, arrange to send him objects at his expense and risk* »⁹⁶⁵. La maison de vente n'encourt aucune responsabilité de ce fait, si ce n'est pour le choix du transporteur.

4. Transfert des risques

- 603 Bien que l'exécution du contrat de vente aux enchères soit généralement quasi instantanée, la question du transfert des risques peut se poser. Il suffit d'un très court laps de temps entre la conclusion du contrat et son exécution pour qu'un cas fortuit survienne. La problématique du transfert des risques se base, dans la partie générale du Code des obligations, sur l'article 119 CO. Cette disposition prévoit, en son alinéa 1, la libération du débiteur en cas d'impossibilité objective subséquente non fautive. L'alinéa 2 rétablit l'équilibre conventionnel lorsque le contrat est synallagmatique en libérant le créancier de l'obligation de fournir sa contre-prestation⁹⁶⁶. L'alinéa 3 réserve toutefois les exceptions, notamment celle prévue à l'article 185 CO dans le contrat de vente. Le transfert des risques se produit alors dès la conclusion du contrat, sauf disposition contraire⁹⁶⁷. Contrairement au cas classique en matière de contrats synallagmatiques, si la livraison de la chose devient impossible subséquemment à la conclusion du contrat en raison de circonstances non imputables au vendeur, l'acheteur n'est pas libéré de son obligation de payer le prix. C'est donc lui qui

⁹⁶⁴ Article 13 des conditions de vente de Fischer, cf. Annexe III.

⁹⁶⁵ Article 12 des conditions de vente de Christie's, cf. Annexe I.

⁹⁶⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2541 ; CR CO I-VENTURI, CO 185 N 1 ; VULLIETY, Thèse, p. 55.

⁹⁶⁷ TF, 12 mars 2002, SJ 2002 I 613 c.4, qui fait une analyse détaillée de la situation historique et en droit comparé ; ATF 84 II 158 c. 1.b.

supporte le risque que la chose périsse entre le moment de la conclusion du contrat et celui de l'exécution, c'est-à-dire la livraison du bien.

604 Si la dette est portable, le transport est à charge de la maison de vente qui doit livrer le bien au lieu convenu. Dans ce cas, la maison de vente n'est libérée que si la chose est livrée à l'adjudicataire et supporte donc les risques de destruction de la chose⁹⁶⁸. Les conditions de vente ne prévoient généralement pas une telle obligation de la maison de vente. Si le transport n'est pas à charge de la maison de vente, l'acheteur supporte de toute façon tous les risques en résultant. La vente aux enchères d'un objet d'art ne porte pas sur une chose de genre. De ce fait, l'article 185 alinéa 2 CO ne peut s'appliquer, que ce soit pour une dette quérable ou sujette à expédition⁹⁶⁹. Il n'est donc pas pertinent de se demander si la chose a été remise à un transporteur au moment de la survenance de l'impossibilité.

605 Les conditions générales des maisons de vente réglementent en principe le transfert des risques. Celles de la Galerie Fischer⁹⁷⁰ disposent en leur article 9 que « [la] propriété et le risque passent à l'acquéreur dès l'adjudication ». Cette solution est la plus commune et correspond à la règle de l'article 185 alinéa 1 CO. Christie's prévoit de même dans ses conditions générales que « *[the] Buyer acquires title to the object as it is knocked down to him and any profits or risks from such moment shall be his* »⁹⁷¹. Si cette solution est la plus fréquente, certaines maisons de vente octroyant à l'acheteur un délai pour prendre livraison du bien acheté, comme la Galerie Koller, se considèrent responsables du cas fortuit qui surviendrait dans l'intervalle et avant l'expiration du délai. Les conditions de vente de la Galerie Koller prévoient en effet que « [p]endant le délai précité [délai entre l'adjudication et la prise de possession par l'acheteur], Koller est responsable de la perte, du vol, de l'endommagement ou de la destruction des objets adjugés et payés [...] »⁹⁷². Ce type de maisons de vente concluent généralement un contrat d'assurance couvrant le bien non seulement lors de l'exposition et de la vente, mais également postérieurement à celle-ci. La prime peut être mise à charge de l'acheteur ou payée par la maison de vente, suivant les cas. Le risque de l'endommagement ou la destruction du bien est de ce fait couvert, le lésé étant dédommagé par l'assurance en cas de survenance de l'évènement.

⁹⁶⁸ CR CO I-VENTURI, CO 185 N 18 ; VULLIETY, Thèse, p. 420.

⁹⁶⁹ CR CO I-VENTURI, CO 185 N 13 et 16 ; VULLIETY, Thèse, p. 409 s. et 426 s.

⁹⁷⁰ Cf. Annexe III.

⁹⁷¹ Article 7 des conditions de vente de Christie's, cf. Annexe I.

⁹⁷² Article 10 des conditions générales de la Galerie Koller, cf. Annexe IV.

C. Modalités particulières d'exécution du fait de la représentation indirecte

- 606 La maison de vente, représentante indirecte du fournisseur, agit pour le compte de ce dernier. C'est elle qui non seulement transfère la propriété et la possession du bien à l'adjudicataire⁹⁷³, mais également reçoit le paiement du prix si elle n'a pas encore cédé sa créance contre l'acheteur au moment de l'exécution par celui-ci⁹⁷⁴. Lorsque l'exécution a lieu immédiatement, comme prévu par les articles 233 alinéa 1 et 235 alinéa 1 CO ou par certaines conditions générales⁹⁷⁵, une cession de créance ou une reprise de dette au sens de l'article 32 alinéa 3 CO est sans d'objet, puisqu'il n'y a plus ni créance ni dette à exécuter.
- 607 La maison de vente doit alors reverser le prix d'adjudication au fournisseur, son mandant. Du fait du contrat de commission conclu entre le fournisseur et la maison de vente et du renvoi de l'article 425 CO, l'article 400 CO est applicable. Cette disposition prévoit une obligation de restitution de la maison de vente qui a conclu des contrats pour le compte du mandant, notamment la vente aux enchères elle-même (ainsi que, suivant les cas, des contrats d'assurance et de transport par exemple). Une telle obligation découle davantage du rapport de représentation que du mandat en lui-même⁹⁷⁶. Elle a pour but d'obliger à restitution le mandataire, en l'occurrence la maison de vente, qui a agi pour autrui et qui a reçu quelque chose de ce fait.
- 608 Dans certains cas, les conditions générales dérogent aux normes dispositives (art. 233 al. 1 et 235 al. 1 CO)⁹⁷⁷. Un délai de paiement peut être octroyé par la maison de vente, de même que la remise de possession à l'acheteur peut être différée. L'exécution n'étant pas due immédiatement, la reprise des droits et obligations de la maison de vente par le fournisseur est envisageable. Les parties peuvent obtenir ce résultat de deux manières différentes, dont les effets sont plus ou moins étendus. Le premier moyen consiste en une cession de créance couplée à une reprise de dette (1), tandis que le second résulte d'un transfert conventionnel de contrat (2).

1. Cession de créance et reprise de dette

- 609 Le contrat liant le fournisseur à la maison de vente ayant été qualifié de commission en cas de représentation indirecte⁹⁷⁸, les conditions de la cession des droits acquis par le mandataire en

⁹⁷³ Elle y est autorisée par l'octroi des pouvoirs de représentation indirecte.

⁹⁷⁴ Cf. *infra* N 609.

⁹⁷⁵ Cf. *supra* N 578.

⁹⁷⁶ CR CO I-WERRO, CO 400 N 1.

⁹⁷⁷ Cf. *supra* N 583.

⁹⁷⁸ Cf. *supra* N 161.

qualité de représentant indirect au mandant du fait du mandat sont réglées par l'article 401 alinéa 1 CO⁹⁷⁹ par renvoi de l'article 425 CO⁹⁸⁰. La cession de la créance en paiement du prix intervient alors de plein droit lorsque le mandant a accompli ses obligations à l'égard du mandataire. Cette situation ne se présente que rarement, car la maison de vente prélève généralement les honoraires dus par le fournisseur sur le prix payé par l'acheteur en application de son droit de compenser (art. 120 CO). Cela signifie que le fournisseur ne s'exécute généralement que postérieurement à l'acheteur, le paiement de la commission ayant lieu suite au paiement du prix.

- 610 L'article 401 alinéa 1 CO ne vise toutefois que la cession des créances du mandataire au mandant et non la reprise des dettes nées du contrat conclu au nom du mandataire mais pour le compte du mandant. L'article 402 alinéa 1 CO prévoit l'obligation du mandant de libérer son mandataire des obligations contractées dans le cadre du mandat, par exemple au moyen d'une reprise de dette⁹⁸¹. Cela étant, cette disposition ne traite pas des moyens pour opérer une reprise de dette. La reprise des dettes de la maison de vente par le fournisseur n'intervient donc pas automatiquement, *de lege*⁹⁸². Aucune norme spéciale ne traitant spécifiquement de ce problème, il convient d'appliquer les règles générales sur la reprise de dette.
- 611 Les articles 175 s. CO prévoient une reprise interne et externe. La reprise interne consiste en l'accord entre le reprenant et le débiteur d'une dette, selon lequel le reprenant s'oblige à payer la dette du débiteur ou à conclure un contrat de reprise de dette externe avec le consentement du créancier (art. 175 al. 1 CO)⁹⁸³. La reprise externe a pour objet le changement de débiteur suite à la conclusion d'un contrat entre le reprenant et le créancier, par lequel le premier offre de se charger de la dette de l'ancien débiteur, offre qui doit être acceptée par le créancier, pour qui la personne du débiteur a de l'importance (art. 176 al. 1 CO)⁹⁸⁴. La reprise de dette privative nécessite l'accord du créancier, à savoir de l'acheteur, ainsi que celui du fournisseur de l'objet en tant que reprenant⁹⁸⁵. Celui-ci en effet s'oblige par la reprise de dette à une prestation, tandis que celui-là voit la personne de son débiteur modifiée, ce qui ne peut lui être imposé.

⁹⁷⁹ Selon le Tribunal fédéral, l'article 401 CO tend à rapprocher les effets de la représentation indirecte de ceux de la représentation directe en instituant une cession de créance *de lege*. ATF 117 II 429 c. 3.b, JdT 1994 II 2 ; ATF 102 II 103 c. II.2.b. Cf. CR CO I-WERRO, CO 401 N 1.

⁹⁸⁰ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 24 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 4 ss.

⁹⁸¹ TERCIER/FAVRE, N 5238 ; BaK-WEBER, CO 402 N 9.

⁹⁸² Cf. TERCIER/FAVRE, N 5238.

⁹⁸³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3567. ATF 121 III 256 c. 3.b.

⁹⁸⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3579. ATF 121 III 256 c. 3.b.

⁹⁸⁵ CR CO I-WERRO, CO 402 N 11 ; BaK-TSCHÄNI, CO 176 N 6. La reprise de dette privative s'oppose à la reprise de dette cumulative, par laquelle le reprenant s'engage en sus du débiteur.

- 612 Pour ce qui est de la reprise interne au sens de l'article 175 CO, une obligation du fournisseur de reprendre la dette de la maison de vente découle du mandat au sens de l'article 402 alinéa 1 *in fine* CO. Le fait de conclure un mandat de représentation avec la maison de vente fait naître certains devoirs, notamment celui de libérer le représentant par les moyens prévus à l'article 32 alinéa 3 CO⁹⁸⁶. Du fait de la reprise interne, le fournisseur a l'obligation de remettre le bien à l'acheteur ou de conclure avec ce dernier un contrat de reprise au sens de l'article 176 CO. L'accord du fournisseur peut être donné de manière tacite, la reprise de dette n'étant soumise à aucune condition de forme (art. 11 CO)⁹⁸⁷. Dans le cas qui nous intéresse, le créancier du transfert de propriété et de possession est l'acheteur, dont le débiteur est la maison de vente. Le fournisseur a l'obligation de reprendre la dette de la maison de vente. Le transfert de propriété ayant en principe déjà eu lieu, seule subsiste l'obligation de remettre la possession du bien à l'acheteur.
- 613 Le fournisseur exécute ses obligations par l'intermédiaire de la maison de vente qui agit comme auxiliaire dans l'exécution (art. 101 CO), modalité qui rejoint celle utilisée en cas de représentation directe⁹⁸⁸. Cette situation n'a d'ailleurs que peu d'intérêt, puisque la maison de vente reste intermédiaire pour l'exécution. Une reprise de dette n'est pas nécessaire en tant que telle, le fournisseur confiant le bien à la maison de vente pour qu'elle exécute la prestation due. En tant que commissionnaire, elle est autorisée à transférer la possession de la chose à l'acheteur (art. 932 CC)⁹⁸⁹. La maison de vente n'a dès lors pas d'intérêt concret à voir la dette reprise, car elle peut livrer le bien à l'acheteur en tant qu'auxiliaire du fournisseur. Une reprise externe ne semblerait de toute façon pas envisageable, puisque le fournisseur-reprenant doit conclure un contrat avec l'acheteur-créancier. Or, le fournisseur désirant rester anonyme, il ne peut pas faire une offre de reprise de dette directement à l'acheteur.
- 614 Ainsi, même dans l'hypothèse d'une cession de créance ou d'une reprise de dette antérieure à l'exécution, il est probable que la maison de vente continue à jouer un rôle d'intermédiaire entre l'acheteur et le fournisseur afin d'éviter que ce dernier ait à dévoiler son identité. La reprise des droits et obligations par le fournisseur n'a pas d'objet, la maison de vente restant auxiliaire dans l'exécution du contrat. Elle conserve son obligation de restitution au sens de l'article 400 CO.

⁹⁸⁶ BK-ZÄCH, CO 32 N 179.

⁹⁸⁷ CR CO I-PROBST, CO 175 N 2 et CO 176 N 4 ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 584.

⁹⁸⁸ Cf. *infra* N 741.

⁹⁸⁹ STEINAUER, vol. I, N 258b et 261a.

2. Transfert conventionnel de contrat

- 615 Dans le cas d'une exécution par la maison de vente ou d'une reprise des droits et obligations par le fournisseur, ni le contrat, ni les droits qui y sont attachés ne passent à ce dernier. La reprise d'un rapport contractuel dans son entier ne peut résulter d'une simple reprise de dette couplée à une cession de créance⁹⁹⁰. La cession par la maison de vente de la prétention en paiement du prix au fournisseur ne suffit pas à transférer ses devoirs de partie au contrat de vente, qu'il s'agisse des devoirs relatifs à l'exécution ou de ceux en cas de garantie pour les défauts⁹⁹¹. Pour sortir du rapport contractuel conclu en son propre nom mais pour le compte du fournisseur, il ne suffit pas à la maison de vente de céder ses créances au fournisseur et de lui faire reprendre ses dettes. Il faut qu'elle transfère au représenté la totalité du rapport juridique qui la lie au tiers-acquéreur.
- 616 Cette nouvelle solution, plus complexe, nécessite la réalisation de conditions supplémentaires. Si la reprise du contrat est parfois prévue par une norme spéciale⁹⁹², comme la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus)⁹⁹³, elle ne fait pas l'objet d'une base légale générale en droit suisse. L'institution en question est toutefois généralement admise⁹⁹⁴ sur la base d'un accord entre les parties au contrat initial ainsi que la partie reprenante⁹⁹⁵. La doctrine se base sur l'autonomie de la volonté et la liberté de l'objet du contrat (art. 19 al. 1 CO) pour fonder ce raisonnement⁹⁹⁶. Elle en admet l'utilité principalement pour les contrats de durée, dans lesquels les parties ont intérêt de clarifier au mieux leurs relations lorsque l'une d'elles veut se faire remplacer dans le rapport contractuel⁹⁹⁷.
- 617 Bien qu'ayant un attrait accru dans ce cas, le transfert conventionnel de contrat est également possible pour les contrats simples. Pour la vente aux enchères, dans la mesure où l'exigibilité des prestations est généralement immédiate, une cession du rapport dans son ensemble n'aurait de sens que pour une éventuelle prétention subséquente à l'exécution, telle qu'action en garantie (art. 197 ss CO) ou restitution des prestations suite à l'invalidation du contrat

⁹⁹⁰ REYMOND, Cession, p. 32 ; FAVRE, N 404 ss ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 34 N 17 ; en droit allemand : LARENZ, N 13.46.

⁹⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3461 ss ; FAVRE, N 433 ss ; en droit allemand : LARENZ, N 13.43.

⁹⁹² FAVRE, N 464.

⁹⁹³ RS 221.301.

⁹⁹⁴ ATF 84 II 355 c. 3, JdT 1959 I 198. SCHWENZER, N 92.01, BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 592 ; VON TUHR/ESCHER, p. 343 ; FAVRE, N 451 ss, en particulier N 462 ; CR CO I-PROBST, Intro. CO 175-183 N 18.

⁹⁹⁵ ATF 105 III 11 c. 4 ; JdT 1980 II 143. SCHWENZER, N 92.04 ; ZK-SPIRIG, Vorbem. CO 175-183 N 229 ss.

⁹⁹⁶ FAVRE, N 458 ss ; REYMOND, Cession, p. 28 ; ZK-SPIRIG, Vorbem. CO 175-183 N 228.

⁹⁹⁷ REYMOND, Cession, p. 17.

(art. 23 ss CO). Ces questions sont justement celles qui nous importent dans le cadre de la présente analyse.

- 618 La « théorie unitaire de la cession des contrats »⁹⁹⁸, élaborée initialement par la doctrine allemande, a été développée par les auteurs suisses⁹⁹⁹ et a apparemment emporté l'approbation du Tribunal fédéral¹⁰⁰⁰. Elle réfute l'opinion selon laquelle une simple cession de créances alliée à une reprise de dettes suffisent pour transférer un contrat dans son ensemble, et considère qu'une telle opération doit se faire par le biais d'un acte unique et *sui generis* prévoyant une cession de l'ensemble du rapport contractuel¹⁰⁰¹. La théorie unitaire nous concerne en particulier dans la mesure où elle permet de trancher la question de savoir ce qu'il advient des droits formateurs dépendants du contrat¹⁰⁰². Citons comme exemple intéressant le droit formateur résolutoire du contrat de vente. Son transfert ne pourrait découler que de celui du rapport de droit et non simplement d'une cession de créance associée à une reprise de dette¹⁰⁰³. Or, pour que la maison de vente puisse complètement sortir du contrat qu'elle a conclu en tant que représentante indirecte, elle doit céder l'exercice des droits formateurs au fournisseur. Il faudrait qu'elle ne puisse plus se voir opposer de droit formateur ou actionner par l'acheteur. Seule une cession du rapport contractuel dans son ensemble permettrait d'obtenir un tel résultat¹⁰⁰⁴.
- 619 Dans notre cas, une cession du rapport contractuel dans sa totalité serait nécessaire afin d'empêcher toute confusion quant à la personne contre laquelle l'un des cocontractants peut se retourner en cas de problème. A défaut de base légale spéciale, une telle opération requerrait une convention entre toutes les parties. Il faudrait alors un véritable contrat entre le fournisseur, la maison de vente et l'acheteur, ce qui n'est guère envisageable en pratique. La maison de vente ne peut, pour chaque contrat de vente conclu, passer un accord avec le fournisseur et l'acheteur – qui ne se connaissent pas – afin de transmettre l'intégralité du rapport contractuel. Une telle construction juridique se révélerait trop lourde et ne permettrait pas de respecter la confidentialité du fournisseur qui, en tant que nouveau cocontractant,

⁹⁹⁸ REYMOND, Cession, p. 31 ss et références citées.

⁹⁹⁹ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 34 N 17 ; VON TUHR/ESCHER, p. 343 ; FAVRE, N 433 ; REYMOND, Cession, p. 33 ; ZK-SPRIG, Vorbem. CO 175-183 N 230.

¹⁰⁰⁰ ATF 111 II 143, SJ 1986 30 ; ATF 47 II 416, JdT 1922 I 72.

¹⁰⁰¹ FAVRE, N 446 ss.

¹⁰⁰² FAVRE, N 420 ss.

¹⁰⁰³ VON TUHR/ESCHER, p. 342 s. ; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 571 ; nuancé : BaK-SCHWENZER, CO 31 N 2 ; BK-SCHMIDLIN, CO 31 N 76. ATF 84 II 355 c. 3 ; HGer ZH, 27 septembre 1996, ZR 1999 145, c. 2b.

¹⁰⁰⁴ TF, 2 mars 2009, 4A.386/2008 c. 3.2.

devrait révéler son identité¹⁰⁰⁵. Notons que le transfert de contrat n'est pas utilisé en pratique ; il ne semble pas opportun de le mettre en place.

D. Conclusion

- 620 Par la représentation indirecte, la maison de vente devient venderesse de l'objet d'art, et donc partie au contrat. Le contrat de mandat l'oblige à transférer par la suite au fournisseur de l'objet les prestations qu'elle reçoit de l'acheteur du fait de la vente (art. 400 al. 1 CO). Si les prestations n'ont pas encore été effectuées, une cession de créance a lieu *ipso jure* (art. 401 al. 1 CO). La reprise de la dette de livraison par le fournisseur est en revanche plus complexe et n'a en outre aucune utilité pratique, la maison de vente agissant comme auxiliaire dans l'exécution. Une reprise du rapport contractuel ne semble pas envisageable.
- 621 Dans une certaine mesure, les effets de la représentation indirecte se rapprochent de ceux de la représentation directe, l'acheteur étant de toute façon mis immédiatement ou rapidement en possession de la chose et le fournisseur recevant de la maison de vente le prix payé dans les deux cas. En revanche, pour ce qui est des problèmes subséquents d'inexécution du contrat, la divergence peut être notable. En cas de représentation indirecte, le fournisseur n'entre jamais en rapport contractuel avec l'acheteur. Les prétentions découlant du contrat ne peuvent être exercées que par la maison de vente, respectivement à son encontre. La représentation indirecte peut être rapprochée de la représentation directe pour ce qui est de l'exécution, mais il faudra prêter attention à ses particularités en ce qui concerne les questions d'inexécution et d'invalidation du contrat, que nous examinons à présent.

§ 2 Droits des parties en cas d'inexécution du contrat de vente

- 622 Lorsque les obligations d'une partie ne sont pas ou sont mal exécutées, le cocontractant peut en tirer des droits. Nous commencerons par analyser les moyens de la maison de vente à l'encontre de l'acheteur. L'obligation principale de celui-ci consiste dans le paiement du prix de vente ; ses obligations accessoires se concrétisent également en des prestations pécuniaires. Le seul type d'inexécution envisageable est donc une absence d'exécution qui octroie à la maison de vente les moyens découlant de la demeure (A). La variété des droits que peut avoir l'acheteur à l'encontre de la maison de vente est beaucoup plus importante du fait de la nature de son obligation. Aux moyens résultant de la demeure s'ajoutent les garanties du vendeur, intéressantes dans la perspective de la vente d'objets d'art (B).

¹⁰⁰⁵ Il en serait de même s'il devait exercer lui-même les droits formateurs cédés.

A. Droits de la maison de vente en cas de demeure de l'acheteur

623 Comme tout contrat, la vente aux enchères est soumise à la partie générale du Code des obligations, qui traite de la demeure du débiteur aux articles 102 ss CO (1). La réglementation du contrat de vente aux enchères publiques présente toutefois des dispositions spéciales en la matière, qu'il nous faut examiner (2). Nous analyserons enfin le contenu des conditions générales pour déterminer les droits de la maison de vente dans le cas d'espèce (3).

1. Demeure du débiteur en général

624 La règle générale prévoit qu'à défaut d'exécution par le débiteur, sans motif justificatif, à l'interpellation (art. 102 al. 1 CO) ou au terme prévu par le contrat (art. 102 al. 2 CO), le créancier dispose des moyens suivants :

- (i) En cas de demeure simple (art. 103 CO), le créancier a droit à des dommages-intérêts pour exécution tardive, à moins que le débiteur ne puisse prouver qu'il est en demeure sans sa faute. Cette prétention vient en sus du droit du créancier à obtenir la prestation due par le débiteur.
- (ii) Lorsque le créancier, dans un contrat bilatéral tel que la vente, octroie au débiteur un délai supplémentaire convenable¹⁰⁰⁶ pour s'exécuter, mais que l'exécution n'est toujours pas intervenue à l'échéance du délai (art. 107 al. 1 CO), la demeure qualifiée fonde une prétention à choix :
 - Le créancier a alors toujours la possibilité de demander la prestation et des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive au sens de l'article 103 CO (art. 107 al. 2 *ab initio* CO)¹⁰⁰⁷.
 - Le créancier a également le droit, s'il en fait la déclaration immédiate¹⁰⁰⁸, de renoncer à l'exécution par le débiteur et de demander des dommages-intérêts en remplacement de la prestation. Ces dommages-intérêts couvrent l'intérêt positif à l'exécution du contrat. Ils recourent l'hypothèse de l'article 97 CO, dont les conditions s'appliquent à l'action¹⁰⁰⁹. En déclarant renoncer à la prestation et prétendre à l'intérêt positif, le

¹⁰⁰⁶ La durée d'un délai convenable dépend des circonstances. En raison du caractère immédiat des ventes aux enchères, nous pencherions de manière générale pour un délai relativement court, de quelques jours. Cf. CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 12.

¹⁰⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2759 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 26 ; SCHENKER, N 603 ss.

¹⁰⁰⁸ Sur la notion d'immédiateté, CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 17.

¹⁰⁰⁹ VON TUHR/ESCHER, p. 154 s. ; CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 29. TF, 9 octobre 2003, SJ 2004 I 353 5.3 ; ATF 123 III 16 c. 4.b, JdT 1999 I 99 ; ATF 120 II 296 c. 3.b.

créancier exerce un droit formateur, acte juridique unilatéral modifiant l'objet du contrat¹⁰¹⁰. La prestation en nature ne pourra dès lors plus être demandée.

- La dernière possibilité prévue par l'article 107 alinéa 2 CO consiste en la résolution du contrat si le créancier en fait la déclaration immédiate à l'échéance du délai de grâce¹⁰¹¹. L'article 109 CO énumère les conséquences de l'exercice par le créancier du droit de se départir du contrat. Les parties sont libérées de leurs prestations réciproques et ont un droit de répétition pour les prestations déjà effectuées (art. 109 al. 1 CO). Par ailleurs, le créancier peut demander la réparation de l'intérêt négatif si le débiteur ne peut prouver qu'il n'est pas en faute (art. 109 al. 2 CO). Le Tribunal fédéral¹⁰¹² considère que la résolution du contrat institue un rapport de liquidation qui vise à la restitution des prestations par les parties et ne fonde pas de prétention en revendication (art. 641 CC) ou en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).

2. En matière d'enchères publiques

625 L'article 233 alinéa 2 CO prévoit que « le vendeur peut immédiatement se départir du contrat, s'il n'est pas payé comptant ou selon les conditions de vente ». Comme nous l'avons vu¹⁰¹³, l'exigibilité de la prestation est en principe immédiate. A défaut d'exécution par l'acheteur conformément à ce qui est prévu dans les conditions de vente, les dispositions sur les ventes aux enchères publiques permettent au vendeur de résoudre immédiatement le contrat au sens de l'article 109 CO, sans avoir à interpellier l'acheteur (art. 102 al. 2 CO) et sans devoir lui offrir un délai de grâce comme prévu par la partie générale (art. 107 al. 1 CO)¹⁰¹⁴. La règle de l'article 233 alinéa 2 CO reprend celle du régime général de la vente au comptant (art. 214 al. 1 CO). La doctrine considère qu'en cas d'application de l'article 214 alinéa 1 CO, le vendeur a non seulement le droit immédiat de se départir du contrat, mais également la possibilité de renoncer immédiatement à l'exécution et d'obtenir la réparation de son intérêt positif (art. 107 al. 2 2^{ème} hypothèse CO)¹⁰¹⁵. La même solution doit être admise pour les ventes aux enchères publiques en raison de l'identité des règles régissant ces contrats

¹⁰¹⁰ TF, 5 mai 1994, SJ 1994 729 c. 3.c ; ATF 116 436 c. 3.

¹⁰¹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2793 ss ; CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 36 ; SCHENKER, N 690 ss.

¹⁰¹² ATF 114 II 152 c. 2.c.aa, JdT 1988 I 523. Pour plus de détails sur les conséquences de la théorie du rapport de liquidation, cf. CR CO I-THEVENOZ, CO 109 N 6 ; également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1567 ss ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2804 ss.

¹⁰¹³ Cf. *supra* N 578 et 582.

¹⁰¹⁴ RAMONI, N 235 ; BaK-RUOSS, CO 233 N 2 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 233 N 1085 ; SCHMID, N 1354 ss ; SCHENKER, N 540. ATF 75 III 11 c. 3, JdT 1950 II 14.

¹⁰¹⁵ TERCIER/FAVRE, N 982 ; CAVIN, Vente, p. 55 ; SCHENKER, N 423.

respectifs¹⁰¹⁶. La prétention en réparation de l'intérêt positif n'est toutefois pas réellement intéressante en pratique, puisqu'elle suppose le paiement par l'acheteur en défaut. La solution de la résolution est plus utile, dans la mesure où elle permet à la maison de vente de refuser de livrer le bien.

- 626 Le droit du vendeur de se départir immédiatement du contrat se justifie du fait de l'exécution quasi immédiate, la publicité de la vente engendrant le transfert de la propriété du bien sans délai (art. 235 al. 1 CO). La résolution institue un rapport de liquidation qui libère la maison de vente de son obligation de remettre à l'acheteur la possession du bien et lui donne la possibilité de demander le retransfert de la propriété (art. 109 al. 1 CO), tout en fondant une prétention en dommages-intérêts pour caducité du contrat (art. 109 al. 2 CO)¹⁰¹⁷. Cette dernière vise à replacer la maison de vente dans la situation où elle serait si le contrat n'avait jamais été envisagé. Les frais d'exposition du bien, de photographie, d'expertise, etc., sont encourus dans le but de vendre le bien. Si la vente n'avait jamais été envisagée, ces dépenses n'auraient pas eu lieu. Les dommages-intérêts reviennent au fournisseur si celui-ci avait pris en charge lesdits frais. La maison de vente peut également obtenir réparation du dommage résultant du gain manqué inclus dans l'intérêt négatif. Si le contrat n'avait pas été conclu avec cet enchérisseur, celui ayant fait l'offre inférieure aurait obtenu le bien (dans la mesure où l'enchère précédente dépassait le prix de réserve). La maison de vente aurait alors obtenu sa commission et peut-être un profit sur le bien, qui constituent un gain manqué pouvant être réparé. La difficulté sera de prouver ledit profit. Il peut à notre sens être donné si l'enchère était supérieure à la moyenne des estimations du bien.
- 627 L'article 214 alinéa 3 CO prévoit que « [l]orsque l'acheteur a été mis en possession de l'objet de la vente avant d'en avoir payé le prix, sa demeure n'autorise le vendeur à se départir du contrat et à répéter la chose que s'il s'en est expressément réservé le droit. » Cette disposition trouve application dans les cas où l'acheteur prend possession du bien vendu avant d'en payer le prix¹⁰¹⁸. Le contrat doit alors prévoir le droit du vendeur de se départir du contrat en cas de demeure pour que celui-ci puisse s'en prévaloir. Les articles 107 alinéa 2 *in fine* et 109 CO ne sont pas automatiquement applicables. Comme nous l'avons vu, cette situation est généralement évitée¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁶ RAMONI, N 235 ; SCHENKER, N 430. *Contra* : COMMENT, p. 42.

¹⁰¹⁷ ATF 123 III 16 c. 4.b, JdT 1999 I 99 ; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523. CR CO I-THEVENOZ, CO 109 N 14.

¹⁰¹⁸ TERCIER/FAVRE, N 985 ; CR CO I-VENTURI, CO 214 N 11.

¹⁰¹⁹ Cf. *supra* N 582 s.

3. Conditions générales

628 Les conditions générales étant rédigées par les maisons de vente, il est rare qu'elles contiennent une renonciation au droit de se départir immédiatement du contrat octroyé par l'article 233 CO. Elles s'assurent généralement une protection supplémentaire en réitérant le contenu du droit dispositif. Dans ce cas, les conditions de vente réservent la possibilité de la maison de vente de se départir du contrat (art. 107 al. 2 3^{ème} hypothèse CO) ainsi que de demander des dommages-intérêts pour inexécution (art. 107 al. 2 2^{ème} hypothèse CO). L'article 23 des conditions générales de Sotheby's dispose par exemple :

« Recours en cas de non paiement : Si le "montant total dû" n'est pas payé pour un lot conformément à la Clause 16, nous aurons le droit d'exercer à notre discrétion, pour nous-mêmes ou en qualité d'agent du vendeur, et sans préjudice de tous les autres droits dont nous et le vendeur disposons, une ou plusieurs des actions suivantes :

(a) Introduire une procédure à votre encontre pour inexécution contractuelle en vue d'obtenir des dommages et intérêts ;

(b) Annuler la vente du lot ; [...] ».

629 L'annulation de la vente du lot (b) peut être interprétée comme une résolution du contrat. La maison de vente se réserve donc la possibilité de renoncer immédiatement au contrat en l'absence de paiement par l'acheteur, sans fixation d'un délai de grâce (art. 107 al. 1 CO). Elle conserve le choix entre une prétention en dommages-intérêts et la résolution du contrat. Une renonciation tacite au droit de résoudre immédiatement est possible lorsque la maison de vente octroie un délai de paiement à l'acheteur ou lorsque les conditions de vente exigent la fourniture de sûretés¹⁰²⁰. Une solution différente serait contraire à la bonne foi puisque la maison de vente autorise, de par ces concessions, un paiement ultérieur. Même si les conditions de vente requièrent le paiement du prix comptant après la vente et donc un paiement antérieur ou simultané à la remise du bien, la maison de vente doit être prudente si elle remet, dans un cas précis, la chose à l'acheteur sans que celui-ci ne paie le prix immédiatement. Elle accepte alors tacitement de modifier le contrat en octroyant *de facto* une vente à crédit à l'acheteur. Elle doit faire une réserve pour pouvoir résoudre le contrat en cas de demeure de l'adjudicataire¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ BaK-RUOSS, CO 233 N 3 ; CR CO I-VULLIETY, CO 233 N 11 ; SCHMID, N 1358. La résolution est toutefois toujours possible immédiatement si elle est réservée par les conditions générales.

¹⁰²¹ *Contra* : RAMONI, N 238, qui considère que la clause contractuelle prévoyant le paiement au comptant suffit en tant que telle à exclure l'application de l'article 214 alinéa 3 CO.

B. Droits de l'acheteur en cas d'inexécution par la maison de vente

630 Les chefs de responsabilité envisageables en cas d'inexécution du contrat de vente aux enchères par la maison de vente sont multiples¹⁰²². Ils correspondent à tous ceux existant en cas de vente, à savoir notamment la demeure du débiteur (2) et les systèmes de garantie, que ce soit la garantie pour éviction ou la garantie pour les défauts (3)¹⁰²³. La question du concours entre la garantie pour les défauts et l'invalidation du contrat pour vice du consentement se pose également (4), ainsi que celle de la possibilité pour la maison de vente de restreindre sa responsabilité (5). S'ajoutent enfin une éventuelle violation du devoir de diligence et de fidélité de la maison de vente en cas de représentation de l'acheteur pour la formulation des enchères (1), que nous traiterons en premier lieu. A chaque violation correspondent certains moyens de l'acheteur, variant en fonction du type d'inexécution. Ces moyens seront mis en évidence au fur et à mesure de l'analyse.

1. Droits de l'acheteur en cas de violation des obligations de diligence et de fidélité

631 Nous l'avons vu, le mandat de la maison de vente d'enchérir au nom et pour le compte de l'acheteur se limite à une seule hypothèse, celle dans laquelle l'enchérisseur place un ordre d'achat écrit¹⁰²⁴. Les obligations du directeur des enchères dans ce cadre sont extrêmement restreintes, puisqu'il ne s'engage qu'à faire monter les enchères sans réellement défendre les intérêts de l'enchérisseur. La limitation conventionnelle de la responsabilité de la maison de vente est claire mais ne couvre pas le cas d'un grossier dépassement des pouvoirs de représentation, seule violation d'une obligation qui peut engendrer sa responsabilité. Les moyens de l'acheteur sont alors identiques à ceux du fournisseur en cas de non-respect des instructions par la mandataire, à savoir un droit à ce que le préjudice subi soit réparé¹⁰²⁵.

2. Droits de l'acheteur en cas de demeure de la venderesse

632 En ce qui concerne la demeure de la venderesse, nous nous contenterons de brosser un tableau général de la situation, qui ne diverge pas de manière significative d'autres types de contrats. Les règles spéciales du contrat de vente s'appliquent lorsqu'elles existent. Les dispositions sur le contrat de vente n'élaborent un système spécial de demeure du vendeur qu'en cas de vente commerciale. L'article 190 CO pose alors une présomption de résolution du contrat à défaut de livraison au terme prévu. L'acheteur ne peut continuer à demander l'exécution que

¹⁰²² Si la maison de vente est représentante directe du fournisseur, elle n'est pas liée par le contrat de vente. Les prétentions de l'acheteur doivent alors être dirigées contre le fournisseur, cf. *infra* N 745 ss.

¹⁰²³ TERCIER/FAVRE, N 604 ss.

¹⁰²⁴ Cf. *supra* N 469.

¹⁰²⁵ Cf. *supra* N 328.

lorsqu'il en exprime immédiatement la volonté. Une vente est considérée comme commerciale lorsqu'elle est faite en vue de la revente du bien acquis par l'acheteur qui conclut le contrat afin d'honorer ses obligations à l'égard d'un tiers. La résolution est présumée car la marchandise due, que l'acheteur doit ensuite livrer à un tiers, n'a plus d'utilité pour le premier en cas de dépassement du terme, ses engagements ne pouvant être honorés. Le législateur a simplement intégré aux articles 190 et 191 CO le raisonnement du terme fatal de l'article 108 CO. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux ventes aux enchères, à moins de circonstances particulières, les objets d'art n'étant pas des marchandises et le processus d'enchères ne permettant pas déduire le fait que l'adjudicataire conclut un contrat commercial.

- 633 Faute d'application des règles spéciales, la partie générale prend le pas (art. 102 ss CO). Si la maison de vente ne livre pas le bien vendu à temps, c'est-à-dire en principe au moment du paiement, l'acheteur peut faire valoir certains droits, selon la systématique exposée plus haut¹⁰²⁶. Dans un premier temps, il a droit à des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive en sus de l'exécution (art. 103 CO)¹⁰²⁷. L'acheteur doit être replacé dans la situation dans laquelle il serait si la livraison du bien avait eu lieu à temps. Le dommage couvert comprend notamment le gain manqué¹⁰²⁸, par exemple le profit raté d'une revente qui n'a pas pu être conclue, ainsi que la diminution de la valeur du bien¹⁰²⁹, par exemple lorsque la revente est plus tardive que prévue et que le marché est moins favorable au moment de conclure ledit contrat.
- 634 Si la maison de vente ne s'exécute toujours pas à l'échéance d'un délai supplémentaire fixé par l'acheteur, celui-ci peut également renoncer à l'exécution. Il doit en faire la déclaration immédiate, en annonçant résoudre le contrat ou en demandant des dommages-intérêts pour inexécution (art. 107 al. 2 CO). Le choix des dommages-intérêts pour inexécution au sens de l'article 97 CO¹⁰³⁰ ne permet plus à l'acheteur d'obtenir le bien mais uniquement sa contre-valeur en argent, à laquelle s'ajoute une éventuelle indemnité pour un dommage supplémentaire. Celui-ci comprend le dommage pour exécution tardive au sens de l'article 103 CO, tel que le gain manqué. L'acheteur peut, selon la théorie de la différence,

¹⁰²⁶ Cf. *supra* N 624.

¹⁰²⁷ SCHWENZER, N 66.05 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 103 N 1 ; BaK-WIEGAND, CO 103 N 7.

¹⁰²⁸ BK-WEBER, CO 103 N 31 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 103 N 5.

¹⁰²⁹ BK-WEBER, CO 103 N 18 ; BaK-WIEGAND, CO 103 N 6 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 103 N 5 ; SCHENKER, N 279 ss. ATF 47 II 438.

¹⁰³⁰ VON TUHR/ESCHER, p. 154 s. CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 29. TF, 9 octobre 2003, SJ 2004 I 353 5.3 ; ATF 123 III 16 c. 4.b, JdT 1999 I 99 ; ATF 120 II 296 c. 3.b.

refuser de payer le prix et imputer son montant sur les dommages-intérêts dus par la maison de vente¹⁰³¹.

- 635 Lorsque l'acheteur déclare résoudre le contrat en revanche, celui-ci se transforme en un rapport de liquidation¹⁰³² et les parties sont libérées de leurs obligations réciproques (art. 109 al. 1 CO). L'acheteur n'a plus l'obligation de payer le prix, englobant le prix d'adjudication ainsi que la commission-acheteur. Il peut en outre demander la réparation de son intérêt négatif, correspondant aux dépenses encourues du fait de la conclusion du contrat, à condition que la maison de vente ne puisse apporter de preuve libératoire (art. 109 al. 2 CO)¹⁰³³. Cela peut par exemple englober les frais d'assurance payés par l'acheteur depuis la conclusion du contrat de vente ou les dépenses effectuées pour obtenir une expertise du bien préalablement à l'acquisition. Le but est de replacer l'acheteur dans la situation où il serait s'il n'avait jamais envisagé la conclusion du contrat¹⁰³⁴.
- 636 Un cas de demeure est toutefois rare en pratique, du fait de la mise à disposition du bien par le fournisseur. La maison de vente est en possession du bien lors de la vente et en transfère très probablement la possession à l'acheteur dès que celui-ci a accompli ses obligations et donc payé le prix. Remarquons que la maison de vente ne peut pas tomber en demeure tant que l'acheteur n'a pas payé ou offert de payer le prix de vente (art. 82 CO)¹⁰³⁵. En vertu du principe de réciprocité des prestations, confirmé par les conditions générales¹⁰³⁶, la maison de vente est justifiée à ne pas s'exécuter.

3. Droits de l'acheteur résultant d'une garantie de la venderesse

- 637 En matière de vente aux enchères publiques, les moyens de l'acheteur en cas de garantie de la venderesse sont régis par l'article 234 alinéa 3 CO, qui renvoie à la garantie dans les ventes ordinaires (art. 197 ss CO). Il dispose : « [d]ans les enchères publiques et volontaires, le vendeur est tenu de la même garantie que dans les ventes ordinaires ; il peut toutefois, par des conditions de vente dûment publiées, s'affranchir de toute garantie autre que celle dérivant de son dol. » Nous analyserons donc à la lumière de la réglementation en matière de vente

¹⁰³¹ SCHWENZER, N 66.28 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2780 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 107 N 33 ; SCHENKER, N 673 ss.

¹⁰³² ATF 123 III 16 c. 4.b, JdT 1999 I 99 ; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523.

¹⁰³³ BK-WEBER, CO 109 N 82 ss ; CR CO I-THEVENOZ, CO 109 N 14.

