



Actes de conférence

2014

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'art a-t-il un prix? : l'évaluation des oeuvres d'art, ses défis pratiques et juridiques = The art of pricing the priceless : on the valuation of art, its challenges and liabilities

Gabus, Pierre (ed.); Bandle, Anne Laure (ed.)

How to cite

GABUS, Pierre, BANDLE, Anne Laure, (eds.). L'art a-t-il un prix? : l'évaluation des oeuvres d'art, ses défis pratiques et juridiques = The art of pricing the priceless : on the valuation of art, its challenges and liabilities. Genève : Schulthess, 2014. (Etudes en droit de l'art)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46948>



Pierre Gabus et Anne Laure Bandle (éds)

L'art a-t-il un prix ?
The Art of Pricing the Priceless

L'évaluation des œuvres d'art,
ses défis pratiques et juridiques

*On the Valuation of Art,
its Challenges and Liabilities*

Pierre Gabus et Anne Laure Bandle (éds)

L'art a-t-il un prix ?
The Art of Pricing the Priceless

L'évaluation des œuvres d'art,
ses défis pratiques et juridiques

*On the Valuation of Art,
its Challenges and Liabilities*

Pierre Gabus et Anne Laure Bandle (éds)

L'art a-t-il un prix ?
The Art of Pricing the Priceless

L'évaluation des œuvres d'art,
ses défis pratiques et juridiques

*On the Valuation of Art,
its Challenges and Liabilities*

Sommaire

1.	PIERRE GABUS L'art échappe-t-il au droit ?	1
2.	SYLVAIN MARCHAND Les garanties de prix des maisons de vente aux enchères	15
3.	ANNE LAURE BANDLE Arbiters of Value: The Complexity and Dealers' Liability in Pricing Art	29
4.	PIERRE VALENTIN Legal Issues in Art as Collateral for Loans	77
5.	BÉNÉDICT FOËX L'objet d'art comme sûreté mobilière en droit suisse	87
6.	XAVIER OBERSON Le prix de l'œuvre d'art en droit fiscal – Le fisc a-t-il du goût ?	107
7.	HENRY PETER ET PAUL-BENOÎT DUVOISIN De la valeur et du prix des œuvres d'art	119

PIERRE GABUS*

L'art échappe-t-il au droit ?

REMARQUES INTRODUCTIVES	2
I. De quelques affaires judiciaires	4
A. La succession Warhol	4
B. La disparition du tableau « Le Pèlerin de l'absolu »	4
C. Le cas des gravures chinoises	5
D. De la montre Bugatti	6
II. Des règles en matière de détermination du prix et de la preuve du dommage	7
A. La notion du dommage	7
B. La définition du prix	8
C. La preuve du dommage, respectivement du prix	10
REMARQUES CONCLUSIVES	12

* Avocat au barreau de Genève, Président du Conseil de la Fondation pour le droit de l'art.

REMARQUES INTRODUCTIVES

L'art a-t-il un prix ? L'art échappe-t-il au droit ? Le prix de l'art est-il estimable ? Si oui, quelle valeur lui attribuer ? Et si la valeur est déterminable, quels en sont les critères d'évaluation ? La justice est-elle à même d'appréhender le sujet ?

Ces questions peuvent paraître provocatrices mais l'on sent bien que la ou les réponses ne sont guère aisées à apporter. Poser ces questions aux acteurs du marché de l'art suscite rapidement un large débat, qu'il serait difficile de synthétiser en un seul ouvrage. C'est pourtant l'ambition des différentes contributions qui vont suivre que de traiter l'objet d'art en tant que bien économique et d'aborder le sujet délicat de la détermination du prix et de la valeur d'un bien culturel¹.

Dans la vente d'œuvres d'art, et plus particulièrement les ventes aux enchères, l'objet d'art peut être utilisé comme un moyen de garantie². Cette garantie établit un prix minimum versé au vendeur qui bénéficie ainsi d'une certitude malgré la volatilité des prix de ventes. Afin de pouvoir être vendu, la maison de vente ou le marchand doit fixer un prix d'estimation, respectivement de vente. Il conviendra de déterminer les critères sur lesquels le marchand se repose pour établir la valeur du marché d'un artiste et de son œuvre, et quelle est la responsabilité qu'il encourt dans la détermination du prix³.

Par ailleurs, l'objet d'art peut être prêté ou mis en gage⁴. Il devient ainsi un actif apportant de la liquidité au prêteur ou débiteur gagiste. D'autre part, l'autorité fiscale est elle aussi confrontée à la problématique de déterminer la valeur des œuvres d'art, puisque une telle valeur est nécessaire au calcul des différents impôts⁵. Finalement, en cas de litige concernant une œuvre d'art, le juriste tente de fixer certains critères qui lui permettent de justifier le prix de cette œuvre, ainsi que le montant qui peut être alloué à titre de dommages et intérêts⁶.

Mais fixer une valeur reste toujours un exercice périlleux. Et si l'objet d'art a bel et bien une valeur, il conviendra alors de définir une méthode de détermination du prix

1 Sur la distinction entre la valeur et le prix d'un objet d'art, voir Henry Peter et Paul-Benoît Duvoisin, De la valeur et du prix des œuvres d'art, dans le présent ouvrage, p. 119.

2 Il convient de se référer ici à Sylvain Marchand, Les garanties de prix des maisons de vente aux enchères, dans le présent ouvrage, p. 15.

3 Anne Laure Bandle, Arbiters of Value : The Complexity and Dealer's Liability in Pricing Art, dans le présent ouvrage, p. 29.

4 Sur ces questions voir Bénédicte Foëx, L'objet d'art comme sûreté mobilière en droit suisse, dans le présent ouvrage, p. 87, ainsi que Pierre Valentin, Legal issues in Art as Collateral for Loans, dans le présent ouvrage, p. 77.

5 Sur cette question, voir la contribution de Xavier Oberson, Le prix de l'œuvre d'art en droit fiscal – Le fisc a-t-il du goût ?, dans le présent ouvrage, p. 107.

6 Voir à ce sujet Peter et Duvoisin (note 1), p. 119.

et de définir des critères permettant de l'arrêter. Il en va d'ailleurs d'un bien culturel comme de beaucoup d'autres choses.

Ainsi, dans divers domaines économiques, la détermination de la juste valeur d'une prestation, que ce soit un bien ou un service, reste un exercice délicat. A titre d'exemple, nous parlons ainsi fréquemment de salaires abusifs. Mais arrêter la valeur du travail ou d'un juste prix n'est guère aisé. Fixer le prix d'un bien de consommation, d'une marchandise, semble être plus simple, surtout si ce bien circule dans un marché organisé. Le prix est ainsi fixé selon la loi dite de l'offre et de la demande. L'action d'une société multinationale, le café ou le sucre ont une valeur déterminée, à un moment donné, puisqu'ils sont cotés. Reste que déterminer la valeur future de ces biens constitue à nouveau un exercice périlleux, voire impossible.

Le sujet du prix de l'art n'est donc pas innocent. Il nous ramène d'ailleurs à une question plus fondamentale : qu'est-ce que l'art ?

Historiquement, dans l'art ancien, ce qui donne la valeur à l'objet était avant tout le savoir-faire de l'artiste. Le public reconnaît ainsi en l'artiste un don qu'il ne possède pas lui-même. Le prix est fixé en fonction de la reconnaissance du savoir-faire de l'artisan, qui procure ainsi la valeur à l'objet.

Dans l'art moderne et contemporain, la chose devient plus délicate. Qu'en est-il lorsque Salvador Dali (1904-1989) s'approprie l'œuvre de la Joconde de Leonard de Vinci (1452-1519) et qu'il y ajoute simplement des moustaches ? Qu'en est-il également de l'œuvre intitulée la « Fontaine » de Marcel Duchamp (1887-1968) formée par un urinoir en porcelaine renversé ? L'idée de l'artiste est de « choisir » un urinoir industriel. L'objet original est ainsi un simple article de sanitaire acheté dans un magasin par Duchamp. Il y ajoute seulement, à l'aide de peinture noire, l'inscription « R. MUTT 1917 ».

Mise à prix à cette époque pour une valeur de six dollars, l'œuvre de Duchamp ne sera finalement pas exposée, l'objet étant jugé immoral et vulgaire. L'original ayant disparu, quelques répliques ont été réalisées dans les années 1950. Elles sont exposées aujourd'hui dans des musées prestigieux. En 1999, l'une de ces répliques a été vendue aux enchères publiques à un prix d'environ USD 1'700'000.⁷.

De tels exemples peuvent être multipliés. Ils démontrent que notre perception de l'art change, fluctue avec le temps et, partant, génère des modifications qui ont un impact considérable sur la valeur de l'objet. Ainsi, la valeur de l'objet d'art ne dépend plus seulement du savoir-faire de l'artiste mais fluctue sous l'influence d'un public qui valorise davantage désormais l'idée du créateur. La détermination du prix de l'œuvre dépendra donc tantôt de la valeur du savoir-faire de l'artiste, et tantôt de sa seule idée originale.

7 A la même époque, l'œuvre a été élue, par les milieux de l'art, comme le modèle le plus influent du XX^e siècle.

Interpeller le monde judiciaire au sujet de la valeur d'un bien culturel, et requérir du juge d'arrêter la valeur d'un objet d'art, c'est rapidement se confronter à certaines limites du système judiciaire, qui pourront d'ailleurs laisser parfois le justiciable sur sa faim. Lorsque la justice s'en mêle et que les parties divergent sur la valeur de l'objet d'art, requérant du juge d'arrêter un prix, les résultats ne sont pas toujours conformes aux attentes.

I. De quelques affaires judiciaires

Pour illustrer nos propos, nous citerons ici quatre affaires qui ont occupé ces dernières années tant les tribunaux suisses qu'américains.

A. La succession Warhol

A son décès, Andy Warhol (1928-1987), qui n'a pas d'héritier direct, lègue l'ensemble de ses biens, constitué d'un lot important de ses œuvres, à une fondation qui porte désormais son nom. L'évaluation de ces biens a dû être effectuée au moment de son décès, notamment en raison du fait que l'avocat chargé de la succession a droit à une rémunération d'environ 2 % sur la valeur des objets remis à la fondation. A la demande de la fondation, la société Christie's évalue la valeur de ces biens à environ 95 millions de dollars.

L'avocat ayant contesté cette valeur, le litige est soumis à un tribunal newyorkais⁸. Alors que Christie's s'était basée sur l'hypothèse d'une vente de la collection en bloc, la justice estime qu'une telle manière de faire ne pouvait être suivie. Selon le Tribunal, il convient plutôt de déterminer la valeur individuelle de chaque œuvre, car un prix en lot de l'ensemble des œuvres n'a pas de sens. Il aurait en effet pour conséquence un effondrement du marché et de la cote de l'artiste. A l'issue d'une longue procédure, la collection cédée est finalement évaluée à près de 400 millions de dollars.

B. La disparition du tableau « Le Pèlerin de l'absolu »

Un collectionneur suisse entrepose l'une de ses œuvres intitulée « Le Pèlerin de l'absolu » du peintre belge Marc Eemans (1907-1998), à New York dans l'objectif de la vendre⁹. La vente ne s'étant pas réalisée, le tableau est confié à une société active dans le transport des objets d'art afin de le rapatrier en Suisse. Dans les documents de transport nécessaires aux autorités douanières, la valeur du tableau est annoncée à hauteur de CHF 50'000.-. Cependant, aucune valeur n'a été indiquée ni dans le contrat de transport ni dans un contrat

8 *In the Matter of Estate of Warhol*, N.Y. Surr. Ct. 18 avril 1994, 165 Misc.2d 726, 629 N.Y.S.2d 621 N.Y. Surr. Ct. 20 avril 1995; *in re Determination of Legal Fees Payable by Estate of Warhol*, 224 A.D.2d 235, 637 N.Y.S.2d 708, 709 (App. Div. 1996).

9 ATF 4A_154/2009, du 8 septembre 2009.

d'assurance. Le tableau n'est jamais arrivé en Suisse et le transporteur est tenu pour responsable de sa perte.

Un litige survient quant à la détermination de la valeur du tableau disparu. Le propriétaire ouvre une action contre la société de transport lui réclamant des dommages et intérêts à hauteur de CHF 375'000.-, correspondant au montant offert pendant l'exposition du tableau à New York, prix auquel le tableau n'a pourtant pas trouvé acquéreur.

Le Tribunal de première instance de Genève condamne le transporteur à payer la somme de CHF 50'000.- de dommages et intérêts, estimant que ceux-ci doivent être limités à la valeur que le propriétaire avait lui-même annoncée dans les documents de transport. La Cour de justice de Genève, puis le Tribunal fédéral, sont en revanche d'un autre avis, puisqu'ils déboutent le propriétaire de toutes ses conclusions. En effet, ils jugent que celui-ci n'a pas apporté les éléments nécessaires destinés à prouver la valeur de l'objet d'art. Les tribunaux constatent qu'il n'a produit aucune pièce à la procédure permettant de la déterminer et qu'il n'a pas non plus sollicité d'expertise afin d'arrêter son dommage.

Plusieurs valeurs ont été alléguées par le propriétaire et aucune ne peut être retenue en tant que telles : le montant demandé de CHF 375'000.- ne correspond pas à la valeur vénale de l'œuvre car la vente à New York n'a précisément pas abouti.

Une des pièces produite atteste d'un achat quelques années auparavant de l'œuvre pour un prix de CHF 130'000.-. Deux autres documents consistent en des estimations qui divergent de plus de CHF 200'000.- ; d'autres encore concernent des ventes de deux autres tableaux du même peintre à des prix supérieurs à CHF 100'000.-. Face à une telle disparité de chiffres, le juge n'est pas à même de trancher. Seule la mise sur pied d'une expertise pourrait éclairer la justice sur cette question, mais elle n'a pas été requise et le Tribunal n'a pas, compte tenu des règles de procédure, à ordonner d'office une telle expertise.

Même la valeur de CHF 50'000.- mentionnée dans les documents de transport ne permet pas au Tribunal d'évaluer « avec une sûreté raisonnable » la valeur du tableau¹⁰.

C. Le cas des gravures chinoises

Plusieurs gravures chinoises sont remises en consignation à un galeriste zurichois en vue d'être entreposées dans les locaux de la galerie et si possible vendues¹¹. Un conflit surgit entre les parties alors que sur les quinze gravures reçues, deux avaient été vendues. Le litige est alors porté devant les tribunaux zurichois, puis devant le Tribunal fédéral, le propriétaire réclamant la restitution des gravures ou, subsidiairement, le « *prix de reprise convenu* », arrêté par le demandeur à un montant de l'ordre de CHF 20'000.-.

10 ATF 4A_154/2009, du 8 septembre 2009, consid. 3

11 ATF 89 II 214 (= JdT 1964 I p. 54 et ss.).

Du fait de cette action, la galerie réclame à son tour, à titre reconventionnel, un montant de CHF 10'000.- pour dommages et intérêts représentant une perte de gain du fait qu'elle ne peut plus vendre les gravures comme elle l'avait souhaité. Les juridictions cantonales et fédérales déboutent le galeriste, estimant qu'il n'apporte pas la preuve de son dommage.

Saisi d'un recours par le galeriste, le Tribunal fédéral souligne quelques règles essentielles : les objets d'art sont des exemples typiques de marchandises qui ne sont pas cotées en bourse, pas plus qu'elles n'ont un prix courant sur le marché. Le Tribunal fédéral affirme que les objets d'art « ont au contraire un prix tout à fait individuel qui, la plupart du temps, n'est qu'un prix d'amateur »¹².

Afin de rechercher ce prix d'amateur, le Tribunal fédéral rappelle que le demandeur doit en justice démontrer concrètement son dommage et que cette question relève de l'expertise et non du témoignage ou de la simple production de documents.

Or, à nouveau, l'expertise n'a pas été sollicitée par le demandeur, qui se voit donc débouté de toutes ses conclusions.

D. De la montre Bugatti

En vue de sa vente, un modèle unique de montre à répétition, dénommée « montre Bugatti » est transféré au Royaume-Uni en vue d'être présenté à un acquéreur potentiel. La montre disparaît durant son transport. La valeur d'assurance est de CHF 165'000.-. Un litige étant survenu quant à la valeur de la montre, le propriétaire agit contre la société d'assurance et réclame une somme de l'ordre de CHF 160'000.- correspondant, selon lui, à la valeur de la montre¹³.

Le Tribunal cantonal neuchâtelois condamne la défenderesse à verser au propriétaire la somme de CHF 50'000.-, estimant que la valeur de remplacement de la montre ne correspond pas à sa valeur d'assurance. Se référant à des expertises ordonnées dans la procédure, le Tribunal estime que le coût de réalisation d'une nouvelle pièce identique à celle qui a été dérobée est de l'ordre de CHF 50'000.-.

Le Tribunal fédéral, sur recours du propriétaire de la montre, annule cette décision. Il juge ainsi que l'autorité inférieure a estimé à tort que la valeur de la montre correspondrait au coût effectif de la réalisation de l'objet dérobé, voire au coût de réalisation d'une nouvelle pièce. Il faut en effet tenir compte également des frais de transport, de douane et d'assurance ainsi que du bénéfice escompté.

C'est à tort également que la défenderesse tente d'arguer que la montre n'était pas vendue au moment du sinistre et qu'il n'était pas prévu qu'elle le soit. Ce qui est déterminant aux yeux du Tribunal fédéral, « c'est de savoir si l'objet assuré a un prix du marché, quel

12 ATF 89 II 214, consid. 5c (= JdT 1964 I p. 60).

13 ATF 130 III 222 et ss.

que soit au demeurant le nombre des acheteurs potentiels ; dès le moment où une chose est négociable, elle possède une valeur marchande, qui est représentée par le prix qu'un amateur serait disposé à payer pour acquérir dans des conditions ordinaires un objet du même type »¹⁴.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral constate que l'assurance ne contestait pas l'existence d'un marché pour les montres de luxe, qu'il s'agisse d'un modèle unique ou d'une série limitée. Faute d'éléments lui permettant de statuer, le Tribunal fédéral renvoie alors la cause au Tribunal cantonal afin qu'il détermine la valeur vénale de l'objet assuré.

II. Des règles en matière de détermination du prix et de la preuve du dommage

Les exemples cités ci-dessus tendent à démontrer que la tâche du justiciable devant un Tribunal est ardue, voire pourrait constituer un exercice impossible. Toutefois, certaines règles et principes fondamentaux peuvent, s'ils sont respectés, venir au secours du justiciable.

Conscients que, dans le cadre d'un litige, la détermination du prix d'une œuvre d'art constitue un travail minutieux, il nous paraît important de rappeler quelques règles et définitions légales essentielles, dont la compréhension et la mise en œuvre doivent permettre de faciliter la tâche du justiciable, respectivement du Tribunal saisi et d'éviter ainsi quelques pièges judiciaires.

Afin d'étayer notre point de vue, nous nous arrêterons ci-après sur les trois éléments suivants : (A.) la notion du dommage ; (B.) la définition du prix ; et (C.) la preuve du dommage, respectivement du prix.

A. La notion du dommage

La notion juridique du dommage est régulièrement reprise par les tribunaux. Il s'agit cependant d'un vaste sujet, qui a fait, et continue à faire couler beaucoup d'encre. Ce n'est, dès lors, pas le lieu ici d'exposer un thème aussi large et nous nous bornerons à renvoyer le lecteur aux nombreuses contributions publiées à ce sujet¹⁵.

14 ATF 130 III 224, qui cite Jürg Hauswirth et Hans Rudolf Suter, *Sachversicherung*, 2^{ème} éd., Zürich 1990, pp. 79, 81 et 306.

15 Voir notamment à ce sujet Franz Werro et Pascal Pichonnaz (éds.), *Le dommage dans tous ses états, sans le dommage corporel ni le tort moral*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2013, et plus particulièrement les contributions de Franz Werro, *Le dommage : l'état d'une notion plurielle*, p. 1 et ss. ; et Blaise Carron et Yann Ferolles, *Le dommage consécutif au défaut*, p. 69 et ss. Voir également Benoît Chappuis, *Le moment du dommage, analyse de rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse Fribourg 2007 et du même auteur, *Quelques dommages irréparables, réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine*, in *Semaine judiciaire* (SJ) 2010 II 165 et ss.

De manière synthétique et en nous référant à de récentes jurisprudences du Tribunal fédéral en la matière, nous rappellerons que la notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelles et délictuelles¹⁶. Elle consiste ainsi en la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspondant à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable – ou la violation du contrat – ne s'était pas produit. Le dommage peut, dès lors, survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, ou encore d'une absence d'augmentation de l'actif ou de diminution du passif¹⁷.

Fort de ces définitions, les tribunaux vont généralement se référer, en matière d'objets d'art, à la diminution patrimoniale du lésé ou, en d'autres termes, à l'incidence économique d'une atteinte à ses biens. Cet exercice doit être opéré lorsque les biens en question sont susceptibles d'une évaluation en argent¹⁸, ce qui est le cas d'une œuvre d'art. Ainsi, le dommage équivaut à la perte financière résultant d'une atteinte à la propriété. Cette atteinte sera concrétisée par la destruction de la chose ou sa disparition, voire sa détérioration.

Comme mentionné ci-dessus dans le cas des gravures chinoises, le Tribunal fédéral requiert que le dommage soit établi concrètement et non abstraitement. Ainsi, la méthode de calcul du dommage en cas de disparition ou de vol d'une œuvre d'art par exemple, reviendra à déterminer le prix de l'œuvre d'art.

B. La définition du prix

Dans l'affaire des gravures chinoises¹⁹, le Tribunal fédéral estime que l'œuvre d'art ne peut être assimilée à une marchandise ayant un prix courant.

Une œuvre d'art n'est pas traitée régulièrement à la bourse ou sur le marché à un cours moyen constatable. Le Tribunal fédéral souligne que « [l]es objets d'art sont précisément des exemples typiques de choses qui ne possèdent pas de prix de bourse ou de marché ; elles ont au contraire un prix tout à fait individuel qui, la plupart du temps, n'est qu'un prix d'amateur »²⁰. Il convient, dès lors, de rechercher ce que signifie, aux yeux du Tribunal fédéral, ce prix individuel ou d'amateur.

Selon une jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la valeur déterminante d'un bien correspond à sa valeur objective au moment de son aliénation, respectivement de sa

16 Article 99 al. 3 Code suisse des obligations (CO), RS 220 ; ATF 87 II 290, 291 (consid. 4a).

17 ATF 4A_481/2012, du 14 décembre 2012, résumé publié in SJ 2013 I 487 ; ATF 133 III 462, 471 (consid. 4.4.2) ; ATF 132 III 359, 366 (consid. 4) in SJ 2007 I 141 ; ATF 132 III 321, 323-324 (consid. 2.2.1).

18 Werro (note 15), p. 4 et doctrines citées.

19 ATF 89 II 214 (= JdT 1964 II p. 54 et ss.).

20 ATF 89 II 220,221 (= JdT 1964 II p. 60).

perte²¹. Par valeur objective du bien en cause, il faut comprendre sa valeur marchande : « soit le produit qui aurait pu être tiré de la vente à un tiers selon le mode de réalisation – enchères publiques ou vente de gré à gré – le plus favorable »²².

De son côté, le domaine des assurances peut également nous être utile. En effet, l'assurance est régulièrement confrontée à la détermination du prix d'une œuvre d'art lorsqu'une police d'assurance a été conclue à son sujet et qu'elle couvre le risque de vol ou de détérioration²³.

Or, la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) définit différentes valeurs à prendre en compte dans l'évaluation du dommage²⁴. Cette législation pose ainsi le principe général selon lequel l'assurance couvre la valeur de remplacement, qui doit être calculée d'après la valeur que représentait l'objet à assurer au moment du sinistre²⁵. La notion de valeur de remplacement s'applique dans la couverture de risques non spécifiques tels que le vol ou le dégât d'eau par exemple.

Pour des risques plus spécifiques tels que le risque incendie ou le risque de transport, la LCA édicte des règles particulières. Dans le cadre de l'assurance-incendie, la valeur de remplacement est déterminée de façon spécifique pour les meubles meublants, étant précisé qu'en principe les objets d'art et les biens culturels entrent dans cette catégorie. Pour ces objets, la valeur de remplacement correspond à celle de l'acquisition d'objets nouveaux mais elle doit également tenir compte de l'éventuelle dépréciation de l'œuvre due à l'usure ou à d'autres causes semblables²⁶.

Dans le cadre du risque de transport, la disposition pertinente est celle de l'article 64 al. 1 LCA, qui prévoit que la valeur de la chose au lieu de destination fait règle. C'est sur la base de cette disposition légale et des principes en découlant, que le Tribunal fédéral a tranché l'affaire de la montre Bugatti²⁷. En l'occurrence, le Tribunal fédéral constate l'existence d'un marché pour les montres de luxe même s'il pouvait s'agir d'un modèle unique ou d'une série limitée. La montre a donc bien une valeur marchande qui doit être prise en considération. Ainsi, si l'objet d'art ou la montre de luxe a bien un prix, il correspond à la valeur qu'un amateur serait disposé à payer pour l'acquérir dans des conditions ordinaires.

21 ATF 135 III 513, 531 (consid. 9.3) ; ATF 132 III 489, 495 (consid. 3.3.2); JdT 2007 II 81, 86.

22 ATF 5C.261/2002, consid. 3.1.3.

23 Voir à ce sujet Pierre Gabus, Des différentes valeurs d'assurance et du rôle de l'expert, *in* L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Etudes en droit de l'art vol. 19 (Marc-André Renold, Pierre Gabus et Jacques de Werra, éd.), Genève 2007, pp. 75 et ss.

24 LCA ; RS 221.229.1.

25 Article 62 LCA.

26 Article 63 al. 1 ch. 3 LCA.

27 ATF 130 III 222 et ss.

C. La preuve du dommage, respectivement du prix

Si l'œuvre d'art a désormais un prix qui peut manifestement être déterminé, quelques règles d'or en matière de preuve du dommage doivent être ici rappelées. Elles sont d'ailleurs répétées à l'envi par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence constante.

Ainsi, selon l'article 8 du Code civil suisse (CC)²⁸ repris par l'article 42 al. 1 CO, la preuve d'un dommage incombe à celui qui en demande réparation. En d'autres termes, dans le cadre d'un procès, c'est à la partie demanderesse de tout mettre en œuvre pour prouver son dommage et, dès lors, d'apporter la preuve du prix de l'œuvre d'art si celui-ci est réclamé.

Certes, l'article 42 al. 2 CO prévoit que si le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine alors équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée²⁹. Cette dernière disposition tend ainsi à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé. Néanmoins, elle ne le libère pas de la charge de fournir au juge, autant que cela est possible et qu'on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent facilement son estimation. La loi ne permet pas ainsi à la partie lésée la faculté de formuler sans indication précise des prétentions en dommages et intérêts de n'importe quelle ampleur³⁰.

Ainsi, dans le cadre d'un procès, si le lésé ne satisfait pas entièrement son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation du prix, l'une des conditions dont dépend l'application de l'article 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence du dommage est certaine.

C'est l'hypothèse réalisée dans le cas du tableau du « Pèlerin de l'absolu ». Dans cette affaire, le demandeur s'était contenté de réclamer un prix important, en l'occurrence CHF 375'000.-, qui ne reposait sur rien. Celui-ci a sans doute cru bien faire en réclamant une valeur élevée, espérant que les tribunaux lui accorderaient au moins un dédommagement minimum. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral n'a pu que constater que le lésé, même si son dommage était certain, n'en avait pas apporté la preuve. En conséquence,

28 RS 210.

29 L'article 48 du nouveau droit de la responsabilité civile (projet CO 2020) prescrit que « lorsque le lésé ne peut pas prouver le montant du dommage ou que cette preuve ne peut être raisonnablement exigée, le Tribunal évalue le montant en considération du coût ordinaire des choses ». Ce projet ne s'écarte pas de la conception sévère du Tribunal fédéral sur la charge de la preuve ; voir à ce sujet Franz Werro et Christoph Müller *in* Haftung und Versicherung/Responsabilité et assurance (HAVE/REAS) n. 4/2013 pp. 355 et 356, qui précisent ce qui suit : « il ne s'agit pas en effet d'offrir un oreiller de paresse au demandeur, mais de lui venir en aide dans des situations caractérisées. L'art. 48 CO 2020 a ainsi pour but d'alléger le fardeau de la preuve mais non de libérer le lésé de la charge de toute preuve ».

30 Voir notamment à ce sujet : ATF 4A_481/2012, du 14 décembre 2012 ; ATF 131 III 360, 363-364 (consid. 5.1) ; ATF 133 III 462, 471 (consid. 4.4.2).

conformément aux principes des articles 8 CC et 42 al. 1 CO, le juge lui a refusé la réparation de son dommage³¹.

Ces règles essentielles sont d'ailleurs rappelées régulièrement par le Tribunal fédéral³². Il est, dès lors, conforme à la loi et aux principes procéduraux que le plaideur négligeant soit lourdement sanctionné s'il ne respecte pas les règles précitées. Il nous reste ainsi à examiner sur quels principes le plaideur diligent doit s'appuyer pour prouver son dommage, respectivement le prix de l'œuvre qui lui aurait été volée ou aurait disparu.

Une lecture attentive des jurisprudences du Tribunal fédéral nous enseigne quelques règles essentielles³³ :

- Il convient tout d'abord de produire à la procédure des documents probants fondés sur des indications sérieuses et des données patrimoniales crédibles³⁴.
- Les documents pertinents devront être confirmés par l'audition de leurs auteurs devant la justice³⁵.
- Enfin, compte tenu de la difficulté de déterminer le prix de l'œuvre d'art, le demandeur devra solliciter, d'entrée de cause, la mise sur pied d'une expertise judiciaire. Cette mesure est souvent omise par le plaideur négligent. Elle est alors sanctionnée par les tribunaux qui, faute d'expertise, constatent alors que le dommage n'est pas prouvé, ce qui entraîne le refus de toute réparation³⁶. Comme cela a été le cas pour le propriétaire du tableau du « Pèlerin de l'absolu », qui a été débouté de toutes ses conclusions. Il est également probable que le Tribunal sanctionne aussi le fait que le demandeur se contentait de solliciter l'obtention d'un prix manifestement exagéré compte tenu des circonstances.

31 ATF 4A_154/2009, du 8 septembre 2009.

32 ATF 4A_481/2012, du 14 décembre 2012, *in* SJ 2013 I 488.

33 Ces règles ne sont pas toujours suivies. Dans une cause récente, il convenait de déterminer le dommage qui devait revenir au propriétaire d'une montre qui avait été vendue par erreur à un prix de CHF 104'000.- alors qu'il avait été établi qu'une montre similaire avait été vendue à la même époque pour un prix de CHF 210'000.-. Sur cette seule base, l'autorité cantonale a fixé le montant du dommage à CHF 150'000.-, ce que le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire (ATF 4A_448/2012, du 7 janvier 2013).

34 Dans l'affaire sur le tableau du « Pèlerin de l'absolu », la Cour cantonale a retenu que la force probante des documents produits « était douteuse » (ATF 4A_154/2009, du 8 septembre 2009, consid. 3) ; voir également ATF 4A_309/2013, du 16 décembre 2013, où les demandeurs produisent à la procédure des documents présentant des résultats favorables fictifs (consid. 2.3).

35 A nouveau, dans le cas du « Pèlerin de l'absolu », la Cour de justice constate que les auteurs de documents produits, spécialistes, qui étaient en relation d'affaires avec la demanderesse, n'avaient pas été entendus en justice pour les confirmer. L'audition de ces personnes n'avait pas été requise, sinon en appel, ce que les règles de procédure n'autorisent pas.

36 Pour un cas récent, voir ATF 4A_309/2013, du 16 décembre 2013, consid. 2.3, où le Tribunal fédéral constate l'existence d'un dommage manifeste du demandeur mais le déboute cependant de toutes ses conclusions : la preuve de son dommage nécessitait la mise sur pied d'une expertise, qui n'a pas été requise.

Le respect de ces quelques règles devrait ainsi guider le justiciable et faciliter le travail du juge, afin de permettre au tribunal d'arrêter la fameuse valeur individuelle et d'amatour attendue par le Tribunal fédéral dans la cause des gravures chinoises ou de la montre Bugatti.

Nous sommes cependant conscients que l'appel à l'expert peut donner à ce dernier un pouvoir qui peut paraître à certains exorbitant. La pratique montre d'ailleurs que la valeur donnée par certains experts n'est pas toujours satisfaisante et peut manquer d'objectivité. Ce qui est déterminant, c'est donc bien le contenu de l'expertise, et le juge, qui apprécie librement les preuves, ne s'en écartera sans raison sérieuse³⁷.

En matière de fixation du prix d'une œuvre d'art, l'expertise devra contenir en particulier un avis circonstancié sur l'état de l'œuvre ainsi qu'une analyse de l'ensemble des composantes positives et négatives telles qu'exposées par Peter/Duvoisin dans le présent ouvrage³⁸.

Il convient par ailleurs d'avoir à l'esprit que l'expert, puis le tribunal face à l'expertise, sont liés par certaines règles. Bien appliquées, elles devraient éviter tout arbitraire dans la fixation du prix de l'œuvre d'art. Une expertise ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire a pour but de fournir au juge les connaissances professionnelles dont celui-ci a besoin pour saisir certains faits pertinents ou pour pouvoir rendre son jugement. Le juge ne pourra pas s'écarter de l'opinion de l'expert que pour des motifs importants qu'il lui incombe d'indiquer. Ainsi, pour être suivi le rapport d'expertise ne doit pas présenter de contradictions ou encore attribuer un sens ou une portée inexacts aux documents ou déclarations auxquels il se réfère.

REMARQUES CONCLUSIVES

Ce n'est pas déjà le lieu, au terme de cette première contribution, de conclure. L'objectif du présent ouvrage est de mieux appréhender l'objet d'art sous tous ses aspects économiques, dans un marché en plein essor. Puisse le présent ouvrage donner des clés aux nombreux acteurs intervenant sur le marché de l'art.

Par ailleurs et comme le lecteur l'aura certainement compris, nous avons souhaité d'emblée mettre l'accent sur les difficultés inhérentes à l'exercice périlleux d'arrêter la valeur d'un bien culturel. Il s'avère que les tribunaux ont également saisi la complexité de la question. Sans fuir leur responsabilité, ils ont posé les premiers jalons des éléments et des définitions à prendre en compte. Reste au plaideur à demeurer diligent, à œuvrer afin

37 Ces principes ont surtout été développés par la jurisprudence fédérale dans le cadre de l'expertise médicale, voir à ce sujet principalement : ATF 134 V 231 ; ATF 133 V 450 et ATF 125 V 351.

38 Le lecteur se référera à Peter et Duvoisin (note 1).

d'amener au juge l'ensemble des éléments pertinents, puis à faire appel à l'expert en le guidant dans sa mission à l'aide de critères bien définis.

Une bonne discipline et le respect des règles procédurales rendra ainsi l'exercice moins contraignant et le résultat plus prévisible.

Les garanties de prix des maisons de vente aux enchères

– Quelles garanties me proposez-vous, Monsieur le Lieutenant ?
– Je suis officier, Madame.
Elle sourit, elle sourit presque avec bonté :
– Monsieur le Lieutenant, ce n'est pas ce qu'en affaires, on appelle une garantie.
Arthur Schnitzler, *Les Dernières cartes*, Presses Pocket, p. 109

INTRODUCTION	16
I. Constructions juridiques	17
A. Garantie de prix doublée d'une avance de fonds	17
1. Vente de la chose à un prix supérieur au prix garanti : compensation	17
2. Vente à un prix inférieur au prix garanti : remise de dette	18
3. Prix de réserve non atteint : interdiction du pacte commissoire	19
B. Garantie de prix sans avance de fonds	20
1. Vente de la chose à un prix supérieur au prix garanti : obligation de restitution	20
2. Vente de la chose à un prix inférieur au prix garanti : porte-fort	21
3. Prix de réserve non atteint : promesse d'achat par la maison de vente	22
II. Exécution de la garantie	22
A. Acquisition de l'objet par la maison de vente aux enchères	22
1. Transfert de propriété de l'objet : promesse d'achat ou vente conditionnelle	22
2. Contrat du représentant avec lui-même	24
3. Obligations de bonne foi de la maison de vente	25
B. Pathologies dans l'exécution de la garantie	26
1. Défaut de l'objet et application des conditions de vente	26
2. Demeure de la maison de vente	27
CONCLUSION	28

* Professeur ordinaire, Directeur du département de droit civil, Université de Genève.

INTRODUCTION

Le plaisir, le charme, l'excitation de la vente aux enchères tient dans son caractère aléatoire. Dans la salle des ventes, des acheteurs faussement placides mais prêts à bondir guettent la bonne affaire, le prix qui ne grimpe pas, l'objet précieux qui ne séduit personne. Le vendeur aux aguets dans les coulisses de la salle des ventes, ou branché à son téléphone, fantasme sur la vertigineuse escalade des enchères, qui lui donne un sentiment d'infini.

Du fantasme à la réalité, la chute est souvent rude, et l'enfer des enchères qui ne décolle pas est toujours proche du paradis des enchères qui s'envolent. Le vendeur prudent limite les risques par un prix de réserve, au dessous duquel la vente ne peut avoir lieu. Le risque du vendeur n'est alors plus celui du prix trop bas, mais celui de retrouver cet objet qu'il ne voulait plus, et dont l'insupportable présence lui rappelle sans cesse la vanité de ses espérances.

Entre l'enfer et le paradis, se trouve le préposé aux enchères. Son talent est la clef du paradis, sa médiocrité ouvre la porte des enfers. Les espérances du vendeur reposent sur sa compétence et sur sa diligence. Or, le vendeur exigeant ne se contente pas de diligence, il veut un résultat ; il n'a que faire de compétence, il veut une assurance ; il n'a cure d'espérances, il veut une certitude. Pour satisfaire son client, la maison de vente aux enchères lui offre parfois une garantie de résultat¹, c'est-à-dire un prix minimum qu'elle s'engage à obtenir, quitte à acquérir l'œuvre elle-même si ce prix n'est pas atteint. L'obligation de diligence classique du mandataire se double alors d'une obligation de résultat.

Passées les bornes, il n'y a plus de limites : puisque le client est assuré d'obtenir un prix minimum pour l'objet mis en vente, pourquoi ne pas demander à la maison de vente aux enchères le paiement immédiat du montant garanti, quitte à ce que ce paiement soit complété ultérieurement si la vente dépasse le prix garanti ? Le client capricieux franchit alors une étape supplémentaire : non seulement il ne veut pas prendre de risque, mais en plus refuse-t-il d'attendre. Pour satisfaire son client, la maison de vente aux enchères n'a alors d'autre choix que de doubler la garantie de prix déjà concédée d'une avance de fonds.

Ces garanties de prix, doublées ou non d'une avance de fonds, ont été peu examinées en doctrine², et ne font l'objet d'aucune jurisprudence suisse. On pourrait se contenter de considérer qu'elles relèvent de la liberté contractuelle et qu'il y a donc peu de choses à en

1 Ces garanties sont parfois offertes par des tiers. La présente contribution ne traite pas de cette hypothèse.

2 Joëlle Becker, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse, Etudes en droit de l'art vol. 21, Zurich 2011, relève cette pratique en page 44 et analyse la garantie d'un prix de vente minimum en page 276 ss.

dire. Toute pratique contractuelle est cependant riche d'enseignement et le lecteur trouvera dans cette contribution quelques réflexions sur les différentes constructions juridiques possibles, sur les conséquences contractuelles de ces garanties, et sur leurs limites.

I. Constructions juridiques

A. Garantie de prix doublée d'une avance de fonds

1. Vente de la chose à un prix supérieur au prix garanti : compensation

Lorsque la maison de vente aux enchères a concédé au vendeur un prêt portant sur le montant du prix garanti, elle dispose à son égard d'une créance en remboursement du prêt³. A défaut d'autre disposition contractuelle, le remboursement est exigible dès la vente aux enchères, et s'effectue par compensation avec l'obligation de la maison de vente aux enchères de remettre à son client le prix de vente obtenu, après déduction de ses frais et honoraires⁴.

Dans la situation ordinaire envisagée par les parties, la maison de vente aux enchères procède à la vente. Sur le prix obtenu par cette vente, elle déduit ses frais et honoraires conformément au contrat de mandat passé avec le vendeur. Elle assume alors l'obligation de restituer au vendeur le solde du prix de vente, conformément à son contrat et à l'article 400 CO.

L'obligation du vendeur de rembourser le prêt et l'obligation de la maison de vente aux enchères de restituer le solde du prix de vente obtenu sont deux obligations pécuniaires réciproques, qui font l'objet d'une compensation. Une déclaration formelle de compensation au sens de l'article 124 al. 1 CO n'est pas nécessaire, dès lors que la compensation était déjà prévue lors de la mise sur pied de cette structure contractuelle⁵. Si le prix obtenu lors de la vente aux enchères était suffisamment élevé, l'opération de compensation laisse apparaître un solde en faveur du vendeur⁶.

3 Cette créance ne porte intérêts conventionnels que si ceux-ci ont été stipulés (article 313 al. 1 de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Droit des obligations], RS 220 [CO]), sauf si le client est également un professionnel (article 313 al. 2 CO). A défaut de convention ou de taux usuel à l'époque et au lieu où le prêt a été délivré (article 314 al. 1 CO), le montant des intérêts conventionnels annuel pour un prêt commercial est de 5 % (article 73 CO ; ATF 126 III 189).

4 L'article 318 CO (exigibilité six semaines après dénonciation) n'est à notre avis pas applicable, dès lors que les parties ont convenu que le prêt serait remboursé par compensation dès la vente aux enchères.

5 L'article 124 CO est de droit dispositif et les parties peuvent renoncer à l'exigence d'une déclaration de compensation : Nicolas Jeandin, *in* Code des obligations I (Luc Thévenoz et Franz Werro, eds.), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, n. 10 *ad* art. 124.

6 Article 124 al. 2 CO. La dette du client-emprunteur est réputée éteinte dès l'adjudication de la chose aux enchères, c'est-à-dire dès que la compensation était possible.

Cette opération a l'avantage pour le vendeur de disposer immédiatement d'une partie des fonds sans attendre la vente aux enchères, et d'obtenir le solde après la vente lorsque celle-ci a atteint un prix dépassant le prix garanti. Pour la maison de vente aux enchères, le mécanisme de compensation convenu sécurise son droit au remboursement du prêt. Cette opération est donc satisfaisante pour les deux parties, mais elle suppose que le prix obtenu lors de la vente aux enchères soit suffisant pour couvrir le prix garanti et les honoraires de la maison de vente aux enchères.

Si par exemple la maison de vente aux enchères a garanti un prix de 50 et avancé ce montant au vendeur, et si le prix de vente obtenu aux enchères est de 70, la compensation entre la créance en remboursement du prêt et la créance en restitution du prix de vente laisse apparaître un solde de 20 en faveur du vendeur. La maison de vente aux enchères peut encaisser ses honoraires sur ce solde et doit restituer le reste de ce montant au vendeur.

2. Vente à un prix inférieur au prix garanti : remise de dette

Une vente aux enchères étant par définition aléatoire, il peut arriver que le prix de vente obtenu lors de la vente aux enchères ne soit pas suffisant pour couvrir les honoraires de la maison de vente aux enchères et le prix garanti au vendeur.

En l'absence d'un prix de réserve fixé initialement par les parties et indiqué aux acheteurs dans les conditions de vente⁷, la vente a lieu par l'adjudication au meilleur prix obtenu⁸. Dès l'adjudication, la propriété de l'objet passe à l'acquéreur⁹.

La compensation convenue à l'avance entre le vendeur et la maison de vente aux enchères laisse donc apparaître un solde négatif au préjudice du vendeur. Dans le cadre limité de l'article 124 al. 2 CO, la maison de vente aux enchères, après avoir empoché le prix de vente de l'objet, aurait donc une créance contre le vendeur en remboursement du solde du prêt concédé.

Ce mécanisme serait cependant incompatible avec la garantie de résultat concédée par la maison de vente aux enchères au vendeur. Ce dernier bénéficie en effet de la garantie d'obtenir au minimum le prix garanti. Il doit donc pouvoir conserver le montant du prêt, en tous cas dans la mesure où ce montant correspond au prix garanti. La garantie impose dès lors à la maison de vente aux enchères de renoncer à demander le remboursement du solde du prêt concédé au vendeur.

7 Article 229 al. 3 *in fine* CO.

8 Article 229 al. 3 *ab initio* CO.

9 Article 235 al. 1 CO. Les conditions de vente peuvent néanmoins déroger à ce principe : Jean-Paul Vulliétty, *in* Code des obligations I (Luc Thévenoz et Franz Werro, eds.), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, n. 3 *ad art.* 235.

Si par exemple la maison de vente aux enchères a garanti un prix de 50 et avancé ce montant au vendeur, et si le prix de vente obtenu aux enchères est de 30, la compensation entre la créance en remboursement du prêt et la créance en restitution du prix de vente laisse apparaître un solde de 20 en faveur de la maison de vente aux enchères. Comme cette dernière a garanti à son client qu'il retirerait au moins 50 de l'opération, elle doit renoncer à lui demander le paiement de ce solde.

Dans une telle situation, la garantie de résultat de la maison de vente aux enchères implique donc une remise de dette au sens de l'article 115 CO, qui est convenue à l'avance mais dont le montant est déterminé au moment de la vente aux enchères.

3. Prix de réserve non atteint : interdiction du pacte commissoire

Pour éviter la situation qui vient d'être décrite, les parties peuvent convenir d'un prix de réserve, c'est-à-dire d'un montant minimum en dessous duquel l'objet doit être retiré de la vente¹⁰.

Logiquement, ce prix de réserve doit correspondre au prix garanti par la maison de vente aux enchères. Il peut cependant arriver que les parties prévoient des montants différents, ce qui crée un système à trois paliers : un premier palier (jusqu'au prix de réserve) au dessous duquel la vente ne peut avoir lieu, un second palier (entre le prix de réserve et le prix garanti) après lequel la maison de vente aux enchères prend le risque de devoir vendre l'objet sans pouvoir demander le remboursement du solde du prêt au vendeur, et un troisième palier (au delà du prix garanti) après lequel l'opération devient bénéficiaire pour la maison de vente¹¹.

Lorsque le prix de réserve n'est pas atteint, l'objet est retiré de la vente. La vente n'ayant pas eu lieu, la maison de vente aux enchères dispose contre le vendeur d'une prétention en restitution du prêt, moyennant restitution de l'objet. L'objet de la vente est en sa possession et elle dispose sur cet objet d'un droit de rétention au sens de l'article 895 CC¹², en ce sens qu'elle peut refuser de restituer l'objet au vendeur si celui-ci ne rembourse pas le prêt.

Dans une telle configuration, la maison de vente ne peut s'approprier l'objet de la vente, même si le vendeur ne la rembourse pas. Le droit de rétention est un gage mobilier qui donne à son bénéficiaire un droit à la réalisation de la chose¹³, en aucun cas un droit à son appropriation.

10 Le prix de réserve doit être expressément convenu : *idem*, n. 33 *ad* art. 229. La maison de vente aux enchères qui adjuge en dessous du prix de réserve assume une responsabilité à l'égard de son client, mais l'existence du prix de réserve n'est pas de nature à remettre en cause l'adjudication : ATF 112 II 337.

11 Ce bénéfice est d'autant plus important que les honoraires de la maison de vente sont en général fixés par les parties en tenant compte du risque pris par cette dernière.

12 Code civil suisse, RS 210 (CC). Le rapport naturel de connexité entre la créance et l'objet, exigé par la loi, est à notre avis réalisé par le fait que la créance découle du prêt concédé dans la perspective de la mise aux enchères de l'objet.

13 Article 898 al. 1 CC.

La question de savoir si les parties peuvent convenir à l'avance qu'au cas où le prix de réserve n'est pas atteint, la maison de vente aux enchères renoncera à demander le remboursement du prêt, mais en contrepartie pourra s'approprier l'objet de la vente, est discutable. *A priori*, cela correspond à la logique de ces garanties contractuelles de résultat, visant à garantir au vendeur qu'il obtiendra le prix garanti en toute hypothèse. Le vendeur qui changerait d'avis pourrait cependant faire valoir que l'accord passé implique que la maison de vente aux enchères, qui est sa créancière pour le montant du prêt et qui dispose d'un droit de gage mobilier sur l'objet de la vente à travers son droit de rétention, peut s'approprier cet objet. Un tel accord est qualifié de pacte comissoire en droit suisse, et il est nul de plein droit¹⁴.

Une convention passée au moment de l'octroi du prêt et accordant à la maison de vente aux enchères un droit à l'appropriation de l'œuvre si le prêt ne peut être remboursé par compensation avec le résultat de la vente, serait une convention dont un juge pourrait considérer qu'elle constitue un pacte comissoire nul de plein droit. En revanche, rien n'empêche les parties de passer une nouvelle convention, après l'échec de la vente aux enchères, par laquelle le vendeur vend l'objet à la maison de vente aux enchères moyennant renonciation par cette dernière au remboursement de prêt¹⁵. Rien n'empêche non plus la maison de vente aux enchères d'exprimer par avance son acceptation de cette solution, par une promesse d'achat unilatérale passée avant la vente aux enchères. Seul l'accord anticipé du vendeur lié à l'octroi d'un prêt nous semble problématique, au regard de l'interdiction du pacte comissoire.

B. Garantie de prix sans avance de fonds

1. Vente de la chose à un prix supérieur au prix garanti : obligation de restitution

La situation juridique est plus simple lorsque la garantie de résultat de la maison de vente aux enchères ne se double pas d'une avance de fonds. Dans la situation ordinaire qui est celle où le prix de vente obtenu lors de la vente aux enchères est supérieur au montant garanti, la garantie n'est pas appelée. Après la vente, la maison de vente aux enchères déduit du prix encaissé ses honoraires, et restitue le solde au vendeur conformément à ses obligations de mandataire¹⁶ et au contrat passé entre les parties.

Si par exemple la maison de vente aux enchères a garanti un prix de 50, et si le prix de vente obtenu aux enchères est de 70, la maison de vente aux enchères peut encaisser ses honoraires sur ce prix de vente et en restituer le solde, supérieur au prix garanti, au vendeur.