¹⁰³⁴ ATF 90 II 285 c. 3 ; ATF 61 II 255 c. 2. CR CO I-THEVENOZ, CO 109 N 14.

¹⁰³⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2665 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 102 N 15 ; BK-WEBER, CO 102 N 59 s. et 156.

¹⁰³⁶ Cf. *supra* N 582 ss.

ordinaire les moyens de l'acheteur à l'encontre de la maison de vente en cas d'inexécution par celle-ci.

- 638 La venderesse peut engager sa responsabilité pour certains types de défauts de l'objet vendu, qu'ils soient juridiques, matériels ou économiques (art. 192 et 197 ss CO)¹⁰³⁷. Les moyens à disposition de l'acheteur en cas de garantie sont de plusieurs ordres suivant la gravité du défaut et des conséquences sur le patrimoine de l'acheteur. Pour faire valoir ses droits, l'acheteur doit tout d'abord avoir avisé immédiatement le vendeur du défaut de la chose (art. 201 CO). Il peut ensuite demander la diminution du prix de vente en exerçant l'action minutoire (art. 205 al. 1 CO), lui permettant de répéter l'excédent déjà payé ou de se libérer d'une partie de son obligation¹⁰³⁸. Il devrait opter pour cette voie lorsqu'il désire conserver le bien mais que le prix fixé à cet effet était trop élevé. Le juge peut par ailleurs décider de transformer la résolution du contrat en action minutoire lorsque le défaut n'est pas suffisamment grave pour affecter l'existence du contrat (art. 205 al. 2 CO).
- 639 Les cas plus graves octroient une possibilité de résolution du contrat (art. 195, 196 al. 2 et 205 al. 1 CO)¹⁰³⁹, qui entraîne la liquidation de la relation entre l'acheteur et la venderesse comme dans le cas de l'article 109 CO¹⁰⁴⁰. Le remplacement de la chose vendue est également envisageable dans quelques rares situations (art. 206 al. 1 CO)¹⁰⁴¹, dont nous verrons si elles sont réalisées lors d'une vente aux enchères. Enfin, une prétention en dommages-intérêts est toujours possible, soit en cas de résolution du contrat (art. 195 alinéa 1 chiffre 4 ou 205 CO)¹⁰⁴², soit en application de la règle générale de l'article 97 CO, soumise aux exigences des articles 192 et 197 ss CO, dans les autres hypothèses¹⁰⁴³.
- 640 Lorsque l'état de fait d'une garantie pour éviction ou d'une garantie pour les défauts est réalisé, un délai de prescription d'une année dès la livraison de la chose est applicable à toutes les prétentions de l'acheteur (art. 196 et 210 CO). Lorsque la LTBC est applicable, une prescription allongée prévaut. Les articles 196a et 210 alinéa 1bis CO prévoient, pour les actions en garantie suite à la vente d'un bien culturel, un délai absolu de 30 ans, auquel s'ajoute un délai relatif d'une année dès la connaissance du défaut.

¹⁰³⁷ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 41 N 1 ss et 10 ss ; TERCIER/FAVRE, N 737 ss ; CR CO I-VENTURI, Intro. CO 192-196 N 8 et CO 197 N 4 ss.

¹⁰³⁸ TERCIER/FAVRE, N 864 ss ; CR CO I-VENTURI, CO 205 N 14 ; CAVIN, Vente, p. 103 ss.

¹⁰³⁹ TERCIER/FAVRE, N 832 ss ; CR CO I-VENTURI, CO 205 N 8 ss ; CAVIN, Vente, p. 196 ss.

¹⁰⁴⁰ CR CO I-VENTURI, CO 205 N 9 ; cf. *supra* N 635.

¹⁰⁴¹ TERCIER/FAVRE, N 888. ATF 121 III 453 c. 4.a, JdT 1997 I 199 ; ATF 94 II 26 c. 2.a, JdT 1969 I 322.

¹⁰⁴² CR CO I-VENTURI, CO 208 N 7 ss. ATF 133 III 335.

¹⁰⁴³ ATF 133 III 335 ; ATF 107 II 161 c. 7.a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401 c. 2, JdT 1938 I 306.

641 Nous traiterons dans le présent chapitre des deux cas de garantie envisageables, pour l'éviction (a) (art. 192 ss CO) et pour les défauts (b) (art. 197 ss CO), tout en mettant en évidence la limite en cette dernière et la livraison d'un *aliud*, qui peut elle aussi engendrer la responsabilité de la maison de vente (art. 97 ss CO).

a. Garantie en cas d'éviction

642 Un cas d'éviction se présente lorsque l'acheteur doit restituer la chose achetée à un tiers détenant un droit sur celle-ci. Il s'agit d'un cas particulier de défaut de l'objet réglé par l'article 192 CO. Les articles 192 ss CO constituent une *lex specialis* par rapport aux articles 197 ss CO dans les cas où la chose vendue est entachée d'un défaut juridique, en ce qu'un tiers dispose d'un droit préférable sur le bien détenu par l'acheteur¹⁰⁴⁴. Cette situation est notamment réalisée dans les cas où un tiers s'avère être propriétaire de la chose ou avoir sur celle-ci un droit réel limité¹⁰⁴⁵. L'acheteur de bonne foi ayant une obligation de restitution du bien peut obtenir une indemnité sur la base de l'article 934 alinéa 2 CC, qui ne couvre pas toujours le dommage subi. D'autres droits peuvent être déduits de la garantie du vendeur pour l'éviction.

643 En cas d'éviction totale, et si l'acheteur est de bonne foi, le contrat de vente est considéré comme résolu (art. 195 al. 1 CO), ce qui institue entre les parties un rapport de liquidation. L'acheteur peut réclamer, en plus du prix d'achat¹⁰⁴⁶ et des impenses encourues, les frais de procès ainsi que le dommage direct (art. 195 al. 1 ch. 2 et 4 CO) et ce, sans que le vendeur ne soit au bénéfice d'une preuve libératoire. L'acheteur de bonne foi devrait donc être remis dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu. Il peut se prévaloir d'une action en dommages-intérêts contre la venderesse pour recouvrer l'intérêt négatif, qui peut comprendre par exemple les frais d'expertise ou de transport du bien. La venderesse est en outre responsable pour le préjudice supplémentaire (art. 195 al. 2 CO), que certains interprètent comme l'intérêt positif¹⁰⁴⁷, mais peut alors se libérer en prouvant qu'elle n'a pas commis de faute.

¹⁰⁴⁴ HONSELL, Obligationenrecht, p. 73 ; BK-GIGER, CO 192 N 18 ss et 63 et CO 197 N 64 s. ; BaK-HONSELL, Vorbem. CO 192-210 N 5 ; CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 22 ; KELLER/SIEHR, p. 49.

¹⁰⁴⁵ HONSELL, Obligationenrecht, p. 70 ; CR CO I-VENTURI, CO 192 N 5.

¹⁰⁴⁶ La restitution du prix est une conséquence directe de la résolution du contrat, par laquelle les obligations des parties se transforment en un devoir de restitution réciproque des prestations déjà effectuées.

¹⁰⁴⁷ BK-GIGER, CO 195 N 34 ; CR CO I-VENTURI, CO 195 N 9 ; KELLER/SIEHR, p. 64. ATF 87 IV 9 c. 1 ; ATF 79 II 376 c. 3. Bien que la question n'ait pas été traitée par la jurisprudence, l'article 195 alinéa 2 CO est une disposition comparable à l'article 208 alinéa 3 CO que nous analysons plus bas. La controverse sur la portée du texte de l'article 208 CO serait donc transposable ici.

- 644 En revanche, lorsque l'acheteur est de mauvaise foi¹⁰⁴⁸ (art. 3 al. 1 CC), donc lorsqu'il savait ou devait savoir lors de la conclusion du contrat qu'il existait un risque qu'un tiers possède un droit préférable sur le bien, il ne peut pas prétendre à une indemnité du fait de la revendication (art. 936 CC). Dans la mesure où il connaissait le risque d'éviction, il ne peut en outre faire valoir la garantie pour éviction que dans le cas où elle a été expressément promise par la venderesse (art. 192 al. 2 CO). L'acheteur de mauvaise foi prend le risque que le tiers fasse valoir ses droits et n'est pas protégé contre une telle éventualité, à moins d'un engagement exprès du vendeur.
- 645 Il est également possible que l'acheteur subisse une éviction partielle, si par exemple la prétention du tiers ne porte que sur une partie de l'œuvre (un seul élément d'un triptyque) ou si le tiers n'a qu'un droit réel limité sur la chose¹⁰⁴⁹. L'étendue de la garantie est définie par l'article 196 CO. L'acheteur ne peut demander que la réparation du dommage subi, à moins qu'il ne prouve qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il avait su qu'un risque d'éviction existait.
- 646 La question de la garantie du vendeur pour l'éviction de l'acheteur présente des particularités en matière de transfert de biens culturels notamment, lors d'une action en retour d'un Etat partie à un accord bilatéral avec la Suisse (art. 9 LTBC) ou d'une simple action en revendication du propriétaire (art. 641 CC). Dans ces cas, l'acheteur de bonne foi doit être indemnisé en vertu de l'article 9 alinéa 5 LTBC, respectivement de l'article 934 alinéa 2 CC. Dans le premier cas, l'indemnité est fixée par le juge en se fondant sur le prix d'achat et les impenses nécessaires ou utiles. Dans le second, elle équivaut au prix d'achat. Ces calculs seront probablement identiques en pratique. L'acheteur de mauvaise foi n'a en revanche aucune prétention fondée sur les droits réels (art. 9 al. 5 LTBC).
- 647 L'action en retour d'un bien culturel intentée par un Etat constitue un cas d'éviction puisqu'elle relève d'un droit de ce dernier à demander la restitution du bien au possesseur.¹⁰⁵⁰ Cette conclusion s'impose même si l'action en retour ne suppose pas forcément la titularité d'un droit réel. L'action en garantie pour éviction d'un bien culturel bénéficie d'un délai de prescription absolu de trente ans (art. 196a CO), ce qui permet à l'acheteur de faire valoir ses droits aussi longtemps qu'un risque d'action en retour ou de revendication subsiste.

¹⁰⁴⁸ STEINAUER, Vol. I, N 432 ss.

¹⁰⁴⁹ Par exemple lorsque le tiers fait valoir un droit de gage sur la chose ou lorsqu'il en est copropriétaire.

¹⁰⁵⁰ KKR-RASCHER/RENOLD, Ch. 6 N 174.

b. Garantie pour les défauts et distinction par rapport à la livraison d'un aliud

648 L'article 197 CO dispose que « [l]e vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure ». Ainsi, si la chose livrée ne possède pas les qualités promises ou attendues par l'acheteur, la maison de vente peut être tenue pour responsable. Nous commencerons par examiner les généralités sur la garantie pour les défauts (i), avant d'en appliquer les règles à la vente d'objets d'art (ii). Enfin, nous analyserons la différence entre un défaut et un *aliud* et déterminerons la pertinence de ce dernier dans la vente aux enchères d'objets d'art (iii).

i. Garantie pour les défauts en général

649 La garantie pour les défauts est un aspect de l'inexécution contractuelle¹⁰⁵¹ ; elle résulte de la livraison, par le vendeur, d'un bien défectueux ou ne rassemblant pas toutes les qualités promises. La garantie trouve son fondement dans le contrat, même si elle fait l'objet d'un régime légal particulier dans le contrat de vente¹⁰⁵². C'est le contrat en lui-même qui définit l'étendue de la responsabilité du vendeur. Les qualités promises et la notion de défaut se définissent en fonction de la convention des parties. Le vendeur est tenu à garantie au sens de l'article 197 CO s'il promet certaines qualités de la chose vendue ou si l'acheteur peut, selon les règles de la bonne foi, s'attendre à l'existence de ces qualités¹⁰⁵³. La première possibilité vise le cas dans lequel le vendeur donne l'assurance d'une qualité de la chose¹⁰⁵⁴, que ce soit de manière tacite ou expresse. La seconde situation est réalisée lorsque l'acheteur doit pouvoir compter sur des qualités de la chose en l'absence desquelles la valeur objective ou l'utilité prévue de celle-ci diminuent¹⁰⁵⁵.

650 Lorsque la chose livrée ne comporte pas les qualités promises ou attendues, les articles 197 ss CO offrent plusieurs remèdes à l'acheteur, comme vu plus haut. Ces remèdes

¹⁰⁵¹ TERCIER/FAVRE, N 692 ; CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 2. Le droit uniforme de la vente adopte d'ailleurs la même solution : TERCIER/FAVRE, N 695 et 1646. *Contra* : CAVIN, Défauts, p. 335 ; BK-BECKER, Vorbem. CO 197-210 N 1 ; FURRER, p. 34, qui voient en la garantie pour les défauts une responsabilité légale indépendante du régime de l'inexécution des obligations. Selon cette théorie, le vendeur n'a pour obligation que de livrer la chose, indépendamment de ses défauts. Une fois cette prestation fournie, l'exécution est considérée comme parfaite. L'acheteur a alors le droit de se prévaloir de la garantie pour les défauts, non pas à titre de responsabilité pour inexécution mais comme garantie légale.

¹⁰⁵² TERCIER/FAVRE, N 692.

¹⁰⁵³ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42 N 15 ; TERCIER/FAVRE, N 723 ss. ATF 71 II 239 c. 4, JdT 1946 I 85 : « [i]l faut seulement que la garantie soit en relation de cause à effet avec la décision de l'acheteur de conclure la vente ou tout au moins de la conclure aux conditions fixées. »

¹⁰⁵⁴ ATF 109 II 24 c. 4, JdT 1983 I 258.

¹⁰⁵⁵ TERCIER/FAVRE, N 731 ; CR CO I-VENTURI, CO 197 N 16.

comportent alternativement le droit de résoudre le contrat, de demander une diminution du prix ou le remplacement de la chose, ce à quoi s'ajoutent d'éventuels dommages-intérêts (art. 208 al. 2 CO ou art. 97 CO). Notons toutefois que les vices connus de l'acheteur ne peuvent constituer un défaut puisque l'acheteur ne s'attend pas à ce que la chose livrée soit différente (art. 200 al. 1 CO)¹⁰⁵⁶. L'acheteur est considéré comme connaissant le défaut lorsqu'il en a effectivement conscience ou lorsqu'il aurait dû s'en rendre compte au vu des circonstances¹⁰⁵⁷.

- 651 L'on peut également se demander si la maison de vente a un devoir de garantie non seulement lorsqu'elle s'y engage expressément, mais également lorsqu'une qualité est tacitement promise. Selon TERCIER/FAVRE¹⁰⁵⁸, « [l']assurance tacite peut parfois se déduire du prix payé [...] ». Ainsi, « [d]ans le commerce de certains objets (oeuvres d'art, pierres précieuses, timbres-poste), la vente d'un corps certain par un marchand spécialisé à un prix correspondant à la valeur d'une pièce authentique implique déjà en principe la garantie de son authenticité »¹⁰⁵⁹. Le fait de donner une estimation de la valeur du bien et de le mettre en vente suppose donc une garantie tacite d'authenticité. La distinction entre garantie expresse et tacite n'est quoi qu'il en soit que peu pertinente, puisqu'elles entraînent toutes deux les mêmes conséquences¹⁰⁶⁰.

ii. Application aux ventes aux enchères d'objets d'art

- 652 Les exemples de défauts sont nombreux lors de ventes aux enchères d'objets d'art. L'œuvre vendue peut être un faux¹⁰⁶¹. L'authentification découlant généralement d'une expertise, il faut se demander si et en quelle qualité la maison de vente en est responsable. Une expertise erronée peut également entraîner une surestimation du bien, donc une valeur inférieure à ce qui était annoncé. La question qui se pose alors est de savoir si le bien vendu est considéré comme défectueux. L'objet d'art peut enfin être en mauvais état, abîmé ou mal restauré¹⁰⁶².
- 653 L'acheteur a la possibilité de faire valoir plusieurs prétentions en application de la garantie pour les défauts. Suivant les cas, il pourra demander la diminution du prix ou la résolution du

¹⁰⁵⁶ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42 N 16 ; TERCIER/FAVRE, N 763 s.

¹⁰⁵⁷ TERCIER/FAVRE, N 766. TF, 13 mai 1981, SJ 1981 569 c. 2 ; ATF 95 II 119 c. 5, JdT 1970 I 238.

¹⁰⁵⁸ TERCIER/FAVRE, N 751. Cf. également GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42 N 18 ; BK-BECKER, CO 197 N 12 et 14 ; WEBER-CAFLISCH, p. 70 ; KATZ, p. 47 ss.

¹⁰⁵⁹ ATF 102 II 97 c. 2.a, SJ 1976 356. Cf. également TC JU, 23 avril 1996, RJJ 1996 141.

¹⁰⁶⁰ ATF 102 II 97 c. 2.a, SJ 1976 356. WEBER-CAFLISCH, p. 71 ; KATZ, p. 47 ss.

¹⁰⁶¹ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; ATF 102 II 97. Au sujet du faux dans la vente d'objets d'art : WEBER-CAFLISCH, p. 53 ss.

¹⁰⁶² ATF 126 III 59, dans lequel un vase de Gallé fendu et mal restauré était d'une valeur notablement inférieure à celle estimée par les parties au contrat de vente.

contrat de vente lorsque le vice est suffisamment grave (art. 205 al. 1 CO). On admettra par exemple la résolution du contrat lorsqu'il s'avère que l'objet vendu est un faux. Le remplacement de la chose ne peut être demandé que si le vendeur doit livrer un chose de genre (art. 206 al. 1 CO)¹⁰⁶³, situation qui ne se réalise pas lors de ventes aux enchères puisque le bien est déterminé et individualisé par son exposition et sa présentation lors de la vente. Par ailleurs, la particularité de la vente d'un objet d'art est qu'il a un caractère unique¹⁰⁶⁴ et ne peut précisément pas être remplacé par un autre. Une action en dommages-intérêts est également envisageable, que ce soit suite à une résolution du contrat (application de l'art. 208 al. 2 CO qui institue une responsabilité causale)¹⁰⁶⁵ ou à l'utilisation des autres moyens (art. 97 ss CO).

- 654 En présence d'un simple défaut, l'œuvre étant endommagée, ou mal restaurée, la garantie du vendeur doit être déterminée selon les cas. Certains vices ne justifient pas une résolution totale mais une simple réduction du prix, la valeur de l'œuvre en étant simplement légèrement diminuée. En revanche, certains défauts peuvent affecter la valeur de l'objet d'art à tel point que la résolution se justifie¹⁰⁶⁶. Mais une valeur inférieure à ce qui était attendu ne peut en tant que telle être considérée comme un défaut que si l'estimation par la maison de vente constitue une qualité promise de la chose. Le défaut réside alors davantage dans le défaut matériel (inauthenticité, objet endommagé) que dans le fait que le prix était surestimé. Toutefois, le fait que la maison de vente articule un certain montant d'estimation du bien constitue en tant que tel une garantie tacite des qualités de la chose à hauteur de ce montant¹⁰⁶⁷, dans la mesure où le prix reflète l'engagement de la maison de vente à ce que le bien ne s'avère pas de valeur notablement inférieure.
- 655 Il faut également distinguer les ventes d'investissement des ventes spéculatives. Dans ce sens, la vente aux enchères se rapproche d'investissements bancaires. L'acheteur a le choix entre un placement sûr, mais entraînant des profits peu importants, et une mise plus risquée sur un bien qui peut prendre de la valeur de manière considérable ou ne jamais rapporter de profits. De la même manière, le fait d'acheter une pièce dont l'authenticité est attestée de manière plutôt claire constitue un placement, pour lequel la maison de vente risque d'être tenue pour

¹⁰⁶³ Le texte de l'article 206 alinéa 1 CO ne traite que des choses fongibles, mais la doctrine a avec raison relevé que cette disposition devrait couvrir toute dette de genre, puisqu'elle se prête par nature au remplacement. A l'inverse, lorsque le contrat porte sur un stock déterminé de biens fongibles, le remplacement ne peut être demandé. Cf. CAVIN, Défauts, p. 338.

¹⁰⁶⁴ Cf. *supra* N 17.

¹⁰⁶⁵ ATF 133 III 335 c. 2.4.

¹⁰⁶⁶ Cf. ATF 126 III 59 au sujet de l'altération subie par un vase de Gallé, la réparation d'une fissure faisant perdre à l'objet « la quasi-totalité de sa valeur marchande ». La garantie n'a pas été octroyée en raison de la clause d'exclusion de responsabilité de la galerie d'art.

¹⁰⁶⁷ ATF 102 II 97 c. 2.a, SJ 1976 356 ; TC JU, 23 avril 1996, RJJ 1996 141. BaK-HONSELL, CO 197 N 8.

responsable en cas de défaut. En revanche, l'acheteur qui prend le risque d'investir dans une pièce dont l'authenticité est controversée fait davantage un achat spéculatif. Il sait que le doute peut lui profiter ou lui faire perdre son investissement. Dans ce cas, la maison de vente ne peut pas être tenue pour responsable du fait que la valeur du bien est inférieure à ce qui était espéré, puisque l'acheteur prend un risque en connaissance de cause (art. 200 al. 1 CO).

- 656 Seul le dommage direct est couvert par la responsabilité causale du vendeur au sens de l'article 208 alinéa 2 CO¹⁰⁶⁸. Des dommages-intérêts plus importants peuvent être attribués en cas de faute du vendeur (art. 208 al. 3 CO). Cette disposition n'étant applicable qu'en cas de résolution du contrat, elle suppose la restitution du prix de vente à l'acheteur, ou la libération de son obligation de le payer. L'acheteur ne subit donc pas de dommage du fait de la diminution de valeur du bien défectueux.
- 657 Le défaut peut cependant causer un dommage supplémentaire à l'acheteur, par exemple s'il affecte d'autres biens de l'acheteur, directement¹⁰⁶⁹ ou indirectement. Imaginons dans le premier cas une sculpture de Tinguely, mal entretenue par le vendeur et donc défectueuse, dont un dysfonctionnement en mouvement abîmerait un bien de l'acheteur. Une telle situation engendrerait un dommage supplémentaire pour l'acheteur, dommage que l'on pourrait qualifier de matériel. Un autre exemple est celui du risque qu'en cas d'achat d'un faux, la collection de l'acheteur se trouve dévaluée en raison de l'atteinte portée à sa réputation, le vice du faux semant le doute sur l'intégralité des œuvres appartenant à l'acheteur¹⁰⁷⁰. Ce dernier élément, extrêmement difficile à chiffrer, devrait n'être pris en compte que dans les cas où l'acheteur subit une importante publicité négative suite à l'achat du faux. L'anonymat de la vente permet en général d'éviter ce genre de situations.
- 658 Le Tribunal fédéral considère en outre que, lorsque le vendeur livre une chose défectueuse, l'acheteur peut invoquer concurremment l'action générale (art. 97 ss CO) et l'action spéciale

¹⁰⁶⁸ Le dommage direct ne suppose pas automatiquement que l'on se limite au *damnum emergens*, comme le soutenaient par exemple CAVIN, Vente, p. 100 ; BK-GIGER, CO 208 N 35. Nous pencherions plutôt pour la réparation de l'intérêt négatif, cohérent avec la résolution du contrat, comme exposé par SCHÖNLE, p. 483 s. et 487 s. et PETITPIERRE, L'acheteur-revendeur, p. 331. Les interprétations sont très variées. Une jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 133 III 257, SJ 2007 I 461) aide à cerner cette notion, qui ne peut se définir que de cas en cas en fonction des circonstances concrètes.

¹⁰⁶⁹ ATF 133 III 257 c. 2.5, SJ 2007 I 461.

¹⁰⁷⁰ WEBER-CAFLISCH, p. 84. Un tel cas s'apparente à celui de l'ATF 133 III 257, SJ 2007 I 461. Dans ce dernier, l'acheteur faisait l'acquisition de perroquets malades qui contaminèrent et causèrent le décès de la quasi-totalité de son élevage. Le dommage en découlant a été considéré comme entrant dans le dommage direct. Lors de l'achat d'un faux qui « contamine » la réputation du reste de la collection et lui fait perdre sa valeur, le même raisonnement devrait pouvoir être appliqué.

(art. 197 ss CO)¹⁰⁷¹, l'article 208 alinéa 2 CO ne trouvant application qu'en cas de résolution du contrat. L'acheteur doit alors respecter les conditions de l'action spéciale pour pouvoir recourir à l'action générale, c'est-à-dire donner un avis des défauts immédiat conformément à l'article 201 CO pour ne pas être déchu de ses droits, et agir dans le délai de prescription annal de l'article 210 CO. Le Tribunal fédéral a posé ces exigences afin d'assurer une unité entre les actions en inexécution en cas de défauts de la chose vendue¹⁰⁷² et d'éviter de rendre inopérante la protection accordée au vendeur par le biais desdites dispositions¹⁰⁷³. L'article 97 CO permet à l'acheteur de demander la réparation de son intérêt à la bonne exécution du contrat¹⁰⁷⁴, comprenant par exemple le gain manqué, et n'est pas limitée au dommage direct. En revanche, le vendeur peut se libérer en prouvant que le défaut est survenu sans sa faute¹⁰⁷⁵.

659 Contrairement à une partie importante de la doctrine¹⁰⁷⁶, dont l'opinion nous semble justifiée, le Tribunal fédéral refuse encore d'accorder des dommages-intérêts par l'application analogique de l'article 208 alinéa 2 CO aux cas dans lesquels l'acheteur ne résout pas le contrat¹⁰⁷⁷. Il considère en effet que la responsabilité objective de l'article 208 CO ne devrait trouver application que lorsqu'il existe un défaut suffisamment important pour que le contrat puisse être résolu¹⁰⁷⁸. Cette solution traditionnelle fondée sur une interprétation purement littérale du texte de l'article 208 CO ne se justifie pas. Il convient de traiter de manière uniforme les situations soumises à la garantie pour les défauts, indépendamment des moyens mis en oeuvre par l'acheteur¹⁰⁷⁹. Pourquoi la protection de l'acheteur serait-elle moins bonne lorsqu'il choisit d'exercer ses droits de manière moins incisive pour le vendeur, c'est-à-dire en demandant la réduction du prix plutôt que la résolution du contrat¹⁰⁸⁰ ? Dans les deux cas,

¹⁰⁷¹ ATF 133 III 335 c. 2 ; ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; ATF 108 II 102, JdT 1982 I 542 ; ATF 107 II 419, JdT 1982 I 381 ; ATF 82 II 136 c. 3.a, JdT 1957 I 105 ; ATF 63 II 401 c. 3, JdT 1938 I 306. Cf. aussi TERCIER/FAVRE, N 707 ; BaK-HONSELL, Vorbem. CO 197-210 N 6 ; VENTURI, N 1555 ss.

¹⁰⁷² ATF 133 III 335 c. 2.1 ; ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; ATF 63 II 401, JdT 1938 I 306 ; ATF 58 II 207, JdT 1933 I 155.

¹⁰⁷³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2631 ; VENTURI, N 1562.

¹⁰⁷⁴ CAVIN, Défauts, p. 336.

¹⁰⁷⁵ BaK-HONSELL, Vorbem. CO 197-210 N 6.

¹⁰⁷⁶ CR CO I-VENTURI, CO 208 N 13 ; BK-GIGER, CO 208 N 55 s. ; CAVIN, Vente, p. 110 ; PETITPIERRE, L'acheteur-revendeur, p. 332 s. ; VENTURI, N 1613 ss.

¹⁰⁷⁷ ATF 133 III 335 c. 2.3 ; ATF 107 II 161 c. 7.a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401 c. 2, JdT 1938 I 306. Cf. également SCHÖNLE, p. 484.

¹⁰⁷⁸ ATF 63 II 401 c. 2, JdT 1938 I 306.

¹⁰⁷⁹ TERCIER/FAVRE, N 887 ; VENTURI, N 1613 ss ; BK-BECKER, CO 205 N 2 ; PETITPIERRE, L'acheteur-revendeur, p. 332.

¹⁰⁸⁰ VENTURI, N 1614 ss, met en évidence le fait que l'application de l'article 97 CO en cas de réduction du prix de vente a pour conséquence de limiter les droits de l'acheteur lorsque le vendeur n'est pas en faute, puisque l'acheteur n'a alors pour autre choix que de résoudre le contrat pour pouvoir demander la

le fondement de la prétention en dommages-intérêts est le caractère défectueux du bien vendu. Un régime différencié ne serait donc pas légitime. A notre sens, la prétention en dommages-intérêts de l'acheteur lors de la vente aux enchères d'un objet défectueux devrait, quels que soient les moyens mis en œuvre, être soumise à l'article 208 CO, applicable directement ou par analogie.

- 660 Dans les différentes hypothèses de défauts listées plus haut, l'acheteur a la possibilité de faire valoir la garantie de la maison de vente, sauf convention contraire. Pour ce faire, il doit remplir les conditions des articles 197 ss CO. Dans un premier temps, il doit examiner le bien dès que celui-ci est en sa possession et aviser immédiatement la maison de vente du défaut (art. 201 al. 1 CO)¹⁰⁸¹. Il doit ensuite agir dans le délai de prescription d'une année dès la livraison du bien (art. 210 al. 1 CO). Notons toutefois que le délai de prescription absolu est étendu en matière de biens culturels à trente ans depuis l'entrée en vigueur de la LTBC (art. 210 al. 1bis CO)¹⁰⁸².
- 661 L'article 210 alinéa 1bis CO couvre le défaut juridique sans aucun doute, dans la mesure où celui-ci ne consiste pas en une prétention d'un tiers sur la chose, auquel cas l'article 196a CO est applicable. En revanche, il n'est pas clair si un bien culturel entaché d'un défaut matériel bénéficie de la protection de l'article 210 alinéa 1bis CO. Le texte de cette disposition ne donne aucun indice du contraire. La *ratio legis* pourrait cependant nous en faire douter. La LTBC a pour but de protéger le transfert de biens culturels et vise à favoriser le retour des biens qui ont été illicitement exportés ou qui ont été, d'une manière ou d'une autre, enlevés au propriétaire sans sa volonté.
- 662 Pourtant, le Message du Conseil fédéral¹⁰⁸³, dans son analyse de l'article 210 alinéa 1bis CO, évoque le défaut matériel. Celui-ci doit selon nous être couvert. La LTBC ne prévoit en effet que des actions dont les conséquences entraînent une éviction pour l'acheteur (art. 192 ss CO). Si seuls les vices résultant d'actions fondées sur la LTBC devaient être considérés comme des défauts nécessitant l'application du délai de prescription de trente ans, seule la prescription de la garantie pour éviction aurait dû être allongée. La modification des dispositions sur la garantie pour les défauts (art. 197 ss CO) suppose donc la protection accrue des biens culturels indépendamment du type de vice qui les affecte. La prescription applicable

réparation de son dommage. Par ailleurs, il conduirait à une solution inéquitable lorsque l'acheteur n'a pas la possibilité de résoudre le contrat.

¹⁰⁸¹ Lorsque les vices sont cachés et ne peuvent raisonnablement être découverts au moyen des vérifications usuelles au sens de l'article 201 alinéa 2 CO, il doivent être dénoncés immédiatement après leur apparition (art. 201 al. 3 CO).

¹⁰⁸² Les conséquences de l'introduction de cette nouvelle disposition sont discutées. Certains considèrent que la possibilité d'invalidier le contrat pour erreur devrait alors être supprimée pour ne pas surprotéger l'acheteur. Pour une discussion sur cette question, cf. *infra* N 680 ss.

à la garantie concernant un bien culturel défectueux est constituée d'un délai relatif d'un an dès la découverte du défaut et d'un délai absolu de trente ans dès la livraison du bien (art. 210 al. 1bis CO).

- 663 Se pose par ailleurs la question de savoir si un faux bien culturel entre dans le champ de protection de l'article 210 alinéa 1bis CO, puisqu'il n'est par essence pas un bien culturel protégé par la LTBC¹⁰⁸⁴. Il nous semble difficile d'étendre la protection à des tels biens, dans la mesure où la LTBC ne vise pas en tant que telle la protection de l'acheteur mais celle du bien culturel. Certains soutiennent pourtant que, dans la mesure où l'acheteur pensait acquérir un bien culturel, il devrait tout de même être mis au bénéfice de la prescription étendue de l'article 210 alinéa 1bis CO. A défaut, il se trouverait non seulement défavorisé du fait de l'obtention d'un faux, mais également par un délai de prescription court. Nous ne pensons pas qu'il se justifie d'étendre le champ d'application de la LTBC au-delà du cercle des biens culturels. Un régime de protection est prévu pour les biens ordinaires, même si le bien en question était supposé être un bien culturel. Il ne se justifie pas de mettre son acheteur au bénéfice d'un délai de prescription allongé pour l'action en garantie¹⁰⁸⁵.

iii. Distinction avec l'*aliud*

- 664 La doctrine¹⁰⁸⁶ et la jurisprudence¹⁰⁸⁷ font une distinction entre la livraison de la chose convenue affectée de défauts (*pejus*) et la livraison d'une « autre » chose, appelée *aliud*. Le régime applicable à cette dernière situation est celui de l'inexécution d'une obligation dans la partie générale du Code des obligations (art. 97 ss et 102 ss CO). Les conséquences pour l'acheteur sont multiples : il n'a pas à notifier au vendeur les défauts contrairement à ce qu'exige l'article 201 CO en cas de défaut de la chose vendue. A cela s'ajoute le fait que le délai de prescription pour l'action en inexécution de l'article 97 CO est décennal (art. 127 CO), alors que celui de la garantie pour les défauts est annal (art. 210 al. 1 CO). Or, lorsque la vente porte sur une chose de genre, il n'est pas toujours aisé de poser une limite

¹⁰⁸³ Message du Conseil fédéral 01.077, FF 2002 572.

¹⁰⁸⁴ GABUS/RENOLD, LTBC 2 N 11 ; KKR-RASCHER/RENOLD, Ch. 6 N 175. Ce raisonnement ne vaut pas dans l'hypothèse où le faux bien culturel est lui-même un bien culturel, en raison de son importance historique par exemple, auquel cas ledit bien entre dans le champ d'application de la LTBC et de l'article 210 alinéa 1bis CO.

¹⁰⁸⁵ GABUS/RENOLD, LTBC 32 N 46.

¹⁰⁸⁶ CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 24 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 197-210 N 42ss ; BaK-HONSELL, CO 197 N 2 ; LANZ, p. 248 ss.

¹⁰⁸⁷ ATF 121 III 453 c. 4.a, JdT 1997 I 199 ; ATF 94 II 26 c. 2.a, JdT 1969 I 322.

claire entre *aliud* et *pejus*¹⁰⁸⁸, ce qui peut poser de nombreux problèmes à l'acheteur pour faire valoir ses droits.

- 665 Le Tribunal fédéral applique des systèmes différents à la vente de corps certains d'une part et de choses déterminées par leur genre d'autre part¹⁰⁸⁹. Afin de déterminer celui qui s'applique aux objets d'art d'une vente aux enchères, il faut dans un premier temps définir les notions de chose de genre et de corps certain. Nous nous référerons pour ce faire aux diverses solutions retenues par la doctrine et la jurisprudence. Nous verrons ensuite quel est l'impact de cette distinction sur la qualification juridique de l'éventuelle inexécution et donc sur les prétentions de l'acheteur.
- 666 Une chose de genre appartient à une certaine catégorie de biens définis par des caractéristiques générales, sans être individualisée aux yeux des parties¹⁰⁹⁰. Le débiteur fournit sa prestation lorsqu'il procure au créancier une chose appartenant à ce genre (art. 71 al. 1 CO), à moins que la chose en question soit de qualité inférieure à la moyenne (art. 71 al. 2 CO). Le Tribunal fédéral a, au cours du temps, modifié la notion de chose de genre. Il est parti d'une définition abstraite et objective, conforme à la nature de la chose¹⁰⁹¹, pour ensuite restreindre la notion en prenant en compte l'acception commerciale et l'utilisation de la chose dans le cas d'espèce¹⁰⁹², et enfin s'en tenir à une conception relative, permettant de déterminer le type de chose en fonction des descriptions qui en sont faites par les parties¹⁰⁹³. Cette dernière solution semble partagée par une majorité de la doctrine¹⁰⁹⁴, bien que certains considèrent encore que la nature même de la chose devrait primer sur la qualification qu'en font les cocontractants¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁸ CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-219 N 26 ; LANZ, p. 253.

¹⁰⁸⁹ La loi fait également cette distinction, dans la mesure des articles 71 et 206 CO.

¹⁰⁹⁰ TERCIER, Obligations, N 994 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 98.

¹⁰⁹¹ ATF 22 566 c. 3.

¹⁰⁹² ATF 69 II 97 c. 2.

¹⁰⁹³ ATF 121 III 453 c. 4.a, JdT 1997 I 199 : « il se justifie de s'en tenir à une conception relative, qui s'adapte en fonction de la description de la chose vendue dans le contrat de vente ; celui-ci devra être interprété en fonction du principe de la confiance, dans la mesure où il n'existe pas une volonté concordante réelle des parties » ; ATF 94 II 26 c. 2.a, JdT 1969 I 322 : « [q]uand l'objet du contrat n'est défini que par son genre, la détermination de celui-ci dépend de la volonté des parties, qui peuvent préciser plus ou moins ce qui doit être fourni, selon l'importance qu'elles attribuent à certaines spécifications. La notion de « genre » est donc relative et fonction de la définition plus ou moins précise donnée à l'objet par les contractants ».

¹⁰⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 100 ; ZK-SCHRANER, CO 71 N 20 ; CAVIN, Vente, p. 119 ; VON TUHR/PETER, p. 54 ; KELLER/SIEHR, p. 30 ; LANZ, p. 252.

¹⁰⁹⁵ HONSELL, Obligationenrecht, p. 121 ; BaK-HONSELL, CO 206 N 2 ; BK-GIGER, Vorbem. CO 197-210 N 44 et 50. Cette opinion ne se justifie à notre sens pas puisque, suivant le cas, un même objet peut être un chose de genre ou un corps certain.

- 667 La dette d'une chose de genre ne peut en principe pas devenir impossible, puisque la chose n'est pas individualisée et peut être remplacée par une autre du même genre. Lorsque les parties spécifient un genre qui n'existe que dans une mesure limitée et qui peut s'épuiser (une aquarelle d'un certain artiste par exemple), on parle de dette de genre limité¹⁰⁹⁶. La particularité de ce type de choses de genre est que leur livraison peut devenir impossible.
- 668 Un corps certain en revanche est une prestation définie par les parties de telle sorte que la chose est déjà individualisée et que le débiteur n'a pas de choix à faire¹⁰⁹⁷. Dans ce cas, il est aisé de déterminer si la chose est celle convenue. Seule la livraison du bien individualisé par les parties constitue une exécution de l'obligation du vendeur. En cas de défaut, les articles 197 ss CO sont alors applicables. Si par contre le vendeur livre une chose autre que celle identifiée lors de la conclusion du contrat, il y a livraison d'un *aliud* et les articles 97 ss CO trouvent application¹⁰⁹⁸.
- 669 La distinction entre un défaut et un *aliud* a une résonance particulière en matière de vente d'objets d'art, puisqu'elle comprend également la problématique de la qualification du faux. Celui-ci est considéré par le Tribunal fédéral comme un défaut¹⁰⁹⁹. Une partie de la doctrine¹¹⁰⁰ cependant s'oppose à cette opinion et qualifie un faux d'*aliud*, en raison des particularités d'une œuvre d'art et de l'importance de son individualité et de son authenticité. Selon WEBER-CAFLISCH, les objets d'art ont des qualités tellement spécifiques que la vente d'un faux revient à livrer un *aliud* à l'acheteur et non un objet défectueux, indépendamment de la question de savoir si dans le cas d'espèce l'objet d'art vendu est un corps certain ou une chose de genre. Une telle différence de régime entre les objets d'art et tout autre type d'objet pose des difficultés pratiques considérables. Comme nous l'avons vu, il n'existe aucune définition normative d'un objet d'art en droit suisse. Appliquer à un tel objet des règles différentes de celles pertinentes pour un autre objet semble mettre en danger la sécurité juridique.
- 670 Lors d'une vente aux enchères, le bien mis en vente est préalablement exposé et présenté lors des enchères. Il ne fait pas de doute qu'il est individualisé au moment de la conclusion du contrat et constitue un corps certain. La fourniture d'un objet d'art peut appartenir à la catégorie des dettes de genre limité, par exemple lorsque l'objet promis est un exemplaire d'une sérigraphie ou l'impression d'une photographie d'une certaine série. Sa mise en vente suppose toutefois son individualisation. La livraison d'un *aliud* ne pourrait donc

¹⁰⁹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 99 ; TERCIER, Obligations, N 997.

¹⁰⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 97 ; TERCIER, Obligations, N 996.

¹⁰⁹⁸ CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 25. ATF 121 III 453 c. 4.a, JdT 1997 I 199.

¹⁰⁹⁹ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; ATF 102 II 97 c. 2 ; ATF 82 II 411, JdT 1957 I 182 ; ATF 56 II 424 c. 4. Cf. également KATZ, p. 50 et 95.

théoriquement survenir que si la maison de vente livre un objet autre que celui qu'elle avait présenté lors des enchères. Même s'il manque une caractéristique au bien qui avait été individualisé lors de la vente, du moment que la chose vendue est livrée, ces vices sont considérés comme des défauts¹¹⁰¹. Une telle délimitation est suffisamment claire pour que l'acheteur puisse savoir selon quel moyen faire valoir ses droits à l'encontre de la maison de vente.

671 La réglementation de la garantie pour les défauts diverge de celle de l'*aliud* sur des points importants. La prescription de l'action n'est notamment pas identique dans les deux régimes¹¹⁰². Selon l'article 210 alinéa 1 CO, l'action en garantie se prescrit par un an dès la livraison à l'acheteur. Lors de la livraison d'un *aliud* en revanche, la jurisprudence maintient que l'action de l'acheteur est soumise aux articles 97 ss CO et donc à la prescription décennale de l'article 127 CO. En outre la loi diffère quant au devoir d'avis. L'article 201 CO dispose que l'acheteur est tenu de vérifier la chose livrée dès que possible et d'aviser sans délai le vendeur en cas de découverte d'un défaut. Si l'avis des défauts n'est pas donné dans un bref laps de temps, l'acheteur est déchu de son droit de faire valoir le défaut de conformité. Or une telle exigence n'apparaît pas dans le régime général des articles 97 ss CO.

672 Les droits du créancier dépendent de la qualification comme *aliud* ou *pejus* de la prestation, les différences en résultant n'étant pas négligeables¹¹⁰³. Il est donc important pour l'acheteur de pouvoir déterminer quelles sont ses incombances et quel est le délai de prescription applicable à son action. Lors d'une vente aux enchères d'objets d'art, la garantie pour les défauts est applicable, à moins que l'acheteur ne reçoive pas l'objet désigné lors de la vente.