14 Article 894 CC.

15 Une convention d'appropriation de la chose par le créancier survenue après l'exigibilité de la créance est valable : Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, 4^e éd., Berne 2012, n. 3173a; ATF 41 III 437.

16 Article 400 CO.

Lorsque le montant du prix de vente est supérieur au prix garanti, mais pas suffisant pour permettre à la maison de vente aux enchères d'encaisser ses honoraires sans affecter le prix garanti, la situation doit être assimilée à celle d'un échec de la vente, examinée ci-après.

2. Vente de la chose à un prix inférieur au prix garanti : porte-fort

Si le prix de vente obtenu lors de la vente aux enchères est inférieur au prix garanti, ou s'il est insuffisant pour permettre à la maison de vente aux enchères de prélever ses honoraires sans affecter le prix garanti, la vente peut néanmoins avoir lieu si les parties n'avaient fixé aucun prix de réserve.

Dans un tel cas, la maison de vente aux enchères doit restituer au vendeur le prix encaissé, conformément à ses obligations de mandataire et à son contrat. Ce montant ne suffisant pas à couvrir le prix garanti, l'obligation de garantie de la maison de vente aux enchères implique que cette dernière remette également au vendeur un montant correspondant au solde nécessaire pour atteindre le prix garanti.

Si par exemple la maison de vente aux enchères a garanti un prix de 50, et si le prix de vente obtenu aux enchères est de 30, la maison de vente aux enchères doit restituer ce montant de 30 au vendeur et ajouter un paiement de 20 pour parvenir au prix garanti.

L'obligation de paiement qui découle dans une telle situation de la garantie doit être qualifiée d'obligation de porte-fort au sens de l'article 111 CO. Un porte-fort implique en règle générale la garantie du fait d'autrui. La jurisprudence et la doctrine admettent cependant que n'importe quel fait (et non le fait d'une personne en particulier) puisse faire l'objet d'un porte-fort, par exemple la réalisation d'un voyage¹⁷ ou l'obtention d'un permis de construire¹⁸. Rien n'empêche donc qu'un porte-fort garantisse l'obtention d'un prix minimum. Cette qualification a de toute façon peu de conséquences juridiques en droit suisse, puisque le contrat de porte-fort n'est soumis à aucune règle de forme, et ne fait pas l'objet de dispositions impératives¹⁹.

L'obligation de paiement de la maison de vente aux enchères découlant de sa garantie est une obligation exigible dès l'adjudication, sauf accord contraire des parties. Elle se prescrit selon le délai ordinaire de prescription de dix ans des obligations contractuelles²⁰.

17 Silvia Tevini du Pasquier, *in* Code des obligations I (Luc Thévenoz et Franz Werro, éd.), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, n. 5 *ad* art. 111.

18 ATF 122 III 426.

19 Tevini du Pasquier (note 17), n. 7 *ad* art. 111. L'utilité de la qualification de porte-fort tient surtout en ce qu'elle permet d'éviter la qualification de paris, qui conduirait à ce que la créance du client contre la maison de vente aux enchères ne soit qu'une obligation naturelle : article 513 CO. Cette qualification doit être écartée car la détermination du prix garanti ne se fait pas purement par hasard mais sur la base d'une estimation professionnelle de la valeur de la chose.

20 Article 127 CO.

3. Prix de réserve non atteint : promesse d'achat par la maison de vente

Pour éviter la situation qui précède, les parties peuvent convenir d'un prix de réserve, équivalent ou inférieur au prix garanti. Un prix de réserve inférieur au prix garanti conduit au système à trois paliers évoqués ci-dessus²¹. Compte tenu de la garantie de résultat concédée au vendeur, le prix de réserve bénéficie dans un tel cas à la maison de vente aux enchères, en ce sens qu'il évite que l'objet de la vente ne soit vendu à un prix qui ne lui permet pas de couvrir le prix garanti.

Dans un tel cas, l'objet est retiré de la vente si le prix de réserve n'est pas atteint. La garantie implique que la maison de vente aux enchères doit alors se porter acquéreuse de l'objet de la vente, au prix garanti convenu. L'accord entre la maison de vente et le vendeur comporte une promesse d'achat, en ce sens que la maison de vente aux enchères promet d'acquérir la chose si le prix de réserve n'est pas atteint.

La question qui peut se poser dans un tel cas est de savoir si l'accord entre les parties comporte également une promesse de vente de la part du vendeur, ou si au contraire celui-ci garde la possibilité de récupérer la chose quitte à renoncer au prix garanti convenu. De cette question dépendent les modalités d'exécution de la garantie, et en particulier la question du moment du transfert de propriété de la chose à la maison de vente²². Les règles sur la représentation en droit suisse permettent sinon de qualifier l'accord entre les parties, du moins de poser une présomption à cet égard²³.

II. Exécution de la garantie

A. Acquisition de l'objet par la maison de vente aux enchères

1. Transfert de propriété de l'objet : promesse d'achat ou vente conditionnelle

Lorsque la maison de vente retire l'objet de la vente car le prix de réserve n'a pas été atteint, la garantie implique qu'elle acquiert la chose moyennant paiement du prix garanti au vendeur. Cette garantie comporte donc une obligation de la maison de vente, qui prend la forme d'une promesse d'achat. Reste la question de savoir si la maison de vente a également un droit à l'acquisition de la chose pour le prix garanti convenu, ce qui est le cas si l'accord passé entre les parties ne comporte pas qu'une promesse d'achat (par

21 *Supra*, p. 19.

22 *Infra*, ch. II A. 1.

23 *Infra*, pp. 24-25.

la maison de vente) mais déjà une vente conditionnelle, impliquant aussi l'obligation de vendre du client, et soumise à la condition que le prix de réserve ne soit pas atteint²⁴. De cette question dépend le moment du transfert de la propriété de la chose à la maison de vente.

Si l'accord des parties comporte une vente conditionnelle, la propriété de la chose passe à la maison de vente aux enchères dès que la condition est réalisée, c'est-à-dire dès que la chose est retirée de la vente. Aucun acte juridique supplémentaire n'est nécessaire de la part des parties. Ce transfert de propriété repose en effet sur une cause valable (la vente entrée en force par l'avènement de la condition)²⁵, et sur un transfert de possession par *brevi manu traditio*²⁶ (la maison de vente, qui avait la possession dérivée de la chose aux fins de la vente, en acquiert la possession originaire).

Si au contraire l'accord des parties ne comporte qu'une promesse d'achat de la part de la maison de vente aux enchères (mais pas d'obligation de vendre de la part du vendeur), la vente n'a lieu que par la déclaration du vendeur, sujette à réception, selon laquelle il entend transférer la propriété de la chose moyennant paiement du prix garanti. Cette déclaration peut être implicite, en ce sens que le vendeur qui reçoit le prix garanti de la part de la maison de vente aux enchères est réputé accepter la vente de la chose à cette dernière, sauf s'il manifeste immédiatement son désir de récupérer la chose et restitue le prix garanti versé.

La question du moment du transfert de propriété de la chose n'est pas une question théorique. Elle peut jouer un rôle essentiel si des créanciers du vendeur tentent de faire séquestrer ou saisir la chose²⁷, ou en cas de faillite de la maison de vente aux enchères²⁸. Elle joue également un rôle dans la détermination du moment du transfert des risques²⁹.

La distinction entre une promesse d'achat unilatérale de la part de la maison de vente, et une vente conditionnelle liant les deux parties, est une question d'interprétation de l'accord passé par les parties. Cette question d'interprétation doit cependant être réglée en tenant compte des obligations de diligence de la maison de vente avec son client, en particulier au regard des règles sur la représentation.

24 Sur les promesses de contracter unilatérales, Eugen Bucher, *in* Obligationenrecht I (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Wolfgang Wiegand, eds.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2011, n. 8 et 9 *ad* art. 22.

25 Article 714 al. 1 CC. La condition de causalité ne ressort pas de la disposition mais a été affirmée par la jurisprudence : ATF 78 II 207 ; ATF 84 III 141 ; ATF 96 II 145 ; ATF 121 III 345.

26 Sur ce concept, voir TF *in* Semaine Judiciaire (SJ) 2006 I p. 265-271, consid. 2.2.

27 Les créanciers du vendeur ne peuvent séquestrer la chose, ou la faire saisir, que si celle-ci appartient encore au vendeur : article 272 al. 1 ch. 3 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1 (LP) et articles 106 ss. LP.

28 Si la propriété de la chose n'est pas encore passée à la maison de vente aux enchères, elle n'est pas intégrée dans la masse active de la faillite : article 197 LP.

29 *Infra*, p. 26.

2. Contrat du représentant avec lui-même

Lorsque l'objet est retiré de la vente en raison du fait que le prix de réserve n'a pas été atteint, la garantie implique que la maison de vente doit acquérir l'objet moyennant versement du prix garanti au vendeur.

Dans le cadre de cette acquisition, la maison de vente est à la fois la représentante du vendeur et l'acquéreur. Se pose donc la question des limites du pouvoir de représentation de la maison de vente, au regard des règles sur le contrat du représentant avec lui-même³⁰.

La jurisprudence a posé la règle selon laquelle un contrat du représentant avec lui-même est en principe inadmissible (« *grundsätzlich unzulässig* »)³¹. Le Tribunal fédéral³² admet cependant la validité d'un contrat du représentant avec lui-même dans trois hypothèses alternatives : (1) le risque de porter préjudice au représenté est exclu, ou (2) le représenté a donné son autorisation expresse à la transaction, ou (3) le représenté ratifie la transaction.

On peut déduire de ces trois conditions alternatives une forte présomption selon laquelle la garantie de la maison de vente n'implique qu'une promesse d'achat de sa part, et non déjà une vente conditionnelle (au prix garanti) conclue par les deux parties :

- Ce n'est que si le client a la possibilité, après l'échec de la vente aux enchères, de renoncer au prix garanti et de récupérer la chose, que la transaction par laquelle la maison de vente aux enchères s'approprie la chose ne comporte aucun risque de préjudice pour le client.
- L'appropriation de la chose par la maison de vente aux enchères ne repose pas sur une autorisation expresse de son client si la garantie ne prévoit pas expressément une vente conditionnelle.
- Le fait que le client puisse, après l'échec de la vente aux enchères, renoncer au prix garanti et récupérer la chose, ou au contraire confirmer sa volonté de recevoir le prix garanti, est aussi une occasion qui lui est donnée de ratifier le cas échéant l'appropriation de la chose par la maison de vente.

Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'une garantie de résultat donnée par la maison de vente aux enchères, selon laquelle cette dernière s'engage à acheter la chose au prix garanti dans l'hypothèse où le prix de réserve n'est pas atteint, doit être interprétée

30 Sur cette question, voir l'analyse de Becker (note 2), p. 176, qui admet ce cas de *Selbsteintritt* pour autant que le vendeur en soit clairement informé.

31 ATF 126 III 361.

32 ATF 4C.148/2002, du 30 juillet 2002 : « Selon la jurisprudence constante et l'opinion dominante, la conclusion d'un contrat par le représentant avec lui-même est en principe illicite en raison des conflits d'intérêts qu'elle génère. L'acte juridique passé de cette manière est donc nul à moins que le risque de porter préjudice au représenté ne soit exclu par la nature de l'affaire, que celui-ci n'ait spécialement autorisé le représentant à conclure le contrat ou qu'il ne l'ait ratifié par la suite ».

comme comprenant une promesse d'achat unilatérale de sa part. Il ne s'agit donc pas d'une vente conditionnelle, soumise à la condition que le prix de réserve ne soit pas atteint³³. Le client de la maison de vente garde donc la possibilité, après l'échec de la vente aux enchères, de renoncer au prix garanti s'il préfère récupérer la chose.

Ce n'est que si la clause de garantie prévoit expressément une vente conditionnelle que l'appropriation de la chose par la maison de vente peut intervenir immédiatement dès son retrait de la vente aux enchères, sans que l'occasion ne soit donnée au client de récupérer la chose. Une telle clause expresse serait valable en droit suisse. Elle ne poserait pas le problème de l'interdiction du pacte commissoire³⁴, puisqu'elle ne serait pas liée à la sécurisation d'une créance. L'appropriation de la chose par la maison de vente aux enchères ne heurterait pas les principes jurisprudentiels suisses en matière de représentation³⁵, puisque l'opération serait expressément autorisée par le représenté. En revanche, une telle clause poserait la question du respect par la maison de vente de ses obligations de bonne foi.

3. Obligations de bonne foi de la maison de vente

Une clause contractuelle par laquelle, en cas d'échec de la vente, la maison de vente aux enchères aurait non seulement l'obligation mais également le droit de se porter acquéreur de l'objet au prix garanti serait valable en droit suisse, mais néanmoins encadrée par les règles de la bonne foi.

En particulier, selon l'article 156 CO, une condition est réputée accomplie lorsque l'une des parties en a empêché l'avènement contrairement aux règles de la bonne foi. La jurisprudence a déjà étendu l'application de cette disposition en considérant qu'une condition est réputée non accomplie lorsque l'une des parties en a provoqué l'avènement contrairement aux règles de la bonne foi³⁶.

Une promesse de vente contenue dans la garantie de la maison de vente aux enchères est une promesse soumise à la condition que le prix de réserve ne soit pas atteint. Dans le cadre de l'application élargie de l'article 156 CO, le client de la maison de vente pourrait demander au juge de considérer que cette condition n'est pas survenue, car elle a été provoquée contrairement aux règles de la bonne foi par la maison de vente aux enchères. Dès lors, l'appropriation de la chose par la maison de vente aux enchères serait annulée et le client pourrait exiger la restitution de l'objet.

33 *Contra* Becker (note 2), pp. 57ss., n. 108 et 109, qui conclut à une vente conditionnelle, mais indique que les parties peuvent ajouter la condition supplémentaire de l'assentiment du fournisseur.

34 *Supra*, pp. 19-20.

35 *Supra*, p. 24.

36 ATF 109 II 20.

B. Pathologies dans l'exécution de la garantie

1. Défaut de l'objet et application des conditions de vente

En cas d'appropriation de la chose par la maison de vente aux enchères moyennant paiement du prix garanti au client, le transfert des risques dépend de la question de savoir si la promesse contenue dans la garantie était uniquement une promesse d'achat, ou une promesse d'achat et de vente.

S'il s'agissait uniquement d'une promesse d'achat, le transfert des risques a lieu lorsque le client, après l'échec de la vente aux enchères, confirme son intention de transférer la chose à la maison de vente aux enchères. Il s'agit en effet d'une vente portant sur un corps certain, qui conduit à l'application de l'article 185 al. 1 CO³⁷. La vente entre le client et la maison de vente aux enchères a lieu uniquement lorsque le client a confirmé son intention de vendre.

S'il s'agissait d'une vente conditionnelle, le transfert des risques a lieu conformément à l'article 185 al. 3 CO dès l'avènement de la condition, c'est-à-dire dès le moment où l'objet est retiré de la vente.

Si la chose comportait un défaut antérieur au transfert des risques, la maison de vente aux enchères, en sa qualité d'acquéreur de la chose, dispose des actions découlant du défaut de la chose (actions édiliciennes). Elle doit néanmoins établir qu'elle ignorait l'existence du défaut lors de la conclusion du contrat³⁸, c'est-à-dire plus précisément au moment où elle a donné à son client une garantie de prix minimum comprenant sa promesse d'achat ou déjà une vente conditionnelle de la chose. Cette condition sera souvent problématique, dès lors que la maison de vente n'a pu donner cette garantie que sur la base d'un examen attentif, voire d'une expertise, de la chose³⁹.

A supposer que la maison de vente aux enchères découvre après le transfert des risques un défaut qu'elle ne pouvait découvrir plus tôt, se poserait la question de savoir si la responsabilité du vendeur à son égard est limitée par les éventuelles limitations de garantie se trouvant dans les conditions de vente aux enchères dûment publiées⁴⁰.

A notre avis, et sous réserve de dispositions contractuelles expresses en la matière, la garantie donnée par la maison de vente à son client implique que celui-ci obtienne le prix

37 Le moment a lieu dès la conclusion du contrat, sous réserve de l'exception retenue par le Tribunal fédéral *in* ATF 128 III 370, inapplicable en l'espèce puisque l'acquéreur est déjà en possession de la chose.

38 Article 200 CO.

39 La détermination des défauts dont l'acheteur aurait dû s'apercevoir lors de la conclusion du contrat (article 200 al. 2 CO) dépend de l'ensemble des circonstances, y compris les connaissances particulières et moyens d'investigation de l'acheteur : Silvio Venturi, *in* Code des obligations I (Luc Thévenoz et Franz Werro, eds.), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, n. 6 *ad* art. 20.

40 Article 234 al. 3 CO.

minimum garanti aux conditions de la vente aux enchères. L'acquisition de la chose par la maison de vente n'est en effet qu'un substitut par rapport à la vente aux enchères prévues. La situation juridique du client ne doit pas être moins favorable en cas d'appropriation de la chose par la maison de vente qu'en cas de vente aux enchères de la chose. Les conditions de vente dûment publiées doivent également être appliquées à l'acquisition de la chose par la maison de vente.

2. Demeure de la maison de vente

Lorsqu'au terme de la garantie donnée à son client, la maison de vente s'approprie la chose, elle devient débitrice de l'obligation de payer à son client le prix garanti. Se pose dès lors la question de la situation juridique dans l'hypothèse où la maison de vente n'exécute pas cette obligation de paiement.

Cette question ne se pose pas dans les cas où la garantie de la maison de vente se double d'une avance de fonds, puisque le paiement se fait par compensation.

Dans les autres cas, deux dispositions sont susceptibles de trouver application. Elles conduisent à un résultat diamétralement opposé.

La règle de l'article 214 al. 3 CO s'applique aux ventes mobilières ordinaires. Selon cette disposition, lorsque l'acheteur a déjà été mis en possession de la chose, la résolution du contrat en cas de demeure de l'acheteur n'est pas possible, sauf si elle a été expressément réservée par le contrat. L'absence de droit à la résolution implique que le vendeur ne peut récupérer la propriété de la chose, et ne peut donc qu'agir en paiement du prix. L'application de cette règle dans les rapports entre la maison de vente et son client impliquerait que, sauf disposition contractuelle expresse, le client qui ne reçoit pas le prix garanti par la maison de vente ne peut récupérer la propriété de la chose.

La règle de l'article 233 al. 2 CO s'applique en matière de vente aux enchères. Selon cette disposition, le vendeur peut immédiatement se départir du contrat s'il n'est pas payé comptant ou selon les conditions de vente. L'application de cette règle dans les rapports entre la maison de vente et son client impliquerait que le client pourrait revendiquer la propriété de la chose, s'il ne reçoit pas le prix garanti dans les délais prévus par les conditions de vente.

Le choix entre les deux dispositions dépend donc de la question de savoir si la vente à la maison de vente, en application de la garantie, relève encore des règles sur la vente aux enchères, ou déjà des règles sur la vente ordinaire. A notre avis, la vente à la maison de vente n'est qu'un substitut à la vente aux enchères qui devait avoir lieu. L'article 233 al. 2 CO doit donc trouver sa place dans le cadre des rapports entre la maison de vente aux enchères et son client.

Ces questions peuvent bien entendu être réglées par le contrat beaucoup plus clairement qu'elles ne le sont par le droit dispositif. Encore faut-il que la garantie de prix minimum soit rédigée avec soin, et ne se limite pas à un bref paragraphe au terme duquel si le prix garanti n'est pas atteint, la maison de vente aux enchères s'engage à le payer à son client.

CONCLUSION

Cette brève étude a une originalité : elle ne se base ni sur la loi, qui ne traite pas de ces garanties de prix, ni sur la doctrine, qui n'en parle pas, ni enfin sur la jurisprudence, qui ne s'est jamais prononcée à leur sujet.

Autant dire que nos quelques observations restent tout à fait contestables, et ont plus pour but de susciter le débat que d'y apporter des réponses définitives. Elles ont aussi pour but d'attirer l'attention des maisons de vente aux enchères sur la nécessité de rédiger avec plus de soin ces clauses de garanties, en prévoyant notamment :

- Le droit ou non du vendeur de refuser le prix garanti en cas d'échec de la vente pour pouvoir récupérer l'objet de la vente.
- Le cas échéant l'autorisation expresse de la maison de vente de se porter acquéreur de la chose.
- Le moment du transfert des risques.
- L'application ou non des conditions générales de la vente aux enchères à l'acquisition de la chose par la maison de vente aux enchères.
- Le droit ou non du client de résoudre la vente à la maison de vente aux enchères, en cas de non-paiement du prix garanti.

En l'absence de dispositions contractuelles plus précises, il nous semble que la situation en droit dispositif est la suivante :

Les clauses de garantie de prix minimum sont valables en droit suisse. Lorsqu'elles sont liées à une avance de fonds, ces clauses ne peuvent cependant prévoir à l'avance l'appropriation de la chose par la maison de vente, au risque d'être qualifiées de pacte comissoire nul de plein droit.

Les clauses qui prévoient qu'en cas d'échec de la vente, la maison de vente paiera le prix garanti moyennant appropriation de la chose doivent être interprétées comme des promesses d'achat unilatérales de la part de la maison de vente, et non comme des ventes conditionnelles. Le client garde le droit, après l'échec de la vente aux enchères, de renoncer au prix garanti pour récupérer la chose.

L'appropriation de la chose par la maison de vente est un substitut à la vente aux enchères. Elle doit être soumise aux conditions de la vente aux enchères, en particulier en termes de limitation de garanties, et en termes de demeure de l'acheteur.

La liberté contractuelle permet presque tout, y compris d'exclure le risque dans une opération qui, comme la vente aux enchères, est intrinsèquement aléatoire. Cette liberté contractuelle met les juristes devant des constructions contractuelles sans cesse renouvelées, dont les conséquences juridiques sont toujours discutables. A l'imagination des parties doit répondre la créativité des juristes. C'est dans cette créativité que se trouve, pour les amateurs d'art, une part de paradis.

Arbiters of Value: The Complexity and Dealers' Liability in Pricing Art

INTRODUCTION	30
I. Complexity of Art Prices	30
A. Art Pricing Chain	32
1. Auction House Data as a Barometer of Value	33
2. Perception	34
3. Cultural Arbiters of Pricing	36
B. Factors Challenging Truthful Pricing	39
C. Impact on the Work of Art	41
II. Dealers' Liability in Pricing Art	41
A. Liability towards the Contracting Party	42
1. Binding Contract	42
2. Cooperation Contract between Artists and Galleries	46
3. Valuation Contract	49
4. Sale Contract	52
a. On the Basis of Misattribution	52
i. Mistake	52
ii. Breach of Contract or Warranty	54
iii. Misrepresentation	56
b. On the Basis of the Wrong Price	58
5. Consignment Agreement	62
a. Auction Sale	62
b. Private Treaty Sale	65
6. Disclaimer of Warranty	67
B. Liability Towards Third Party Beneficiaries	72
CONCLUSIVE REMARKS	75

* PhD candidate, Art-Law Centre, University of Geneva; Guest Teacher, London School of Economics and Political Science.

INTRODUCTION

Prices for works of art have risen relentlessly over the last ten years, frequently reaching double-digit million amounts today. The price trend is more due to the buyer's growing wealth than to a greater demand¹. As art has proven itself to be an interesting investment, it attracts the greater liquidity of those investors that are discouraged by traditional assets, such as stocks and real estate. Naturally, where prices are changing, appraisers must also adapt.

Whether a gallery owner seeks to establish an artist's market value, a dealer advises a collector on the value of a painting in the market, or an auction house assesses an estimate price for a potential consignment – all share the concern of effectively evaluating art objects. Determining the market value of an artwork is a challenging endeavour. It is essential that the appraiser understands the functioning of the international art market, and how prices are made and must be interpreted. The proper determination of the art object's market value is important to appraisers as they may incur liability for erroneous valuations.

In its first part, this chapter aims to shed light on the pricing practices of the art market, and on the market's understanding of an art object's value². It further endeavours to explain why some artists are priced higher than others, or more specifically, how preference is created.

In its second part, this chapter examines the appraiser's liability for over- or underpricing art objects in the different evaluation contexts. Finally, it analyses whether these practices of the art market are appropriate in view of the applicable legal setting.

I. Complexity of Art Prices

Because the art market functions by its own unwritten rules and operates by opacity, pricing art is a complex undertaking. Oral understandings, secret arrangements, personal favours, and manipulation of prices and taste occur frequently³. When determining the price of an artwork, different interests come into play, such as positioning the artist on the market, inducing bidding, or making a profitable sale. Moreover, art prices reflect numerous, non-financial intangible factors, such as the pleasure of owning a prestige symbol and the desire to signal wealth⁴.

1 See Piroshka Dossi, *Hype! Kunst und Geld*, 5th ed. (Munich: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2011), 53; Iain Robertson, "Price Before Value," in *The Art Business*, ed. Iain Robertson and Derrick Chong, 29-54 (New York: Routledge 2008), 30.

2 This chapter focuses exclusively on the market value of artworks, which generally differs from its art historical, fiscal, or insurance value.

3 Cf. Isabelle Graw, *Der große Preis – Kunst zwischen Markt und Celebrity Kultur* (Freiburg: Dumont, 2008), 66.

4 See Adam Davidson, "How the Art Market Thrives on Inequality," *The New York Times*, May 30, 2012, accessed December 26, 2013, http://www.nytimes.com/2012/06/03/magazine/how-the-art-market-thrives-on-inequality.html?ref=magazine&_r=0.

To understand the pricing system of the art market, conventional understandings of the market for commodities must be surpassed. When evaluating art, appraisers reconcile the capitalistic and quantitative logic with the logic of quality and perception⁵. The qualitative logic is tied to taste and preferences, to what the artwork expresses, and to how it appeals to its viewer.

In understanding the quantitative logic, material effects on prices have been identified: criteria such as technique, size, and whether the work has been made by the “artist’s hand” or in edition can impact price⁶. For example, demand is likely to be higher for larger artworks and for paintings than for smaller-sized artworks and lithographs⁷.

However, various authors have excluded the cost of producing art as a price determinant⁸. According to David Ricardo, the value of rare art is “wholly independent of the quantity of labour originally necessary to produce them”⁹. The selling price of limited goods like art does not account for its production, which instead varies according to the “wealth and inclinations of those who are desirous to possess them”¹⁰. Consequently, differences in price for the material features of artworks are not related to production costs and time considerations, but instead to the market’s preference for these material characteristics. In other words, if prices are higher for larger-sized paintings than for smaller-sized prints, reasons are attributable mainly to the market’s preference for big artworks and the technique of paint, and not because such works are more cost and time consuming to produce.

To some extent, there is a significant degree of discretion in pricing art and an exact value cannot be determined¹¹. Appraisers often operate considering the sale prices of comparable works, accessible thanks to art data platforms. While some market actors rely on pre-established values, others are very much engaged in establishing the values themselves. Pricing in the art world follows a chain of actors, led by certain cultural lobbyists who decide what is of cultural significance and what is not.

5 Cf. Olav Velthuis, *Talking Prices – Symbolic Meaning of Prices on the Market for Contemporary Art* (Princeton et al.: Princeton University Press, 2006), 25.

6 *Idem*, 103-104.

7 *Ibid.*

8 For an overview, *idem*, 97-98.

9 David Ricardo, *Principles of Political Economy and Taxation* [1817] (G. Bell and Sons: London, 1925): 6.

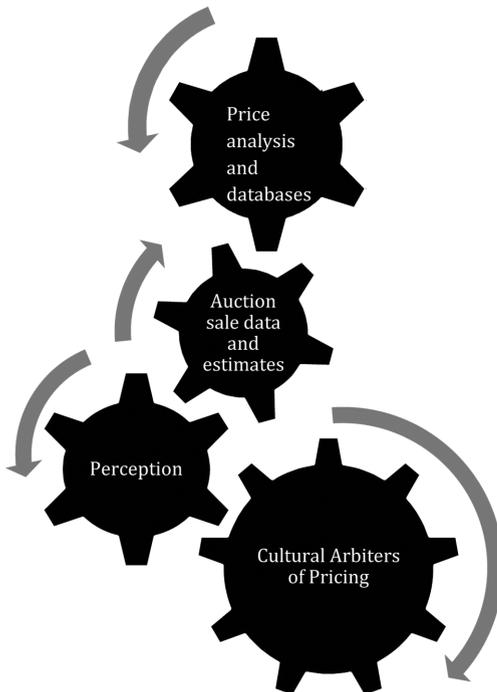
10 *Idem*, 6; see also Neil De Marchi and Hans J. Van Miegroet, “Art, Value, and Market Practices in the Netherlands in the Seventeenth Century,” *Art Bulletin* 76, no. 3 (1994): 451-64 (on Adam Smith’s analysis).

11 See Heinrich Honsell, “Gutachterhaftung in der Schweiz.” Conference paper, Kunst & Recht Conference, *Haftung von Gutachtern im Kunstrecht*, Europainstitut, University of Zurich, November 27, 2012, 4.

A. Art Pricing Chain

The market price of an artist and his work is commonly established by means of **art market databases** such as artnet and artprice. Much of the databases' analysis and research is based on sales data openly provided by public auctions, in particular **hammer prices and estimate values**.

The private dealers' sale information, on the other hand, is generally not included in the statistics and analysis, given that the sale results transparency and are difficult to access¹². At auction, price formation is subject to the bidders' perception of the art object, and to their financial means¹³. So then, what does ultimately trigger the buyers' interest for specific artists and their work? A closer look at the following art pricing "gears" enables us to trace the pricing chain to a group of highly influential dealers.



Art Pricing Chain

12 See The European Fine Art Foundation, *The International Art Market in 2011 – Observations on the Art Trade Over 25 Years*, prepared by Clare Mc Andrew (Helvoirt: The European Fine Art Foundation [TEFAF], 2012), 25.

13 See Jean-Pierre Jornod, "Le prix d'une œuvre d'art," in *L'art et le droit – Points forts pour les collectionneurs d'art*, Cahier d'AXA Art Assurance SA, 57-63 (Zurich: AXA Art Versicherung AG, 2009), 63.

1. Auction House Data as a Barometer of Value

For works that have not been sufficiently and recently traded on the market – which is characteristic of the primary art market¹⁴ – auctions may seem the preferable sale method. Instead of determining an artist's market value himself, the dealer may be inclined to leave price determination to interested bidders at an auction sale. However, when it comes to the primary market, dealers prefer to sell art by means of fixed prices for the following reasons: (1) to “gain control over the diachronic price development of an artist”; (2) because of the “parasitic” position of auction houses, generating inflated and chancy sale results; and (3) to control the “future biography of artworks”, including considerations of limiting resale and speculation such as whether it is sold to a museum or a speculating dealer¹⁵.

Art market researchers look closely at auction sale results. Also, dealers have recognized auction sale data – notwithstanding its parasitic features – as a barometer of value when establishing prices on the secondary market¹⁶. As revealed by a major art market research institute, the European Fine Art Foundation, “[t]he transparency of prices and the public nature of sales data in this sector of the market has meant that it continues to be the basis for much of the analysis and research in the art market, unlike the data on dealer's sales, which relies heavily on polling and qualitative research”¹⁷. Sale prices obtained at auction are thus taken as an indicator of an artist's or a collectible's market value despite the contingency of auctions and factors challenging truthful pricing¹⁸.

It often occurs that an artwork after passing through a gallery will be priced much higher once it appears at auction. Price differences between the primary and secondary market fall in favour of the auction houses due to their public character and accessibility, their ability to reach a greater audience, including investors, and to the exciting momentum created at auction by means of the bidding system¹⁹. A further reason is the reserve and guarantee system provided at auction, which offers security to consignors and additional financial means to investors and buyers²⁰. Galleries, on the other hand, are free to select to whom they desire to sell the art, and may not want to deal with buyers who acquire it with the sole purpose of making a quick profit. In addition, some galleries claim to honestly value their artists, seeking to promote their careers and to “safeguard the long-stability of prices”²¹.

14 On the primary art market, new art objects are offered for sale for the first time, unlike on the secondary or resale market.

15 See Velthuis (note 5), 82-84. On the disapproval of certain dealers to sell art to investors, see also Richard Polsky, *I sold Andy Warhol (too soon)* (New York: Other Press New York, 2009).

16 See Velthuis (note 5), 83.

17 The European Fine Art Foundation (note 12), 25.

18 See below, 39.

19 Interested buyers have very limited time to make their decisions to purchase the lot by placing bids that are outperforming the highest bid.

20 On guarantees at auction, see Sylvain Marchand, chapter 2 of this book.

21 Velthuis (note 5), 80.

Despite the fierce competition between the major auction houses, it has been argued that “the same major artwork is likely to be sold at an equal price, however, regardless of which well-established auction house offers it for sale”²². In support of this contention, there is authority suggesting that pricing of art at auction is, to some extent, subject to the supply-demand model, resulting in the establishment of the artwork’s equilibrium price²³. The auction market is said to be demand-driven, where “sellers offer items for auction, and potential buyers find what they want to purchase proactively”²⁴. Potential buyers enter the auction sale with a firm position on what they want to buy²⁵. Given that the supply in art typically remains unchanged, fluctuations in demand inevitably lead to changes in price²⁶. On the other hand, and unlike any other commodity on the market for rare and precious objects including art, supply may prompt demand, or at least induce interest²⁷. Ultimately, it essentially comes down to how demand is created, or more specifically, how an artwork is perceived.

2. Perception

Each artwork embodies a particular attribution to a certain creator or place of origin, provenance²⁸, and date or period. The appreciation of an artwork is very much linked to its attribution. In fact, certain artists are deemed to be more valuable than others. The inclusion of an artwork in a royal collection adds to it a certain historical aura. Dating also has an impact on perception, as price differences exist for works by the same artist according to their date of creation, or for furniture and collectibles depending on the period of manufacture. Accordingly, artworks are enjoyed within their context²⁹. Attributes provide that context: they influence the art object’s aura and, thereby, the viewer’s perception.

At auction, where buyers can place bids of any amount, hammer prices have sometimes by far exceeded the set estimate values³⁰. Perception may induce a buyer to pay whatever it

22 Anne Laure Bundle, “Legal Questions of Art Auctions” (Rechtsfragen der Kunstauktion): Seminar held by the Europe Institute, University of Zurich and the Center of Art and Law, Zurich, 13 April 2011,” *Journal of International Cultural Property* 18 (2011): 449-451, 449 (quoting Cyril Koller, director of the major Swiss auction house Koller Auktionen).

23 See Dossi (note 1), 139; Velthuis (note 5), 80; Jornod (note 13), 58.

24 Mike Brandly, “Auctions: Does the offering cause a desire to own?” *Mike Brandly: Auctioneer Blog*, accessed December 26, 2013, <http://mikebrandlyauctioneer.wordpress.com/2012/07/02/auctions-does-the-offering-cause-a-desire-to-own/>.

25 *Ibid.*

26 See Velthuis (note 5), 97 referring to David Ricardo’s analysis.

27 See Jornod (note 13), 58.

28 Provenance is the history of ownership of an artwork.

29 See Raul Jáuregui, “Rembrandt Portraits: Economic Negligence in Art Attribution,” *U.C.L.A. Law Review* 44 (1997): 1947-2030, 1950, fn. 3.

30 Clare McAndrew, “Determining Art Prices: Objective and Subjective Valuations,” in *Fine Art and High Finance: Expert Advice on the Economics of Ownership*, ed. Clare McAndrew, 50-62 (New York: Bloomberg Press, 2010) 60.

takes to acquire an artwork. Far from any investment concerns, such acquisitions are made purely out of an emotional attachment to a work. In fact, "it is very unlikely, if the work is brought to market again in the short or medium term, that the seller would find another buyer with both the same emotional attachment to the work and the same financial means to buy it"³¹ despite receiving the greatest attention from the media.

Perception reflects an interest in specific artworks that may be rooted in aesthetic pleasure, trends, or prestige³². Wealthy collectors' demand for art is also explained by their desire to acquire a status symbol of their fortune and power³³. The "Veblen effect", named after Thorstein Veblen and his theory of conspicuous consumption, can explain why demand for a good grows simply because of its higher price³⁴. According to Veblen, "wealthy individuals often consume highly conspicuous goods and services in order to advertise their wealth, thereby achieving greater social status"³⁵. The purchase of such so-called "prestige" or "status" goods enables a public display of discretionary economic power and the maintenance or attainment of a given social status³⁶. Such goods also include art objects³⁷. Connoisseurs, on the other hand, are more likely to be influenced by the belief in the potential increase in value and importance of the artwork, especially in its posthumous importance³⁸.

So then, what inevitably explains our greater esteem for works by artists such as Jackson Pollock (1912-1956), Robert Motherwell (1915-1991), Mark Rothko (1903-1970), Willem de Kooning (1904-1997), and Arshile Gorky (1904-1948), to name only a few American Abstract Expressionists? Why does society seem to agree on its preference for certain artists, periods, or movements? Interest in a work is influenced by external incitement. In brief, specific individuals have pre-selected these artists and the works they consider to be valuable, and the art world follows suit.

31 *Idem*, 60; see also Davidson (note 4), quoting Sergey Skaterschikov, who publishes an influential art-investment report, for saying that no painting bought for US\$30 million or more has ever been resold at a profit.

32 On art acquired for prestige reasons, see Bernard Schulz, "The New Status Symbol," *The German Times*, August 2008, accessed December 26, 2013, http://www.german-times.com/index.php?option=com_content&task=view&id=7691&Itemid=103; Hans-Peter Katz, "Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten," PhD diss., (University of Zurich, 1973), 14.

33 See Jean-Jacques Rousseau, *Œuvres complètes, 1964^e, vol. III*, ed. B. Gagnebin and M. Raymond (Paris: NRF-Gallimard, 2007), 523; Jimena Hurtado, "Jean-Jacques Rousseau: Economie Politique, Philosophie Economique et Justice," *Revue de philosophie économique* 11 (2010/2): 69-101, 77; Giso Deussen, "Kunst Sammeln und Repräsentieren – Von der Leidenschaft des Sammelns und dem Jahrmarkt der Eitelkeiten," in *Repräsentation in Politik, Medien und Gesellschaft*, ed. Lutz Huth et al. (Würzburg: Königshausen & Neumann, 2007), 169.

34 See Thorstein Veblen, *The Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions (1899)* (London: Macmillan & Co. Ltd, new edition printed 1912), 68-101; Dossi (note 1), 206.

35 See Laurie Simon Bagwell and B. Douglas Bernheim, "Veblen Effects and the Theory of Conspicuous Consumption," *The American Economic Review* Vol. 86, N. 3 (June 1996), 349.

36 *Ibid.*

37 See Dossi (note 1), 206.

38 See Graw (note 3), 30-31.

3. Cultural Arbiters of Pricing

Historically, the pricing power belonged to collectors. In the early 1950s, there were too few buyers on the art market, which explains why collectors pulled the strings³⁹. When selling art, collectors also could impose desired prices, regardless of whether they were viable on the market or not⁴⁰. At that time, the collectors supported the galleries and artists, enabling them to continue their work⁴¹. The collector and art critic Sidney Janis followed a simple business model in seeking to promote Abstract Expressionists such as Pollock, De Kooning, and Rothko: he enticed away key talents from rival galleries, lowered the prices of their works since they were not selling, and gradually raised them again once they caught on in the market⁴². Despite his success, many quality paintings would fail to find a buyer⁴³. With the rise of the Pop art generation in the 1960s, the power shifted to artists, who had started to drive harder bargains and were allowed to sell out of their studios⁴⁴.

Art dealers took over the pricing reins by the early 1980s: buyers were placed on waiting lists and offered works by lesser-known artists before being able to acquire the best pieces⁴⁵. At that time, galleries and auction houses followed distinct purposes: it was the galleries' role to discover and promote artists, while their work was sold at auction once "the consensus of the art world deemed them worthy"⁴⁶. To the greatest dismay of the galleries, auction houses gradually began to sell artworks that had just been created⁴⁷.

The incessant acceleration of the market's pace has obscured the time necessary for the art world to reach a consensus regarding the quality of an artist new to the market. Instead, cultural arbiters manipulate that consensus by actively magnifying the artistic aura and quality of the oeuvre. Today, art dealers still bear the role of selecting the artists they want to promote. The most important dealers have become as renowned as their artists, sometimes even exceeding their reputation, especially prior to the artists' establishment on the market.

39 See Polsky (note 15), 22; Betty Parsons in Laura De Coppet and Alan Jones, *The Art Dealers: The Powers Behind the Scene Tell How the Art World Really Works* (New York: Clarkson N. Potter, Inc., 1984), 25.

40 See Leo Castelli in De Coppet and Jones (note 39), 87.

41 See for instance the evidence given by Betty Parsons in De Coppet and Jones (note 39), 22, 23, and 25.

42 Polsky (note 15), 23; see Sidney Janis in De Coppet and Jones (note 39), 39.

43 *Ibid.*

44 Polsky (note 15), 23.

45 *Idem*, 24.

46 *Idem*, 25.

47 *Ibid.*

The manipulative process departs from a circle of dealers which have achieved a reputation amounting to “spiritual leaders”⁴⁸. In running their galleries, these much-acclaimed dealers have portrayed themselves as “visionaries of the artistic field”⁴⁹. Art dealer Irving Blum, for instance, was reputed for always being ahead of his time. Considering that he had been the first dealer to exhibit works by Andy Warhol (1928-1987), collectors and dealers from then on took note of Blum’s business moves⁵⁰.

By means of their manifold relations to the cultural field, and necessary for the promotion of the artists they represent, these leading dealers are the “central nodes [...] of the art world”⁵¹. Basically, dealers position their artists in a way that directly impacts art critics, who report about the artists in the media and to museum curators, who, in turn, consider an exhibition of their works. This chain altogether leads to an increase in scholarly attention devoted to these artists⁵².

Museums and critics are key actors to promote understanding and appreciation of the selected artists, artistic movements, and techniques. For example, a museum exhibition adds great visibility to works of art and enhances their value by contributing to their provenance⁵³. Art critics review the shows and explain the artistic and innovative merits of the selected works, thereby generating more scholarly consideration⁵⁴. These indirect cultural arbiters translate the dealer’s preferences to their audience, thus influencing its perception. The audience sustains the credibility of the dealers’ choices and enhances the significance of the selected artists and works, all of which ultimately legitimizes their market value⁵⁵.

Charles Saatchi is well-known for having mastered the art of media manipulation in promoting his own collection: “Saatchi commissioned a set of four books on his collection, with profuse illustrations, and essays by the most respected critics. The art world was shocked by both the immense quantity and quality of what he was able to amass. With his marketing ploy in place, he shrewdly began selling off his own collection, reaping huge profits. [...] Besides publishing catalogs, he opened his own museum in London,

48 Velthuis (note 5), 16. A hierarchy amongst dealers has already existed earlier: “Art dealers were ranked according to the importance of the art they handled. If you weren’t a dealer in the top five percent, you paid homage to your superiors in order to get what you wanted. You had to find ways to integrate yourself,” Polsky (note 15), 25.

49 Velthuis (note 5), 17; see Graw (note 3), 80 on Larry Gagosian.

50 See Polsky (note 15), 69 and 84 on how much money Blum made on Warhol paintings.

51 Velthuis (note 5), 24.

52 *Ibid.*

53 Provenance includes references to museum exhibitions, which greatly supports the artwork’s quality and authenticity and therefore impacts on its expressive and monetary value. See Noah Horowitz, *Art of the Deal – Contemporary Art in a Global Financial Market* (Princeton: Princeton University Press, 2011), XVI.

54 Cf. Clare McAndrew (note 30), 52; Velthuis (note 5), 24.

55 Graw (note 3), 45.

the Saatchi Gallery. Once his artists were critically established, he repeated the process of selling off paintings and reaping embarrassing profits⁵⁶. Thus, Saatchi was involved in all stages of the taste-making process. Not only did he work on art critics to obtain their approval, but his museum further facilitated sustaining the publicity, uniqueness, and desirability of the works that he selected.

Auction houses endorse the cultural arbiters' selection of artists by providing the artworks with an internationally visible and accessible sale platform. Through their catalogues, auction houses can insist on the quality and uniqueness of the works by elaborately describing the techniques used, the background of the artist, and the history of previous owners. Furthermore, they validate the prices established by the galleries, which are often surpassed given the enhanced liquidity⁵⁷.

By their actions, cultural arbiters generate preferences in the art market that ultimately reach the collectors, who shape the demand at sales through their desire to purchase and own the art object. Insiders of the art world also do not remain unaffected by successful artists on the market and, despite their connoisseurship, consider them to be of artistic relevance as well⁵⁸. In fact, persuasive efforts of the charismatic dealers are as much directed towards experts as they are at collectors⁵⁹.

Given their standing, leading dealers ultimately select those artists and works which deserve the market's acclamation, hence acting as gatekeepers to the group of those deemed aesthetically and economically important. They may decide that an artist has reached sufficient maturity to deserve their representation and that representation justifies a price raise. Artists are therefore eager to have their works shown by these reputable galleries⁶⁰. By providing valuable promotional material, raising the artist's prices, and receiving a great deal of attention from the media, they endorse the artist's oeuvre and thus produce a treasured context⁶¹.

Moreover, cultural arbiters coordinate their efforts amongst each other, thereby shaping the market that is alleged to be "based on manipulation"⁶². The success of the oeuvre of Jean-Michel Basquiat (1960-1988) illustrates well how such manipulations may be effective: dealers convincingly established that Basquiat was a Warhol proxy at a lower price⁶³.

56 Polsky (note 15), 65.

57 *Idem*, 25 and 28.

58 Graw (note 3), 45.

59 Velthuis (note 5), 41.

60 See Betty Parsons in De Coppet and Jones (note 39), 25.

61 See the example of the artist Robert Bechtle, whose standing on the market raised by moving from the gallery O.K. Harris Works of Art to Gladstone, in Polsky (note 15), 32.

62 Dan Kedmey, "Is a Basquiat Painting Really Worth \$16 Million?" *The New York Times: The 6th Floor blog*, June 1, 2012, accessed December 26, 2013, <http://6thfloor.blogs.nytimes.com/2012/06/01/is-a-basquiat-painting-really-worth-16-million/>, quoting Sergey Skaterschikov.

63 *Ibid.*

Auctions supported that representation of a Warhol peer and, eventually, the buyers followed suit.

The well-respected art dealer Larry Gagosian juxtaposed the work of Francis Bacon (1909-1992) with Damien Hirst's (1965-). In an exhibition of both artists' works, he "was making a profound if obvious statement about the young artist's place in [England's] new pecking order"⁶⁴. All actors in the art market invest a lot of effort and money to sustain the created perception since they possess a shared interest "to keep the story going"⁶⁵. After all, cultural arbiters aim to persuade as many market actors as possible to think along the same defined lines. By achieving this goal, important price movements are caused⁶⁶.

Primarily, the art market is peculiar because it is very much based on perception, especially with regard to contemporary art. Technique and material costs play a minor role. Instead, the artworks' aura, as created and intensified by the work of direct and indirect cultural arbiters, is key to its appreciation. In the art market, perception becomes reality⁶⁷. That, in turn, encourages market manipulation.

B. Factors Challenging Truthful Pricing

Particularly for high-end art, the art market is a far cry from the ideal where demand and supply freely meet and reach fair prices⁶⁸. Instead, many factors challenge truthful pricing.

Both auction houses and galleries generally draw a profit based upon the artwork's sale price. Thus, they pursue personal commercial interests when pricing art.

An auction house's estimate price range is used as a marketing tool. Ideally, it is assigned "low enough to encourage bidding, but high enough to treat the painting with respect"⁶⁹. On the other hand, auction houses have offered consignors unrealistic estimates for their artworks only to obtain the consignment⁷⁰. Moreover, each lot is generally subject to a reserve price, i.e. "the confidential minimum price below which a lot will not be sold"⁷¹ as agreed with the consignor. Finally, the ultimate paid amount may depart from the officially announced price, as major auction houses offer discounts on the seller's and buyer's

64 Polsky (note 15), 93.

65 Kedmey (note 62), quoting Sergey Skaterschikov.

66 See Dossi (note 1), 42.

67 See Polsky (note 15), 255; *ibid.*

68 See Graw (note 3), 51.

69 Polsky (note 15), 89.

70 *Idem*, 228.

71 Ralph E. Lerner and Judith Bresler, *Art Law: The Guide for Collectors, Investors, Dealers & Artists*, 4th ed. (New York: Practising Law Institute, 2012), 338.

premiums⁷², and in view of guaranteed prices for top lots that are paid to the consignor regardless of the actual hammer price reached at auction⁷³. Despite the fact that such arrangements have slackened during the crisis⁷⁴, the influence on price formation remains problematical considering that auction sale results are taken as a reference for an artworks' market value.

The primary market involves mutual gifts and favours by artists and dealers, such as when artists are subsidized by dealers and donate some of their works in return, and by collectors who buy works or otherwise sponsor the activities of the given artist or gallery⁷⁵.

As mentioned, dealers may maintain an interest in securing an artist's value in the long term. In that event, they are likely to set prices honestly and may refuse to sell to buyers who only seek an investment opportunity⁷⁶. Dealers have also bought back a work offered at auction, which failed to obtain the assigned price, with the purpose of sustaining the artist's value⁷⁷. Prices may also be distorted if dealers sell artworks on a regular basis to personal connections rather than to buyers willing to pay a higher price. Not only may these personal connections profit from a discount, but such favours also affect the optimal allocation of scarce resources⁷⁸.

On the buyer side, art auctions are exposed to the risk of collusive ring bidding aimed at depressing the lot's price⁷⁹. Furthermore, collectors have stimulated prices at auction by means of rigged bids in order to maintain or raise the value of their own collection. A famous example is the Mugrabi family, which holds one of the biggest collections of works by Andy Warhol. The family has frequently bid at auction when a work by Warhol was on sale, in an attempt to aid the lot's attainment of a certain amount. Sometimes, they may well be the highest bidder. Moreover, the Mugrabis have sold their Warhols privately when they could realize a high price⁸⁰.