4. Concours entre l'action en garantie et l'invalidation du contrat

673 Une des questions récurrentes en matière d'inexécution du contrat de vente est celle relative au concours entre la garantie pour les défauts (art. 197 ss CO) et l'invalidation du contrat pour vice du consentement (art. 23 ss CO). Elle doit être examinée en relation avec la vente d'objets d'art, en particulier parce qu'elle se pose lorsque l'œuvre vendue se trouve être un faux. Le Tribunal fédéral a rendu de célèbres décisions en la matière, à savoir les arrêts *van*

¹¹⁰⁰ WEBER-CAFLISCH, p. 53 ss ; BK-BECKER, CO 24 N 22, Vorbem. CO 197-210 N 4 ; BLOCH, p. 210 ss.

¹¹⁰¹ ATF 121 III 453 c. 4.a, JdT 1997 I 199 ; ATF 94 II 26 c. 2.a, JdT 1969 I 322 ; ATF 82 II 411 c. 3.b, JdT 1957 I 182.

¹¹⁰² BaK-HONSELL, CO 206 N 3 ; LANZ, p. 254 ; WEBER-CAFLISCH, p. 74.

¹¹⁰³ EBERHARD, p. 133.

*Gogh*¹¹⁰⁴ et *Picasso*¹¹⁰⁵. Après avoir exposé les généralités de la controverse (a), nous nous pencherons sur les problèmes spécifiques aux biens culturels (b).

a. Généralités

- 674 Le Tribunal fédéral a, avec raison, rejeté la théorie selon laquelle il n'est pas possible d'invalider le contrat pour erreur essentielle lorsque l'acheteur constate un défaut du bien acquis¹¹⁰⁶. La jurisprudence constante¹¹⁰⁷ considère que la garantie pour les défauts et l'erreur essentielle peuvent être invoquées alternativement. En effet, le fondement d'une invalidation réside dans un vice du consentement prenant place à la conclusion du contrat¹¹⁰⁸. Il s'agit d'un problème de validité de celui-ci. En revanche, une prétention en garantie pour les défauts relève d'une inexécution du contrat, stade ultérieur à celui de la formation.
- 675 Cette solution ne correspond pas à celle adoptée dans de nombreux ordres juridiques, notamment en droit allemand, qui prévoit que les règles sur la garantie pour les défauts prévalent¹¹⁰⁹. Les Principes Unidroit disposent que l'erreur ne peut être invoquée que dans la mesure où il n'est pas envisageable qu'un moyen tiré de l'inexécution soit ouvert (art. 3.7 PU)¹¹¹⁰. En droit français en revanche, l'acheteur est au bénéfice d'un concours d'actions entre la garantie pour les défauts et l'erreur¹¹¹¹, cette dernière étant souvent préférée. Cette solution est similaire à celle adoptée en droit suisse.
- 676 Ce raisonnement avantage l'acheteur, qui n'a pas à respecter les incombances strictes des articles 197 ss CO pour pouvoir invalider le contrat pour erreur. Cela se justifie dans la

¹¹⁰⁴ ATF 82 II 411.

¹¹⁰⁵ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508.

¹¹⁰⁶ CAVIN, Défauts, p. 341, considère que la garantie pour les défauts n'est pas une action fondée sur l'inexécution du contrat, mais se rapporte à la formation de celui-ci, tout comme la possibilité d'invalidation pour erreur. HONSELL, Sachmängelhaftung, p. 139, soutient que la garantie pour les défauts de l'article 197 CO est une *lex specialis* de l'invalidation pour erreur essentielle sur les motifs du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Il nie la pertinence du fait que le droit d'invalider le contrat résulte d'un vice dans sa conclusion alors que le droit d'invoquer la garantie pour les défauts relève d'un problème d'exécution dudit contrat. VENTURI, N 1522 ss, considère également qu'il ne se justifie pas de laisser les deux voies de droit ouvertes à l'acheteur.

¹¹⁰⁷ ATF 126 III 59 ; ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; ATF 109 II 319, JdT 1984 I 139 ; ATF 108 II 102, JdT 1982 I 542 ; ATF 106 II 32, JdT 1981 I 137 ; ATF 98 II 15, JdT 1972 I 547. Cf. également VON TUHR/PETER, p. 310 et références citées.

¹¹⁰⁸ Cf. *supra* N 490.

¹¹⁰⁹ BGH, 14 décembre 1960, BGHZ 34 p. 32. WEBER, Kunstwerke, p. 953 ; KRAMER, Kommentar, BGB 119 N 33.

¹¹¹⁰ PATOCCHI/FAVRE-BULLE, p. 589.

¹¹¹¹ TRIGEAUD, p. 66 ss.

mesure où la réglementation légale en matière de vente pose des délais extrêmement courts et de nombreuses exigences à l'action de l'acheteur. De telles exigences sont la contrepartie de la responsabilité relativement lourde qui peut en découler pour le vendeur¹¹¹². En revanche, les conséquences pour le vendeur de l'invalidation du contrat de vente par l'acheteur sont de moindre importance et peuvent donc être conservées en parallèle à l'action en garantie.

- 677 L'exercice du droit d'invalidier le contrat est soumis à un délai de péremption d'une année *dès la connaissance de l'erreur* (art. 31 al. 2 CO), alors que le délai de prescription d'une année de la garantie pour les défauts court *dès la livraison de la chose* (art. 210 CO). L'acheteur n'a par ailleurs pas l'obligation de notifier au vendeur le défaut en cas d'invalidation comme il le ferait pour pouvoir agir en garantie (art. 201 CO)¹¹¹³. L'invalidation permet donc d'obtenir la restitution des prestations réciproques dans certains cas où le défaut est découvert plus d'une année après la livraison de l'objet. La restitution se fonde sur un enrichissement illégitime pour ce qui est des prestations en argent (art. 62 ss CO)¹¹¹⁴ et sur une revendication pour les choses mobilières (art. 641 al. 2 CC)¹¹¹⁵. Un bémol doit toutefois être apporté. Si le droit d'invalidier le contrat en tant que tel est imprescriptible, la prétention en enrichissement illégitime elle-même se prescrit par dix ans dès la naissance du droit de répétition, à savoir, selon le Tribunal fédéral, dès l'exécution de la prestation¹¹¹⁶.
- 678 Ainsi, si l'acheteur découvre que le bien qu'il a acheté est un faux, il a le choix entre déclarer invalider le contrat de vente pour erreur sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) ou exercer une action en garantie pour les défauts (art. 197 CO). Cette dernière lui permet d'obtenir la résolution du contrat ou la diminution du prix (art. 205 al. 1 CO) ainsi que des dommages-intérêts (art. 208 al. 2 ou 97 CO). Lorsque l'acheteur invoque la garantie de la maison de vente en raison de la défectuosité du bien vendu, il ratifie de ce fait le contrat (art. 31 CO). Nul ne peut fonder de prétention liée à l'exécution d'un contrat sans considérer celui-ci comme valable¹¹¹⁷.
- 679 En revanche, le fait de déclarer invalider le contrat pour erreur essentielle ne ferme pas la porte à une prétention en garantie pour les défauts. Si le juge nie la pertinence du motif

¹¹¹² TERCIER/FAVRE, N 774 ; CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 4.

¹¹¹³ Dans les limites de l'article 26 CO qui prévoit l'obligation de ne pas se prévaloir de l'erreur contrairement aux règles de la bonne foi.

¹¹¹⁴ Pour la prestation en argent puisque le transfert de propriété de celle-ci s'opère de manière abstraite, par mélange, indépendamment de la validité de la cause. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 892 ; CR CO I-Schmidlin, CO 31 N 24 et 26.

¹¹¹⁵ Pour la chose vendue, puisque le transfert de propriété de celle-ci est causal et n'a dès lors pas lieu lorsque le contrat sur lequel il se fonde n'est pas valable. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 892 ; CR CO I-Schmidlin, CO 31 N 24 s.

¹¹¹⁶ ATF 114 II 131 c. 3, JdT 1988 I 508. Cf. *supra* N 494.

d'invalidation du contrat, ce dernier est valable et doit être exécuté. Dès lors, une action en garantie pour les défauts de l'acheteur à l'encontre du vendeur est envisageable malgré la déclaration initiale d'invalidation du contrat par l'acheteur. Il est dans l'intérêt de celui-ci d'agir dans un premier temps sur la base des vices du consentement et seulement subsidiairement en garantie. Le fait d'invoquer immédiatement les articles 197 ss CO lui fermerait en effet la voie de l'invalidation du contrat. L'acheteur doit également penser à satisfaire à toutes ses incombances des articles 197 ss CO, à défaut de quoi il est déchu de ses droits en rapport avec l'inexécution.

b. En matière de biens culturels

- 680 L'alternativité des moyens octroyée par le Tribunal fédéral permet principalement à l'acheteur qui n'a pas respecté les délais très stricts des articles 201 et 210 CO d'avoir malgré tout un moyen d'agir contre le vendeur. En matière de vente d'un bien culturel, la LTBC a entraîné l'introduction de l'article 210 alinéa 1bis CO. Le délai de prescription absolu de l'action en garantie est allongé à trente ans, l'acheteur devant toutefois respecter un délai relatif d'une année dès la découverte du défaut. Doit-on, en raison de l'allongement de ce délai, refuser à présent à l'acheteur la possibilité d'invoquer une erreur essentielle sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) pour invalider la vente d'un bien culturel défectueux au sens de l'article 197 CO, afin d'éviter qu'il soit surprotégé ?
- 681 Nous ne sommes pas de cet avis. Il n'est pas certain que le nombre d'actions fondées sur la garantie pour les défauts augmente avec l'introduction de l'article 210 alinéa 1bis CO. Une incombance importante de l'acheteur subsiste, celle de l'avis des défauts de l'article 201 CO, qui doit être fait immédiatement après la vente ou la découverte d'un vice caché. Par ailleurs, le but de la modification de l'article 210 CO était de protéger davantage l'acheteur de bonne foi lors de l'achat d'un bien culturel, dont il risquait d'être dessaisi jusqu'à trente ans suivant son acquisition s'il s'avérait que le bien en question était de provenance illicite (art. 9 al. 4 LTBC et 934 al. 1bis CC). Le but de la LTBC étant d'éviter le commerce de biens culturels d'origine douteuse, il ne nous semble pas approprié de limiter en contrepartie les droits de l'acheteur. En outre, la distinction entre les biens culturels et les autres types d'objets d'art n'est pas claire pour un acheteur qui n'a pas de connaissances particulières en la matière. Créer des régimes différents alors que l'étendue de leur application n'est pas évidente pour le justiciable engendre un risque important d'insécurité juridique.

¹¹¹⁷ ATF 127 III 83 c. 1.b, JdT 2001 I 140 ; ATF 88 II 410 c. 2, JdT 1963 I 471.

5. Exclusion de garantie par la maison de vente

682 Les maisons de vente font généralement usage de leur possibilité de restreindre contractuellement leur garantie à l'égard de l'acheteur. Ceci est admis dans les limites posées par la loi (a). Nous examinerons les conditions générales pour déterminer leur validité (b) et traiterons également de la portée d'une clause exclusive de responsabilité sur la possibilité d'invalider le contrat pour vice du consentement (c).

a. Limites légales

683 Pour la vente d'œuvres d'art, les normes générales concernant l'exclusion de garantie dans la vente s'appliquent. L'article 199 CO est repris par l'article 234 alinéa 3 CO qui prévoit que le vendeur peut exclure toute garantie, sauf dans les cas de dol¹¹¹⁸. Ces dispositions sont de droit impératif¹¹¹⁹. En matière de garantie pour éviction, la maison de vente peut restreindre sa responsabilité dans la mesure autorisée par l'article 192 alinéa 3 CO, c'est-à-dire si elle n'a pas dissimulé intentionnellement le risque d'éviction. Cette limite rejoint celle de l'article 199 CO, cas plus général de l'interdiction d'exclure la garantie pour quelque défaut que ce soit en cas de dol du vendeur. Une clause qui exclurait la responsabilité pour les défauts ou pour l'éviction en cas de dol de la maison de vente serait donc nulle au sens de l'article 20 CO.

684 Pour la vente de biens culturels, la dissimulation d'un risque d'éviction pourrait par ailleurs avoir un caractère pénal, puisqu'elle signifierait que la maison de vente n'a pas respecté le devoir de diligence prescrit par l'article 16 alinéa 1 LTBC. Cette disposition interdit à la maison de vente de transférer un bien culturel d'origine illicite. Si la maison de vente savait ou pouvait savoir que l'objet était volé, provenait de fouilles illicites ou avait été importé illicitement, elle viole son devoir de diligence en mettant le bien en vente. Or ces cas sont précisément ceux dans lesquels l'acheteur risque de subir une éviction (art. 192 ss CO). L'article 24 LTBC prévoit qu'est punissable celui qui « importe, vend, distribue, procure, acquiert ou exporte des biens culturels volés ou dont le propriétaire s'est trouvé dessaisi sans sa volonté », que ce soit intentionnellement (art. 24 al. 1 let. a LTBC) ou par négligence (art. 24 al. 2 LTBC). Dans le premier cas, la peine peut aller jusqu'à un an d'emprisonnement ou CHF 100'000.- d'amende ; dans le second, la sanction est une amende dont le plafond est de CHF 20'000.-.

¹¹¹⁸ ENGEL, Contrats, p. 67 ; BUCHER, Besonderer Teil, p. 132 ; BaK-RUOSS, CO 234 N 1 ; PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 234 N 1099 ; CR CO I-VULLIETY, CO 234 N 5 ; nuancé : BK-GIGER, CO 234 N 18. ATF 123 II 165 c. 3 et 4, JdT 1998 I 2. Le dol ou la faute grave de la personne qui dirige les enchères est imputable à la maison de vente dans la mesure où la première est représentante de la seconde. Cette représentation est déduite des circonstances (art. 32 al. 2 CO). Cf. *supra* N 434.

¹¹¹⁹ BK-GIGER, CO 234 N 6 ; CR CO I-VULLIETY, CO 234 N 5.

- 685 En application du système d'exclusion de responsabilité dans le contrat de vente, il faudrait également respecter la limite posée par l'article 100 CO. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question, controversée, de savoir si l'article 199 CO empêche, en tant que *lex specialis*, l'application de la règle générale de l'article 100 alinéa 1 CO¹¹²⁰. Si quelques auteurs considèrent que l'article 199 CO est une *lex specialis* de l'article 100 CO¹¹²¹, la doctrine dominante propose d'appliquer concurremment les articles 100 et 199 CO en cas de vente¹¹²², les deux normes traitant de situations différentes. La première vise la faute grave ou le dol en relation avec l'exécution du contrat en général, tandis que la seconde empêche l'exclusion de la garantie dans le cas d'un dol du vendeur et donc de la dissimulation d'un défaut à la conclusion du contrat. Il faut considérer que l'article 100 CO trouve application lors de la conclusion d'un contrat de vente contenant des clauses limitatives de responsabilité.
- 686 Toutefois, selon BUOL¹¹²³, l'article 100 alinéas 1 et 2 CO ne s'applique pas aux ventes aux enchères, exclusivement réglées par l'article 234 alinéa 3 CO en ce qui concerne les restrictions de responsabilité. Cette disposition autoriserait une limitation de la garantie de la maison de vente au seul cas du dol, puisqu'elle prévoit que, « [d]ans les enchères publiques et volontaires, le vendeur est tenu de la même garantie que dans les ventes ordinaires ; il peut toutefois, par des conditions de vente dûment publiées, s'affranchir de toute garantie autre que celles dérivant de son dol ». Une interprétation purement littérale du texte de l'article 234 CO peut mener à la conclusion que le régime de la responsabilité du vendeur dans son ensemble est applicable, sous réserve des normes traitant de la restriction de responsabilité. L'article 234 alinéa 3 CO renvoie en effet à l'application du système de responsabilité de la vente courante, fondé sur les articles 97 ss, 192 ss et 197 ss CO. Parmi ces dispositions figure l'article 100 CO. Or, l'article 234 alinéa 3 CO, à la différence du système de la vente ordinaire, autorise la maison de vente à exclure sa responsabilité par le biais de ses conditions générales, sauf pour ce qui est du dol, contrairement aux principes établis à l'article 100 CO. En ce sens, l'article 234 alinéa 3 CO serait une *lex specialis* excluant l'application de l'article 100 CO.
- 687 Le Message du Conseil fédéral¹¹²⁴ relatif à l'article 234 CO oppose cependant non pas le système de l'exclusion de garantie de la vente à celui de la vente aux enchères, mais celui de la vente aux enchères forcées à celui de la vente aux enchères volontaires. Après avoir expliqué que, dans le premier cas, il ne peut exister de garantie que si celle-ci a été

¹¹²⁰ ATF 126 III 59 c. 4.a ; ATF 107 II 161 c. 7.b, JdT 1981 I 582.

¹¹²¹ VON TUHR/ESCHER, p. 119 n. 34 ; HONSELL, Obligationenrecht, p. 88 ; BK-BECKER, CO 100 N 6.

¹¹²² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3086 ; CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 32 ; BK-GIGER, CO 199 N 6 ; CR CO I-VENTURI, CO 199 N 2 ; LÖRTSCHER, p. 144 ss ; FURRER, p. 85 ; BUOL, N 281 ss.

¹¹²³ BUOL, N 272 et 286 ; cf. également CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 32.

¹¹²⁴ FF 1905 II 25.

« formellement promise et si l'on a eu recours à des manœuvres frauduleuses », le Conseil fédéral relève que, dans le second cas, « au contraire, il n'y a pas de motif de ne pas s'en tenir à la garantie imposée d'une manière générale au vendeur ». Le but du législateur n'était donc pas de distinguer le système de la garantie découlant d'une vente volontaire aux enchères de celle d'une vente ordinaire. On ne voit par ailleurs pas de raison de s'écarter du système général de la vente.

688 L'article 100 CO étant applicable, la maison de vente ne peut pas limiter sa responsabilité pour faute grave. En revanche, elle peut exclure toute prétention de l'acheteur du fait des actes de son auxiliaire (art. 101 al. 2 CO). Une limite supplémentaire à celle de l'invalidité de la clause en cas de dol ou de faute grave de la venderesse (art. 100 al. 1, 199 et 234 al. 3 CO) est fixée par l'article 100 alinéa 2 CO pour les créanciers au service de leur débiteur ou pour les débiteurs dont l'activité est une « industrie concédée par une autorité ». Le juge bénéficie dans ces cas d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de considérer une clause exonérant le débiteur de sa responsabilité pour faute légère comme nulle. L'on pourrait se demander si l'activité de la maison de vente est une industrie concédée par une autorité, dans la mesure où l'organisation d'une vente aux enchères nécessite généralement une autorisation délivrée par une autorité cantonale¹¹²⁵. Il faudrait cependant qu'en sus, l'activité de la maison de vente en tant que telle soit surveillée par les autorités¹¹²⁶. Or, le fait de créer une société dont le but est d'organiser des ventes aux enchères n'est pas en soi soumis à autorisation, au contraire des activités visées par l'article 100 CO¹¹²⁷. La restriction de responsabilité reste donc possible dans la limite de l'article 100 alinéa 1 CO.

¹¹²⁵ Par exemple, article 5 alinéa 1 LVVE.

¹¹²⁶ THEVENOZ considère qu'est déterminant, pour l'application de l'article 100 alinéa 2 CO, le fait que le débiteur se trouve dans une « situation de force ou de pouvoir par rapport à son cocontractant ». Ce critère prend le pas devant celui de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer son activité délivrée par l'autorité compétente. Les restrictions à la concurrence et la possibilité de négocier sur le marché d'autres conditions que celles proposées par un cocontractant sont donc, aux yeux de cet auteur, les raisons imposant une possibilité réduite de limitation de la responsabilité : CR CO I-THEVENOZ, CO 100 N 28 ; BK-WEBER, CO 100 N 117 s. (*Monopolargument*) ; BaK-WIEGAND, CO 100 N 10 (qui parle de position monopolistique) ; BUOL, N 254. Une telle exception pourrait être appliquée à certaines situations du marché de l'art en matière de vente aux enchères. Lorsque la maison de vente est un des seuls acteurs sur le marché mettant à disposition le type de biens recherchés (à savoir en situation de monopole ou même dans certaines situations de duopole lorsque les conditions générales des deux maisons de vente sont similaires), l'acheteur n'a pas la possibilité de négocier les conditions générales ou de changer de cocontractant pour obtenir des conditions plus favorables. La concurrence ne fonctionne alors pas, et il peut se justifier de protéger l'acheteur peu expérimenté. Il semble toutefois que les importantes restrictions à la liberté contractuelle apportées par l'article 100 CO justifient une interprétation restrictive de cette disposition. L'application aux ventes aux enchères nous semble peu soutenable, notamment au vu des possibilités relativement importantes d'exclusion de garantie offertes par l'article 234 alinéa 3 CO.

¹¹²⁷ Les professions de médecin, avocat, négociant, et banquier (ATF 112 II 450 c. 3 ; ATF 109 II 116, JdT 1984 I 35) entrent notamment dans le champ d'application de cette disposition.

b. Conditions générales

689 Les fournisseurs et les maisons de vente excluent souvent toute garantie par le biais des conditions générales intégrées dans le contrat de vente¹¹²⁸. L'article 6 des conditions générales de Christie's¹¹²⁹ dispose par exemple :

« Neither Christie's nor the Seller shall be responsible for any defects of any objects, nor do they warrant the correctness of statements concerning the authorship, origin, date, age, attribution, genuineness, provenance, weight or condition of any object.

Nor has any person in the employ of Christie's any authority to make or give any representation or warranty. »

690 Les conditions de vente de Sotheby's quant à elles prévoient, en leur article 5 :

« L'exclusion de responsabilité :

A l'exception de la garantie accordée par "Sotheby's" à "l'acheteur" en vertu de la Clause 3¹¹³⁰ et de vos droits relatifs au déroulement des enchères exposées à la Clause 11 :

(i) "Sotheby's" ne donne aucune garantie, d'aucune sorte, à "l'acheteur" et toute garantie ou obligation implicite est exclue (sous réserve des obligations pour lesquelles la loi n'admet pas d'exclusion de responsabilité).

(ii) en particulier, toutes les déclarations écrites ou verbales, y compris celles figurant dans tout catalogue, rapport, commentaire ou évaluation, relatives à l'aspect ou à la qualité d'un lot, y compris son prix ou sa valeur, (a) sont uniquement des déclarations d'opinion et (b) peuvent être révisées avant que le lot ne soit mis en vente (y compris lorsque le lot est exposé au public) ;

(iii) Ni "Sotheby's", ni aucune "société affiliée à Sotheby's", ni aucun de leurs mandataires, employés ou dirigeants ne pourront être tenus responsables des erreurs ou omissions commises dans de telles déclarations. »

691 Un des éléments qui ressort des clauses précitées est le fait que la maison de vente considère que l'estimation et la description des qualités des biens vendus ne sont que des opinions sur lesquelles l'acheteur ne peut pas fonder de prétention en garantie. Il s'agit alors, plus que d'une exclusion de responsabilité, de la déqualification de la promesse de qualité. Se pose alors la question de la signification de la description du bien que fait la maison de vente au moyen notamment du catalogue et du *condition report*. Ceux-ci ne constituent-ils réellement que des opinions ou doivent-ils être considérés comme des promesses de qualité ?

¹¹²⁸ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 234 N 1124 ss ; CR CO I-VULLIETY, CO 234 N 7 ; SCHMID, N 1364.

¹¹²⁹ Cf. Annexe I.

¹¹³⁰ Clause par laquelle Sotheby's se réserve le droit d'annuler la vente lorsque le bien vendu est un faux, à condition que l'acheteur l'avise du défaut et restitue le bien dans l'état d'origine et libre de toute prétention de tiers.

- 692 Comme examiné plus haut dans la relation entre le fournisseur et la maison de vente lorsque celle-ci se charge de l'expertise du bien¹¹³¹, de telles clauses contractuelles pourraient constituer une déqualification des garanties données par la maison de vente en simples opinions, ou comme une exclusion de responsabilité de la maison de vente. L'interprétation des conditions de vente doit se faire conformément aux principes applicables aux conditions générales, notamment sur la base du principe de la confiance¹¹³². En cas de doute sur leur signification, les clauses susmentionnées doivent être interprétées *contra proferentem*, en défaveur de la maison de vente, dans la mesure où elle en est l'auteur. L'acheteur serait mieux protégé en cas de simple exclusion de responsabilité que de déqualification des garanties fournies par la maison de vente. La limitation de responsabilité ne vaut alors que dans la mesure où la maison de vente n'a pas commis de dol ou de faute grave (art. 100 al. 1 CO). Le fait de considérer que les informations données ne sont que des opinions ne pourrait en revanche jamais engendrer de responsabilité.
- 693 Il est de jurisprudence constante que le fait de promettre certaines qualités de la chose vendue empêche une exclusion de garantie pour lesdites qualités¹¹³³. Dans cette perspective, la relation entre les clauses exclusives de responsabilité et les descriptions de biens publiées dans un même catalogue pose problème. Les premières tendent à libérer la maison de vente, tandis que les secondes semblent constituer un engagement quant aux caractéristiques des biens. Un enchérisseur peu averti peut être déconcerté par de telles clauses, qui semblent paradoxales. Or il est des cas où une telle contradiction est interprétée *contra stipulatorem*, c'est-à-dire en défaveur de la venderesse¹¹³⁴. Pour éviter cela, la clause doit être suffisamment précise pour ne laisser aucun doute quant à la responsabilité de la maison de vente¹¹³⁵.
- 694 Dans une décision de 1997, le Tribunal fédéral a jugé que la clause suivante était suffisante pour exclure la responsabilité du vendeur, en ce qu'elle mettait en évidence l'incertitude de celui-ci quant à l'état du bien vendu¹¹³⁶ :

« Les descriptions figurant dans le catalogue correspondent en toute conscience (bestem Wissen und Gewissen) à l'état au moment de la rédaction du catalogue. Les intéressés ont la possibilité de se rendre compte de l'état des montres en

¹¹³¹ Cf. *supra* N 365.

¹¹³² Cf. *supra* N 74 ss et 429.

¹¹³³ Cf. VULLIÉTY, Vente aux enchères, N 12. TF, 25 août 2005, 4C.119/2005 c. 2.3 ; ATF 109 II 24, JdT 1983 I 258.

¹¹³⁴ TERCIER/FAVRE, N 906 ; SCHWENZER, N 45.10. ATF 109 II 24, JdT 1983 I 258 ; ATF 73 II 218, JdT 1948 I 362 ; Appellationsgericht BS, 4 juillet 1988, BJM 1990 257.

¹¹³⁵ PESTALOZZI, Steigerungskauf, CO 234 N 1178 ss. ATF 109 II 24, JdT 1983 I 258 ; ATF 107 II 161 c. 6.d, JdT 1981 I 582 ; ATF 91 II 275, JdT 1967 I 37 ; ATF 73 II 218 c. 3, JdT 1948 I 362.

¹¹³⁶ ATF 123 III 65 c. 3, JdT 1998 I 2.

examinant celles-ci dans le hall du Crédit Suisse à Lucerne. Des réclamations des acheteurs ne peuvent plus être prises en considération après l'adjudication. »

695 Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral fait référence à une décision non publiée du 27 octobre 1987, qui précise :

« [...] à propos de ventes aux enchères d'objets d'art, [...] en raison de la multiplicité et de la diversité des choses offertes, le public ne pouvait pas présumer sans autre forme que l'organisateur de la vente avait examiné de près chaque objet exposé et que leur description dans le catalogue constituait une garantie d'authenticité. Le contenu du catalogue a en première ligne pour but de présenter les choses mises aux enchères et de faciliter aux intéressés la décision de faire une offre, le cas échéant jusqu'à quel montant. »

696 L'on voit qu'une clause d'exclusion relativement générale, même si elle fait suite à des descriptions pouvant donner l'apparence d'une garantie, suffit à exclure la responsabilité de la maison de vente dans la mesure autorisée par la loi. Selon nous, il faut pourtant distinguer les diverses situations menant à une garantie pour les défauts. Celle examinée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 123 III 65 correspond à une exclusion de garantie concernant l'état du bien, décrit dans le *condition report*.

697 Une clause restrictive de responsabilité nous semble acceptable dans ce cas de figure, puisque les acheteurs ont la possibilité de vérifier l'état de l'objet mis en vente avant les enchères. Le fait que la maison de vente déclare qu'une description ou un *condition report* n'est qu'une opinion permet de comprendre qu'elle ne promet pas la qualité du bien, condition d'application de la garantie pour les défauts (art. 197 CO). L'acheteur ne peut pas non plus s'attendre à cette qualité du bien puisque la maison de vente refuse d'en attester. La maison de vente ne pourrait par ailleurs, lors d'une grande vente, contrôler chaque lot au moment de le présenter aux enchères. Le *condition report* liste les défauts du bien mis en vente, mais ne prétend pas à l'exhaustivité, comme souligné dans les conditions générales, ce qui est pallié par la possibilité qu'a l'acheteur la possibilité de s'assurer de l'état du lot lui-même, lors de l'exposition. L'exclusion de garantie prévue nous semble possible dans cette mesure. Ainsi, sauf cas de dol¹¹³⁷, l'acheteur ne peut pas prétendre à des dommages-intérêts, à une diminution du prix ou à la résolution du contrat, puisqu'il fait l'acquisition du lot en l'état.

698 Or la clause exonératoire de garantie peut également concerner l'estimation du bien ou son authenticité. En ce qui concerne l'estimation, celle-ci étant, comme nous l'avons vu, relativement subjective¹¹³⁸, il nous paraît justifié d'annoncer qu'il ne s'agit que d'une opinion et non d'une réelle garantie. En revanche, l'absence de garantie quant à l'authenticité peut

¹¹³⁷ On pense par exemple au cas où la maison de vente aurait frauduleusement et intentionnellement gonflé l'estimation du bien pour obtenir un prix plus élevé et donc une commission plus importante.

¹¹³⁸ Cf. *supra* N 350.

poser problème. La maison de vente dispose en effet d'une palette terminologique relativement large pour signifier le fait que certains doutes subsistent quant à l'authenticité du bien, par exemple en utilisant les termes « attribué à » ou « de l'école de ». Lorsque le nom de l'auteur est adjoint à la description du lot sans nuance, l'acheteur ne peut pas comprendre qu'il existe une incertitude. L'application du principe de la confiance commande donc une telle interprétation.

699 Ce raisonnement est confirmé par les standards exprimés par les codes d'éthique professionnels relatifs au marché de l'art. Prenons comme exemple le Code d'éthique¹¹³⁹ du Syndicat Suisse des Antiquaires & Commerçants d'Art¹¹⁴⁰, qui s'applique à tout membre de ce dernier. Le Code d'éthique établit un certain nombre de règles qui, bien que non contraignantes pour les commerçants d'art qui ne sont pas affiliés au Syndicat, aident à définir les règles de l'art dans l'exercice de cette profession.

700 En matière de garantie pour les défauts de l'objet vendu, le Code d'éthique renvoie principalement aux articles 97 ss CO. Il précise toutefois l'objet de la garantie, en son article 2. Cette disposition prévoit :

« a) Description de l'objet »

L'antiquaire et le commerçant d'art doit décrire et préciser l'objet honnêtement.

Dans le commerce de l'art un objet est considéré comme authentique lorsque son style correspond à l'époque mentionnée ou que le poinçon de maître (estampille, marque, poinçon, signature) spécifie son auteur plus précisément.

La description des objets vendus ne doit pas prêter à confusion ; elle doit de plus permettre de les reconnaître de manière précise et de les dater. [...]

b) Estampilles, marques, poinçons de maître, signatures

[...] L'utilisation des expressions « attribué à... » ou « école de... » précise que la garantie de l'œuvre provient du maître ne peut être donnée. Ces expressions ne peuvent pas être utilisées pour des œuvres provenant d'une autre époque que de celle du maître. La désignation « école de... » ne garantit ni un artiste ni une époque déterminée. »

701 Par ailleurs, l'*Art Dealers Association of America* (ADAA) impose à ses membres le respect de son *Code of Ethics and Professional Practices*¹¹⁴¹, dont l'article 1 pose la règle suivante :

¹¹³⁹ Cf. http://www.vsak.org/site_de/ethik.html (31 janvier 2011).

¹¹⁴⁰ Le Syndicat Suisse des Antiquaires et des Commerçants d'Art (SSACA) est l'Association officielle et professionnelle du marché de l'art et des antiquités de haute gamme en Suisse.

¹¹⁴¹ Cf. <http://www.artdealers.org/ethics.html> (31 janvier 2011).

« *ADAA members (hereafter “Members”) accurately describe all objects offered by them for sale. A written invoice containing that description, which includes the identity of the artist, where known, the dimensions and medium of the work, and other relevant information is provided to a buyer. A Member’s invoice is a warranty that the work is the authentic work of the artist named in the invoice and that clear and unencumbered title is passed to the buyer. Members exercise due diligence in verifying the accuracy of information supplied to a buyer but cannot guaranty the accuracy of certain information such as the date of a work, its provenance, exhibition history and publication record.* » (Mise en évidence par l’auteur)

- 702 Le texte de ces dispositions met en évidence à la fois une définition du terme « authentique » et les devoirs du commerçant, en l’espèce la maison de vente, relatifs à la description de l’objet. L’authenticité doit être prouvée par des éléments de fait, tels que la signature de l’auteur ou la correspondance du style avec l’époque désignée. En tout état de cause, la description du bien faite par la maison de vente ne doit pas prêter à confusion. Si le commerçant utilise les nuances inhérentes aux termes « attribué à... » ou « de l’école de... », il laisse entendre à l’acheteur qu’il n’a pas de certitudes à ce sujet. En revanche, si la maison de vente énonce de manière claire qu’un bien est l’œuvre d’un certain auteur, elle ne peut se rétracter lorsqu’il est prouvé qu’elle a expertisé l’objet d’art de manière erronée.
- 703 Le fait d’attribuer un lot à un certain artiste en adjoignant simplement le nom de ce dernier à la description faite dans le catalogue constitue la promesse d’une qualité pour laquelle la responsabilité ne peut être exclue. Malgré la déqualification de la garantie de qualité exprimée par les conditions générales par l’utilisation du terme d’*opinion*, le bien qui se révèle être un faux dans de telles circonstances n’est pas couvert par la clause d’exclusion de garantie. Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « un défaut ne tombe pas sous le coup de la clause d’exclusion de la garantie, d’après une interprétation objective, s’il est tout à fait en dehors de ce avec quoi un acheteur devait raisonnablement compter. »¹¹⁴² Le cas de l’inauthenticité du bien nous semble correspondre à cette situation.
- 704 Nous l’avons vu, le fait de proposer un objet d’art à un prix équivalant à la valeur d’une œuvre authentique est en soi une garantie tacite¹¹⁴³. Une telle garantie pourrait cependant tomber également dans le champ d’application de la clause exclusive de responsabilité qui empêcherait l’acheteur d’agir en garantie contre la maison de vente. Certes le fait de vendre un objet d’art à un certain prix suppose-t-il que le vendeur en promet l’authenticité. Mais si celle-ci n’est pas clairement attestée, toute garantie pour défaut et donc absence d’une qualité

¹¹⁴² ATF 130 III 689 c. 4.3, JdT 2005 I 247 ; ATF 126 III 59 c. 4.a ; ATF 107 II 161 c. 6.c et d, JdT 1981 I 582 ; cf. aussi à ce sujet BK-GIGER, CO 199 N 10.

¹¹⁴³ TERCIER/FAVRE, N 751 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42 N 18 ; BK-BECKER, CO 197 N 12 et 14 ; WEBER-CAFLISCH, p. 70 ; KATZ, p. 47 ss. Cf. également ATF 102 II 97 c. 2.a, SJ 1976 356 ; TC JU, 23 avril 1996, RJJ 1996 141.

promise ou attendue est exclue, l'acheteur n'a aucun moyen de tirer des droits d'une éventuelle assurance tacite.

- 705 Encore ne faut-il pas que l'exclusion de responsabilité soit une clause de style, usuellement intégrée dans certains types de contrats, mais qui ne reflète plus précisément la volonté des parties¹¹⁴⁴. Pour éviter que la clause d'exclusion de garantie soit considérée comme simplement habituelle, et pour qu'elle exprime la réelle volonté des parties, la maison de vente doit attirer l'attention de l'acheteur dessus. Pour ce faire, les clauses de ce type sont souvent mises en évidence par une typographie spéciale (caractères gras, majuscules)¹¹⁴⁵. Certaines lois cantonales prévoient d'ailleurs leur lecture par le directeur des enchères avant le début de la vente¹¹⁴⁶. De telles mesures assurent la validité de ces clauses.
- 706 La question pourrait se poser en d'autres termes dans certains cas particuliers dans lesquels la maison de vente a une position sur le marché telle qu'elle crée de ce fait une confiance de l'acheteur. Christie's et Sotheby's notamment, en raison de leur capital particulier de connaissance du marché de l'art et du nombre de spécialistes qu'elles emploient, ainsi qu'en tant que maillons indispensables du système, pourraient-elles voir leur responsabilité engagée au-delà de ce que laissent penser leurs conditions générales¹¹⁴⁷ ? La problématique d'une responsabilité fondée sur la confiance est dans ce cadre intéressante, ce que nous traiterons plus loin¹¹⁴⁸.
- 707 En ce qui concerne la garantie pour éviction, bien que les conditions de vente soient souvent moins précises, elles semblent l'exclure également. La clause relevante de Sotheby's par exemple ne donne « aucune garantie, d'aucune sorte »¹¹⁴⁹. Celle de Christie's prévoit que cette dernière « *shall [not] be responsible for any defects of any objects [...]* »¹¹⁵⁰. Sachant que l'éviction constitue un défaut juridique, l'exclusion de la garantie pour les défauts au sens large peut englober celle pour éviction. Nous ne pensons toutefois pas que cela soit suffisamment clair pour être opposé à l'acheteur¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁴ TERCIER/FAVRE, N 895 ; BK-GIGER, CO 199 N 9 ; WESSNER, p. 11 s. ATF 107 II 161 c. 6.c, JdT 1981 I 582 ; TC JU, 6 juin 1995, RJJ 1995 165 c. 3.

¹¹⁴⁵ § 7 de l'Ordonnance zurichoise.

¹¹⁴⁶ Par exemple, l'article 8 du Règlement d'exécution de la LVVE.

¹¹⁴⁷ TERCIER/FAVRE, N 892. Cf. également GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42 N 18 ; BK-BECKER, CO 197 N 12 et 14.

¹¹⁴⁸ Cf. *infra* N 718.

¹¹⁴⁹ Cf. Annexe II.

¹¹⁵⁰ Cf. Annexe I.

¹¹⁵¹ En *common law*, l'éviction n'est pas un défaut. La responsabilité en découlant est celle pour le *title*. Les conditions générales ne semblent pas évoquer une telle possibilité. Il faudrait à notre sens une clause exclusive de responsabilité plus claire que la précitée.

- 708 Si la clause d'exclusion de garantie est litigieuse sans qu'il ne soit possible de déterminer la volonté réelle des parties, elle est interprétée selon le principe de la confiance, au vu de l'ensemble des circonstances¹¹⁵². Lors de ventes aux enchères, l'utilisation de conditions générales et l'absence de négociations entre les parties rendent difficile la détermination de la volonté réelle commune des parties. Le principe de la confiance permet une interprétation adéquate. En découle le principe *in dubio contra stipulatorem*, qui tend à une interprétation restrictive des clauses exclusives de responsabilité¹¹⁵³. Les cas douteux profitent certainement aux acheteurs. En revanche, les conditions générales de Fischer prévoient en leur article 11 que « *[j]ede Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel wird wegbedungen* »¹¹⁵⁴. La mention des défauts juridiques est à notre sens plus précise que les clauses précitées et permet d'exclure la responsabilité pour l'éviction de l'acheteur.
- 709 Une autre manière pour les maisons de vente de restreindre leur responsabilité en cas d'inauthenticité du bien vendu est de se réserver le droit d'« annuler » le contrat lorsqu'il s'avère que l'objet vendu est un faux. En principe, seul l'acheteur devrait avoir le droit de résoudre le contrat, dans le cas d'un défaut de la chose (art. 205 CO), ou de l'invalider pour erreur sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). La maison de vente exclut cette possibilité mais prévoit la possibilité de se départir elle-même du contrat dans ce cas. Les conditions générales de la Galerie Koller¹¹⁵⁵ par exemple disposent en leur article 5 :

« La maison de vente aux enchères se déclare librement disposée à annuler l'adjudication et à rembourser le prix de cette dernière, le prix majoré et la TVA si un objet vendu devait s'avérer [...] être le résultat d'un faux intentionnel moderne. »

L'article 3 des conditions de vente de Sotheby's¹¹⁵⁶ prévoit :

« Si nous vendons un lot dont il est prouvé ultérieurement qu'il s'agit d'un faux, nous annulerons la vente et vous rembourserons tout montant que vous aurez payé pour ce lot, dans la devise d'origine de la vente. Cependant cette obligation n'est

¹¹⁵² ATF 126 III 59 c. 5, JdT 2001 I 144 ; ATF 123 III 165 c. 3.a, JdT 1998 I 2. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1204 ss et 1240 ss ; CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 35 : en plus des règles habituelles d'interprétation, les règles particulières applicables aux conditions générales doivent être utilisées.

¹¹⁵³ CR CO I-VENTURI, Intro. CO 197-210 N 38. ATF 126 III 59 c. 5.a ; ATF 118 II 142 c. 1.a, JdT 1993 I 300 ; ATF 109 II 24 c. 4, JdT 1983 I 258 ; ATF 91 II 344 c. 2.a, JdT 1966 I 530.

¹¹⁵⁴ Dans la version française : « [t]oute responsabilité pour défaut de droit et défauts de la chose est exclue ». Une terminologie similaire est prévue à l'article 4 des conditions de vente de la Galerie Koller. Cf. Annexes III et IV.

¹¹⁵⁵ Cf. Annexe IV. Cf. aussi la version originale, en allemand :

« *Das Auktionshaus erklärt sich aus freien Stücken bereit, den Zuschlag zu annullieren und Zuschlagspreis, Aufgeld und MWST zurückzuerstatten, falls sich ein Kaufobjekt (...) als neuzeitliche absichtliche Fälschung herausstellen sollte.* »

¹¹⁵⁶ Cf. Annexe II.

applicable que pour autant que, dans un délai de cinq (5) ans à compter de la date de la vente, vous respectiez l'ensemble des conditions suivantes :

- (i) vous nous notifiez par écrit le numéro du lot [...] et ce dans un délai de trois
- (3) mois à compter du moment où vous avez eu connaissance des doutes émis quant à l'authenticité ou à l'attribution du lot ; [...] ».

710 Ces clauses correspondent à un accord des parties concernant la résolution du contrat en cas de défaut. Un tel contrat résolutoire ne peut prendre effet que lorsque la volonté des deux parties concernant la continuation des rapports est concordante. Les maisons de vente, tout en restreignant au maximum leur responsabilité, prévoient ainsi une possibilité de restitution des prestations en cas de faux. Ces clauses visent à les protéger lorsque leur responsabilité et leur réputation risquent d'être engagées. Les parties ont le droit de modifier le régime de l'inexécution à leur guise. La clause réservant à la maison de vente un droit de résolution est valable, dans la mesure où la vente du faux n'est pas le fruit d'un dol de la venderesse (art. 234 al. 3 CO) ou d'une faute grave (art. 100 CO).

c. Portée d'une exclusion de garantie sur l'invocation de l'erreur

711 Dans la mesure où il est possible d'exclure la garantie du vendeur pour les défauts de la chose, la question de la possibilité d'exclure également le droit d'invalider pour erreur essentielle se pose. Ces questions sont intimement liées comme traité au paragraphe précédent. Le fait d'exclure la garantie peut avoir des effets sur le droit d'invalider le contrat pour cause d'erreur, puisqu'il suppose que les éléments sur lesquels la garantie aurait porté ne sont pas essentiels pour l'acheteur. Les descriptions ne devraient pas être déterminantes dans la décision de l'acheteur de faire une offre. De ce fait l'erreur commise ne porte pas sur un élément essentiel du contrat¹¹⁵⁷. Or la condition du caractère objectivement et subjectivement essentiel de l'erreur est nécessaire à l'exercice du droit formateur d'invalidation (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)¹¹⁵⁸.

712 Ce raisonnement ne vaut que lorsque le vendeur ne connaissait pas l'erreur de l'acheteur et n'avait pas conscience du défaut de l'objet. De même qu'une exclusion de la garantie de la maison de vente n'est pas envisageable en cas de dol de celle-ci (art. 234 al. 3 CO), il est interdit de renoncer au droit de se prévaloir du dol de la venderesse au sens de l'article 28 CO.

¹¹⁵⁷ ATF 126 III 59 c. 3, JdT 2001 I 144 ; ATF 91 II 275, JdT 1967 I 37. TERCIER/FAVRE, N 909 ; VON TUHR/PETER, p. 311. *Contra* : KKR-RENOUD, Ch. 8 N 35. Précédemment, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'était pas claire à ce sujet : ATF 79 II 155 c. 4.a, JdT 1954 I 133. Cf. à ce sujet ENGEL, Obligations, p. 108. La doctrine plus ancienne n'acceptait pas l'idée d'une telle renonciation. Cf. YUNG, p. 350 : « [...] une renonciation anticipée au droit d'invoquer les vices du consentement est certainement nulle. Le caractère de généralité et le caractère d'anticipation sont, chacun pour soi, de nature à rendre la renonciation dangereuse. Cumulés, ils la rendent souvent inadmissible ».

¹¹⁵⁸ Cf. *supra* N 491.

Le caractère essentiel de l'erreur n'est alors pas requis. Cela vaut à notre sens aussi pour le droit d'invalider le contrat en cas de crainte fondée ou de lésion, en raison du comportement répréhensible du cocontractant. On ne peut donc déroger à la réglementation légale qu'en cas d'erreur simple.

C. Conclusion

- 713 Les droits de la maison de vente en cas d'inexécution par l'acheteur se résument essentiellement à la possibilité de résoudre le contrat de vente à défaut de paiement. Il s'agit de la seule alternative intéressante à l'obtention de l'exécution forcée de la dette.
- 714 A l'égard des acheteurs, les maisons de vente sont garantes de la bonne exécution du contrat de vente, notamment en ce qui concerne les faux et défauts des objets d'art ainsi que dans les situations d'éviction. Elles font toutefois généralement usage de leur possibilité de prévoir contractuellement des clauses exonératoires de responsabilité. Celles-ci sont admissibles dans la mesure où les informations données à l'acheteur ne sont pas contradictoires. Si la restriction de responsabilité n'est pas claire, la maison de vente pourrait être malgré tout tenue à garantie, comme lorsqu'elle atteste sans nuance l'authenticité d'un bien et que celui-ci se révèle être un faux. Il existe un spectre relativement étendu de modalités de restriction de responsabilité, allant de l'exclusion pure et simple de garantie à une clause posant des conditions supplémentaires à celles prévues par la loi pour l'exercice des droits de l'acheteur.

§ 3 Droits résultant de la responsabilité extra-contractuelle de la maison de vente à l'égard de l'acheteur

- 715 Quelle que soit la relation ou l'absence de relation entre la maison de vente et l'acheteur, se pose la question des responsabilités extra-contractuelles de la maison de vente. D'une part, la maison de vente pourrait être responsable en cas de commission d'un acte illicite (A) et d'autre part lorsqu'elle a suscité la confiance de l'acheteur avant de la décevoir (B).

A. Responsabilité pour acte illicite

- 716 Pour que la maison de vente soit responsable sur la base de l'article 41 CO lorsque l'objet vendu présente un défaut, il faudrait qu'elle ait commis un acte illicite à l'encontre de l'acheteur. Un tel acte n'existe que si la maison de vente a porté atteinte à un droit subjectif absolu de l'acheteur, ou si elle a violé une norme visant à protéger les intérêts de l'acheteur. Le seul cas envisageable est celui où la maison de vente endommage le bien vendu après le transfert de propriété, auquel cas elle porte atteinte à la propriété de l'acheteur et est

responsable du dommage causé de manière fautive¹¹⁵⁹. Toutefois, une telle responsabilité peut également être exclue par la convention des parties. A moins d'une faute grave de la maison de vente (art. 100 CO), l'acheteur n'aura aucune prétention sur cette base. Il est d'ailleurs en principe assuré pour une telle éventualité. L'article 41 CO ne fonde en revanche pas de responsabilité pour la vente d'un faux.

B. Responsabilité fondée sur la confiance

- 717 Un devoir de la maison de vente de garantir la provenance et l'authenticité de l'œuvre vendue découlant des règles de la bonne foi est concevable. La situation peut être différente de cas en cas, suivant si la maison de vente traite avec un acheteur inexpérimenté, qui doit pouvoir se fonder sur les informations publiées dans le catalogue, ou si elle est la cocontractante d'un collectionneur ou d'un professionnel du marché de l'art.
- 718 La responsabilité fondée sur la confiance créée, qui se fonde sur une obligation de respecter les règles de la bonne foi, pourrait trouver application si ses conditions sont remplies¹¹⁶⁰. L'acheteur doit prouver que la maison de vente a suscité sa confiance, le conduisant à prendre des dispositions préjudiciables, puis l'a déçue. Cette responsabilité peut exister indépendamment de toute relation contractuelle entre la maison de vente et l'acheteur, mais n'est pas applicable à quiconque ; un lien spécial (*Sonderverbindung*) doit exister entre les parties¹¹⁶¹. Un tel lien n'a été que très rarement admis par la jurisprudence. Dans les hypothèses d'une représentation indirecte du fournisseur ou d'une absence de représentation, l'acheteur conclut le contrat avec la maison de vente, auquel cas la responsabilité pour la confiance est absorbée par la relation contractuelle.
- 719 Un lien spécial semble toutefois exister dans le cas d'espèce lorsque la maison de vente est représentante directe du fournisseur. Le *Sonderverbindung* se fonde à notre sens sur le fait que la maison de vente transmet directement des informations à l'acheteur. Ainsi, lorsque la maison de vente décrit un bien dans un catalogue ou dans un *condition report*, elle suscite la confiance chez l'enchérisseur inexpérimenté. Lorsque l'enchérisseur décide de faire une offre sur cette base, il prend des dispositions qui peuvent lui être préjudiciables si le bien est entaché d'un défaut, qu'il s'agisse d'un faux ou d'un simple défaut matériel, ou même d'un défaut juridique. Le préjudice est la conséquence de la confiance déçue. Toutefois, les

¹¹⁵⁹ La maison de vente est responsable de l'acte illicite de son employé selon l'article 55 CO si ce dernier a agi dans l'accomplissement de son travail et que la maison de vente ne peut pas prouver qu'elle a respecté les *curae* : *in eligendo, instruendo et custodiendo*. SCHWENZER, N 23.12 ss et 23.22 s.

¹¹⁶⁰ ATF 134 III 390 c. 4.3.2 ; ATF 130 III 345 c. 2.2, JdT 2004 I 207, SJ 2004 I 461 ; ATF 124 III 297 c. 6.a, JdT 1999 I 268, SJ 1998 460 ; ATF 121 III 350 c. 6.c ; ATF 120 II 331 c. 4 ; JdT 1995 I 359.

déclarations de la maison de vente doivent, de manière générale, être considérées comme étant celles du fournisseur directement représenté. De ce fait, la maison de vente ne s'engage pas elle-même, mais parle uniquement au nom et pour le compte du fournisseur¹¹⁶² et ne peut être tenue pour responsable des conséquences vis-à-vis du tiers. En revanche, s'il est clair que les déclarations sont faites à titre personnel, un *Sonderverbindung* est créé entre la maison de vente et l'acheteur. Dans cette mesure, la maison de vente peut être tenue pour responsable même en l'absence de toute relation contractuelle.

- 720 La maison de vente ne peut toutefois pas susciter la confiance de l'acheteur, même en dehors de la relation contractuelle, si elle exclut sa responsabilité pour les descriptions de l'objet vendu. Il est clair qu'en intégrant les conditions de vente au contrat, la maison de vente, qu'elle soit ou non venderesse, établit le fait que les descriptions des biens ne constituent pas des garanties et ne fondent pas des prétentions en dommages-intérêts. La maison de vente ne peut éveiller de confiance légitime du tiers au sujet d'une expertise lorsqu'elle déclare simultanément ne pas s'y engager¹¹⁶³. La responsabilité fondée sur la confiance ne peut être donnée que dans la mesure où les conditions de vente ne l'excluent pas ou lorsqu'une telle exclusion ne respecte pas les limites des articles 100 et 101 CO¹¹⁶⁴. Quelque garantie que ce soit, elle peut toujours être exclue par les conditions générales si la clause est suffisamment large, tout en étant précise sur les éléments couverts. Les clauses exclusives de responsabilité n'ont à présent jamais été considérées comme insolites¹¹⁶⁵. L'acheteur peut d'ailleurs

¹¹⁶¹ ATF 121 III 350 c. 6.c ; ATF 120 II 331 c. 5.a ; JdT 1995 I 359. CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 24.

¹¹⁶² CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 20 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 148.

¹¹⁶³ HIRSCH, p. 84.

¹¹⁶⁴ HIRSCH, p. 85.

¹¹⁶⁵ Par exemple, ATF 109 II 213 c. 2, JdT 1984 I 202. Cf. SCHÖNLE, p. 479.

s'attendre à voir une clause de ce type dans le contrat, dont elle ne remet pas en question le but même¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁶ Cf. PESTALOZZI, *Steigerungskauf*, CO 231 N 988. Egalement, en droit allemand, BGH, 15 janvier 1975, BGHZ 63 p. 369 c. 3. Contrairement aux cas dans lesquels le Tribunal fédéral a considéré que le contrat comportait une clause insolite : ATF 119 II 443 c. 1.a ; ATF 108 II 416 c. 1.b.

TROISIEME PARTIE : RELATION ENTRE LE FOURNISSEUR ET L'ACHETEUR

721 La dernière relation à examiner est celle prenant place entre le fournisseur du bien et l'acheteur. Notre analyse découlera directement du raisonnement fait dans les deux premières parties. Les hypothèses à traiter dépendent du rapport de représentation entre la maison de vente et le fournisseur, puisque celui-ci influe sur la conclusion ou non d'un contrat entre le fournisseur et l'acheteur (Chapitre I). Cet examen aboutira à l'analyse des droits respectifs des parties (Chapitre II).

Chapitre I : Conclusion du contrat entre le fournisseur et l'acheteur

- 722 Les modalités de conclusion du contrat de vente aux enchères sont les mêmes que dans la relation entre la maison de vente et l'acheteur. Aucun autre type de contrat que la vente (art. 184 CO) ne peut s'appliquer à la relation entre le fournisseur et l'acheteur. Le premier s'oblige à transférer la possession ainsi que la propriété d'un objet d'art tandis que le second s'engage à en payer le prix. La question est de savoir comment ce contrat de vente particulier se conclut et quel est le rôle du tiers, la maison de vente, dans la relation.
- 723 Les modalités de conclusion du contrat par l'intermédiaire de la maison de vente ont été décrites plus haut. Nous résumerons toutefois les deux situations de représentation du fournisseur par la maison de vente, influençant la relation entre le premier et l'acheteur (§ 1). Nous reviendrons ensuite brièvement sur la question de l'incorporation des conditions générales et notamment sur leur champ d'application (§ 2). Nous examinerons enfin la question de la validité du contrat de vente (§ 3).

§ 1 Représentation du fournisseur par la maison de vente

- 724 Le présent paragraphe rappelle l'incidence sur le contrat de vente d'une représentation directe (A), respectivement indirecte (B), du fournisseur par la maison de vente. Nous nous référons pour l'essentiel au raisonnement détaillé plus haut¹¹⁶⁷, lors de l'examen de la relation entre la maison de vente et le fournisseur, en ce qui concerne la réalisation des conditions d'une représentation dans le cas particulier d'une vente aux enchères d'objets d'art. On exclura toutefois logiquement le cas dans lequel la maison de vente agit pour elle-même, puisqu'aucun rapport de représentation n'entre alors en ligne de compte. Aucun fournisseur ne participe à la vente aux enchères et la relation découlant du contrat de vente est alors beaucoup plus simple, puisqu'elle n'implique que deux parties.

A. En cas de représentation directe

- 725 Il faut, pour que la maison de vente soit représentante directe du fournisseur, qu'elle ait les pouvoirs de le représenter et qu'elle agisse en son nom et pour son compte (art. 32 al. 1 CO). Or nous sommes arrivés à la conclusion, en comblement de la lacune du droit suisse ou en application de la volonté hypothétique des parties, qu'une déclaration valable de la maison de vente suppose non seulement la manifestation de la volonté d'agir au nom du fournisseur (art. 32 al. 2 CO), mais également la révélation à l'acheteur de l'identité de celui-ci. A défaut, la maison de vente est représentante indirecte du fournisseur, qui n'est pas directement lié par le contrat de vente.

¹¹⁶⁷ Cf. *supra* N 163 ss.

726 En revanche, si la maison de vente agit en tant que représentante autorisée et indique à l'acheteur l'identité du fournisseur, elle n'est pas partie au contrat de vente aux enchères, qui est alors conclu directement entre le fournisseur et l'acheteur (art. 32 al. 1 CO). Cette hypothèse est celle qui nous intéresse le plus dans la présente partie puisqu'elle met directement en relation le fournisseur et l'acheteur.

B. En cas de représentation indirecte

727 A notre sens, et selon les conclusions prises plus haut, le cas le plus fréquent dans une vente aux enchères d'objets d'art en droit suisse est une situation de représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente. La raison en est généralement le fait que la maison de vente ne peut pas révéler l'identité du fournisseur¹¹⁶⁸. L'absence de cette information l'empêche de manifester sa volonté d'agir au nom d'autrui (art. 32 al. 2 CO), cette déclaration étant alors incomplète.

728 En cas de représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente, le fournisseur et l'acheteur ne sont pas liés par le contrat de vente. L'article 32 alinéa 1 CO n'étant pas applicable, les droits et obligations ne naissent pas directement en la personne du fournisseur. Il faudrait, pour que la maison de vente puisse se retirer complètement de la relation, une cession du contrat dans son ensemble¹¹⁶⁹. Ceci ne semble guère envisageable, le fournisseur ne désirant pas se faire connaître. Il n'est pas possible d'opérer une cession de contrat alors que les parties ne se connaissent pas. Dès lors, en cas de représentation indirecte, le fournisseur et l'acheteur n'ont aucun rapport direct. Pour se libérer partiellement, la maison de vente n'a d'autre choix que de transférer au fournisseur ses droits et obligations par cession de créance et reprise de dettes (art. 32 al. 3 CO)¹¹⁷⁰. En raison des particularités de l'exécution du contrat de vente aux enchères, ces opérations ne sont généralement pas nécessaires. La loi (art. 233 al. 1 CO) ainsi que, généralement, les conditions de vente prévoient un paiement au comptant par l'acheteur¹¹⁷¹. Tout au plus le contrat de vente octroie-t-il un délai de quelques jours pour effectuer le paiement auprès de la maison de vente. Le transfert de propriété du bien est immédiat (art. 235 al. 1 CO) et la remise de la possession à l'acheteur a souvent lieu dès le paiement par ce dernier.

729 Bien qu'une cession de créance ait lieu *de lege* dès l'exécution par le fournisseur de ses obligations à l'égard de la maison de vente (art. 401 al. 1 CO), les prestations découlant du contrat de vente sont généralement exécutées auparavant, privant d'objet une cession. Le

¹¹⁶⁸ Cf. *supra* N 255.

¹¹⁶⁹ Cf. *supra* N 615 ss.

¹¹⁷⁰ Cf. *supra* N 609 ss.

¹¹⁷¹ Cf. *supra* N 578.

fournisseur a l'obligation de verser sa rémunération à la maison de vente. Ce paiement se fait généralement par compensation (art. 120 CO), la maison de vente prélevant le montant qui lui est dû sur le prix payé par l'acheteur avant de reverser la différence au fournisseur. L'application de l'article 401 alinéa 1 CO n'a pas d'objet. La reprise de la dette de la maison de vente par le fournisseur n'a pas non plus de sens, puisque, du fait de la présentation du bien lors de la vente, la maison de vente est en possession de celui-ci et le remet à l'acheteur sans que l'intervention du fournisseur ne soit nécessaire. Le transfert de propriété se fait par l'adjudication (art. 235 al. 1 CO), la maison de vente ayant l'autorisation de disposer du bien en raison du contrat de commission qui la lie au fournisseur. Par ailleurs, une reprise de dette supposerait la conclusion d'un contrat entre le fournisseur et l'acheteur (art. 176 CO), ce qui mettrait à mal la confidentialité de la vente. L'exécution des obligations résultant du contrat de vente ayant lieu immédiatement après les enchères, il est rare que la maison de vente cède ses droits et obligations au fournisseur.

730 Lorsque la représentation indirecte est due au fait que la maison de vente ne désire pas communiquer à l'acheteur l'identité du vendeur, la maison de vente a le pouvoir de la transformer en représentation directe en remplissant cette condition *a posteriori*. Le caractère provisoire de l'indétermination ne fait pas obstacle à l'application des règles sur la représentation directe. Il suffit donc qu'ultérieurement à la vente, généralement lorsque l'acheteur cherche à agir contre le vendeur en raison d'une inexécution, la maison de vente lui donne le nom du fournisseur pour que le contrat soit considéré comme conclu directement entre le fournisseur et l'acheteur¹¹⁷². Ce dernier a dès lors les moyens de faire valoir ses droits et l'entremise de la maison de vente n'est plus nécessaire. Nous pensons toutefois que la révélation de l'information de l'identité du fournisseur doit survenir avant que l'acheteur n'intente une action en justice ou que le délai de prescription pour l'exercice de ses droits n'arrive à échéance.

731 En cas de représentation indirecte, la relation entre le fournisseur et l'acheteur est inexistante. Elle n'est donc pas pertinente dans la présente analyse, si ce n'est en ce qui concerne la responsabilité extra-contractuelle des parties. Les développements relatifs au contrat ne sont pas applicables dans une telle situation. Il faut alors se référer au raisonnement fait dans la partie précédente.

§ 2 Incorporation des conditions générales

732 Les conditions de vente ne sont pas rédigées par le fournisseur mais par la maison de vente, qui est seule à entrer en contact avec l'acheteur. Or, pour lier directement l'acheteur au

¹¹⁷² Cf. *supra* N 255.

fournisseur, la maison de vente doit avoir les pouvoirs d'agir au nom et pour le compte de ce dernier. Lorsque, comme elle le fait, elle manifeste en outre la volonté d'agir au nom du représenté, elle ne peut aucunement être liée par le contrat qu'elle conclut. En particulier, la présentation de conditions générales régissant le contrat de vente ne peut lier la maison de vente à l'acheteur. En revanche, les manifestations de volonté de la maison de vente sont imputables au fournisseur qu'elle représente¹¹⁷³. La représentante garde une certaine marge de manœuvre lors de la conclusion du contrat et les conditions qu'elle propose au tiers-acheteur et qui sont acceptées par ce dernier, font partie intégrante du contrat de vente conclu. La maison de vente, en présentant les conditions de vente à l'enchérisseur lors de son inscription, manifeste donc la volonté du fournisseur de soumettre les enchères à ces modalités. Ainsi, lorsque l'acheteur formule une enchère à l'intention du fournisseur-représenté, il y inclut tacitement les conditions de vente, comme expliqué plus haut¹¹⁷⁴. Ainsi, son offre contient les conditions générales qui sont dès lors incorporées au contrat par simple acceptation au coup de marteau de la maison de vente, au nom et pour le compte du fournisseur.

733 Dès lors, quel que soit le vendeur, les conditions générales de la maison de vente sont applicables, dans la mesure où elles ont été correctement incorporées¹¹⁷⁵. Leur contenu est identique à ce qui est prévu pour réglementer la relation entre la maison de vente et l'enchérisseur, respectivement l'acheteur. Dans certains cas, la maison de vente réglemente explicitement la relation entre le fournisseur et l'acheteur. En présence de conditions générales, nous avons vu que la partie faible est protégée par l'interprétation restrictive, en sa faveur, des clauses d'exclusion de responsabilité. Cette règle pose un garde-fou à la limitation de la garantie du vendeur.

734 Une différence possible réside dans le traitement des conditions générales incorporées de manière globale. Si l'attention de l'acheteur n'a pas été portée sur des clauses surprenantes au vu de la nature du contrat, elles peuvent être considérées comme non incorporées car insolites¹¹⁷⁶. Cette protection vaut également dans la relation entre le fournisseur et l'acheteur, à condition toutefois que le fournisseur soit une partie expérimentée par rapport à l'acheteur. Un tel prérequis est probablement moins souvent réalisé que dans la relation entre la maison de vente et l'acheteur, la première étant toujours expérimentée. Par ailleurs, le fait que les clauses particulières sont principe mises en évidence graphiquement dans les conditions générales, afin d'attirer l'attention des acheteurs, ainsi que la lecture de ces clauses par un huissier avant la vente, ont pour conséquence que l'incorporation ne se fait pas globalement, ce qui évite l'application de la théorie de la clause insolite. Enfin, les conditions générales

¹¹⁷³ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 20 ; BK-ZÄCH, CO 32 N 131.

¹¹⁷⁴ Cf. *supra* N 419 s.

¹¹⁷⁵ Cf. *supra* N 413 ss.

¹¹⁷⁶ Cf. *supra* N 423 ss.

peuvent faire l'objet d'un contrôle de leur contenu (art. 8 LCD notamment), qui n'a toutefois pas de réelle portée pratique¹¹⁷⁷. Il semble donc que la protection de l'acheteur soit limitée aux règles d'interprétation spécifiques aux conditions générales, comme dans sa relation avec la maison de vente.

§ 3 Vices du contrat

735 L'on peut soulever les mêmes questions quant à la validité du contrat que dans la relation entre la maison de vente et l'acheteur. Indépendamment de la personne qui est liée, l'acheteur peut faire constater la nullité du contrat si nécessaire (art. 20 CO), déclarer invalider la vente pour vices du consentement (art. 23 ss CO)¹¹⁷⁸ ou faire valoir, comme tout autre intéressé, une action en annulation au sens de l'article 230 CO¹¹⁷⁹. L'acheteur ne peut annuler le contrat pour dol au sens de l'article 28 CO que s'il est victime d'une tromperie du vendeur. Lorsque la maison de vente agit en tant que représentante directe du fournisseur, elle exprime la volonté de celui-ci, à qui l'on peut imputer le dol de la représentante¹¹⁸⁰. Le fournisseur est donc responsable de son propre dol et de celui de la maison de vente.

736 Une des difficultés qui se pose consiste en la cession de l'exercice du droit formateur d'invalidation, qui n'est en principe pas possible¹¹⁸¹. Il s'agit d'un droit de nature personnelle qui appartient à la personne qui a conclu le contrat. La maison de vente pourrait éventuellement représenter le fournisseur, en cas d'autorisation par celui-ci, pour manifester sa volonté d'invalidier le contrat au sens de l'article 31 CO. La procuration, souvent comprise dans le contrat conclu entre la maison de vente et le fournisseur, devrait alors être explicite à ce sujet. Un exemple de terminologie utilisée dans un rapport de base est la suivante¹¹⁸² :

« Nous sommes autorisés, agissant en tant que mandataire [du vendeur], à accepter la restitution de tout objet et à annuler la vente à tout moment si nous constatons, selon notre propre jugement, dans le délai d'un an du jour de la vente, que la vente de l'objet nous fait ou peut nous faire encourir une quelconque responsabilité. »

¹¹⁷⁷ Cf. *supra* N 431 s.

¹¹⁷⁸ Cf. *supra* N 491 ss.

¹¹⁷⁹ Cf. *supra* N 552 ss.

¹¹⁸⁰ RUOSS, *Scheingebote*, p. 172 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1444 ss.

¹¹⁸¹ BK-SCHMIDLIN, CO 31 N 76. ATF 84 II 355 c. 3. Une des exceptions à ce principe serait le cas dans lequel un représentant indirect conclut un contrat pour le compte d'autrui et cède ensuite le contrat à son représenté. Il nous semble toutefois que la cession du droit formateur d'invalidation attaché au contrat devrait n'être possible qu'en cas de cession du rapport contractuel dans son ensemble. Cf. REYMOND, *Cession*, p. 84. ATF 41 II 571 c. 2.

¹¹⁸² Contrat-type conclu entre le fournisseur et Christie's.

Cette clause donne à la maison de vente les pouvoirs d'invalidier le contrat au nom du fournisseur. Elle reste dans cette hypothèse représentante du fournisseur et intervient pour lui dans les questions subséquentes à la vente.

- 737 En ce qui concerne l'application de la LTBC, nos conclusions sont les mêmes que plus haut¹¹⁸³, à savoir que la violation d'un devoir de diligence de la maison de vente, que celle-ci soit venderesse ou simple intermédiaire, n'entraîne pas la nullité du contrat. Une remarque doit cependant être ajoutée dans la perspective des obligations du fournisseur. Celui-ci peut, dans certains cas, être considéré comme commerçant d'art au sens de l'article 16 LTBC et devoir respecter le devoir de diligence en découlant. Cette situation est réalisée lorsque le fournisseur remplit les conditions de l'article 16 OTBC¹¹⁸⁴, donc lorsqu'il acquiert des biens culturels dans le but de les revendre pour son propre compte ou qu'il en fait le commerce pour le compte de tiers. S'il est domicilié en Suisse, il doit en outre être tenu de s'inscrire au registre du commerce. S'il est domicilié à l'étranger en revanche, il doit faire un chiffre d'affaire annuel en Suisse supérieur à CHF 100'000.-. Lorsqu'il remplit ces conditions, le fournisseur doit respecter le devoir de diligence détaillé plus haut, sous peine d'être soumis à une sanction pénale (art. 24 et 25 LTBC). Ses obligations sont les mêmes que celles de la maison de vente.

¹¹⁸³ Cf. *supra* N 547.

¹¹⁸⁴ Cf. *supra* N 519 ss.

Chapitre II : Droits respectifs du fournisseur et de l'acheteur

738 Les droits des parties se divisent en différentes sous-catégories. Dans un premier temps, si un contrat de vente lie le fournisseur à l'acheteur, chacun peut prétendre à l'exécution du contrat (§ 1). Si celle-ci n'intervient pas, les parties peuvent faire valoir certains moyens tirés de l'inexécution (§ 2). Des droits découlant d'une responsabilité extra-contractuelle sont également envisageables (§ 3). Nous verrons enfin s'il existe des cas d'action récursoire entre le fournisseur et la maison de vente (§ 4).

§ 1 Droit à l'exécution du contrat

739 Lorsque la maison de vente agit comme représentante directe du fournisseur, tous les droits et obligations résultant de la vente aux enchères naissent directement en la personne de ce dernier. La maison de vente n'est pas partie au contrat de vente. Ce nonobstant, les conditions générales prévoient souvent qu'elle agit encore comme intermédiaire dans la relation entre le fournisseur et l'acheteur après la conclusion du contrat¹¹⁸⁵. Pour ce faire, au niveau des rapports internes, le fournisseur peut céder à sa représentante l'exercice de ses droits ainsi que lui déléguer l'exécution de ses obligations, si celles-ci ne sont pas strictement personnelles (art. 68 CO)¹¹⁸⁶. La maison de vente reste alors *de facto* un intermédiaire dans la relation entre le fournisseur et l'acheteur. Elle prévoit en général dans le contrat avec le fournisseur qu'elle transférera elle-même la propriété¹¹⁸⁷ ainsi que la possession du bien et en obtiendra le paiement. De telles clauses autorisent la maison de vente à agir en tant qu'auxiliaire du fournisseur dans l'exécution au sens de l'article 101 CO dans les rapports externes.

A. Exécution par l'acheteur

740 L'acheteur s'exécute souvent en mains de la maison de vente pour faciliter le traitement des conséquences de la vente, même en cas de représentation directe. Le paiement devant en

¹¹⁸⁵ Par exemple dans le cas, cité plus haut, du contrat conclu entre Christie's et le fournisseur dont une des clauses est formulée comme suit : « Nous sommes autorisés, agissant en tant que mandataire [du vendeur], à accepter la restitution de tout objet et à annuler la vente à tout moment si nous constatons, selon notre propre jugement, dans le délai d'un an du jour de la vente, que la vente de l'objet nous fait ou peut nous faire encourir une quelconque responsabilité. »

¹¹⁸⁶ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 6.

¹¹⁸⁷ La maison de vente doit à cet effet avoir l'autorisation du vendeur, cf. *supra* N 154. Le transfert de propriété a en principe lieu *de lege* au moment de l'adjudication (art. 235 al. 1 CO). Certaines maisons de vente le confirment dans leurs conditions générales. Christie's par exemple prévoit à l'article 7 de ses conditions de vente que : « [t]he Buyer acquires title to the object as it is knocked down to him and any profits or risks from such moment shall be his ». De même, selon l'article 9 des conditions générales de Fischer, « [l]a propriété et le risque passent à l'acquéreur dès l'adjudication ». Sotheby's en revanche ne transfère la propriété « qu'après complet paiement à Sotheby's du "montant total dû" au titre dudit lot ».

principe avoir lieu comptant et selon les modalités détaillées précédemment¹¹⁸⁸ (art. 233 al. 1 CO et conditions de vente énumérées plus haut), si chaque adjudicataire devait s'exécuter immédiatement auprès du fournisseur, souvent absent lors des enchères, la tâche pourrait se révéler particulièrement compliquée. Il semble en effet adéquat de laisser la maison de vente prendre en charge non seulement la livraison du bien, mais également la réception du prix pour le compte du vendeur. Le fournisseur-vendeur peut alors demander la restitution du prix sur la base de l'article 400 CO¹¹⁸⁹. Cette disposition prévoit la restitution au représenté de tout ce que le représentant a reçu du chef du mandat, ce qui comprend le prix payé par l'acheteur.

B. Exécution par le fournisseur

- 741 L'exécution du contrat de vente se fait de manière identique à ce qui se produit lorsque la maison de vente est venderesse. Le fournisseur a l'obligation de transférer la propriété et la possession du bien à l'acheteur. Le transfert de propriété se fait automatiquement à la conclusion du contrat de vente (art. 235 al. 1 CO) pour autant que le fournisseur ait le pouvoir de disposer du bien. Cette condition est réalisée s'il est propriétaire du bien ou si le propriétaire lui a donné le pouvoir d'aliéner la chose¹¹⁹⁰.
- 742 En ce qui concerne le transfert de possession du bien, ce n'est en général pas le fournisseur lui-même qui remet le bien à l'acheteur, mais la maison de vente. Bien que celle-ci n'ait aucune obligation dérivant du contrat de vente, elle prend en charge le transfert de possession du bien pour le compte du fournisseur ainsi que l'obtention du prix afin de faciliter le déroulement de l'exécution. La maison de vente, en tant que représentante, est possesseur dérivé du bien, alors que le fournisseur en est possesseur originaire. Du fait de sa possession dérivée, la maison de vente a la possibilité de transférer à l'acheteur la possession du bien en application de l'article 923 CC. L'on considère alors que le transfert du fournisseur à l'acheteur a eu lieu entre absents¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Cf. *supra* N 577 ss.

¹¹⁸⁹ Dans la mesure où nous qualifions la relation entre le fournisseur et la maison de vente de mandat au sens large. Cf. *supra* N 161 s.

¹¹⁹⁰ Cf. *supra* N 591 ss.

¹¹⁹¹ STEINAUER, Vol. I, N 256 ss ; cf. *supra* N 594.

§ 2 Droits découlant d'une inexécution

743 L'analyse faite précédemment pour la relation entre la maison de vente et l'acheteur en cas de représentation indirecte¹¹⁹² est transposée pour l'essentiel à la relation fournisseur-acheteur. En effet, si la maison de vente représente directement le fournisseur, celui-ci est le vendeur et a des obligations identiques à celles de la maison de vente lorsque celle-ci est venderesse. La représentation directe du fournisseur ayant pour conséquence de le lier à l'acheteur, ce dernier a la possibilité de faire valoir ses droits contre le premier. En revanche, lorsque la maison de vente est représentante indirecte, il ne suffit pas d'une cession de créance et d'une reprise de dette pour qu'elle transfère au fournisseur toutes ses obligations en cas d'inexécution¹¹⁹³. Les prétentions en inexécution ainsi que les déclarations d'invalidation ou de résolution du contrat doivent être destinées à la maison de vente, qui ne peut s'extraire du rapport contractuel, comme vu dans la partie précédente. Le raisonnement qui suit ne s'applique donc pas à cette situation.

A. Inexécution par l'acheteur

744 La situation d'inexécution par l'acheteur est identique à celle existant lors d'une représentation indirecte du fournisseur par la maison de vente¹¹⁹⁴. Le seul moyen du fournisseur est de mettre l'acheteur en demeure. Celle-ci intervient automatiquement en cas de non-exécution au terme, qu'il soit immédiat selon l'art. 233 al. 1 CO ou fixé par les conditions générales, et permet au fournisseur de se départir du contrat sans délai (art. 233 al. 2 CO) ou d'utiliser les autres alternatives de l'article 107 alinéa 2 CO de manière anticipée. Le fait que le vendeur est le fournisseur et non la maison de vente n'a aucune influence sur cette prétention, si ce n'est évidemment sur la légitimation active.

B. Inexécution par le fournisseur

745 Que le vendeur soit la maison de vente ou le fournisseur ne modifie aucunement, comme nous l'avons vu, les obligations dues. Il en est de même pour les moyens de l'acheteur découlant d'une inexécution, si ce n'est qu'il lui faut les exercer à l'encontre du fournisseur et non de la maison de vente. Nous les évoquons à nouveau dans ce chapitre en renvoyant au raisonnement pertinent, en commençant par la demeure du fournisseur (1), puis en traitant son obligation de garantie (2) avant de conclure sur la question des clauses exonératoires de responsabilité (3).

¹¹⁹² Cf. *supra* N 622 ss.

¹¹⁹³ Cf. *supra* N 615.

¹¹⁹⁴ Cf. *supra* N 623.

1. Demeure

746 La demeure du fournisseur (art. 102 ss CO) est traitée comme la demeure de la maison de vente lorsque cette dernière est liée à l'acheteur¹¹⁹⁵. A nouveau, le cas est extrêmement rare puisque le principe même de la vente aux enchères suppose la présentation préalable du bien et sa mise à disposition immédiate. Notons encore que si le fournisseur ne livre pas immédiatement la chose vendue en raison du non-paiement par l'acheteur, il ne peut tomber en demeure puisqu'il peut justifier son inexécution grâce à l'exception dilatoire de l'article 82 CO (*exceptio non adimpleti contractus*), posant le principe de réciprocité des prestations. Dans l'hypothèse où le fournisseur est en demeure, l'acheteur peut demander la réparation de son dommage pour cause d'exécution tardive (art. 103 CO). Sous condition que l'acheteur octroie au fournisseur un délai supplémentaire raisonnable pour l'exécution (art. 107 al. 1 CO), il peut, à l'échéance du délai et en l'absence d'exécution, renoncer à la livraison du bien (art. 107 al. 2 CO). Il a alors le choix entre une prétention en réparation de son intérêt positif (identique à celui de l'art. 97 CO) et la résolution du contrat (art. 109 CO).

2. Garanties découlant du contrat de vente

747 L'acheteur a les mêmes moyens à l'encontre du fournisseur qu'il aurait eus contre la maison de vente si celle-ci avait été représentante indirecte. Les défauts envisageables sont la vente d'un faux ou d'un objet d'art défectueux, abîmé ou mal restauré. Il est également possible que le vendeur ait donné des garanties, expresses ou tacites¹¹⁹⁶, supplémentaires qui constitueraient des promesses de qualité au sens de l'article 197 CO¹¹⁹⁷. En l'absence de telles qualités ou si le bien ne correspond pas aux attentes légitimes de l'acheteur, celui-ci a une prétention en responsabilité contre le fournisseur. Les moyens en découlant sont, suivant la gravité du cas, une résolution du contrat ou une action minutoire (art. 205 al. 1 CO), doublées d'une action en dommages-intérêts (sur la base, respectivement, des art. 208 al. 2 et 97 CO). Si le fournisseur livre un *aliud*, ce qui semble peu probable, l'acheteur peut directement faire valoir les droits des articles 97 ss CO, sans avoir à respecter l'avis des défauts de l'article 201 CO ainsi que le court délai de prescription de l'article 210 CO. Un cas d'éviction constitue également un cas de défaut (art. 192 CO) qui entraîne la résolution du contrat assortie d'une prétention en dommages-intérêts (art. 196 CO).

¹¹⁹⁵ Cf. *supra* N 632 ss.

¹¹⁹⁶ Par le biais d'une estimation de la valeur du bien élevée par exemple, qui peut donner à l'acheteur l'impression que le vendeur garantit que le bien a des qualités particulières justifiant son prix. L'estimation erronée ne constitue pas en tant que telle un défaut. Cf. *supra* N 654.

¹¹⁹⁷ Egalement dans le cas où l'expertise est fournie par la maison de vente ou un tiers, puisque l'expert est un auxiliaire du vendeur, pour l'activité duquel ce dernier est responsable au sens de l'article 101 CO.

- 748 Si le fournisseur avait délégué l'exécution d'une de ses obligations à la maison de vente, comme l'estimation ou la conservation du bien, il est responsable des dommages causés par celle-ci et par ses employés au sens de l'article 101 alinéa 1 CO. En effet, la délégation d'une obligation permet de qualifier la maison de vente d'auxiliaire. Même si le fournisseur a le droit de ne pas exécuter lui-même tous ses engagements (art. 68 CO)¹¹⁹⁸, il est responsable pour leur inexécution dans la mesure où l'auxiliaire a causé un dommage dans l'accomplissement de son travail. Contrairement à l'article 97 CO qui octroie au débiteur de la prestation inexécutée une réelle preuve libératoire en cas d'absence de faute, l'article 101 CO présume une faute hypothétique du débiteur, qu'il est presque impossible de contrer. Il faudrait parvenir à prouver que, si le débiteur avait agi comme son auxiliaire l'a fait, il n'aurait pas commis de faute. Cette preuve n'a, à notre connaissance, jamais été apportée en pratique.
- 749 En résumé, les moyens à disposition de l'acheteur contre le fournisseur en cas de représentation directe sont les mêmes qu'en cas de représentation indirecte contre la maison de vente. Dans les situations, relativement fréquentes au vu de l'étendue des pouvoirs octroyés à la maison de vente, où ce n'est pas le fournisseur lui-même qui a agi, sa responsabilité n'en est pas amoindrie grâce à l'application de l'article 101 CO. Les remarques supplémentaires, notamment en rapport avec la vente d'un bien culturel (si le fournisseur est un commerçant d'art au sens de l'article 16 OTBC¹¹⁹⁹) et la garantie pour les défauts, sont également applicables à la présente situation.

3. Exclusion de garantie

- 750 Les conditions de vente excluent en général en des termes identiques la responsabilité des maisons de vente et de leurs fournisseurs. Celles de Christie's¹²⁰⁰ prévoient par exemple, en leur article 6 :

« [...] *Neither Christie's nor the Seller shall be responsible for any defects of any objects, nor do they warrant the correctness of statements concerning authorship, origin, date, age, attribution, genuineness, provenance, weight or condition of any object* [...] » (Mise en évidence par l'auteur).

- 751 Un autre exemple est l'article 7 des conditions de vente de Sotheby's¹²⁰¹ :

¹¹⁹⁸ La livraison d'un bien n'est pas une obligation à caractère strictement personnel. CR CO I-HOHL, CO 68 N 5.

¹¹⁹⁹ Cf. *supra* N 737.

¹²⁰⁰ Cf. Annexe I.

¹²⁰¹ Cf. Annexe II.

« Les obligations du vendeur vis-à-vis des acheteurs. Les obligations du "vendeur" à votre égard sont limitées de la même manière que nos obligations à votre égard. Toutes les obligations ou garanties, expresses ou implicites sont exclues, à moins que la loi ne permette pas une telle exclusion des obligations légales. Nous nous réservons le droit de convenir avec le "vendeur" de modifications à ses garanties. »

- 752 On voit ainsi que la maison de vente inclut son représenté dans la relation avec l'acheteur et fait en sorte que l'accord des parties contienne les mêmes règles quel que soit le vendeur. Le résultat est donc le même que vu dans la relation entre la maison de vente et l'acheteur dans une situation de représentation indirecte¹²⁰². La garantie est valablement exclue dans les limites posées par la loi, notamment par l'article 234 alinéa 3 CO, qui doit lui-même être analysé à la lumière des articles 100, 195 et 199 CO. Le fournisseur ne peut se libérer en cas de dol ou de faute grave dans l'exécution du contrat.
- 753 A notre sens, dans l'hypothèse où la maison de vente n'a pas exclu expressément la responsabilité du fournisseur en cas de représentation directe, mais uniquement la sienne en représentation indirecte, le contrat doit être interprété dans le sens d'une exclusion de garantie valant pour le fournisseur également. Les conditions de vente mentionnant le vendeur s'appliqueraient, de cas en cas, à celui que l'on peut qualifier juridiquement de vendeur, à savoir le fournisseur en cas de représentation directe ou la maison de vente en cas de représentation indirecte. L'acheteur est en effet prêt à ne pas pouvoir faire valoir de droits résultant de l'inexécution de la maison de vente ; il est cohérent de considérer que la volonté hypothétique des parties est de libérer le vendeur de sa responsabilité quelle que soit la personne du cocontractant. Cette conclusion dépend de l'interprétation que le juge pourra faire du contrat selon les spécificités du cas d'espèce.
- 754 Lorsque le fournisseur, et non la maison de vente, est lié par le contrat de vente conclu avec l'acheteur, la question de la limite de l'article 100 alinéa 2 CO ne se pose pas. Le fournisseur n'est pas lui-même un professionnel d'une branche soumise à autorisation. De plus, l'acheteur connaît le nom du fournisseur-vendeur et conclut directement avec lui par l'entremise de la maison de vente. La négociation des conditions de vente serait donc envisageable. Il est peu probable que le fournisseur du bien ait une position sur le marché aussi importante que certaines maisons de vente de manière à ce que l'on doive se demander s'il nécessite une protection supplémentaire¹²⁰³.
- 755 Malgré les légères divergences entre les clauses contractuelles exonératoires de responsabilité ainsi qu'entre les règles applicables aux différentes relations analysées dans le présent travail, les conclusions que nous pouvons en tirer sont similaires. Les limites posées par la loi,

¹²⁰² Cf. *supra* N 682 ss.