72 Such backroom arrangements have been disclosed in *Accidia Foundation v Simon C. Dickinson* [2010] EWHC 3058 (Ch), [2010] All ER (D) 290 (Nov), Chancery Division, November 26, 2010; see also Orley Ashenfelter and Kathryn Graddy, "Art Auctions," *CEPS Working Paper* No. 203, Princeton University, March 2010, accessed December 26, 2013, <http://www.princeton.edu/ceps/workingpapers/203ashenfelter.pdf>, at 8.

73 Guarantees are either warranted by the auction house itself, or more frequently, by third parties, see S[arah] T[horn]ton, "Financial machinations at auction," *The Economist*, November 18, 2011, accessed December 26, 2013, <http://www.economist.com/blogs/prospero/2011/11/art-market>.

74 See Polsky (note 15), 257.

75 See Velthuis (note 5), 74.

76 *Idem*, 89-90.

77 See Betty Parsons in De Coppet and Jones (note 39), 30. The alleged success of Damien Hirst's "Beautiful Inside my Head" auction at Sotheby's London in September 2008 has been said to have been supported by bids or purchases made by Hirst and Sotheby's. Hirst's Diamond Skull for instance was bought by an investor consortium which included Hirst himself; see Horowitz (note 53), XIV-XV.

78 See Velthuis (note 5), 59 and 74; Polsky (note 15), 66.

79 See Ashenfelter and Graddy (note 72), 5.

80 See Polsky (note 15), 66.

Does their behaviour imply that the value of Warhol's works is artificially inflated? It certainly puts into perspective the assumption that auctions are a barometer of value.

C. Impact on the Work of Art

The growing speed of the art market has induced contemporary artists to produce more works in lesser time, which has negatively impacted quality and led to industrialised production. Artists have also become much more aware of market tendencies by creating works that respond to the interest of potential buyers instead of pursuing their creative impulses. The trade of art as a commodity has alienated artists from their work and their labour⁸¹. Instead, the price-setting mechanism replaces artistic values by commensurable aspects.

II. Dealers' Liability in Pricing Art

In an attempt to regulate market practices and to protect individuals seeking expertise, art pricing and authentication has found its way into law.

New York City has a "truth-in-pricing" law that requires items for sale, including art, to have a price tag conspicuously displayed⁸². Although the law is aimed at the protection of consumers of commodities, it also has been enforced against galleries in an effort to increase transparency in the art market. Some galleries have, however, refused to comply with the labelling rule, believing that posting prices on valuable works would generate security concerns and disrupt the exhibitions' aesthetics "by transforming artworks into commodities"⁸³.

Similarly, Switzerland has enacted a regulation on price disclosure that applies to certain art sales, with the exclusion of auctions, and specifies whether prices must be displayed on the good itself or in close proximity⁸⁴. For antiques, art objects, furs, jewellery, and other items made of precious metals that cost above CHF5,000, prices, instead, may be printed in catalogues and price lists that are easily accessible and readable⁸⁵. Nonetheless, Swiss galleries commonly conceal prices in their showrooms and at art fairs. Instead, these are revealed upon request.

81 See Velthuis (note 5), 3.

82 New York City Administrative Code, Title 20, Ch. 5, Subch. 2: "Truth-in-pricing law," Section 20-708.

83 Robin Pogrebin and Kevin Flynn, "As Art Values Rise, So Do Concerns About Market's Oversight," *The Art Newspaper*, January 27, 2013, accessed December 26, 2013, <http://www.nytimes.com/2013/01/28/arts/design/as-art-market-rise-so-do-questions-of-oversight.html?pagewanted=all>; Velthuis (note 5), 32.

84 Articles 3 (3) and 7 (1) of the Regulation on Price Disclosure of December 11, 1978 (Ordonnance sur l'indication des prix, OIP, RS 942.211).

85 Articles 7 and 11 (1) OIP.

From a Swiss legal viewpoint, the gallery's unwillingness to quote the artworks for sale may be explained by the fact that the price indication next to the displayed work is legally binding and consists in the dealer's offer to enter into a contract to these conditions⁸⁶. Printed prices in sale catalogues constitute a non-binding offer⁸⁷. Conversely, in England and the United States, goods displayed on shelves⁸⁸ or in shop windows⁸⁹ constitute an invitation to treat (or to bargain, under United States law) and not an invitation to offer, showing the seller's readiness to negotiate a contract. The same may be said with regard to auction catalogues⁹⁰ and price lists⁹¹.

Transparency in pricing is difficult to achieve in the art market, especially under laws that interfere with these industry practices⁹². The market's opacity further complicates the difficult assessment of whether an expert's appraisal may be erroneous⁹³.

A. Liability towards the Contracting Party

Dealers are asked to appraise works of art in view of a prospective sale or purchase. Together with the consignor, auction houses set the estimate and the reserve prices for the consigned property. In both cases, the client may suffer damage by heeding the wrong advice, or by making unfavourable dispositions in reliance upon an erroneous opinion. Generally, the inflicted loss is of a pecuniary nature⁹⁴.

Thus, a buyer may attempt to seek damages from the dealer for selling the object at a price far too high, or a consignor may sue the auction house for offering the work at a far too low amount. The following section enquires whether an artist or client may hold the dealer or adviser liable for a failure to determine an artwork's correct market value.

1. Binding Contract

Primary difficulties in establishing liability reside in the fact that many transactions in the art world are still conducted in absence of any written statement⁹⁵. The artist and the dealer

86 Article 7 (3) Code of Obligations.

87 Article 7 (2) Code of Obligations.

88 *Pharmaceutical Society of G.B. v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1952] 2 Q.B. 795; see also H. G. Beale (ed.), *Chitty on Contracts* (London: Sweet and Maxwell, 2004).

89 *Fisher v Bell* [1961] 1 Q.B. 394.

90 Section 57 (2) Sale of Goods Act 1979.

91 *Partridge v Crittenden* (1968) 2 All ER 421.

92 Consumer authorities have allegedly temporarily desisted from enforcing the law against art galleries; see Pogrebin and Flynn (note 83).

93 See Henry Peter and Paul-Benoît Duvoisin, chapter 7 of this book.

94 See Honsell (note 11), 3.

95 See Polsky (note 15), 81 acting as an expert in a lawsuit explaining that "large deals were done on a traditional handshake basis"; John Henry Merryman, Albert E. Elsen and Stephen K. Urice, *Law, Ethics, and the Visual Arts*, 5th ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), 973.

often informally agree on the consignment of a series of works and on the organisation of an exhibition. A dealer counselling a collector on an acquisition or a sale is unlikely to send a written statement to confirm the commission and disclaim any liability. Auction houses may provide estimate prices over the phone without having seen the actual work of art.

Informality is due to the fact that “[I]legally binding contracts hardly provide a solution to these fragile commitments”⁹⁶. Many elements of the agreement may not be formulated as a contractual term, such as the artist’s dedication to continue producing quality works of art in the future⁹⁷. Furthermore, it is difficult to monitor each party to ensure the contract has been followed, and enforcement in court may be expensive, inefficient, and may imperil both parties’ reputation⁹⁸. Instead, the art market is characterised by transactions based on trust⁹⁹.

From a comparative law perspective, the question as to whether an artworks’ valuation is subject to contract has been determined differently in Switzerland than in England and the United States.

The Swiss Federal Tribunal ruled that the provider of a free appraisal service cannot automatically assume an exemption from legal responsibility¹⁰⁰. In the given case, the Zurich branch of an international auction house was asked to evaluate a lamp by Emile Gallé (1846-1904) in view of a private purchase offer of CHF15,000 made to its owners. The auction house employee wished to consult with his colleague in London and sent him a picture of the lamp. Due to time pressure, the employee could not await the arrival of the photograph in London and therefore had to describe the lamp to the colleague over the phone. The colleague valued the lamp between CHF8,000-12,000. Upon reception of the picture, he revoked his appraisal, realising that the lamp was not a serial model, but custom made, and therefore much more valuable (CHF40,000). However, the lamp had then already been sold to a private person for CHF16,500. The sellers brought an action for damages against the auction house.

The Court primarily had to determine whether the auction house was bound by a contract to the requestors of the appraisal. Expert opinions are generally considered a contractual performance, except in very limited cases where the absence of requisite intent to enter such a contract (*animus contrahendi*) may be established through the circumstances by which the opinion was given¹⁰¹. An auction house that offers an appraisal (for promotional purposes)

96 Velthuis (note 5), 62.

97 *Ibid.*

98 Considering, for instance, the low income of most artists, who are neither able to pay for expensive litigation, nor for eventual damages ordered by the court, see *ibid.*

99 See Merryman et al. (note 95), 974; Polsky (note 15), 81.

100 Federal Court Ruling 112 II 347 (“Gallé lamp”).

101 For instance, if the authentication was given incidentally and gratuitously as a gesture, Federal Court Ruling 112 II 347; Luc Thévenoz, “La responsabilité de l’expert en objets d’art selon le droit suisse,” in *L’expertise dans la vente d’objets d’art: Aspects juridiques et pratiques, Studies in Art Law* Vol. 1, ed. Quentin Byrne-Sutton and Marc-André Renold, 37-65 (Geneva et al.: Schulthess, 1992), 54.

against a commission, or in view of a potential sale transaction from which it may benefit, enters into a contractual relationship¹⁰². The same reasoning may apply to dealers who gratuitously appraise artworks and the requestors subsequently ask the dealers to sell them. As a result, judges are often inclined to interpret expressions of opinions as contractual¹⁰³.

In the Gallé lamp case, the court held that the parties had implicitly agreed to an appraisal in the moment the auction house informed the owners of the London specialist's valuation¹⁰⁴. The auction house in Zurich was therefore liable for its performance under the agency agreement. Even so, it could have avoided a contractual obligation by specifying that the valuation would be provided without prejudice and obligation¹⁰⁵.

In England and the United States, there is much reliance on the idea that an expert's statement of value is an expression of opinion. Judges generally do not attach any contractual force to statements of opinions, unless the circumstances or the qualifications in the statement allow for such¹⁰⁶.

Under the UK Sale of Goods Act 1979, statements made in the course of a sale may be legally binding if the sale qualifies as a sale by description (Section 13). This type of sale creates an implied contractual term that the goods will correspond with the description.

In *Harlingdon and Leinster Enterprises v Christopher Hull Fine Art*, two dealers agreed on the sale of a painting attributed to Gabriele Münter (1877-1962) in the transaction's invoice, which was later qualified as a forgery¹⁰⁷. The purchaser filed suit under Section 13 of the Sale of Goods Act, claiming that the painting was not as described. The High Court of Justice considered the painting's description as not influential to the sale, so as to constitute a contractual condition. Instead, the seller had clearly disclaimed any connoisseurship on the given artist, and the buyer, who was much more of an expert in German expressionist art than the seller, had relied on his own examination of the painting's authenticity rather than on its description¹⁰⁸. Therefore, the transaction did not constitute a sale by description.

102 Federal Court Rulings 112 II 347, 352; 4A_45/2010 of March 25, 2010; Bruno Glaus, "Die Haftung des Auktionators für Sachmängel gegenüber dem Ersteigerer," *Jusletter* (June 14, 2004, www.weblaw.ch). In fact, an economic or legal interest of the appraiser to provide the opinion speaks for an *animus contrahendi*, see Federal Court Ruling 116 II 695, 698.

103 See Honsell (note 11), 5.

104 Federal Court Ruling 112 II 347, 351; cf. Article 351 Code of Obligations of March 30, 1911, RS 220.

105 See Glaus (note 102).

106 See Norman Palmer, "The Civil Liability of the Professional Appraiser," in *L'expertise dans la vente d'objets d'art: Aspects juridiques et pratiques, Studies in Art Law* Vol. 1, ed. Quentin Byrne-Sutton and Marc-André Renold, 19-36 (Geneva et al.: Schulthess, 1992), 23; Ronald D. Spencer, "The Risk of Legal Liability for Attributions of Visual Art," in *The Expert versus the Object – Judging Fakes and False Attributions in the Visual Arts*, ed. Ronald D. Spencer, 143-187 (New York: Oxford University Press, 2004), 181.

107 [1991] 1 Q.B. 564; [1990] 3 W.L.R. 13, CA.

108 [1990] 1 All ER 737. The claimant art dealer had purchased a painting described in an auction catalogue as being by Gabriele Münter. The seller made it plain to the buyer that he lacked expertise in Münter's work and could therefore not tell whether the work at sale was authentic. The buyer examined the picture himself and decided to buy it. The seller's invoice referred to the picture as a Münter.

In *Drake v Thos Agnew & Sons Ltd.*, the High Court also decided that an expression of opinion regarding a painting's attribution to Sir Antony van Dyck (1599-1641) failed to constitute a term of the contract¹⁰⁹. The defendant's employee, Mr Agnew, sold the painting through an intermediary, dishonest dealer to the claimant, Mr Drake. Agnew was sufficiently satisfied through his own research to declare in the sale catalogue that the painting had been executed by the Master artist himself and not by one of his pupils or followers. Even so, the sale catalogue clearly included differing opinions of other experts on the work, and Agnew informed the intermediary dealer by letter that the attribution was contested. The dealer intentionally declined to pass on that information to his principal, Mr Drake, and he concealed the corresponding note in the catalogue. Drake sought recovery of the price paid from Agnew's employer when he learned the work was not by van Dyck.

Again, the High Court ruled in favour of the seller, considering that the opinion on authenticity did not form part of the contract, either by an express statement, or by imputing to the parties the necessary common intention on an objective assessment of all the circumstances¹¹⁰. In fact, Agnew had made known the doubts about the attribution; thus, the Court construed his opinion as a mere expression of belief, and not as a sale by description. It also reasoned that reliance on Agnew's attribution had been limited¹¹¹.

Furthermore, opinions are contractual under both common law jurisdictions if there is an implied or express warranty as to their accuracy¹¹². The existence of a warranty depends on a case's circumstances. For example, if an expert has been instructed to advise on the purchase of an artwork against a fee paid by the client, a contract will almost invariably exist¹¹³. Moreover, the major auction houses offer purchasers a limited authenticity guarantee.

In the United States, the Uniform Commercial Code (U.C.C.) applies to most issues arising from the sale of artworks, including authenticity and value assurance. Pursuant to Section 2-313 (1) U.C.C., descriptions and affirmations of fact or promises including a seller's affirmation of value are part of the basis of the bargain and create an express warranty. However, "an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty" (Section 2-313 (2) U.C.C.). Accordingly, the essential question is "[w]hat statements of the seller have in the circumstances and in objective judgment become part of the basis of the bargain?"¹¹⁴ Affirmations of facts "made by the seller about the goods during a bargain

109 *Drake v Thos Agnew & Sons Ltd* [2002] EWHC 294 (QB).

110 *Idem*, at 26.

111 *Idem*, at 32.

112 See Pierre Valentin in "Panel 2: The Rights and Responsibilities of Authenticating Art," *Columbia Journal of Law & the Arts* Vol. 35 Iss. 3 (2012): 393, 409.

113 See Luke Harris, "The Liability of Experts for the Misattribution of Works of Art," Conference paper, Kunst & Recht Conference, *Haftung von Gutachtern im Kunstrecht*, Europainstitut, University of Zurich, November 27, 2012, 11.

114 Official Comment to the U.C.C. Section 2-313, para. 8.

are regarded as part of the description of those goods, hence no particular reliance on such statements need to be shown in order to weave them into the fabric of the agreement”¹¹⁵.

Nonetheless, a statement’s qualification as either an affirmation of fact or a simple opinion is dependent upon the expertise in art of the person making the statement. It has been held that where the party making the representations maintains superior knowledge regarding the subject matter of those representations, and the other party’s level of expertise is such that he may reasonably rely on the supposed superior knowledge, the representations may be considered as fact and not opinion¹¹⁶. Thus, art merchants and experts are more likely to bear legal responsibility for rendering such statements¹¹⁷.

Under New York law, the question of the reliance requirement is unsettled, i.e. “whether the ‘basis of the bargain’ requirement implies that the buyer must rely on the seller’s statements to recover and what the nature of that reliance requirement is”¹¹⁸. In *Rogath v Siebenmann*, the Court of Appeals for the Second Circuit affirmed that a buyer waives the breach of warranty claim if, when signing the contract, he is in full knowledge and acceptance of the facts disclosed by the seller that would constitute a breach of warranty under the terms of the contract¹¹⁹. Therefore, “what the buyer knew and, most importantly, whether he got that knowledge from the seller are the critical questions”¹²⁰ to establish an enforceable warranty.

Moreover, New York’s Arts and Cultural Affairs Law differs from U.C.C. Section 2-313 by foreseeing that the furnishing of a certificate of authenticity by an art-merchant to a non-art merchant creates an express warranty¹²¹. Ultimately, even where no contract is concluded, the expert may still be held liable under negligent misrepresentation, which requires reliance upon the statement by the party receiving the appraisal or authentication¹²².

2. Cooperation Contract between Artists and Galleries

Correct pricing is essential for the launch and promotion of an artist. Ideally, “prices have to be fixed according to the general state of the art market, should reflect the seller’s estimation of the quality and should provide a certain security for the buyer’s investment”¹²³.

115 *Idem*, para. 3.

116 *Toole v Richardson-Merrell Inc.*, 251 Cal. App. 2d 689, 706; *Haserot v Keller*, 67 Cal. App. 659, 670, 228 Pac. 383 (1924); *Grinnel v Charles Pfizer & Co.*, 274 Cal. App. 2d 424, 79.

117 See Lerner and Bresler (note 71), 82.

118 *Rogath v Siebenmann*, 129 F.3d 261, 263; 1997 U.S. App. LEXIS 32142, 5.

119 129 F.3d 261, 264; 1997 U.S. App. LEXIS 32142, 8.

120 129 F.3d 261, 265; 1997 U.S. App. LEXIS 32142, 9-10.

121 Section 13.01 N.Y. ACA Law; see also *Christie’s Inc. v SWCA, Inc.*, 22 Misc.3d 380, 387 (2008), 867 N.Y.S.2d 650, 655-656.

122 See below, 50-51.

123 Mark A. Reutter, “Artists, Galleries and the Market: Historical, Economic and Legal Aspects of Artist-Dealer Relationships,” *Villanova Sports and Entertainment Law Journal* 8 (2001): 99.

The arrangement of the cooperation between an artist and a gallery may be manifold. The parties may cooperate in view of selling the artist's works through the gallery, in which case the gallery commonly sells works in its own name but under the artist's account. Title to the works generally remains with the artist until the gallery effects the sale. Or, they may decide that the gallery will buy the works from the artist outright for their resale. Outright sales are common in Europe, but rare in the United States¹²⁴.

Swiss law qualifies the first regime as a (sale) commission relationship, which is a type of agency contract¹²⁵. The gallery must follow the artist's instructions with regard to price fixing and formation¹²⁶. Therefore, the parties may agree to a minimum price, below which the works must not be sold. However, should the dealer sell a work below the minimum price instructed and pay the artist the proportional difference at his own expense, the contract has been validly performed¹²⁷. Moreover, where the dealer sells at a higher price than as instructed by the artist, he is not permitted to retain the profit but must credit it to the artist¹²⁸. The relativisation of the artist's instructions does not give the gallery complete freedom in price determination. Instead, the dealer may only diverge from the agreed price if it is in the artist's interest, such as when it maintains a balanced market for her works¹²⁹.

If the artist has given no instructions as to the price of her works, the dealer's duty of care and loyalty requires a sale at the best possible price in view of the diachronic price development of the artist and her market position¹³⁰.

Likewise, in both England and the United States, the contractual relationship between artists and galleries is essentially one of agency¹³¹. The law attaches a fiduciary duty to the agency relationship, which ensures that the agent acts only for the benefit of the principal also with regard to the valuation of her works¹³². In particular, the agent must "disgorge any benefit which he receives as a result of his position unless he has the principal's fully

124 See Lerner and Bresler (note 71), 4.

125 Pursuant to Article 425 Code of Obligations. The commission agreement may be part of, or completed by, other innominate obligations and contracts (e.g. not specifically regulated by the law); see Florian Schmidt-Gabain, "Künstler und Galerie: Eine rechtliche Beurteilung ihrer Zusammenarbeit," *AJP/PJA* (2009): 609.

126 Articles 425 (2) and 397 Code of Obligations.

127 Article 428 (1) Code of Obligations; see also Mark A. Reutter, *Exklusivverträge zwischen Künstler und Händler – Darstellung der Rechtslage in den Vereinigten Staates von Amerika und der Schweiz*, *Studies in Art Law* Vol. 2 (Zurich: Schulthess, 1993): 158.

128 Article 428 (3) Code of Obligations.

129 See Reutter (note 127), 158; see also above, 33.

130 See Schmidt-Gabain (note 125), 621-622; Reutter (note 127), 158.

131 See Adrian Barr-Smith, Antony Mair and Susan Lucas, "United Kingdom: National Report on Topic 2. Rights of Artists and the Circulation of Works of Art," in *International Art Trade and Law/Le commerce international de l'art et le droit*, Vol. IV, ed. Martine Briat and Judith A. Freedberg, 275-296 (Paris: Kluwer, 1993); see generally Restatement (third) of Agency § 1.01 (2006); Section 12.01 (a)(i) N.Y. ACA Law; Section 1738.6 California Civil Code.

132 See *In the Matter of the Estate of Mark Rothko*, 401 N.Y.S.2d 449 (1977); *Kremer v Janet Fleisher Gallery, Inc.*, 320 Pa.Super. 384, 467 A.2d 377 (1983).

informed consent to him retaining the benefit”¹³³. For example, the gallery maintains a fiduciary duty to reveal to the artist the sale price agreed upon with the purchaser and may not simply retain the amount of the price increase¹³⁴.

Several American States have adopted consignment of art statutes in an attempt to reduce the artist’s vulnerability in the event of gallery abuses and bankruptcy¹³⁵. Although they offer essential protections for artists, only very few cases have arisen under these statutes¹³⁶. Some dictate that the parties must reach an agreement on a minimum sale price, below which the works must not be sold¹³⁷. The parties may also arrange for a maximum sale price, which can be of particular interest to the artist if the dealer pays her a pre-fixed amount for sold works instead of a portion of the sale price¹³⁸.

Under the laws of Switzerland, England, and the United States, the artist bound by an outright sale contract with the dealer may not interfere with the resale of the works, unless the contract stipulates otherwise¹³⁹. In absence of a permanent contract, the artist may not obstruct the sale with her instructions, and the dealer has no obligation to account for the performance of the sale and his pricing policy¹⁴⁰. Conversely, where the artist has an exclusive agreement with the gallery to sell her works only with that gallery¹⁴¹, the pricing and sale strategy is subject to several obligations arising from the dealer’s duty of care and obligation to promote the artist¹⁴². The dealer must use his best efforts to promote the sale and place the artist on a long-term basis. In turn, the artist must use her best efforts to supply the works she agreed to consign¹⁴³. Furthermore, the gallery must disclose all the circumstances relating to the purchase, such as whether it is intended to be resold and, if so, at what price¹⁴⁴.

133 Elizabeth Weaver, “Dealer or Agent? And Why it Matters,” *Art Antiquity & Law*, Vol. 16, Iss. 4 (2011): 298.

134 See also below, 65.

135 For a full list see Lisa Moore and Liz Wheeler, “The Protection of Visual Artists Through Consignment of Art Statutes,” *Journal of Intellectual Property Law* 18 (2011): 551, 554.

136 *Idem*, 558.

137 See for instance Florida Statutes § 686.503 (3).

138 See Reutter (note 127), 158.

139 The contract may for instance specify the artist’s right to collect royalties on any subsequent sale, *ibid.*; see also Lerner and Bresler (note 71), 5.

140 See Reutter (note 127), 108.

141 See Schmidt-Gabain (note 125), 623.

142 See Reutter (note 127), 159. For a dissenting opinion, see *ibid.*

143 Section 2-306 (2) U.C.C.; Reutter (note 127), 159.

144 See for instance Section 12.01 N.Y. ACA Law; Section 1738.7 California Civil Code; see also *Bernard Perlin v Chair and the Maiden Gallery et al.*, Index No. 652392/2011, August 30, 2011, New York Sup. Ct, County of N.Y. The artist Bernard Perlin agreed to sell one of his paintings to the principals of the Chair and the Maiden Gallery for US\$15,000 – the value appraised by them. According to Perlin, the principals told him the painting was being purchased for their individual and collection. After the sale, the principals allegedly began to market the painting in an attempt to enhance its value so that it could be resold at a profit, and arranged for its exhibition at a museum with an insurance value of US\$350’000. The action was discontinued on August 5, 2013 in the course of alternative dispute resolution.

The parties often mutually decide on the sale prices for the art objects, whereby the more influential the gallery and the less established the artists, the more likely it is that prices will be determined by the dealer. In any event, when the artist aims to realize a fair commission, she should consider how aggressively the gallery will promote her work¹⁴⁵.

3. Valuation Contract

An expert valuation of a work of art may be subject of a valuation contract.

Under Swiss law, legal scholars are divided regarding the characterisation of the experts' performance, as it may either be an agency contract or a contract for work and services. Under an agency agreement, the expert must answer to the principal for the diligent and faithful performance of the business entrusted to him (*obligation de moyen*¹⁴⁶), whereas the expert acting under a contract for work and services incurs strict liability for the attained result (*obligation de résultat*¹⁴⁷). Under the second contractual scheme, an incorrect valuation is considered to be defective no matter how diligent and careful the expert was during its determination.

According to the Federal Court, if no objective criterion may verify the correctness of the expert's performance, it must be qualified as an obligation *de moyen*¹⁴⁸. The valuation of an object is a matter of discretion¹⁴⁹. Given the lack of objectively verifiable indicators, the expert's established market value for the art object may not be qualified as wrong or right¹⁵⁰. Therefore, the Federal Court held that the artwork valuation conducted by experts in the exercise of their business is subject to agency law¹⁵¹. The expert's duty of diligent performance is defined according to what the parties have agreed upon and what may be expected from a competent professional acting under the same circumstances¹⁵².

145 See Lerner and Bresler (note 71), 27.

146 Article 398 (2) Code of Obligations.

147 Article 367 et seqq. Code of Obligations.

148 Federal Court Ruling 127 III 328, 330-331.

149 *Idem*, 331.

150 There is authority suggesting that an expert statement as to an art object's authenticity, unlike as to its value, may only be wrong or correct. Pursuant to that reasoning, art authentications would qualify as obligation *de résultat*. However, it does not take into account the difficulties to clearly establish an attribution contested between expert and that attributions are very subjective. Courts are therefore often led to decide on the expert's liability by assessing *the likelihood* of the provided authentication being wrong or right. See for instance the Ruling of the Supreme Court of the Canton of Zurich, June 18, 2012, no. HG060451 (*A. Inc. v B. and Gallery C.*).

151 Federal Court Ruling 112 II 347, 350-351; see also Christine Chappuis, "L'authentification d'œuvres d'art: responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit suisse," in *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, Studies in Art Law Vol. 19, ed. Marc-André Renold, Pierre Gabus and Jacques de Werra, 47-74 (Geneva et al.: Schulthess, 2007), 52.

152 Federal Court Ruling 115 II 62, 64; Thévenoz (note 101), 43.

Under English law, the contract whereby an appraiser agrees to value an artwork is characterised as a contract for the supply of services pursuant to Section 12 of the UK Supply of Goods and Services Act 1982. Similar to the Swiss legal regime, the expert owes the principal express contractual duties to perform the agreed services and an implied contractual duty to do so with all reasonable care and skill¹⁵³. In the United States, appraisal contracts are, unlike sale transactions, without specific regulation¹⁵⁴.

Under all three jurisdictions, a wrong valuation does not necessarily imply that the expert has acted in breach of his duty of care. Instead, the judge may only hold negligence against the expert if he failed to act with care and in compliance with the instructions of the principal, the extent of which is assessed according to the terms of the contract, and if he failed to act under the diligent performance that the principal can expect from a professional expert acting under the same circumstances¹⁵⁵. Thus, an expert's valuation or advice is deemed protected if found in accordance with the prevailing scholarly opinion at the time it was given. The more detailed the expert's explanation of the considerations that affect and establish the art object's value, the less he risks inviting a claim¹⁵⁶.

In order to determine what the principal may reasonably expect, professional standards, such as the rules or directives of art appraisers and dealers, provide further guidance. The expert may not justify a departure from the proficiency standard that results in an erroneous valuation by relying on a lack of ability or resources¹⁵⁷.

Moreover, the expert has a duty to inform the principal of any doubts regarding the valuation and attribution of the work¹⁵⁸. The extent of this duty depends mainly on the degree of specialization and knowledge of the parties and on their access to information¹⁵⁹. According to English case law, in the event of a duty to provide information enabling another person to make a decision, the adviser acting in breach of that duty is responsible for all reasonably

153 Section 13 of the Supply of Goods and Services Act 1982; see also Harris (note 113), 11.

154 See Debra B. Homer, "Fine Art Appraisers: The Art, the Craft, and the Legal Design Proposed Model Fine Art Appraiser Act," *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, Vol. 8, Iss. 4 (1983-1984), 457-512, 478, fn. 65.

155 Notwithstanding that the expert's fault is assessed by means of an objective criteria, it takes into account the specificities of the case, including the task's difficulty, the time available, the expert's special skills, and the importance of the mandate; Thévenoz (note 101), 43-44; Chappuis (note 151), 53-55; Palmer (note 106), 28; see also Lerner and Bresler (note 71), 517; Steven Mark Levy, "Liability of the Art Expert for Professional Malpractice," *Wisconsin Law Review* (1991): 595-651, 605.

156 See Peter H. Karlen, "Appraiser's Responsibility For Determining Fair Market Value: A Question Of Economics, Aesthetics, And Ethics," *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 13 (1989): 185-218, at 216-217.

157 In *Travis v Sotheby Parke Bernet Inc.*, the judge ruled that Sotheby's expert went beyond the required standard of care by consulting with the authority for the alleged artist of the painting presented to the auction house for evaluation purposes, Index No. 4290179 (N.Y. Sup. Ct. Nov. 11, 1982).

158 See Chappuis (note 151), 55.

159 See Carolyn Olsburgh, *Authenticity in the Art Market – A Comparative Study of Swiss, French and English Contract Law* (Leicester: Institute of Art and Law, 2005), 7.

foreseeable consequences of the misinformation¹⁶⁰. For example, if the adviser was asked by the purchaser to value an artwork prior to its purchase, and the assessment turns out to be overvalued, the adviser is liable for any resulting loss which he could have reasonably anticipated at the time the valuation was made and which falls under the scope of his duty of care¹⁶¹. By providing information in the nature of advice, professional appraisers assume a responsibility giving rise to a duty of care, which, however, does not extend to what may be regarded as “obvious” or to “risks which are fanciful”¹⁶². Determining what may qualify as such “depends on the characteristics and experience of the person receiving the information”¹⁶³.

Finally, differentiation must also be made according to the context of the auction valuation. Where auction houses provide a gratuitous appraisal service as a first, rough estimation of the artwork's market value, to require the same diligence standard as expected from a mandated specialist or an expert appraising consigned property would impose an unreasonably excessive burden on auctioneers¹⁶⁴. In the Swiss Gallé lamp case, the court reduced the amount of damages, given that the auction house had performed the valuation gratuitously and under time pressure¹⁶⁵. In England and the United States, auctioneers also must comply with a duty of care for gratuitous valuations if the auctioneer possesses a special skill and the enquirer trusts in the exercise of that special skill, unless the enquiry made is “so casual as to negate any inference of reliance by the enquirer on the person possessed of the special skill”¹⁶⁶. Nonetheless, a claim for negligent misrepresentation requires a special relationship between the auctioneer and the enquirer¹⁶⁷.

160 *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd.*, [1997] AC 191 at 23. In this case, the plaintiffs asked the defendant valuers to value properties on the security of which the plaintiffs were considering advancing money on mortgage. The defendants overvalued the properties considerably. The plaintiffs then made advances to borrowers secured by the properties, which they would not have made had they known about the actual value of the properties. When the borrowers defaulted, the plaintiffs' financial loss was substantially increased by the overvaluation. They therefore brought actions against the defendants for negligence and breach of contract, seeking the reimbursement of all damages they had suffered by entering into the transactions.

161 *Idem*, at 35 et seq.; see also Harris (note 113), 12.

162 *Thomson v Christie Manson & Woods Ltd and others* [2005] EWCA Civ 555, § 95 referring to *Tomlinson v Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46.

163 *Ibid.*

164 *Luxmoore-May and another v Messenger-May Baverstock*, Court of Appeal, Civil Division [1990] 1 All ER (1067), at 1081b.

165 See above, 43. The auction house in Zurich was held responsible for the conduct of the specialist in London the performance of the valuation was delegated to pursuant to the liability for associates (Article 101 Code of Obligations). Damages were assessed according to the estimate sale price as established by the auction house, since the claimants asserted that they would have sold the lamp with the auction house had they known that it was worth CHF40,000.

166 Brian W. Harvey and Franklin Meisel, *Auctions Law and Practice*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), para. 5.57; *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465, at 486, 502 and 514; *Struna v Wolf*, 126 Misc. 2d (1031), 484 N.Y.S.2d 392 (Sup. Ct. 1985).

167 Negated in *Ravenna v Christie's, Inc.*, Index No 121367-00 (N.Y. Sup. Ct., 2001, unpublished) aff'd, 289 A.D.2d 15, 734 N.Y.S.2d 21, 2001 N.Y. Slip Op. 09730 (1st Dept. 2001).

4. Sale Contract

The main difference in liability between the expert-vendor and the expert-adviser is that the seller is strictly liable when offending the statutory standards, whereas the adviser is liable only for failing to show reasonable care and skill¹⁶⁸. The buyers' claims for overpricing artworks are mainly linked to questions of authenticity and the misattribution of the art object. Far less often, the seller may have over- or underpriced an art object despite its accurate attribution.

a. On the Basis of Misattribution

A wrong attribution or description usually forms the basis for claims involving mispriced art objects. Under Swiss law, mistakes on attribution as to the art object's creator, date of origin, or provenance, and the misidentification of the art object's condition may constitute the subject of a claim for fundamental mistake and/or warranty of quality and for any defects¹⁶⁹. Under the laws of England and of the United States, the three main types of claims that might suggest themselves to buyers are mistake, breach of contract, and misrepresentation. Mistake and misrepresentation are mainly relevant where statements on the artwork's authenticity have not been guaranteed contractually¹⁷⁰.

i. Mistake

Under Swiss law, erroneous facts giving rise to a mistake claim may relate to the art objects' attribution or other qualities such as its condition, as long as they are both objectively and subjectively "a necessary basis for the contract"¹⁷¹ for the party acting in error. The description of the object at sale, which becomes part of the contract, differs from what the object actually is – a typical example is the sale of a forgery¹⁷². However, should the mistaking party have known about the art object's actual attribution or condition, the court will likely reject the claim for fundamental mistake based on the principle of fairness in

168 See Palmer (note 106), 29; Honsell (note 11), 3.

169 On the contested alternativity between these two claims, see Federal Court Ruling 114 II 132, 134 ("Picasso Case") confirming Federal Court Rulings 109 II 322 and 108 II 104. The cause of action for fraud is not addressed in this article. It requires that the seller fraudulently made a false representation of fact; see Federal Court Ruling 123 III 165 (Swatch watch); Bruno Glaus, "Haftung für die unrichtige Schätzung von Kunstobjekten," in *Kunst & Recht: Schwerpunktthemen für den Kunstsammler, Schriftenreihe der AXA Art Versicherung AG* (AXA Art Versicherung AG: Zürich, 2007), 66; *Thomson v Christie Manson & Woods Ltd and others* (note 162), para. 161; Spencer (note 106), 167.

170 See Olsburgh (note 159), 43.

171 Article 24 (4) Code of Obligations; Federal Court Rulings 5A_337/2013 of October 23, 2013, para. 5.2.2; 118 II 58, 62 (para. 3b); 123 III 200, 202 (para. 2); 132 II 161, 165 et seqq. (para. 4.1).

172 Federal Court Rulings 82 II 411, 424; 114 II 131, 139-140 ("Picasso Case"); 5A_337/2013 of October 23, 2013, para. 5.2.2.

commercial transactions¹⁷³. A successful mistake claim results in the contract's rescission. The mistaking party must act within one year running from the time the error was discovered, or the agreement will be ratified¹⁷⁴.

Unlike under the Swiss regime, the English mistake claim is of little interest to buyers of misattributed art as it applies only to errors on the essence or identity of the subject matter¹⁷⁵. Another difference is that both parties must have been mistaken on the same material fact. In *Leaf v International Galleries*, a dispute arose when the plaintiff bought a picture that he and the seller believed to be by John Constable (1776-1837), which later turned out to be a forgery¹⁷⁶. Both parties erred regarding the quality of the contract's subject-matter – the painting's authenticity – but not the subject matter itself. In fact, they had reached agreement on the same terms of that same, specific picture. Their mistake did not void the contract¹⁷⁷.

For actions based on mistake, the limitation period begins to run from the moment the purchaser discovered or could have discovered with reasonable diligence the mistake¹⁷⁸.

Likewise, under United States law, the seller may obtain rescission of the sale agreement for mutual mistake if both the seller and the buyer were mistaken about material facts existing at the time of contracting¹⁷⁹. However, a disparity must exist between the belief of the disputing parties and the expert consensus on the sale date.

In *Firestone & Parson v Union League of Philadelphia*, both the buyer and the seller believed to contract around a painting by Albert Bierstadt (1830-1902)¹⁸⁰. However, art experts had increasingly questioned its attribution until eventually, after the sale, these doubts became the generally-accepted opinion amongst art practitioners¹⁸¹. The District Court for the Eastern District of Philadelphia contended: “[p]ost-sale fluctuations in generally accepted attributions do not necessarily establish that there was a mutual mistake of fact at the time of sale. If both parties correctly believed at that time

173 Federal Court Ruling 110 II 293, 302 regarding a mistake claim by an incorporated company which erred on the value of a share. The Court held that it could have reasonably determined that value and thus negated the claim for fundamental mistake.

174 Article 31 (1) and (2) Code of Obligations.

175 In order to succeed, the seller has to prove that he erroneously understood the terms of the offer, raising issues of conformity between offer and acceptance to the sale agreement. The court only analyzes the formal requirements for the conclusion of a contract, but it may not consider the substantial merits of the claim; see *Bell v Lever Bros.* (1932) A.C. 161; see also Philip Davis and Graham Ludlam, “Sleepers: whose side is the law on?” *The Art Newspaper*, Iss. 195 (October 2008), 35.

176 *Leaf v International Galleries* (1950) 2 K.B. 86.

177 *Idem*, at 89. See also Lord Atkin's observation in *Bell v Lever Bros* (note 175).

178 Section 32 Limitation Act 1980.

179 See Ronald D. Spencer, “Buyer's Rescission for High Value Art Purchases – Spreading the Risk,” *Spencer's Art Law Journal*, Vol. 1, No. 3 (Winter 2011).

180 *Firestone & Parson, Inc. v Union League of Philadelphia*, 672 F.Supp. 819 (E.D.P.A. 1987).

181 See Spencer (note 106), 144.

that the painting was generally believed to be a Bierstadt, and in fact it was then generally regarded as a Bierstadt, it seems unlikely that plaintiff could show that there was a mutual mistake of fact”¹⁸².

A successful mutual mistake-of-fact claim arose in *Feigen v Weil*¹⁸³, where both the buyer and the seller believed to conclude a sale agreement on a drawing by Henri Matisse (1869-1954) when it was, in fact, a forgery. The trial court determined that experts, conversely, would have recognized its forged nature if they had been consulted on the day of the sale, which thus permitted the contract’s rescission¹⁸⁴.

ii. Breach of Contract or Warranty

Pursuant to Swiss law, the seller is liable to the buyer for any breach of warranty of quality and for any defects that materially or legally negate or substantially reduce the value of the object or its fitness for the designated purpose¹⁸⁵. Again, the price as such is not the criterion for a breach of warranty claim. Instead, a breach requires a default or the absence of a warranted quality of the art object. The Federal Court has held that authenticity is a necessary basis of the contract, as creatorship impacts the art object’s value¹⁸⁶. Hence, the repercussion of authenticity on the art object’s market value is part of the Court’s reasoning when allowing a claim for breach of contract.

The buyer may “sue either to rescind the contract of sale for breach of warranty or to have the sale price reduced by way of compensation for the decrease in the object’s value”¹⁸⁷. Actions for breach of a warranty of quality and fitness become time-barred one year after the buyer discovers the defect, but in any event, 30 years after the sale contract is concluded¹⁸⁸.

Under English law, the buyer may bring action either for breach of a contractual term or for breach of warranty. The statement becomes a contractual condition if the parties regard

182 *Firestone & Parson, Inc. v Union League of Philadelphia* (note 180), at 823.

183 *Richard L. Feigen & Co. v Weil*, no. 13935/90 (N.Y. Sup. 1992), aff’d, 595 N.Y.S.2d 68.

184 See Spencer (note 179).

185 Article 197 (1) Code of Obligations. Under Swiss law, the parties to the auction sale agreement are generally the buyer and the auction house, see Joelle Becker, *La vente aux enchères d’objets d’art en droit privé suisse : représentation, relations contractuelles et responsabilités*, Studies in Art Law Vol. 21 (Geneva et al.: Schulthess, 2011).

186 Federal Court Ruling 114 II 131, 139.

187 Article 205 (1) Code of Obligations.

188 The limitation period has been extended from 10 years to 30 years for the sale of cultural property within the meaning of Article 2 paragraph 1 of the Cultural Property Transfer Act (CPTA) of 20 June 2003, RS 444.1. On the issue whether forgeries fall under the scope of the CPTA and thus under the longer time limitation period, see Peter Mosimann, Marc-André Renold and Andrea Raschér (eds.), *Kultur Kunst Recht – Schweizerisches und Internationales Recht* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2009): 536; negating: Pierre Gabus and Marc-André Renold, *Commentaire LTBC – Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels* (Geneva et al.: Schulthess, 2006): Art. 32 n. 46.

the term as fundamental, whereas it constitutes a warranty, if the parties regard the term as subsidiary or collateral to the main purpose of the contract¹⁸⁹. The parties' intent is generally established by examining the parties' conduct, i.e. to their words and behaviour, and not through their thoughts¹⁹⁰.

A breach of contract claim permits the purchaser to discharge contractual obligations when the false statement forms a part of the contract as intended by the parties or as implied by the law¹⁹¹. Under a successful claim for breach of warranty, the purchaser may only obtain the payment of damages¹⁹². The time limitation period for breach of contract claims is six years from the date of the delivery of the forgery¹⁹³. Unlike in Switzerland, English courts have repeatedly denied considering authenticity statements as contractual terms¹⁹⁴. Whether the seller is liable for descriptions made regarding the art object very much depends on the buyer's reliance on such descriptions and on the seller's qualifications as to their accuracy.

The United States has also developed a law of warranty; the creation of an express warranty is provided in U.C.C. Section 2-313 and mainly focuses on whether the seller's representations qualify as a statement of fact, constitute part of the sale negotiations when the bargain was struck, and could have been relied upon by a reasonable person¹⁹⁵. The buyer must bring an action for breach of warranty within four years upon delivery and acceptance of the sold goods, which can be reduced by contract to one year¹⁹⁶. Thereby, the buyer may reject the goods and recover the price paid or damages from the seller¹⁹⁷.

As regards to contracts of **sale concluded at auction**, the legal situation is unclear in all three legislations¹⁹⁸. The auctioneer generally acts as agent to the consignor to

189 *Leaf v International Galleries* (note 176), at 89-90, and 93; Section 61 (1) "warranty" Sale of Goods Act 1979. In *Leaf*, one of the judges held that "[t]here was a term in the contract as to the quality of the subject-matter; namely as to the person by whom the picture was painted – that it was by Constable". The majority, however, concluded that the statement was a warranty.

190 *Oscar Chess Ltd. v Williams* [1957] 1 W.L.R. 370, 1 All E.R. 325.

191 Sections 13-15 of the Sales of Goods Act 1979 imply four main conditions into sale contracts: that goods (a.) correspond with the description by which they were sold; (b.) are fit for purpose; (c.) are of merchantable quality; and (d.) correspond with any sample previously given by the seller.

192 Sections 11 (3), 52, and 61 (1) "warranty" Sales of Goods Act 1979. See, however, Sections 48A, 48C, and 48F Sale of Goods Act 1979.

193 Section 5 Limitation Act 1980.

194 See above, 44-45. *A contrario*: In *Nicholson and Venn v Smith Marriott* (1947) 177 L.T. 189, the court qualified as a contractual term the catalogue description dating a piece of furniture as "Charles I" although it was more recent.

195 See above, 45-46.

196 Section 2-725 U.C.C.; see *Nacht v Sotheby's Holdings*, N.Y. Sup. Ct., N.Y. County, Index no. 100938-98 (1999); *Doss Inc. & Yoon Young Im, v Christie's Inc.*, 2009 WL 3053713 (S.D.N.Y.), 70 U.C.C. Rep.Serv.2d 884.

197 Sections 2-601, 2-711, and 2-716 U.C.C.

198 For an extensive study of the Swiss contractual situation at auction, see Becker (note 185); for English law, see Harvey and Meisel (note 166), para. 5.122.

arrange a sale. Aware of the agency relationship, the purchaser concludes the sale agreement with an unnamed consignor. The question then arises as to whether the auction house may be liable for the sale of defective goods, given that it is not party to the contract of sale. So far, no general rule has been established to hold the auction house liable to the contract it has arranged for the consignor¹⁹⁹. Under the Swiss indirect representation scheme, the purchaser enters the sale contract with the auctioneer, and thus may assume that the auctioneer will make himself personally liable for the performance of the sale.

Conversely, under English law, the sale contract is concluded between the purchaser and the seller. English case law tends to impose a duty of delivery on the auctioneer, as a counterpart for the auctioneer's right to receive the price²⁰⁰. Despite the auctioneers' discretion in authenticating, attributing, and evaluating consigned property, their liability is unlikely to go beyond any liability for non-delivery, which is consequently borne by the consignor-seller²⁰¹. In order to furnish buyers with a remedy to this asymmetric situation, auction houses provide an authenticity warranty within their business conditions, thereby allowing the buyer to rescind the sale contract within a limited amount of time²⁰². Consequently, the auctioneer has a contractual liability to the purchaser, independent of the sale contract, to buy back a forgery²⁰³.

iii. *Misrepresentation*

Pursuant to English law, the buyer may assert that he has been induced to enter the sale agreement after the auctioneer has made a misrepresentation to him, and as a result of which he has suffered loss²⁰⁴. To illustrate, the seller makes a false statement to the buyer on the art object's authenticity or provenance²⁰⁵. If he acts "within reasonable time"²⁰⁶, the buyer may either obtain the sale contract's rescission and reclaim the purchase price or retain the art object and sue instead for damages. If the seller makes the false statement negligently, damages may be awarded to the buyer either under the Misrepresentation

199 See Guenter Treitel, *Law of Contract*, 11th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003), 734.

200 *Benton v Campbell Parker & Co* [1925] K.B. 410, 416.

201 See Sebastian Harter-Bachmann, *Truth in Art and Law: Allocating the Risks Associated with Attribution in the Art Auction House* (Master of Jurisprudence Thesis: University of Durham, 2007), 52.

202 *Ibid.*

203 The contract between the auction house and the buyer is a result of the representations made by the auctioneer; See *De Balkany v Christie, Manson & Woods, Ltd.*, (1997) 16 Tr. L.R. 163, p. 17; Harvey and Meisel (note 166), paras. 5.126 and 5.131.

204 Section 2(1) Misrepresentation Act 1967.

205 See Palmer (note 106), 21.

206 In *Leaf*, the court concluded that the buyer's claim was time-barred considering that five years were much "more than reasonable time"; *Leaf v International Galleries* (note 176), at 91. On the controversy of what may be regarded as a reasonable time lapse, see Olsburgh (note 159), 48-49.

Act 1967²⁰⁷ or in tort for the tort of negligent misstatement²⁰⁸. In order to succeed under a negligent misrepresentation claim, a special relationship between the parties must exist which gives rise to a duty of care²⁰⁹. The auctioneer is most likely to stand in a special relationship with the buyer²¹⁰.

For wholly innocent misrepresentations, the court has the discretion to award damages instead of rescission if it is equitable to do so²¹¹. If the buyer's exercise of the remedy (whether under misrepresentation or breach of contract) is delayed, the court may consider the claim as barred by acceptance of the art object²¹². The *Leaf* Court held that the buyer had accepted the picture, since he had waited five years after the sale to contest its authenticity, despite the fact that he had "ample opportunity for examination in the first few days after he had bought it"²¹³. The mere lapse of time therefore barred the rescission of the contract for innocent misrepresentation even though the buyer had acted immediately upon discovery of the misrepresentation. By contrast, if a misrepresentation is made fraudulently, the buyer can bring action for the tort of deceit in order to rescind the contract and recover damages within six years²¹⁴. Moreover, the time limitation begins to run from the date the buyer discovered, or could have reasonably discovered, the fraud²¹⁵.

Likewise, in the United States, expert-sellers may be liable for negligent misrepresentation if they make a false material representation to another person without a reasonable belief that the representation is true, and the other person reasonably relies on the representation and is thus induced to act to his detriment²¹⁶. The expert's statement must be objectively false and not simply disputable²¹⁷. Difficulties reside in determining whether the expert has acted negligently, e.g. whether the expert had the requisite knowledge and failed to apply it²¹⁸. Negligent misrepresentation necessitates a relation of trust and confidence between the parties entitling the plaintiff to rely upon the defendant's representations²¹⁹. Unlike

207 Section 2 (1) Misrepresentation Act 1967.

208 See below, 73; Palmer (note 106), 22. Damages may be awarded to the buyer in parallel to rescission unless the seller proves that he had reasonable grounds to believe and did believe that the represented facts were true, for instance, by relying on an expert opinion; see Olsburgh (note 159), 47.

209 See Olsburgh (note 159), 47.

210 See Harvey and Meisel (note 166), para. 5.145 referring to *Mutual Life and Citizens' Assurance Co Ltd. v Evatt* [1971] A.C. 793, [1971] 1 All E.R. 150, PC.

211 Section 2(2) Misrepresentation Act 1967.

212 Pursuant to Section 35 Sales of Goods Act; Lord Justice Denning in *Leaf v International Galleries* (note 176), at 91.

213 Lord Justice Denning in *Leaf v International Galleries* (note 176), at 91.

214 Section 2 Limitation Act 1980; see also Palmer (note 107), 21.

215 Section 32(1)(c) Limitation Act 1980.

216 Restatement (Second) of Torts § 528.

217 See Peter H Karlen, "Fakes, Forgeries, and Expert Opinions," *Journal of Arts Management and Law* Vol. 16 Iss. 3 (1986): 5-32, 8.

218 Restatement (Second) of Torts § 299A.

219 *Foxley v Sotheby's Inc.*, 893 F. Supp. 1224, 1229 (1995 U.S. Dist. Lexis 5332).

similar English cases, the existence of a special relationship between an auctioneer and a buyer was negated in several disputes²²⁰. The buyer generally has six years to file suit and request a court to void the contract²²¹.

b. On the Basis of the Wrong Price

Buyers have also claimed damages from sellers arguing that the sold object was overpriced despite its accurate attribution. This raises a question as to whether sellers may be held liable solely on the basis of an incorrect sale price.

Under Swiss law, the buyer may attempt to rescind the sale agreement based on a mistake of the art object's value. Errors of value may be qualified as mistakes during the decision-making process to conclude a contract with that content. However, such mistakes are unlikely to be qualified as objectively "fundamental", i.e. that the judged value was an essential basis of the sale contract, pursuant to the principle of fairness in commercial transactions²²².

Furthermore, the buyer may claim that the seller gained an unfair advantage. However, it is extremely difficult for the buyer to be successful in alleging such a claim. The seller must have gained an unfair advantage from a clear discrepancy between the performance and consideration, and the seller must have intentionally exploited the buyer's straitened circumstances, inexperience, or thoughtlessness to such extent that it distorted the buyer's intent to conclude the contract²²³.

Does that mean that a wrong price in itself has no legal relevance at all? Legally, the price is neither a warranted quality of the artwork, nor an essential basis of the sale contract. The Swiss Federal Tribunal has ruled that in the commerce of artworks, antiques, precious stones and metals, ancient coins and stamps, the price set by the dealer implies a guarantee of authenticity of the sold object if it corresponds to the value of an authentic object²²⁴. The resulting implicit guarantee produces the same consequences as an explicit guarantee: the seller must answer for the art object's authenticity²²⁵. Again, the wrong price is linked to the issue of authenticity. However, the principle may not apply to auction sales given that the price at auction is established by the

220 *Mickle v Christie's Inc.*, 207 F.Supp. 2d 237, 244 (S.D.N.Y. 2002); *Cristallina SA v Christie Manson & Woods Int'l, Inc.*, 117 A.D.2d 284, 292, 502 N.Y.S.2d 165, 171 (1986); *Nacht v Sotheby's Holdings* (note 199); *Ravenna v Christie's Inc.* (note 167).

221 See for instance Section 213 (1) New York Civil Practice Law and Rule (CPLR).

222 See Urs Henryk Hoffmann-Nowotny and Hans Caspar von der Crone, "Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht," *Schweizerische Juristen-Zeitung* 104 (2008): 53, 57.

223 Article 21 (1) Code of Obligations. The cause of action for unfair advantage is accepted only very restrictively by the courts as it interferes with the principle of contractual freedom.

224 Federal Court Ruling 102 II 97, 100 (*Weber v Behar*).

225 Article 197 Code of Obligations; Federal Court Ruling 102 II 97, 100.

buyer's bid, rather than by the bid calling of the auctioneer²²⁶. Consequently, the sale price in the context of an auction would not have the same significance as the one of a private treaty sale²²⁷.

By contrast, the United States U.C.C. stipulates for private treaty sales that "an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty"²²⁸ that the goods conform to that value. Thus, liability is dependent upon the same inquiry for affirmations of value as for affirmations of authenticity: whether the statement of the seller has in the given circumstances and in objective judgment become part of the basis of the bargain²²⁹. Along with the claim for breach of an express warranty, the purchaser may also bring action for fraud or misrepresentation.

In *Goldman v Barnett*, the District Court for the District of Massachusetts ruled that, from a strictly legal point of view, "a seller has no duty to set a fair price"²³⁰. Unless an affirmative misrepresentation is made about the paintings, the buyer must beware of any statements of value from the dealer. The art dealer David Barnett had received 60 paintings on consignment by a Trust and had sold them to David Goldman. The purchase price of each work was based on Barnett's appraisal. Following the sale, Goldman received information that the appraisals were "on average, roughly four times higher than the fair market value as found by at least one other expert"²³¹. Accordingly, he initiated legal proceedings against Barnett and the Trust for fraud²³², misrepresentation, breach of contract, and negligence.

226 Federal Court Ruling 123 III 165, 170.

227 *Ibid.* At auction, the buyer determines the sale price and is therefore less vulnerable with regard to unfair advantage (discrepancy between performance and consideration under a contract concluded as a result of one party's exploitation of the other's straitened circumstances, inexperience or thoughtlessness, Article 21 Code of Obligations), or contractual nullity (for impossible, unlawful or immoral terms, Article 20 Code of Obligations). The estimate prices printed in the sale catalogues are not a firm offer that may simply be accepted by the interested buyer in order to conclude the sale (such as provided in Article 7 (3) Code of Obligations); instead, the estimate price ranges constitute a call for offers pursuant to Article 7 (2) Code of Obligations; see Becker (note 185), para. 392.

228 Section 2-313 (2) U.C.C.

229 See Spencer (note 106), 156.

230 *Goldman v Barnett*, 793 F. Supp. 28 (D.C. Mass 1992).

231 *Idem*, at 31.

232 Regarding fraud, the court held that "[t]o prove the elements of his fraud claim, Goldman must demonstrate that Barnett made a false representation of a material fact with knowledge of its falsity for the purpose of inducing Goldman to act thereon, and that Goldman relied upon the representation as true and acted upon it to his damage". The Court found that there was sufficient evidence to find "that (a) Barnett appraised the paintings; (b) Barnett told Goldman that the appraised value represented the fair market value; (c) the fair market value was in fact substantially below the appraised value; and (d) Goldman relied upon Barnett's statement of fair market value to his detriment". Moreover, the Court reasoned that the dealer had an inducement to set higher sale prices given that his commission was based on these amounts; *idem*, at 31-32.

At issue was whether Barnett was acting on the trust's behalf in issuing his appraisal. The court held that any determination of value Barnett made on the seller's behalf within the scope of his authority as seller's agent could not be actionable, unless he had acted fraudulently or negligently, or broke an express warranty²³³. The Court did not deny that Barnett's appraisals created a warranty. Even though Massachusetts law has implemented the U.C.C. rule, according to which an affirmation merely on the value of the goods does not create a warranty, the Court found that Barnett went substantially beyond merely affirming value because evidence existed that Barnett had issued an expert appraisal of the paintings' fair market value.

In *Factor v Stella*, the purchasers of a work by Frank Stella (1936-), entitled "Marquis de Portago," took the artist to court when they learned that another version of the work existed²³⁴. The collectors had consigned their work with an auction house, which informed them of the other copy's existence and lowered the reserve price on the painting from US\$35,000 to US\$15,000. The piece eventually sold for US\$17,000. The judge found that "an artist has a duty to a purchaser of his work to inform the purchaser of the existence of a duplicate work which would materially affect the value or marketability of the purchased work". However, the judge concluded that there was "no credible evidence that the auctioned painting would have brought a higher price at auction had not the existence of the other "Marquis de Portago" been disclosed"²³⁵.

It is unlikely that a court would have decided otherwise in the event of a dispute regarding the Sotheby's sale in October 2012 of "Abstraktes Bild (798-3)" (1993) by Gerhard Richter (1932-) for a price of US\$21,8 million. The sale catalogue failed to mention that the painting was in fact one of three identically scaled paintings which had been sold as a triptych ten years earlier for US\$3.4 million²³⁶.

In *Levin v Gallery 63 Antiques Corp.*²³⁷, the Levins contracted an agent, Roger Harned, and vested him with the express authority to purchase antiques and fine arts on their behalf. Harned identified several sculptures of interest that were offered by a gallery. Three different experts used by the gallery for insurance purposes had appraised the paintings between US\$1,110,000 and US\$1,305,000. The gallery made a sale offer for US\$970,000. The Levins expressed concerns on the value of the paintings and asked for a further valuation by an independent expert, who concluded that "the sculptures

233 *Idem*, at 32.

234 *Factor v Stella*, No. C 58832, Superior Court, Los Angeles County, California (unpublished, 1978); excerpts in Merryman et al. (note 95), 1000-1001.

235 Merryman et al. (note 95), 1001.

236 See Judd Tully, "The Curious Case of Eric Clapton's Vanishing Gerhard Richter Triptych," *Blouin Artinfo*, October 17, 2012, accessed December 26, 2013, <http://www.blouinartinfo.com/news/story/834356/the-curious-case-of-eric-claptons-vanishing-gerhard-richter>.

237 Docket No. 04-CV-1504, 2006 U.S. Dist. LEXIS 70184 (S.D.N.Y. Sept. 28, 2006).

were in pristine condition and beautiful” but “overpriced”. The Levins finally accepted the gallery’s offer and purchased the paintings. After the sale, other experts challenged the descriptions and appraisals of the sculptures. As a result, the Levins brought suit against the gallery under the New York Statutory Scheme. The plaintiffs contended that the invoice and appraisals had warranted that the statues were originals and of a certain value, when in fact, experts assessed that they had been made by workshops and others on the artists’ behalf, and were defective. Throughout the dispute, the gallery maintained that the sculptures were originals and challenged the allegations that they were damaged.

The defendants argued that the value attributed to each statue constituted a “non-actionable opinion of value” and filed a motion for summary judgment. The court ruled that representations of price or value in a certificate of authenticity fall under the New York Statutory Laws, which create an express warranty for the material facts stated in such a document²³⁸. This analysis complies with the rules of the New York U.C.C. as the Official Comments on the Law specify, “whether representations of value are enforceable depends upon the specific facts surrounding the bargain in question”²³⁹. The court reasoned that the appraisals were merely the seller’s opinion and not material facts. However, the character of the three appraisals changed when the Levins expressed concerns on the value of the statues. The appraisals were shown to the Levins in order to assuage their concerns. Therefore, the court found that there was a genuine issue of material fact as to whether the appraisals went beyond mere affirmation of value, opinion, or commendation, and became part of the basis of the bargain to induce the Levins to complete the purchase. On that count, the court denied the gallery’s motion for summary judgment²⁴⁰.

In art sales, the price may imply certain facts that form a necessary basis of the sale agreement and thus engage the seller’s liability. Besides, sellers may have to comply with agency duties, including the artworks’ careful valuation and the duty to inform the buyer of concerns that could eventually affect its value essentially. Overall, the disappointed buyer’s main hurdle resides in establishing proof that the dealer’s contested performance impacted the art object’s market value. Additional challenges in asserting damage are the emotional and speculative element in art pricing, or the lack of objectively supportable price determinants.

238 Section 13.01 (1)(b) N.Y. ACA Law. The court determined that Harned neither had nor held himself out to have knowledge or skill peculiar to the type of statues subject of the sale agreement and that nothing in the record suggested that he was an art merchant. Thus the court applied the New York Arts Law.

239 Official Comment to the New York U.C.C. Section 2-313, para. 8. as referred to in *Levin v Gallery 63 Antiques Corp.* (note 237), at 54.

240 The Court also denied the gallery’s motion for summary judgment as to the claims related to the authenticity of the sculptures, but granted summary judgment as to the condition of the statues, and as to Levins’ claims for misrepresentation and fraud.

5. Consignment Agreement

a. Auction Sale

Since 1971, it has become a standard auction house practice to estimate the value of lots offered for sale and to publish the price range in the catalogue²⁴¹. Previously, interested clients had to request the estimate values, and were limited to a certain amount of enquiries per auction²⁴². Currently, the consignor and the auction house sign a consignment contract, in which they agree on the estimate price range and eventually a reserve price for the lot.

According to Swiss law, the auctioneer generally acts under its own name and for the account of the consignor, with whom the auctioneer has entered an agency-like commission agreement²⁴³. Under the law of England and the United States, the auction house also is the consignor's agent. All three legislations impose upon the auctioneer a duty of care and a fiduciary duty. The first duty implies that the auctioneer must identify and describe the property with care and accurately to its best advantage, in order to attract the appropriate group of bidders and to reach an optimum price²⁴⁴. Pursuant to the second duty, the auctioneer must act in the interest of its principal²⁴⁵. In particular, this includes the duty to obtain the highest possible sale price, which means generating interest in the consigned property by advertisement and promotional material, as well as exciting the bidding during the auction²⁴⁶.

The UK Supply of Goods and Services Act 1982 stipulates that the consignment agreement comprises "an implied term that the supplier will carry out the services with reasonable care and skill" (Section 13). A highly regarded English court decision defined the standard of skill and care as differentiating between provincial auctioneers and leading auction houses²⁴⁷. The Court established that, for provincial auctioneers, "the standard is to be judged by reference only to what may be expected of the general practitioner, not the specialist"²⁴⁸. In that case, the consignor could not have expected that the provincial auctioneer to consult additional specialists to back-up the opinion of the in-house expert.

241 See Dirk Boll, *Kunst ist käuflich – Freie Sicht auf den Kunstmarkt* (Ostfildern: Hatje Cantz, 2011), 167.

242 *Ibid.*

243 Article 425 Code of Obligations.

244 Harvey and Meisel (note 166), para. 5.41.

245 For Swiss law: Article 398 (2) Code of Obligations; Rolf H. Weber in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (Art. 1-529 OR), ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand, 5th ed. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art. 398 n. 8; Becker (note 185), para. 80; for English law: Harvey and Meisel (note 166), para. 5.66; for United States law: *Cristallina S.A. v Christie Manson and Woods, International, Inc.* (note 220).

246 Becker (note 185), para. 80; Harvey and Meisel (note 166), para. 5.68; Jorge L. Contreras, "The Art Auctioneer: Duties and Assumptions," *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* Vol. 13, No. 4 (1991), 723.

247 *Luxmoore-May and another v Messenger-May Baverstock* (note 164).

248 *Idem*, at 1076a.

The Court declined to assess whether the auctioneer had correctly valued the consigned property in order to determine whether the auctioneer had complied with its duty of skill and care. Instead, given that “appraisal and attribution both result from an exercise of opinion and judgment which may be arguable in most cases”²⁴⁹, the Court examined whether “the valuer has done his job honestly and with due diligence”²⁵⁰. In the vein of agency law, the auction house is only liable for a diligent performance that the principal could expect from a professional auctioneer acting under the same circumstances²⁵¹. With regard to the English case, the Court concluded that the specialists maintained widely differing views at the time of the auction sale. Therefore, it could not be held that no competent valuer would have missed the indications of the misattribution²⁵². In addition, when at least one “respectable body of such professionals”²⁵³ would have reached the same conclusions as the auction house by referencing the material, the claim for breach of the duty of skill and care must fail²⁵⁴.

The standard of care to be expected of an international auction house also may be difficult to establish. In *Coleridge v Sotheby's*, the international auction house Sotheby's advised the consignor of a collar, Lord Coleridge, to sell it privately to an interested buyer for £35,000²⁵⁵. Later, the collar was attributed to the more prestigious Tudor period and sold by Christie's for £260,000. Lord Coleridge sued Sotheby's claiming that it had erroneously attributed the work to the late 17th century and misadvised him on selling it at a private sale for £35,000 and not at auction.

The court conducted a detailed analysis of the evidence provided by expert witnesses, by the expert that Sotheby's had consulted, and of the available material, and held that the claimant failed to establish that Sotheby's arrived at a different conclusion than one of a reasonable valuer in a similar position would have arrived²⁵⁶. However, in her testimony, Sotheby's consulting expert asserted that if she had been asked for a private sale price, “she would advised a price of double the low end of her auction estimate – that is £50,000”²⁵⁷. The judge reasoned that if Lord Coleridge was to succeed on the primary case concerning the incorrect dating, he still had to prove “on the balance of probabilities that no reasonable appraiser

249 *Idem*, at 1076b; see also Ewan McKendrick, “Auctioneers, ‘Sleepers’ and Actions in Negligence”, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 1, No. 01 (1992), 210.

250 *Luxmoore-May v Messenger-May Baverstock* (note 164), at 1076c.

251 As affirmed in *Coleridge v Sotheby's*, High Court of Justice, Chancery Division [2012] EWHC 370 (Ch) March 1, 2012, 2012 WL 608706.

252 *Luxmoore-May v Messenger-May Baverstock* (note 164), at 1078h.

253 *Coleridge v Sotheby's* (note 251), at 24.

254 *Ibid.*

255 *Coleridge v Sotheby's* (note 251).

256 *Idem*, at 118.

257 *Idem*, at 122. According to evidence a former Christie's director provided, “he would have arrived at a private treaty sale price by taking the top end of the correct auction estimate and adding buyer's premium and VAT thereon”; *idem*, at 20.

in the position of [the consulting expert] would have appraised the Coleridge collar other than on the basis that it was, or probably was, manufactured before 1576²⁵⁸. The Court's decision finally entitled Lord Coleridge to the difference between £50,000 and £35,000.

Likewise, under United States law, the standard of care requires auctioneers to exercise their specific qualifications and abilities²⁵⁹. Accordingly, specialists with superior skills or knowledge are required to use their special abilities when conducting valuations albeit they may be guilty of malpractice (i.e. professional negligence)²⁶⁰. The duty of care's scope must be assessed according to the given circumstances. Major auction houses may have less time than small auction houses to examine the consigned property, given the great amount of consignments they deal with every day.

Selling consigned property below market value may not constitute a valid claim for breach of duty. In *Clay v Sotheby's*, the United States District Court for the Southern District of Ohio followed the auction house's reasoning, holding that "by definition, an auction sale determines market value, and [...] therefore, it cannot be claimed with any legitimacy that Sotheby's sold any of Clay's property below market value"²⁶¹. Arguably, as long as the auctioneer has reasonably advised on the consigned property's attribution, as well as estimate and reserve prices, it is not answerable for the property being sold at a low hammer price.

In *Reale v Sotheby's*, regarding the sale of 74 rare American coins, the New York Appellate Court rejected the plaintiff's contention that Sotheby's had acted negligently by allowing a consulting expert to estimate the consigned coins without visually inspecting them prior to the sale²⁶². The plaintiff failed to show that the absence of the collection's visual inspection would have resulted in lower estimates, or in any other injury.

Where the auctioneer fails to comply with his fiduciary duty, notwithstanding whether the action is based on contract or on negligence, the auctioneer is liable for the damage caused to the consignor. In *Reale*, the plaintiff alleged in vain that Sotheby's had acted in breach of its fiduciary duty by scheduling the auction on the same day as another house's coin auction²⁶³. Given the lack of sufficient proof for any nonspeculative damages that such a parallel sale could have caused the consignor, the court dismissed the claim. Sotheby's was not entitled to summary judgment on one count, namely regarding the plaintiff's contention that the house had unilaterally set a global reserve for the auction, to which the plaintiff allegedly did not agree.

258 *Idem.*, at 57.

259 See Karlen (note 217), 10.

260 See Raúl Jáuregui, "Rembrandt Portraits: Economic Negligence in Art Attribution," *U.C.L.A. Law Review* 44 (1997): 1993; Karlen (note 217), 11.

261 *Alta T. Clay v Sotheby's Chicago Inc.*, 257 F. Supp. 2d 973, 981; 2003 U.S. Dist. LEXIS 25683, 18.

262 *Reale v Sotheby's*, 278 A.D.2d 119, 120-121 (2000), 718 N.Y.S.2d 37.

263 *Ibid.*

The auctioneer's fiduciary duty includes a duty to inform the principal of all facts that may have an essential impact on the sale's success. The art market defines property that fails to find a buyer at auction as "burned"²⁶⁴, as marketability and buying interest for the property is reduced at least temporarily. Even where the disclosure of such facts is financially damaging to the auctioneer, the duty to inform prevails over any of the auctioneer's personal interests and forces it to provide the relevant information. In *Cristallina v Christie's*²⁶⁵, the New York State Appeals Court held that auctioneers must disclose internal disagreements as to the auctionability of the consigned property, including an obligation to provide its consignor with truthful opinions regarding its value²⁶⁶.

In summary, liability is very much based on the auctioneer's failure to comply with statutory duties and centres on the question of whether a competent professional performing under the same circumstances would have reached the same conclusions at that time. Thus, courts have differentiated their reasoning according to the size of the auction house, degree of expertise, and seriousness of the valuation.

b. Private Treaty Sale

As the terms of a private sale remain undisclosed, some dealers have attempted to charge a higher sale price without the sellers' knowledge. The duties previously developed also apply to the agent who obtains an artwork on consignment to be sold privately. Case law in England and the United States has specifically developed liability for pricing under private treaty sales.

In *Accidia Foundation v Simon C. Dickinson*, the Accidia Foundation mandated Luxembourg Art Limited (LAL) to assist with the sale of a drawing by Leonardo da Vinci (1452-1519)²⁶⁷. LAL contacted the art dealer Simon C. Dickinson asking for help to find a buyer for the drawing. Dickinson was able to find a buyer, to whom he sold the drawing by private treaty for the price of US\$7 million. As agreed upon with LAL, Dickinson remitted US\$6 million to the company, which, in turn, sent on US\$5.5 million to the Accidia Foundation. After the sale, the purchaser raised doubts on the authenticity of the painting and asked Dickinson to refund the purchase price. In the course of this dispute, Accidia discovered the amount of Dickinson's sale price and initiated proceedings against the dealer, claiming the return of the US\$1 million that he had retained.

264 Alan Beggs and Kathryn Graddy, "Failure to Meet the Reserve Price: The Impact on Returns to Art," *Department of Economics Paper Series, University of Oxford* 272 (July 2006), 3.

265 *Cristallina S.A. v Christie Manson & Woods, International Inc.* (note 220).

266 For example, if the auction house determines that the sale of the consigned property appears to be impossible or impracticable, it must tell the consignor so; *idem*, at 294.

267 *Accidia Foundation v Simon C. Dickinson* [2010] EWHC 3058 (Ch), [2010] All ER (D) 290 (Nov), Chancery Division, 26 November 2010.

The Court accepted Accidia's argument that Dickinson had received retrospective authority to act as Accidia's agent "so that it was liable to account to Accidia"²⁶⁸. Furthermore, the Court held that Accidia had not given LAL the authority under the agency agreement to agree to a net sale price with Dickinson. Accordingly, Dickinson was obliged to return the received US\$1 million qualified as "unauthorized benefit". However, even if the fiduciary acts in breach of his duty, the law protects the fiduciary's remuneration where "it would be inequitable now for the beneficiaries to step in and take the profit without paying for the skill and labour which has produced it"²⁶⁹. Consequently, the judge held that Dickinson was entitled to US\$200,000 in remuneration based on the 10% (i.e. US\$700,000) stipulated in the Accidia agency agreement, after deduction of LAL's commission of US\$500,000, because Dickinson "could and should have done more to make sure that Accidia understood the less than usual arrangement [he] had reached with [LAL]"²⁷⁰.

In *Spencer-Churchill v Faggionato Fine Arts Ltd and Others*, the owner of a painting by Jean-Michel Basquiat, Lord Edward Spencer-Churchill, decided to sell the painting and sought advice from an art dealer, Mr Faggionato, to find an adequate buyer²⁷¹. The dealer informed Lord Edward that he had found a collector in Florida who was interested in purchasing the painting for US\$6 million. Lord Edward asked Faggionato to inquire with some auction houses whether that was a good price. The dealer informed Lord Edward that auction houses had estimated the painting between US\$4-6 million, and Lord Edward accepted the Floridian collector's offer. It turned out that the collector was, in fact, the previously mentioned Warhol dealer Alberto Mugarabi, who had paid Faggionato a secret commission worth US\$400,000. It was also revealed that Faggionato had not consulted any auction house, and that Mugarabi had consigned the painting at Christie's with a guide price of US\$9 million.

Lord Edward contacted Christie's requesting a satisfactory arrangement with regard to any sale proceeds above US\$6 million. The auction house withdrew the painting from the sale, and Lord Edward commenced legal proceedings on the basis that the painting remained vested in him because the purported sale was unauthorized and therefore void. He further sought an interim injunction restraining Mugarabi from selling the painting until judgment on the claim. The court granted the injunction, preventing Mugarabi from dealing with the painting without first giving notice, considering that a seriously issue remained for trial, and that Lord Edward maintained a real prospect of success in his claim. The parties finally

268 Weaver (note 133), 301.

269 *Accidia Foundation v Simon C. Dickinson* (note 267), at 90 quoting *Phipps v Boardman* [1964] 1 WLR 993, 1018.

270 *Idem*, at 94.

271 *Spencer-Churchill v Faggionato Fine Arts Ltd and Others* [2012] EWHC 2318 (Ch). The facts of this case are summarized in Elizabeth Emerson, "The Need for Contractual Precision: *Spencer-Churchill v Faggionato Fine Arts Ltd and Others*," *Art Antiquity & Law* Vol. 17, Iss. 4 (2012): 359-364.

settled the dispute, agreeing that Lord Edward possessed unencumbered title to the painting and that he was “free to deal with it”²⁷².

As agent of the seller, the intermediary dealer must act with strict honesty. He must disclose the commission he negotiated with the purchaser and obtain the principal's consent to do so²⁷³. This disclosure prevails regardless of whether damage is established²⁷⁴. Although intermediary dealers have an agency duty to their principals, the practice has developed of accepting secret commissions from buyers²⁷⁵. Any delimitation between what constitutes an unauthorized benefit or an equitable remuneration for the agent's services can be very difficult. An express statement in the agency agreement, whereby the intermediary dealer is permitted to obtain a secret commission fee from the purchaser, can prevent its contestation at court and provide a clear contractual remedy in case of any breach by the dealer.

6. Disclaimer of Warranty

Where the parties have concluded a written agreement, the document is likely to contain a warranty disclaimer for the accuracy of the attribution and/or valuation. For example, auction houses generally disclaim any liability for the accuracy of lot descriptions and estimate prices stipulated in their catalogues. Such contractual disclaimers are valid to the extent that they comply with the restrictions imposed by statutory law.

Under Swiss law, the parties may not waive in advance any responsibility for unlawful intent or gross negligence²⁷⁶. In that event, the agreement is void²⁷⁷. The expert acts with gross negligence upon the existence of a serious deviation from the owned standard of care that a conscientious person would observe in a similar situation²⁷⁸. To illustrate, a grossly negligent expert misattributes an art object if he knows that the attribution is wrong, or if he fails to inform his client on serious doubts as to authenticity or provenance²⁷⁹.

272 See Blenheim Palace Press Release, “Statement Agreed by the Parties,” February 6, 2013, accessed December 26, 2013, http://blenheimpalace.com/assets/files/press_releases/BP%20PR%20LSC.pdf.

273 *Rhodes v Macalister* (1923) 29 Com. Cas. 19.

274 *Ibid.*

275 See also *Spencer-Churchill v Faggionato Fine Arts Ltd and Others* (note 271).

276 Article 100 (1) Code of Obligations. In the event the obligation's performance was delegated to an associate, such as an auction house's employee, the auction house may exclude all liability except for wilful deceit (Articles 28, 101 (1), and 234 (3) Code of Obligations). Nonetheless, the obligor is responsible for the associate's selection, instruction, and supervision; see Becker (note 185), paras. 365 et seqq.

277 The consequences of voidness are disputed amongst scholars; see Alexander Jolles and Isabelle Roesle, “Gestaltung des Gutachtervertrags im Schweizerischen Recht,” *KUR* 2 (2013), 35-42, 40.

278 See Wolfgang Wiegand in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand, 5th ed. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), Art. 99 n. 6.

279 See Jolles and Roesle (note 277), 40.

On the other hand, the parties may validly exclude in advance the expert's liability for minor negligence in the performance of the expertise. It is not the expert's diligence that is subject to the contractual autonomy of the parties, as the expert *per se* has a duty of care. Instead, by means of a disclaimer, the parties may confine the degree of the expert's accountability regarding the mandate's performance²⁸⁰. The parties may, for example, limit the liability to a certain amount, which may be especially critical regarding high-end art.

Moreover, the exclusion of liability clause is subject to the rules of the Swiss Federal Law on Unfair Competition (LCD)²⁸¹, which introduced new restrictions for misleading general terms and conditions concluded between dealers and **consumers**. Such clauses are deemed unfair if they are used to the detriment of consumers and lead to a significant imbalance between the contractual rights and obligations²⁸². It is contested whether the requestor of an art expertise is a consumer within the meaning of the LCD²⁸³. In an exceptional case, the Federal Court held that, in the context of a sale at auction of a collection of stamps, the fact that the auction house and the consignor had entered both an agency agreement and a credit agreement would induce the existence of a consumer contract²⁸⁴. Also, in more recent consumer law developments, public auctions are excluded from the law's material scope of application²⁸⁵.

In England, the parties to a sale contract may validly exclude liability for implied terms by express agreement or by the course of dealing or usage²⁸⁶. Excluding the seller's or appraiser's liability for negligence, disclaimers are subject to the reasonableness requirement mandated by the Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)²⁸⁷. The "reasonableness test" is satisfied if the expert can show "that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made"²⁸⁸. The same requirement applies to the expert's misrepresentations²⁸⁹. For unusual clauses, the court requires far more effort from the auctioneer to bring the clauses to the buyer's notice²⁹⁰.

280 Rolf H. Weber (note 245), Art. 398 n. 34.

281 Of December 19, 1986, RS 241.

282 Article 8 LCD.

283 Wolfgang Ernst, "Das Kunstgutachten im Spannungsfeld der Justiz," Conference *Expertise – Das Kunsturteil zwischen Geschichte, Technologie, Recht und Markt*, SIK-ISEA Zurich, May 16-17, 2013.

284 Federal Court Ruling 121 III 336 (ruling is only based on the criterion of a private usage of the collection; the Court stressed the fact that this was an exceptional case).

285 Parliamentary initiative no.06.441 on consumer protection for distance sales ("*Pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique*") aiming to add new rules to the Code of Obligations on the consumers' right to rescind a distance sale contract.

286 Section 55 (1) Sale of Goods Act 1979.

287 Cf. Section 11(1) UCTA; see also Harvey and Meisel (note 166), para. 6.21.

288 Section 11 (1) UCTA.

289 Section 3 Misrepresentation Act 1967 referring to Section 11(1) UCTA.

290 See Harvey and Meisel (note 166), paras. 6.05 et seqq.

Again, for liability arising in contract, much depends on whether the requestor of an art expertise qualifies as a consumer. Pursuant to the UCTA, "the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as a consumer if he is an individual and the goods are second hand goods sold at a public auction at which individuals have the opportunity of attending the auction in person" or "if he is not an individual and the goods are sold at auction of competitive tender"²⁹¹.

The Council of Ministers adopted the EU Directive on Unfair Terms and Consumer Contracts (93/13/EEC) by the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, which introduces a general concept of fairness. In fact, applying to consumers (respectively to natural persons) who enter the contract acting for purposes outside their "trade, business, or profession"²⁹², the Regulations stipulate that "[a]n unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer"²⁹³. A contractual term is qualified as unfair "if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer"²⁹⁴. An unfair term is not binding on the consumer, but does not affect the rest of the contract, in so far as the contract is capable of continuing in existence without the unfair term.

Attention should be paid to the fact that the fair term requirement only applies to standard contractual provisions, which have been drafted in advance, and the substance of which the consumer has been unable to influence²⁹⁵. According to common auction house practices, the terms of standard agreements are not negotiated by the consignor or the buyer but rather "imposed" on them²⁹⁶. Regardless, in order to fall within the Regulations, the buyer must still qualify as a consumer²⁹⁷.

In June 2014, the United Kingdom will introduce the Consumer Contracts Regulations 2013, which will also apply to art sales. Before the consumer is bound by an off-premises or distance sale contract, the Regulations require traders to disclose their identity²⁹⁸. Moreover, they extend the time period within which consumers may cancel such a sale contract, i.e. the "cooling-off period"²⁹⁹. The new Consumer law will also apply to online

291 Sections 3 (1) and 12 (2) UCTA; see also *idem*, paras. 6.15 et seqq.

292 Article 2 (b) Council Directive 93/13/EEC; Regulation 3 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

293 Regulation 8 (1) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

294 Regulation 5 (1).

295 Regulation 5 (2).

296 See Harvey and Meisel (note 166), para. 6.27.

297 *Ibid.* If not, the misattribution of an artwork may be prosecuted under the Trade Descriptions Act 1968; see *May v Vincent* [1990] 10 T.L.R.1, and Palmer (note 106), 26-27.

298 Regulations 10 (1) and 13 (1); Schedule 2.

299 Regulation 28.

auction sales, which currently do not fall under the law's exemption scheme for public auctions³⁰⁰.

In their sale terms, auction houses generally express that attributions are statements of opinions and must not be taken as statements of facts. In *Hoos v Weber*, the buyer at Sotheby's of a Rembrandt (1606-1669) picture resisted an action for the purchase price on grounds of the picture's non-authenticity³⁰¹. Sotheby's referred to its sale conditions, which declared that all statements on authorship and attribution were statements of opinion and not of fact. The court ruled that the clause would have been unavailable to the auction house if it had failed to comply with its duty of care. Instead, it conceded that Sotheby's had exercised proper care and skill and within the scope of the contract. Auctioneer's disclaimers for misrepresentation remain vulnerable, especially in view of the imbalance of power and knowledge between auction houses and their clients³⁰².

In the United States, the U.C.C. regulates the seller's liability disclaimers for both express and implied warranties³⁰³. For instance, an express warranty "pertaining to the 'core descriptions' or 'quality of the subject matter of the sale' cannot be limited and applies even to the seller who acts in good faith and without any knowledge of forgery or misattribution"³⁰⁴. Additionally, most U.S. States maintain consumer protection statutes applying to transactions involving the purchase of consumer goods. These statutes generally provide that the consumer's rights may not be abridged by means of a disclaimer.

In *Foxley v Sotheby's Inc.*, Sotheby's exclusion of liability was upheld for the misrepresentation of a lot's provenance³⁰⁵. In that case, the auction house had replaced the name of an equivocal dealer in its catalogue with "Private Collection". The New York federal district court held that auction houses often do not disclose their consignors' identity and that the exculpatory language of Sotheby's Business terms was sufficient "to bar any action based upon a representation of provenance"³⁰⁶. The New York Art and Cultural Affairs

300 Regulations 5 "public auction" and 9 (1) and Schedule 1 (on-premises contracts), respectively Regulation 10 and Schedule 2 (off-premises contracts) allow that in the event of a public auction that is not exclusively online, the information as to the seller's identity may be replaced by the equivalent details for the auctioneer. Moreover, the right to cancel during the cooling-off period only applies to exclusively online auctions, see Regulations 5 "public auction" and 28 para. (1)(g). Before the enactment of the new Regulations, the Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000/2334 apply, which foresee a right to cancel except for auctions in general. See also Pierre Valentin and Hannah Shield, "Online Trading – Art Dealers Beware," *artatlaw blog*, November 23, 2013, accessed December 26, 2013, <http://www.artatlaw.com/latest-articles/online-trading-art-dealers-beware>.

301 *Hoos v Weber* [1974] 232 Estates Gazette 1379; see also Palmer (note 106), 25.

302 See Harvey and Meisel (note 166), para. 6.63; see also Harter-Bachmann (note 201), 92.

303 Section 2-316 U.C.C.

304 Patty Gerstenblith, *Art, Cultural Heritage, and the Law: Cases and Materials*, 3rd ed. (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2012): 355.

305 *Foxley v Sotheby's Inc.* (note 219).

306 As reported by Anton Pestalozzi, *Der Steigerungskauf – Kurzkomentar und Zitate zu Art. 229-236 OR* (Zurich: Schulthess, 2000), 163, para. E 1147; see also Lerner and Bresler (note 71), 632.

Law explicitly invalidates disclaimers that intend to exclude actions based on “an instrument of authentication”³⁰⁷. In practice, such instruments concern catalogue statements on creatorship, which unequivocally signifies that the art object is, in fact, by the stated creator³⁰⁸.

In accordance with the duty of care and fiduciary duty, auction catalogue disclaimers are generally valid for lot descriptions that “corresponded to the generally accepted opinion of scholars and experts at the date of sale, or fairly indicated there was a conflict of opinion among scholars and experts”³⁰⁹.

Also towards their consignors, auctioneers arrange in their standard agreements for full discretionary power over the consigned property’s attribution, estimate price, and catalogue description. The consignor, by signing the consignment agreement, agrees to this standard of care and fiduciary duty, and may hold the auction house liable only in case of reckless disregard. In *E.S.T. v Christie’s*, the situation became increasingly precarious for Christie’s when the New York Supreme Court challenged its liability exclusion clause in an attempt to distinguish between “authenticity” and “attribution”. Christie’s contract provisions did not expressly encompass the latter³¹⁰. Luckily for the auction house, the court ultimately did not rule on these issues. Nevertheless, it held that it could “not determine as a matter of law that misattribution of the painting is included in the matters listed”³¹¹ by the exculpatory clause of the consignment agreement. The case was finally settled and Christie’s changed the wording of its standard consignment agreement by including “attribution” in its list.

In the United States, the question of whether consignment and sale agreements constitute consumer transactions is determined under State law³¹². In *Mickle v Christie’s*, the Federal District Court for the Southern District of New York held that unique, one-of-a-kind paintings are not typical consumer goods, and thus not governed by consumer statutory law³¹³. In *Nataros v Fine Arts Gallery of Scottsdale*, the State Court of Arizona found that the buyer, misled by the auctioneer’s misrepresentations of the artwork’s value and

307 Section 13.01; see also *ibid.*

308 Section 13.01 (3) N.Y. ACA Law.

309 Ronald D. Spencer, “When Experts and Art Scholars Change Their Minds,” *Spencer’s Art Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (Spring 2010); see for example *Foxley v Sotheby’s Inc.* (note 219), at 1235-1236, upholding Sotheby’s exculpatory clause for liability stemming from the performed appraisals.

310 *E.S.T., Inc. v Christie’s, Inc.*, Index No. 112793/00 (N.Y. Sup. Ct. June 22, 2001).

311 As cited by Lerner and Bresler (note 71), 634.

312 See Marc Weber, “Liability for the Acquisition of Faked or Wrongly Attributed Works of Art in US Law,” in *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht, Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars “Kunst und Recht,”* ed. Kerstin Odendahl and Peter Johannes Weber, 409 – 431 (Baden-Baden: Nomos, 2010), 416.

313 *John T. Mickle v Christie’s, Inc.* (note 220), at 432; see also *Christie’s Inc. v Croce*, 5 F.Supp.2d 206, 207-208 (S.D.N.Y. 1998).

concealment of its provenance, could qualify as a consumer and seek damages from the auctioneer³¹⁴.

With regard to authenticating experts, the case *Lariviere v E.V. Thaw, the Pollock-Krasner Authentication Board et al.*, showed that experts might effectively protect themselves through contract waivers in the event of a lawsuit. In that case, the owner of a painting purportedly by Jackson Pollock brought an action for breach of contract³¹⁵. He had submitted his painting to the Pollock-Krasner Authentication Board, which refused to authenticate. The court upheld an exculpatory agreement concluded between the parties³¹⁶.

To summarize, experts engaged in valuation and authentication may disclaim liability for their statement's accuracy, but they must comply with the minimum standard of care imposed by statutory duties. Besides, given the increasing commoditisation of art, and the imbalance of power and knowledge between professional dealers and their clients, consumer law may progressively apply to certain art transactions in the future.

B. Liability Towards Third Party Beneficiaries

Third parties may rely on the expert's valuation when making unfavourable dispositions although they have no contractual relationship with the expert. Typical third party beneficiaries are "persons whose identity and anticipated use or benefit was expressly contemplated by the parties at the time of contract"³¹⁷. The third party beneficiary must show that the expert had reason to know the contracting party intended prospective purchasers to benefit from the appraisal contract's performance³¹⁸.

The appraiser's liability towards third parties has led to much discussion in Switzerland³¹⁹. As ruled by the Federal Court, a quasi-contractual liability may be derived from trust created by the appraising expert: the expert must enjoy a direct or indirect relationship with the person relying on the appraisal and must know or should have known that the person would trust his information³²⁰. For example, this may be the case where an expert commis-

314 *Nataros v Fine Arts Gallery of Scottsdale, Inc.*, 126 Ariz. 44, 612 P.2d 500 (1980).

315 *Lariviere v Thaw et al.*, 2000 WL 33965732 (N.Y. Sup.), 2000 N.Y. Slip. Op. 50000(U).

316 On the liability of authenticating experts, see Anne Laure Bundle, "Fakes, Fears, and Findings – Disputes over the Authenticity of Artworks," *Transnational Dispute Management* 2 (2014) accessed February 26, 2014, www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2100.

317 Robin Paul Malloy, "Lender Liability for Negligent Real Estate Appraisals," *University of Illinois Law Review* 1984 (1984): 53-98, 70.

318 *Stollar v Hester*, 92 N.M. 26, 32-33, 582 P.2d 403, 407 (1978).

319 See Honsell (note 11), 2.

320 Federal Court Rulings 130 III 345, 124 III 363 and 124 III 297. Liability in such cases cannot be answered conclusively to this date in view of jurisprudence and the doctrine of law; see Jolles and Roesle (note 277), 40.

sioned by the seller for appraisal knows that the purchaser will rely upon that appraisal when deciding whether to buy an art object, which later proves to be under- or overvalued. The expert owes a duty of care, the extent of which is narrower compared to an expert performing under contract³²¹. In any case, the expert would be well advised to limit the disclosure of his appraisal to third parties and his legal responsibility.

Whereas the expert has no general obligation to speak truthfully, he must – should he decide to do so – answer truthfully if he has a special insight in the relevant facts by virtue of his position, and if it was recognisable to him that the information has or may have a damaging impact on the addressee³²². Moreover, the expert must not withhold fundamental facts that are known to him, or give false information intentionally or against better knowledge³²³. Nonetheless, the Federal Court has affirmed tort liability for false advice or information only in crass cases³²⁴.

Furthermore, where the expert makes false or misleading statements about himself or others and their goods, services, business relationships, and prices, or respectively favoured third parties, his undertakings may constitute unfair competition³²⁵. Considering the impactability of the art market, such liability may particularly occur when experts make misleading or false statements in the media³²⁶.

English and United States law are antipathetic to imposing liability for economic loss between non-contracting parties³²⁷. As a main exception, the expert may be answerable for negligent misstatement for providing a negligent, though honest, misrepresentation, spoken or written, causing financial loss to the party seeking information. This duty of care is imposed on the party possessing a special skill and in the exercise of which the victim trusts, and where expert knew or ought to have known that reliance was being placed on his skill and judgment³²⁸. The tort of negligent misrepresentation may apply regardless of whether the negligence is conscious or inadvertent³²⁹.

321 See Bruno Glaus, "Die Haftung des Experten," in *Neuigkeiten im Kunstrecht – Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG)*, Vol. 53, ed. Ivo Schwander and Peter Studer, 109 – 125 (St. Gall: IRP-HSG, 2008).

322 Federal Court Rulings 57 II 81, 86; 111 II 471, 474; and 130 III 345.

323 Federal Court Rulings 57 II 81, 86; 80 III 41, 54; 111 II 471, 474; and 116 II 695, 699; cf. Article 41 Code of Obligations.

324 Honsell (note 11), 9.

325 See Article 3 (a) and (b) LCD.

326 See Glaus (note 321).

327 See Palmer (note 106), 32; Karlen (note 217), 6.

328 *Hedley Byrne v Heller* (note 166), at 486, 502 and 514; *Struna v Wolf* (note 166); Karlen (note 217), 12-13.

329 See Karlen (note 217), 10.

The range of potential victims must be very limited and predictable to entitle a claimant to sue³³⁰. In other words, the expert must have known that the appraisal would be communicated to the victim, or that it was very likely that the victim would rely on that information in deciding whether to conclude the contemplated transaction³³¹. This requirement is easily met where the false appraisal was directly and intentionally communicated to the victim by the appraiser³³².

Moreover, the expert must be fully aware of the nature of the transaction that the potential victim is contemplating and through which he might suffer damages³³³. For example, the purchaser of a painting may be protected in relying on the valuation provided, not to him directly, but to a potential lender on the security of the work, to ascertain the painting's value as collateral³³⁴. In any case, the creation of a duty of care is subject to the effect of any disclaimer of responsibility³³⁵. Considering the requisite degree of foreseeability concerning the potential victim's reliance on the appraisal, and the possibility to validly disclaim third party liability, the prospects of lawsuits by claimants not party to an appraisal contract must be seen as relatively remote.

When experts give unsolicited opinions to third parties, they may be responsible for acting in disparagement of the owner's property³³⁶. Furthermore, when unnecessarily intermeddling with the affairs of others where they are wholly unconcerned, experts risk the possibility of being found to have acted maliciously³³⁷. Pursuant to case law, malice is generally determined based on the expert's actual state of mind³³⁸. For example, voluntary statements "recklessly made" are deemed to constitute malice³³⁹. Finally, statements by experts directly attacking a seller's personality and business reputation, such as "this dealer only sells meritless works", may constitute defamation if untrue³⁴⁰.

In the context of auction houses, attributions and estimate values are rapidly disseminated to third parties by means of auction sale catalogues. In a recent case, the Supreme Court of the County of New York was asked to determine whether detrimental third party reliance on

330 See Palmer (note 106), 35.

331 *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 1 All ER 568, [1990] UKHL 2, [1990] 2 AC 605.

332 See Palmer (note 106), 32. See also *Galliford Try Infrastructure v MottMacDonald* [2008] EWHC 1570 (TCC), 120 Con. L.R. 1, [2009] P.N.L.R. 9.

333 *Caparo Industries plc v Dickman* (note 331).

334 See Palmer (note 106), 35.

335 *Hedley Byrne v Heller* (note 166); *Caparo Industries plc v Dickman* (note 331).

336 *Hahn v Duveen*, 133 Misc. 871, 234 N.Y.S. 185 (N.Y. Sup. Ct. 1929).

337 *Idem*, at 873; *Travis v Sotheby Parke Bernet Inc.* (note 157).

338 See Jeffrey Orenstein, "Show Me the Monet: The Suitability of Product Disparagement to Art Experts," *George Mason Law Review* 13 (2005): 905, 911.

339 See Merryman et al. (note 95), 1087.

340 For the claims of defamation and fraud, see Spencer (note 106), 167 et seqq.; for a defense under American constitutional law, see Ronald D. Spencer, "Opinions About the Authenticity of Art," *Spencer's Art Law Journal* Vol. 2, Iss. 2 (2011): 2-6.

such catalogue information may engage the auction house's liability where the information was incorrect³⁴¹. The plaintiff in the underlying case, Guido Orsi, had purchased from the Tony Shafrazi Gallery a Jean-Michel Basquiat painting that the Basquiat Authentication Committee later declared to be counterfeit.

During the sale negotiations, the Gallery owner showed Orsi the catalogue of a Christie's auction at which the Gallery had acquired the painting, its provenance, and the price paid. In his complaint, Orsi stated that "art purchasers rely on the expertise of a prestigious auction house such as Christie's", termed as "market maker", and "that when Christie's provides a warranty concerning the authenticity, or provenance of a painting, the custom and practice of the art industry is that the provenance of the work of art has been firmly and permanently established"³⁴².

The Court allowed the plaintiff to pursue his actions for fraud and fraudulent inducement. It considered that the plaintiff had sufficiently alleged that "Christie's fraudulently misrepresented the painting's provenance, and published that misrepresentation in its catalogue, which Christie's could reasonably anticipate would be relied upon by bidders at its auction, as well as subsequent purchasers"³⁴³.

The two actions were finally dismissed because of the plaintiff's failure to demonstrate that Christie's possessed knowledge of the misrepresentation and intent to defraud³⁴⁴. While the plaintiff's allegation that Christie's should have followed-up after the sale and intervened as soon as it knew about the counterfeit might have supported a claim for negligence, it was held insufficient to sustain a fraud claim³⁴⁵.

From a legal viewpoint, auction houses may hardly be answerable towards third parties for the accuracy of their catalogue content. In practice, however, this does not matter. The art market continues to rely on auction sale data as a value and attribution benchmark.

CONCLUSIVE REMARKS

Pricing art is a complex undertaking, led by the mastery of critical discourse only a few art dealers control. The taste-making process remains prosperous as long as art market actors do not critically question the cultural arbiters' choices. In any event, the market's preferences index the market value for the given artworks, which must be taken into account

341 *Tony Shafrazi Gallery, Inc., and Guido Orsi v Christie's, Inc.*, Index No. 112192/07 (N.Y. Sup. Ct. 2008).

342 Complaint para. 20, reproduced in *Tony Shafrazi Gallery et al. v Christie's, Inc., idem*, at 6 (Original transcript).

343 *Idem*, at 6-7.

344 *Tony Shafrazi Gallery, Inc., and Guido Orsi v Christie's, Inc.*, No. 112192/07 (N.Y. Sup. Ct. 2011).

345 *Ibid.*

by experts when commissioned to appraise or sell art. When doing so, written agreements expressly delineating the appraiser's or seller's liability may be helpful in avoiding unfulfilled expectations and their legal consequences.

Notwithstanding any disclaimer, it is still in the experts' interest to exercise utmost diligence when appraising and attributing art. Primarily, it ensures the stability of a market that very much depends on accurate attributions and values. Moreover, experts are held by the law to conduct their performance with a certain level of diligence and care. Finally, going forward, the law may very well adapt to the art market reality and increase expert liability to ensure greater quality in attributing and pricing art.

Legal Issues in Art as Collateral for Loans

I. Sources of Art Finance	78
A. Banks	78
B. Auction Houses	78
C. Asset-Based Lenders	78
II. Motivations for Art-Based Lending	79
III. Types of Loans and Costs	79
IV. Art Collateral	80
A. Due Diligence	81
B. Insurance	81
C. Loan Valuation	81
V. Charges over Art Collateral	82
VI. Enforcement	84
CONCLUSION	85

* Partner, Constantine Cannon LLP, London.