¹²⁰³ Comme examiné *supra* n. 1126.

qu'elles soient générales ou spécifiques à un type de contrat, se recoupent. Enfin, les maisons de vente tentent de limiter leurs garanties concernant les éléments du contrat sur lesquels subsiste une incertitude, en particulier par rapport avec l'authenticité des biens. Celle-ci reste le point central du type de ventes que nous traitons, puisqu'elle est la caractéristique essentielle à l'existence d'un objet d'art¹²⁰⁴.

§ 3 Droits découlant d'une responsabilité extra-contractuelle

- 756 Le fournisseur peut également engager sa responsabilité extra-contractuelle envers l'acheteur, qu'elle soit cumulée à une responsabilité pour inexécution ou indépendante. Nous examinerons dans un premier temps le cas où le fournisseur est vendeur de la chose, avant de traiter la situation dans laquelle il n'est qu'un tiers au contrat de vente puisque la maison de vente est sa représentante indirecte.
- 757 La responsabilité délictuelle du fournisseur sur la base des articles 41 ss CO n'a pas d'intérêt particulier dans le cadre qui nous intéresse. Elle peut être donnée si le fournisseur porte atteinte à la propriété de l'acheteur, c'est-à-dire s'il endommage le bien une fois que la propriété a été transférée (selon l'art. 235 al. 1 CO au moment de l'adjudication), alors que la livraison n'a pas encore eu lieu. Dans ce cas, l'acheteur a un concours alternatif d'actions contre le fournisseur si celui-ci est son cocontractant, puisqu'il peut également utiliser la garantie pour les défauts résultant du contrat de vente ou les règles sur l'inexécution. Il a le choix d'exercer l'action qui lui convient le mieux. Les différences principales résident dans la preuve de la faute du fournisseur, qui doit être apportée par le lésé selon l'article 41 CO alors qu'elle est présumée dans l'action en inexécution, ainsi que dans le délai de prescription d'une année pour la responsabilité pour acte illicite (art. 60 CO), similaire à celui de l'article 210 CO mais beaucoup plus court que celui de l'article 127 CO.
- 758 Si le fournisseur n'est pas le cocontractant de l'acheteur, la maison de vente ayant agi comme représentante indirecte, l'article 41 CO est le seul moyen d'action du second contre le premier. Une difficulté supplémentaire se pose alors en pratique : la raison d'un rapport de représentation indirecte entre le fournisseur et la maison de vente est généralement l'anonymat du fournisseur. Si l'acheteur ne connaît pas l'identité de ce dernier, il ne lui sera pas possible d'agir. Seule la responsabilité pour inexécution de la maison de vente semble alors envisageable.
- 759 Il en est de même d'une éventuelle responsabilité du fournisseur fondée sur la confiance créée en la personne de l'acheteur. Si le fournisseur n'est pas partie au contrat avec l'acheteur, la raison en est très certainement l'absence de connaissance par ce dernier de l'identité du

¹²⁰⁴ Cf. *supra* N 17 ss.

premier. De ce fait, il semble peu probable que le fournisseur ait donné des indications sur le bien vendu susceptibles de créer la confiance de l'acheteur. Si des assurances ont été données par la maison de vente, celle-ci en répond comme analysé plus haut¹²⁰⁵, à moins qu'elles n'aient été faites en représentation directe du fournisseur, auquel cas elles sont imputables à ce dernier. Par ailleurs, lorsque le fournisseur est lié contractuellement à l'acheteur, la responsabilité fondée sur la confiance est absorbée par celle résultant du rapport contractuel. Il nous semble donc peu probable que l'acheteur parvienne à obtenir réparation par le fournisseur sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance.

§ 4 Action récursoire entre la maison de vente et le fournisseur

- 760 Dans la mesure où le fournisseur est tenu pour responsable à l'égard de l'acheteur du fait de l'inexécution d'une des obligations résultant de la vente, il nous faut examiner sa possibilité de recourir contre la maison de vente en raison de la violation par celle-ci d'une de ses obligations découlant du mandat. Le fournisseur est tenu pour responsable du comportement de la maison de vente dans l'exécution du contrat au sens de l'article 101 CO. S'il est tenu pour responsable d'un dommage causé à l'acheteur par le fait de la maison de vente ou d'un de ses employés, le fournisseur subit un dommage. Ayant mandaté la maison de vente pour exécuter lesdites obligations, le fournisseur peut agir contre elle en inexécution et éventuellement obtenir des dommages-intérêts équivalant au montant dû à l'acheteur. Il peut également demander la réduction des honoraires ou même le non-paiement, comme vu plus haut, en raison de la violation de ses obligations par la maison de vente (art. 398 al. 2 CO)¹²⁰⁶.
- 761 La situation inverse est également envisageable. Prenons l'exemple du fournisseur qui viole son devoir d'information à l'égard de la maison de vente, commissionnaire de vente. Sur la base des informations reçues, celle-ci promet, expressément ou tacitement, certaines qualités de la chose à l'acheteur. Ce dernier se rend compte que le bien est défectueux et agit en responsabilité contre la maison de vente, qui est venderesse. En payant des dommages-intérêts à l'acheteur, la maison de vente subit un dommage puisque son patrimoine diminue de manière involontaire. Pour la réparation de ce dommage, elle peut se retourner contre le fournisseur sur la base de l'article 97 CO.
- 762 Reste à examiner si dans les cas évoqués ci-dessus, le fournisseur et la maison de vente sont solidaires vis-à-vis de l'acheteur. Ce n'est à notre sens pas le cas. Même si les conditions générales de vente aux enchères traitent généralement à la fois de la responsabilité du fournisseur et de celle de la maison de vente, notre analyse a démontré que seul l'un ou l'autre

¹²⁰⁵ Cf. *supra* N 718.

¹²⁰⁶ Cf. *supra* N 285 ss.

est lié par le contrat de vente, suivant si l'on est en situation de représentation directe ou indirecte.

- 763 Selon l'article 143 CO, la solidarité n'existe que lorsqu'elle est prévue par la loi ou la convention des parties¹²⁰⁷. Le contrat de vente ne pourrait engager à la fois le vendeur et la maison de vente que dans l'hypothèse où celle-ci le prévoirait dans ses conditions de vente. Le simple fait pour la maison de vente de traiter de sa responsabilité ainsi que de celle du fournisseur dans ses conditions générales n'est pas constitutif d'une manifestation tacite de la volonté de les engager solidairement. A défaut de base légale prévoyant la solidarité en cas d'inexécution et dans la mesure où le fournisseur et la maison de vente ne s'obligent pas à répondre solidairement, l'article 143 CO n'est pas applicable et aucune solidarité passive n'existe¹²⁰⁸. Une action récursoire entre la maison de vente et le fournisseur n'est donc pas possible sur cette base.
- 764 En droit américain, lorsque l'*agent* ne révèle pas l'identité du *principal* et que la relation avec le tiers résulte d'une *unidentified agency*, l'*agent* est supposé engagé au côté du *principal*. Cela ne suppose pas forcément une solidarité des parties, mais plutôt un droit d'option du tiers-contractant. Si celui-ci a ultérieurement connaissance de la personne du représenté, il a le droit d'agir contre ce dernier ou contre le représentant. Ce choix n'existe toutefois que rarement dans la mesure où la raison intrinsèque de ce type de représentation est précisément le fait que le tiers n'a pas connaissance du représenté et n'a pas la possibilité d'agir contre lui en justice. Une éventuelle action récursoire n'a donc pas de fondement, le seul moyen d'action du représenté à l'encontre du représentant résultant du rapport d'*agency* et des devoirs qui y sont liés.

¹²⁰⁷ ENGEL, Obligations, p. 837 ; CR CO I-ROMY, CO 143 N 5 ss.

¹²⁰⁸ Sauf dans la situation où l'un des deux commet un acte illicite dont l'autre est responsable contractuellement. L'article 51 CO s'applique et la maison de vente et le fournisseur sont solidairement responsables. Cette hypothèse n'est pas particulièrement pertinente dans le cadre qui nous intéresse.

CONCLUSION

- 765 Le complexe de relations tripartite mis en place lors de la vente aux enchères d'un objet d'art est la source de différents rapports contractuels dont la qualification varie en fonction des exigences posées par les parties. La relation entre le fournisseur du bien et la maison de vente, qui amorce le processus temporellement et matériellement, est conclue dans le but de mettre en vente un bien. Les parties passent, suivant le rapport de représentation direct ou indirect qui les lie, un contrat respectivement de mandat (art. 394 ss CO) ou de commission (art. 425 ss CO)¹²⁰⁹. A défaut de convention contraire des parties, les règles dispositives régissant ces contrats sont donc applicables.
- 766 Bien que la solution fréquemment adoptée par les parties lors de ventes aux enchères en Suisse soit d'instituer un rapport de représentation directe vis-à-vis du tiers-enchérisseur, certaines caractéristiques du cas que nous examinons sont peu compatibles avec un engagement de la maison de vente comme simple intermédiaire. Les transactions sont, dans ce domaine, hautement confidentielles, ce qui implique que les fournisseurs d'objets d'art ne désirent pas apparaître nominativement lors de la vente¹²¹⁰.
- 767 Le droit de la représentation (art. 32 ss CO) ne prévoit pas la situation dans laquelle l'identité du représenté n'est pas divulguée au tiers-contractant. L'institution, non codifiée mais admise par la jurisprudence et la doctrine, se rapprochant le plus du cas que nous traitons, est celle de « l'acte pour le compte de celui que cela concerne »¹²¹¹. Toutefois, les conséquences de ce concept ne sont pas claires lorsque l'absence d'identification du représenté n'est pas provisoire. Nous pensons qu'il s'agit là d'une lacune du contrat conclu par le biais du représentant avec le tiers¹²¹², mais également d'une lacune du droit suisse. De nombreux indices dans le sens d'un engagement plus important de la maison de vente que comme simple intermédiaire apparaissent dans les conditions générales. Ils résultent dans certains cas de clauses contractuelles suggérant l'implication de la représentante, dans d'autres de l'emploi d'une terminologie issue de systèmes légaux dits de *common law*. Celle-ci suggère que la volonté hypothétique de la maison de vente est de se trouver engagée envers l'acheteur afin de gérer elle-même toute question en rapport avec l'exécution du contrat de vente. Nous en concluons qu'un rapport de représentation indirect entre la maison de vente et le fournisseur est la solution la plus adéquate dans une perspective de droit suisse.
- 768 La caractéristique essentielle de la vente aux enchères traditionnelle réside dans l'importance de la participation de la maison de vente. Les commissions perçues sont justifiées par l'activité déployée, mais également par le fait que la maison de vente joue le rôle d'un écran

¹²⁰⁹ Cf. *supra* N 96 ss.

¹²¹⁰ Cf. *supra* N 210 ss.

¹²¹¹ Cf. *supra* N 214 ss.

¹²¹² Cf. *supra* N 238 ss..

entre l'acheteur et le fournisseur. Elle est de ce fait davantage exposée, ce qui est, dans une certaine mesure, dans son intérêt, notamment par rapport à sa renommée sur le marché, à son capital de connaissances et de compétences dans le domaine et à sa capacité à créer un réseau d'amateurs et de professionnels, d'acquéreurs et de fournisseurs. Cette position-clé a cependant pour contrepartie une responsabilité à l'égard des clients inhérente à l'activité déployée. Ceci se traduit par l'engagement de la maison de vente en tant que représentante indirecte lorsqu'elle ne fournit pas à l'acheteur le nom du fournisseur-représenté¹²¹³.

- 769 La vente aux enchères d'objets d'art est un exemple parmi d'autres d'un complexe contractuel tripartite. Des situations similaires se développent lorsque la conclusion d'un contrat implique un intermédiaire, dont le rôle est fondamental pour déterminer les relations entre les autres parties et la place du représentant dans ce rapport. Nombreux sont les cas dans lesquels l'intermédiaire est représentant direct et ne fait que tisser le lien entre le représenté et le tiers, sans jamais faire lui-même partie du contrat. Le cas de la vente aux enchères d'objets d'art met toutefois en lumière, en droit suisse, une situation insatisfaisante à laquelle aucune règle légale ne semble s'appliquer. Le vide juridique qui en résulte doit être comblé.
- 770 Le droit suisse ne régit pas la représentation d'un *unidentified principal*. Bien que les solutions à ce problème divergent dans les différents ordres juridiques étrangers, la situation de la représentation d'une personne non identifiée y est généralement réglée. Les nouvelles réglementations et le droit harmonisé aboutissent à un engagement du représentant envers le tiers. L'institution de l'*unidentified principal* n'a aucun équivalent en droit suisse. Il faut donc créer une règle de toutes pièces, formée grâce à la matière fournie par les droits étrangers, matière qui doit être coulée dans un moule de droit suisse. Le droit suisse ne connaît que la représentation directe et la représentation indirecte, qui n'est pas considérée comme une réelle représentation puisqu'elle ne fait pas naître de droits et obligations directement en la personne du représenté. C'est la raison qui la rend la plus intéressante pour régir la relation entre la maison de vente, le fournisseur et l'acheteur.
- 771 Notre raisonnement sur l'application de la représentation indirecte ne doit toutefois pas se limiter au cas particulier de la vente aux enchères d'objets d'art. Le comblement de cette lacune du droit suisse est essentiel dans la perspective d'une réglementation adéquate des relations contractuelles nouées dans notre économie de plus en plus spécialisée. Le marché de l'art n'est pas le seul domaine dans lequel un intermédiaire expérimenté met en rapport des parties sans assurer une transparence absolue. Nous pensons notamment aux transactions sur des valeurs mobilières effectuées par des intermédiaires financiers pour le compte de leurs clients. Cette situation est selon nous tout à fait acceptable dans une perspective purement contractuelle, à condition que le représentant ne puisse pas s'extraire complètement de la

¹²¹³ Cf. *supra* N 255.

relation sans que les parties n'aient de recours contre leur cocontractant. Dès lors, il convient d'établir la règle selon laquelle tout représentant direct qui ne dévoile pas au tiers les informations nécessaires à assurer le droit d'action de celui-ci contre le représenté devient, *de lege*, un représentant indirect¹²¹⁴.

- 772 Le rôle de la maison de vente suppose également l'application de devoirs de diligence stricts concernant son activité. Ces obligations se reflètent à la fois dans le droit des obligations traditionnel et dans les nouvelles lois réglementant le marché de l'art et le transfert de biens culturels. Cette branche économique étant particulièrement exposée, que ce soit en termes de trafic illicite ou de problèmes d'authenticité, exacerbés par les montants significatifs que peuvent atteindre certains biens, les contraintes sont d'autant plus fortes. Il ne faut toutefois pas leur attribuer des conséquences qu'elles n'ont pas, notamment en étendant le champ d'application des articles 19 et 20 CO, limites de la liberté contractuelle. Le contrat ne doit être considéré comme nul que dans les situations extrêmes, de dernier recours.
- 773 Le but de protection des biens culturels institué par la LTBC en matière de transfert de tels biens ne dicte pas comme conséquence de la violation d'un devoir de diligence par la maison de vente la nullité du contrat de vente¹²¹⁵. Le comportement du commerçant est sanctionné par des dispositions pénales (art. 24 et 25 LTBC) mais ne doit pas affecter la validité d'un contrat indépendamment de tout vice touchant le bien vendu. Par ailleurs, dans les situations où un bien culturel d'origine illicite a fait l'objet d'une vente aux enchères, sa restitution a lieu sur la base des articles 9 LTBC ou 641 CC, sans que la nullité du contrat ne soit requise. L'acheteur de bonne foi d'un tel bien est lui aussi doublement protégé, d'une part par la réglementation de droits réels qui lui accorde une indemnité, d'autre part par la garantie pour éviction (art. 192 ss CO) et pour les défauts (art. 197 ss CO) qu'il peut faire valoir à l'encontre du vendeur, ainsi que par le droit d'invalidier le contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Le législateur a créé un système complet et autosuffisant, dans lequel il n'est ni nécessaire ni adéquat d'ajouter des moyens de droit radicaux tels que la nullité.
- 774 Ainsi, lorsqu'un contrat de vente aux enchères valable est conclu, il lie alternativement la maison de vente ou le fournisseur à l'acheteur, suivant si le rapport de représentation institué dans la relation entre les premiers est indirect ou direct. Dans les deux cas, nous considérons que la maison de vente ne peut être courtière de l'acheteur, faute de déployer une activité dans son intérêt. La position conflictuelle dans laquelle elle se trouverait ne serait pas compatible avec le devoir de fidélité exigé d'elle, même si celui-ci était restreint. La *commission-acheteur* doit donc être qualifiée de fraction du prix de vente que la maison de vente prélève, à titre de

¹²¹⁴ Cf. *supra* N 249 ss.

¹²¹⁵ Cf. *supra* N 506 ss.

supplément de rémunération, avant de restituer au fournisseur ce qu'elle lui doit en vertu de l'article 400 CO¹²¹⁶.

775 Les modalités d'exécution du contrat de vente ne sont pas sensiblement différentes dans les cas de représentation directe et de représentation indirecte. Dans les deux cas en effet, la maison de vente reste impliquée au-delà de la vente, en tant qu'auxiliaire pour la livraison du bien et le paiement du prix. L'article 401 CO vise également à gommer les différences entre les types de représentation par une cession légale des droits au représenté ainsi qu'un droit de distraction en cas de faillite. La distinction essentielle réside dans le fait que si l'on admet une représentation indirecte, l'acheteur peut rechercher la maison de vente en cas d'inexécution. Cet élément est celui qui corrélativement légitime notre théorie, car la légitimation passive n'appartient alors pas à un représenté inconnu. Notons enfin que cette conclusion est justifiée en ce qu'elle ne va pas plus loin que les réglementations d'autres ordres juridiques dans lesquels le marché de la vente aux enchères est particulièrement développé. Le droit suisse ne deviendrait pas, par l'application de notre raisonnement, moins favorable aux maisons de vente que celui d'un autre Etat. La solution que nous proposons permet simplement d'assurer une meilleure sécurité juridique en clarifiant les relations contractuelles entre les acteurs d'une vente aux enchères, sans les désavantager.

776 Le système d'exclusion de responsabilité, dont les maisons de vente font souvent usage, leur permet d'éviter, à l'exception des cas de faute grave et de dol, une responsabilité découlant du contrat de vente aux enchères d'objets d'art. Ce phénomène n'est toutefois pas dû au fait qu'elles ne sont pas liées à l'acheteur. En représentation indirecte, la maison de vente est responsable comme venderesse ; en représentation directe, elle peut l'être pour la confiance créée alors que le fournisseur doit, en tant que vendeur, les garanties découlant du contrat de vente. Les conditions générales permettent de limiter radicalement cette responsabilité mais doivent être claires à ce sujet¹²¹⁷. Lorsque le contrat est conclu avec un acheteur peu expérimenté et que l'incorporation des conditions de vente est globale, le juge devra interpréter de telles clauses de manière restrictive¹²¹⁸. Bien que, de manière générale, il soit possible de ne pas promettre certaines qualités du bien évoquées dans des documents remis lors des enchères, la garantie de l'authenticité, si elle est attestée par la maison de vente, ne peut à notre sens être exclue. La maison de vente a des moyens terminologiques pour moduler l'expression de sa certitude quant à l'attribution d'une œuvre. Si ceux-ci ne sont pas utilisés, le vendeur, quel qu'il soit, ne peut être libéré de sa responsabilité.

¹²¹⁶ Cf. *supra* N 442 ss.

¹²¹⁷ Cf. *supra* N 682 ss.

¹²¹⁸ Cf. *supra* N 429 ss.

777 La vente aux enchères d'objets d'art est un contrat très particulier dans son mode de formation et peu commun dans une activité économique courante. Cela étant, il est riche en enseignements relatifs au régime de la représentation en droit suisse, au fonctionnement de relations tripartites et aux responsabilités en découlant. Il fait par ailleurs l'objet de réglementations spécifiques importantes pour le marché de l'art, dont la réputation ne pourrait que souffrir d'un manque de transparence. La confidentialité est admissible tant qu'elle n'empêche ni le contrôle de la validité des transactions, ni l'exercice des droits des parties. Ces principes, dégagés du droit des obligations général, s'appliquent à la vente aux enchères comme à tout autre type de contrat.

BIBLIOGRAPHIE

- BECKER Hermann, *Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen : Art. 1-183 OR*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 1941 (cité : BK-BECKER)
- BECKER Hermann, *Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse : Art. 184-551 OR*, Berne (Stämpfli) 1934 (cité : BK-BECKER)
- BENNETT Stuart, « Fine art auctions and the law : a reassessment in the aftermath of *Cristallina* », in *16 Columbia Journal of Law and the Arts (1991-1992)*, p. 257 ss
- BLÄTTLER Martin, *Versteigerungen über das Internet : Rechtsprobleme aus der Sicht der Schweiz*, thèse Zurich (Schulthess) 2004
- BLOCH Konrad, « Zur Frage der Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf », in *RSJ* 53 (1957) 209
- BREHM Roland, *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen : Kommentar zu Art. 41-61 OR*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 2006 (cité : BK-BREHM)
- BRETTON-CHEVALLIER Claude, *Le gérant de fortune indépendant*, thèse Genève, Zurich (Schulthess) 2002
- BRUNNER Alexander, « Allgemeine Geschäftsbedingungen », in GUTZWILLER Max/HINDERLING Hans [et al.] (éd.), *Schweizerisches Privatrecht X*, Bâle, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2008, p. 111 ss (cité : Geschäftsbedingungen)
- BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 2^e édition, Bâle, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2004
- BUCHER Eugen, « Der Trödelvertrag, mit den Augen Ulpianus betrachtet », in FORSTMOSER Peter/TERCIER Pierre/ZÄCH Robert (éd.), *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zurich (Schulthess) 1988, p. 95 ss (cité : Trödelvertrag)
- BUCHER Eugen, *Obligationenrecht : besonderer Teil*, 3^e édition, Zurich (Schulthess) 1988 (cité : Besonderer Teil)
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2^e édition, Zurich (Schulthess) 1988 (cité : Allgemeiner Teil)
- BUCHER Eugen, « Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht : Wo stehen wir heute im Vertragsrecht ? », in *RDS* 72 (1983) II 322 (cité : RDS)
- BULLOCK Reginald Jr., « Imposing the Underwriters' Duty of Care on Art Auctioneers », in *7 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 359 (1989)
- BUOL Martina, *Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung*, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 1996

- BYRNE-SUTTON Quentin/RENOLD Marc-André, « Suisse : Rapport national sur les conditions de vente aux enchères », in BRIAT Martine/FREEDBERG Judith A. (éd.), *La vente internationale d'œuvres d'art : le commerce international de l'art et le droit*, Paris (ICC), Deventer (Kluwer) 1991, p. 403 ss
- CAVIN Pierre, « La vente, l'échange, la donation », in *Traité de droit privé suisse*, VII/I, 1, Fribourg (Ed. universitaires) 1978 (cité : Vente)
- CAVIN Pierre, « Considérations sur la garantie en raison de défauts de la chose vendue », in *SJ* 1969 329 (cité : Défauts)
- CHAPPUIS Christine, « L'authentification d'œuvres d'art : responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit suisse » in RENOLD Marc-André/GABUS Pierre/DE WERRA Jacques (éd.), *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, Genève, etc. (Schulthess) 2007, p. 47 ss (cité : Expertise)
- CHAPPUIS Christine, « L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse ? », in CHAPPUIS Christine/FOËX Bénédict/THEVENOZ Luc (éd.), *Le législateur et le droit privé*, Genève (Schulthess) 2006, p. 177 ss (cité : Harmonisation)
- CHAPPUIS Christine, « Note à propos des ATF 127 III 318 et 127 III 444 : L'interprétation d'un texte clair », in *SJ* 2002 I 155 (cité : Interprétation)
- CHAPPUIS Christine, « Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon », in CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédict, *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 21 ss (cité : Responsabilité fondée sur la confiance)
- CHAPPUIS Christine, « Abus du pouvoir de représentation : le fondé de procuration devenu organe », in *PJA* 1997 689 (cité : PJA)
- CHAPPUIS Christine/DÄTWYLER Patricia, « Titre de procuration : La protection de la bonne foi selon les art. 33, art. 34 et art. 36 CO », in *SJ* 1987 241
- COMMENT Albert, *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux : art. 107-109 CO*, thèse Berne, Courtelary (H. Strahm-Liengme) 1924
- CONTRERAS Jorge, « The Art Auctioneer : Duties and Assumptions », in *13 Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, San Francisco (University of California, Hastings College of the Law) 1990-1991, p. 717 ss
- DARRABY Jessica, *Art, Artifact Architecture & Museum Law*, vol. I et II, Eagan (Thomson West) 2008
- DE CAPITANI Werner, « Retrozessionen an externe Vermögensverwalter », in MARGELISCH Claude-Alain/WINZELER Christoph (éd.), *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht : Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zurich (Schulthess) 1998, p. 25 ss
- DERENDINGER Peter, *die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, thèse Fribourg (Universitätsverlag) 1988

- DESSEMONTET François, « Les Principes UNIDROIT de 2004 pour les contrats commerciaux internationaux : comparaison avec le droit suisse », in BOHNET François/WESSNER Pierre (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2005, p. 33 ss
- DROIN Jacques, « L'indifférence du tiers en matière de représentation (art. 32 al. 2 CO) », in *RDS 88 (1969) I 449* (cité : Indifférence du tiers)
- DROIN Jacques, *La représentation indirecte en droit suisse*, thèse Genève (Roulet) 1956 (cité : Représentation indirecte)
- DROZ Johan, *La substitution dans le contrat de mandat*, thèse Genève (Schulthess) 2008
- DUBOFF Leonard D./KING Christy O., *Art law in a nutshell*, 4^e édition, St. Paul (Thomson/West) 2006
- DUBOFF Leonard D./KING Christy O./MURRAY Michael D., *The deskbook of art law, Booklet M : Auctions*, 2^e édition, New York (Oceana Publications/Dobbs Ferry) 2004
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd., Bâle, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2005
- EBERHARD Stefan, *Les sanctions de l'inexécution des contrats et les Principes Unidroit*, Lausanne (CEDIDAC) 2005
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 2000 (cité : Contrats)
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 1997 (cité : Obligations)
- FAVRE Pascal G., *Le transfert conventionnel de contrat : analyse théorique et pratique*, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2005
- FELDMAN Franklin/WEIL Stephen E./DUKE BIEDERMAN Susan, *Art Law : Rights and liabilities of creators and collectors*, vol. II, Boston (Little, Brown and company) 1986
- FELLMANN Walter, « Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft », in *PJA 1997 172* (cité : PJA)
- FELLMANN Walter, *Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Kommentar zu Art. 394-406 OR*, 4^e édition, Berne (Stämpfli) 1992 (cité : BK-FELLMANN)
- FOËX Benedict, « La LTBC : un point de vue de civiliste », in RENOLD Marc-André/GABUS Pierre/DE WERRA Jacques (éd.), *Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels*, Genève (Schulthess) 2006, p. 17 ss (cité : LTBC)
- FURRER Rolf, *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht*, thèse Zurich (Schulthess) 1973

- GABUS Pierre/RENOLD Marc-André, *Commentaire LTBC : loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)*, Genève (Schulthess) 2006
- GAUCH Peter, « Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR - Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts », in *RSJ 101 (2005) 520* (cité : Auftrag)
- GAUCH Peter, « Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge », in GAUCH Peter/SCHMID Jörg (éd.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 209 ss (cité : Auslegung)
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 4^e édition, Zurich (Schulthess) 1996 (cité : Werkvertrag)
- GAUCH Peter, « Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters », in *recht 1992 9* (cité : Recht)
- GAUCH Peter, « Die "Requalifizierung" des Architekturvertrages – Praxisänderung des Bundesgerichts Entscheid vom 13.12.1983 = Pra. 1984, S. 203 ff. », in *DC 1984 49* (cité : Architekturvertrag)
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 9^e édition, vol. I et II, Zürich (Schulthess) 2008 (cité : vol. I : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID ; vol. II : GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)
- GAUTSCHI Georg, *Berner Kommentar, Der einfache Auftrag : Kommentar zu Art. 394-406 OR*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 1971 (cité : BK-GAUTSCHI)
- GAUTSCHI Georg, *Berner Kommentar, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung : Kommentar zu Art. 425-491 OR*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 1962 (cité : BK-GAUTSCHI)
- GERSTENBLITH Patty, « Picture imperfect : attempted regulation of the art market », in *29 William and Mary Law Review 501* (1988)
- GIGER Hans, *Berner Kommentar, Besondere Arten des Kaufes : Kommentar zu Art. 222-236 OR*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 1999 (cité : BK-GIGER)
- GIGER Hans, *Berner Kommentar, Der Fahrniskauf : Kommentar zu Art. 184-215 OR*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 1979 (cité : BK-GIGER)
- GMÜR Philipp, *Die Vergütung des Beauftragten : ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages*, thèse Fribourg (Universitätsverlag) 1994
- GRELL Boris T./PLUTSCHOW Mathias H., *Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (KGTG) : Anleitung mit praktischen Tipps*, Zurich, etc. (Schulthess) 2005
- GUGGENHEIM Daniel, *Le droit suisse des contrats, Principes généraux*, vol. I, *La conclusion des contrats*, Genève (Georg) 1991
- GUHL Théo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9^e édition, Zurich (Schulthess) 2000

- GUTZWILLER Christoph, « Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung », in *RSJ* 101 (2005) 357
- HANISCH Hans, « Aspects juridiques du commerce international de l'art en République Fédérale d'Allemagne », in *La vente internationale d'œuvres d'art : Colloque de Genève 11-13 avril 1985*, Paris (ICC) 1988, p. 157 ss
- HARVEY Brian W./MEISEL Franklin, *Auctions law and practice*, 3^e édition, Oxford (University Press) 2006
- HEINBUCH Holger, « Aktuelle Rechtsfragen des Kunsthandels in der Bundesrepublik Deutschland », in *La vente internationale d'œuvres d'art : Colloque de Genève 11-13 avril 1985*, Paris (ICC) 1988, p. 195 ss
- HIRSCH Alain, « La responsabilité des experts envers les tiers », in CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédicte, *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 77 ss
- HOFSTETTER Josef, « Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag », in GUTZWILLER Max/HINDERLING Hans [et al.] (éd.), *Schweizerisches Privatrecht VII/6*, 2^e édition, Bâle, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2000
- HOMBURGER Eric, « Zum « Durchgriff » im schweizerischen Gesellschaftsrecht », in *RSJ* 67 (1971) 249
- HOMER Debra B., « Fine Arts Appraisers : The Art, The Craft, and the Legal Design », in *8 Columbia Journal of Law and the Arts*, 1984, p. 457 ss
- HONSELL Heinrich, « Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung-Irrungen und Wirrungen », in *RSJ* 103 (2007) 137 (cité : Sachmängelhaftung)
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht : besonderer Teil*, 8^e édition, Berne (Stämpfli) 2006 (cité : Obligationenrecht)
- HONSELL Heinrich, « Sachmängel und Kunsthandel », in MEIER Isaac/SIEHR Kurt (éd.), *Rechtskollisionen : Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zurich (Schulthess) 1995, p. 213 ss (cité : Kunsthandel)
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K./BERTI Stephen V. (éd.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007 (cité : BaK IPRG-AUTEUR)
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (éd.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 4^e édition, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007 (cité : BaK-AUTEUR)
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e édition, Zurich, etc. (Schulthess) 2008
- HYNES J. Dennis/LOEWENSTEIN Mark J., *Agency, Partnership and the LLC*, 4^e édition, St. Paul (Thomson West) 2008

- JACCARD Michel, « La formation des contrats en ligne et la vente aux enchères sur Internet », in TISSOT Nathalie (éd.), *Quelques facettes du droit de l'Internet*, Neuchâtel (Presses Académiques) 2001, p. 51 ss
- JÄGGI Peter, « Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag », in *RSJ* 69 (1973) 301
- JUNOD MOSER Dominique, *Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Etude de droit suisse et européen*, thèse Genève, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2001 (cité : Thèse)
- JUNOD MOSER Dominique, « Les conditions générales en droit de la concurrence », in *sic!* 2001 183 (cité : Conditions générales)
- KADNER GRAZIANO Thomas, « La « perte d'une chance » en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine », in Chappuis Christine/Winiger Bénédict (éd.), *Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile 2006*, Genève (Schulthess) 2007, p. 217 ss
- KATZ Hans-Peter, *Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten*, thèse Zurich (Schulthess) 1973
- KELLER Max/SIEHR Kurt, *Kaufrecht : Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht*, 3^e édition, Zurich (Schulthess) 1995
- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 2009
- KRAMER Ernst A., « Kommentar zu §§ 116-124 BGB », in REBMANN Kurt/SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 AGB-Gesetz*, 4^e édition, Munich 2001, p. 1057 ss (cité : Kommentar)
- KRAMER Ernst A., *Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages : Kommentar zu Art. 19-22 OR*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 1991 (cité : BK-KRAMER)
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle : analyse historique : étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels : théorie générale en droit suisse*, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2007
- LANZ Raphael, « Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (pejus) und ihre Relevanz », in *recht* 1996 248
- LARENZ Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9^e édition, Munich 2000
- LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e édition, Paris (Dalloz) 2006
- LEQUETTE-DE KERVENOAËL Stéphanie, *L'authenticité des œuvres d'art*, Paris (L.G.D.J.) 2006

- LÖRTSCHER Thomas, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht : unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen*, thèse Zurich (Schulthess) 1977
- MABILLARD Ramon, « Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe », in *PJA* 2005 547
- MÄSCH Gerald, *Chance und Schaden, Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2004
- MCGILL Douglas C., « An Out-of-Court Settlement Reached in Christie's Case », *N.Y. Times*, 22 janvier 1987, section C, p. 20
- MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht : mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen*, 10^e édition, Berne (Stämpfli) 2007
- MERZ Hans, « Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse », in *SJ* 1975 193
- MOSIMANN Peter/RENOLD Marc-André/RASCHER Andrea F. G. (éd.), *Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009 (cité : KKR-AUTEUR)
- MÜLLER Christoph, *La perte d'une chance, Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, thèse Neuchâtel, Berne (Stämpfli) 2002
- MÜLLER-CHEN Markus, « Die Crux mit dem Eigentum an der Kunst », in *PJA* 2003 1267
- OLSBURGH Carolyn, *Authenticity in the art market : a comparative study of Swiss, French and English contract law*, Leicester (Institute of Art and Law) 2005
- OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Zürcher Kommentar, Kommentar zu Art. 1-183 OR*, 2^e édition, Zurich (Schulthess) 1929 (cité : ZK-OSER/SCHÖNENBERGER)
- PATOCCHI Paolo Michele/FAVRE-BULLE Xavier, « Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : une introduction », in *SJ* 1998 569
- PESTALOZZI Anton, *Der Steigerungskauf : Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229-236 OR*, Zurich (Schulthess) 1997-2000 (cité : Steigerungskauf)
- PESTALOZZI Anton, « Versteigerungen im Internet », in *RSJ* 94 (1998) 241 (cité : RSJ)
- PETITPIERRE Gilles, « Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO », in *SJ* 2001 II 73 (cité : Articles 19 et 20 CO)
- PETITPIERRE Gilles, « A propos des conventions exclusives de responsabilité », in DUFOUR Alfred (éd.), *Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1998, p. 347 ss (cité : Conventions exclusives de responsabilité)

- PETITPIERRE Gilles, « L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'article 208/II du Code des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg (Editions universitaires) 1977, p. 329 ss (cité : L'acheteur-revendeur)
- PICHONNAZ Pascal/FORNAGE Anne-Christine, « Le projet de révision de l'art. 8 LCD : une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales », in *RSJ 106 (2010) 285*
- PIOTET Denis, *Droit cantonal complémentaire*, in *Traité de droit privé suisse I/2*, Fribourg (Editions universitaires) 1998 (cité : Droit cantonal)
- PIOTET Paul, « A propos de l'arrêt « Picasso », annulation pour vice de la volonté et prescription de l'action en répétition de l'indu », in *JdT 1988 519* (cité : Picasso)
- RAMONI Claude, *Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations*, thèse Lausanne, Zurich, etc. (Schulthess) 2002
- RASCHER Andrea F. G./BAUEN Marc/FISCHER Yves/ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, *Transfert de biens culturels*, Zurich, etc. (Schulthess) 2005
- RASMUSEN Eric, *Agency and contract formation*, Discussion Paper No. 323, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, 05/2001
- REEVES Van Kirk/BOLL Jan M., « General Report, Auction Sales and Conditions », in BRIAT Martine/FREEDBERG Judith A. (éd.), *La vente internationale d'œuvres d'art : le commerce international de l'art et le droit*, Paris (ICC), Deventer, (Kluwer) 1991, p. 353 ss
- RENOLD Marc-André, « Entrée en vigueur du premier accord bilatéral sur l'importation et le retour de biens culturels », in *medialex 2/2008 65*
- REUTTER Mark, *Exklusivverträge zwischen Künstler und Händler: Darstellung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz*, Zurich (Schulthess) 1993
- REYMOND Claude, « L'arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano S.A. et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire », in *JdT 1974 I 598* (cité : Acte fiduciaire)
- REYMOND Philippe, *La cession de contrats*, Lausanne (CEDIDAC) 1989 (cité : Cession)
- RIEMER Hans Michael, *Personenrecht des ZGB*, 2^e édition, Berne (Stämpfli) 2002
- ROBERTO Vito, « Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des Erlangten », in *RDS 128 (2009) I 15*
- ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Lausanne (CEDIDAC) 2007

- RUOSS Reto Thomas, *Scheingebote an Kunstauktionen : die Rechtsbehelfe des Schweizerischen Zivilrechts zur Bekämpfung des Scheinbietens*, thèse Zurich (Schulthess) 1984 (cité : Scheingebote)
- SCHENKER Franz, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht : Übersicht, Würdigung und Kritik*, thèse Fribourg (Editions universitaires) 1988
- SCHMID Jörg, « Die Grundstücksversteigerung », in KOLLER Alfred (éd.), *Der Grundstückskauf*, St-Gall (Dike Verlag) 1989, p. 431 ss
- SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, *Sachenrecht*, 2^e édition, Zurich (Schulthess) 2003
- SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses*, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Berne (Stämpfli) 1995 (cité : BK-SCHMIDLIN)
- SCHMIDT-GABAIN Florian, « Verkaufen verboten ! Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Folgen des Art. 16 Abs. 1 KGTG », in *PJA* 2007 575
- SCHNEIDER Annette, *Auktionsrecht : Das Rechtsverhältnis zwischen Einlieferer, Versteigerer und Ersteigerer*, Baden-Baden (Nomos) 1999
- SCHÖNLE Herbert, « Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195, al. 1 et 208, al. 2 CO », in *SJ* 1977 465
- SCHWAB Karin F., *Die Übernahme von allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge*, thèse, Zurich (Schulthess) 2001
- SCHWAGER Rudolf, « Der Architekt als Vertreter des Bauherrn », in *DC* 1980 19
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil*, 4^e édition, Berne (Stämpfli) 2006
- SHAPIRO Daniel, « Litigation and art-related disputes », in BYRNE-SUTTON Quentin/RENOLD Marc-André (éd.), *Resolution methods for art-related disputes, Etudes en droit de l'art, Volume 11*, Zurich (Schulthess) 1999, p. 17 ss
- SIEGFRIED Felix, *Internationaler Kulturgüterschutz in der Schweiz : das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (kulturgütertransfergesetz, KGTG)*, thèse Zurich (Schulthess) 2005
- SIEHR Kurt, « Das Kulturgütertransfergesetz der Schweiz aus der Sicht des Auslandes », in *PJA* 2005 675
- SKRIPSKY Martin, *Die Online-Kunstauktion*, thèse Zurich (Schulthess) 2006
- SPIRIG Eugen, *Zürcher Kommentar, Kommentar zu Art. 175-183 OR*, 3^e édition, Zurich (Schulthess) 1994 (cité : ZK-SPIRIG)
- STÄGER Richard, *Der Steigerungskauf*, thèse Zurich, Aarau (H. R. Sauerländer & Co.) 1916

- STAUDER Bernd, « Droit suisse », in GHESTIN Jacques (éd.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris (L.G.D.J.) 1991, p. 95 ss
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, vol. I, *Introduction à l'étude des droits réels ; Possession et registre foncier ; Dispositions générales sur la propriété ; Propriété par étages*, 4^e édition, Berne (Stämpfli) 2007 (cité : Vol. I)
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, vol. II, *Propriété foncière ; Propriété mobilière ; Généralités sur les droits réels limités ; Servitudes foncières*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 2002 (cité : Vol. II)
- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 4^e édition, Genève, etc. (Schulthess) 2009 (cité : Obligations)
- TERCIER Pierre, « L'extinction prématurée du contrat », in GAUCH Peter/TERCIER Pierre (éd.), *Le droit de l'architecte*, Fribourg (Editions universitaires) 1986, p. 321 ss (cité : Extinction)
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^e édition, Genève, etc. (Schulthess) 2009
- THEVENOZ Luc, « La perte d'une chance et sa réparation », in CHAPPUIS Christine [et al.] (éd.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2001*, Berne (Stämpfli) 2002, p. 237 ss (cité : Perte d'une chance)
- THEVENOZ Luc, « La fiducie, cendrillon du droit suisse : propositions pour une réforme », in *RDS 114 (1995) II 253* (cité : RDS)
- THEVENOZ Luc, « La responsabilité de l'expert en objets d'art selon le droit suisse », in BYRNE-SUTTON Quentin/RENOLD Marc-André (éd.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art : aspects juridiques et pratiques*, Zurich (Schulthess) 1992, p. 37 ss (cité : Expertise)
- THEVENOZ Luc/WERRO Franz (éd.), *Commentaire Romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO)*, Genève, etc. (Helbing) 2003 (cité : CR CO I – AUTEUR)
- TRIGEAUD Jean-Marc, « L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique) », in *Revue trimestrielle de droit civil* 1982, p. 55 ss
- VALENTIN Pierre F., « Arbitration and Mediation for Auction Sales », in BYRNE-SUTTON Quentin/RENOLD Marc-André (éd.), *Resolution methods for art-related disputes, Etudes en droit de l'art, Volume 11*, Zurich (Schulthess) 1999, p. 217 ss
- VENTURI Silvio, *Le droit de réduire le prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose*, thèse Fribourg (Editions universitaires) 1994
- VENTURI - ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, thèse Fribourg, Zurich (Schulthess) 2007
- VIGNERON Sophie, *Etude comparative des ventes aux enchères publiques mobilières : France et Angleterre*, thèse Paris (LGDJ) 2006

- VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, thèse Genève (Schulthess) 2006
- VON BÜREN Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zurich (Schulthess) 1972 (cité : Besonderer Teil)
- VON BÜREN Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich (Schulthess) 1964 (cité : Allgemeiner Teil)
- VON HOYNINGEN-HUENE Gerrick, « Die vertragliche Stellung des Versteigerers », in *NJW* 1973 1473
- VON SEGESSER Georg/JOLLES Alexander, « Switzerland's new federal act on the international transfer of cultural property », in *Art Antiquity and Law*, vol. X, issue 2, juin 2005, p. 175 ss
- VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. 2, 3^e édition, Zurich (Schulthess) 1974
- VON TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. 1, 3^e édition, Zurich (Schulthess) 1979
- VULLIETY Jean-Paul, « Vente aux enchères », in *Push-Service des arrêts*, 6 juin 2008 (cité : Vente aux enchères)
- VULLIETY Jean-Paul, *Le transfert des risques dans la vente internationale, Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980*, thèse Genève, Bâle, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 1998 (cité : Thèse)
- WEBER Marc, « Der internationale Kauf gefälschter Kunstwerke », in *PJA* 2004 947 (cité : Kunstwerke)
- WEBER Rolf H., *Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung : Kommentar zu Art. 97-109 OR*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 2000 (cité : BK-WEBER)
- WEBER Rolf H., « Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags », in *PJA* 1992 177 (cité : PJA)
- WEBER Rolf H., *Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten*, Berne (Stämpfli) 1990 (cité : Auftragsrecht)
- WEBER Rolf H., « Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis ? », in *RDS* 107 (1988) I 39 (cité : RDS)
- WEBER-CAFLISCH Olivier, *Faux et ... défauts dans la vente d'objets d'art : étude juridique de la question de l'authenticité et de la garantie en raison des défauts de la chose : aspects de la pratique du commerce de l'art, les usages, la vente aux enchères, l'expert, aspects du droit pénal liés à la vente d'objets d'art*, Genève (Georg) 1980
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne (Stämpfli) 2005 (cité : Responsabilité civile)

- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets : une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative*, Fribourg (Ed. universitaires) 1993 (cité : Mandat)
- WESSNER Pierre-A., « La clause d'exclusion de la garantie en raison des défauts dans la vente immobilière », *in DC 1987 10*
- WIEGAND Wolfgang, « Bemerkungen zum Picasso-Entscheid : Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 114 II 131 », *in recht 1989 101*
- YUNG Walter, « La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, Rapport suisse », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. XIII 1959-1960, Paris (Dalloz) 1963, p. 321 ss
- ZÄCH Roger, *Berner Kommentar, Stellvertretung : Kommentar zu Art. 32-40 OR*, 3^e édition, Berne (Stämpfli) 1990 (cité : BK-ZÄCH)

TABLE DES ABREVIATIONS

AELE	Etats de l'Association européenne de libre-échange
al.	Alinéa
art.	Article
ASA	Archives de droit fiscal suisse
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BaK	<i>Basler Kommentar</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> du 8 août 1986
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BJM	<i>Basler juristische Mitteilungen</i>
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BS	Bâle
c.	Considérant
CC	Code Civil
Cf.	<i>Confer</i>
ch.	Chiffre
Ch.	Chapitre
CITES	Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction – RS 0.453
CJ	Cour de justice
C.J.S.	<i>Corpus Juris Secundum</i>
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano) – RS 0.275.12
CO	Code des Obligations
CR	Commentaire romand
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises – RS 0.221.211.1
DC	Droit de la construction
DCFR	<i>Draft common frame of reference</i>
éd.	Éditeur(s)
Einl.	<i>Einleitung</i>
FF	Feuille fédérale
Ge	Genève
HGer	<i>Handelsgericht</i>
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Intro.	Introduction
JdT	Journal des tribunaux
JU	Jura
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale – RS 241

LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé – RS 291
let.	Lettre
LFAIE	Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l’acquisition d’immeubles par des personnes à l’étranger – RS 211.412.41
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine – RS 221.301
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite – RS 281.1
LTBC	Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels – RS 444.1
LTVA	Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée – RS 641.20
LU	Lucerne
LVVE	Loi genevoise sur les ventes volontaires aux enchères publiques du 24 juin 1983 – RS Ge I 2 30
N	Numéro marginal
n.	Note de bas de page
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
OGer	<i>Obergericht</i>
OTBC	Ordonnance du 13 avril 2005 sur le transfert international des biens culturels – RS 444.11
p.	Page
PJA	Pratique juridique actuelle
PDEC	Principes du droit européen des contrats
Pra	<i>Die Praxis</i>
PU	Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
Rem. prélim.	Remarques préliminaires
Rep.	<i>Repertorio di Giurisprudenza Patria</i> (Bellinzzone)
RGZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	Et suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	Et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture
v.	<i>versus</i>

Vol.	Volume
Vorbem.	<i>Vorbemerkungen</i>
VS	Valais
ZH	Zurich
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

ANNEXE I

**CONDITIONS DE VENTE DE CHRISTIE'S DU 27 MARS 2006 POUR LA VENTE DE
BIJOUX DU 17 MAI 2006 A GENEVE**

IMPORTANT NOTICES AND EXPLANATION OF CATALOGUING PRACTICE

IMPORTANT NOTICES

CHRISTIE'S INTEREST IN PROPERTY CONSIGNED FOR AUCTION

From time to time, Christie's may offer a lot which it owns in whole or in part. Such property is identified in the catalogue with the symbol Δ next to its lot number.

On occasion, Christie's has a direct financial interest in lots consigned for sale which may include guaranteeing a minimum price or making an advance to the consignor that is secured solely by consigned property. Such property is identified in the catalogue by the symbol * next to the lot number. This symbol will be used both in cases where Christie's holds the financial interest on its own, and in cases where Christie's has financed all or a part of such interest through a third party. Such third parties generally benefit financially if a guaranteed lot is sold successfully and may incur a loss if the sale is not successful. Where Christie's has an ownership or financial interest in every lot in the catalogue, Christie's will not designate each lot with a symbol, but will state its interest at the front of the catalogue.

ALL DIMENSIONS ARE APPROXIMATE CONDITION REPORTS

Christie's catalogues include references to condition only in descriptions of multiple works (such as prints, books and wine). For all other property, only alterations or replacement components are listed. Please contact the Specialist Department for a condition report on a particular lot.

Condition reports are provided as a service to interested clients. Prospective buyers should note that descriptions of property are not warranties and that each lot is sold "as is".

PROPERTY INCORPORATING MATERIALS FROM ENDANGERED SPECIES

An export licence issued by the Department of the Environment will be required for the export of any item made of or incorporating (irrespective of percentage) animal material such as ivory, whalebone, tortoiseshell, rhinoceros horn etc., and this may take up to eight weeks to obtain. Clients are advised to check with the regulating body in the country of importation regarding any possible restrictions on the importation of items within this category – some countries have an absolute ban on the importation of certain materials. For example, the U.S. generally prohibits the importation of articles containing species that it has designated as endangered or threatened if those articles are less than 100 years of age.

REGARDING COLOURED STONES

Prospective buyers are reminded that many coloured gemstones have historically been treated to enhance their appearance. Certain enhancement methods, such as heating, are commonly used to improve both colour or transparency, particularly in rubies and sapphires. Other methods, such as oiling, enhance the clarity of emeralds. These methods have been generally accepted by the international jewellery trade. Although heat enhancement of colour is widely believed to be permanent, it may have some impact on the durability of the gemstone and special care of the stone may be required over time. For example, gemstones which have been oiled may require re-oiling after a period of years to retain their maximum appearance.

It is Christie's policy to obtain gemmological reports from internationally recognised gemmological laboratories describing certain gemstones sold by Christie's. The availability of such reports will be disclosed in the catalogue. Reports from American gemmological laboratories used by Christie's will disclose any heat enhancement or treatment. European gemmological laboratory reports will disclose heat enhancement only if specifically requested but will

confirm when no heat enhancement or treatment has been made. Because of variations in approach and technology there may not be consensus among laboratories as to whether any particular gemstone has been treated, the extent of treatment and whether treatment is permanent.

It is not feasible for Christie's to obtain a gemmological report for each gemstone offered by Christie's. Prospective buyers should be aware that all gemstones may have been enhanced by some method. For further details, prospective buyers in the United States are referred to the information chart prepared by the Gemstones Standards Commission, available in the viewing area. Prospective buyers may request laboratory reports for any uncertified item if requests are made at least three weeks before the scheduled date of auction. This service is subject to prepayment by the requesting party.

Because enhancement affects market value, Christie's estimates will reflect the information disclosed in a report or, if no report is available, the assumption that gemstones may have been enhanced.

Condition reports are usually available for all lots upon request and Christie's specialists will be happy to answer any questions.

TO PROSPECTIVE BUYERS OF CLOCKS AND WATCHES

The description of the condition of clocks and watches in this catalogue, including references to defects and repairs, is provided as a service to prospective buyers, but such description is not necessarily complete. While Christie's will furnish a condition report on any lot to a prospective purchaser upon request, any such report may also be incomplete and may not specify all mechanical replacements or defects. Accordingly, all clocks and watches should be viewed personally by prospective buyers to evaluate the condition of the property offered for sale. All lots are sold "as is," and the absence of any reference to the condition of a clock or watch does not imply that the lot is in good condition and without defects, repairs or restorations. Virtually all clocks and watches have been repaired in the course of their normal useful lifetime and may now incorporate parts not original to them. Furthermore, Christie's makes no representation or warranty that any clock or watch is in working order. As collectors' watches often contain extremely fine and complex mechanisms, buyers should be aware that a general service, change of battery or further repair work, for which the buyer is solely responsible, may be necessary.

REGARDING THE SALE OF MATERIAL FROM ENDANGERED SPECIES

Prospective purchasers are advised that several countries prohibit the importation of property containing materials from endangered species, including but not limited to coral, ivory and tortoiseshell. Accordingly, prospective purchasers should familiarize themselves with relevant customs regulations prior to bidding if they intend to import this lot into another country. In this catalogue, such jewellery has been marked with two asterisks (**) as a reminder.

REGARDING ESTIMATED WEIGHTS

Certain weights in the catalogue have been estimated through measurement. These figures are to be used as approximate guidelines and should not be relied upon as exact.

LOTS OFFERED WITHOUT RESERVE

Please note that all lots highlighted with red titles in this sale are offered 'Without Reserve'. These items will be sold to the highest bidder, regardless of the pre-sale estimate printed in the catalogue. We hope that you will find this visual presentation helpful.

REGARDING IMPORTATION OF CORUM, ROLEX OR FRANCK MULLER WATCHES INTO THE US

Prospective buyers should be aware that the importation of luxury watches such as Corum, Rolex and Frank Muller into the United States is highly restricted. These watches may not be shipped to the USA and can only be imported personally. Generally, a buyer may import only one watch into the USA. In this catalogue, these watches have been marked with a Φ .

CATALOGUE EXCHANGE RATE:

SFr 1.30 = US \$1

SFr 1.36 = €1

The rate of exchange was established at the latest practical date prior to the printing of the catalogue and may therefore have changed by the time of the sale.

Bidders should bear in mind that estimates are prepared well in advance of the sale and are not definitive. They are subject to revision.

FOR JEWELLERY

Terms used in this catalogue have the meanings ascribed to them below. Please note that all statements in this catalogue as to Authorship are made subject to the provisions of the CONDITIONS OF SALE and LIMITED WARRANTY.

JEWELLERS IN THE TITLE

1. By Boucheron

When maker's name appears in the title, in Christie's qualified opinion it is by that maker.

JEWELLERS BENEATH THE DESCRIPTION

2. Signed Boucheron

Has signature which in Christie's qualified opinion is authentic.

3. With maker's mark for Boucheron

Has a mark denoting a maker which in Christie's qualified opinion is authentic.

4. By Boucheron

In Christie's qualified opinion the object is by the jeweller although unsigned.

5. Mounted by Boucheron

In Christie's qualified opinion the setting has been created by the jeweller using stones originally supplied by the jeweller's client.

6. Mount only by Boucheron

In Christie's qualified opinion the mounting is by the jeweller, but either the gemstones have been replaced or the piece has been altered in some way after its manufacture.

PERIODS

1. Antique

Over 100 years old

2. Art Nouveau

1895-1910

3. Belle Epoque

1895-1914

4. Art Deco

1915-1933

5. Retro

1940s

BUYING AT CHRISTIE'S

CONDITIONS OF SALE

Christie's Conditions of Sale and Limited Warranty are set out later in this catalogue. Bidders are strongly encouraged to read these as they set out the terms on which property is bought at auction.

ESTIMATES

Estimates are based upon prices recently paid at auction for comparable property, condition, rarity, quality and provenance. Estimates are subject to revision. Buyers should not rely upon estimates as a representation or prediction of actual selling prices. Estimates do not include the buyer's premium or VAT. Where "Estimate on Request" appears, please contact the Specialist Department for further information.

RESERVES

The reserve is the confidential minimum price the consignor will accept and will not exceed the low pre-sale estimate. Lots that are not subject to a reserve are identified by the symbol + next to the lot number.

BUYER'S PREMIUM AND VAT

Buyers are reminded that the actual purchase price will be the sum of the final bid price plus the buyer's premium, in general 20% of the first SFr 250,000 and 12% of the excess of the final bid price above that amount and VAT of 7.6% on the premium, (as well as the hammer price). For further details please refer to Conditions of Sale No. 3.

PRE-AUCTION VIEWING

You can attend pre-sale viewings for all our auctions at no charge. All property to be auctioned is usually on view for several days prior to the sale. You are encouraged to examine lots thoroughly and to request condition reports (see below). Christie's specialists and client service staff are available to give advice at all viewings or by appointment.

BIDDER REGISTRATION

If you are planning to buy at auction you will need to register at our Registration and Information Desk in the saleroom as we can enter you onto our computerised system. This ensures rapid processing of invoices for successful bidders. Please arrive 30 minutes before the sale to complete bidder registration and to receive a numbered "paddle" to identify you. If you are a new client, or if you have not made a recent purchase at Christie's, you will be asked to supply a bank reference when you register. To avoid any delay in the release of your purchases, you may wish to pre-arrange cheque or credit approval. If so, please contact Christie's Credit Management on +41 (0)22 319 1740.

The attention of the potential Buyer is drawn to the fact that Christie's needs to verify the identity of the Buyer with a passport (individual) or a document of incorporation (company/corporation). It is also essential that the Buyer discloses the beneficial owner's identity of the funds transferred to Christie's.

BIDDING

The auctioneer accepts bids from those present in the saleroom, from telephone bidders, or by absentee written bids left with Christie's in advance of the auction. The auctioneer may also execute bids on behalf of the seller up to the amount of the reserve. The auctioneer will not specifically identify bids placed on behalf of the seller. Under no circumstances will the auctioneer place any bid on behalf of the seller at or above the reserve. Bid steps are shown on the Absentee Bid Form at the back of this catalogue.

ABSENTEE BIDS

If you cannot come to an auction in person, Christie's can bid for you. There is no charge for this service, known as commission bidding. You simply pay the final bid price plus the premium and VAT in the usual way, as explained on the written bids form included at the back of this catalogue. Absentee bids submitted on "no reserve" lots will, in the absence of a higher bid, be

executed at approximately 50% of the low pre sale estimate or at the amount of the bid if it is less than 50% of the low pre-sale estimate.

Please note we can not accept bids by e-mail.

TELEPHONE BIDS

If you cannot attend the auction, you are welcome to bid on the telephone on lots with a minimum estimate of SFr 10,000. (We also recommend that you leave a covering bid which we can execute on your behalf just in case we are unable to reach you by telephone).

As the number of telephone lines are limited please make arrangements for this service at least 2 hours before the sale, especially if you wish to bid in a language other than English.

Client Services:

Tel: +41 (0)22 319 1736

Fax: +41 (0)22 319 1731

SUCCESSFUL BIDS

The fall of the auctioneer's hammer indicates the final bid. The auctioneer will call out and record the name of "paddle" number of the buyer. If your written bid is successful, you will be notified immediately after the sale by post. Bidding may be re-opened at the auctioneer's discretion.

PAYMENT

Payment and Collection of Goods

Payment must be made within seven calendar days of the sale and the property you have bought can then be collected. Goods can only be collected when payment has cleared.

Payment can be made by cash up to SFr. 12,500, or cheque, made payable to Christie's, or by credit card (Amex, Visa, Mastercard), debit card (EC) or by bank transfer direct to our bank:

Crédit Suisse
Case Postale 100
1211 Geneva 70
Switzerland

Account No: 4251 - 161766 - 41

IBAN CH 14 0425 1016 1766 4100 0

SWIFT CODE: CRESCHZZ 33A

Please note that payments by credit card are subject to administrative fees (1% for Amex and 2.5% for Visa and Mastercard). There is no surcharge for debit card payments.

In the case of distance payments, written instructions, including the cardholder's signature, must be sent to Christie's.

To avoid any delay in releasing goods, prospective buyers should supply bank references before the auction.

Please include your name and invoice number with your instructions to the bank.

Although personal and company cheques are accepted, buyers are advised that purchases will not be released until such cheques have cleared.

Payment by cash, credit cards, debit cards or banker's draft will enable immediate release of purchases. Traveller's cheques are not accepted.

Please note that transfer of lots is not recognised. The successful bidder during the auction is solely responsible for payment to Christie's.

VALUE ADDED TAX (VAT)

VAT of 7.6% is applicable in all cases on the hammer price and Buyer's premium. If the purchased lots are subsequently exported, VAT on the hammer price and premium is refundable by Christie's on production of an export declaration stamped by Swiss Customs. For further information please contact Stephane von Bueren on +41 (0)22 319 1740.

SHIPPING

Christie's can organise shipment within 24 hours upon receipt of payment and precise delivery instructions.

through its international forwarder Valimpex S.A., CH-1211 Geneva Airport 5 (for jewellery and watches) and Harsch SA, Rue Baylon 10, CH-1227 Geneva (for all works of art). Estimates for the shipping of any property and advice on the most secure and economic means of dispatch can be obtained from our shipping department:

Marie-Luce Filleux

Tel: +41 (0)22 319 1758

Fax: +41 (0)22 319 1751

SALE RESULTS

The Christie's International Auction Results Service provides sale results for all Christie's sales via the telephone. You can obtain faxed results for an entire sale. To access the system dial: +44 (0)20 7627 2707

You will pay normal telephone rates for your local or international call. Spoken results are available shortly after lots have been sold. Faxed results for entire sales are usually available the day following each sale.

Christie's cannot accept liability for any errors or omissions, howsoever caused. Sellers should await their settlement statement as confirmation of any sold proceeds.

Price lists are also available on our website at <http://www.christies.com>

STORAGE AND COLLECTION

Buyers are advised that all purchases not collected on the day of the sale will be held for collection at no charge for twenty-eight days.

SELLERS

Unsold lots that are not going to be re-offered in a later sale and are not collected from the saleroom by Thursday 18 May 2006 12.00h can be collected at

Christie's, 8 place de la Taconnerie,
1204 Geneva.

Tel: +41 (0)22 319 1730

Fax: +41 (0)22 319 1731

COLLECTION TIMES

Items can be collected at the Four Seasons Hotel des Bergues as follows:

Wednesday 17 May
until 1 hour after the end of the last session

Thursday 18 May
from 9.00h to 12.00h

After this, items can be collected from Christie's offices at 8 place de la Taconnerie, in Geneva for a period of approximately 28 days.

Thereafter they will be transferred to our Storage department at the Free Port where a minimum charge of SFr 100 per item will be incurred.

EXPORT OF CULTURAL PROPERTY

Certain lots consigned to us for sale at auction are subject to the Swiss Federal Law on the international transfer of Cultural Property. This law contains rules governing the export of Cultural Property as defined by the Unesco Convention of 14 November 1970, which sets out the measures to be taken in order to prevent the illicit import, export and trading of Cultural Property. Pursuant to this law the export of such Cultural Property from Switzerland must be declared and prior authorisation may also be required. Christie's is at your disposal in the event that you require any further information in relation to these rules.

Lots are available for collection after payment has been made to Christie's

CONDITIONS OF SALE

These Conditions of Sale and the Important Notices and Explanation of Cataloguing Practice contain all the terms on which Christie's and the seller contract with the buyer. They may be amended by posted notices or oral announcements made during the sale. By bidding at auction you agree to be bound by these terms.

1.

The highest bidder shall be the Buyer; and if any dispute arises between two or more bidders, the lot so in dispute shall be immediately put up again and resold.

2.

The huissier or the auctioneer may advance the bidding, separate, join or withdraw any lot at his sole discretion. The minimum rate by which a bid may be increased is 10%. The huissier may, however, change this ratio during the sale upon advance notice.

The Seller shall not bid for his own objects and shall not cause any person to bid for him. Christie's alone may bid on behalf of the Seller.

If the reserve price is not reached, Christie's may reject the last bid and fix another starting price not below the reserve price.

Failing a bid equal to or above the reserve price, Christie's shall withdraw the object without knocking it down to anybody. Christie's reserves the right, however, to sell the object by private contract after the sale, provided that, in such case, the price shall not be less than the reserve price, subject to prior agreement of the Seller otherwise.

3.

The premium to the Buyer is 20% of the hammer price up to SFr 250,000 and 12% for any amount in excess of SFr 250,000. VAT of 7.6% is added to the hammer price and to the premium. This tax is refunded to Buyers domiciled outside Switzerland upon receipt by Christie's for each object of an export declaration stamped by Swiss Customs. This refund is recovered by Christie's from the Swiss Fiscal Authorities only on presentation of the stamped declaration. The Authorities will not entertain a claim without presentation of this form duly stamped by Swiss Customs.

The total amount obtained by adding to the hammer price the Buyer's commission and VAT shall constitute the purchase price for the purposes hereof.

For Wine, the premium is 15% of the hammer price up to SFr 250,000 and 10% of any amount in excess of SFr 250,000.

4.

For the Buyer's guidance, a currency converter will be operated at some auctions showing rates of conversion applying on the date immediately preceding the date of sale as notified to Christie's by a major bank.

Christie's shall accept no responsibility in this respect, in particular for any mistakes in the conversion into Swiss francs and/or foreign currencies.

5.

All statements in the catalogues, advertisements or brochures of forthcoming sales of Christie's are statements of opinion only and do not constitute any

warranty by Christie's or the Seller. Intending Buyers must satisfy themselves before the sale regarding the physical description and condition of any lot, and as to any defects or any repairs effected or required.

The estimated selling price of each lot is printed beneath the lot description and does not include the Buyer's premium or VAT. These prices are based on estimations made some time ahead of the sale and may therefore be revised before the sale.

6.

Christie's acts as agent for the Seller only.

Neither Christie's nor the Seller shall be responsible for any defects of any objects, nor do they warrant the correctness of statements concerning authorship, origin, date, age, attribution, genuineness, provenance, weight or condition of any object.

Nor has any person in the employ of Christie's any authority to make or give any representation or warranty.

7.

The Buyer acquires title to the object as it is knocked down to him and any profits or risks from such moment shall be his.

8.

Where a Buyer discovers, after the sale, that the object which he has acquired is determined to be a forgery, he shall return it to Christie's within one year from the day he became aware thereof, enclosing all pieces of evidence on which he bases his complaint.

Christie's shall cancel the sale and return to the Buyer all amounts paid, except in the following cases:

a) if the description of the object in the catalogue of the sale appears to agree with the opinion generally accepted at the time by specialists and experts in such objects, or if the catalogue explicitly stated that there may be a difference of opinion as to such description.

b) if the non-authenticity of the object may only be established by a scientific procedure, the effectiveness of which was generally acknowledged only after publication of the sale catalogue or if such process was at the time of the sale unreasonably expensive or of a nature to cause damage to the object itself.

In all cases, only the person to whom the object was personally knocked down will be entitled to claim such cancellation of sale and only on condition that he is in a position to return full ownership thereof to Christie's and that the object has not suffered any alteration since the sale.

9.

In order to comply with local laws and regulations and to prevent as far as possible any error in the attribution of any objects sold, the persons intending to bid are requested to identify themselves at the registration office on the sale premises. Upon presentation of adequate financial credentials, intending Buyers shall complete a registration card mentioning their name and address and shall receive a number which will enable them to take part in the bidding.

When making a bid, an intending buyer is accepting personal liability to pay the purchase price, including buyer's premium and all applicable taxes, plus all other applicable charges, unless it has been explicitly agreed

in writing with Christie's before the commencement of the sale that the intending buyer is acting as agent on behalf of an identified third party acceptable to Christie's, and that Christie's will only look to the principal for payment.

The attention of the potential Buyer is drawn to the fact that Christie's needs to verify the identity of the Buyer with a passport (individual) or a document of incorporation (company/corporation). It is also essential that the Buyer discloses the beneficial owner's identity of the funds transferred to Christie's.

10.

Christie's will accept to execute commission bids on behalf of clients, in particular for intending Buyers who are unable to attend. No responsibility shall, however, rest upon Christie's or its employees in case of defect in the transmission of bids at the sale.

In the event that two identical commissions should be the highest bids at the sale, the object shall be knocked down to the Buyer whose commission bid has been received first.

Christie's reserves the right, at its discretion, to refuse commission bids from a Buyer in case the information or documents provided as evidence of his identity or the identity of the beneficial owner proves to be wrong, incomplete, ambiguous or unsatisfactory.

11.

In order to avoid any error in the attribution of objects and the settlement of invoices as well as to proceed with the necessary verifications regarding the Buyer's and the beneficial owner's identity, no lot may be removed during the sale.

Except upon express agreement with Christie's and subject to the transmission of the necessary information and documents mentioned in article 9, third paragraph above, no object shall be delivered to the Buyer before the full purchase price, as defined in article 3 hereof, has been paid.

12.

The purchase price of the objects as defined in article 3 hereof shall be paid in Swiss francs within seven days of the sale. After such date, interest at the rate of 1% per month shall be charged on the unpaid balance due.

Payment may also be made in foreign currencies having legal tender if their amount may be converted into the equivalent of the purchase price in Swiss francs of the value date of the payment.

As soon as he has made payment and subject to the transmission of the necessary information and documents mentioned in article 9, third paragraph above, the Buyer shall remove the objects sold. Christie's may, on request of the purchaser, arrange to send him objects at his expense and risk.

13.

Failing payment by the Buyer within seven days from the sale, Christie's shall use its best efforts to comply with the instructions of the Seller as to the action to be taken and to assist the Seller as far as possible, in particular in order to collect the purchase price or to cancel the sale. Any damages are in all cases expressly reserved.

Notwithstanding the foregoing, Christie's reserves itself the right at its discretion and at the Seller's expense to

accept special conditions of payment of the purchase price, to arrange for warehousing or insurance of the object sold, to settle (or to pursue) any judicial proceedings brought by or against the Buyer on such conditions as Christie's shall deem appropriate, to take any action necessary for the collection of the amounts due by the Buyer and, if appropriate, to set aside the sale and return the object to the Seller.

In such case, Christie's may tender the object at the Geneva Free Port at the exclusive expense and risk of the Buyer.

14.

Any partial payment by the Buyer to Christie's shall be deemed a payment by way of deposit.

In case of failure by the Buyer to pay the full purchase price as herein above provided, such deposit shall be automatically forfeited and the object shall be resold at public auction or by private auction or by private sale at the entire discretion of Christie's.

15.

Should the information or documents provided by the Buyer regarding the Buyer's identity and the beneficial owner's identity prove to be wrong, incomplete, ambiguous or unsatisfactory to the sole appreciation of Christie's, the sale will become null and void. The Buyer shall be liable for all incurred expenses.

16.

In the case that a Buyer, after having fulfilled all his obligations pursuant to the present conditions of sale, fails to remove the object in time, as provided under article 13 above, Christie's shall be entitled, after notification to the Buyer, to render the object at the Geneva Free Port at the Buyer's expenses and risk.

17.

Any visitor shall be liable for damages he may cause to the objects and items exhibited.

18.

These conditions of sale shall be available for inspection by all persons interested as soon as the sale has been published. They shall be posted conspicuously in the sale premises during the sale.

19.

These conditions of sale shall be subject to Swiss law. Any dispute regarding their execution, non-execution or their interpretation shall be within the exclusive jurisdiction of the Courts of the Canton of Geneva, subject to appeal to the Federal Tribunal.

ANNEXE II

CONDITIONS DE VENTE DE SOTHEBY'S DE JUIN 2007

SOTHEBY'S S.A. CONDITIONS DE VENTE

Les conditions reproduites ci-dessous et toutes les autres conditions et informations reproduites dans les catalogues de Sotheby's ou annoncées par les commissaires-priseurs ou affichées dans la salle des ventes au moyen d'un avis (ci-après les "Conditions de Vente") forment les conditions des contrats de Sotheby's, en tant que commissaire-priseur, avec les vendeurs et les acheteurs actuels et futurs.

Les Conditions de Vente régissent toutes les relations entre vous et nous relatives aux ventes, achats et la détention par nous de vos biens.

Elles gouvernent également tout avis, examen ou estimation de votre bien que vous solliciteriez de notre part. Elles sont donc très importantes et nous vous invitons vivement à les lire très attentivement.

Vous acceptez que toutes futures transactions que vous pourriez conclure avec Sotheby's seront régies par les Conditions de Vente en vigueur au moment de la transaction.

INFORMATIONS DESTINÉES AUX ACHETEURS ET AUX VENDEURS

Vous voudrez bien noter que Sotheby's agit généralement en tant que mandataire du vendeur. Tout contrat de vente est conclu directement entre le vendeur et l'acheteur.

Sotheby's est dépendant du vendeur pour la plupart des éléments matériels se rapportant aux biens offerts à la vente.

Sotheby's n'est pas en mesure d'effectuer toutes les diligences possibles relativement aux lots vendus. En conséquence, les acheteurs doivent procéder eux-mêmes à l'inspection et aux investigations relatives à un bien qu'ils souhaitent acquérir. Nous attirons spécialement l'attention de tous les acheteurs potentiels sur les Clauses 5 et 6 qui limitent l'étendue de la responsabilité de Sotheby's et du vendeur. Nous attirons également l'attention des vendeurs sur les Clauses 25 et 27 qui traitent des caractéristiques principales des relations entre Sotheby's et le vendeur et limitent la responsabilité de Sotheby's à l'égard du vendeur.

Les actuels et futurs acheteurs et vendeurs sont liés par l'ensemble des Conditions de Vente. Cependant, pour des raisons de clarté, nous avons divisé les Conditions exposées ci-dessous en sections.

La section A explique certains termes utilisés habituellement tout au long des Conditions, la section B expose les Conditions qui concernent en particulier les acheteurs, la section C expose les Conditions qui concernent particulièrement les vendeurs et la section D expose les Conditions ayant trait à la fois aux acheteurs et aux vendeurs.

Lorsque les Conditions de vente le permettent, "nous", "notre" désignent Sotheby's, et "vous" désigne, selon les circonstances, les acheteurs et vendeurs actuels et futurs.

A EXPLICATION ET DÉFINITION DE CERTAINS TERMES EMPLOYÉS DANS LES CONDITIONS DE VENTE

- Définitions: Dans les Conditions de Vente, les mots qui figurent entre guillemets ont le sens indiqué ci-dessous:
 - "l'acheteur" désigne la personne qui porte l'enchère la plus élevée acceptée par le commissaire-priseur, ou la personne identifiée comme mandant;
 - "la commission acheteur" signifie la commission due à Sotheby's calculée sur le prix d'adjudication selon le taux indiqué dans la salle des ventes au moment de la vente concernée, augmentée de la TVA ou d'un montant tenant lieu de TVA;
 - "CITES" désigne la Convention sur le Commerce International des Espèces Menacées d'Extinction;
 - "les frais" relatifs à la vente de tout lot désignent les coûts et dépenses, notamment et sans que cette énumération ait un

caractère limitatif, les frais de justice, les coûts et dépenses d'assurance, de catalogue et autres reproductions et illustrations, tous droits de douane, frais de publicité, d'emballage, de transport, droits de reproduction, taxes, prélèvements, frais de test, de recherche ou d'enquête relatifs aux lots, ou les frais d'enlèvement pour un acheteur défaillant, augmentés de la TVA ou d'un montant tenant lieu de TVA sur les dépenses d'illustration et d'assurance;

- "le prix d'adjudication" désigne le prix auquel le lot a été adjugé à "l'acheteur" par le commissaire-priseur, ou dans le cadre d'une vente de gré à gré postérieure à la vente aux enchères, le prix agréé, excluant dans les deux cas la "commission acheteur", "les frais" et les taxes y afférents;
- "le prix de réserve" est "le prix d'adjudication" minimum (confidentiel) auquel "le vendeur" a accepté de vendre le lot;
- "l'estimation basse avant vente" signifie l'estimation basse de l'estimation du bien la plus récente (estimation basse/haute avant vente) effectuée par "Sotheby's", qu'elle ait été ou non communiquée au "vendeur";
- "l'estimation moyenne avant vente" signifie la moyenne entre l'estimation basse et haute avant vente du bien la plus récente effectuée par Sotheby's, qu'elle ait été ou non communiquée au vendeur.

- "le produit net de la vente" signifie le "prix d'adjudication" du lot vendu reçu en fonds disponibles par Sotheby's, diminué de "la commission vendeur" et des "frais";
- "le vendeur" désigne le propriétaire ou mandataire du propriétaire ou la personne en possession du bien offert à la vente. S'il existe plusieurs propriétaires, mandataires ou possesseurs, chacun d'eux sera tenu, conjointement et solidairement, de l'ensemble des obligations, responsabilités, déclarations, garanties et indemnités, telles que prévues par les présentes Conditions de Vente;
- "la commission vendeur" signifie la commission due par le vendeur à Sotheby's calculée selon les taux applicables au jour de la vente du bien, ou dans le cas d'une perte ou d'un dommage au bien, à la date de cette perte ou de dommage, augmentée de la TVA ou d'un montant tenant lieu de TVA. Les taux applicables pour déterminer la "commission vendeur" sont ceux figurant sur les cartes de tarifs disponibles dans les locaux de Sotheby's, au Quai du Mont Blanc 13, 1201 Genève dont les termes sont inclus dans les présentes Conditions de Vente;

- "Sotheby's" désigne Sotheby's S.A., Quai du Mont Blanc 13, 1201 Genève;
- "société affiliée à Sotheby's" signifie: Sotheby's Holdings Inc, une société immatriculée dans l'Etat du Michigan (USA); toute entité, (autre que Sotheby's) qui est présentement une filiale de Sotheby's Holdings Inc, ou qui est sous son contrôle; et Sotheby's Diamonds S.A., une société immatriculée à Genève (Suisse) et ses filiales;
- "le montant total dû" signifie "le prix d'adjudication" relatif au lot vendu augmenté de "la commission acheteur", et toutes les charges, honoraires, intérêts, taxes et "frais" dus par "l'acheteur", défaillant ou non.

B CONDITIONS CONCERNANT PRINCIPALEMENT LES ACHETEURS

- La capacité légale de Sotheby's: Sotheby's vend en qualité de mandataire du vendeur, sauf lorsqu'il est propriétaire de tout ou partie du lot. Dans certains cas, Sotheby's peut avoir un droit légal ou "équitable" ou avoir consenti un engagement financier sur le bien en qualité de créancier privilégié ou autrement. Lorsque Sotheby's vend en qualité de mandataire, toute vente qui en résultera sera régie par un contrat conclu directement entre le vendeur et l'acheteur.

LES OBLIGATIONS DE SOTHEBY'S À L'ÉGARD DES ACHETEURS

- Notre garantie envers vous relative aux faux: Si nous vendons un lot dont il est prouvé ultérieurement qu'il s'agit d'un faux, nous annulerons la vente et nous rembourserons tout montant que vous aurez payé pour ce lot, dans la devise d'origine de la vente. Cependant cette obligation n'est

applicable que pour autant que, dans un délai de cinq (5) ans à compter de la date de la vente, vous respectiez l'ensemble des conditions suivantes:

- vous nous notifiez par écrit le numéro de lot, la date de la vente aux enchères au cours de laquelle vous avez acquis le bien et les raisons pour lesquelles vous considérez que ce lot est un faux, et ce dans un délai de trois (3) mois à compter du moment où vous avez eu connaissance des doutes émis quant à l'authenticité ou à l'attribution du lot;
 - vous soyez en mesure de nous transférer la propriété du lot libre de toute réclamation émanant de tiers après la date de la vente conclue à votre profit;
 - vous nous retourniez le bien dans le même état que celui dans lequel il se trouvait à la date de la vente, sachant qu'en tout état de cause, aucun remboursement ne sera effectué:
- si la description figurant dans le catalogue à la date de la vente était conforme aux avis généralement alors émis par les experts et spécialistes ou faisait état d'un conflit entre ces avis;
 - ou si la seule méthode permettant d'établir à la date de publication du catalogue que le lot était un faux consistait en un procédé dont l'usage n'était pas communément admis même après la publication du catalogue, ou en un procédé excessivement coûteux et impraticable, ou qui aurait probablement endommagé le bien, ou encore, selon notre avis raisonnable, qui aurait causé une dévaluation du lot.

Un bien sera considéré comme un faux si, selon notre opinion, il s'agit d'un faux délibéré, c'est à dire une imitation postérieure à 1870 destinée à tromper volontairement quant à la paternité, l'origine, la date, l'ancienneté, la période, la culture, ou la source (et dès lors que la description exacte de ces éléments ne figure pas dans la description du catalogue) et qui, à la date de la vente a une valeur bien moindre que celle qui aurait été la sienne si le bien avait été conforme à la description du catalogue. Aucun lot ne sera considéré comme un faux en raison des seuls dommages et/ou restaurations et/ou altérations de toutes sortes (y compris la présence de repeints ou d'ajouts).

Outre le fait que cela entre dans notre politique générale, nous avons le droit de demander à "l'acheteur" d'obtenir, à ses frais, l'avis de deux experts reconnus et indépendants dans leur domaine, choisis par accord mutuel, qui exposeraient les raisons pour lesquelles un tel bien pourrait être considéré comme un faux; Sotheby's accepte de prendre en considération l'avis de ces experts.

Cependant, Sotheby's, de son côté, se réserve le droit de solliciter un avis indépendant supplémentaire lui permettant de prendre une décision finale relative au caractère faux ou non du lot, et nous ne sommes liés par aucun avis d'expert communiqué par "l'acheteur". Si nous convenons avec "l'acheteur" que le bien est un faux, nous rembourserons à "l'acheteur" le coût des deux expertises indépendantes, à condition que (i) nous ayons préalablement approuvé ces coûts et que (ii) "l'acheteur" n'ait pas été en mesure d'obtenir des avis indépendants préalablement à la vente.

Cette garantie n'est en aucune manière cessible et a été émise au profit exclusif de l'acheteur.

L'OBLIGATION DE L'ACHETEUR D'INSPECTER LES OBJETS

- L'inspection des objets: Les objets vendus aux enchères sont généralement anciens. Tous les lots sont vendus avec des défauts, imperfections et erreurs de description.

Les illustrations figurant dans les catalogues sont destinées uniquement à l'identification des lots. Vous noterez que nous n'avons pas testé les objets mécaniques ou électriques avant la vente, (que ce soit leur capacité à fonctionner, leur sécurité à opérer ou toute autre chose) et la responsabilité de tester ces objets avant leur utilisation vous incombe

exclusivement.

En conséquence, pour tout lot qui vous intéresserait, vous acceptez :

- (i) d'inspecter et de vous assurer par vous-même, préalablement à la vente, de l'état du lot et de sa description;
- (ii) de compter sur votre propre jugement pour apprécier si le lot est conforme à sa description;
- (iii) de solliciter tout avis raisonnable d'un expert indépendant (en tenant compte de votre propre compétence et de la valeur du lot) afin de vous assurer de l'auteur du lot, de son attribution, authenticité, origine, date, ancienneté, provenance ou de son état;
- (iv) de ne pas vous fier aux illustrations figurant dans le catalogue.

Pour vous assister, nous pourrions être amenés à mentionner certains défauts ou imperfections dans le catalogue, mais nous ne prétendons pas fournir ces indications de manière exhaustive. Vous serez supposés avoir eu connaissance de tous les éléments que vous pourriez raisonnablement trouver au regard de votre compétence personnelle et de l'exercice de votre part de démarches raisonnables.

LA RESPONSABILITÉ DE SOTHEBY'S À L'ÉGARD DES ACHETEURS

5 L'exclusion de responsabilité:

A l'exception de la garantie accordée par "Sotheby's" à "l'acheteur" en vertu de la Clause 3 et de vos droits relatifs au déroulement des enchères exposées à la Clause 11 :

- (i) "Sotheby's" ne donne aucune garantie, d'aucune sorte, à "l'acheteur" et toute garantie ou obligation implicite est exclue (sous réserve des obligations pour lesquelles la loi n'admet pas d'exclusion de responsabilité).
- (ii) en particulier, toutes les déclarations écrites ou verbales, y compris celles figurant dans tout catalogue, rapport, commentaire ou évaluation, relatives à l'aspect ou à la qualité d'un lot, y compris son prix ou sa valeur, (a) sont uniquement des déclarations d'opinion et (b) peuvent être révisées avant que le lot ne soit mis en vente (y compris lorsque le lot est exposé au public);
- (iii) Ni "Sotheby's", ni aucune "société affiliée à Sotheby's", ni aucun de leurs mandataires, employés ou dirigeants ne pourront être tenus responsables des erreurs ou omissions commises dans de telles déclarations.

6 Limitation des réclamations par les acheteurs: Sous réserve des dispositions des Clauses 3 et 5 susvisées, et à l'exception des cas où notre responsabilité pourrait être retenue pour des dommages corporels ou pour décès, toute réclamation à l'encontre de "Sotheby's" par "l'acheteur" sera limitée au "prix d'adjudication" et à "la prime acheteur" effectivement payés par "l'acheteur" à Sotheby's pour le lot concerné.

RESPONSABILITÉ DU VENDEUR VIS À VIS DES ACHETEURS

7 Les obligations du vendeur vis à vis des acheteurs. Les obligations du "vendeur" à votre égard, sont limitées de la même manière que nos obligations à votre égard. Toutes les obligations ou garanties, expresses ou implicites sont exclues, à moins que la loi ne permette pas une telle exclusion des obligations légales. Nous nous réservons le droit de convenir avec le "vendeur" de modifications à ses garanties.

LORS DE LA VENTE

8 Droit de participer à la vente aux enchères: Nous nous réservons le droit, à notre seule discrétion, de refuser à une personne de participer à nos ventes et de lui refuser l'accès à nos locaux.