A handful of banks and the two major auction houses have been offering loans against art for a long time. As the value of blue chip art continues to rise, collectors have been increasingly looking to leverage their art assets¹. Banks, auction houses and specialized lenders are taking advantage of this opportunity.

I. Sources of Art Finance

There are three main sources of art finance: banks, auction houses and asset-based lenders.

A. Banks

A small selection of banks offer loans secured by artworks. Some of them offer such loans in the USA and Europe. They include Citibank, Deutsche Bank, Royal Bank of Canada, JP Morgan and Emigrant Bank Fine Art Finance. Other banks typically restrict their art finance offering to US based clients. They include US Trust, Goldman Sachs, Morgan Stanley and UBS.

A private bank's objective is to attract assets under management. Art finance is used to acquire new clients to deepen a bank's relationship with existing clients. A collector will qualify for an art loan if the bank already manages significant assets on the collector's behalf, or if the collector pledges to transfer significant assets to the bank. Emigrant Bank Fine Art Finance is an exception because whilst they are a bank, they do manage clients' assets. Their sole focus is lending against art.

B. Auction Houses

The main auction houses extend advances against sale proceeds to consignors of property at auction who are in need of immediate liquidity². Auction houses use these consignment advances to attract property for sale.

Christie's and Sotheby's also offer secured loans when a genuine opportunity exists to sell a type of collateral that is of interest to them at that particular time.

C. Asset-Based Lenders

Asset-based lenders typically offer smaller loans over shorter periods of time. Unlike the banks and the auction houses, they may offer non-recourse loans. This means that the

1 See Mitchell Zuckerman, "Art Equity Loans: A Market Opportunity for Commercial Bankers," *Commercial Lending Review* 4 (1989): 73-76, 73.

2 See Suzanne Gyorgy and Clare McAndrew, "Art Banking," in *Fine Art and High Finance*, ed. Clare McAndrew, 117-133 (New York: Bloomberg Press, 2010), 123.

lender will not look to the borrower to repay the outstanding balance of the loan if, in an event of default, the art does not sell or sells for less than the outstanding debt. It also means that the lender will not investigate the borrower's finances. They will simply rely on the resale value of the collateral. This allows for quicker payment of loan proceeds. It typically takes a few hours to a few days for asset-based lenders to make a loan. It can take a few weeks before a bank completes its due diligence and pays out loan proceeds.

Whilst the offering of asset-based lenders may sound appealing, it comes at a significant price. The annual rate of interest charged by asset-based lenders is a multiple of the rate of interest charged by banks and auction houses. Asset-based lenders typically charge interest in double digit figures. Interest rates ranging between 30% and 50% a year are not unusual.

II. Motivations for Art-Based Lending

Collectors look to raise funds against their art for a variety of reasons: to purchase more art; to finance a business; to re-finance other debt; to avoid the taxes and transaction costs associated with selling art; to diversify wealth by using loan proceeds to invest in other asset classes; to fund life events such as a divorce or taxes upon death; and to supplement income for lifestyle.

Recent examples of art loans in the public domain include former hedge fund manager Michael Steinhardt raising an estimated US\$40 to US\$50 million from JP Morgan against paintings and drawings in his collection³. The funds raised were invested in a real estate project. In another instance, property developer Martin Margulies secured a US\$80 million loan from US Trust against around 60 pieces of his modern art collection, including works by Jackson Pollock (1912-1956), Mark Rothko (1903-1970), Cy Twombly (1928-2011), and Jasper Johns (1930-)⁴. The money raised was invested in the construction of a tower in Miami.

III. Types of Loans and Costs

Loans against art are typically not "off-the-shelf". Each loan is tailored to the client and the art collateral. The loan may be structured as a term loan, a revolving loan or a line of credit.

Loans against art may or may not be regulated as consumer loans. In the United Kingdom, the private banks ordinarily lend to certified high net worth individuals. Such loans fall

3 See Miles Weiss and Katya Kazakina, "Steinhardt Pledges Picassos for Real Estate as Art Loans Surge," *Bloomberg*, October 18, 2011, accessed December 26, 2013, <http://www.bloomberg.com/news/2011-10-18/steinhardt-pledges-picassos-for-real-estate-as-art-loans-surge.html>.

4 See A.D. Pruitt, "Plots & Ploys: Art of the Condo," *The Wall Street Journal*, March 6, 2012, accessed December 26, 2013, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970204276304577265584021816416.html>.

within the scope of one of the exemptions to consumer lending. Accordingly, they are not treated as consumer loans, provided that certain conditions are met⁵. Another exemption applies where the loan is extended to an individual for a business purpose, for example, an art dealer trading in his own name⁶. Banks and auction houses will try hard to avoid making consumer loans, because such loans are highly regulated and the regulations tend to protect the consumer rather than the lender.

Bridging loans are commonly arranged for a short period of time pending an orderly sale. By contrast, term loans are generally secured by art assets not presently intended for sale⁷. Such loans are often made for periods of one to five years. A few lenders, such as Emigrant Bank Fine Art Finance, will allow for periods up to 15 years.

The rate of interest is usually calculated by reference to the central bank rate, LIBOR or US Prime. In addition, the borrower will pay a one-off facility fee which can vary between 1% and 3% of the amount of the loan. If the borrower requires a line of credit, there will be a fee covering the cost to the bank of reserving the amount of the unused credit. The borrower also pays the expenses of the loan which include the valuation fees and the legal fees. They can vary from a few thousand dollars to tens of thousands of dollars, depending on the collateral portfolio, the complexity of the loan, and the time it takes to put the arrangement together.

The lender may require a third party guarantee. This is often the case where the borrower is a corporate entity. The lender will commonly seek a personal guarantee from the collector standing behind the corporate borrower.

IV. Art Collateral

Private banks generally lend against fine art only (paintings and sculptures). Some private banks shy away from lending against contemporary art which is perceived as carrying greater risks because prices are more volatile.

The auction houses and Emigrant Bank Fine Art Finance will, however, lend against a broader range of art assets. In fact, they will consider lending against all collecting categories with an established auction market including contemporary art, string instruments, books and manuscripts, fine wine and classic cars.

Lenders will look for a diversified collateral portfolio, to avoid a situation where, for example, they flood the market with works by the same artist following an event of default

5 Section 16A of the Consumer Credit Act 1974.

6 Section 16B of the Consumer Credit Act 1974.

7 See Iain Robertson, "Price before value," in *The Art Business*, ed. Iain Robertson and Derrick Chong, 29-54 (New York: Routledge, 2008), 53.

by the borrower and subsequent enforcement of the security arrangement. They will also look at their global collateral portfolio, to ensure that their risk across the portfolio is suitably diversified. If all their loans at a given time are against a particular category of artworks, and the market in such artworks dives, they are exposed to making losses. The ideal collateral consists of a limited number of artworks by different blue chip artists with a broad collector base, and an active and stable auction market.

Before accepting art assets offered by the borrower as collateral, the lender will consider the following:

A. Due Diligence

The lender will conduct due diligence over the proposed collateral in two parts: legal due diligence and art due diligence.

Legal due diligence assures the lender that the borrower holds title to the property, that the property is neither stolen nor looted, that no other claims or potential claims exist over the art (e.g. following illegal export), and that the art is not subject to any charge or other security interest. Legal due diligence is typically conducted by lawyers.

Art due diligence assesses the authenticity, attribution, provenance, condition, and marketability of the art. Art due diligence is conducted by art experts.

B. Insurance

The collateral must be adequately insured. If the art is already insured by the borrower, the lender may agree to maintain the same policy, provided that it is named as co-insurer and loss payee on the policy. This arrangement ensures that in the event that the art is lost or damaged, the insurance proceeds are paid directly to the lender.

C. Loan Valuation

The value of the collateral will determine the amount of the loan. Commonly, a lender will lend up to 50% of the collateral's value⁸. This percentage can be lower if the lender perceives the risk as higher than usual. This may be the case if there are only two or three pieces of art in the collateral pool, if there is a concentration of works by the same artist, or if historical auction values for the artworks are particularly volatile. The lender will also be influenced by the borrower's net worth and obstacles to recover any loss, for example, if the borrower's other assets are situated in an exotic jurisdiction.

8 See Gyorgy and McAndrew, "Art Banking" (note 2), 124.

Banks such as Citibank and Emigrant Bank Fine Art Finance have their own in-house specialists valuing the art. Other banks look to the auction houses and the dealers for a valuation⁹. Certain lenders take the view that auction houses and dealers present an inherent conflict of interest, and prefer to turn to experts with one foot in the market, and the other in research or academia.

Confidentiality can become an issue if the lender relies exclusively on outside advisers. A prudent borrower may want to find out how the lender goes about valuing his collateral. Should the lender shop around for expert valuers on a case-by-case basis, the risk increases that information on the borrower's collection, and his request for a loan, will fall into the public domain.

A prudent lender will ordinarily instruct the appraiser to set the value at the low auction estimate. In some cases, the lender will discount the low estimate to take account of the auction commission and expenses. Some argue that this value is artificially low¹⁰. However, it is worth bearing in mind that the purpose of the valuation is not to set a market value but an exit value in the event of the borrower's default.

Typically, the lender will require an annual valuation of the collateral. If the value of the collateral goes down, the lender will require either a repayment of part of the loan or a top-up of the collateral pool, in order to maintain a pre-set loan-to-value ratio.

V. Charges over Art Collateral

The lender will take a charge over the art assets. With regard to works of art, there are different types of charges.

First, certain charges over art are suitable if the owner is a natural person, whilst other charges are suitable if the owner is a corporate entity.

The second consideration is the country where the owner is established. This is relevant for two reasons. First, the lender will want to know if other creditors may claim the collateral should the borrower become insolvent. Secondly, if the owner is a legal entity, the lender will usually register the charge against the entity's assets in the jurisdiction where it is established, to give first priority to its charge.

Third, the type of charge will depend on the place where the collateral is physically located when the security interest is perfected. This is because under the conflict of law rules of many countries, the courts look to the law of the country where the assets were located to determine whether the security interest was validly perfected¹¹.

9 See Gyorgy and McAndrew, "Art Banking" (note 2), 126.

10 *Christie's Inc. v Davis*, 247 F.Supp.2d 414 (2002).

11 See for instance Section 9-301 U.C.C.

In the United States, lenders against art can register their charge under the Uniform Commercial Code (U.C.C.), irrespective of whether the borrower is a natural or a legal person¹². U.C.C. registration has the effect of putting third parties on notice that the art is subject to a charge. This means that even if the art remains in the borrower's possession, the charge will take priority over subsequent charges granted over the art to other creditors¹³. The charge is perfected by registration. In practice, lenders against art in the United States register their charge under the U.C.C. and often allow the borrower to retain possession of the collateralized art.

In Europe, the legal situation is more complicated. Each country maintains its own rules on the perfection of security interests over chattels. For example, in the United Kingdom, if the borrower is a natural person, the bank will want to take a pledge over the artworks. A pledge is a form of possessory security perfected by delivery of the art to the lender. Accordingly, the borrower cannot keep possession. Possession can be transferred either to the bank itself or to a third party acting for the bank, such as a specialist storage facility or a museum. The borrower may only access the collateral under the bank's supervision, otherwise the pledge will be invalidated.

If a pledge is unavailable, a borrower in the United Kingdom may grant the bank what is known as a bill of sale. A bill of sale is a document whereby the borrower grants security to the lender over chattels remaining in the borrower's possession¹⁴. Pursuant to the Bills of Sale Act 1878, the bill of sale must be attested and registered in a public register, thereby providing third parties with notice that the chattels are subject to a security interest¹⁵. This will give the lender priority over other creditors with subsequent charges. The registration of a bill of sale is not dissimilar to the registration of a charge under the U.C.C. in the United States. However, significant issues arise with bills of sale. Security bills of sale, as they are often called, were introduced by statute in the 19th century to protect widows and orphans from sharp lending practices. A bill of sale form was imposed by statute in 1882¹⁶. This statutory form must be strictly adhered to: if a bill of sale does not accord with the statutory form, it is considered void. The statutory form is archaic and unsuitable to 21st-century lending practices. For example, a lender cannot charge a facility fee or default interest, and repayment must be of the capital and interest in equal payments on pre-agreed dates. Any departure from the statutory form means that the lender's security is potentially void.

If the borrower in the United Kingdom is a natural person, and the lender agrees to the borrower maintaining possession but declines to use a bill of sale, there are other, more

12 Section 9 U.C.C.

13 Sections 9-205 and 9-322 U.C.C.

14 Section 4 Bills of Sale Act 1878.

15 Section 10 Bills of Sale Act 1878.

16 Schedule of the Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882.

sophisticated solutions. This may involve transferring ownership of the collateral either to the bank or to a third party for the duration of the loan. These solutions can be costly to implement. Tax can be a significant issue, because a transfer of ownership other than by way of charge can trigger significant tax liabilities.

The lender will want to ensure that its security interest is validly perfected under the law of the country where the collateral is located when the charge is granted. There is no point, for example, in taking a validly constituted charge pursuant to New York law and registered under the U.C.C. In New York if the collateral is in London and remains in the collector's home. Under English law, the document creating the New York charge will be deemed a bill of sale, and it will be considered void for failing to comply with the statutory form and for lacking registration.

VI. Enforcement

In the event of the borrower's default, the lender may wish to take possession of the collateral and seek to realise its value. In principle, unless the courts dictate otherwise, the lender has a choice between an auction sale and a private sale. Lenders tend to prefer to sell by auction, because it is quicker and more transparent. However, certain types of artworks sell better privately. Therefore, a prudent lender should consider both the auction and private sale options.

After the borrower has defaulted and until the collateral has been sold, the borrower maintains his equity of redemption, i.e. his right to repay the loan, interest, and costs. Costs could include significant auction withdrawal charges if the borrower redeems the loan at the last minute, forcing the auction house to withdraw the collateral from sale.

The lender may enforce the security interest in the jurisdiction where the collateral is located, or decide to move the collateral to a jurisdiction where the art is likely to realise a higher price. It may be in the borrower's interest to agree to the art being moved to a better marketplace as he has the right to any surplus collateral value after payment of the secured obligations¹⁷. Other creditors of the borrower may resist a removal outside the jurisdiction, or they may subject the removal to certain conditions in their favour.

In some countries such as the United Kingdom, the lender does not, in principle, require permission from the courts to realise the collateral, unless the loan is a consumer loan. The lender will usually rely on an express power of sale in the security agreement, or on a power of sale under statute or at common law. If there is no express or implied power of sale, the lender in the United Kingdom is required to obtain permission from the courts.

17 See for instance Section 9-608 U.C.C.

In other countries, the lender may not have the power to realise the collateral without the court's permission. This often means delays, additional costs, and a greater risk of challenge to the lender's rights by the borrower or by the borrower's other creditors.

Usually, the security agreement gives the lender broad discretion as to the method, place, timing, and terms of sale. As long as the lender complies with certain rules of fair play (e.g. the lender must act in good faith and take reasonable steps to obtain a proper price for the assets), the English courts will not interfere with the sale simply because the borrower objects to it.

In the United Kingdom, the law does not require the lender to wait for better market conditions if the prospect exists that a better price can be later obtained. Nor is the lender under a duty to refrain from exercising its right to sell, merely because such exercise would result in the borrower's loss. But the lender may be criticised, for example, for setting an auction reserve price too low, or for re-offering a lot at auction shortly after a previous failure to sell.

In the United States, it is not uncommon for a borrower to throw himself in the arms of the bankruptcy courts upon default. Declaring bankruptcy has the effect of freezing the lender's right to proceed with a forced sale of the collateral. In those circumstances, the bankruptcy court will decide if, when, and how the lender can enforce and who is entitled to the sale proceeds. In Europe, voluntary bankruptcy is less common. Bankruptcy still carries a social stigma and recovery from it is more difficult than in the United States.

CONCLUSION

The cost of selling art is going up, particularly at auction. This makes borrowing against art more appealing, especially whilst interest rates remain low. Commercial credit has shrunk significantly in the last five years, making it more difficult for art businesses to raise debt. Borrowing against their stock can be an attractive option.

In 2012, the size of the art finance market was estimated at US\$7 billion¹⁸. Since then, new lenders have entered the fray. There is scope to offer loans against art in parts of the world where this type of credit is not yet available, for example in China. Predictions are hard to make, however it is not unrealistic to expect the market to double in size in the next 10 years.

18 See Michael Plummer, "The Truth About Art Financing – A Two-Tier System," *Artvest*, April 2, 2012, accessed December 26, 2013, <http://artvest.com/the-truth-about-art-financing-%E2%80%93-a-two-tier-system/>.

BÉNÉDICT FOËX*

L'objet d'art comme sûreté mobilière en droit suisse

INTRODUCTION	88
I. Brefs rappels	88
II. Droit applicable	90
III. Dépossession	92
IV. Continuité de la dépossession	96
V. Droit du créancier d'utiliser la chose reçue en garantie ?	97
VI. Objet d'art présentant un défaut	98
VII. Acquisition de bonne foi	99
VIII. Réalisation de la sûreté	103
CONCLUSION	106

* Professeur à l'Université de Genève. Texte mis à jour au 31 octobre 2013 d'un exposé présenté lors du colloque organisé le 4 novembre 2009 par le Centre du droit de l'art. Je remercie Mme Camille Cretegnny, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, de l'aide qu'elle m'a apportée pour la mise à jour des références.

INTRODUCTION

Il n'est pas rare que les objets d'art servent de sûreté pour garantir une créance. A titre d'exemple, le jour même où s'est tenu le colloque au cours duquel cet exposé a été présenté, la maison de vente aux enchères Sotheby's organisait à New York une vente de tableaux de la collection de M. Louis Reijtenbagh, comprenant des œuvres de Claude Monet (1840-1926), Giorgio de Chirico (1888-1978), Edgar Degas (1834-1917) et Pablo Picasso (1881-1973), qui étaient jusqu'à récemment grevées d'un gage¹. On peut également citer à titre d'illustration ces deux pièces d'or mogholes, réputées être les plus grandes pièces d'or du monde (l'une pesant près de douze kilos, l'autre 1'100 grammes), dont la mise en gage en Suisse a donné lieu à un litige qui a été tranché il y a quelques années par le Tribunal fédéral², ou ces trois statues en bronze dont la réalisation forcée a également été portée jusqu'à notre cour suprême par la créancière nantie³.

Les objets d'art peuvent servir de sûreté dans de nombreux cas de figure. On mentionnera ici trois d'entre eux. En premier lieu, le propriétaire d'un objet d'art (par exemple, un tableau) peut le mettre en gage pour garantir un prêt (*asset-based lending*) ; il se procure ainsi des liquidités, tout en conservant l'espoir de récupérer son bien s'il parvient à rembourser le prêt. Par ailleurs, un collectionneur peut obtenir un financement pour acquérir l'antiquité qu'il convoite, moyennant la constitution d'une sûreté sur celle-ci (*acquisition financing*). Enfin, le propriétaire qui souhaite vendre un objet d'art peut le remettre en garantie aux fins d'obtenir d'ores et déjà une avance sur le produit escompté de la vente à venir.

Mais les objets d'art ne constituent pas nécessairement des sûretés idéales. Ils peuvent être encombrants ou délicats à conserver. Ils peuvent nécessiter un entretien ou des manipulations pour maintenir leur valeur ; on songe notamment aux instruments de musique anciens, dont l'état se péjore s'ils ne sont pas joués. La provenance de ces œuvres peut être douteuse ou leur authenticité sujette à caution. Et finalement, leur réalisation peut s'avérer délicate pour le créancier, ne serait-ce qu'en raison de la volatilité du marché des objets d'art.

Il peut dès lors être intéressant d'étudier les questions que posent les sûretés sur les objets d'art, étant précisé que nous n'aurons pas le temps d'approfondir chacune d'entre elles.

I. Brefs rappels

Les objets d'art, comme la plupart des choses mobilières, peuvent en droit suisse faire l'objet de deux types de sûretés réelles conventionnelles.

1 Voir par exemple : Lindsay Pollock et Scott Reyburn, Financier to Auction \$40 Million Paintings: Art Buzz (Update 1), Bloomberg, publié le 21 octobre 2009, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=amrC6yHG9aYY> (28.11.13).

2 ATF 131 III 418, du 8 avril 2005.

3 ATF 5A_551/2011, du 9 novembre 2011.

Lors d'un **nantissement** (ou gage ; article 884 CC⁴), le créancier, que l'on appelle créancier gagiste, acquiert un droit réel limité sur l'objet remis en gage. Ce droit permet uniquement à son titulaire, si la créance garantie ne lui est pas remboursée, de procéder à la réalisation de l'objet grevé et de se payer sur le produit de cette réalisation. Ce droit repose sur un accord entre le créancier gagiste et le constituant du gage (qui est en principe également, mais non nécessairement, le débiteur de la créance garantie) : le contrat de gage.

Par un **transfert de propriété aux fins de garantie**, le créancier devient propriétaire de l'objet grevé. Contrairement au gage, le constituant de la sûreté perd la propriété de l'objet d'art, qui est transférée au créancier, que l'on appelle propriétaire fiduciaire. Le créancier s'engage toutefois à conserver la chose avec soin et à en retransférer la propriété au constituant (ou fiduciaire) si et quand la créance garantie est remboursée.

Le fiduciaire est pleinement propriétaire. Mais, dans les rapports internes, il s'engage envers le fiduciaire à ne pas faire un usage de cette propriété qui aille au-delà de ce que nécessite la garantie de sa créance. Les rapports internes sont régis par un contrat, la convention de fiducie ; ici aussi, le constituant de la sûreté est en principe (mais pas nécessairement) le débiteur de la créance garantie.

Cette deuxième forme de sûreté est moins utilisée pour les objets d'art. Les lignes qui suivent se concentrent donc sur le gage, tout en donnant quelques indications sur le transfert de la propriété aux fins de garantie.

On remarquera un absent dans cette courte liste : l'**hypothèque mobilière**. Notre droit connaît l'hypothèque mobilière, mais de façon limitée. Seules certaines catégories d'objets peuvent en être grevées : le bétail (article 885 CC), les aéronefs, les bateaux, par exemple, mais pas les objets d'art. Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres pays, il n'est pas possible en droit suisse actuel, de grever les objets d'art d'un gage par simple inscription dans un registre et sans dépossession.

Une remarque préliminaire encore : les objets d'art ne peuvent faire l'objet de ces sûretés que s'ils sont des **choses mobilières**. Or tout objet d'art n'est pas une chose mobilière.

Il en va ainsi des sculptures. Parfois, elles sont solidement ancrées dans le sol aménagé pour elles ou dans une niche installée dans une paroi. Selon les circonstances, ces statues constitueront des parties intégrantes (article 642 CC)⁵ et partageront le sort juridique du sol, du bâtiment dans lequel elles se trouvent. On peut par exemple songer aux sculptures qui ornent le jardin de la Fondation Gianadda à Martigny, à celles du Parco dei Mostri à Bomarzo ou au Mur des Réformateurs dans le Parc des Bastions à Genève. Dans de tels

4 Code civil suisse, RS 210 (CC).

5 Voir par exemple: Arthur Meier-Hayoz, *Das Eigentum*, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5^e éd., Berne 1981, n. 41 *ad* art. 642.

cas, les sculptures ne peuvent pas faire l'objet d'une sûreté mobilière, (sauf naturellement si on les sépare du sol) ; en revanche, on peut hypothéquer l'immeuble et, avec lui, les sculptures qui en font partie intégrante (article 805 al. 1 CC).

De même, les peintures murales ne constituent pas des choses mobilières. Par exemple, les fameux « *wall drawings* » de Sol LeWitt (1928-2007), qui ont donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral il a quelques années⁶, ne peuvent pas faire l'objet d'un nantissement, sauf à les détacher du mur. Pour les grever (indirectement), il faudra constituer un gage immobilier portant sur l'immeuble sur lequel elles se trouvent.

II. Droit applicable

La constitution des sûretés mobilières pose la question du droit qui leur est applicable. Il s'agit des articles 884 ss. CC dans le cas du gage, et des articles 714 ss. CC pour le transfert de la propriété aux fins de garantie. Cela étant, les œuvres d'art constituent en principe des biens culturels⁷. On peut dès lors se demander si la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)⁸ est applicable aux sûretés qui les grevent.

Selon son titre même et son article 1^{er}, la LTBC ne s'applique que dans les situations internationales. Mais, très curieusement, la LTBC a un sous-titre qui ne contient pas le mot « international » : « Loi sur le transfert des biens culturels ». Et la plupart de ses dispositions ne requièrent pas d'élément d'extranéité. Il est donc généralement admis en doctrine que la LTBC est également applicable dans les situations purement internes⁹.

La principale conséquence, s'agissant des sûretés, est l'applicabilité de l'article 16 LTBC. Cette disposition impose à l'aliénateur d'un objet culturel un devoir de diligence si l'aliénation s'effectue « dans le commerce d'art ou dans une vente aux enchères »¹⁰ ; un tel aliénateur doit s'assurer que le bien n'a pas été volé, ne provient pas de fouilles illicites et n'a pas été importé illicitement (article 16 al. 1 LTBC). La loi prévoit une sanction pénale en cas de violation de ce devoir (article 25 al. 1 lit. a LTBC), mais pas de sanction civile¹¹. L'aliénation est donc valable même si le devoir de diligence n'a pas été respecté¹².

6 ATF 5A_279/2008, du 16 septembre 2008.

7 Sur cette notion, voir l'article 2 al. 1 LTBC (cf. note 8).

8 Du 20 juin 2003, RS 444.1.

9 Voir par exemple : Pierre Gabus/Marc-André Renold, Commentaire LTBC, Genève 2006, Titre et préambule, n. 3 s.

10 Gabus/Renold (note 9), n. 6 *ad* art. 16.

11 Bénédicte Foëx, La loi fédérale sur le transfert international de biens culturels : un point de vue de civiliste, in *Criminalité, Blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels* (Marc-André Renold, Pierre Gabus et Jacques de Werra, eds), Genève 2006, p.17 ss., p. 22.

12 Voir cependant Florian Schmidt-Gabain, *Verkaufen verboten! Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Folgen des Art. 16 Abs. 1 KGTG*, in *PJA* 2007 p. 575 ss, p. 582 (qui considère qu'il s'agirait d'un cas de nullité dont seul l'acheteur peut se prévaloir).

Pour le surplus, il convient d'observer que l'article 16 LTBC ne vise selon son texte que le « transfert » d'un objet d'art, à savoir un « acte juridique passé à titre onéreux dans le domaine du commerce d'art et de la vente aux enchères et attribuant la propriété d'un bien culturel à une personne » (cf. article 1 lit. f OTBC¹³). On peut donc retenir que le devoir de diligence de l'article 16 LTBC doit être respecté en cas de transfert de propriété aux fins de garantie (pour autant que l'opération s'effectue dans le commerce d'art ou dans une vente aux enchères¹⁴). En revanche, la constitution d'un gage sur un bien culturel ne requiert pas l'observation de ce devoir de diligence¹⁵.

On notera d'ailleurs en passant que le gage est – avec l'usufruit – un des grands absents de la LTBC. La loi n'en parle pas, et c'est regrettable : il en résulte que le créancier gagiste est privé de plusieurs droits que la LTBC réserve au propriétaire ; ainsi et par exemple, elle ne prévoit ni qu'il puisse demander une indemnité en cas d'exercice de l'action en retour exercée par un Etat étranger (article 9 al. 5 LTBC)¹⁶, ni qu'il puisse faire opposition à la délivrance d'une garantie de restitution (article 12 al. 2 lit. a LTBC)¹⁷.

Par ailleurs, il faut tenir compte du contexte international du marché de l'art. Les objets d'art voyagent et passent les frontières ; il convient dès lors de déterminer le droit qui leur est applicable à l'échelon international. Selon l'article 100 LDIP¹⁸, « l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont régies par le droit du lieu de situation du meuble ». Il en résulte que si l'œuvre d'art est située en Suisse, sa mise en gage ou son transfert aux fins de garantie est soumis au droit suisse.

L'article 104 al. 1 LDIP permet cependant aux parties de soumettre l'acquisition et la perte des droits réels mobiliers « au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base ». Ainsi, le créancier gagiste et le constituant du gage peuvent par exemple convenir que la mise en gage sera soumise au droit étranger qui régit le contrat de gage (lequel constitue l'« acte juridique de base » au sens de l'article 104 al. 1 LDIP), même si le bien est situé en Suisse.

Une telle élection de droit présente toutefois deux inconvénients majeurs.

Premièrement, ses effets se limitent à l'acquisition et à la perte du droit réel en cause ; en revanche, le contenu et l'exercice de ce droit restent soumis au droit du lieu de situation

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

14 Cf. Gabus/Renold (note 9), n. 7 *ad* art. 16.

15 Gabus/Renold (note 9), n. 5 *ad* art. 16 ; Foëx (note 11), p. 38.

16 Foëx (note 11), p. 38.

17 *Ibid.* Voir cependant Gabus/Renold (note 9), n. 3 *ad* art. 12.

18 Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

de l'objet grevé (article 100 al. 2 LDIP)¹⁹. Ainsi et par exemple, l'étendue des droits du créancier gagiste, les modalités de la réalisation du gage, etc., seront déterminées par la *lex rei sitae*²⁰.

Deuxièmement, l'article 104 al. 2 LDIP prévoit que « l'élection de droit n'est pas opposable aux tiers ». Les tiers peuvent donc se prévaloir soit du droit du lieu de situation, soit du droit choisi par les parties²¹. En d'autres termes, en fin de compte, l'élection de droit vulnérabilise la sûreté : le tiers qui entend par exemple contester la validité de la sûreté (faisant l'objet d'une clause d'élection de droit en faveur d'un droit étranger mais grevant un objet d'art situé en Suisse) pourra se prévaloir, selon ce qui lui est plus favorable, soit du droit suisse à titre de *lex rei sitae*, soit du droit étranger choisi par les parties²².

En définitive, l'article 104 al. 2 LDIP a comme conséquence pratique de contraindre les parties désireuses de procéder à une election de droit de s'assurer que la sûreté ainsi créée satisfait également aux conditions du droit du lieu de situation²³. Alternativement, elles peuvent constituer deux sûretés grevant l'objet d'art en cause, l'une selon les formes du droit choisi (par exemple, un *security interest* selon l'article 9 du Uniform Commercial Code américain) et l'autre se conformant aux exigences du droit local (par exemple, un nantissement au sens de l'article 884 CC si l'objet est situé en Suisse)²⁴.

III. Dépossession

On le sait, la création d'une sûreté réelle mobilière exige la « dépossession » du constituant. Cette exigence découle de l'article 884 al. 3 CC pour le gage et de l'article 717 al. 1 CC pour le transfert de propriété aux fins de garantie. Ces bases légales posent des conditions différentes et prévoient des sanctions différentes.

19 Cf. Dieter Zobl/Christoph Thurnherr, *Das Fahrnispfand*, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 3^e éd., Berne 2010, Syst. T., n. 935 ; Tarkan Göksu/Oscar Olano, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Internationales Privatrecht (Andreas Furrer, Daniel Girsberger et Markus Müller-Chen, éd.), 2^e éd., Zurich 2012, n. 2 *ad* art. 104 ; Pius Fisch, *in* Internationales Privatrecht (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Anton K. Schnyder, éd.), Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2007, n. 3 *ad* art. 104 ; Louis Gaillard, *in* Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano (Andreas Bucher, éd.), Commentaire romand, Bâle 2011, n. 4 *ad* art. 104.

20 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 918 ; Barbara Graham-Siegenthaler, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, Berne 2005, p. 48 ; etc.

21 Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 937 ; Fisch (note 19), n. 14 *ad* art. 104 ; Gaillard (note 19), n. 6 *ad* art. 104 ; Hans Kuhn, *Schweizerisches Kreditsicherungsrecht*, Berne 2011, p. 776. Certains auteurs exigent toutefois que le tiers soit de bonne foi (condition que ne pose pas le texte légal), cf. Göksu/Olano (note 19), n. 2 *ad* art. 104 et les réf.

22 Cf. Fisch (note 19), n. 17 *ad* art. 104.

23 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 937 ; Fisch (note 19), n. 17 *ad* art. 104

24 Cf. Bénédicte Foëx, *Contrat de gage mobilier*, *in* Recueil de contrats commerciaux (Sylvain Marchand, Christine Chappuis et Laurent Hirsch, éd.), Bâle 2013, p. 1223 ss., p. 1255 (n° 13.6).

L'article 717 al. 1 CC prévoit que « lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier ». Il est généralement admis que le transfert de propriété aux fins de garantie opéré par le biais d'un constitut possessoire (au sens de l'article 924 al.1, 2^e hypothèse, CC) tombe sous le coup de cette disposition, car il revient à éluder les règles sur le gage mobilier (à savoir, l'article 884 al. 3 CC)²⁵. En d'autres termes, l'objet d'art dont la propriété est transférée aux fins de garantie ne doit pas rester en la possession immédiate du constituant, mais doit être remis au propriétaire fiduciaire ou à un tiers pour le compte de ce dernier.

Si l'objet d'art reste en la possession immédiate du constituant, la propriété est certes transférée²⁶, mais elle n'est pas opposable aux tiers (article 717 al. 1 CC)²⁷. Cette propriété non opposable aux tiers constitue donc une bien piètre sûreté. Pratiquement, cela signifie que le créancier n'acceptera pas que la propriété lui soit transférée par constitut possessoire : cette sûreté ne lui procurerait pas une protection suffisante.

L'article 884 al. 3 CC prévoit quant à lui que le « gage n'existe pas, tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose ». La loi élève donc l'exigence d'un transfert approprié de possession au rang de condition d'existence du gage : si le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose, le nantissement n'est pas simplement non opposable au tiers, il n'existe pas²⁸ et est en quelque sorte frappé de nullité.

Le constituant du gage doit donc perdre la maîtrise exclusive de la chose²⁹. Quatre alternatives peuvent être envisagées par les parties.

En premier lieu, elles peuvent naturellement convenir que l'objet d'art sera remis au créancier gagiste (article 922 al. 1 CC). Mais cette solution n'est pas toujours satisfaisante, notamment si l'objet est encombrant ou nécessite un entretien spécifique ou des conditions de conservation particulières, tel qu'un papyrus égyptien.

25 Voir notamment : Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1408 ; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne 2012, n° 3100 ; Kuhn (note 21), p. 235.

26 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1408 ; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, 4^e éd., Berne 2012, n° 2026 ; Kuhn (note 21), p. 235.

27 Il faut réserver ici le cas dans lequel le fiduciaire et le fiduciant exerceraient ensemble une possession commune (l'objet d'art étant par exemple enfermé dans un coffre qui ne peut être ouvert sans la collaboration des deux parties) ; cf. Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1409.

28 Cf. par exemple : Thomas Bauer, in Zivilgesetzbuch II (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Thomas Geiser, eds), 4^e éd., Zurich 2011, n. 76 *ad* art. 884 ; Karl Oftinger/Rolf Bär, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar, vol. IV.2.c, 3^e éd., Zurich 1981, n. 189 *ad* art. 884. Plus nuancés (lorsque le nantissement est créé par constitut possessoire) : Steinauer (note 25), n° 3151c ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 724 *ad* art. 884.

29 Cf. ATF 5A_315/2009, du 13 août 2009, consid. 5.1 (extraits publiés in BISchK 2010 p. 65 s., p. 65).

En second lieu, les parties peuvent convenir qu'un tiers exercera la possession immédiate sur l'objet d'art à grever³⁰ ; il peut par exemple s'agir d'un dépositaire, d'un port-franc, d'une galerie d'art, ou encore d'un musée (exposant l'objet grevé ou non). Plusieurs situations sont ici envisageables.

L'objet peut d'ores et déjà se trouver en la possession du tiers, qui le possède à un titre spécial. Il peut notamment s'agir d'un musée à qui l'objet devant être grevé a été prêté. Le créancier gagiste acquiert alors la possession par délégation de possession (article 924 al. 1, 1^{re} hypothèse, CC) : le gage naît lorsque le tiers a été avisé du fait qu'il doit désormais exercer la possession pour le compte du créancier gagiste³¹. Il n'est pas nécessaire (bien que cela soit souhaitable) que le tiers soit informé du fait que les parties visent ainsi à constituer un gage³². Il en va différemment si ce tiers est lui-même créancier gagiste : dans une telle situation, l'article 886 CC exige que l'existence du gage subséquent soit notifiée (par écrit) au tiers (et que ce dernier soit en outre informé qu'il doit remettre le bien grevé à l'autre créancier lorsque son gage s'éteint)³³.

Par ailleurs, la loi n'exige pas que le tiers consente à posséder pour le compte du créancier gagiste³⁴. Selon certains auteurs, le gage serait valablement constitué même si le tiers refuse de posséder pour le créancier gagiste³⁵. Toutefois, dans une telle hypothèse, la possession exercée par le créancier gagiste repose sur celle du constituant (dans la mesure où le tiers possède pour ce dernier³⁶), et l'on doit vraisemblablement admettre que le gage n'est pas valablement créé, faute de satisfaire à la condition posée à l'article 884 al. 3 CC³⁷.

Alternativement, le constituant et le créancier gagiste peuvent convenir que l'objet à grever sera remis à un tiers qui exercera la possession pour le compte du créancier gagiste, ou pour le compte des deux parties (entièrement, *Pfandhalterschaft*)³⁸. A nouveau, il n'est pas nécessaire que le tiers sache qu'il exerce la possession aux fins de conférer un gage au créancier gagiste. L'essentiel est qu'il s'engage à ne pas restituer l'objet d'art au constituant

30 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 608 *ad art.* 884 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 211 *ad art.* 884 ; Kuhn (note 21), p. 220.

31 Art. 924 al. 2 CC. Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 684 *ss. ad art.* 884 ; Steinauer (note 25), n° 3151.

32 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 701 *ad art.* 884 ; Foëx (note 24), p. 1244 (n° 4.2).

33 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 33 *ad art.* 886 ; Peter Reetz/Michael s. Graber, *in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Sachenrecht* (Peter Breitschmid et Alexandra Rumo-Jungo, éd.), 2^e éd., Zurich 2012, n. 4 *ad art.* 886 ; Kuhn (note 21), p. 223 s.

34 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 704 *ad art.* 884 et les réf., et n. 38 *ad art.* 886 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 261 *ad art.* 884.

35 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 704 *ss ad art.* 884 et les réf. ; Oftinger/Bär (note 28), n. 262 *ad art.* 884.

36 Cf. ATF 132 III 155, 158 s. (= JdT 2006 I 116, 118), du 2 décembre 2005.

37 De cet avis : Emil W. Stark, *Der Besitz*, Berner Kommentar, vol. IV.3.1, 3^e éd., Berne 2001, n. 33 *ad art.* 924.

38 Steinauer (note 25), n° 3151b ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 558 *ad art.* 884 (qui semblent considérer qu'il n'y a entièrement que dans le second cas de figure) ; etc.

sans le consentement du créancier gagiste³⁹ et qu'il présente une « indépendance suffisante » vis-à-vis du constituant⁴⁰ : il doit être à même de refuser de suivre des instructions du constituant contraires à son engagement de ne pas restituer l'objet grevé sans le consentement du créancier gagiste. Ainsi et par exemple, les parties ne pourraient pas convenir que l'objet d'art à grever sera remis à un employé de maison soumis aux instructions du collectionneur souhaitant constituer le gage⁴¹.

Troisièmement, le constituant et le créancier gagiste peuvent également prévoir qu'ils exerceront ensemble la possession commune du bien grevé⁴², en ce sens qu'ils ne peuvent exercer qu'ensemble la maîtrise de fait sur l'objet d'art en cause⁴³ : il suffit que le constituant ne puisse plus exercer seul la maîtrise de fait pour que le gage soit valablement créé. Par exemple, il est admis que si l'objet à grever est déposé dans un local fermé à clef, il suffit que chacune des parties n'ait qu'une seule des deux clefs nécessaires pour l'ouvrir pour que le gage soit valable⁴⁴. Ne disposant pas de l'autre clef, le constituant n'a plus la possibilité d'accéder seul à la chose. Partant, il n'a plus la maîtrise exclusive et le gage est valable. Le Tribunal fédéral a ainsi admis récemment la validité de la constitution d'un gage grevant un lot de tapis d'Orient déposé dans un local loué dans un port-franc, local dont le constituant et le créancier possédaient chacun une des deux clefs nécessaires à son ouverture⁴⁵.

Enfin, selon certains auteurs, il serait même possible de prévoir que l'objet grevé sera enfermés dans une pièce se trouvant dans les locaux du constituant⁴⁶, voire dans une armoire ou un autre contenant se trouvant dans les locaux du constituant (pourvu que cette armoire ou ce contenant soient solidement fixés au sol ou au bâtiment et ne puissent donc être emportés si ce n'est par la force)⁴⁷. On pourrait donc imaginer que l'œuvre d'art remise en gage reste par exemple chez le collectionneur, pourvu qu'elle soit enfermée dans une pièce dont le constituant n'a plus la clef (ou dont il ne conserve que l'une des deux clefs nécessaires pour l'ouvrir) ou qu'elle soit par exemple enfermée dans un coffre-fort solidement rattaché aux locaux du constituant et ne pouvant être ouvert sans

39 Steinauer (note 25), n° 3151b. Voir aussi : Zobl/Thurnherr (note 19), n. 558 *ad art.* 884.

40 Steinauer (note 25), n° 3151b ; Kuhn (note 21), p. 220. Pour plus de détails, voir Zobl/Thurnherr (note 19), n. 559 *s. ad art.* 884.

41 Cf. par exemple : Kuhn (note 21), p. 220. Voir aussi : ATF 89 II 314, 319 s. (= JdT 1964 I 281, 284 ss.), Zobl/Thurnherr (note 19), n. 621 ss. *ad art.* 884.

42 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 539 *ad art.* 884 ; Steinauer (note 25), n° 3150 ; etc.

43 Sur la notion de possession commune, voir notamment : Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome I, 5^e éd., Berne 2012, n° 235 s.

44 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 542 *ad art.* 884 ; Kuhn (note 21), p. 216.

45 ATF 5C.172/2000, du 1^{er} novembre 2000, *in Praxis* 2001 p. 388 ss., p. 389 s. Cf. Marc-André Renold, « Art as Collateral » : Sicherheiten und andere Garantien im Kunstmarkt, *in Kunst & Recht* (Peter Mosimann et Beat Schönenberger, eds), Zurich 2011, p. 41 ss., p. 47.

46 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 535 *ad art.* 884 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 234 *ad art.* 884.

47 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 536, 542 et 544 *ad art.* 884 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 236 *ad art.* 884.

le concours du créancier gagiste. Dans ces situations également, le constituant perd la maîtrise exclusive de la chose.

Toutefois, le Tribunal fédéral semble exiger – de façon surprenante et quelque peu contradictoire – que le créancier gagiste puisse « accéder librement à l’endroit où se trouvent les choses mises en gage »⁴⁸ ; la constitution du gage dans de telles hypothèses supposerait donc que le créancier gagiste ait la faculté de pénétrer librement dans les locaux du constituant, ce qui n’est pas toujours praticable. Quoi qu’il en soit, la prudence recommande de ne pas recourir à ce mode de mise en possession, qui ne procure en fin de compte qu’une maîtrise fort lâche au créancier gagiste. Il suffit à cet égard de songer aux problèmes qui risquent de se poser s’il faut procéder à la réalisation du bien grevé : le constituant risque d’interdire l’accès à ses locaux et de soulever diverses difficultés qui n’existent pas si la chose gagée se trouve sous le contrôle du créancier gagiste ou d’un tiers qui possède pour lui.

IV. Continuité de la dépossession

La loi ne se contente pas de la dépossession lors de la création de la sûreté : cette exigence vaut pour toute la durée de la sûreté.

S’agissant en premier lieu du gage, l’article 888 al. 1 CC prévoit en effet que le nantissement s’éteint « dès que le créancier cesse de posséder le gage et qu’il ne peut le réclamer de tiers possesseurs ». Quant à l’article 888 al. 2 CC, il dispose que les effets du nantissement ne sont que « suspendus » si le constituant récupère la maîtrise exclusive de l’objet grevé avec l’accord du créancier gagiste. En d’autres termes, la remise de l’objet grevé au constituant lui-même n’entraîne en principe pas l’extinction pure et simple du gage ; encore faut-il selon la jurisprudence que cette remise au constituant soit « accompagnée de l’obligation inconditionnelle de restituer la chose à bref délai »⁴⁹.

Si la sûreté est un transfert de propriété aux fins de garantie, l’article 888 al. 1 CC est applicable par analogie selon la doctrine⁵⁰. En revanche, si l’objet dont la propriété a été transférée aux fins de garantie est remis au fiduciaire, ce ne serait pas l’article 888 al. 2 CC qui serait applicable (par analogie), mais l’article 717 al. 1 CC : la propriété acquise aux fins de garantie n’est pas opposable aux tiers pendant que l’objet se trouve en la possession exclusive du fiduciaire⁵¹.

48 ATF 5A_315/2009, du 13 août 2009, consid. 5.1 (extraits publiés in BLSchK 2010 p. 65 s., p. 65 s.). Voir aussi : Steinauer (note 25), n° 3151a.

49 ATF 99 II 34, 37 (= JdT 1974 I 42, 45), du 1^{er} février 1973. Steinauer (note 25), n° 3163 ; Dieter Zobl, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.2, 2^e éd., Berne 1996, n. 25 ad art. 888.

50 Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1420. Voir cependant : Oftringer/Bär (note 28), Syst. T., n. 262.

51 Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1420.

On peut noter dans ce contexte qu'il n'est pas rare que le constituant de la sûreté demande à rentrer – provisoirement – en possession de l'objet d'art remis en garantie : il s'agit par exemple de l'entretenir ou de le faire expertiser. Ou encore, il se peut que le soliste qui a remis son *Stradivarius* en gage demande à pouvoir l'utiliser pour un concert ou pour un enregistrement ou que le collectionneur qui a transféré la propriété de sa collection de timbres en garantie à un financier continue de présenter celle-ci aux expositions de philatélie, de façon à maintenir la valeur de celle-ci.

Dans de telles situations, les effets du gage sont suspendus et la propriété acquise aux fins de garantie n'est plus opposable aux tiers, aussi longtemps que le constituant de la sûreté exerce la possession immédiate sur la chose. Il en résulte que si le constituant aliène l'objet d'art, le tiers acquéreur acquiert la propriété libre de la sûreté même s'il en connaît l'existence⁵² ; par ailleurs, si le constituant fait l'objet de mesures d'exécution forcée, le créancier ne pourra pas invoquer sa propriété ou son gage, puisqu'ils sont paralysés par la remise de l'objet au constituant⁵³. On peut noter que ces conséquences peuvent être évitées si le constituant a accès à la chose (pour l'entretenir, etc.) en présence du créancier (ou de son représentant) : le créancier conserve en effet une possession suffisante au maintien des effets de sa sûreté⁵⁴ ; il en va de même si c'est un tiers qui a accès à la chose (par exemple, pour l'expertiser), pour autant qu'il exerce la possession pour le compte du créancier⁵⁵.

V. Droit du créancier d'utiliser la chose reçue en garantie ?

La sûreté (qu'il s'agisse d'un gage ou d'un transfert de propriété aux fins de garantie) s'épuise dans sa fonction de garantie : elle vise à garantir le paiement de la créance et ne procure pas au créancier le droit d'utiliser – ou de laisser un tiers utiliser – le bien qui fait l'objet de sa sûreté⁵⁶.

Par voie de conséquence, le créancier gagiste ne peut par exemple pas accrocher le tableau nanti dans son salon, ni le remettre à un musée aux fins d'y être exposé ; s'il passe outre, il répond du dommage qu'il cause par sa faute au constituant⁵⁷.

52 Cf. par exemple, s'agissant de l'art. 888 al. 2 CC : Zobl (note 49), n. 31 *ad* art. 888 ; Steinauer (note 25), n° 3163a.

53 Cf. par exemple, s'agissant de l'art. 888 al. 2 CC : Zobl (note 49), n. 31 *ad* art. 888 ; Steinauer (note 25), n° 3163a.

54 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 599 *ad* art. 884.

55 Zobl (note 49), n. 16 *ad* art. 888.

56 *Sic*, pour le nantissement : Steinauer (note 25), n° 3168 ; Kuhn (note 21), p. 225 ; Zobl (note 49), n. 31 *ad* art. 890. Pour le transfert de propriété aux fins de garantie : Kuhn (note 21), p. 239.

57 Zobl (note 49), n. 33 *ad* art. 890.

Le propriétaire fiduciaire est quant à lui propriétaire de la chose reçue aux fins de garantie ; en tant que tel, il a donc la faculté de l'utiliser. Mais la convention de fiducie l'oblige (expressément ou tacitement) à ne pas exercer sa propriété au-delà que ce que requiert la garantie de sa créance⁵⁸ ; partant, il ne doit pas utiliser la chose⁵⁹ et répond du dommage qu'il cause par sa faute s'il ne respecte pas cet engagement contractuel⁶⁰.

Cela étant, les parties sont libres de réserver au créancier un droit d'usage et d'en définir l'étendue⁶¹.

L'on peut enfin relever que, d'une manière générale, le créancier doit conserver la chose reçue en garantie avec soin ; en particulier, il répond des dépréciations que subirait la chose pendant qu'elle est en sa possession, sauf s'il prouve que le dommage est survenu sans sa faute⁶². Cela découle de l'article 890 CC pour le nantissement, et d'une application analogique de cette disposition à la propriété fiduciaire⁶³.

Le créancier n'a en principe pas pour autant l'obligation d'assurer l'objet reçu en garantie⁶⁴. Mais évidemment, vu la valeur que peuvent présenter les objets d'art, c'est là une question qui devrait être réglée dans le contrat de gage ou dans la convention de fiducie⁶⁵. Les contrats de gage prévoient fréquemment qu'il incombe au constituant d'assurer, à ses frais, l'objet remis en gage.

VI. Objet d'art présentant un défaut

Il peut arriver que l'objet d'art remis en garantie présente un défaut : il ne présente pas les qualités promises ou celles auxquelles le créancier est en droit de s'attendre selon les règles de la bonne foi. Par exemple, il s'avère que la statuette gagée a été endommagée, ce qui emporte par hypothèse une diminution de sa valeur.

Selon certains auteurs, les règles sur la garantie en cas de défaut dans le contrat de vente (articles 197 ss. CO) seraient applicables par analogie si l'objet grevé d'un nantissement

58 Cf. *supra*, I.

59 Kuhn (note 21), p. 239.

60 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1440.

61 *Sic*, pour le nantissement : Steinauer (note 25), n° 3168 ; Zobl (note 49), n. 31 *ad* art. 890. Pour le transfert de propriété aux fins de garantie : Kuhn (note 21), p. 239

62 Le créancier répond même sans sa faute du dommage qu'il cause s'il aliène sans droit l'objet grevé (article 890 al. 2 CC, applicable par analogie à la fiducie-sûreté : Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1439).

63 Cf. Kuhn (note 21), p. 239 ; Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1438 ss. Voir aussi : Steinauer (note 25), n° 3105.

64 Cf., s'agissant du nantissement : Zobl (note 49), n. 27 *ad* art. 890 (qui réserve le cas où l'obligation d'assurer l'objet grevé résulterait de l'art. 2 al. 1 CC ou des usages).

65 Cf. aussi : Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1392.

est défectueux⁶⁶. Mais l'analogie ne serait pas complète : à la place d'une « réduction du prix » (article 205 al. 1 CO), le créancier gagiste pourrait exiger un complément de sûreté correspondant à la moins-value ; et en lieu et place de la résolution du contrat (action réhibitoire, article 205 al. 1 CO), le créancier gagiste pourrait exiger la remise d'un objet de remplacement.

Il paraît plus simple d'admettre que le constituant du gage assume l'obligation de remettre en gage un objet approprié au but de garantie poursuivi par les parties. Dès lors, si l'objet d'art présente un défaut, ce but n'est pas atteint et il y a mauvaise exécution du contrat de gage. Le créancier gagiste peut alors exiger la réparation du dommage qu'il subit en se fondant sur l'article 97 CO⁶⁷. La même solution devrait prévaloir si l'objet dont la propriété est transférée aux fins de garantie présente un défaut. En tout état de cause, les parties seraient bien avisées de régler elles-mêmes avec soin dans leur contrat (de gage ou de fiducie) la question des qualités que doit présenter l'objet remis en garantie et les conséquences d'un défaut éventuel.

VII. Acquisition de bonne foi

Il arrive que le constituant ne soit pas propriétaire de l'objet d'art remis en garantie, ou que, quoiqu'étant propriétaire de celui-ci, il n'ait pas le plein pouvoir d'en disposer (par exemple, parce le bien en cause fait l'objet d'une saisie au sens de l'article 96 LP⁶⁸). La constitution de la sûreté n'est alors en principe pas valable, conformément au principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Toutefois, le législateur a prévu qu'à certaines conditions, l'acquéreur est protégé dans son acquisition nonobstant l'absence de pouvoir de disposer de son cocontractant. En matière mobilière, cette protection est ancrée aux articles 933 à 935 CC, dont l'acquéreur d'une sûreté, qu'il s'agisse d'un gage⁶⁹ ou d'un transfert de propriété aux fins de garantie⁷⁰, peut se prévaloir le cas échéant.

La condition essentielle est la bonne foi de l'acquéreur. Il doit croire (en faisant preuve de l'attention requise par les circonstances) que le disposant est propriétaire ou qu'il a le pouvoir de disposer du bien en cause⁷¹. On le sait, la bonne foi est présumée (article 3 al. 1 CC), mais l'impétrant ne peut s'en prévaloir « si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui » (article 3 al. 2 CC). Si l'acqué-

66 Oftinger/Bär (note 28), n. 10 *ad* art. 891. Voir aussi : Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 37 et n. 350 *ad* art. 884.

67 Bénédicte Foëx, Le contrat de gage mobilier, Genève 1997, p. 261.

68 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1 (LP).

69 Cf. article 884 al. 2 CC.

70 Cf. article 714 al. 2 CC.

71 Cf. Steinauer (note 43), n° 432.

reur est de mauvaise foi ou qu'il ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi (article 3 al. 2 CC), la sûreté ne naît pas et le créancier est tenu de restituer l'objet reçu en garantie (articles 933, 934 al. 1 et 936 CC).

Le Tribunal fédéral a souligné dans un récent et fameux arrêt⁷² relatif à la mise en gage de deux pièces d'or géantes mogholes que « la mesure de l'attention exigée par les circonstances, au sens de l'article 3 al. 2 CC, est largement une question d'appréciation (article 4 CC [...]). Elle doit être déterminée d'après un critère objectif, c'est-à-dire indépendamment des connaissances et des aptitudes particulières de la partie [...]. Selon une jurisprudence constante, approuvée par la doctrine, il n'existe pas de devoir général de l'acquéreur d'une chose (respectivement du créancier qui se fait remettre la chose en nantissement) de se renseigner sur le pouvoir de disposition de l'aliénateur (respectivement du constituant du gage) ; ce n'est que s'il existe des motifs concrets propres à soulever le doute sur ce point que l'acquéreur (respectivement le créancier gagiste) est tenu de se renseigner [...]. Un devoir d'attention accru existe cependant dans toutes les branches d'activité exposées plus particulièrement à l'offre de marchandises de provenance douteuse, comme le commerce d'antiquités ; ces exigences élevées ne s'imposent pas seulement aux commerçants, le critère décisif étant la connaissance de la branche par l'acquéreur [...]. Même si cette jurisprudence n'impose pas un devoir général de se renseigner dans de tels cas, l'obligation de vérifier si l'aliénateur (respectivement le constituant du gage) a le pouvoir de disposer de la chose existe non seulement en cas de doutes concrets sur l'existence d'un vice juridique, mais déjà lorsqu'il y a lieu de se méfier au vu des circonstances [...] »⁷³.

Dans un arrêt plus récent encore, le Tribunal fédéral s'est montré sensiblement plus sévère envers l'acquéreur d'un objet d'art volé, en l'espèce un tableau de Kasimir Malevitch (1879-1935)⁷⁴. Passant au crible les circonstances ayant entouré l'acquisition du tableau, notre Haute Cour finit par reprocher à l'acquéreur de n'avoir pas pris une ultime précaution (à savoir, mandater un tiers pour effectuer des recherches à propos d'une rumeur selon laquelle se trouverait sur le marché un tableau de Malevitch volé) – tout en admettant qu'il n'est nullement démontré que cette mesure aurait été propre à corroborer la rumeur⁷⁵. Les juges de Mon Repos en concluent que l'acquéreur n'a pas prêté l'attention commandée par les circonstances et qu'en conséquence, il ne peut se prévaloir de sa bonne foi (article 3 al. 2 CC). Cet arrêt est d'autant plus surprenant que la question de la bonne foi de l'acquéreur ne se posait pas (encore) : le Tribunal fédéral a en effet renvoyé la cause au Tribunal cantonal pour qu'il détermine si la personne qui avait vendu

72 ATF 131 III 418, du 8 avril 2005.

73 *Idem.*, 421 s. Voir aussi, notamment: Renold (note 45), p. 45 s.

74 ATF 139 III 305. Il s'agissait en l'espèce de l'acquisition de la propriété et non d'un gage.

75 ATF 139 III 305, 326.

le tableau à l'acquéreur avait le pouvoir d'en disposer⁷⁶. Or, si tel est le cas (et que l'aliénateur était soit propriétaire du tableau soit investi du pouvoir d'en disposer), l'acquéreur du tableau en a acquis la propriété et la question de sa bonne foi ne se pose pas ! Cet arrêt constitue donc en quelque sorte un *obiter dictum* fort regrettable.

Quoi qu'il en soit, certains auteurs considèrent que, lorsque l'acquisition a pour objet un bien culturel (dans le commerce d'art ou lors d'une vente aux enchères), l'acquéreur ne peut se prévaloir de sa bonne foi que s'il a satisfait au devoir de diligence résultant de l'article 16 LTBC⁷⁷. Mais c'est oublier que l'article 16 LTBC impose un devoir de diligence à l'*aliénateur* – et non à l'acquéreur – d'un bien culturel⁷⁸. Cela étant, le créancier prudent tiendra certainement à exiger du constituant l'assurance que l'acquisition satisfait aux conditions de l'article 16 LTBC, et ce même si la sûreté en cause est un gage (droit réel dont on rappelle que la constitution n'est pas visée par cette disposition)⁷⁹.

Cela étant, si l'acquéreur de la sûreté est de bonne foi, la protection que la loi lui accorde variera selon que le bien était une chose « confiée » au sens de l'article 933 CC ou une chose volée, perdue ou dont le possesseur a été dépossédé de quelque autre manière sans sa volonté au sens de l'article 934 CC⁸⁰.

Si la chose était confiée au constituant de la sûreté (ou à celui dont le constituant tient la chose)⁸¹, la protection de l'acquéreur de bonne foi est immédiate. Par exemple, si un galeriste propriétaire d'un tableau remet celui-ci à un spécialiste pour le restaurer, il confie cet objet d'art au sens de l'article 933 CC. Et si le restaurateur trahit la confiance mise en lui en transférant le tableau aux fins de garantie ou en le remettant en gage, l'acquéreur est immédiatement protégé s'il ignore de bonne foi que le restaurateur n'a pas le pouvoir de disposer. La sûreté est valable et le galeriste perd la propriété (si la sûreté est un transfert de propriété aux fins de garantie) ou reste propriétaire d'un tableau qui est désormais grevé d'un gage (si la sûreté est un gage)⁸².

76 ATF 139 III 305, 327.

77 Voir notamment : Wolfgang Ernst, in *Zivilgesetzbuch II* (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Thomas Geiser, eds), 4^e éd., Zurich 2011, n. 43a *ad art.* 933. Voir par ailleurs : Zobl/Thurnherr (note 19), n. 822 *ad art.* 884.

78 Cf. Gabus/Renold (note 9), n. 8 *ad art.* 16 ; Foëx (note 11), p. 38.

79 Cf. *supra*, II.

80 On peut ajouter que, dans certaines circonstances, l'acquisition de bonne foi n'est pas protégée. Il en va par exemple ainsi si l'objet en cause est un bien culturel appartenant à la Confédération et inscrit à l'inventaire fédéral de l'article 3 al. 1 LTBC (cf. article 3 al. 2 lit. a LTBC ; voir l'article 4 al. 2 LTBC s'agissant des biens culturels figurant dans l'inventaire d'un canton) ; voir par exemple : Zobl/Thurnherr (note 19), n. 807a *ad art.* 884.

81 Sur la notion de chose confiée, voir par exemple : Steinauer (note 43), n° 425 ss. et 494 ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 786 ss. *ad art.* 884.

82 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 845 *ad art.* 884.

Si l'objet d'art est volé ou perdu ou si le propriétaire en est dessaisi d'une autre manière sans sa volonté⁸³, la protection de l'acquéreur de bonne foi n'est pas immédiate⁸⁴. Elle intervient après un certain délai, qui est en principe de cinq ans (article 934 al. 1 CC) : cinq ans après le vol (la perte ou le dessaisissement involontaire), le créancier fiduciaire de bonne foi ou le créancier gagiste de bonne foi acquiert valablement la sûreté, même s'il n'est lui-même entré en possession qu'en cours de délai et n'a donc pas possédé le bien en cause pendant cinq ans. Cela étant, si l'objet acquis de bonne foi est un bien culturel au sens de l'article 2 al. 1 LTBC, le délai est d'un an « à compter du moment où le propriétaire⁸⁵ a eu connaissance du lieu où se trouve l'objet et de l'identité du possesseur, mais au plus tard [...] 30 ans » après le dessaisissement (article 934 al. 1bis CC)⁸⁶.

Avant l'écoulement de ces délais (article 934 al.1 et 1bis CC), l'acquéreur de bonne foi n'est pas (encore) titulaire de sa sûreté⁸⁷. Il est donc tenu de restituer la chose, mais il peut exiger de l'ancien possesseur qu'il lui rembourse le prix qu'il a payé si son acquisition est intervenue « dans des enchères publiques, dans un marché » ou auprès « d'un marchand d'objets de même espèce » (article 934 al. 2 CC). S'agissant de l'acquisition d'une sûreté (transfert de propriété ou gage), le créancier peut exiger que lui soit versé le montant de la créance garantie par la sûreté (sauf si l'objet reçu en garantie présente une valeur vénale inférieure à la créance garantie, auquel cas c'est cette valeur qui doit lui être payée)⁸⁸.

L'article 934 al. 2 CC peut également être invoqué par l'acquéreur de bonne foi de la sûreté tenu à restitution s'il n'a pas lui-même acquis sa sûreté dans les conditions de l'article 934 al. 2 CC, mais que tel est le cas du constituant de la sûreté⁸⁹. Ainsi et par exemple, un collectionneur qui acquiert dans une galerie une statue qui est en réalité volée peut invoquer l'article 934 al. 2 CC s'il est de bonne foi. Il a acquis la chose auprès d'un marchand d'objets de même espèce ; et s'il remet en gage la statue auprès

83 Sur ces notions, voir par exemple : Steinauer (note 43), n° 462 s. ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 885 *ad art.* 884.

84 L'article 935 CC prévoit que l'acquéreur de bonne foi de « monnaie » et de « titres au porteurs » est immédiatement protégé même si ces biens sont volés, perdus, etc. Par « monnaie » il faut toutefois entendre « les pièces d'argent et les billets de banque ayant cours légal, en Suisse ou à l'étranger » (Steinauer [note 43], n° 445. Voir aussi : Ernst [note 77], n. 2 *ad art.* 935). Les pièces de monnaie anciennes (datant de l'époque romaine, par exemple) ne tombent pas sous le coup de cette disposition et leur acquisition de bonne foi est réglée par l'article 934 (al. 1 ou al. 1bis) s'il s'agit de choses volées, perdues, etc. (cf. Ernst [note 77], n. 2 *ad art.* 935).

85 *Recte* : l'ancien possesseur ; cf. Steinauer (note 43), n° 467 ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 890a *ad art.* 884. Voir aussi Foëx (note 11), p. 25.

86 Cf. Steinauer (note 43), n° 467 ; Zobl/Thurnherr (note 19), n. 890a *ad art.* 884.

87 Cf. Zobl/Thurnherr (note 19), n. 890 *ad art.* 884 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 371 *ad art.* 884.

88 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 893 s. *ad art.* 884 (qui précisent que c'est également la valeur de l'objet qui est déterminante si la sûreté garantit une créance dont le montant ne peut pas encore être déterminé). Voir aussi : Steinauer (note 25), n° 3156b ; Stark (note 37), n. 44 *ad art.* 934 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 373 *ad art.* 884.

89 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 892 *ad art.* 884 ; Ernst (note 77), n. 25 *ad art.* 934.

d'une banque, cette dernière pourra, si elle est de bonne foi, se prévaloir de l'article 934 al. 2 CC alors même qu'elle n'a pas acquis son gage sur un marché, dans des enchères publiques ou auprès d'un marchand d'objets de même espèce. La banque est protégée, parce qu'elle a acquis le gage auprès d'une personne qui, elle, a acquis la chose de bonne foi dans les conditions prévues à l'article 934 al. 2 CC. Si l'ancien possesseur exige de la banque qu'elle lui restitue la statue avant l'écoulement du délai applicable (article 934 al. 1 ou al. 1bis CC), celle-ci pourra exiger le remboursement préalable de sa créance⁹⁰.

VIII. Réalisation de la sûreté

Le créancier qui, à l'échéance, n'est pas désintéressé peut procéder à la réalisation de la sûreté.

S'agissant du gage, le créancier entamera en principe une poursuite en réalisation de gage (article 151 ss. LP)⁹¹. Il s'agit donc d'une procédure de réalisation forcée, qui débouchera en principe sur une vente aux enchères forcées organisée par l'office des poursuites (articles 156 al. 1 et 125 al. 1 LP). Alternativement, l'office des poursuites peut procéder à une vente de gré à gré, si tous les intéressés y consentent et pour autant que les autres conditions d'application de l'article 130 LP soient réalisées (article 156 al. 1 LP)⁹².

Ces modes de réalisation ne permettent pas toujours d'obtenir un prix de réalisation correspondant à la valeur de marché du bien en cause. Ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral, la réalisation d'objets d'art peut nécessiter des compétences et des relations (auprès des collectionneurs et des marchands) particulières⁹³.

C'est pourquoi notre Haute Cour a admis que « dans certaines circonstances, les modes de réalisation prévus par la loi (vente aux enchères publiques par l'office, vente de gré à gré, procédures spéciales) apparaissent [...] inadéquats. [...] s'agissant d'œuvres d'art ou d'antiquités de grande valeur (mais non les objets de moyenne ou faible valeur), la vente par une maison d'enchères privées pouvait être indiquée pour autant que le droit des créanciers de faire des offres d'achat soit sauvegardé »⁹⁴.

90 Zobl/Thurnherr (note 19), n. 895 *ad art.* 884 ; Oftinger/Bär (note 28), n. 373 *ad art.* 884. Pour certains auteurs, c'est cependant le prix payé par le constituant qui est déterminant ; cf. Stark (note 37), n. 44 *ad art.* 934 ; Ernst (note 77), n. 25 *ad art.* 934.

91 Cf. par exemple: ATF 5A_551/2011, du 9 novembre 2011 (trois statues en bronze constituant des copies non autorisées).

92 Cf. ATF 115 III 52, 55 (= JdT 1991 II 104,107), du 31 mai 1989; Kuhn (note 21), pp. 174 et 176 ; Bauer (note 28), n. 12 *ad art.* 891.

93 ATF 105 III 67, 70 s., du 31 octobre 1979.

94 ATF 5A_705/2008, du 19 janvier 2009, consid. 3.1. (tableau de Vincent van Gogh). Cf. Renold (note 45), pp. 48 s.

Ces principes ont été dégagés à propos de biens saisis⁹⁵, séquestrés⁹⁶ ou dont le propriétaire était en faillite⁹⁷. On peut considérer qu'ils valent *mutatis mutandis* pour la réalisation d'un objet d'art ou d'une antiquité grevée de gage. Le créancier gagiste devrait donc avoir la faculté, lorsque le caractère exceptionnel des circonstances le justifie, de demander que la réalisation de l'objet grevé soit confiée à un tiers (marchand, maison de ventes aux enchères, etc.).

Cela étant, le créancier gagiste n'est en tout état de cause pas limité à la seule voie de la réalisation forcée : il peut fort bien convenir avec le constituant que l'objet grevé de son gage fera l'objet d'une réalisation privée⁹⁸. De telles clauses sont fréquentes dans la pratique⁹⁹. Elles permettent au créancier de réaliser lui-même sur le marché l'objet grevé, sans avoir à passer par l'office des poursuites, pourvu que sa créance soit exigible et moyennant avertissement préalable donné au constituant (ainsi qu'à l'éventuel tiers débiteur¹⁰⁰ de la créance garantie)¹⁰¹.

Sauf convention contraire, le créancier peut alors choisir le mode de réalisation privée : vente de gré à gré, vente aux enchères volontaires publiques ou encore vente aux enchères privées¹⁰². Le contrat de gage peut même prévoir que le créancier pourra se porter lui-même acquéreur du bien grevé, pour autant que les intérêts du constituant et de l'éventuel tiers débiteur soient convenablement sauvegardés¹⁰³. Tel sera en principe le cas si cette acquisition s'effectue au prix du marché¹⁰⁴. Dans tous les cas, le créancier gagiste doit fournir un décompte au constituant (ainsi qu'à l'éventuel tiers débiteur) et lui restituer le solde du produit de réalisation qui subsiste le cas échéant après paiement de sa créance¹⁰⁵.

95 ATF 115 III 52 (= JdT 1991 II 104), du 31 mai 1989 (objets d'art et antiquités).

96 ATF 5A_705/2008, du 19 janvier 2009 (tableau de Vincent van Gogh).

97 ATF 105 III 67, du 31 octobre 1979 (collection d'œuvres d'art).

98 Steinauer (note 25), n° 3173 ; Kuhn (note 21), p. 180 ; Bauer (note 28), n. 23 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 28 *ad art.* 891.

99 Steinauer (note 25), n° 3173b.

100 Bauer (note 28), n. 27 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 46 *ad art.* 891.

101 Steinauer (note 25), n° 3173 et n° 3173b ; Bauer (note 28), n. 5 et 25 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 7 et 46 *ad art.* 891. Il est toutefois possible de renoncer par convention à ces exigences (exigibilité, avertissement) ; cf. notamment : Zobl (note 49), n. 9 et 48 *ad art.* 891. Si la sûreté grève un titre intermédié, voir par ailleurs l'art. 32 al. 1 de la Loi fédérale sur les titres intermédiés du 3 octobre 2008, RS 957.1 (LTI).

102 Steinauer (note 25), n° 3173. Ne mentionnent pas la vente aux enchères privée : Kuhn (note 21), p. 181 ; Bauer (note 28), n. 31 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 43 *ad art.* 891.

103 ATF 4A_144/2001, du 5 mai 2011, consid. 7. Steinauer (note 25), n° 3173b ; Kuhn (note 21), pp. 178 et 180 s. ; Zobl (note 49), n. 57 *ad art.* 891 ; Foëx (note 24), p. 1250 (n° 8.6). Voir l'art. 31 al. 1 lit. a LTI s'agissant des sûretés grevant de titres intermédiés.

104 ATF 4A_144/2001, du 5 mai 2011, consid. 7. Steinauer (note 25), n° 3173b ; Zobl (note 49), n. 58 s. *ad art.* 891.

105 Steinauer (note 25), n° 3173b ; Kuhn (note 21), p. 180 ; Zobl (note 49), n. 56 *ad art.* 891. Voir l'art. 32 al. 2 LTI si la sûreté grève un titre intermédié.

La réalisation privée est en principe plus simple et plus rapide que la réalisation forcée¹⁰⁶. Selon les circonstances, elle peut permettre d'atteindre un meilleur prix de réalisation. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que le droit du créancier gagiste de procéder à la réalisation privée ne peut pas être exercé si l'objet grevé est saisi ou séquestré par un tiers, ou encore si le constituant tombe en faillite¹⁰⁷.

Cela étant, cette réalisation privée ne présente pas nécessairement que des avantages pour les parties. Le débiteur et le constituant ne disposent pas des divers moyens de protection que leur réserve la LP (opposition, etc. ; cf. article 153a LP). En outre, ils courent le risque d'une vente à vil prix ou opérée de façon peu diligente par le créancier¹⁰⁸.

Pour le créancier, la réalisation privée présente le désavantage qu'il doit s'impliquer personnellement, avec les aléas qui en résultent.

Lorsqu'il procède à la réalisation, le créancier gagiste n'agit pas en qualité de représentant du constituant, mais en son propre nom : il est partie au contrat de vente, qu'il conclut directement avec le tiers acquéreur¹⁰⁹. Par voie de conséquence, s'il s'avère que l'objet d'art est affecté d'un défaut, c'est le créancier gagiste qui répondra (en sa qualité de vendeur) envers le tiers acquéreur selon les règles sur la garantie des défauts¹¹⁰.

Par ailleurs, on peut rappeler que le Tribunal fédéral a jugé que le créancier gagiste qui procède à la réalisation privée doit être diligent ; s'il ne satisfait pas à ce devoir de diligence (qui découle des règles de la bonne foi), il répond du dommage qu'il cause par sa faute au constituant¹¹¹. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a admis la responsabilité d'un créancier gagiste qui avait vendu par l'intermédiaire d'une galerie et pour CHF 8'000.- un tableau attribué à Jean-Baptiste Oudry (1686-1755), sans faire part à la galerie du fait que la valeur du tableau était estimée à CHF 90'000.-¹¹². On peut se rallier sans trop de difficulté à cette conclusion. Mais il faut bien voir que la responsabilité du créancier peut être engagée ou en tout cas mise en cause par le constituant, dans des cas beaucoup moins patents : les œuvres d'art n'ont pas de valeur objective¹¹³ et toute réalisation peut potentiellement être contestée,

106 Bauer (note 28), n. 22 *ad art.* 891.

107 Zobl (note 49), n. 33 *ss. ad art.* 891 ; Steinauer (note 25), n° 3173 (selon lequel la faillite du tiers débiteur empêcherait également la réalisation privée). Ne mentionnent que la faillite du débiteur : Kuhn (note 21), p. 178 ; Bauer (note 28), n. 34 *s. ad art.* 891. Voir en revanche l'article 31 al. 2 LTI si la sûreté grève un titre intermédiaire.

108 Bauer (note 28), n. 22 *ad art.* 891.

109 Kuhn (note 21), p. 181 ; Bauer (note 28), n. 31 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 63. *ad art.* 891.

110 Bauer (note 28), n. 31 *ad art.* 891 ; Zobl (note 49), n. 63 *ad art.* 891 (qui souligne que le créancier gagiste peut le cas échéant rechercher à son tour le constituant ; cf. à cet égard *supra*, VI).

111 ATF 4A_144/2001, du 5 mai 2011, consid. 7 ; ATF 118 II 112, 114 (= JdT 1993 I 384, 385), du 11 mars 1986. Cf. aussi Foëx (note 24), p. 1251 (n° 8.7).

112 ATF 118 II 112 (= JdT 1993 I 384), du 11 mars 1986.

113 Voir à ce sujet Pierre Gabus, L'art échappe-t-il au droit ? dans le présent ouvrage, pp. 1 *ss.* ainsi que Henry Peter et Paul-Benoît Duvoisin, De la valeur et du prix des oeuvres d'art, dans le présent ouvrage, pp. 119 *ss.*

le prix paraissant trop bas. Cela peut évidemment faire hésiter plus d'un créancier gagiste à procéder à la réalisation privée de l'objet grevé.

Si l'objet d'art a fait l'objet d'un transfert de propriété aux fins de garantie, le créancier n'a pas le choix : il est propriétaire de l'objet à réaliser et la procédure de réalisation forcée ne lui est pas ouverte¹¹⁴. Le créancier (dont la créance est exigible¹¹⁵) doit donc procéder à la réalisation privée et conserve cette faculté même si le constituant tombe en faillite¹¹⁶. C'est également un avantage : contrairement au créancier gagiste, le propriétaire aux fins de garantie ne voit pas sa sûreté empêtrée dans la procédure de faillite du constituant. Pour le surplus, la réalisation privée s'effectue selon des modalités similaires à celles qui prévalent pour la réalisation du gage ; le créancier peut même renoncer à la réalisation et se payer conservant l'objet reçu en garantie¹¹⁷. Dans tous les cas, le créancier doit naturellement fournir un décompte au constituant (ainsi qu'à l'éventuel tiers débiteur) et restituer un éventuel excédent du produit de la réalisation au constituant de la sûreté¹¹⁸.

CONCLUSION

Les objets d'art présentent souvent une valeur vénale élevée et, partant, une valeur de garantie intéressante pour les créanciers. Il n'est donc pas rare qu'ils soient utilisés comme sûreté. Mais ils présentent également des particularités qui font qu'en la matière, les sûretés doivent être maniées avec presque autant de précautions que les objets qu'elles grevent. Le juriste doit donc, à son tour, faire preuve de doigté lorsqu'il rédige la convention de sûreté portant sur de tels biens ; mais après tout, la rédaction d'un contrat tenant compte des intérêts en cause et des bases légales applicables ne constitue-t-elle pas, elle aussi, tout un art ?

114 Kuhn (note 21), p. 179; Bauer (note 28), Vor Art. 884-894, n. 36; Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1488.

115 Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1487.

116 Bauer (note 28), Vor Art. 884-894, n. 36; Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1488.

117 Steinauer (note 25), n° 3105.

118 Steinauer (note 25), n° 3105 ; Zobl/Thurnherr (note 19), Syst. T., n. 1489.

XAVIER OBERSON*

Le prix de l'œuvre d'art en droit fiscal

Le fisc a-t-il du goût ?

I. Le problème	108
II. L'impôt sur la fortune	108
A. En général	108
B. L'exonération du mobilier de ménage et des objets personnels d'usage courant	109
C. Le problème de l'évaluation	112
D. L'application du bouclier fiscal	115
III. L'imposition des successions et des donations	115
A. La valeur déterminante	115
B. La dation en paiement	116
IV. La TVA	117
CONCLUSION	118

* Professeur à l'Université de Genève, avocat.

I. Le problème

Le prix d'une œuvre d'art est un élément fondamental pour le fisc. Divers impôts sont en effet susceptibles de frapper la valeur d'une œuvre. On songera notamment aux impôts sur la fortune, durant la détention, ou aux impôts sur les successions et donations, en cas de transfert à titre gratuit, pour cause de décès ou durant la vie du contribuable. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA), notamment lors de l'importation d'une œuvre, se fonde également sur une valeur à déterminer en un instant, celui du passage au travers de la frontière. Sans parler du prix d'acquisition ou de vente d'une œuvre, dans le cadre de l'imposition du revenu.

Le domaine de l'art est pourtant peu adapté à une évaluation par le fisc. Les acteurs du domaine sont souvent des passionnés, guère motivés par des considérations mercantiles. De surcroît, la notion de « marché » ne reflète souvent pas la réalité du monde de l'art. Parfois même, il n'y a pas vraiment de marché car l'œuvre n'est, soit pas vendable, soit tellement spéciale que seul un cercle étroit d'initiés y sont susceptibles de l'estimer, voire de l'apprécier. Dans la mesure où un marché existe, il y en a en outre plusieurs. Comment dès lors appréhender fiscalement cette valeur ? Nous allons tenter d'esquisser comment le fisc, d'un côté et les contribuables, de l'autre, appréhendent cette situation.

Dans cette optique, bien que le prix joue bien évidemment un rôle fondamental en matière d'impôt sur le revenu, nous n'aborderons pas la problématique dans ce contexte¹. Jusqu'ici, d'ailleurs la jurisprudence s'est concentrée sur le problème de la délimitation entre le gain en capital non imposable ou l'activité indépendante².

II. L'impôt sur la fortune

A. En général

L'impôt sur la fortune est prélevé uniquement sur le plan cantonal. L'ensemble de la fortune nette est imposable (article 13 al. 1 LHID)³. La fortune comprend la somme de toutes les choses et valeurs patrimoniales dont une personne peut disposer librement⁴. Elle englobe

1 Voir à ce propos, Xavier Oberson/Jean-Frédéric Maraia, Artistes, art et fiscalité, SJ 2012, pp. 61 ss ; Xavier Oberson/Jean-Frédéric Maraia, Der Fiskus und die Kunst, in Kultur Kunst Recht (Peter Mosimann, Marc-André Renold et Andrea F. G. Raschèr, eds.), Bâle 2009, pp. 938 ss ; Marcel R. Jung, Der Kunstsammler im Schweizer Steuergesetz, in Kunst und Recht, Bâle 2012, pp. 15 ss, pp. 24 ss.

2 Deux arrêts récents du Tribunal fédéral sont à mentionner sur cette problématique ; un arrêt du 10 août 2009 (2C – 893/2008), à propos de la vente d'affiches de collections (considérée comme un revenu taxable car la source principale du revenu du contribuable), puis un arrêt du 29 juillet 2011 (2C – 766/2010), sur la vente d'une sculpture de Giacometti (traitée comme un gain en capital exonéré).

3 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14.

4 Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des Steuerrechts, 6e éd., Zurich 2002, p. 167.

donc tous les actifs appréciables en argent, c'est-à-dire susceptibles d'être réalisés en échange d'une contreprestation⁵. Font toutefois exception, le mobilier de ménage et les objets personnels d'usage courant (article 13 al. 4 LHID)⁶. Il s'agit d'une énumération exhaustive⁷. En cas d'usufruit, c'est l'usufruitier qui est soumis à l'impôt (article 13 al. 2 LHID). La question se pose donc de savoir dans quelle mesure les œuvres d'art, manifestement des valeurs patrimoniales, peuvent bénéficier de l'exonération en tant que mobilier du contribuable.

B. L'exonération du mobilier de ménage et des objets personnels d'usage courant

Bien que l'impôt vise la fortune nette, la loi exonère le mobilier de ménage et les objets personnels d'usage courant. Par **mobilier de ménage**, on vise les objets qui servent à l'habitation, se trouvent dans la maison et font partie de l'ameublement habituel⁸. Les **objets personnels** sont tous les biens (habits, montres, bijoux, appareils de photo, caméras, électronique, articles de sports, etc.) qui servent effectivement à la vie de tous les jours⁹. On notera que, contrairement au mobilier de ménage, les objets personnels n'ont pas besoin de se trouver dans la maison du contribuable, sinon l'adjonction de cette catégorie n'aurait guère de sens¹⁰. En principe, le critère de distinction est bien **l'utilisation du bien** et non sa valeur. En d'autres termes, il s'agit de vérifier si l'objet à qualifier sert à l'usage courant ou au placement. L'exonération n'est en effet admise que dans le premier cas¹¹.

La question de la délimitation de la notion de mobilier de ménage et d'objets personnels d'usage courant se pose lorsque des œuvres (objets d'art ou collections) sont détenues dans la fortune privée d'un contribuable. Généralement, l'approche doit se faire de cas en cas, compte tenu de toutes les circonstances et du but de l'exonération visée par l'article 13 al. 4 LHID.

La jurisprudence zurichoise permet d'illustrer cette problématique. Elle semble toutefois, suite à un arrêt récent, donner de plus en plus d'importance au critère de la valeur de l'objet considéré.

5 ATF du 12 octobre 2011, RDAF 2011 II 553.

6 Concernant la justification de l'exonération du mobilier de ménage et des objets personnels d'usage courant, v. StE 1997 B 52.1 n. 3, consid. b.

7 Rainer Zigerlig/Guido Jud, *in* Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, StHG (Martin Zweifel et Peter Athanas, eds.), 2e éd., Bâle et al. 2002, n. 18 *ad* art. 13 StHG.

8 Zigerlig/Jud (note 7), n. 20 *ad* art. 13.

9 *Ibid.*

10 Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans-Ulrich Meuter, *Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz*, 2e éd., Zurich 2006, n. 16 *ad* § 39.

11 Frédéric De le Court/Danielle Axelroud Buchman, *Questions d'évaluation pour l'impôt sur la fortune des personnes physiques*, StR 2011, pp. 900 ss., p. 905.

Dans un arrêt de 1979, le Tribunal administratif a jugé, par exemple, qu'un manteau de fourrure ne constituait pas un placement, cela d'autant plus que sa valeur se déprécie avec le temps¹². Il en va de même de tableaux, en tant qu'éléments décoratifs, accrochés au mur.

Dans une affaire plus récente¹³, toutefois, la Commission cantonale de recours en matière fiscale (CCR) a dû examiner la situation d'une collection d'objets d'art, notamment de photos, d'une valeur d'environ CHF 2,5 millions, sur une fortune totale – sans les objets d'art – de CHF 7,5 millions. Certes, la CCR a reconnu que l'article 13 al. 4 LHID ne fixe aucune limite quant à la valeur des objets mobiliers¹⁴. Dans cet arrêt, influencée par l'importance de la valeur de cette collection, la CCR a jugé que celle-ci ne pouvait plus être considérée comme du mobilier de ménage, de sorte qu'elle ne pouvait pas être exonérée de l'impôt.

La CCR a procédé à cette occasion à une analyse approfondie du but de cette exonération. L'article 13 al. 4 LHID, selon elle, tend essentiellement à mettre en œuvre le **principe de praticabilité**. Il s'agit avant tout d'éviter les difficultés pratiques liées : (i) à la mise en œuvre de l'imposition sur des biens de consommation, dont la valeur diminue avec le temps ; (ii) à l'évaluation de ces biens ; (iii) à la disproportion entre les charges liées à la taxation et les recettes attendues de cette imposition. Ce système tend de surcroît à respecter la **sphère privée** de l'individu. Il est en outre conforme au principe d'égalité de traitement car, selon l'expérience de la vie, la valeur des objets de ménage croît avec celle du reste de la fortune du contribuable. En revanche, ne peuvent bénéficier de l'exonération, des biens qui sont certes situés au lieu de résidence du contribuable, mais qui servent avant tout au **placement** de la fortune, car cela irait au-delà du but visé par la norme. En l'espèce, la collection comprenait d'importantes photos et des tableaux d'artistes renommés. Outre la valeur de celle-ci, le contribuable pouvait s'attendre à une importante plus-value, ce qui démontrait bien le caractère de placement de celle-ci.

Un arrêt récent du Tribunal administratif zurichois adopte toutefois une approche encore plus sévère¹⁵. Dans cette affaire, Mme A. a hérité de son père, il y a 30 ans, d'un tableau de Giovanni Giacometti (1868-1933). A l'époque, le tableau avait été évalué et taxé au stade de la succession sur une valeur de CHF 45'000.-. Mme A, sans être collectionneur, aimait beaucoup cette toile et l'exposait sur le mur de sa cuisine. En tant qu'unique pièce de peinture à l'huile, elle se dit que ce tableau ne peut être considéré comme une collection artistique mais bien comme du mobilier de maison non imposable. Ce tableau est donc resté pendant des décennies pendu dans sa cuisine. Finalement, le tableau est vendu aux enchères

12 Arrêt du Tribunal administratif du 26 octobre 1979, RB 1979 n. 39 (cité par Jung [note 1], p. 20).

13 StE 1997 B 52.1 n. 3.

14 *Ibid.*

15 Arrêt du Tribunal administratif de Zurich du 9 mai 2012, SR 2011.0019. Voir la critique très sévère de Marco Duss, Kunst in der Küche, L'Expert comptable 2012, p. 1002.

pour 2 millions de francs, en 2008. A sa grande surprise, le fisc ouvre une procédure de rappel pour soustraction d'impôt.

Le Tribunal administratif confirme l'imposition. En effet, le tableau fait partie des « *Alternativgut* », à savoir des objets qui peuvent servir à la fois de mobilier ou de placement. Selon le tribunal, pour ce type de biens, dès lors que la valeur vénale dépasse « *eine gewisse Höhe* », il appartient à la fortune imposable quelle que soit son utilisation concrète. En l'espèce, la recourante avait fait assurer séparément le tableau pour une valeur de CHF 150'000.- dans les années 1993-96. Le fait qu'elle avait conclu une assurance séparée de celle du ménage usuel montre bien qu'elle était consciente de sa valeur. De plus, les objets d'art sont appropriés comme placements car leur valeur augmente généralement¹⁶. S'agissant de l'évaluation, le Tribunal administratif admet toutefois partiellement le recours. En effet, la recourante faisait valoir que la valeur du tableau avait cru rapidement peu avant sa vente. La cour cantonale estime que l'administration fiscale ne peut se contenter d'un accroissement linéaire de la valeur fiscale de l'œuvre mais doit procéder à une évaluation pour chaque période considérée. Il est en effet reconnu, selon l'expérience de la vie, que les objets d'art n'ont pas un accroissement de valeur linéaire, mais peuvent subir des variations importantes, à la hausse, comme à la baisse.

La doctrine a critiqué vertement cet arrêt¹⁷. On cherche en vain un critère fiable pour la définition du montant déterminant pour faire passer ce bien dans la catégorie imposable. Seul le critère de l'utilisation est praticable. Cet auteur estime également que le Tribunal administratif instaure en réalité un changement de pratique car auparavant seules les « collections » et non pas les objets isolés étaient imposables. Or un changement de pratique doit être motivé et respecter les principes constitutionnels, c'est-à-dire être annoncé et conforme au principe d'égalité de traitement. Au surplus, le principe de praticabilité, qui motive pourtant l'exonération, est ici mis à mal car il est difficile d'imaginer que l'administration soit en mesure de calculer la valeur, durant chaque période fiscale, de tous les objets se trouvant dans la maison, y compris dans la cuisine...

La pratique des autres cantons est plutôt disparate. A notre connaissance, le canton de Vaud n'admet généralement pas l'exonération des œuvres d'art, en tous cas d'artistes reconnus, mais est assez souple sur l'évaluation de celle-ci. A Genève, la loi exonère expressément les collections artistiques et scientifiques qui peuvent être considérées comme des « meubles meublants »¹⁸. Le législateur a ainsi exclu de l'exonération les collections conservées par le contribuable dans un but purement spéculatif¹⁹.

16 Consid. 2.2.

17 Duss (note 15), pp. 1005 ss.

18 Voir l'article 55 lettre a de la Loi sur l'imposition des personnes physiques (LIPP), du 27 septembre 2009, qui remplace, à partir du 1^{er} janvier 2010, l'article 12 lettre a de la Loi sur l'imposition des personnes physiques – Impôt sur la fortune (aLIPP-III), du 22 septembre 2000.

19 Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 4^e éd., Bâle 2012, n. 13 ad § 8.

A notre avis, la valeur élevée d'un tableau ne saurait en soi constituer un motif pour refuser l'exonération²⁰. Il convient plutôt d'analyser le but de la détention (spéculation par opposition à collection), ainsi que l'utilisation qui est faite du bien²¹. En d'autres termes, ce qui est déterminant, c'est la fonction du bien. Nous sommes d'avis que l'article 13 al. 4 LHID laisse en tous cas suffisamment de marge de manœuvre aux cantons pour leur permettre d'inclure dans l'exonération la détention d'œuvres d'art par des collectionneurs. En effet, pour ces personnes, la principale motivation n'est alors pas la spéculation, mais bien *la passion*. De même, les tableaux ayant le caractère de meuble meublant et situés dans une résidence secondaire devraient également entrer dans le cadre de l'exonération, dès lors qu'un but spéculatif est exclu²². En revanche, les collections simplement entreposées dans des coffres ou au port franc sont en principe imposables²³. On ne saurait en effet dans de telles circonstances parler de mobilier « de ménage ». Dans tous les cas, il appartient en principe au contribuable d'apporter la preuve que l'objet d'art est exonéré²⁴.

A noter par ailleurs que les objets d'art faisant partie de la **fortune commerciale** du contribuable ne peuvent bénéficier de l'exonération.

C. Le problème de l'évaluation

Dans les cas où des œuvres d'art sont imposables, il faut encore procéder à leur évaluation. Selon l'article 14 al. 1 et 3 LHID, la **valeur vénale** est déterminante pour les objets qui entrent dans la **fortune privée**. Cette valeur correspond au prix qui serait obtenu en cas de vente du bien dans des conditions normales²⁵. La valeur de rendement peut être prise en compte « de façon appropriée » (art. 14 al. 1 *in fine* LHID). Dès lors que les œuvres n'ont justement pas de rendement, leur évaluation ne peut donc intervenir que sur leur valeur vénale. Cela dit, cette évaluation doit tenir compte des particularités de ce domaine.

En effet, il est difficile de trouver une valeur de marché fiable pour une œuvre d'art en raison des **caractéristiques spécifiques** à ce domaine. Une œuvre d'art est, par définition,

20 L'évasion fiscale demeure toutefois réservée ; dans le même sens, De le Court/Axelroud Buchmann (note 11), p. 905.

21 V. également Zigerlig/Jud (note 7), n. 20 *ad* art. 13; Alexander Jolles/Madeleine Simonek/Patrick Waldburger, Kunst und Steuern, *in* Kunst & Recht, Schwerpunktthemen für den Kunstsammler, Zurich 2007, pp. 74 ss., p. 77. Ces derniers mentionnent deux autres critères à prendre en considération : (i) le rapport entre la valeur de l'objet d'art et la fortune globale et (ii) la manière d'assurer l'œuvre (assurance ménage ordinaire ou assurance distincte pour objets d'art), et contestent, à notre avis à juste titre, le caractère déterminant du second critère.

22 Oberson/Maraia (note 1), p. 86.

23 Xavier Oberson, La nouvelle loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques, SJ 2001 II 1ss 2001, p. 19.

24 StE 1997 B 52.1 n. 3. V. également Jolles/Simonek/Waldburger (note 21), p. 78.

25 Oberson (note 19), n. 17 *ad* § 8.

*unique*²⁶. L'analyse de transactions sur des objets « comparables » est donc inappropriée. Certains collectionneurs, mus par la passion, seront prêts à attribuer un prix plus proche de l'émotion qu'une valeur marchande. De plus, la notion de « marché » est peu adaptée à cette branche. Parfois, il n'existe pas réellement de marché. Pour certaines œuvres, il n'existe que peu ou pas de transaction et il n'y a dès lors pas véritablement de marché. En outre, dans la mesure où un marché existe, il y a en réalité plusieurs marchés. On distingue, en pratique, le **marché primaire**, qui vise les transactions directes avec l'artiste ou sa galerie, du **marché secondaire**, à savoir les transactions entre collectionneurs²⁷. En pratique, il peut se produire que l'acheteur paye un prix plus élevé sur le marché primaire que sur le marché secondaire. La doctrine préconise ainsi de se fonder sur le marché secondaire²⁸. Mais il sied de prendre en compte les particularités du marché de l'art qui, contrairement aux titres (actions, obligations), ne connaît pas de véritable marché secondaire liquide²⁹. De même, dans le cadre de ventes aux enchères, certains auteurs relèvent que la valeur d'une œuvre d'art pour son propriétaire ne correspond pas forcément au prix auquel l'objet pourrait être vendu aux enchères, en raison des commissions prélevées par les maisons de ventes aux enchères³⁰. Par conséquent, si la valeur d'assurance se fonde sur le prix qui serait payé par un acheteur dans une vente aux enchères, elle devrait être réduite pour tenir compte de la valeur réelle.

En **pratique**, les autorités fiscales se réfèrent en général à la valeur d'assurance³¹, le contribuable demeurant libre de démontrer une valeur vénale inférieure. Dans le canton de Bâle-Campagne, la valeur déterminante correspond à 50% de la valeur d'assurance³². Dans les cas où la valeur d'assurance ne représente pas une valeur de marché, le recours à d'autres moyens est nécessaire³³. Il est ainsi notamment possible de procéder à une expertise. Internet connaît également des sites, tels que Artnet, qui donnent des estimations de certaines œuvres. Ces informations ne peuvent à notre sens que servir d'indices et ne sauraient remplacer l'estimation par un expert reconnu.

Dans l'arrêt de la CCR zurichoise précité, le contribuable n'avait pas assuré les œuvres d'art. La Cour s'est fondée sur leur valeur d'acquisition ajustée forfaitairement suivant l'évolution du coût de la vie. Il est vrai que le contribuable n'avait, semble-t-il, pas fait preuve de beaucoup d'esprit de collaboration afin d'aider l'administration dans cette tâche.

26 Voir à ce sujet Pierre Gabus, *L'art échappe-t-il au droit ?* dans le présent ouvrage, pp. 1 ss. ainsi que Henry Peter et Paul-Benoît Duvoisin, *De la valeur et du prix des œuvres d'art*, dans le présent ouvrage, pp. 119 ss.

27 De le Court/Axelroud Buchmann (note 11), p. 905.

28 *Ibid.*

29 Jung (note 1), p. 22.

30 Jolles/Simonek/Waldburger (note 21), p. 78.

31 Richner/Frei/Kaufmann/Meuter (note 10), n. 37 *ad* § 39;

32 Jung (note 1), p. 22, qui se fonde sur une circulaire de l'année 2012.

33 Jolles/Simonek/Waldburger (note 21), p. 78, indiquent que des banques de données sur internet peuvent être utilisées.

De même, le Tribunal administratif, dans l'arrêt de mai 2012³⁴, se basant sur l'expérience de la vie, et notamment du caractère très volatile du marché de l'art, a confirmé que l'administration fiscale ne peut se contenter d'un accroissement linéaire de la valeur fiscale de l'œuvre mais doit procéder à une évaluation.

A notre sens, la notion de « valeur vénale » est donc peu adaptée dans le domaine de l'art. Le législateur et l'administration disposent d'un vaste pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de cette notion pour fixer des critères d'évaluation. En particulier, outre le caractère unique, parfois non liquide, de l'œuvre, on doit également, sous l'angle fiscal, **ajuster** la valeur vénale, éventuellement déterminée par les experts, sur la base de **deux correctifs**.

En premier lieu, conformément au principe de la **capacité contributive**, l'évaluation doit tenir compte de la position du contribuable (amateur, collectionneur, investisseur). La « valeur » personnelle de l'œuvre est en effet différente suivant la position de son détenteur. Il nous paraît que, fiscalement, la valeur imposable doit être plus basse pour un amateur ou un collectionneur que pour un marchand ou un investisseur. Le premier, contrairement au second, est un passionné qui ne recherche pas la plus-value.

En second lieu, des considérations liées à la protection contre l'**imposition confiscatoire** sont également à prendre en compte. Le principe de la garantie de la propriété protège ainsi les contribuables contre une imposition confiscatoire, à savoir une contribution publique, ou un cumul de celles-ci, qui porterait atteinte à la substance du patrimoine existant ou qui rendrait impossible la formation de nouveau capital³⁵. Comme les œuvres d'art ne produisent pas de rendement, l'imposition de la fortune, dans la mesure où le contribuable ne dispose pas d'autres revenus suffisants, peut heurter la garantie constitutionnelle de la propriété³⁶. On peut d'ailleurs interpréter l'article 14 al. 1 LHID dans ce sens, lorsqu'il prévoit que la valeur de rendement doit être prise en compte de manière « appropriée ». En l'absence de rendement, pour éviter une imposition confiscatoire, il convient de réduire dans cette mesure l'évaluation des œuvres d'art. On précisera que la jurisprudence dénie toutefois le caractère confiscatoire, lorsque le contribuable se satisfait d'un rendement insuffisant, dans l'attente de réaliser une plus-value ultérieure³⁷.

Les objets qui font partie de la **fortune commerciale** sont estimés à la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu, soit en principe à la valeur comptable. Cette nouvelle règle, issue de la réforme de la fiscalité de l'entreprise II, conduit en fait à une diminution de l'impôt sur la fortune, car les réserves latentes sur les titres faisant partie de la fortune commerciale ne sont plus ajoutées comptablement pour l'impôt sur la fortune³⁸.

34 Arrêt du Tribunal administratif de Zurich (note 15), consid. 4.

35 ATF 105 Ia 134, 140; 106 Ia 342, 348s; voir en général Oberson (note 19), n. 43 *ad* § 3.

36 Voir aussi Zigerlig/Jud (note 7), n. 21 *ad* art. 14.

37 ATF 106 Ia 352.

38 Feuille fédérale (FF) 2005, 4598.

On se fondera en règle générale sur la valeur d'acquisition. La question de savoir dans quelle mesure une œuvre d'art peut faire l'objet d'**amortissement** est discutable et guère débattue en Suisse. On devrait en tous cas tenir compte de la notoriété de l'artiste. Dans cette optique, les œuvres connues ne sauraient ainsi être amorties.