9 Enchérir en votre nom: Si vous enchérissez lors d'une vente, vous le faites en votre nom propre et vous serez personnellement tenu responsable de cette enchère, à moins d'avoir préalablement convenu ensemble par écrit que vous pourriez enchérir au nom et pour le compte d'un tiers identifié et accepté par nous. Dans le cas où nous aurons conclu un tel accord, vous serez conjointement et solidairement responsable avec le tiers de toutes les obligations naissant de l'enchère; de par votre enchère en qualité de mandataire, le tiers sera lié par les Conditions de Vente de la même manière que s'il avait lui-même enchéri.

10 Enchères par écrit et par téléphone: Bien qu'il soit probablement dans votre intérêt d'assister personnellement à la vente aux enchères, vous pouvez enchérir par téléphone ou laisser un avis écrit d'enchères tel qu'indiqué ci-dessous.

- (a) Les ordres écrits d'enchérir. Nous tenterons d'exécuter toutes instructions nous autorisant à enchérir en votre nom lors de la vente si nous recevons votre ordre d'enchérir suffisamment à l'avance et si nous estimons, à notre seule discrétion, qu'il est suffisamment clair et complet.

Si nous recevons des ordres écrits d'enchérir pour un lot particulier pour des montants identiques, et si lors de la vente aux enchères, ces offres sont les plus élevées pour ledit lot, le lot sera adjugé à la personne dont nous avons reçu l'offre en premier.

Cependant, nous ne prenons l'engagement d'honorer l'ordre d'enchérir que sous réserve de nos autres engagements lors de la vente; en outre la vente peut se dérouler d'une manière telle, que nous ne soyons pas en mesure d'enchérir comme demandé.

Nous n'acceptons aucune responsabilité en raison de l'exécution défectueuse d'un ordre écrit d'enchérir, pour quelque raison que ce soit.

En conséquence nous vous invitons très vivement à assister personnellement à la vente, ou à y envoyer un mandataire, si vous souhaitez être certain de porter des enchères.

- (b) Les ordres d'achat par téléphone. Nous pouvons vous autoriser à enchérir par téléphone, mais en tout état de cause, nous nous réservons le droit de vous demander de confirmer, par écrit, certains détails nécessaires, et ce préalablement à tout accord à ce sujet. Nous ne sommes pas responsables de l'exécution défectueuse de vos ordres d'achat par téléphone, pour quelque raison que ce soit. Nous nous réservons le droit d'enregistrer les ordres d'achat par téléphone et vous marquez votre accord à ce que nous enregistrions vos ordres d'achat.

11 Le déroulement de la vente aux enchères: Le commissaire-priseur commencera et fera monter les enchères jusqu'aux niveaux qu'il considère appropriés au regard de la valeur du lot offert aux enchères et des offres qui concourent. Le commissaire-priseur est en droit de faire procéder à des enchères successives ou à des enchères en réponse à d'autres enchères pour le compte du "vendeur" jusqu'au montant de la prix de réserve fixé pour un lot, et ce bien qu'à aucun moment de la vente, le commissaire-priseur n'indique qu'il procède à de telles enchères pour le compte du vendeur. "L'acheteur" reconnaît les droits du commissaire-priseur et du "vendeur" tels qu'ils sont prévus dans la présente Clause et renonce à toute réclamation qu'il pourrait avoir à ce sujet à l'encontre de "Sotheby's" ou "du vendeur".

12 Vente d'un lot: "L'acheteur" est l'enchérisseur le plus offrant (ou le cas échéant son mandant dont l'identité est connue), dont l'enchère est acceptée par le commissaire-priseur. Le coup de marteau du commissaire-priseur marque l'acceptation de l'offre la plus élevée et détermine le "prix d'adjudication" auquel le lot est adjugé par le commissaire-priseur au profit de "l'acheteur". Le coup de marteau du commissaire-priseur marque également la conclusion d'un contrat de vente entre "le vendeur" et "l'acheteur".

13 La liberté du commissaire-priseur: Nonobstant les Clauses 11 et 12 susvisées, le commissaire-priseur se réserve le droit, à sa seule discrétion et à tout moment pendant la vente aux enchères:

- (i) de retirer un lot de la vente,
- (ii) d'offrir à nouveau un lot à la vente si le commissaire-priseur croit raisonnablement qu'il y a une erreur ou un différend; et/ou
- (iii) de prendre toute autre mesure qu'il pense être raisonnablement adaptée aux circonstances.

14 Le tableau convertisseur de devises: Les ventes aux enchères sont menées en francs suisses. Ce n'est que pour votre commodité, qu'un tableau convertisseur de devises peut être mis à disposition. Des erreurs peuvent être relevées dans le tableau convertisseur, et vous ne pouvez vous fier à lui pour enchérir dans une devise autre que le franc suisse.

15 Les images vidéos: Lors de certaines ventes aux

enchères, un écran vidéo sera installé par commodité pour "l'acheteur" et "le vendeur". Nous ne pouvons être tenus responsables de la qualité de l'image figurant sur l'écran vidéo, ni de l'adéquation entre l'image apparaissant sur l'écran et l'original.

APRÈS LA VENTE

16 Paiement: Immédiatement après la fin de la vente aux enchères au cours de laquelle le lot a été adjugé, vous devez nous payer, en francs suisses, "le montant total dû" (y compris "la commission acheteur" et "les frais"). Le paiement ne sera pas considéré avoir été effectué en totalité avant que "Sotheby's" ait reçu les espèces ou fonds disponibles correspondants. La propriété du lot ne sera transférée à "l'acheteur" qu'après complet paiement du "montant total dû" pour ce lot en fonds disponibles. "Sotheby's" n'est pas obligée de délivrer le lot à "l'acheteur" tant que la propriété n'a pas été transférée et que "l'acheteur" n'a pas délivré à "Sotheby's" tout document permettant de s'assurer de son identité, et, en tout état de cause, la délivrance du bien avant son complet paiement n'affecte ni le transfert de propriété, ni l'obligation inconditionnelle de "l'acheteur" de payer "le montant total dû".

17 L'enlèvement des achats: Vous devez enlever le lot acheté, à vos frais, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter du jour de la vente. Vous ne pourrez enlever votre lot sans avoir payé entre nos mains "le montant total dû", à moins que nous n'usions de notre droit discrétionnaire de nous dessaisir dudit lot, et sans préjudice de la Clause 23 (g) ci-dessous.

18 Le transfert du droit de propriété: A moins que nous n'ayons convenus autrement, et sous réserve de la Clause 23(d) ci-dessous, tout paiement reçu de votre part sera affecté par ordre d'ancienneté à votre plus ancienne dette vis-à-vis de Sotheby's ou à votre plus ancien achat fait auprès de "Sotheby's" ou d'une "société affiliée à Sotheby's" en tenant compte de la date de vente et du numéro de lot. Vous serez toujours redevable du "montant total dû", et la propriété du lot ne vous sera transférée qu'après complet paiement à Sotheby's du "montant total dû" au titre dudit lot, et après affectation par Sotheby's de ce paiement à ce lot, (et ce même si, sans préjudice de la Clause 17, nous exerçons notre droit discrétionnaire de vous remettre ledit lot).

19 Les produits de revente: Dans les cas où vous revendriez tout ou partie d'un lot avant de nous avoir réglé en totalité le "montant total dû", vous acceptez :

- (i) de conserver pour nous en "trust" les produits de la vente à hauteur du "montant total dû", diminués de tout montant payé périodiquement relatif à ce lot; et
- (ii) de conserver le montant que vous détenez en "trust" pour nous relatif à tout lot dans un compte bancaire distinct.

20 Le transfert des risques: Les risques relatifs à un lot acheté vous seront transférés dès lors que l'un des événements suivants se réalisera:

- (i) Vous avez enlevé le lot acheté;
- (ii) Vous avez payé "le montant total dû",
- (iii) Cinq (5) jours ouvrables se sont écoulés à compter de la date de la vente.

Dès lors que les risques vous ont été transférés, vous êtes entièrement responsable de l'assurance du lot acheté.

Vous serez indemnisés pour toute perte ou dommage causé au lot survenu après la vente, mais avant que les risques ne vous soient transférés. Le montant maximum de dédommagement sera égal au "prix d'adjudication" du lot, augmenté de "la commission acheteur" reçue par Sotheby's, et toute perte ou dommage immatériel ou indirect sera exclu. Cependant, nous ne serons en aucun cas responsable des dommages occasionnés aux cadres ou aux verres couvrant les gravures, peintures, ou autres oeuvres, à moins que le cadre ou le verre ne soit lui-même l'objet de la vente. Nous ne serons pas non plus responsables des pertes ou dommages causés par l'un des événements prévus par la Clause 31 ci-dessous.

21 L'emballage et la manutention: Vous assurez seul les risques et les frais d'emballage et de manutention des lots

1 nous ne serons en aucun cas responsables des actes et missions des emballages ou manutentionnaires.

2 Licence d'exportation: L'exportation de tout lot hors de Suisse ou l'importation dans un autre Etat peut être soumise à la délivrance d'une ou plusieurs autorisations d'exportation ou d'importation. Il est de la responsabilité de "l'acheteur" d'obtenir toute autorisation d'exportation ou d'importation requise. Les lots achetés seront réglés conformément aux dispositions de la Clause 16 et l'absence de délivrance d'une licence d'exportation ou d'importation ou tout retard dans l'obtention d'une telle licence ne sauraient justifier la résolution ou l'annulation de la vente de votre part ou tout retard de votre paiement du "montant total dû" pour le lot.

3 Recours en cas de non-paiement: Si "le montant total dû" n'est pas payé pour un lot conformément à la Clause 16, nous aurons le droit d'exercer à notre discrétion, pour nous-mêmes ou en qualité d'agent du vendeur, et sans préjudice de tous les autres droits dont nous et le vendeur disposons, une ou plusieurs des actions suivantes:

- a) introduire une procédure à votre encontre pour exécution contractuelle en vue d'obtenir des dommages et intérêts;
- b) annuler la vente du lot;
- c) affecter tout paiement fait entre nos mains ou à toute "société affiliée à Sotheby's", que ce soit au titre du "montant total dû" ou autrement, à toute dette dont vous seriez redevable envers nous ou envers toute "société affiliée à Sotheby's" relativement à d'autres opérations;
- d) organiser et procéder à la remise en vente du lot dans le cadre d'une vente aux enchères publiques ou d'une vente de gré à gré, en diminution de votre dette à notre égard. Vous consentez, avec le vendeur, à nous autoriser à organiser une telle remise en vente sur la base des Conditions de Vente applicables au moment de cette remise en vente et consentez à ce que le prix de réserve et les estimations concernant une telle remise en vente soient déterminés à notre seule discrétion. "Le produit net de la vente" s'imputera sur le montant de votre dette. Si lors de la remise en vente, le lot atteint un prix inférieur au "prix d'adjudication" initial, nous serons en droit, tout comme le vendeur, de vous réclamer la différence, augmentée de tous les frais encourus du fait de votre défaut de règlement. Si lors de la remise en vente, le prix atteint est supérieur au "prix d'adjudication" initial, le surplus sera payé "au vendeur". Dans une telle hypothèse, vous renoncerez à toute réclamation éventuelle sur la propriété du lot et accepterez que tout prix de revente soit présumé commercialement raisonnable.
- e) compenser tout montant que nous, ou "toute société affiliée à Sotheby's" vous devrions avec tout montant dont vous seriez redevable envers nous ou envers toute "société affiliée à Sotheby's", que ce soit en raison du produit d'une vente ou pour toute autre raison.
- f) exercer un droit de rétention sur tout bien vous appartenant qui est en notre possession ou en possession de toute "société affiliée à Sotheby's", quelque soit la raison, jusqu'à ce que les montants impayés nous aient été entièrement réglés. Nous vous avertirons de l'exercice de tout droit de rétention et du montant restant dû. Si les montants demeurent néanmoins impayés quatorze jours après une telle mise en demeure, nous aurons le droit d'organiser et d'exécuter la revente d'un tel lot conformément au paragraphe (e) susvisé;
- g) vous facturer la "commission vendeur" et le montant raisonnable des frais légaux et administratifs encourus par le "vendeur" et par nous-mêmes;

- (i) vous facturer un intérêt à un taux n'excédant pas 6% (six pour cent) par an au-dessus du taux de base bancaire fixé périodiquement par la banque de "Sotheby's" à Genève, sur "le montant total dû" dans la limite du montant demeuré impayé plus de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de la vente aux enchères;
- (j) assurer, déplacer ou entreposer le lot, soit dans nos locaux, soit dans un autre endroit à vos seuls risques et frais;
- (k) rejeter toutes enchères portées par vous ou en votre nom lors d'une vente aux enchères ultérieure ou exiger que vous versiez un acompte entre nos mains avant d'accepter de telles enchères.

24 Recours pour défaut d'enlèvement des achats: Si vous n'enlevez pas un lot acheté dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de la vente, nous nous réservons le droit d'entreposer ledit lot à vos risques et frais. Cela s'appliquera que vous ayez ou non effectué le paiement du "montant total dû". Nous vous remettrons le lot acheté seulement après avoir reçu la totalité du paiement pour tous les frais d'entreposage, de transport, d'assurance et de tous les autres frais encourus, ainsi que le paiement de toutes les autres sommes que vous nous devez, y compris, si tel est le cas "le montant total dû". Nous aurons le droit, à notre seule discrétion, d'exercer l'un quelconque des droits ou recours prévus à la Clause 23 (a), (c), (e), (f), (g), (h) susvisée, sous réserve que nous n'exercions pas les droits prévus à la Clause 23 (e) susvisée pendant une période de six mois à compter de la date de la vente concernée.

Dans le cas où nous exercerions nos droits en vertu de la Clause 23 (e) susvisée après que vous nous ayez remis le "montant total dû", nous nous engageons à tenir à votre disposition le "produit net de la vente" que nous aurions reçus en fonds disponibles diminués de "la commission vendeur", de "la commission acheteur" et de tous les frais d'entrepôt, de déplacement, d'assurance et de tous coûts ou taxes encourus.

C CONDITIONS CONCERNANT PRINCIPALEMENT LES VENDEURS

25 Les garanties du vendeur: Cette Clause régit votre relation à la fois avec "l'acheteur" et avec nous-mêmes. Si nous ou "l'acheteur" considérons que l'une des garanties indiquées ci-dessous n'était pas respectée d'une quelconque manière, nous ou "l'acheteur" pourrions engager des actions judiciaires à votre encontre. Vous acceptez d'indemniser Sotheby's, et toute "société affiliée à Sotheby's", leurs employés, administrateurs, cadres et subordonnés de toutes pertes ou dommages résultant d'une violation avérée ou alléguée de vos déclarations ou garanties, ou de toutes autres obligations prévues par les présentes Conditions de Vente. Si nous croyons raisonnablement qu'une violation avérée ou alléguée de ces déclarations ou garanties s'est réalisée, vous autorisez "Sotheby's", à sa seule discrétion, à procéder à l'annulation de la vente.

Vous nous garantissez, ainsi qu'à l'acheteur, qu'à tout moment (y compris mais de manière non limitative pendant la période où le bien nous est confié et au moment de la vente):

- (a) vous êtes le véritable propriétaire du bien, ou vous êtes dûment autorisé par le véritable propriétaire à vendre le bien;
- (b) vous pouvez présentement et à l'avenir, conformément aux présentes Conditions de Vente, transférer valablement la possession et la propriété à l'acheteur, ladite propriété étant libre de toute revendication, action ou potentielle action émanant de tiers, et notamment, sans que cette énumération ait un caractère limitatif, de toute revendication émanant de gouvernements ou d'administrations étatiques;
- (c) vous nous avez fourni toutes les informations concernant la provenance du bien et vous nous avez notifié par écrit tout doute exprimé par une tierce personne relatif à la propriété, l'état, l'authenticité, l'attribution, l'importation et l'exportation du lot;
- (d) vous ignorez tout fait ou toute allégation qui rendrait notre description concernant le lot inexacte ou trompeuse;
- (e) vous déclarez et garantissez que le bien a été légalement importé dans l'Union Européenne s'il provient d'un pays que n'est pas membre de l'Union Européenne; que le bien a été légalement et définitivement exporté en vertu des lois en vigueur dans tout pays, quel qu'il soit, dans lequel il était situé; que toutes les déclarations à l'exportation et à l'importation ont été correctement remplies; que tous droits et taxes à l'exportation et l'importation ont été payés;
- (f) vous avez payé ou paierez toutes les taxes et/ou les droits qui sont dus sur "le produit net de la vente" du bien et vous nous avez notifié par écrit toutes les taxes et droits dont nous sommes redevables en votre nom dans tout pays autre que celui du lieu de la vente;
- (g) sauf avertissement contraire notifié par vous par écrit à Sotheby's au moment où le bien est remis à Sotheby's, il n'existe aucune restriction, droits d'auteur ou autre, relatif au bien (autres que ceux imposés par la loi) ni aucune restriction sur nos droits de reproduire des photographies ou autres images de ce bien;
- (h) sauf avertissement contraire notifié par vous par écrit à Sotheby's au moment où le bien est remis à Sotheby's, tous les appareils électriques ou mécaniques (ou toute partie électrique

ou mécanique d'un lot offert à la vente) sont sans risque s'ils sont utilisés dans le but auquel ils sont destinés et sont exempts de tout vice non apparent, non décelable par un examen externe, qui pourrait s'avérer dangereux pour la vie humaine ou la santé.

AVANT LA VENTE

26 Préparation de la vente: Vous acceptez de nous accorder une entière et absolue discrétion dans:

- (i) la manière de réunir ou de diviser les biens en lots pour la vente;
- (ii) la manière d'inclure les lots dans la vente;
- (iii) la manière de décrire un lot et de procéder aux illustrations dans le catalogue ou dans les rapports sur l'état de l'objet;
- (iv) la date et le lieu de la vente (ou des ventes) aux enchères;
- (v) la façon dont la vente est conduite.

Nous nous réservons le droit de consulter et de nous fier à tout expert, consultant ou restaurateur extérieur de notre choix à propos d'un bien, et de réaliser toute enquête ou tout test sur le bien qui nous sembleraient appropriés, avant ou après la vente. Cependant, cela relève de notre entière discrétion et nous ne sommes aucunement dans l'obligation d'effectuer ces consultations, enquêtes ou tests.

27 (a) Estimations: Toute estimation effectuée par nous, que ce soit par écrit ou par oral, ne constitue que l'expression d'une opinion et n'est fournie qu'à titre indicatif. Une estimation ne saurait être considérée comme une prévision du prix de vente. Toute estimation donnée (que ce soit par écrit ou verbalement soit dans un catalogue, soit sur un reçu, une lettre ou tout autre document) peut être révisée à tout moment par nos soins de manière discrétionnaire.

(b) Exclusion de responsabilité: Toutes déclarations, écrites ou verbales et y compris celles figurant dans un catalogue, rapport, commentaire ou estimation relatives à l'aspect ou la qualité d'un lot, y compris au prix ou à sa valeur (a) ne sont que des expressions d'opinions et (b) peuvent être révisées avant que le lot ne soit offert à la vente (y compris lorsque le lot est exposé au public). Ni "Sotheby's", ni une "société affiliée à Sotheby's" ni leurs mandataires, employés, ou administrateurs respectifs ne seront tenus responsables des omissions ou erreurs contenues dans une telle déclaration.

(c) Limitation des réclamations par le vendeur: Toute réclamation par "le vendeur" (à l'exclusion de toute réclamation prévue par la Clause 31) sera limitée en tout état de cause "au produit net de la vente" relatif à ce lot.

28 Retrait des lots de votre part: Si vous choisissez de retirer un bien de la vente après l'une de ces dates (i) l'engagement écrit de mettre en vente l'objet chez nous et (ii) douze (12) semaines avant la date de la vente aux enchères, vous serez tenu de nous payer des droits de retrait calculés conformément à la Clause 30 ci-dessous. Si vous retirez votre bien avant ces dates, aucun droit de retrait ne sera dû.

29 Retrait des lots de notre part: Nous pouvons retirer un lot d'une vente sans engager notre responsabilité si (i) nous pensons raisonnablement qu'il existe un doute quant à son authenticité ou attribution ou (ii) il existe une violation avérée ou alléguée d'une quelconque déclaration ou garantie du vendeur prévue à la Clause 25 susvisée, ou (iii) vous avez violé l'une des dispositions des Conditions de Vente ou (iv) le lot contient des matériaux provenant d'espèces menacées d'extinction pour lesquelles une autorisation de vente en vertu de la réglementation CITES est requise et qu'une telle autorisation n'a pas été obtenue au jour précédant le premier jour de l'exposition de la vente au public ou (v) nous estimons que le lot a une valeur de vente insuffisante ou (vi) le lot a subi des pertes ou dommages en sorte qu'il n'est pas dans l'état dans lequel il était lors de la conclusion de l'accord de vente ou (vii) la vente aux enchères à laquelle il devait être vendu a été reportée, pour quelque raison que ce soit.

Si nous avons connaissance d'une contestation sur le titre de propriété ou d'un droit de rétention sur un lot que vous nous avez confié, nous ne pourrions vous remettre le lot tant que la réclamation sur le titre de propriété ou le droit de

rétention n'aura pas été résolu à nos yeux de manière satisfaisante.

30 Droit de retrait: Si nous sommes amenés à retirer un lot en raison de la réalisation des événements prévus aux paragraphes (i), (iv), (v), (vi), ou (vii) de la Clause 29 susvisée, aucun droit de retrait ne vous sera facturé et le bien vous sera retourné à vos frais, sous réserve qu'il ne fasse l'objet d'aucune réclamation quant à son titre de propriété.

Cependant si nous retirons le lot pour toute autre raison, vous devrez nous régler un droit de retrait en sus des "frais". Le droit de retrait sera égal à la somme de "la commission vendeur" et de "la commission acheteur" et sera calculé comme si le lot retiré avait été vendu au prix de "l'estimation moyenne avant vente". Il est destiné à indemniser "Sotheby's" pour ses frais et dépenses et le temps passé par ses experts et son personnel à cataloguer le lot et à faire de la publicité pour sa vente.

Le taux "commission vendeur" sera le taux applicable au moment où le lot retiré avait été confié à la vente. Nous ne sommes pas tenus de retirer un bien de la vente ou de vous le retourner, tant que vous n'avez pas réglé le montant du droit de retrait.

31 Responsabilité de Sotheby's en cas de perte ou de dommage: Sauf accord exprès convenu ensemble au moment de la livraison du bien, nous serons responsables, à vos frais et dans les termes prévus par cette Clause 31, en cas de perte ou de dommage sur tout lot à partir du moment où nous recevons le lot et (i) jusqu'à ce que le risque soit transféré à l'acheteur du lot suite à sa vente, ou (ii) jusqu'à ce que soixante (60) jours se soient écoulés après la vente concernée, si le lot demeure invendu, ou (iii) jusqu'à six (6) mois après que le lot nous a été livré, s'il reste en notre possession et n'a pas été consigné pour une vente à ce moment là.

En contrepartie, vous acceptez de payer à Sotheby's un droit correspondant à la responsabilité que nous assumons à un taux qui est égal à un pour cent et demi (1,5%) de l'un des montants suivants:

- (i) "prix d'adjudication", si le lot est vendu;
- (ii) "prix de réserve", si le lot est invendu;
- (iii) "l'estimation moyenne avant vente", si le lot n'est pas offert à la vente pour quelque raison que ce soit;
- (iv) une estimation raisonnable de la valeur du lot à la date à laquelle il nous a été livré, s'il n'existe pas "d'estimation moyenne avant vente".

Lorsque le paragraphe (i) susvisé s'applique, vous acceptez que nous puissions déduire cette somme du "prix d'adjudication" du lot.

S'il survenait une perte ou un dommage au bien pendant la période où nous sommes responsables, nous ne serons pas tenus de vous payer un montant supérieur à celui prévu aux paragraphes (i)-(iv) susvisés, diminué de la "commission vendeur", des "frais" et de toute TVA applicable sur la "commission vendeur" et sur les "frais".

Nous ne serons pas responsables des pertes ou dommages survenus aux cadres ou verres couvrant les gravures, les peintures ou autres oeuvres, ou intervenus lors de travaux réalisés par toute personne tierce que nous avons chargée, avec votre accord, de s'occuper de votre bien (notamment travaux de restauration, encadrement ou nettoyage). Nous ne serons pas non plus responsables des pertes ou dommages occasionnés de manière directe ou indirecte par:

- (i) les changements d'humidité ou de température;
- (ii) l'usure normale, la détérioration progressive, un vice caché ou un défaut intrinsèque (notamment la vermoûlure);
- (iii) les erreurs de manipulation;
- (iv) la guerre, les armes de guerre employant la fission atomique, la contamination radioactive, les armes chimiques, bio-chimiques ou électro-magnétiques ou tout acte de terrorisme (tels que définis et appliqués par les assureurs de Sotheby's).

32 Assurance organisée par vous: Si vous ne souhaitez pas que nous soyons responsable en cas de perte ou de dommage dans les conditions mentionnées à la Clause 31 ci-dessus, pour tout lot que vous nous livrez, vous devrez en convenir par écrit avec nous au moment de la livraison. Dans le cas où nous concluons un accord en ce sens, vous devrez souscrire une

couverture d'assurance pour le lot jusqu'à ce que "l'acheteur" ait payé le lot en totalité. Dans ces circonstances, vous acceptez de:

- (i) nous fournir un exemplaire du certificat d'assurance pour le lot;
- (ii) nous procurer une renonciation à recours établie par votre assureur pour tous droits et réclamations qui pourraient être formés contre nous en relation avec les pertes et les dommages et nous fournir un exemplaire de cette renonciation dont la forme devra nous convenir;
- (iii) nous indemniser contre toute réclamation pour dommage ou perte ou coûts concernant le lot, quelle que soit la nature de cette réclamation;
- (iv) notifier à votre assureur l'existence de l'indemnisation prévue au paragraphe (iii) ci-dessus;
- (v) nous rembourser sur demande de toutes les dépenses, coûts et "frais", y compris les frais légaux, qui peuvent résulter de toute réclamation. Vous serez tenu par tout paiement fait par nous en vertu de cette Clause et vous devrez tenir ce paiement pour preuve effective de ce que nous étions contraints de procéder à un tel paiement, et ce même si aucune responsabilité n'a été prouvée;
- (vi) renoncer à tous les droits et réclamations que vous pourriez avoir à notre encontre en relation avec une telle perte ou un tel dommage, à l'exception des cas où la perte ou le dommage est dû à un manquement fautif de notre part.

Si vous ne respectez pas les dispositions des paragraphes susvisés (i) et (ii) dans un délai de dix (10) jours à compter de la livraison du lot entre nos mains, nous assumerons le risque de perte ou dommage sur le lot conformément à la Clause 31 susvisée. Nous assumerons un tel risque de perte ou dommage à compter du 1^{er} jour suivant la livraison du bien entre nos mains. Si le lot venait à être endommagé ou perdu après cette date, nous serons redevables envers vous de la différence positive, si elle existe, entre (a) le montant applicable tel que spécifié aux paragraphes (i)-(iv) de la Clause 31 ci-dessus, et (b) les indemnités perçues au titre de la police d'assurance que vous avez souscrite pour le lot concerné augmentées de toute franchise applicable.

33 Réexpédition: Nous pourrions décider, à notre discrétion, d'expédier tout lot à une vente aux enchères publiques organisée par toute "société affiliée à Sotheby's". Nous vous le notifierons par écrit et, à moins que vous ne vous opposiez par écrit dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de sa notification à la réexpédition proposée, vous serez considéré comme ayant accepté une telle réexpédition.

Dans ces circonstances, toute vente sera régie par les Conditions de Vente figurant dans le catalogue de la vente correspondante, sous réserve uniquement de ce qu'entre vous et nous, les présentes Conditions de Vente continueront à s'appliquer et prévaudront en cas de conflit. L'entier du produit de la vente vous seront remis dans la devise du pays dans laquelle la vente s'est déroulée, diminués de toutes les taxes locales correspondantes.

PENDANT LA VENTE

34 Le "prix de réserve": Sauf accord contraire conclu par écrit, chaque lot sera offert à la vente avec un "prix de réserve" égal à soixante-quinze pour cent (75%) de "l'estimation basse avant la vente" notifiée au "vendeur".

Aucun "prix de réserve" ne peut excéder la dernière "estimation basse avant la vente" du lot annoncée ou publiée par "Sotheby's". Dans l'hypothèse où des fluctuations de change devaient affecter un "prix de réserve" fixé dans une devise autre que le franc suisse et si "Sotheby's" ne parvient pas à s'accorder avec le "vendeur" sur un "prix de réserve" révisé, le "prix de réserve" fixé exprimé en francs suisses sera calculé sur la base du taux de change de clôture disponible le jour ouvrable précédant immédiatement la vente aux enchères.

"SOTHEBY'S" NE SERA EN AUCUN CAS RESPONSABLE AU CAS OU IL N'Y AURAIT PAS D'ENCHERES ATTEIGNANT LE NIVEAU DU "PRIX DE RESERVE" MAIS "SOTHEBY'S" AURA LE DROIT, A SA LIBRE ET ENTIERE APPRECIATION, DE VENDRE LE LOT AU-DESSOUS DU "PRIX DE RESERVE" ET DE REMETTRE AU "VENDEUR" LES PRODUITS DE LA VENTE QUE LE "VENDEUR" AURAIT REÇUS SI LE LOT AVAIT ETE VENDU AU "PRIX DE RESERVE". SI

LE LOT NE TROUVE PAS ACQUEREUR, LE COMMISSAIRE-PRISEUR ANNONCERA QUE LE LOT EST INVENDU.

35 Enchérir pendant une vente aux enchères: Vous ne pouvez pas enchérir sur votre propre bien. Bien que nous soyons autorisés à enchérir en votre nom jusqu'au montant du prix de réserve, vous n'êtes pas autorisé à donner instructions ou à permettre à une autre personne d'enchérir sur le bien pour votre compte.

Si vous enchérissez en votre nom (ou chargez une autre personne de le faire), vous pourrez être considéré comme un enchérisseur dont les enchères auraient été acceptées.

Dans ce cas, vous ne serez pas autorisé à bénéficier des Clauses 3 et 34 susvisées et vous serez tenu de nous régler une somme représentant le total de la "commission vendeur", de la "commission acheteur" et de tous "les frais" qui auront été encourus à l'occasion de la vente du lot. Nous serons autorisés à exercer un droit de rétention sur le lot jusqu'à ce que le paiement de cette somme ait été acquitté en totalité.

APRÈS LA VENTE

36 Paiement fait par vous à nous: Après la vente, vous serez tenu de nous payer les sommes suivantes:

- (i) la "commission vendeur"; et
- (ii) "les frais"

Nous aurons le droit de déduire chacun de ces montants des sommes reçues de "l'acheteur". Vous autorisez "Sotheby's" à percevoir de "l'acheteur" la "commission acheteur".

37 Paiement du produit net de la vente:

A moins d'avoir été averti par "l'acheteur" de son intention de résoudre ou annuler la vente au motif que le lot serait un faux et à condition que "l'acheteur" ait délivré à "Sotheby's" tout document permettant de s'assurer de son identité, nous vous transmettrons le trente cinquième jour après le dernier jour de la vente aux enchères, le "produit net de la vente" reçu de "l'acheteur" en fonds disponibles, diminué de tout autre montant dont vous seriez redevable à l'égard de Sotheby's ou de toute "société affiliée à Sotheby's". Vous voudrez bien noter que "le produit net de la vente" qui vous est dû provient directement des montants reçus de "l'acheteur". Si "l'acheteur" effectue le paiement plus de trente (30) jours après le dernier jour de la vente, nous vous enverrons le "produit net de la vente" diminués des autres montants que vous nous devez ou que vous devez à toute "société affiliée à Sotheby's" dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception des fonds disponibles.

Nous nous réservons le droit de remettre un lot à "l'acheteur" avant le paiement par "l'acheteur" du "montant total dû" pour le lot. Dans ce cas, nous vous paierons le "produit net de la vente" du lot le trente-cinquième jour après la date de la dernière vacation à condition que vous nous ayez fourni tout document permettant de nous assurer de votre identité.

38 Annulation: Lorsque nous sommes convaincus que le lot est un faux, nous procéderons à l'annulation de la vente et vous le notifierons. Nous serons en droit, à notre seule discrétion, de passer outre les dispositions de la Clause 3 lorsqu'il s'agira de déterminer si un lot est un faux ou non. Dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de la lettre vous notifiant l'annulation de la vente, vous nous retournerez tout "produit net de la vente" que nous vous aurons précédemment réglé relativement audit lot et vous nous rembourserez de tous les "frais" encourus en relation avec l'annulation de la vente. A réception de ces fonds, nous vous retournerons le lot. Nous serons en droit de percevoir les "produit net de la vente", si pour des raisons indépendantes de notre volonté, nous ne sommes pas en mesure de vous retourner votre lot.

39 Non-paiement par l'acheteur: Nous ne sommes pas tenus de contraindre "l'acheteur" à payer, ni d'introduire des actions judiciaires pour recouvrer un tel paiement. Vous vous engagez à nous informer de toute action que vous auriez choisie d'entreprendre à l'encontre de "l'acheteur" pour le contraindre au paiement des sommes qu'il vous doit.

A notre entière discrétion, nous pourrions exercer l'un des recours prévu à la Clause 23 susvisée, y compris le droit d'annuler la vente et de vous retourner votre bien.

Sur demande, nous vous informerons de toute action introduite à l'encontre de "l'acheteur" et prendrons en considération vos conseils sur la démarche que vous estimez la plus appropriée pour recouvrer le montant dû. Nous serons en droit de facturer à "l'acheteur" un intérêt pour tout retard de paiement conformément à la Clause 23(i) susvisée et vous nous autorisez à retenir un tel intérêt pour notre propre compte.

Si "l'acheteur" ne règle pas "le montant total dû" mais si nous consentons à vous verser un montant équivalent au "produit net de la vente", la propriété du lot nous est transférée. Afin d'éviter tout malentendu, nous aurons le bénéfice de toutes vos déclarations, garanties et indemnités prévues aux termes des présentes Conditions de Vente.

40 Les ventes postérieures à la vente aux enchères: Si un lot n'a pas été acquis lors de la vente aux enchères, vous nous autorisez à vendre le lot de gré à gré pendant une période de quarante (40) jours à compter de la date de la vente aux enchères. Sauf accord contraire de votre part, toute vente postérieure à la vente aux enchères sera conclue pour un prix qui ne saurait être inférieur au "produit net de la vente" auquel vous auriez pu prétendre si le lot avait été vendu au prix de réserve.

Si une telle vente de gré à gré est convenue, vos obligations envers nous et "l'acheteur" concernant ce lot sont les mêmes que s'il avait été vendu aux enchères publiques.

Toute référence faite dans les présentes Conditions de Vente à la date des enchères signifiera la date de la vente de gré à gré.

41 Lot invendu: Nous vous adresserons, à l'adresse donnée dans l'avis de réception des biens, un avis relatif aux lots invendus. Si ce bien n'a pas été vendu de gré à gré conformément aux dispositions de la Clause 40, vous pourrez soit nous confier à nouveau ce lot en vue de sa vente, soit reprendre possession de votre bien. Si vous décidez de reprendre votre lot, nous nous réservons le droit de vous facturer une commission réduite s'élevant à cinquante pour cent (50%) de "la commission vendeur", augmentée des "frais". Dans ce cas, la "commission vendeur" sera calculée comme si le bien avait été vendu au prix de réserve. Le taux de la "commission vendeur" sera celui applicable à la date de la vente aux enchères.

Si vous ne prenez pas les dispositions visant à nous confier la vente à nouveau du lot ou à reprendre possession de votre lot, ainsi que précédemment stipulé, dans un délai de soixante (60) jours à compter de la vente aux enchères, nous serons en droit, à notre seule discrétion:

- (i) de conserver le lot dans un lieu extérieur à vos risques et frais; ou
- (ii) d'offrir à nouveau le lot à une vente aux enchères publiques avec un prix de réserve qui ne pourra être inférieure à cinquante pour cent (50%) du prix de réserve d'origine.

Dans le cas où un lot est confié à nouveau à la vente, nous serons habilités à déduire "du prix d'adjudication" la commission réduite due au titre de la vente initiale ainsi que les "frais" y afférents et "la commission vendeur" liée à la revente augmentée également des "frais" y afférents. Nous nous réservons le droit de vous facturer dans la limite d'un montant raisonnable nos frais administratifs et juridiques encourus.

Toute revente sera régie par les Conditions de Vente figurant dans le catalogue de la vente concernée, sous réserve uniquement qu'entre vous et nous, les présentes Conditions de Vente continueront à s'appliquer et prévaudront en cas de conflits.

D CONDITIONS CONCERNANT À LA FOIS LES ACHETEURS ET LES VENDEURS

42 Loi applicable: Les Conditions de Vente et toutes modifications subséquentes seront régies par le droit suisse et interprétées conformément à ce droit.

43 (i) Clause attributive de compétence: "Sotheby's", les

"acheteurs" et "les vendeurs" (et tous les "acheteurs" et "vendeurs" éventuels) acceptent que les tribunaux du canton de Genève (suisse) (sous réserve des dispositions de la Clause 43

(ii) ci-dessous) ont une compétence exclusive pour tous les litiges (y compris les réclamations relatives à la compensation et aux demandes reconventionnelles) qui existeraient en rapport avec la validité, l'effet, l'interprétation ou l'exécution des présentes Conditions de Vente ou en rapport avec les relations juridiques survenues dans le cadre de ces Conditions de Vente, ou avec toute autre question relative à ces dernières. (ii) Les dispositions de la Clause 43(i) susvisée sont convenues au seul bénéfice de "Sotheby's". Par conséquent, nonobstant l'engagement exclusif prévu à la Clause 43(i) susvisée, "Sotheby's" se réserve le droit d'engager des poursuites devant tout tribunal compétent.

44 Signification: Tous les "acheteurs" et "vendeurs" consentent irrévocablement à recevoir notification d'un acte introductif d'instance ou de tout autre document en rapport avec une procédure judiciaire, par voie de télécopie, de signification à personne, de remise à la dernière adresse connue ou à toute autre adresse usuelle, de courrier, ou par tout autre moyen autorisé par la loi suisse, la loi du lieu où la signification doit être effectuée ou celle du lieu dans lequel la procédure doit être introduite.

45 Photographies et illustrations: Vous reconnaissez que nous avons un droit absolu (non exclusif) de photographier, illustrer ou de reproduire des images de tout lot que nous détenons en vue d'une vente. Nous conserverons les droits d'auteur sur toutes les images que nous aurons réalisées relatives à un lot et aurons le droit d'utiliser de telles images comme bon nous semble, aussi bien avant qu'après la vente aux enchères.

46 Taxe sur la Valeur Ajoutée: Lorsque les présentes Conditions de Vente se réfèrent à une obligation pour "l'acheteur" ou "le vendeur" d'effectuer un paiement, "l'acheteur" ou "le vendeur" (selon le cas) sera redevable du paiement de toute Taxe sur la Valeur Ajoutée ("TVA") requise par la loi, ou, le cas échéant, tout montant tenant lieu de TVA.

Lorsque les présentes Conditions de Vente confèrent à Sotheby's le droit de recevoir paiement de "l'acheteur" ou du "vendeur", un tel droit inclura le droit de percevoir toute TVA due, ou le cas échéant, tout montant tenant lieu de TVA.

47 Droits d'auteur: Aucune déclaration, ni garantie ne sont émises par "le vendeur" ou par "Sotheby's" sur le point de savoir si un lot est soumis à des droits d'auteur, ou si "l'acheteur" acquiert les droits d'auteur sur un lot vendu.

48 Exportation/importation et embargos: Aucune déclaration, ni garantie ne sont émises par "Sotheby's" ou par le "vendeur" sur la question de savoir si un lot est soumis à des restrictions d'exportation depuis la Suisse ou à des restrictions relatives à l'importation de la part de tout autre Etat. De même, nous ne faisons aucune déclaration ou garantie sur la question de savoir s'il existe des mesures d'embargo concernant des lots spécifiques.

49 Notification: Toute notification ou autre communication devront être faites par écrit et si elles sont envoyées par la poste, seront considérées comme ayant été reçues par le destinataire, le deuxième jour qui suit l'envoi, ou si le destinataire habite en dehors de la Suisse, le cinquième jour ouvrable après l'envoi. Si une notification écrite est remise en main propre, elle sera considérée comme ayant été reçue au moment de la remise et, si une notification est envoyée par télécopie, elle sera considérée comme ayant été reçue vingt-quatre (24) heures après l'envoi. Toute notification doit nous être adressée au Quai du Mont Blanc 13, 1201 Genève. Toute notification que nous pourrions vous envoyer, sera adressée à la dernière adresse que nous connaissons.

50 Divisibilité: Dans le cas où certaines dispositions des présentes Conditions de Vente seraient inapplicables, pour quelque motif que ce soit, les dispositions restantes conserveront leur plein effet.

51 Détails personnels: Si nous en faisons la demande, "l'acheteur", "le vendeur" et tout enchérisseur acceptent de fournir (dans des formes qui nous paraissent acceptables) une confirmation écrite de leur nom, adresse permanente, preuve de leur identité et de leur solvabilité.

52 Commission d'introduction: Nous nous réservons le droit de payer sur notre rémunération, une commission à toute tierce personne qui nous présenterait des clients ou nous ferait connaître des objets.

53 Protection des données: Sotheby's pourra se servir des renseignements donnés par ses clients ou de ceux que "Sotheby's" obtient autrement, concernant ses clients, pour la provision d'une enchère et les autres services liés à l'art, l'immobilier, la gestion clients, le marketing et autres (domaines) afin de diriger ses affaires, ou comme requis par la loi.

Le rassemblement de renseignements personnels concernant les clients de Sotheby's peut se produire via des méthodes techniques pour identifier leurs préférences et leur fournir une meilleure qualité de service, et Sotheby's peut rassembler ces renseignements sur ses clients au moyen d'images vidéo ou par l'utilisation d'un appareil d'enregistrement servant à mémoriser des conversations téléphoniques.

"Sotheby's" va demander l'accord explicite à son client avant de rassembler toute donnée personnelle (ou sensible) sauf indication contraire prévue par la loi. Vous consentez à ce que Sotheby's puisse utiliser toute donnée personnelle (ou sensible) que vous lui avez fournie.

En acceptant ces Conditions de Vente, vous consentez au traitement de vos données personnelles, à la divulgation et au transfert de tels renseignements vers toute société Sotheby's et toute partie tierce partout dans le monde pour les motifs ci-dessus, ce qui comprend également les pays qui n'offrent pas une protection pour les données personnelles équivalente à celle qu'offre la Suisse. Vous pouvez empêcher l'utilisation de ces données personnelles à des fins marketing à n'importe quel moment en le notifiant à Sotheby's. Si vous ne souhaitez pas recevoir de matériel ou de documentation marketing de la part de ou relatif à "Sotheby's", le Groupe Sotheby's ou des tiers, veuillez en informer le bureau de "Sotheby's".