D. L'application du bouclier fiscal

Dans le but de mettre en œuvre le principe constitutionnel de l'interdiction de l'imposition confiscatoire, divers cantons ont prévu, à certaines conditions, des mécanismes correctifs destinés à alléger le poids de la charge fiscale très lourde pouvant résulter du cumul de l'impôt sur le revenu et la fortune. L'idée de base est de prévoir un taux maximal d'imposition du revenu net imposable. A Genève, les impôts sur le revenu et la fortune – centimes additionnels cantonaux et communaux compris – ne peuvent excéder 60% du revenu net imposable (article 60 LIPP). Pour éviter les abus, notamment le cas d'un contribuable qui s'arrangerait pour ne réaliser aucun revenu, le rendement net de la fortune est fixé à au moins 1% de la fortune nette (article 60 al. 2 LIPP). Le canton de Vaud prévoit un système analogue. A Bâle, lorsque le cumul de l'impôt sur le revenu, sur le rendement net de la fortune et de l'impôt sur la fortune dépasse 50% du rendement de la fortune, l'impôt sur la fortune est réduit à ce montant, mais au maximum à 0,5% de la fortune imposable (article 52 StG Bâle-Ville³⁹).

Le bouclier fiscal trouve ainsi pleine justification dans le domaine de l'art, dès lors que les œuvres sont dépourvues de rendement. Par exemple, à Bâle-Ville, la réglementation a pour effet de réduire le taux maximal de l'impôt sur la fortune d'un collectionneur d'art, d'environ 0.8% à 0.5%, dès lors que sa fortune ne génère que peu ou pas de rendement⁴⁰.

III. L'imposition des successions et des donations

A. La valeur déterminante

Tous les cantons, à l'exception du canton de Schwyz, imposent les successions et donations. Quant à Lucerne, il ne taxe pas les donations. En l'absence de règle d'harmonisation la réglementation est donc très différente d'un canton à l'autre. Toutefois, les cantons frappent généralement les transmissions à titre gratuit, pour cause de mort ou durant la vie, d'une imposition sur les successions ou de donation. Certes, en majorité, les successions ou donations entre conjoints ou entre parents et enfants sont exonérées. Il n'empêche que, dans ce domaine, dès lors que les œuvres d'art sont des valeurs

39 Gesetz über die direkten Steuern (Steuergesetz, StG), du 12 avril 2000.

40 Jung (note 1), p. 18.

patrimoniales, la question de leur valorisation, en cas de transmission imposable, est fondamentale et présente les mêmes difficultés que celles exposées plus haut en matière d'impôt sur la fortune.

L'impôt est généralement perçu sur la **valeur vénale** de la succession ou de la donation. En droit genevois, en **matière de succession**, l'estimation des biens s'établit d'après leur valeur au jour du décès (article 8 al. 1 LDS⁴¹). Pour les objets d'art, c'est bien la valeur vénale qui est déterminante ; la présentation des polices d'assurance-incendie peut être exigée (article 9 al. 4 LDS). Dans la mesure où la valeur ou le prix énoncé dans une déclaration paraît inférieure au prix réel ou à la valeur vénale, une estimation par un **expert** peut être ordonnée (article 15 LDS). Les mêmes principes prévalent en matière de donation. L'œuvre d'art est évaluée à sa valeur vénale (article 15 LDE⁴²), sous réserve d'une expertise. L'imposition à la valeur vénale des successions et donations prévaut également en droit vaudois (article 21 LMSD/VD)⁴³. L'estimation du mobilier de ménage, des machines, du matériel et du mobilier d'exploitation est présumée correspondre à 50% de leur valeur d'assurance incendie (article 22 LMSD/VD).

A notre sens, les mêmes considérations que celles relevées plus haut en matière d'imposition de la fortune prévalent, s'agissant de la détermination de la valeur vénale d'une succession ou d'une donation d'une œuvre d'art. La diversité des intervenants, de même que l'inadéquation de la notion de marché, commandent une évaluation adaptée aux circonstances spécifiques du monde de l'art. De même, les principes de la capacité contributive et de l'interdiction de l'imposition confiscatoire sont susceptibles d'ajuster la valeur fiscale déterminée selon l'estimation à la valeur vénale.

On ajoutera que le fisc doit au surplus tenir compte du caractère unique de la transaction (notamment en cas de successions). De ce point de vue, sous l'angle du principe de la capacité contributive, il nous paraît que le fisc peut parvenir à une valorisation plus stricte, compte tenu du caractère gratuit et unique pour les bénéficiaires. En revanche, dans le cadre de l'impôt sur la fortune, le caractère confiscatoire risque d'être plus marqué, tout comme le caractère répétitif de l'imposition. Le poids du principe de la capacité contributive nous paraît ainsi plus important dans le cadre de l'impôt sur la fortune.

B. La dation en paiement

On mentionnera au passage que les cantons de Genève, Vaud et Jura ont instauré la possibilité d'acquitter les dettes d'impôt sur les successions et donations par dation en paiement

41 Loi sur les droits de succession, du 26 novembre 1960.

42 Loi sur le droit à l'enregistrement, du 9 octobre 1969.

43 Loi vaudoise concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations, du 27 février 1963 (RSV 648.11).

d'objets mobiliers présentant une **haute valeur artistique historique ou scientifique**⁴⁴. L'accord du contribuable et de l'Etat est requis. Pour déterminer si le bien culturel proposé en paiement présente une haute valeur artistique, historique ou scientifique, le droit genevois a prévu une commission d'agrément, formée de personnes ayant des connaissances « étendues en matière culturelle ou en finances publiques » (article 5 LDatP). Celle-ci requiert « au besoin » l'avis d'expert extérieur.

IV. La TVA

Hormis la TVA en régime intérieur qui frappe les opérations sur territoire suisse⁴⁵, la TVA est perçue à l'importation d'un bien (article 52 LTVA⁴⁶), c'est-à-dire lors du passage de celui-ci à travers la frontière. Sont considérés comme biens, toutes les choses mobilières, et notamment les œuvres d'art. En l'absence d'exonération, l'importation des œuvres d'art est donc imposable. Il existe certes de nombreuses exonérations, parmi lesquelles, l'importation des œuvres d'art créés par des artistes peintres et sculpteurs que ceux-ci importent en Suisse (article 53 al. 1 lettre c LTVA)⁴⁷ ; les objets d'art et d'exposition pour les musées (article 53 al. 1 lettre d, en liaison avec l'article 8 al. 2 lettre g LD⁴⁸) ; les œuvres d'art placées sous régime douanier de l'exportation puis réimportées, ou importées selon le régime de l'admission temporaire⁴⁹.

En règle générale, l'imposition est basée sur la contre-prestation, en cas de vente ou de commission. En cas de doute quant à l'exactitude de la déclaration en douane ou si des indications de valeur font défaut, l'Administration fédérale des douanes (AFD) peut procéder, selon les limites de son pouvoir d'appréciation, à une **estimation** de la base de calcul de l'impôt (article 54 al. 4 LTVA). L'estimation repose sur les règles usuelles et l'abondante

44 Voir Quentin Byrne-Sutton/Fabienne Mariéthoz/Marc-André Renold (éds.), La dation d'objets d'art en paiement d'impôts, Zurich 1996 ; voir à Genève, la loi cantonale sur la dation en paiement du 1^{er} décembre 1995, RS/GE D/3/35 (LDatP) ; dans le canton de Vaud, article 67a LMSD.

45 On mentionnera ici que la vente d'objets d'art fait l'objet d'un régime particulier en régime intérieur. L'ancien système de l'imposition « à la marge » a été remplacé, dans la nouvelle LTVA, par une déduction fictive de l'impôt préalable. Ainsi, dans la mesure où l'acheteur est une entreprise (galerie ou négociant d'art), il doit certes imposer la vente ultérieure de l'œuvre, mais peut procéder à la déduction d'unimpôt préalable fictif sur le montant versé pour acquérir des biens d'occasion (article 28 al. 3 LTVA) ; voir à ce propos, Oberson (note 19), n. 271 *ad* § 16 ; Ivo P. Baumgartner, Der fiktive Vorsteuerabzug bei Gebrauchtgegenständen, Archives 79 (2010/11), p. 55.

46 Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée, du 12 juin 2009, RS 641.20.

47 Voir à ce propos, notamment l'ATF du 2 janvier 2008, Archives 76, 800, qui confirme que la liste des exonérations prévues à ce titre est exhaustive. Ainsi les *photographies*, faute d'être mentionnées dans la liste ne sont pas comprises dans les œuvres d'art des artistes peintres ou sculpteurs exonérées.

48 Loi sur les douanes, du 18 mars 2005, RS 631.0.

49 Pour plus de détails, voir notamment AFC, Notice 52.22. Impôt sur les importations grevant les œuvres d'art, édition 2012.

jurisprudence rendue en matière de TVA en régime intérieur est ici applicable⁵⁰. Ainsi l'estimation doit être motivée et indiquer sur quelles méthodes elle repose.

CONCLUSION

Le fisc doit pouvoir distinguer l'amateur, le collectionneur, l'investisseur ou le marchand. De ce point de vue, ce serait une faute de goût de taxer trop lourdement le premier car la passion et non l'appât du gain est son moteur. De même, la notion de marché est peu appropriée. L'œuvre d'art est par définition unique. Dans la mesure où des transactions sont possibles, elles ne s'effectuent d'ailleurs pas dans le cadre d'un marché secondaire liquide. Parfois, il n'existe même pas de marché. Dans d'autres cas, il y a différents types, ou différents stades du marché. L'évaluation doit donc tenir compte de ces particularités et s'assurer que la valeur repose sur une réalité mesurable.

En outre, les principes fondamentaux du droit fiscal, nécessitent un **ajustement** de la valeur « vénale » ainsi déterminée. Le principe de la **capacité contributive**, interprété de cette manière, commande ainsi au fisc d'affûter son analyse sur la base des caractéristiques de chaque contribuable. Quant à la **garantie de la propriété**, elle vise à éviter que l'imposition oblige le contribuable à dilapider ses biens pour payer ses impôts. En matière d'art, en l'absence de rendement, ce principe doit permettre une évaluation des œuvres adaptées aux circonstances.

Sans doute le fisc a du goût, mais contrairement à un véritable amateur d'art, il semble se focaliser sur la valeur vénale de l'œuvre. Il est vrai que l'autorité fiscale doit appliquer la loi de manière égale et juste sans se laisser distraire par la beauté intrinsèque de l'art. A notre sens toutefois, le fisc doit exercer son talent, avec perspicacité, sur la base du principe de la capacité contributive. En effet, ce principe commande à notre avis d'analyser la motivation du contribuable (placement ou passion) pour évaluer à son juste poids la valeur imposable de l'objet jalousement gardé par notre collectionneur.

50 Pascal Mollard/Xavier Oberson/Anne Tissot Benedetto, *Traité TVA*, Bâle 2009, p. 674.

De la valeur et du prix des œuvres d'art

INTRODUCTION	120
I. Valeur vs prix	121
A. Valeur	121
1. Valeur artistique	122
2. Valeur commerciale	122
3. Valeur artistique vs valeur commerciale	123
B. Prix	123
C. Rapport entre valeur et prix	127
II. Composantes	129
A. Composantes positives	129
B. Composantes négatives	135
C. Pertinence des composantes – finalité de l'évaluation	140
III. Perspective juridique et judiciaire – détermination du dommage	142
A. Principes généraux	142
B. Application au domaine de l'art	146
1. Inadéquation du système ordinaire	147
a. Applicabilité de la méthode du calcul concret ?	147
b. Applicabilité de la méthode du calcul abstrait ?	149
2. Solutions	150
a. Banques de données et indices	150
b. Experts	152
c. Approche pertinente dans le contexte judiciaire	153
CONCLUSION	154

* Professeur ordinaire à la faculté de droit de l'Université de Genève, avocat à Lugano.

** Doctorant à l'Université de Genève, lic. iur, MBL.

INTRODUCTION

Déterminer la valeur d'une œuvre d'art est une mission qui est au mieux ambitieuse et au pire impossible¹. Cela tient notamment à l'essence même du sous-jacent, la vocation première de toute œuvre étant d'en appeler aux émotions, donc plus au cœur qu'à la raison. Or, l'émotion a ses raisons que la raison ne connaît pas toujours.

Il est essentiel de rappeler liminairement la distinction qu'il convient de faire entre la valeur créative, artistique, qualitative, d'une part, et la valeur de marché, exprimée en principe monétairement, c'est-à-dire quantitativement, par un prix, d'autre part. Et d'affirmer d'emblée que certaines œuvres peuvent avoir une valeur artistique considérable, mais une valeur de marché très faible, l'inverse étant tout aussi vrai et d'ailleurs fréquent : des œuvres d'une qualité artistique douteuse sont parfois acquises pour des prix considérables². Ce nonobstant, et comme l'a dit Isabelle Graw, « *prices are often equated with value, or mistaken for it* »³.

On pourrait d'ailleurs se demander s'il n'existe pas deux sujets plutôt qu'un, tant la valeur et le prix sont des thèmes différents. Nous les traiterons néanmoins tous deux dans la présente contribution, car ils sont dans une certaine mesure corrélés et que leur mise en perspective permet d'en affiner la signification respective. Partant, nous débiterons nos réflexions en nous penchant sur les notions de valeur, puis de prix (*infra* I).

L'évaluation d'une œuvre n'est certes pas une tâche aisée; elle n'est toutefois pas utopique. Si ce n'est pour déterminer une valeur précise, en tout cas pour identifier un « *price range* ». Nous pensons qu'à cette fin autant la valeur que le prix peuvent être analysés en les décomposant, c'est-à-dire en identifiant leurs composantes, qui sont, dans les deux cas, tant objectives que subjectives et tant positives que négatives. Cette approche permet d'apporter un certain degré de rationalité à un débat qui est souvent perçu comme largement subjectif, émotionnel et donc incertain. La méthode permet également de choisir celles des composantes qui sont pertinentes en fonction de l'objectif poursuivi. Ce sera l'objet de notre deuxième chapitre (*infra* II).

Puisque la mission qui nous a été confiée est également de traiter de la question dans une perspective juridique ou en tout cas judiciaire, et ce prioritairement dans l'optique du droit suisse, nous nous demanderons enfin quelle doit être la valeur de référence d'une œuvre en

1 Malgré la complexité de la problématique – ou peut-être en raison de celle-ci – les contributions traitant du sujet sont relativement rares, en tout cas en langue française. Certains auteurs se sont néanmoins livrés à des réflexions intéressantes. Voir notamment : Jean-Pierre Jornod, *Le prix d'une œuvre d'art*, in *L'art et le droit: points forts pour les collectionneurs d'art*, Cahier d'AXA Art Assurance SA, Zurich 2009, pp. 57 ss. ; Raymonde Moulin, *Le marché de l'art – Mondialisation et nouvelles technologies*, Paris ed. revue 2009 ; Olav Velthuis, *Talking Prices – Symbolic Meanings of Prices on the Market for Contemporary Art*, 4^e éd., Princeton 2007 ; Isabelle Graw, *High Price – Art Between the Market and Celebrity Culture*, trad. Nicholas Grindell, Berlin 2009.

2 Pour un exemple, voir *infra*, note 17.

3 Graw (note 1), p. 30.

cas de litige, en particulier lorsqu'il s'agit d'allouer des dommages et intérêts (typiquement en conséquence de la destruction ou de l'endommagement d'une œuvre, ou du refus par un vendeur de la livrer). Le sujet soulève trois questions : (i) quelle doit être la valeur pertinente, (ii) comment l'établir, c'est-à-dire qui supporte le fardeau de la preuve et (iii) quelle est la marge d'appréciation du juge ou de l'arbitre. Constatant que les principes ordinaires du droit suisse – en tout cas tels qu'actuellement appliqués – sont pour l'essentiel inadaptés à la réalité particulière du domaine de l'art, nous proposerons une solution dont l'ambition est de guider les parties aux procès ainsi que ceux qui sont appelés à trancher le différend. Ce sera l'objet de notre troisième chapitre (*infra* III).

I. Valeur vs prix

Il y a ainsi lieu de se pencher préliminairement sur les notions de valeur et de prix, et sur leur corrélation. Chacune de ces notions est difficile à appréhender et peut-être plus encore à quantifier – nous y reviendrons. Mais il est certain qu'il s'agit de deux concepts distincts et dont on constate que la mesure ne coïncide qu'assez rarement. Nous l'avons déjà relevé⁴, il est en effet fréquent que la valeur artistique d'une œuvre ne soit pas fidèlement exprimée par son prix, ni à la hausse, ni à la baisse. L'affirmation de Karl Marx selon laquelle « *[Price is the] expression in money of the magnitude of value* »⁵ ne saurait dès lors être partagée. On ne souscrira pas non plus à l'opinion de John Naisbitt selon lequel « *Value is what people are willing to pay for it* ». Si ce postulat peut être admis s'agissant de biens fongibles tels que l'or, voire du marché immobilier, il est très généralement infondé pour ce qui est du marché de l'art. La valeur – en tout cas artistique – est en effet, comme l'a dit William Stanley Jevons, « *the most invincible and impalpable of ghosts* »⁶. De même que la beauté, c'est une qualité qui est le plus souvent subjective, et peut-être parfois même éphémère. Le prix est en revanche – a priori en tout cas – plus simple à déterminer, puisqu'il est exprimé par le marché d'une façon qui est dès lors certaine. C'est probablement ce qui a conduit Oscar Wilde à affirmer : « *Nowadays people know the price of everything, and the value of nothing* »⁷.

A. Valeur

La notion de valeur d'une œuvre présente elle-même deux acceptions : la valeur artistique, d'une part, et la valeur commerciale, de l'autre.

4 Voir *supra*, introduction, § 2.

5 Karl Marx, *Money, or The Circulation of Commodities*, in *Capital*. Chapter 3 : vol. 1 : *A Critique of Political Economy*, trad. Ben Fowkes, Harmondsworth 1976, p. 196.

6 William Stanley Jevons, *Investigations in Currency and Finance*, Londres 1884, p. 80.

7 Oscar Wilde, *The Picture of Dorian Gray* (1890), in *The Complete Works of Oscar Wilde*, New York 2005, p. 209.

1. Valeur artistique

La valeur artistique – dite parfois symbolique – est probablement la plus complexe à cerner. Il s’agit en substance de la question de savoir ce que l’œuvre représente du point de vue de son originalité, de sa beauté, de la création artistique, de son contexte, du message qu’elle véhicule, de la force d’expression qu’elle exerce et de la capacité qu’elle a de susciter des émotions, voire de toucher l’âme du spectateur⁸, cette liste étant certainement très incomplète et ne devant pas nécessairement s’entendre cumulativement. S’agit-il d’une notion objective? Très probablement pas ; la composante subjective, si ce n’est même arbitraire, est en effet indéniable, ce qui a inévitablement pour conséquence qu’il n’existe pas une, mais autant de valeurs artistiques qu’il y a d’opinions, ou en tout cas que la valeur artistique est un concept à géométrie variable. Chacun peut ainsi l’interpréter et la comprendre différemment (subjectivité intellectuelle) et la ressentir de façon propre (subjectivité émotionnelle).

C’est la raison pour laquelle l’avis des spécialistes à propos d’une œuvre d’art revêt une importance particulière ; leur opinion permet en effet, dans une certaine mesure, d’objectiver la notion de valeur artistique, ou en tout cas de la concrétiser. Constituent également (explicitement ou implicitement) de tels avis l’acquisition d’une œuvre par un musée important⁹ ou par un collectionneur respecté, la publication d’articles dans des revues spécialisées, ou encore des compliments exprimés par des artistes reconnus.

Il est important d’avoir conscience de cette première acception de la notion – la seule d’ailleurs pertinente pour les puristes – car elle exerce en principe un effet, du moins à terme, sur cette seconde facette de la notion qu’est la valeur commerciale.

2. Valeur commerciale

La valeur commerciale d’une œuvre d’art est en principe – bien que pas nécessairement ni totalement – un dérivé ou en tout cas l’expression économiquement quantifiée de sa valeur artistique. Il serait d’ailleurs peut-être plus exact de suggérer que la valeur artistique est une des composantes de la valeur commerciale. Cette dernière tient en effet également compte d’un certain nombre d’autres facteurs, tels la rareté, les matériaux utilisés et d’autres éléments sur lesquels nous reviendrons plus avant (*infra* II).

La valeur commerciale relève par essence du « commerce », c’est-à-dire du marché, en l’occurrence « de l’art », et donc des transactions qui y sont effectuées. Partant, elle s’approche de la notion de prix, se situant en quelque sorte entre la valeur artistique et le prix. Il est à cet égard

8 Voir également Graw (note 1), p. 28.

9 Voir Velthuis (note 1), p. 174, qui relève que l’acquisition d’une œuvre par un musée présente un impact d’autant plus positif sur l’œuvre que le musée a dû faire un « sacrifice » pour l’obtenir. La supposition est en effet qu’un musée faisant l’acquisition onéreuse d’une œuvre est véritablement intéressé par cette dernière et par ses qualités artistiques, alors que cet intérêt est moins certain lorsque le musée a reçu l’œuvre à titre gratuit. Voir également *infra*, note 48.

probablement judicieux d'affirmer que la valeur commerciale est indépendante de transactions particulières. Cette acception du concept de valeur correspond en effet au montant qui serait convenu entre un acheteur et un vendeur raisonnables, rationnels et dûment informés. L'optique est donc plus fondamentale et à plus long terme. La détermination de la valeur commerciale tend à identifier ce que l'on pourrait appeler une sorte de valeur intrinsèque traduite monétairement. On pourrait ainsi parler de valeur « réelle dans une perspective commerciale ». C'est cette notion qui intéressera par conséquent plus particulièrement le monde du droit auquel nous consacrerons le dernier chapitre de la présente contribution (*infra* III).

3. Valeur artistique vs valeur commerciale

Il résulte de ce qui précède qu'autant par ce qu'elle exprime que, en général, par sa mesure, la valeur artistique n'est pas équivalente à la valeur commerciale¹⁰. Il est au demeurant contre nature de chercher à quantifier la valeur artistique, car elle est intangible, subjective voire, selon certains, par essence inestimable (« *priceless* »¹¹). Mais étant donné que nous vivons dans un monde où tout doit avoir un prix, on retiendra, comme cela a été suggéré ci-dessus, que la valeur artistique constitue – ou devrait constituer – pour le moins une des composantes de la valeur commerciale. Les qualités artistiques d'une œuvre contribuent ainsi à sa valeur commerciale, sans toujours la justifier intégralement¹². Faut-il en déduire que la valeur artistique d'une œuvre est en principe nécessairement inférieure à sa valeur commerciale? Non car, nous l'avons vu, d'une part ces notions ne sont que partiellement corrélées et, d'autre part, la valeur artistique considérable de certaines œuvres ne se reflète parfois jamais dans leur valeur commerciale.

B. Prix

La notion de prix, quant à elle, est en principe plus simple à discerner. Ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elle est exprimée en recourant à une unité de mesure qui n'est pas subjective. Par prix, on entend généralement la rencontre d'une offre et d'une demande dans le cadre d'un processus bilatéral ou multilatéral¹³, à l'issue de négociations ou d'enchères, dont les acteurs sont un vendeur et un (ou plusieurs) acheteur(s), du moins potentiel(s). Cela étant, même si l'unité de mesure – ou plus précisément le processus permettant de fixer le prix – présente une certaine légitimité et objectivité, le résultat de ce processus, soit le prix en définitive convenu entre les parties, reste éminemment subjectif. Il consacre en

10 Voir en ce sens Graw (note 1), p. 29 : « *its symbolic value is not identical to its market value, and this in spite of the fact that it has a named asking price* ».

11 *Ibid.*

12 Pour une présentation de l'ensemble des composantes de la valeur commerciale (du prix) d'une œuvre, voir *infra*, pp. 129 ss.

13 A propos des modes de détermination du prix, voir Velthuis (note 1), pp. 80 ss.

effet un accord auquel parviennent un acheteur et un vendeur particuliers, sans nécessairement exprimer un consensus ayant une portée générale quant à la valeur de l'objet vendu.

Quoi qu'il en soit, de même que *mater semper certa est*, on peut être tenté de penser que le prix – et, si l'on souscrit erronément à cette croyance, par conséquent la valeur – est toujours certain. Tel n'est pas le cas, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord car il convient de s'assurer que le prix convenu ait effectivement été payé ; s'il ne l'est pas¹⁴, il est en effet dépourvu de signification. Puis parce que, nous venons de l'évoquer, même si le prix est payé et est donc une certitude, celle-ci n'est que ponctuelle et ne reflète pas nécessairement la réelle valeur de l'œuvre ; il peut en effet avoir été affecté par des facteurs irrationnels, voire par des manipulations du marché¹⁵. Par ailleurs, comme l'a relevé Karl Marx¹⁶, un prix est parfois attribué à un objet alors même que sa valeur est nulle. De tels égarements ont pu être récemment observés sur le marché de l'art, où se sont formés des prix fantaisistes (« *fantasy prices* ») pour des objets privés de réelle valeur artistique (« *no artistic merit* »)¹⁷.

Cela étant, une des particularités du marché de l'art est que le prix est parfois fixé en quelque sorte unilatéralement¹⁸, typiquement par des galeristes ou des marchands, voire par les artistes eux-mêmes. De tels « prix » ne sont réels que s'ils sont acceptés par des acheteurs à l'occasion d'une transaction effective, si bien que l'on se trouve alors dans l'hypothèse d'une demande qui rejoint l'offre. On ne perdra toutefois pas de vue que l'on est dans de tels cas confronté à une sorte de monopole¹⁹ ou de fixation unilatérale – donc en quelque

14 Tel est le cas en présence d'un fol enchérisseur, qui en définitive ne s'acquitte pas du prix d'adjudication. Cette hypothèse ne tient pas de la pure théorie. On relèvera ainsi que les maisons d'enchères rendent en général les potentiels acheteurs attentifs aux conséquences de tels actes inconsiderés. Voir par exemple l'article XVI des « Conditions générales de vente » de Sotheby's telles que publiées sur leur site internet : <http://www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/cob/PF1309-COS.pdf> (10.12.13).

15 Voir à ce sujet Anne Laure Bandle, *Arbiters of Value : The Complexity and Dealers' Liability in Pricing Art*, dans le présent ouvrage pp. 39-41.

16 Marx (note 5), pp. 196-197 : « *the price may diverge from the magnitude of value, [...] a thing can, formally speaking, have a price without having a value* ». Le prix est alors purement « imaginaire » (« *imaginary* »), car attaché à un objet pour ainsi dire « sans valeur ». Voir également à ce sujet Graw (note 1), p. 30.

17 Graw (note 1), pp. 30 et 37 ss., qui mentionne le cas de la très controversée œuvre de Damien Hirst (1965 –) « *For The Love of God* », dont le prix de marché faramineux (100 millions de dollars, partiellement expliqué par son coût de production exceptionnellement élevé de 30 millions de dollars) a suffi à générer un buzz phénoménal et à donner à l'œuvre un certain statut artistique, malgré une valeur symbolique intrinsèque relativement faible.

18 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 83, qui, pour le surplus, rapporte les propos de certains marchands selon lesquels les prix découlant des enchères ont une légitimité bien plus forte que ceux fixés unilatéralement par les galeristes (ces derniers étant « *based on air* », « *speculative* » et « *one-sided* »).

19 En général, les œuvres sont uniques. Il pourrait dès lors sembler que le vendeur est en position de force (monopoleur) dans la mesure où les acheteurs potentiellement intéressés par l'œuvre qu'il détient devront « se battre » pour pouvoir acquérir cet objet. Néanmoins, comme le précise Moulin (note 1), p. 15, « il est bien connu que le monopoleur n'est jamais aussi totalement maître du prix qu'il peut le paraître. Des variables relatives à la demande doivent être prises en considération : le revenu des acheteurs potentiels, le taux de rendement des actions et des obligations, la conjoncture économique générale ».

sorte imposée – du prix. On ne saurait ignorer cet aspect particulier du marché de l'art, en tout cas dans sa conception « primaire »²⁰ (c'est-à-dire lorsque les œuvres concernées sont mises sur le marché pour la première fois). La « preuve du feu » du prix d'une œuvre – donc de sa réelle valeur de marché – a alors lieu lorsqu'elle fait l'objet d'une transaction sur le marché secondaire, ce qui parfois n'arrive que beaucoup plus tard, voire jamais.

Etant donné que, nous venons de le voir, sur le marché primaire le prix des œuvres d'art est en général fixé unilatéralement, le processus d'offre et de demande y est donc biaisé, alors qu'il est la règle sur le marché secondaire²¹. Dans la mesure où elles se déroulent librement et adéquatement²², les enchères présentent (en principe) l'avantage de déterminer le « juste » prix d'une œuvre d'art, soit le point d'équilibre entre l'offre et la demande²³. Le prix établi unilatéralement par un galeriste a ainsi une légitimité moins forte²⁴.

L'exclusion du processus d'enchères observée sur le marché primaire de l'art n'est, cela étant, pas injustifiée²⁵, principalement en raison de la volonté des galeristes et des marchands de « contrôler » le prix des œuvres et son évolution. Les prix se formant dans le contexte d'enchères favorisent en effet les excès et la volatilité²⁶. Or, la volatilité du prix des œuvres d'art doit être possiblement évitée, car elle est susceptible de nuire à la production et à la carrière d'un artiste²⁷. Le contrôle des prix par les galeristes et marchands

20 Voir également Velthuis (note 1), p. 79, selon lequel la question peut se poser de savoir pour quelles raisons le prix des œuvres d'art n'est pas déterminé sur le marché primaire au moyen des mécanismes d'enchères, quand bien même la théorie économique tend à présupposer que c'est la meilleure façon de déterminer la valeur de biens uniques (telles les œuvres d'art) pour lesquels des standards clairs de valorisation font défaut. Des éléments de réponses sont proposés *infra*, pp. 125-126.

21 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), pp. 81-82.

22 Ce qui n'est pas toujours le cas dans le marché de l'art, qui présente à cet égard certaines faiblesses. Voir à ce sujet Graw (note 1), pp. 47-48. Pour des exemples de problèmes pouvant affecter le marché de l'art, voir également *infra*, pp. 134 ss.

23 C'est d'ailleurs ce qu'admettent plusieurs marchands interviewés par Velthuis (note 1), p. 83, dont un affirme ce qui suit : « *I know that the actual price is the price at auction, because only at auction do supply and demand meet* ». Il convient toutefois de préciser, comme le fait Moulin (note 1), p. 124, que la règle de l'offre et de la demande n'est pas totalement immuable, en tout cas dans le domaine de l'art. Ainsi et contre toute attente, lorsque d'innombrables œuvres d'Andy Warhol (1928-1987) furent mises en vente en 2006, cette augmentation soudaine de l'offre n'a pas eu pour effet une pression à la baisse des prix pratiqués pour les œuvres de cet artiste. Au contraire, la spirale fut ascensionnelle, renforçant encore l'intérêt des amateurs pour l'artiste. Ce cas particulier ne peut néanmoins être pris comme règle, Andy Warhol faisant partie de ces rares artistes contemporains pour lesquels l'engouement semble presque sans limite. Voir à ce sujet l'article de Julia Halperin, Secouant le marché, la Fondation Warhol s'associe avec Christie's pour vendre l'intégralité de sa collection, Blouin Artinfo, publié le 7 septembre 2012, <http://fr.blouinartinfo.com/news/story/823572/secouant-le-marche-la-fondation-warhol-sassocie-avec-christies> (10.12.13).

24 Voir *supra*, note 18.

25 Pour plus de détails, voir Velthuis (note 1), pp. 83 ss.

26 *Idem*, p. 83.

27 C'est la raison pour laquelle certains marchands et galeristes estiment que les maisons d'enchères ont une vision à court terme et parasitaire, privilégiant leur propre intérêt au détriment des artistes. Voir à ce sujet *idem*, pp. 89 et 182.

permet ainsi d'assurer une stabilité, une cohérence et une relative certitude quant aux prix²⁸, et ce dans une optique visant à favoriser l'artiste, sagement et à long terme²⁹.

Si le besoin de contrôler et de stabiliser les prix n'est pas contestable, la question de la détermination de ces derniers reste très délicate, et ce même pour les spécialistes³⁰. Il existe certes des facteurs dont on peut (ou doit) tenir compte³¹. Parvenir à les identifier et à les pondérer est cependant ardu. Conscients de ces problèmes, les acteurs principaux du marché primaire de l'art ont développé des pratiques de fixation du prix visant à objectiver ce dernier, autant que faire se peut.

Dans ce contexte, il existe en premier lieu une tendance à fixer prioritairement le prix en référence à des critères concrets³², tels que, évidemment, la renommée de l'artiste, mais aussi les coûts de production de l'œuvre, sa taille, de même que le travail que l'artiste a consacré à sa réalisation³³. Abstraction faite de leur bien-fondé, ces différents facteurs sont de nature relativement objective et permettent, dans une certaine mesure, de « plausibiliser » le prix³⁴.

Il existe par ailleurs trois règles de bonne pratique qui sont assez généralement appliquées par les marchands dans la détermination du prix des œuvres d'art : (i) fixer initialement des prix préférablement bas³⁵ : ce premier principe consacre l'approche semble-t-il pratiquée depuis les années 1990³⁶ ; (ii) comparer l'œuvre concernée avec des œuvres similaires (notamment en termes de style et de taille) réalisées par des artistes comparables (en termes d'école et de renommée)³⁷ ; (iii) établir le prix par rapport à des valeurs de référence déjà disponibles³⁸.

Si les deux dernières de ces règles se comprennent aisément, la justification de la première est moins évidente. Sa raison d'être s'explique en ce qu'une diminution subséquente du

28 Voir à ce sujet *idem*, pp. 86 et 89.

29 *Idem*, p. 88. Voir également *infra*, pp. 126-127.

30 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), pp. 122-123, qui cite un marchand soulignant la grande subjectivité qui caractérise la fixation des prix : « *deciding about prices is 'the most subjective thing that happens in the gallery, even more than deciding what you like'* ».

31 Voir *infra*, pp. 129 ss.

32 Graw (note 1), p. 30, qui précise qu'ont été inventés de véritables coefficients prenant en compte ces facteurs.

33 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 137.

34 Graw (note 1), p. 30.

35 Velthuis (note 1), p. 124.

36 Trois différentes approches se sont succédé au XX^e siècle. Tout d'abord l'approche « honorable », dans les années 1950 à 1970 tendant à fixer un prix équitable (« *fair* ») ; ensuite, dans les années 1980, l'approche dite « *superstar* », en vertu de laquelle prévalait la fixation de prix très élevés afin de réaliser des plus-values importantes à court terme ; enfin, dès les années 1990, l'approche « prudente », caractérisée par la fixation de prix prudents. Voir à ce sujet *idem*, pp. 144 ss.

37 *Idem*, p. 125.

38 *Idem*, p. 128.

prix d'une œuvre est en général perçue très négativement dans le milieu de l'art³⁹ et entraîne souvent une dévaluation de ce qui est considéré comme étant la valeur artistique de l'œuvre considérée⁴⁰, voire une réduction de la valeur d'autres œuvres appartenant à la même mouvance. En outre, une telle diminution de prix peut nuire à l'estime que son créateur a de lui-même⁴¹, et donc à sa créativité.

A l'inverse, une augmentation (dans la durée) du prix d'une œuvre a tendance à stimuler l'artiste concerné et livre au public le message d'une carrière se développant positivement⁴² ; sa cote s'en trouvant augmentée. Un effet positif additionnel lié à l'augmentation régulière du prix d'une œuvre est que le collectionneur l'ayant acquise se sent conforté dans son choix, flatté dans ses goûts, assuré de sa capacité à repérer les talents⁴³ et rassuré quant à la qualité de la galerie ou du marchand qui peut lui avoir conseillé son achat. Tout ceci l'incite à continuer d'investir, ce qui contribue au développement du marché de l'art. La spirale est ainsi vertueuse.

C. Rapport entre valeur et prix

Dans une perspective idéale on peut ainsi être tenté d'affirmer que le prix est la concrétisation par le marché de la valeur commerciale d'une œuvre, laquelle est la consécration de sa valeur artistique. On ajoutera : à un moment donné et dans des circonstances particulières. Par opposition à la valeur réelle d'une œuvre, qui en principe n'évolue que peu – ou que progressivement – dans le temps, le prix est en effet une donnée assez volatile et ponctuelle, qui peut fluctuer parfois rapidement ; on l'observe, à la baisse, lors de crises conjoncturelles ou des marchés financiers et, à la hausse, lors de bulles spéculatives ou autres acquisitions effectuées irrationnellement.

Cela étant, une modulation de l'appréciation de la valeur artistique d'une œuvre devrait avoir pour incidence d'entraîner une variation équivalente de sa valeur commerciale (et donc des montants que des acheteurs sont prêts à investir pour acquérir l'œuvre)⁴⁴. On peut se poser la question de savoir si l'assertion inverse est vraie, à savoir si une variation du prix (ou de la valeur commerciale) influe sur la valeur artistique d'une œuvre. Instinctivement,

39 La question de la diminution du prix des œuvres d'art constitue d'ailleurs un tabou assez fort dans le milieu. Voir à ce sujet *idem*, p. 158.

40 *Idem*, pp. 162-163.

41 *Idem*, p. 162.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 Toutefois, cet effet peut être « compensé » par une variation inverse d'une ou plusieurs des autres composantes du prix. Par exemple : si une œuvre souffre une diminution de sa valeur artistique suite à la critique assassine d'un expert reconnu, cela contribue certes à la diminution de sa valeur commerciale, mais le prix de l'œuvre peut néanmoins simultanément augmenter si, parallèlement, la demande du public et des collectionneurs pour l'œuvre et son créateur augmente fortement, par exemple suite à l'émergence d'une bulle spéculative.

une réponse négative devrait s'imposer. Comment des considérations monétaires pourraient-elles avoir le moindre impact sur la force d'expression d'une œuvre ou le message qu'elle livre? Certaines études sur le sujet semblent néanmoins plaider pour une conclusion différente⁴⁵. Ainsi, plus le prix offert pour une œuvre est élevé, plus cela tendrait à influencer positivement l'appréciation de sa valeur artistique (par le public, mais aussi par les experts⁴⁶)⁴⁷, et inversement⁴⁸.

La valeur artistique et la valeur commerciale d'une œuvre semblent donc dans une certaine mesure corrélées, dans le sens qu'elles exercent chacune sur l'autre un effet⁴⁹ dont l'intensité reste toutefois difficile à prévoir et à mesurer. Il serait intéressant de disposer de données empiriques à cet égard.

Les liens entre la valeur commerciale et la valeur artistique d'une œuvre et, plus spécifiquement, l'impact positif (observé en pratique) du succès commercial d'une œuvre sur la perception de sa valeur symbolique ne sont quoi qu'il en soit pas sans incidence sur le comportement des acteurs du marché de l'art. Ils permettent d'expliquer des pratiques relatives à la fixation du prix d'œuvres qui, d'un point de vue purement économique et rationnel, seraient à défaut difficiles à justifier.

A titre de synthèse, on retiendra que la valeur commerciale d'une œuvre résulte de différents facteurs intrinsèques et extrinsèques, en partie subjectifs, dont la qualité purement artistique, et correspond à l'évaluation qu'en donneraient des parties essentiellement rationnelles, ce qui permet de tendre à une certaine objectivité. Le prix est une concrétisation monétairement quantifiée de cette valeur à un moment donné. Il exprime donc une certitude, celle-ci n'étant toutefois que ponctuelle, c'est-à-dire affectée par des facteurs conjoncturels, mais aussi émotionnels et donc subjectifs.

45 Voir à ce sujet Graw (note 1), p. 33, selon laquelle « *increased market value is now even capable of redefining personal preferences* ».

46 Voir en ce sens *ibid.*, qui précise que, au XIX^e siècle déjà, le succès commercial d'une œuvre d'art augmentait la valeur symbolique qui lui était attribuée. Néanmoins, l'influence positive du succès commercial d'une œuvre d'art sur la perception de sa valeur symbolique n'était à l'époque vraie que s'agissant du grand public.

47 *Idem*, pp. 46-47, qui relève que, de nos jours, il semble que le marché ait développé une autorité plus forte, et que son jugement contribue à distinguer les œuvres ayant une valeur artistique de celles qui en sont dépourvues. L'auteure illustre cette tendance par les propos tenus en 2006 par le directeur du département de l'art contemporain de Sotheby's selon lequel les meilleures œuvres sont les plus chères, assimilant ainsi des prix élevés à une valeur artistique importante et positionnant le marché comme un juge infaillible de la valeur artistique des œuvres (*idem*, pp. 56-58).

48 Il s'agit probablement là de la manifestation d'une tendance humaine à n'accorder que peu de valeur à ce qui coûte peu, voire rien (et inversement). L'écrivain Cervantes l'avait déjà relevé: « *that what costs little is valued less* » (Miguel de Cervantes, *Don Quixote* (1605), trad. Samuel Putman, New York 1998, p. 354).

49 Graw (note 1), p. 33.

II. Composantes

Nous l'avons déjà évoqué, tant la valeur (entendue ici dans son acception commerciale) que le prix d'une œuvre d'art peuvent être décomposés en différents éléments constitutifs, c'est-à-dire en composantes. L'addition de ces éléments (positifs) permet de déterminer la valeur d'une œuvre, ou plus précisément sa valeur « brute ». Pour en connaître la valeur « nette », plus proche de la valeur réelle, il convient de tenir aussi compte d'éléments susceptibles de réduire la valeur de l'œuvre concernée; nous dénommerons ces facteurs les « composantes négatives ».

A. Composantes positives

Nous postulons donc que la valeur de toute œuvre peut être définie comme étant la somme de différentes composantes : identité de l'artiste, année de création, taille, force d'expression, pour n'en citer que quelques-unes⁵⁰. Certaines ont trait à l'œuvre elle-même, d'autres à l'artiste l'ayant créée, d'autres à son environnement culturel ou géographique, d'autres encore au lieu ou au moment de l'appréciation. Elles sont de natures tant objectives que subjectives⁵¹. Nous les examinerons par ordre dégressif d'objectivité. L'importance relative de la valeur de chaque composante varie naturellement de cas en cas :

- **Identité de l'artiste.** Il s'agit évidemment du facteur prédominant, en tout cas lorsque l'artiste est connu⁵². Une œuvre de Picasso, quels que soient son sujet, ses dimensions, la technique utilisée, ou encore la période de sa réalisation, vaut infiniment plus qu'une création d'un artiste contemporain peu connu, et ce quand bien même les efforts, voire la qualité de l'œuvre du second sont supérieurs à ceux du maître espagnol. En présence d'une pièce d'un artiste ne bénéficiant que d'une faible notoriété les autres composantes revêtent probablement une importance proportionnellement plus considérable. Par ailleurs, des études démontrent que les prix offerts pour des œuvres sont dans une certaine mesure fonction de l'âge de leur créateur : les montants payés pour acquérir des

50 Voir à ce sujet Mischa Senn, *Kunstrecht*, in *Kulturrecht Kulturmarkt – Lehr- und Praxishandbuch* (Andrea F.G. Raschèr et Mischa Senn, eds.), Zurich 2012, p. 73; Graw (note 1), p. 30, qui indique que, s'agissant des peintures modernes, un coefficient (prenant en compte un certain nombre de facteurs, telles la taille de l'œuvre et la réputation de l'artiste) a été développé, dans une tentative d'objectivation et de justification du prix des œuvres d'art, permettant ainsi d'éviter – ou en tout cas de faciliter – le difficile exercice de l'évaluation de leur valeur. Voir également Velthuis (note 1), p. 99, qui estime qu'une analyse des composantes de la valeur et (donc) de la formation des prix sur le marché primaire revêt un intérêt tout particulier dans la mesure où la plupart des œuvres ne sont vendues qu'une fois et n'apparaissent donc jamais sur le marché secondaire.

51 Dans le même sens, Senn (note 50), p. 73.

52 C'est notamment la raison pour laquelle des informations sur l'artiste (son parcours, ses qualifications, sa formation, les récompenses qu'il a obtenues, sa présence lors d'expositions ou dans des collections) figurent souvent dans les catalogues ou les plaquettes consacrées par les galeries aux artistes qu'ils représentent. Voir à ce sujet, Moulin (note 1), p. 29.

œuvres ont tendance à être d'autant plus élevés que l'artiste est plus âgé⁵³, ce critère étant vraisemblablement interprété comme un gage de la qualité de son travail, pour autant que sa carrière se soit poursuivie avec un certain succès. Enfin, et bien qu'il n'existe à cela aucune explication convaincante, les prix auxquels sont échangées les œuvres divergent selon le sexe de l'artiste, les hommes étant en général davantage valorisés par le marché de l'art que les femmes⁵⁴.

- **Matériau et technique utilisés.** Le matériau utilisé pour réaliser l'œuvre n'est pas sans incidence sur sa valeur⁵⁵. Une sculpture en or, enjolivée de pierres précieuses, vaut en principe plus qu'un objet créé à partir d'un bloc de marbre. De même, la technique ainsi que les difficultés objectives de réalisation de l'œuvre tendent à influencer son prix. Le temps consacré et les efforts de l'artiste sont ainsi récompensés, et ce même s'il convient légitimement de considérer que « la valeur d'un objet d'art, œuvre de l'esprit, découle plus de sa force d'expression que du temps passé à sa réalisation et du matériau utilisé »⁵⁶. D'aucuns vont plus loin en affirmant que les objets d'art font partie des rares types de biens pour lesquels le rapport entre les coûts de production et le prix est faible, voire inexistant⁵⁷.
- **Dimension de l'œuvre.** La taille d'une œuvre n'est pas sans pertinence. Toutes choses égales par ailleurs, la valeur d'une œuvre est en général proportionnelle à sa dimension⁵⁸, voire exponentielle en fonction de celle-ci. Cette vérité n'est toutefois pas absolue, ni sans limite. Parmi deux œuvres d'un même artiste, ce n'est pas systématiquement la plus imposante qui aura la valeur la plus élevée. Si « *size matters* », une œuvre souffrant de gigantisme est d'ailleurs susceptible de décourager les collectionneurs, voire les musées. La conservation, l'entreposage et la mise en valeur d'une telle œuvre soulèvent en effet des difficultés pratiques potentiellement rédhitoires et donc propres à en réduire le prix.
- **Moment de la création et sujet.** Certains artistes, notamment ceux dont l'activité créatrice a été longue, passent par diverses « périodes ». Ils s'essaient souvent à des genres artistiques variés, avec plus ou moins de réussite. Les différentes « époques » de l'artiste

53 Velthuis (note 1), pp. 107-108.

54 *Idem*, p. 109.

55 Un exemple marquant est celui de l'œuvre de Damien Hirst « *For The Love Of God* », qui est un crâne en platine serti de 8601 diamants et dont le coût de production (en raison des matériaux précieux utilisés) est estimé à environ 30 millions de dollars. On relèvera que son prix exorbitant de 100 millions de dollars est bien supérieur à ces coûts. La différence peut s'expliquer par la prise en compte des autres composantes du prix, y compris les plus subjectives (spéculations et irrationalité).

56 Jornod (note 1), p. 58.

57 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 104. S'agissant de la nature particulière des œuvres d'art et des éléments spécifiques les distinguant des autres types de biens, voir Graw (note 1), pp. 24 ss. Pour une comparaison entre les œuvres d'art et les biens de luxe, voir la même auteure, pp. 136 ss.

58 Voir en ce sens Velthuis (note 1), p. 103, qui démontre, chiffres à l'appui, une corrélation entre la taille de l'œuvre et son prix.

ont en général une influence significative sur la valeur de la production. Il est par ailleurs compréhensible qu'une œuvre de jeunesse puisse être moins appréciée qu'une pièce que l'artiste a réalisée durant sa période de maturité. Enfin, au sein d'une même période et selon l'artiste, certains sujets sont plus prisés que d'autres ; par exemple des portraits par rapport à des paysages ou à des natures mortes, ou l'inverse.

- **Etat de l'œuvre.** Une œuvre en parfait état de conservation aura généralement une valeur supérieure à une œuvre similaire, du même artiste, qui a été abîmée ou a subi de manière plus marquée les affres du temps. De même, si l'œuvre a fait l'objet d'une restauration, la qualité de celle-ci sera un facteur susceptible d'exercer une influence sur sa valeur⁵⁹.
- **Expositions et publications.** Le fait qu'une œuvre ait été exposée, ou en tout cas publiée, a pour effet d'en augmenter la valeur. La notoriété de la galerie (par exemple Gagosian à New York) ou du musée (par exemple le MoMA à New York) importe alors significativement⁶⁰. Un effet positif résulte aussi de l'acquisition d'œuvres de l'artiste par des musées⁶¹. Enfin, les critiques positives d'experts reconnus, relayées plus ou moins largement par les médias, sont de nature à augmenter la cote de l'œuvre, et d'ailleurs de l'artiste en général⁶², ou au contraire, à lui nuire lorsque ces critiques sont négatives⁶³.
- **Provenance et collections.** Le fait qu'une œuvre provienne d'une collection renommée ou appartienne à une personnalité célèbre peut en augmenter la cote. Il en a été ainsi d'œuvres ayant appartenu à Ernst Beyeler⁶⁴ ou à Yves Saint-Laurent⁶⁵.
- **Rareté de l'œuvre.** « Ce qui est rare est cher ». Ce principe est particulièrement vrai dans le domaine de l'art. Marcel Duchamp (1887-1968) affirmait en 1964 : « c'est la rareté qui donne le certificat artistique »⁶⁶. Plus la demande (d'achat) pour un artiste ou l'une de ses œuvres est élevée – plus l'offre (de vente) est faible – plus les prix ont, à

59 Jornod (note 1), p. 60.

60 *Ibid.* et Moulin (note 1), pp. 71 ss.

61 Voir à ce sujet *supra*, note 9.

62 Cela peut donner lieu à des succès aussi flamboyants qu'éphémères. Cet effet de starification de nombreux jeunes artistes a notamment pu être observé durant les années 1980. Voir à ce sujet Moulin (note 1), p. 34.