54 Divers:

- (i) Les titres et l'introduction figurant dans les présentes Conditions de Vente ne font pas partie intégrante de celles-ci; ils ont pour seul objet d'en faciliter la lecture et la compréhension;
- (ii) Aucun acte, même partiel, ou omission de "Sotheby's" ne pourra être considéré comme une renonciation de "Sotheby's" à l'un de ses droits prévus aux présentes.
- (iii) Les singuliers incluent les pluriels et vice-versa, lorsque le contexte le rend nécessaire.
- (iv) Les présentes Conditions de Vente ne pourront être cédées par "l'acheteur" ou "le vendeur" à des tiers sans le consentement écrit préalable de "Sotheby's". Cependant, ces Conditions de Vente s'appliqueront à vos ayants-droits, cessionnaires, trustees, exécuteurs testamentaires, tuteurs, et représentants.
- (v) Lorsque les termes se voient attribuer une signification particulière, un lexique peut apparaître avant le premier lot dans le catalogue de la vente concernée.

ANNEXE III

**CONDITIONS DE VENTE DE FISCHER AUKTIONEN DISPONIBLES LE 31 JANVIER
2011 SUR LE SITE :**

**[http ://www.fischerauktionen.ch/downloads/independent.aspx?type=Formu
lare&l=de](http://www.fischerauktionen.ch/downloads/independent.aspx?type=Formulare&l=de)**

AUKTIONSBEDINGUNGEN

Durch die Teilnahme an der Auktion werden die folgenden Bedingungen anerkannt:

1. Die Versteigerung erfolgt in Schweizer Franken. Der Verkauf erfolgt an den Höchstbietenden, dessen Gebot vom Auktionator akzeptiert wurde. Der Bieter bleibt an sein Gebot gebunden, bis dieses entweder ausdrücklich überboten oder vom Versteigerer abgelehnt wird. Entsteht irgendeine Meinungsverschiedenheit, dann kann der Versteigerer darüber nach freiem Ermessen entscheiden oder das Los neu aufrufen und versteigern. Die Lose werden mit der Massgabe versteigert, dass das Los den vom Verkäufer festgesetzten Mindestpreis erzielt. Verkäufer dürfen auf eigene Objekte nicht mitbieten oder auf ihre Rechnung durch Dritte mitbieten lassen. Der Versteigerer behält sich vor, zur Vertretung von Kaufaufträgen, eigenen Kaufabsichten und/oder Verkaufslimiten selber mitzubieten.
2. Bieter müssen vor der Abgabe eines Gebotes gegen Angabe der Personalien beim Sekretariat des Auktionshauses eine Bieternummer lösen. Das Auktionshaus kann einen offiziellen Identitätsnachweis, eine Bankreferenz und/oder Sicherheiten verlangen. Es liegt im Ermessen des Auktionshauses eine Person nicht an der Auktion teilnehmen zu lassen.
3. Es steht dem Versteigerer nach seinem Ermessen frei, ein Gebot heraufzusetzen oder ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Der Versteigerer behält sich ferner das Recht vor, Lose zu vereinigen, zu trennen, ausserhalb der Reihenfolge anzubieten, hinzuzufügen und/oder wegzulassen bzw. von der Auktion zurückzuziehen.
4. Gebote werden in der Regel anlässlich der Auktion persönlich und direkt durch deutliche Kundgabe an den Auktionator abgegeben. Bietaufträge (für den Fall, dass der Bieter nicht persönlich an der Auktion teilnehmen kann), müssen bis spätestens 24 Stunden vor Auktionsbeginn in Schriftform abgegeben werden oder per Post bzw. per Fax dem Auktionshaus zugehen und nach dem Ermessen des Auktionshauses klar und vollständig sein. Zusätzliche Bedingungen, die durch den Bieter angebracht werden, sind ungültig. Bei gleichem Höchstbetrag von Bietaufträgen wird lediglich derjenige Bietauftrag berücksichtigt, welcher früher eingetroffen ist. Bietaufträge sind unwiderrufbar und verbindlich. Aufträge unterhalb der Hälfte der Schätzung können nicht akzeptiert werden. Telefonische Bieter, welche nach Ermessen des Auktionshauses nur in einer beschränkten Zahl zugelassen werden, müssen ebenfalls bis spätestens 24 Stunden vor Auktionsbeginn in schriftlicher Form dem Auktionshaus alle Details (Personalien, telefonische Erreichbarkeit, interessierende Lots usw.) mitteilen. Die telefonischen Bieter erklären sich damit einverstanden, dass das Auktionshaus das telefonisch abgegebene Gebot bzw. das entsprechende Telefonat aufzeichnen darf. Jegliche Haftung des Auktionshauses sowohl für Bietaufträge als auch telefonische Gebote wird wegbedungen.
5. Auf dem Zuschlagspreis ist von allen Käufern (Ersteigerern) ein **Aufgeld** zu bezahlen, das wie folgt berechnet wird:
Bei einem Zuschlag bis und mit CHF 100'000.-: 20%;
Bei einem Zuschlag ab 100'000.-: 20% auf die ersten CHF 100'000.- und
16% auf die Differenz zwischen CHF 100'000.- und der Höhe des Zuschlages.
Die angegebenen Prozentsätze beziehen sich auf den Zuschlagspreis für jedes einzelne Objekt.
Die **schweizerische Mehrwertsteuer (MWSt.) von derzeit 7.6%** wird auf dem Aufgeld und auf allen andern vom Auktionshaus dem Käufer in Rechnung gestellten Beträgen erhoben und auf ihn überwält. Bei Objekten, welche im Katalog oder auf einem Ergänzungsblatt mit «*» bezeichnet sind (oder auf welche im Rahmen der Auktion entsprechend hingewiesen wird), wird die MWSt. auch auf dem Zuschlagspreis erhoben und überwält, wobei das Auktionshaus in diesen Fällen auch als Kommissionär auftreten kann; bei Ausfuhr dieser Objekte ins Ausland wird dem Käufer die MWSt. zurück-erstattet, wenn er eine rechtsgültige Ausfuhrdeklaration mit Originalstempel des schweizerischen Zolls für das entsprechende Kaufobjekt beibringt. Der Käufer (Ersteigerer) erklärt sich damit einverstanden, dass das Auktionshaus auch vom Einlieferer eine Kommission erhält.
6. Die Auktionsrechnung wird mit dem Zuschlag zur sofortigen Bezahlung in Schweizer Währung fällig. Verrechnung ist ausgeschlossen. Der Käufer haftet für seine Käufe persönlich und kann nicht geltend machen, für Rechnung Dritter gehandelt zu haben.
7. Nach Ablauf von 14 Tagen seit der Auktion ist ein Verzugszins von 1% pro Monat geschuldet. Das Auktionshaus behält sich zudem das Recht vor, unbeglichene Rechnungen nach dieser Frist einer Inkassostelle zu übergeben.
8. Wird die Zahlung nicht oder nicht rechtzeitig geleistet, kann der Versteigerer wahlweise Erfüllung des Kaufvertrages verlangen oder jederzeit auch ohne weitere Fristansetzung den Zuschlag annullieren. In jedem Fall haftet der Ersteigerer für allen aus der Nichtbezahlung beziehungsweise Zahlungsver-spätung entstandenen Schaden, insbesondere bei der Aufhebung des Zuschlages für einen allfälligen Mindererlös, sei es, dass der Gegenstand einem anderen Bieter der gleichen Auktion oder einem Dritten an einer späteren Auktion zugeschlagen oder auf dem Weg des freihändigen Verkaufs veräussert wird, wobei der Versteigerer in der Verwertung des Gegenstandes völlig frei ist. Auf einen allfälligen Mehrerlös hat der Ersteigerer, dessen Zuschlag annulliert wurde, keinen Anspruch.
9. Das Eigentum geht erst nach der vollständigen Bezahlung der Auktionsrechnung auf den Käufer über, die Gefahr dagegen bereits mit dem Zuschlag. Es wird vereinbart, dass das Auktionshaus bis zur vollständigen Bezahlung aller geschuldeten Beträge (aus welchem Geschäft auch immer, insbesondere von Zuschlagspreis, Aufgeld, MWSt., Kosten und allfälligen Verzugszinsen) ein Retentions- und Faustpfandrecht an allen Vermögenswerten, die sich im Besitz des Auktionshauses oder eines mit diesem verbundenen Unternehmen befinden, hat. Eine Zahlung mittels Check gilt erst dann als erfolgt, wenn eine bankseitige schriftliche Bestätigung vorliegt.
10. Die Gegenstände werden in dem Zustand versteigert, in dem sie sich im Zeitpunkt des Zuschlages befinden. Während der Ausstellung besteht die Möglichkeit, die Gegenstände eingehend zu besichtigen. Alle mündlichen und schriftlichen Äusserungen irgendwelcher Art sind keine Zusicherungen, Gewährleistungszusagen, Garantien oder dergleichen, sondern lediglich Meinungsäusserungen, die jederzeit geändert werden können. Stillschweigende Garantien und Bedingungen sind ausgeschlossen. Die angegebenen Preise verstehen sich als unverbindliche Schätzungen und enthalten weder das Aufgeld noch die MWSt. Das Auktionshaus (sowie die mit dem Auktionshaus in Verbindung stehenden Personen) und der Einlieferer bzw. Verkäufer haften nicht im Zusammenhang mit solchen Äusserungen, insbesondere nicht für unrichtige bzw. unvollständige Beschreibungen, Abbildungen, Zuschreibungen, für den Hersteller, den Ursprung, das Alter, die Herkunft, die Masse, die Vollständigkeit, den Zustand und/oder für die Echtheit des Objektes sowie für andere offene oder verborgene Mängel.
11. Jede Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel wird wegbedungen.
12. Erklärt sich das Auktionshaus in speziellen Fällen ausnahmsweise bereit, den Zuschlag wegen erheblichen Mängeln des Objektes (z.B. nachträglich entdeckte Fälschung) zu annullieren, so erfolgt dies freiwillig und ohne rechtliche Verpflichtung. Aus solchen Kulanzfällen können für andere Fälle keine Ansprüche abgeleitet werden.
13. Für die Aufbewahrung erstergeigerter Gegenstände wird keine Gewähr geleistet. Verpackung, Handhabung und Versand sind Sache der Ersteigerer. Gegenstände, die nicht spätestens innerhalb von 14 Tagen nach der Auktion abgeholt werden, können ohne Mahnung auf Kosten des Ersteigerers in einem Lagerhaus eingelagert werden. Übernimmt das Auktionshaus Verpackung, Handhabung, Versand und/oder die Einlagerung, so erfolgt dies ohne Haftung des Auktionshauses und auf Kosten des Käufers.
14. Die Objekte werden im Namen und für Rechnung Dritter verkauft. Der Käufer bzw. Ersteigerer hat keinen Anspruch auf Bekanntgabe des Verkäufers bzw. Einlieferers und der Einliefererkommission. Steuerrechtliche Vorschriften und Ziffer 5 hiervor bleiben vorbehalten.
15. Diese Bedingungen sind Bestandteil jedes einzelnen Gebotes und des durch das Auktionshaus geschlossenen Kaufvertrages. Abänderungen sind nur schriftlich gültig. Ausschliesslich die deutsche Fassung dieser Auktionsbedingungen ist massgebend.
16. **Es ist ausschliesslich Schweizer Recht anwendbar. Als Erfüllungsort und ausschliesslichen Gerichtsstand anerkennt der Bieter bzw. Käufer den Sitz des Auktionshauses Luzern-Stadt.**

GALERIE FISCHER AUKTIONEN AG, LUZERN

ANNEXE IV

**CONDITIONS DE VENTE DE LA GALERIE KOLLER DISPONIBLES LE 31 JANVIER
2011 SUR LE SITE :**

[http ://www.kollerauktionen.ch/fr/kaufen_/auktionsbedingungen.asp](http://www.kollerauktionen.ch/fr/kaufen_/auktionsbedingungen.asp)

CONDITIONS DE VENTE AUX ENCHÈRES

CONDITIONS DE VENTE AUX ENCHÈRES

En prenant part à la vente aux enchères, l'enchérisseur se soumet aux conditions ci-dessous de Koller Ventes aux Enchères SA («**Koller**»):

1. Les objets d'enchères seront mis aux enchères par Koller au nom de et pour le compte de celui qui les a remis («**Committant**»). L'adjudication a lieu au plus offrant en francs suisses reconnu par Koller dans la vente aux enchères («**Acheteur**»), le contrat de vente entre le Committant et l'Acheteur est conclu par cette adjudication. L'objet de la vente n'est en principe remis à l'Acheteur que contre paiement en espèces.

La facture basée sur un objet adjudgé doit être payée dans les 7 jours dès la clôture de la vente aux enchères. Même si l'Acheteur a donné des instructions contraires, Koller a le droit d'imputer versements de l'Acheteur à elle-même sur toute dette quelconque de l'Acheteur envers Koller ou le Committant et compenser d'éventuelles créances de l'Acheteur contre des créances qu'elle détiendrait elle-même. Si l'Acheteur est en demeure de paiement, un intérêt moratoire de 10% par an sera perçu sur le montant de la facture.

2. Outre le prix d'adjudication, l'Acheteur est débiteur d'un supplément sur le prix d'adjudication qui sera calculé de la manière suivante:
(i) pour une adjudication jusqu'à CHF 400 000.-: 20%;
(ii) pour une adjudication dès CHF 400 000.-: 20% sur les premiers CHF 400 000.- et 15% sur la différence de CHF 400 000.- jusqu'au montant de l'adjudication.

Dans le cas où l'Acheteur a donné son enchère sur Internet dans le cadre d'une vente aux enchères «Live Online» («**Vente aux Enchères Online**»), les suppléments seront calculés selon les conditions publiées sur les sites Internet respectifs.

3. L'Acheteur doit s'acquitter de la TVA suisse sur le prix majoré. Les taux indiqués en % du prix majoré se réfèrent au prix d'adjudication pour chaque objet adjudgé. L'acheteur se déclare d'accord que Koller perçoive également une commission du Committant.

Tous les objets marqués d'un * sont pleinement assujettis à la TVA, c'est-à-dire que ces objets sont frappés de la TVA sur le prix d'adjudication augmenté du prix majoré. Les Acheteurs qui sont en mesure de présenter une déclaration d'exportation valablement timbrée se voient rembourser la TVA.

4. Les objets sont mis aux enchères dans l'état dans lequel ils se trouvent au moment de l'adjudication. **Sous réserve du ch. 5 ci-dessous, toute garantie pour dommages matériels ou juridiques est exclue.**

Pendant l'exposition, il est possible de voir les objets. La description des objets est faite en toute conscience, mais Koller ne peut assumer aucune responsabilité pour les indications figurant dans le catalogue. Koller se réserve le droit de faire appel à des experts ou des spécialistes de son choix pour s'appuyer sur leur avis et se forger elle-même sa propre opinion. Koller ne peut pas être tenue responsable de l'exactitude de telles opinions.

5. La maison de vente aux enchères se déclare librement disposée à annuler l'adjudication au nom du Committant et à rembourser le prix de l'adjudication, le prix majoré et la TVA si un objet vendu devait s'avérer, dans un délai de 2 ans (3 semaines pour les bijoux) à compter de la date de l'adjudication, être le résultat d'un faux intentionnel moderne. Il faut entendre par faux intentionnel moderne une reproduction dont il est prouvable qu'elle a été faite après 1880 et dans l'intention de tromper fallacieusement autrui, que ce soit en ce qui concerne l'auteur, l'origine, la date de fabrication, l'âge, l'époque, le cercle de culture ou la source, sans que cela ressorte du catalogue. Il faut encore que le faux ait à l'époque de la vente une valeur substantiellement inférieure à celle d'un objet correspondant à la description du catalogue. Koller ne donne aucune garantie à l'égard de l'auteur et/ou de l'époque d'un tableau, aquarelle, dessin ou sculpture qui a été créé ou qui aurait, selon les informations du catalogue, été créé avant 1880.

La condition de ce remboursement est que l'Acheteur adresse une réclamation immédiate sous pli recommandé adressé à Koller dès la découverte du vice et qu'il restitue immédiatement l'objet falsifié à Koller dans le même état que le jour de l'adjudication et exempt de toute prétention de tiers. L'Acheteur doit fournir la preuve que l'objet adjudgé est un faux par rapport à la description du catalogue et que l'objet est identique à la chose adjudgée. D'autres prétentions de l'Acheteur sont exclues.

Tout droit à des prétentions est exclu, lorsque la description du catalogue correspond à l'état de la science ou à l'opinion de la majorité des experts déterminants au moment de la réalisation du catalogue ou que la falsification ne pouvait pas encore être reconnue comme telle selon l'état de la recherche et au moyen des procédés scientifiques généralement acceptés et pratiqués au moment de la rédaction du catalogue, ou seulement au moyen de dépenses démesurées.

6. La remise d'une offre lors de la vente aux enchères signifie que celle-ci est juridiquement obligatoire. L'enchérisseur demeure lié à son offre jusqu'à ce que celle-ci fasse l'objet d'une surenchère ou qu'elle soit écartée par Koller. Les enchères doubles font l'objet d'un nouvel appel immédiat; dans les cas douteux, la direction des enchères tranche. La propriété passe à l'acheteur dès l'adjudication. Jusqu'au paiement complet de tous les montants dus, Koller se réserve un droit de rétention et de gage sur tous les objets demeurés sous sa garde. Koller est habilitée à réaliser par la voie de l'exécution forcée tels gages ou de les réaliser de manière privée, y compris le cas où Koller conserve comme acheteur l'objet qu'il devrait vendre.

7. Les enchérisseurs qui ne sont pas personnellement connus de Koller sont tenus de se légitimer avant le début de la vente aux enchères. Pour des adjudications supérieures à CHF 10'000.-, Koller se réserve le droit d'exiger une preuve de la solvabilité de l'enchérisseur. Si ce dernier document fait défaut, Koller est habilitée à exiger le paiement immédiat d'un acompte en espèces équivalent à 10% de l'adjudication ou le dépôt d'une garantie. A défaut du versement de cet acompte ou du dépôt de cette garantie, Koller est autorisée au nom du Committant à annuler l'adjudication.

8. Koller est libre d'écarter une enchère sans indication des motifs. De même, elle est en droit d'adjudger sans vente ou de retirer

des objets de la vente aux enchères. Koller se réserve le droit - à son libre arbitre - de refuser à toute personne l'accès de ses locaux commerciaux ou d'interdire à toute personne de participer à l'une de ses ventes aux enchères.

9. Koller se réserve le droit de réunir les numéros du catalogue, de les séparer, de les proposer aux enchères dans un ordre différent ou encore de renoncer à mettre certains numéros aux enchères. Koller se réserve le droit d'adjudger des lots « sous réserve », dans des circonstances particulières. L'adjudication sera considérée comme conditionnelle, et l'enchérisseur sera tenu à son offre pendant 14 jours après la vente aux enchères. L'enchérisseur sera délié de toute obligation de paiement s'il ne reçoit pas un avis de Koller avant ce délai, déclarant que l'adjudication est définitive.

10. Les Acheteurs doivent venir chercher à leurs propres frais les objets adjudgés dans les 7 jours qui suivent la clôture de la vente aux enchères pendant le temps d'ouverture de Koller. Si le temps à disposition est suffisant, les objets seront délivrés après chaque séance. Conformément au ch. 1, la remise a lieu contre paiement en espèces. Pour être admis comme moyens de paiement, les chèques doivent être confirmés par la banque tirée avant la délivrance de l'objet adjudgé.

Pendant le délai précité, Koller est responsable de la perte, du vol, de l'endommagement ou de la destruction des objets adjudgés et payés, à concurrence toutefois du montant du prix de l'adjudication, du prix majoré et de la TVA. A l'expiration de ce délai, la responsabilité de Koller cesse. Il n'est assumé aucune responsabilité pour les cadres et le sous-verre. Si les objets adjudgés ne sont pas retirés dans les 7 jours, ils seront entreposés aux frais et aux risques de l'Acheteur. En pareil cas, le prix d'adjudication est augmenté des émoluments encourus.

Les meubles et objets d'équipement invendus plus longs, larges ou profonds que 50 cm peuvent être envoyés à l'entrepôt de la maison Welte-Furrer Fine Art AG, Zurich, ou à l'entrepôt d'un autre magasinier («**Magasinier**») après trois semaines. Les objets entreposés chez le Magasinier peuvent être repris en tout temps à condition de s'annoncer au préalable auprès du Magasinier. Les frais d'entreposage seront facturés directement par le Magasinier. Les conditions d'entreposage du Magasinier font foi et sont disponibles sur demande auprès cette maison.

Koller accepte les ordres de transport qui lui sont communiqués par écrit. Sauf convention écrite contraire, les objets adjudgés seront assurés pendant leur transport par Koller, mais aux frais de l'Acheteur. Les tableaux sous verre et les objets fragiles ne sont pas expédiés par Koller.

11. Si le paiement dû par l'Acheteur n'a pas lieu ou n'intervient pas à temps (ch. 1), Koller peut à son choix et au nom du Committant (a) continuer à exiger l'exécution du contrat de vente ou (b) sans être tenu d'impartir un délai renoncer au droit de demander l'exécution du contrat et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat. L'Acheteur est responsable vis-à-vis de Koller et du Committant de tous les dommages découlant du non-paiement ou du paiement tardif.

12. Chaque Acheteur répond personnellement de l'adjudication qui lui a été faite. La preuve de pouvoirs de représentation peut être exigée de personnes qui agissent comme représentants pour le compte de tiers ou comme organe d'une personne morale. Le représentant répond solidairement avec le représenté de l'accomplissement de tous les engagements.

13. Les offres d'enchères émanant d'intéressés qui ne souhaitent pas assister personnellement à la vente aux enchères seront prises en considération par écrit jusqu'à 24 heures avant le début de la vente aux enchères.

Les personnes intéressées peuvent miser par téléphone si elles se sont annoncées par écrit au minimum 24 heures avant le début des enchères. Il est impossible d'enchérir par téléphone pour des lots dont l'estimation n'atteint pas CHF 500.-. Les intéressés sont dans ces cas priés de donner une offre écrite respectivement d'enchérir personnellement dans la salle de vente.

Les personnes intéressées, qui désirent donner leur offre d'enchère dans le cadre d'une Vente aux Enchères Online, via Internet, peuvent participer à la vente, après que Koller les ait admis à la vente aux enchères, suite à une demande d'immatriculation. Koller se réserve le droit de décliner d'emblée des demandes d'immatriculation.

Koller décline toute responsabilité pour les offres n'ayant pas été prises en considération ainsi que pour les enchères téléphoniques qui n'auraient pas été prises en compte. Les normes prévues au ch. 7 concernant la légitimation et la preuve de la solvabilité s'appliquent également aux enchérisseurs par téléphone et par écrit. Pour les enchérisseurs, qui donnent leur offre via Internet dans le cadre d'une Vente aux Enchères Online, le ch. 7 ne s'applique que en ce qui concerne la solvabilité. Le ch. 8 demeure par ailleurs réservé.

14. La vente aux enchères se déroule sous l'autorité conjointe d'un fonctionnaire de la Municipalité de Zurich. Toute responsabilité pour des actes du fonctionnaire présent, de la commune ou de l'Etat pour des opérations de Koller est exclue.

15. Koller se réserve le droit de publier des photographies et des illustrations des objets vendus dans ses propres publications et dans les médias et d'en faire un usage publicitaire.

16. Les dispositions qui précèdent font intégralement partie de chaque contrat individuel de vente conclu à l'occasion des ventes aux enchères. Leurs modifications n'ont de portée obligatoire que si Koller leur a donné son accord écrit.

17. Le droit suisse est exclusivement applicable à toutes les relations d'affaires avec Koller, ainsi qu'à toutes relations résultant d'une enchère.

Le lieu d'exécution et le for judiciaire sont Zurich 1. Koller est toutefois habilitée à ouvrir une action judiciaire devant tout autre Tribunal compétent.

AUKTIONSBEDINGUNGEN

Durch die Teilnahme an der Auktion unterliegt sich der Bieter den nachstehenden Auktionsbedingungen der Koller Auktionen AG („Koller“):

Bitte beachten Sie die separaten Auktionsbedingungen der Koller West.

1. Die Steigerungsobjekte werden durch Koller im Namen und für Rechnung des Einlieferers versteigert. Der Zuschlag erfolgt an den von Koller im Rahmen der Auktion anerkannten Höchstbietenden (der „Käufer“) in Schweizer Franken, wodurch ein Kaufvertrag zwischen dem Einlieferer und dem Käufer abgeschlossen wird. Das Steigerungsobjekt wird dem Käufer grundsätzlich nur Zug um Zug gegen Barzahlung übergeben.

Die Rechnung aufgrund eines Zuschlags für ein versteigertes Objekt ist innerhalb 7 Tagen nach Abschluss der Auktion zu bezahlen. Koller kann Zahlungen des Käufers auch entgegen dessen anderslautenden Instruktionen auf jede beliebige Schuld des Käufers gegenüber Koller oder gegenüber dem Einlieferer anrechnen und allfällige Forderungen des Käufers gegen sie mit eigenen Ansprüchen verrechnen. Ist der Käufer im Zahlungsverzug, wird auf den Rechnungsbetrag ein Verzugszins von 10% p.a. erhoben.

2. Neben dem Zuschlagspreis ist vom Käufer auf den Zuschlagspreis ein Aufgeld zu entrichten, das wie folgt berechnet wird:

(a) bei einem Zuschlag bis CHF 400'000.-: 20%;

(b) bei einem Zuschlag ab CHF 400'000.-: 20% auf die ersten CHF 400'000.- und 15% auf die Differenz von CHF 400'000.- bis zur Höhe des Zuschlags.

Falls der Käufer sein Gebot per Internet im Rahmen einer «Live Online-Auktion („Online Auktion“)) abgegeben hat, richten sich die Aufpreise nach den auf den entsprechenden Internet-Seiten jeweils veröffentlichten Bedingungen.

3. Auf das Aufgeld hat der Käufer die schweizerische Mehrwertsteuer („MWST“) zu entrichten. Die angegebenen %-Sätze des Aufgeldes beziehen sich auf den Zuschlagspreis für jedes einzelne Objekt. Der Käufer erklärt sich damit einverstanden, dass Koller auch vom Einlieferer eine Kommission erhält.

Alle mit * bezeichneten Objekte sind vollumfänglich mehrwertsteuerpflichtig, d.h. bei diesen Objekten wird die MWST auf den Zuschlagspreis plus Aufgeld berechnet. Käufer, die eine rechtsgültige abgestempelte Ausfuhrdeklaration beibringen, erhalten die MWST rückvergütet.

4. Die Gegenstände werden in dem Zustand versteigert, in dem sie sich im Augenblick des Zuschlags befinden. **Unter Vorbehalt von nachfolgender Ziff. 5 wird jede Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel wegbedungen.**

Während der Ausstellung besteht die Möglichkeit, die Gegenstände zu besichtigen. Die Beschreibung der Objekte erfolgt nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch kann Koller für die Katalogangaben keine Haftung übernehmen. Koller behält sich das Recht vor, zur Meinungsbildung

Experten oder Fachkräfte ihrer Wahl beizuziehen und sich auf diese abzustützen. Koller kann für die Richtigkeit solcher Meinungen nicht verantwortlich gemacht werden.

5. Das Auktionshaus erklärt sich aus freien Stücken bereit, den Zuschlag namens des Einlieferers zu annullieren und Zuschlagspreis, Aufgeld und MWST zurückzuerstatten, falls sich ein Kaufobjekt innerhalb von 2 Jahren (3 Wochen für Schmuck), gerechnet ab dem Datum des Zuschlags, als neuzeitliche absichtliche Fälschung herausstellen sollte. Als neuzeitliche absichtliche Fälschung gilt eine Nachahmung, die nachweislich nach 1880 mit Täuschungsabsicht angefertigt wurde, sei es hinsichtlich Urheber, Ursprung, Zeitpunkt, Alter, Epoche, Kulturkreis oder Quelle, ohne dass dies aus dem Katalog ersichtlich wird und zur Zeit des Verkaufs einen erheblich geringeren Wert hatte als ein der Katalogbeschreibung entsprechender Gegenstand. Bezüglich Urheberschaft und Epoche von Gemälden, Aquarellen, Zeichnungen und Skulpturen, die vor 1880 entstanden sind oder gemäss den Angaben im Katalog vor 1880 entstanden sein müssten, ist aber jede Gewährleistung ausgeschlossen.

Voraussetzung dieser Rückerstattung ist, dass der Käufer gegenüber Koller sofort nach Entdeckung des Mangels mit eingeschriebenem Brief Mängelrüge erhebt und das gefälschte Objekt Koller sofort im gleichen Zustand, wie es ihm zugeschlagen wurde, und unbefristet von Ansprüchen Dritter, zurückgibt. Der Käufer hat den Nachweis zu erbringen, dass das zugeschlagene Objekt gegenüber der Katalogbeschreibung eine Fälschung ist und das Objekt mit der Steigerungssache identisch ist. Weitergehende Ansprüche des Käufers sind ausgeschlossen.

Keinerlei Ansprüche bestehen, wenn die Katalogbeschreibung dem Stand der Wissenschaft bzw. der Auffassung der Mehrheit der massgebenden Experten zur Zeit der Katalogisierung entsprach und/oder die Fälschung zur Zeit der Katalogisierung nach dem Stand der Forschung und mit den allgemein anerkannten und üblichen Methoden noch nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand als solche erkennbar war.

6. Die Abgabe eines Gebots anlässlich der Versteigerung bedeutet eine verbindliche Offerte. Der Bieter bleibt an sein Gebot gebunden, bis dieses entweder überboten oder von Koller abgelehnt wird. Erfolgte Doppelgebote werden sofort nochmals aufgerufen; in Zweifelsfällen entscheidet die Auktionsleitung. Das Eigentum geht mit dem Zuschlag auf den Käufer über. Bis zur vollständigen Bezahlung aller geschuldeten Beträge behält Koller an allen sich in ihrem Gewahrsam befindlichen Objekten des Käufers ein Retentions- und Pfandrecht. Koller ist zur betriebsrechtlichen oder privaten Verwertung (inkl. Selbsteintritt) solcher Pfänder berechtigt.

7. Bieter, die Koller persönlich nicht bekannt sind, sind gehalten sich vor Beginn der Auktion zu legitimieren. Koller behält sich das Recht vor, bei Zuschlägen über CHF 10'000.- einen Bonitätsausweis zu verlangen. Unterbleibt der Bonitätsausweis, ist Koller berechtigt, eine sofortige Akontozahlung von 10% des Zuschlags in bar oder eine Garantie zu verlangen. Beim Ausbleiben der Akontozahlung bzw. der Garantie ist Koller berechtigt, den Zuschlag namens des Einlieferers zu annullieren.

8. Es steht Koller frei, ein Angebot abzulehnen, ohne dafür Gründe anzugeben. Ebenso steht es Koller frei, Steigerungsgegenstände ohne Verkauf zuzuschlagen oder zurückzunehmen. Koller behält sich das Recht vor, nach freiem Ermessen jeder Person den Zutritt zu ihren Geschäftsräumen oder die Anwesenheit bzw. Teilnahme an ihren Auktionen zu untersagen.

9. Koller behält sich das Recht vor, Nummern des Katalogs zu vereinigen, zu trennen, ausserhalb der Reihenfolge anzubieten oder wegzulassen. Koller behält sich vor, einen Zuschlag bei Vorliegen besonderer Umstände nur „unter Vorbehalt“ vorzunehmen. Erfolgt der Zuschlag unter Vorbehalt, so bleibt der Bieter noch während 14 Tagen an sein Gebot gebunden. Er wird wieder frei, wenn die Erklärung von Koller, der Zuschlag sei definitiv, nicht innert dieser Frist bei ihm eintrifft.

10. Die versteigerten Gegenstände müssen innerhalb von 7 Tagen nach Abschluss der Auktion während der Öffnungszeiten auf eigene Kosten abgeholt werden. Wenn die Zeit es erlaubt, werden die Objekte nach jeder Sitzung ausgegeben. Gemäss Ziff. 1 erfolgt die Herausgabe Zug um Zug gegen Barzahlung. Checks als Zahlungsmittel bedürfen vor Aushändigung des Steigerungsgegenstandes der Bestätigung durch die bezogene Bank.

Während der vorgenannten Frist haftet Koller für Verlust, Diebstahl, Beschädigung oder Zerstörung zugeschlagener und bezahlter Objekte. Jedoch nur bis zur Höhe von Zuschlagspreis, Aufgeld und MWST. Nach Ablauf dieser Frist haftet Koller nicht mehr. Für Rahmen und Glas kann keine Haftung übernommen werden. Werden die versteigerten Objekte nicht innert 7 Tagen abgeholt, werden sie auf Kosten und Gefahr des Käufers eingelagert. In diesem Fall erhöht sich der Zuschlagspreis um die aufgelaufenen Gebühren.

Möbel und Einrichtungsgegenstände, die länger, breiter oder tiefer sind als 50 cm, kann Koller drei Wochen nach der Auktion an Welt-Turner Fine Art AG, Zürich oder einem anderen Lagerhalter (der „Lagerhalter“) zur Lagerung übergeben. Die Objekte können dann nach Anmeldung beim Lagerhalter abgeholt werden. Die anfallenden Lagerkosten werden dem Käufer direkt vom Lagerhalter in Rechnung gestellt. Für die Lagerung gelten die Geschäftsbedingungen des Lagerhalters, die auf Anfrage bei der entsprechenden Firma erhältlich sind.

Transportaufträge nimmt Koller schriftlich entgegen. Ohne anders lautende schriftliche Abmachung werden die zugeschlagenen Objekte für den Transport durch Koller auf Kosten des Käufers versichert. Verglaste Bilder und zerbrechliche Objekte werden von Koller nicht versandt.

11. Leistet der Käufer die geschuldete Zahlung nicht oder nicht rechtzeitig (Ziff. 1), kann Koller namens des Einlieferers wahlweise (a) weiterhin Erfüllung des Kaufvertrags verlangen oder (b) ohne Fristansetzung auf Leistung des Käufers verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Kaufvertrag zurücktreten. Der Käufer haftet Koller und dem Einlieferer für allen aus der Nichtzahlung bzw. Zahlungsverzögerung entstehenden Schaden.

12. Jeder Käufer haftet persönlich aus dem ihm erteilten Zuschlag. Von Personen, die als Stellvertreter in fremdem Namen oder als Organ einer juristischen Person bieten, kann der Nachweis der Vertretungsbefugnis verlangt werden. Der Stellvertreter haftet mit dem Vertretenen solidarisch für die Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten.

13. Steigerungsangebote von Kaufinteressenten, die der Auktion nicht persönlich beiwohnen können, werden bis 24 Stunden vor Beginn der Steigerung schriftlich entgegengenommen.

Interessenten können telefonisch mitbieten, wenn sie dies mindestens 24 Stunden vor Auktionsbeginn schriftlich vorangemeldet haben. Für Objekte mit Schätzpreisen unter CHF 500.- kann nicht telefonisch mitgeboten werden. Interessenten werden in diesen Fällen um Abgabe eines schriftlichen Gebots bzw. um persönliches Mitbieten im Auktionsaal gebeten.

Interessenten, die ihr Gebot im Rahmen einer Online Auktion via Internet abgeben möchten, können an der Auktion teilnehmen, nachdem sie von Koller aufgrund eines Registrierungsgesuchs zur Auktion zugelassen worden sind. Koller behält sich das Recht vor, Registrierungsgesuche ohne weiteres abzulehnen.

Koller lehnt jede Haftung für nicht berücksichtigte Gebote aller Art sowie für nicht berücksichtigte Anmeldungen für telefonisches Mitbieten ab. Für telefonische Mitbieter und schriftliche Auftraggeber gilt bezüglich Legitimierung und Bonitätsnachweis ebenfalls Ziff. 7. Für Bieter, welche ihre Gebote im Rahmen einer Online Auktion via Internet abgeben, gilt Ziff. 7 nur hinsichtlich des Bonitätsnachweises. Vorbehalten bleibt ferner in allen Fällen Ziff. 8.

14. Die Auktion erfolgt unter Mitwirkung eines Beamten des Stadtmuseums Zürich. Jede Haftung des anwesenden Beamten, der Gemeinde oder des Staates für Handlungen von Koller ist ausgeschlossen.

15. Koller behält sich das Recht vor, Fotografien und Abbildungen von verkauften Objekten in den eigenen Publikationen und in den Medien zu veröffentlichen und damit Werbung zu betreiben.

16. Die vorstehenden Bedingungen sind Bestandteil jedes einzelnen an der Auktion geschlossenen Kaufvertrags. Abänderungen sind nur mit schriftlichem Einverständnis von Koller verbindlich.

17. Auf sämtliche Geschäftsbeziehungen mit Koller sowie auf sämtliche aus der Versteigerung resultierenden Geschäftsbeziehungen ist ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar.

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Zürich 1. Koller ist jedoch berechtigt, vor jedem anderen zuständigen Gericht Klage zu erheben.

ANNEXE V

ORDRES D'ACHAT

Ordres d'achats

Prénom: _____ Nom: _____

Adress: _____

Paye/code postal/ville: _____

Téléphone: _____ Portable: _____

Téléfax: _____ E-mail: _____

Vente aux enchères du: _____ Numéro d'enchère: _____

La/le signataire commissionne la Galerie Fischer Auktionen AG de sous son nom acheter aux enchères jusqu'à l'offre maximale indiquée ou enchérir par téléphone les objets suivants.

Numéro de lot	Description de l'objet	Enchère maximale en CHF (sans prime & TVA)	Offre tél.

Le mandant consent aux **conditions de vente ainsi qu'aux conditions de la vente aux enchères silencieuses**, telles qu'elles sont imprimées dans le catalogue. Une éventuelle annulation de l'ordre d'enchère n'entre en vigueur que si sa réception est confirmée par écrit par le mandataire. Le mandataire se délie de toute responsabilité pour les offres, qui n'arrivent pas à l'exécution ou chez lesquelles ne se réalise pas un prix moins cher que celui marqué ci-dessus. Les mandataires ordres, qui continuent au verso, doivent également être signés là.

Le numéro de catalogue noté par le mandant est décisif pour le chargé. Veuillez contrôler le numéro de catalogue s.v.p.

Seul **le droit suisse est applicable**. Le **siège de la Galerie Fischer Auktionen AG à Lucerne-Ville** est le seul lieu d'exécution et le seul for juridique.

Lieu, date

Signature du mandant

CHRISTIE'S GENÈVE

MERCREDI 17 MAI 2006

10.30 HEURES (LOTS 1-127)
14.30 HEURES (LOTS 128-267)
19.00 HEURES (LOTS 268-411)

Four Seasons Hotel des Bergues
33 quai des Bergues, 1201 Geneva
CODE NAME: STARFISH
SALE NUMBER: 1337

PLACEZ UN ORDRE D'ACHAT SUR CHRISTIES.COM

REMARQUES IMPORTANTES

Christie's attire l'attention de l'acheteur sur le fait qu'il est nécessaire de vérifier l'identité de ce dernier sur la base, soit d'une pièce d'identité (personnes physiques), soit d'un extrait du Registre du Commerce ou tout autre document équivalent (personnes morales). Il est également indispensable que l'acheteur révèle l'identité de l'ayant droit économique. Merci de retourner par fax le document requis avec cet ordre d'achat.

PALIER D'ENCHERES

Les enchères débutent généralement en dessous de l'estimation basse. Le montant minimal des surenchères est fixé à 10%, toutefois l'huissier judiciaire ou le commissaire priseur peut modifier ce taux de façon discrétionnaire.

Sfr 1,000-2,000	par 100's
Sfr 2,000-3,000	par 200's
Sfr 3,000-5,000	200, 500, 800
Sfr 5,000-10,000	par 500's
Sfr 10,000-20,000	par 1,000's
Sfr 20,000-30,000	par 2,000's
Sfr 30,000-50,000	2,000, 5,000, 8,000
Sfr 100,000+	à la discrétion du commissaire prieux

Résultats de vente: +44 (0)20 7627 2707

Christie's se charge d'exécuter les ordres d'achat qui lui sont confiés, en particulier pour les amateurs ne pouvant assister à la vente. Ni Christie's, ni ses employés ne pourront être tenus pour responsables en cas d'erreurs éventuelles et ces enchères seront en accord avec les conditions de vente imprimées en fin de catalogue. Lorsque deux ordres d'achat sont identiques, la priorité revient au premier ordre reçu. En cas d'adjudication, le prix à payer sera le prix marteau ainsi que les frais, au taux en vigueur au moment de la vente, soit 20% de l'enchère finale si celle-ci est inférieure ou égale à \$VF 230,000 et 12% sur tout montant supérieur. La TVA de 7,6% est due sur le prix marteau, les frais et tous débours dus à Christie's. Les acheteurs domiciliés à l'étranger pourront obtenir le remboursement de la TVA si une preuve de la déclaration d'exportation est retournée dans les 30 jours qui suivent la date d'exportation de l'objet. En portant une enchère, toute personne accepte d'être liée par les Conditions Générales de Christie's (International) S.A., insérées dans ce catalogue.

Les ordres d'achat doivent nous parvenir au plus tard 24 heures avant le début de la vente. Les ordres d'achat en monnaies étrangères seront convertis en francs suisses au taux de change en vigueur un jour ouvrable avant la vente.

Les ordres d'achat peuvent être envoyés par poste ou fax :

Christie's Tel +61 (0)22 319 1736 Fax +61 (0)22 319 1731 internet: www.christies.com

Cocontractant		Numéro de client (si connu)
Adresse		
Ville et Etat	Code postal	Pays
Tel. (jour)	(soir)	Portable
Fax (important)	Email	

☐ Je ne veux pas recevoir les informations des nouvelles ventes par email

© 2006 The Author
Journal compilation © 2006 Blackwell Publishing Ltd

Le cocontractant est l'ayant droit économique

(L'avant droit économique ne peut être ni une société offshore ni une société de domicile)

☐ Oui

☐ Non. Avant droit économique

Adresse

Références bancaires

Afin de faciliter l'enregistrement des enchères et la livraison des objets, les acheteurs potentiels devront communiquer leurs références bancaires ou toutes autres références nécessaires suffisamment à l'avance afin qu'il soit possible de les vérifier avant la vacation.

Nom de la Banque	Numero(s) de Compte	
Adresse de la Banque		
Tel	Fax	Email
Contact	Ligne Directe	

MERCI DE BIEN VOULOIR ECRIRE EN MAJUSCULE

[illegible]

J'ai pris connaissance des conditions générales et avis imprimés dans le catalogue et accepte d'être lié(e) par leur contenu, ainsi que par toute modification apportée à ceux-ci, soit par avis affiché dans la salle de vente, soit par annonce faite avant ou pendant la vente.

Signature _____

Date _____