63 Voir toutefois Graw (note 1), p. 231, qui relève que parfois une critique négative peut avoir un impact positif sur la valeur d'une œuvre (« *all press is good press* »).

64 Voir à ce sujet l'article de Cécile Berthaud, 40 pièces de feu Ernst Beyeler aux enchères, L'Echo, publié le 15 juin 2011, http://blogs.lecho.be/out_of_office/2011/06/40-pi%C3%A8ces-de-feu-ernst-beyeler-aux-ench%C3%A8res.html (10.12.13).

65 Voir à ce sujet l'article intitulé : Des objets d'Yves Saint-Laurent aux enchères, Le Parisien, publié le 10 août 2009, <http://www.leparisien.fr/societe/des-objets-d-yves-saint-laurent-aux-encheres-10-08-2009-603385.php> (10.12.13).

66 Marcel Duchamp, Entretien avec Otto Hahn, *in* L'Express, Paris, 23 juillet 1964.

l'évidence, tendance à grimper. Pour la même raison on valorise en général davantage une œuvre unique que des « séries »⁶⁷.

- **Lieu de la vente.** Il n'est pas indifférent de savoir où une œuvre d'art est vendue. La pertinence locale de l'œuvre peut en effet avoir une incidence positive sur le prix : « un objet atteindra un meilleur prix si la vente se situe en un lieu d'intérêt précis correspondant à son genre, son style, son appartenance historique »⁶⁸. Ainsi, par exemple, une peinture d'Albert Anker (1831-1910) est susceptible d'intéresser davantage d'investisseurs et de collectionneurs si la vente aux enchères se déroule en Suisse que si elle a lieu en Chine.
- **Qualité de l'œuvre.** Cette composante devrait, en théorie en tout cas, être le critère le plus important de l'évaluation. Indépendamment en effet de l'identité de l'artiste, des caractéristiques « technico-matérielles » de l'œuvre et de la faveur des experts, la valeur d'une œuvre ne réside-t-elle pas dans sa qualité et ses mérites artistiques? On l'a vu, ce critère est toutefois souvent assez – voire essentiellement – subjectif, bien que, par une méthode qui s'apparente à la triangulation des opinions et des sources, on puisse tenter de l'objectiver.
- **Valeur future.** La valeur d'une œuvre d'art n'est pas « *carved in stone* », c'est-à-dire immuable. Elle varie au gré des mouvances et de l'évolution de la popularité de son auteur. Pour ce qui concerne les artistes largement reconnus et prisés, on observe depuis des décennies une tendance assez marquée à l'augmentation des prix auxquels leurs œuvres sont échangées. Il est dès lors légitime de se demander si l'augmentation future (quasi-certaine) de la valeur d'une œuvre doit être prise en compte lors de la détermination de sa valeur actuelle. Faut-il en d'autres termes envisager que, de même que cela se fait couramment lorsqu'il s'agit d'évaluer une entreprise⁶⁹, il convient de considérer que la valeur d'une œuvre correspond à sa valeur actuelle (*stricto sensu*) à laquelle on doit ajouter sa valeur future (éventuellement actualisée)? Cette question mérite une réflexion approfondie à laquelle nous ne pouvons nous livrer ici. Nous nous limiterons à suggérer une réponse affirmative⁷⁰, mais atténuée par le fait que les

67 Selon Moulin (note 1), p. 117, on observe aujourd'hui « un nombre croissant d'œuvres produites en exemplaires multiples, gravures, photographies, sérigraphies, tirages d'imprimantes, vidéos [...]. L'extension du label artistique hors de la définition traditionnelle de l'œuvre singulière exige [dès lors] la mise en place de mécanismes de contrôle de la rareté. La rareté artistique est délibérément recrée pour être économiquement valorisée ». De tels mécanismes peuvent par exemple consister à qualifier d'originaux un nombre limité d'exemplaires, leur affectant certaines caractéristiques, telles qu'un papier différent, la signature de l'artiste ou encore une remarque en marge.

68 Jornod (note 1), p. 60. Dans le même sens, voir également Velthuis (note 1), p. 91.

69 Voir à ce sujet Benoît Chappuis/Sebastiano Nessi, Assessing Damage under the Discounted Cash Flow Approach (DCF) : Sound Tool or Speculative Method? A Swiss perspective, in *Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA/SZW)* 2012, pp. 269 ss., p. 270.

70 Apparemment dans le même sens, Dakshina G. De Silva/Rachel A. J. Pownall/Leonard Wolk, Does the sun « shine » on art prices ?, in *Journal of Economic Behavior & Organization* vol. 82 (2012), p. 168 : « *The value of art is determined by on the one hand, its future resale value and on the other hand, the emotional utility derived from owning the object* ».

valeurs exprimées par le marché contiennent aujourd'hui déjà une composante reflétant un pronostic sur leur valeur future, ne serait-ce que potentielle.

- **Spéculations et bulles**⁷¹. Tout comme les marchés immobiliers et financiers, le marché de l'art attire les spéculateurs. Les prix et tendances qui se forment pour certaines œuvres, certains artistes ou même certains courants artistiques sont alors souvent sans véritable justification du point de vue de la réelle valeur (artistique en tout cas) des œuvres concernées, et par ailleurs souvent éphémères. Tout connaisseur aura une attitude prudente, voire sceptique, face à certaines ascensions fulgurantes. L'investisseur à long terme fera également preuve de réserve et d'une saine méfiance face à des bulles haussières ou autre euphorie du marché.
- **Enchères, irrationalité et manipulations**. Les émotions – pas artistiques celles-là – sont fréquemment exacerbées lors de ventes aux enchères. Le désir parfois ardent ou même compulsif d'un enchérisseur d'acquérir une œuvre⁷², son ego qui peut mener au refus de « céder » face à un autre enchérisseur, sont autant de facteurs pouvant concourir à la formation de prix parfois injustifiés⁷³. Inversement, lors de ventes aux enchères, il arrive qu'une œuvre ne trouve pas preneur, malgré une mise à prix tout à fait avantageuse, ou qu'elle soit acquise à un prix très intéressant lorsqu'une seule personne enchérit.

L'expérience enseigne en outre que les conditions climatiques sont de nature à influencer les prix d'adjudication. Il a été observé qu'un temps radieux tend à influencer

-
- 71 Les bulles spéculatives touchent par essence plus fréquemment l'art contemporain que l'art classique : l'œuvre contemporaine souffre en effet d'une relative incertitude quant à sa reconnaissance future et donc quant au prix pour lequel elle pourra être échangée à l'avenir ; elle comporte ainsi un risque dont la nature est une des caractéristiques majeures de tout objet de spéculation. Voir à ce sujet Moulin (note 1), pp. 26 et 58. La même auteure rappelle aussi (pp. 49 ss.) que les années 1980 ont été caractérisées par une « spirale spéculative », à laquelle ont contribué de nombreux facteurs conjoncturels (telle l'abondance des liquidités à cette époque), des effets de mode et l'attrait du prix élevé (induisant la multiplication des achats à la hausse), mais également certaines pratiques (et parfois dérives) prévalant dans le milieu, en particulier la politique du crédit à l'acheteur dans le contexte des ventes aux enchères (l'affaire des Iris de Van Gogh en constitue un exemple célèbre, voir à ce sujet Moulin [note 1], pp. 50-51). Une nouvelle bulle spéculative a pu être observée au cours des années 2000 (et jusqu'en 2007-2008), touchant tout particulièrement les œuvres « starifiées » de l'art contemporain. Selon Moulin (note 1), p. 135, cette nouvelle bulle a été provoquée notamment par « la globalisation du marché, associée aux dérives du capitalisme financier ».
- 72 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 98, qui mentionne certains économistes selon lesquels les prix des biens rares tels que les œuvres d'art échappent à toute analyse économique, étant donné qu'ils sont en général fonction de la présence (ou de l'absence) au lieu de la vente d'une personne riche intéressée par l'objet.
- 73 Le prix final peut ainsi être le double ou le triple (voire plus) de la valeur d'estimation, et ce même pour les œuvres qui jouissent (préalablement à la vente) de montants d'évaluation élevés. Une illustration de ce phénomène est fournie par une œuvre d'Andy Warhol « *Orange Marilyn* » qui, chez Sotheby's le 14 mai 1998, a été cédée pour le triple de son prix d'estimation, étant adjugée pour la somme de 17'327'500 dollars, frais inclus. Voir à ce sujet Moulin (note 1), p. 55.

positivement l'humeur des enchérisseurs, ceux-ci étant dès lors plus enclins à offrir des sommes élevées : c'est ce qui a parfois été appelé le « *sunshine premium* »⁷⁴.

Le prix d'adjudication ne se forme par ailleurs pas toujours de manière « naturelle », c'est-à-dire en application stricte du mécanisme de l'offre et de la demande. Il arrive en effet que des acteurs soient liés par des accords en vertu desquels ils conviennent de ne pas enchérir les uns contre les autres, et ce afin de limiter le risque que le prix des œuvres qu'ils convoitent augmente « déraisonnablement »⁷⁵. A l'inverse, il est par ailleurs des cas dans lesquels les cours sont artificiellement influencés par des manœuvres de personnes directement ou indirectement intéressées à ce que la cote de l'artiste augmente. Il arrive ainsi que des marchands, des collectionneurs ou même l'artiste lui-même (r)achètent une œuvre afin de soutenir ou d'augmenter la cote de l'ensemble de l'œuvre de l'artiste concerné⁷⁶. Les maisons d'enchères, qui ont évidemment intérêt à ce que l'œuvre soit acquise au prix le plus élevé possible, ont à cet égard parfois été « soupçonnées » de contribuer à l'explosion des prix en prêtant aux acheteurs les montants nécessaires à l'acquisition⁷⁷.

Une autre source de distorsion du marché peut résulter de ce que certains « collectionneurs », parfois en accord avec des marchands promoteurs des artistes concernés, achètent un grand nombre d'œuvres de ceux-ci; puis en deviennent les « *market makers* »⁷⁸.

Il résulte de ce qui précède que les prix atteints lors des ventes aux enchères ne sont pas toujours fiables, c'est-à-dire révélateurs de la réelle valeur (même « de marché ») des œuvres (effectivement ou fictivement) vendues⁷⁹. L'information découlant d'enchères doit par conséquent être reçue en conservant un sens critique, notamment lorsque le prix d'adjudication est difficilement explicable, en comparaison avec la cote de l'artiste ou l'historique des ventes de ses œuvres. Nous le verrons plus avant⁸⁰, cette mise en garde a

74 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), pp. 84-85 et De Silva/Pownall/Wolk (note 70), pp. 167 ss., qui rappellent qu'un état émotionnel positif tend à influencer la perception d'une situation et la prise de décision. Ainsi, un investisseur « de bonne humeur » est globalement plus optimiste que lorsque son état émotionnel est négatif. Il en résulte qu'il tend à percevoir les risques comme étant plus faibles et que la survenance d'un résultat positif lui paraît plus probable (« *subjects with a positive mood [...] become overoptimistic and overweight the probability of good outcomes* »). Dès lors que l'on connaît l'impact généralement positif du soleil sur l'humeur des gens, les auteurs précités posent l'hypothèse – et la prouvent – d'une corrélation entre l'ensoleillement et les prix de vente des œuvres d'art. Au moyen de chiffres avérés et d'une méthodologie solide, ils démontrent ainsi scientifiquement que, dans une certaine mesure, l'ensoleillement a un impact positif sur les prix auxquels les œuvres sont échangées lors de ventes aux enchères.

75 Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 85.

76 Voir à ce sujet Anne Laure Bandle, *Arbiters of Value : The Complexity and Dealers' Liability in Pricing Art*, dans le présent ouvrage, p. 40.

77 Velthuis (note 1), p. 85.

78 Moulin (note 1), p. 35.

79 Dans le même sens, Jornod (note 1), p. 59.

80 Voir *infra*, pp. 151-152.

également un impact sur la validité et la pertinence de certains indices ou autres banques de données ayant trait au marché de l'art.⁸¹.

Les composantes positives du prix et leur impact sur la détermination de la valeur brute d'une œuvre d'art peuvent ainsi être illustrés par le schéma situé page suivante.

B. Composantes négatives

Nous l'avons déjà laissé entendre, pour tenter de s'approcher aussi fidèlement que possible de la réelle valeur (commerciale) d'une œuvre d'art, il convient de tenir également compte de certains facteurs négatifs. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons à cet égard identifié cinq « composantes négatives » : les contraintes administratives, les risques de marché, l'opacité du marché, les coûts de transaction et l'illiquidité du marché.

- **Contraintes administratives**⁸². La réglementation de certains pays peut rendre plus ardue la vente d'œuvres, voire y faire totalement obstacle, et donc minorer la valeur d'une œuvre *in casu*, ou plutôt *in situ*. Un exemple typique sont les restrictions nationales à l'exportation de certains biens culturels⁸³. Par ailleurs, un frein supplémentaire à la circulation des biens sont les restrictions à l'importation ; la Suisse a conclu à cet effet des accords bilatéraux avec d'autres pays, tels que l'Italie⁸⁴, portant sur l'importation de biens culturels (Article 7 LTBC)⁸⁵. Aux termes de ces accords, les œuvres d'intérêt national ne peuvent quitter le pays. Ceci a pour conséquence que les œuvres concernées n'ont pas accès au marché international, ce qui évidemment affecte très sensiblement leur valeur de marché⁸⁶.

81 Plusieurs entreprises proposent des services visant à déterminer la valeur d'une œuvre et la cote d'un artiste, au moyen de méthodologies plus ou moins élaborées, par exemple les sociétés Artnet ou Artprice.

82 Elles sont variables d'un pays à l'autre et dépendent prioritairement de la politique nationale relative à la protection et à la conservation du patrimoine. Voir en ce sens, Moulin (note 1), p. 16.

83 Le but de telles réglementations est en général de protéger l'intérêt ou le patrimoine national (on se réfère parfois au « trésor national ». Voir à ce propos *idem*, p. 144). Il existe fondamentalement trois principaux moyens de protection : (i) l'interdiction d'exportation, (ii) son autorisation liée à des conditions, ou encore (iii) un droit de préemption en faveur de l'Etat (*idem*, pp. 93 ss.).

84 Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République italienne concernant l'importation et le retour de biens culturels, conclu le 20 octobre 2006, RS 0.444.145.41 ; Pierre Gabus/Marc-André Renold, Commentaire LTBC, Genève 2006, n. 1 ss. *ad art.* 7.

85 Voir à ce propos en particulier Alberto Roccella, Statut des collections et marché de l'art en Italie. Aspects de droit comparé, *in* Revue Internationale de droit comparé, Vol. 59 N° 2, 2007, pp. 383 ss.

86 On citera à titre d'exemple le fameux tableau de Van Gogh, « Le Jardinier », de la période de Saint Rémy, qui appartenait à Ernst Beyeler ; il fut astucieusement acquis par l'Etat italien après que Beyeler eut vainement tenté de l'exporter pour l'insérer dans la collection de sa fondation à Riehen.

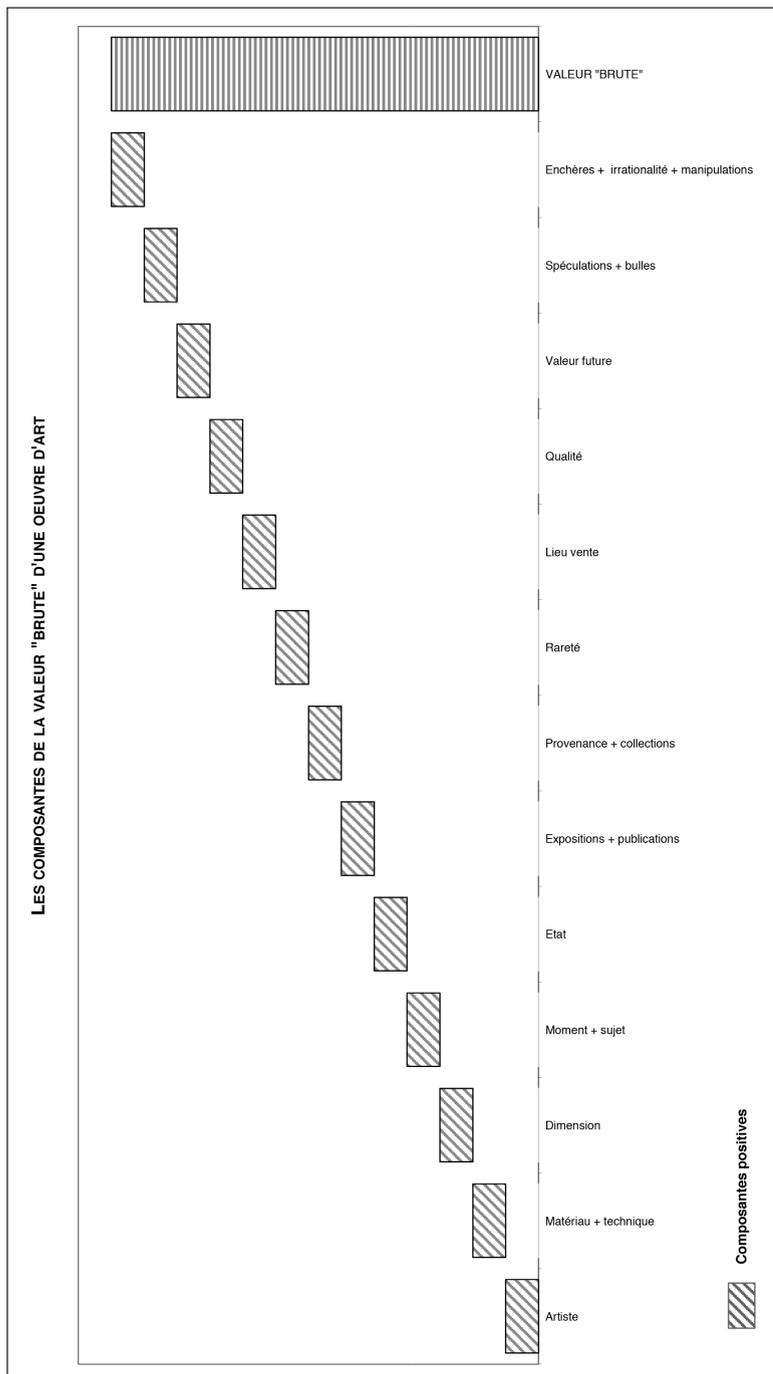


Schéma 1 – Les composantes de la valeur « brute » d’une œuvre d’art

- **Risques de marché.** Si le marché est volatile⁸⁷ il existe en principe pour l'acheteur un risque de payer un prix trop élevé, ou en tout cas de ne pas pouvoir revendre l'œuvre à un prix adéquat au moment où il déciderait de – ou devrait – le faire. Un investisseur averti prend généralement en considération ce risque en réduisant le montant qu'il est prêt à offrir pour l'acquisition de l'œuvre considérée.
- **Opacité du marché.** Moins un marché est transparent⁸⁸, plus les investisseurs sont méfiants. Or, le marché de l'art se caractérise par une grande opacité⁸⁹. Quelles ventes ont été effectuées? A quel prix? Les conditions de ces ventes ont-elles été établies « *at arm's length* »? Sont-elles donc sincères et représentatives? Ce sont là autant d'informations qui ne sont souvent pas accessibles au public. Cette grande incertitude a pour conséquence naturelle que les prix offerts escomptent souvent une prime négative d'opacité des marchés. Les banques de données qui fleurissent désormais tentent d'y remédier, mais elles connaissent elles-mêmes des limites⁹⁰.
- **Coûts de transaction.** Dans la mesure où il est dévoilé, le prix d'achat d'une œuvre ne correspond fréquemment ni au montant dont bénéficie effectivement le vendeur, ni à celui que verse l'acheteur. Les transactions impliquent en effet souvent de nombreux intermédiaires (galeristes⁹¹, marchands⁹², etc.), qui perçoivent des frais et commissions. Les coûts de transaction sont souvent importants ; dans le contexte d'une vente aux

87 On précisera que les risques de marché affectent davantage les œuvres d'art contemporaines que les œuvres d'art classiques. En effet, pour ces dernières, « les valeurs artistiques sont objectivées par le temps, par l'histoire et par le consensus social résultant d'opérations multiples et successives de sélection et de ratification » (Moulin (note 1), p. 25). Par contre, « l'art contemporain maximise l'incertitude et le risque » et présente une forte vulnérabilité aux effets de la conjoncture (*idem*, p. 54).

88 Selon Moulin (*idem*, p. 10), le marché de l'art est caractérisé par une incertitude ou en tout cas une asymétrie d'information. Celles-ci posent de nombreux problèmes, et peuvent en particulier conduire à de « multiples manipulations stratégiques ». L'auteur précise que les manques d'information dans ce domaine sont encore accentués par le fait que « les prix en galeries ne sont pas transparents » et qu'une « partie des transactions s'effectue dans la clandestinité ». Elle estime enfin que, sur le marché de l'art, « l'asymétrie de l'information et sa manipulation éventuelle sont au centre du problème de la formation des prix » (*idem*, p. 41).

89 Voir à ce sujet Graw (note 1), p. 63, qui relève que les listes de prix sont rarement dévoilées par les galeries et que les maisons d'enchères gardent secrets les noms des offrants. Voir également Velthuis (note 1), p. 93, qui mentionne que les divergences de prix peuvent s'expliquer par un certain niveau d'ignorance du marché.

90 Voir *infra*, pp. 151-152.

91 Voir également Moulin (note 1), p. 32, qui explique que le galeriste, parfois désigné « marchand entrepreneur », est dans la règle l'intermédiaire exclusif entre l'artiste-créateur et ses (premiers) clients potentiels. Il se distingue notamment des négociants, qui restreignent leur activité à la vente d'œuvres qui sont déjà reconnues.

92 On rappellera que les deux principales maisons d'enchères sur la scène internationale sont Christie's et Sotheby's. Leur poids et leur importance sont tels qu'il est possible de considérer qu'elles constituent un duopole dans ce secteur. Dans le même sens, Marc-André Renold, *Vertragsverhältnisse in der Welt der bildenden Kunst und der Museen*, in *Kultur Kunst Recht* (Peter Mosimann, Marc-André Renold et Andrea F. G. Raschèr, éd.), Bâle 2009, p. 540; Moulin (note 1), pp. 66 ss., qui affirme qu'en 2006 Sotheby's et Christie's contrôlaient plus de 75% des parts du marché de l'art et que, malgré la concurrence qu'elles se livrent, elles agissent parfois de concert (par exemple en matière de tarification).

enchères, ils se situent en général dans une fourchette qui varie entre 12,5% et 25 % du prix d'adjudication (*hammer price*)⁹³. Outre ces coûts, le vendeur supporte des charges dont les principales sont ou peuvent être de la TVA ou autres impôts, taxes douanières, frais de transport, assurances et, dans certains pays, droit de suite⁹⁴. Le cumul de ces coûts et frais supplémentaires a pour conséquence que le montant total qui est imputé au prix de vente peut être considérable (jusqu'à 20% à 50%⁹⁵). On peut en débattre, mais il est raisonnable de considérer que ces charges – cette composante – ne sauraient être ignorées lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur réelle d'une œuvre.

- **Illiquidité du marché.** La question de la liquidité du marché est en substance celle de savoir si le propriétaire d'une œuvre peut en tout temps trouver, immédiatement ou dans un délai raisonnablement court, un amateur disposé à l'acheter à son prix « réel ». Ce n'est probablement pas le cas s'agissant de la très grande majorité des œuvres d'art. Le marché de l'art est en d'autres termes essentiellement illiquide. Le vendeur d'une œuvre n'a dès lors que deux solutions, chacune insatisfaisante : (i) faire une concession sur le prix, c'est-à-dire se contenter d'un prix inférieur à la valeur réelle de l'œuvre, ou (ii) attendre, *sine die*, de trouver un acheteur disposé à payer le « juste prix », sans certitude quant au moment où cela sera possible. L'illiquidité constitue donc un handicap qui affecte négativement le prix potentiel, et donc probablement la valeur d'une œuvre.

Les facteurs de réduction que nous venons de mentionner ne sont pas toujours – ni tous – nécessairement pertinents. Ainsi, certains pays ne connaissent pas de réglementation limitant la vente et la libre exportation d'œuvres d'art. Certains marchés sont parfois défiscalisés, tels les ports francs suisses. Le marché des œuvres de certains artistes est assez, voire totalement, liquide, par exemple Picasso ou Rothko. Enfin, certaines des composantes négatives du prix tendent à perdre de l'importance. Il en va ainsi de l'opacité du marché : l'augmentation croissante de l'information disponible, notamment par la mise en place – et en ligne – de banques de données et d'indices concernant les artistes et leurs œuvres, permet en effet d'assurer une plus grande transparence et donc de réduire l'asymétrie de l'information entre les différents acteurs.

Ces composantes « négatives » du prix et leur impact sur la détermination de ce que nous avons appelé la valeur nette d'une œuvre d'art peuvent être illustrés au moyen du schéma page ci-contre :

93 Velthuis (note 1), p. 93.

94 Le droit de suite est un type de droit d'auteur en faveur de l'artiste (ou de sa descendance) correspondant à un pourcentage du prix de vente de l'œuvre. Voir à ce sujet Moulin (note 1), pp. 89 ss.

95 Voir à ce sujet Jornod (note 1), p. 59. Voir également Velthuis (note 1), p. 16, selon lequel les marchands organisent régulièrement (chaque année ou semestre en général) des « *exhibitions* » lors desquelles ils tentent de vendre les œuvres des artistes qu'ils représentent. Les marchands reçoivent dans ce cas une commission qui se situe généralement environ entre 40% et 50% du prix de vente.

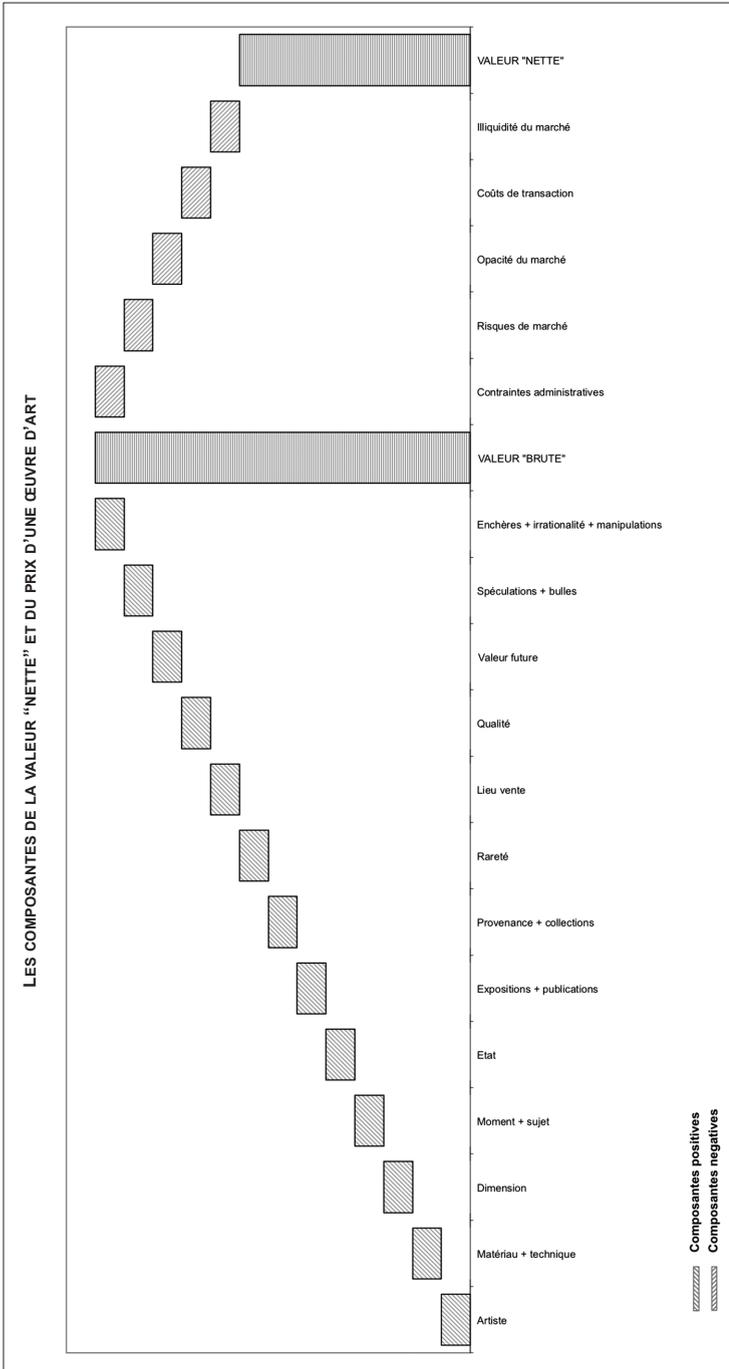


Schéma 2 – Les composantes de la valeur « nette » et du prix d'une œuvre d'art

C. Pertinence des composantes – finalité de l'évaluation

Les composantes (positives et négatives) examinées jusqu'ici ne sont pas toujours toutes pertinentes, ni d'une importance (absolue ou relative) immuable⁹⁶. Mais indépendamment de cette constatation de portée générale, la finalité de l'évaluation est déterminante. Il nous apparaît que l'on peut à cet égard distinguer cinq principaux types d'objectifs, chacun ayant un impact propre sur l'évaluation. Nous les présenterons dans l'ordre décroissant du prix qu'ils induisent.

- **Prise en compte d'une valeur subjective – prime potentielle.** Cette perspective est typiquement celle de l'acheteur qui a un coup de cœur pour une œuvre. Etant plus ou moins fortement, voire compulsivement, séduit par l'œuvre ou influencé par le contexte de la vente, un tel acheteur peut être disposé à payer un prix plus élevé que ne le ferait un acheteur raisonnable, le prix rationnel étant ainsi majoré d'une sorte de « prime passionnelle ». Les prix record payés pour certaines pièces s'expliquent parfois de cette manière⁹⁷.
- **Maximisation du prix rationnel vendeur.** C'est la perspective du vendeur qui décide de céder une œuvre qu'il possède et qui a évidemment pour objectif d'en tirer le prix le plus élevé possible. Sont en général animés par la même volonté : (i) l'artiste, car, au-delà de son intérêt immédiat, plus ses œuvres sont vendues à des prix importants, plus sa cote et sa notoriété augmentent ; (ii) la maison d'enchères, car elle perçoit en principe une commission correspondant à un pourcentage du prix d'adjudication ; (iii) le marchand-vendeur⁹⁸, pour les mêmes raisons que la maison d'enchères.
- **Détermination d'une valeur objective.** Le but est ici d'évaluer quelle est la « réelle » valeur de l'œuvre. Cette approche, purement rationnelle et plutôt conservatrice, est

96 Par ailleurs, l'histoire démontre que l'importance relative des différentes composantes est susceptible d'évoluer dans le temps. Ainsi, au Moyen-Âge (et jusqu'au début de la Renaissance), les critères principaux permettant de fixer le prix d'une œuvre d'art étaient ceux liés au temps consacré à la création de celle-ci de même qu'aux coûts du matériel nécessaire à cette fin. Puis, peu à peu, des caractéristiques plus intangibles (telles que le talent de l'artiste) ont commencé à peser de manière prépondérante lors de la fixation du prix. Voir à ce sujet, Velthuis (note 1), pp. 121 ss.

97 La valeur symbolique d'une œuvre et les émotions qu'elle procure sont par essence très difficilement quantifiables, de sorte que celui qui achète une œuvre peut tout à fait, de son point de vue, justifier le prix exorbitant qu'il a payé. Comme le dit Graw (note 1), p. 31, « *After all, when it comes to putting a price on the priceless, the sky is the limit* ».

98 Ce nonobstant, de nombreux marchands affirment que leurs actions sont dictées en priorité par des considérations artistiques et que les motifs commerciaux restent secondaires. Voir à ce sujet Velthuis (note 1), p. 2. Par ailleurs, les marchands préfèrent souvent, dans l'intérêt de l'artiste sur le long terme, établir des prix raisonnables pour leurs œuvres, plutôt que de laisser le prix se déterminer au moyen des mécanismes d'enchères, qu'ils considèrent comme étant erratiques et parasites (voir le même auteur, p. 7). Voir également *supra*, pp. 125 ss.

typiquement appliquée par les assurances⁹⁹. Le fait d'assurer une œuvre a en effet pour but de permettre au bénéficiaire de la police de protéger son patrimoine contre le risque de perte ou de destruction de l'objet assuré¹⁰⁰. Mais il s'agit du patrimoine objectif, non pas subjectif.

- **Détermination d'une valeur raisonnable prudentielle.** Cette approche est celle généralement pratiquée par les autorités fiscales, suisses en tout cas. Dans les pays qui imposent la fortune sans exception en faveur des œuvres d'art, les autorités sont à juste titre conscientes des effets problématiques d'un impôt perçu sur un bien dont la valeur est incertaine et qui ne produit pas de revenu. Ceci les incite souvent à opter pour la partie basse de la fourchette d'évaluation. Le fisc procède ainsi à une évaluation raisonnable mais prudentielle de la valeur des œuvres, veillant à éviter que l'impôt ne devienne confiscatoire¹⁰¹. Il arrive que l'autorité fiscale accepte par exemple de prendre pour référence la moitié de la valeur d'assurance des objets concernés.
- **Minimisation du prix.** Bénéficiaire du prix le plus bas possible est naturellement l'objectif de la plupart des acheteurs. Le propos doit certes être relativisé lorsque l'acheteur est motivé prioritairement par son attrait pour l'œuvre concernée¹⁰². La minimisation du prix est en particulier l'objectif principal de l'acheteur-investisseur qui est moins motivé par des considérations esthétiques que par la volonté de réaliser une plus-value dans un avenir plus ou moins proche.

Les objectifs de l'évaluation d'une œuvre d'art et les résultats auxquels elle peut mener sont donc très divers. Cela complexifie ultérieurement une tâche déjà ardue. Tel est le défi

99 Voir à ce sujet Pierre Gabus, Des différentes valeurs d'assurance et du rôle de l'expert, in L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Etudes en droit de l'art vol. 19 (Marc-André Renold, Pierre Gabus et Jacques de Werra, édés.), Genève 2007, p. 80, qui précise que « la valeur d'assurance représente la valeur actuelle de l'objet assuré [au moment de la conclusion du contrat et] [...] doit être établie en fonction de critères objectifs, [...] [excluant ainsi la prise en compte de] la valeur sentimentale ou affective d'un objet ».

100 On relèvera que la somme d'assurance, donc la somme versée au bénéficiaire pour la disparition, la perte, la destruction ou l'endommagement de son œuvre (dans la mesure où l'hypothèse du sinistre est couverte), peut être différente de la valeur d'assurance (*ibid.*). Il arrive ainsi que les parties conviennent que sera versé un montant supérieur à la valeur actuelle estimée de l'objet en question.

101 Des taux d'imposition non excessifs sont de nature à favoriser les échanges d'objets d'art. Par ailleurs, la dation en paiement (c'est-à-dire : le fait de payer ses impôts en cédant des œuvres à l'Etat) permet d'éviter des situations délicates pour les contribuables. Ce mécanisme contribue également à la conservation du patrimoine national de même qu'à l'enrichissement des musées. Voir en ce sens, Moulin (note 1), p. 111. Pour plus de détails concernant la réglementation et la pratique fiscales dans le domaine de l'art, voir l'article de Xavier Oberson, Le prix de l'œuvre d'art en droit fiscal – Le fisc a-t-il du goût ?, dans le présent ouvrage, pp. 107 ss.

102 Voir *supra*, p. 140 et Velthuis (note 1), pp. 42-43, qui distingue en particulier trois motifs pouvant inciter un collectionneur à acquérir une œuvre d'art : (i) en raison des qualités esthétiques de l'objet (valeur esthétique) ; (ii) parce que la possession de l'œuvre rejaillit positivement sur son statut social (valeur sociale) ; (iii) car l'acquisition de cette œuvre représente un bon investissement d'un point de vue économique (valeur d'investissement). Les marchands attachent souvent de l'importance aux motifs d'achat des collectionneurs. Ils distinguent ainsi les « bons motifs » (liés à des considérations artistiques) des « mauvais motifs » (ceux ayant trait à l'investissement, la spéculation, le statut social ou, dans une moindre mesure, la simple décoration). Voir à ce sujet *idem*, p. 44.

auquel peut être confronté le juge, dont on peut alors concevoir l’embarras. Cela permet probablement de mieux comprendre les solutions peu satisfaisantes adoptées dans les deux décisions que le Tribunal fédéral a rendues dans ce contexte, et dont l’état des faits, les considérants juridiques et les conclusions ont été rappelés dans l’article de Pierre Gabus figurant au début du présent ouvrage¹⁰³.

Dans notre prochain et dernier chapitre, nous rappellerons (i) dans quels cas il est nécessaire que le juge détermine ou en tout cas connaisse la valeur d’une œuvre, (ii) quels concepts, principes et règles sont applicables à cet égard, avant de traiter (iii) de l’approche que le juge suisse a jusqu’ici adoptée, respectivement pourrait adopter dans ce contexte.

III. Perspective juridique et judiciaire – détermination du dommage

Les hypothèses dans lesquelles le juge est confronté à la question de savoir quelle est la valeur d’une œuvre d’art sont principalement celles dans lesquelles une partie s’adresse à lui pour obtenir la réparation d’un dommage qu’elle prétend avoir subi et réclame en conséquence des dommages-intérêts. Le dommage revendiqué par le demandeur peut résulter d’un acte illicite ou de la violation d’un contrat. Constituent des actes illicites notamment l’endommagement par un tiers d’une œuvre dont le demandeur est propriétaire, mais également sa destruction ou son vol. Une violation contractuelle peut notamment découler du refus par un vendeur de livrer l’œuvre promise, mais également d’un consignataire¹⁰⁴ qui, ne faisant pas preuve de la diligence requise, perd, abîme ou détruit l’objet d’art qui lui a été remis en dépôt par le consignataire¹⁰⁵.

Nous rappellerons tout d’abord brièvement ce qu’est un dommage, les différents types de dommages, de même que les règles posées par le législateur suisse et précisées par nos juges fédéraux afin d’en calculer le montant. Nous appliquerons ensuite les règles générales sur la fixation du dommage au domaine particulier de l’art et analyserons les limites du système et les aménagements nécessaires.

A. Principes généraux

Le Code suisse des obligations (CO)¹⁰⁶ ne définit pas le dommage. Selon le Tribunal fédéral, le dommage est une diminution involontaire du patrimoine (donc de la fortune

103 Voir *supra*, pp. 1 ss.

104 Pour davantage de développements à propos du contrat de consignation, voir Pierre Tercier/Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009, pp. 1001 ss.

105 Les trois arrêts topiques du Tribunal fédéral, examinés par Pierre Gabus, *L’art échappe-t-il au droit ?* dans le présent ouvrage, pp. 1 ss., concernent précisément l’hypothèse d’une violation contractuelle.

106 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

nette) d'une personne¹⁰⁷. La doctrine et la jurisprudence ont classifié le dommage en deux catégories distinctes : la perte effective et le gain manqué.

La perte effective, dite aussi « perte éprouvée » (en latin : *damnum emergens*), affecte directement et effectivement le patrimoine du lésé. Elle peut résulter tant de la diminution de son actif que de l'augmentation de son passif¹⁰⁸. Dans le domaine de l'art, l'hypothèse la plus fréquente est celle de la diminution de l'actif : suite à la destruction d'une œuvre par le consignataire, le consignataire (propriétaire de l'œuvre) voit par exemple son patrimoine diminué à hauteur de la valeur de l'œuvre détruite.

Le gain manqué, dit aussi « manque à gagner » (en latin : *lucrum cessans*), est la conséquence du fait qu'un événement qui aurait été positif pour le patrimoine du lésé ne puisse se réaliser. Le gain manqué se subdivise à son tour en deux hypothèses : la non-augmentation de l'actif et la non-diminution du passif. Dans le contexte qui nous occupe c'est la première (non-augmentation de l'actif) qui est en principe pertinente. On peut citer à titre d'exemple le cas où l'acheteur d'une œuvre ne peut obtenir du vendeur qu'il la lui livre conformément au contrat de sorte qu'il souffre d'un manque à gagner résultant du fait qu'il ne peut la revendre à un prix supérieur.

Quel que soit le cas de figure, pour calculer le dommage on applique la « théorie de la différence » selon laquelle le dommage correspond à la « différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit »¹⁰⁹. Pour déterminer cette « différence », il est indispensable de connaître la valeur de l'œuvre.

Le calcul est en principe aisé lorsque le dommage prend la forme d'un gain manqué concret, c'est-à-dire lorsqu'il découle de la perte d'une opportunité bien identifiée de revendre l'œuvre considérée. Il en va par exemple ainsi de l'acheteur qui n'a pas reçu livraison de l'œuvre par le vendeur et qui avait préalablement conclu avec un tiers un contrat en vertu duquel il lui aurait revendu l'œuvre en question à un prix supérieur. Selon la théorie de la différence, le dommage se calcule alors en soustrayant le premier prix (prix d'achat) du second (prix de revente).

La détermination du dommage est plus complexe lorsque seul un des deux éléments de l'équation est connu ou, pire, lorsqu'aucune valeur n'a été contractuellement fixée. Par exemple, lorsqu'une œuvre consignée est perdue le patrimoine du consignataire est diminué de la valeur de cette œuvre : mais quelle est cette valeur ? Est-ce celle mentionnée (à titre

107 ATF 116 II 441 consid. 3a, aa (= JdT 1991 I 166). Voir également Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Zurich 2012, p. 272 ; Franz Werro, *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne 2012, p. 401.

108 Voir à ce sujet Franz Werro, *in* *Code des obligations I* (Luc Thévenoz et Franz Werro, eds.), *Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012, n. 12 *ad* art. 41 CO.

109 Werro (note 107), p. 401. Voir également Tercier/Pichonnaz (note 107), p. 272 ; ATF 133 III 462 ; ATF 127 III 403 (= JdT 2001 I 482).

indicatif?) dans les documents de consignation?¹¹⁰ Et le cas échéant, à quel prix le consignataire aurait-il pu revendre l'œuvre?

Une autre question peut également se poser lorsque l'acheteur d'une œuvre ne peut en obtenir la livraison par le vendeur car ce dernier l'a détruite ou perdue. Faut-il réellement considérer que l'acheteur subit un dommage sachant qu'il est libéré de l'obligation d'en payer le prix convenu? La réponse à cette question est-elle la même si l'acheteur n'avait pas prévu de revendre l'œuvre? Une réponse positive à ces questions n'est pas exclue, mais elle suppose que l'acheteur démontre qu'il aurait réalisé une « bonne affaire », c'est-à-dire que le prix convenu avec le vendeur était *in casu* inférieur à la véritable valeur de l'œuvre.

Il existe donc un certain nombre de cas, plus ou moins complexes, dans lesquels l'établissement de la valeur de l'œuvre est nécessaire pour déterminer si une indemnité est due au demandeur victime d'un acte illicite ou d'une violation contractuelle, et quel est son montant. Les développements qui suivent ont pour vocation de procéder à une synthèse de l'approche du droit suisse à cet égard.

Les normes légales pertinentes sont l'article 8 du Code civil suisse (CC)¹¹¹ relatif au fardeau de la preuve (qui incombe en principe au demandeur) ; l'article 42 CO¹¹², notamment son alinéa 2, aux termes duquel lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi le juge le détermine équitablement, et enfin, s'agissant du dommage subi par un vendeur, l'article 191 CO¹¹³, lequel codifie en substance la théorie de la différence dont il vient d'être question.

Cela étant, il existe fondamentalement deux méthodes pour calculer un dommage.

Selon la première méthode, dite du « **calcul concret** », le demandeur doit prouver très concrètement le dommage qu'il a subi. Le Tribunal fédéral estime qu'un dommage concret est démontré « lorsque la preuve peut être faite que des événements dommageables bien déterminés se sont produits ou [...] que des événements lucratifs également bien déterminés ont été empêchés par l'attitude dommageable. De tels événements ne sauraient

110 Une éventuelle valeur indicative mentionnée dans le contrat de consignation ou dans ses annexes n'est, à notre avis, en principe pas déterminante dans le contexte de l'établissement de dommages-intérêts ; une exception à ce principe est toutefois envisageable dans l'hypothèse particulière dans laquelle cette valeur a été établie par un expert compétent et indépendant et à condition évidemment que ce dernier ait procédé à une analyse complète et sérieuse de la valeur objective de l'œuvre.

111 RS 210.

112 Bien que figurant dans le chapitre relatif aux obligations résultant d'actes illicites, l'article 42 CO est applicable également à la détermination du dommage causé par une violation contractuelle. Le champ d'application de cette norme est en effet étendu par l'article 99 al. 3 CO, selon lequel « Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ».

113 Il s'agit d'une disposition spéciale, applicable au contrat de vente et, par analogie, également au contrat de consignation. Voir également Christian Heierli/Anton K. Schnyder, *in* Obligationenrecht I (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Wolfgang Wiegand, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2011, n. 3 ad art. 42.

consister, en l'espèce, qu'en des ventes à des personnes déterminées et à des prix déterminés. »¹¹⁴. Le demandeur doit donc quantifier le dommage de manière très précise et en se prévalant de faits avérés, non pas d'hypothèses, aussi convaincantes fussent-elles. Il doit par exemple prouver qu'il aurait pu revendre l'objet acheté (et non livré) à un prix clairement déterminé, donc certain, supérieur au prix pour lequel il a effectivement acquis l'objet¹¹⁵. La méthode du calcul concret est la méthode prioritairement applicable, c'est-à-dire celle qui doit être retenue dans tous les cas où cela est possible. On estime que cette primauté du calcul concret découle de l'article 42 al. 1 CO, en vertu duquel « la preuve du dommage incombe au demandeur »¹¹⁶.

En matière de vente, la loi instaure deux procédés¹¹⁷ permettant à l'acheteur de prouver plus aisément son dommage concret : selon le premier, prévu à l'article 191 al. 2 CO¹¹⁸, « l'acheteur peut [...] se faire indemniser du dommage représenté par la différence entre le prix de vente et le prix qu'il a payé de bonne foi pour remplacer la chose qui ne lui a pas été livrée ». On parle dans ce cas d'un « achat concret (ou effectif) de couverture »¹¹⁹.

En vertu du second, énoncé à l'article 191 al. 3 CO¹²⁰, « si la vente porte sur des marchandises cotées à la bourse ou ayant un prix courant, l'acheteur peut se dispenser d'en acquérir d'autres et réclamer, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le prix de vente et le cours du jour au terme fixé pour la livraison ». Cette méthode, dénommée « achat hypothétique de couverture »¹²¹, facilite souvent grandement la preuve du dommage¹²² et peut donc être très utile au lésé¹²³. Cependant son champ d'application

114 JdT 1964 I pp. 58-59 (= ATF 89 II 214, consid. 5a).

115 Voir également Werro (note 107), p. 402, qui fournit quelques exemples d'éléments concrets qu'un acheteur peut apporter pour prouver son dommage : « démontrer, par exemple, qu'il a dû acquérir la marchandise ailleurs à des conditions moins favorables, ou qu'il a été privé du bénéfice que la revente lui aurait procuré, ou encore qu'il a dû indemniser à son tour son propre acheteur ».

116 Voir en ce sens, Fabio Schlüchter, Schadenregulierung und Statistiken, in Haftung und Versicherung/Responsabilité et Assurance (HAVE/REAS), Personen-Schaden-Forum 2009 – Tagungsbeiträge, 2009, p. 100.

117 Ces deux dispositions sont des expressions de la théorie de la différence (voir *supra* p. 143). Dans le même sens, Alfred Koller, in Obligationenrecht I (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt et Wolfgang Wiegand, eds.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2011, n. 3 *ad art.* 191.

118 Pour une analyse détaillée de cette disposition, *idem*, n. 7 *ss. ad art.* 191.

119 Silivio Venturi/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, in Code des obligations I (Luc Thévenoz et Franz Werro, eds.), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012, n. 1 *ad art.* 191.

120 Pour une analyse détaillée de cette disposition, voir Koller (note 117), n. 16 *ss. ad art.* 191.

121 *Idem*, n. 16 *ad art.* 191 ; Venturi/Zen-Ruffinen (note 119), n. 12 *ad art.* 191.

122 Voir en ce sens, Koller (note 117), n. 17 *ad art.* 191.

123 On précisera que tant la doctrine que la jurisprudence désignent généralement cette hypothèse comme étant celle du calcul « abstrait » du dommage. Nous l'incluons pour notre part dans la définition du calcul « concret » du dommage, et ce en particulier pour deux raisons : (i) le calcul est à l'évidence concret car il se base sur deux montants certains (prix convenu et cours de bourse) ; (ii) nous estimons qu'il s'agit bel et bien d'un dommage « concret », le patrimoine de l'acheteur « non-livré » étant « concrètement » inférieur à celui qui aurait été le sien si le vendeur avait respecté son obligation (peu importe à cet égard que l'acheteur ait ou non procédé à un achat concret de couverture).

est par essence limité aux cas dans lesquels le prix de l'objet qui n'est pas livré peut être déterminé aisément et avec certitude par référence à un marché ou à une bourse¹²⁴. Selon le Tribunal fédéral en effet, « seules ont un tel prix les marchandises qui sont traitées régulièrement à la bourse ou sur le marché, à un cours moyen constatable [...] »¹²⁵. Nos juges fédéraux ont par ailleurs élargi l'interprétation de l'article 191 al. 3 CO en admettant qu'il soit fait « abstraction [...] de l'exigence d'un cours proprement dit, fondé sur un prix de marché et [...] [en considérant] comme suffisante la preuve de la possibilité de revente au prix pratiqué à l'ordinaire et déterminable d'après des facteurs objectifs »¹²⁶. Le Tribunal fédéral développe ainsi une notion de prix de marché *lato sensu*; il précise néanmoins qu'« on ne peut pas admettre un [tel] prix de marché [...] lorsqu'il y eut sans doute des ventes, conclues occasionnellement, mais à des prix qui dépendaient des circonstances personnelles particulières à l'acheteur ou au vendeur »¹²⁷. Les prix convenus doivent donc avoir un fondement objectif, à défaut de quoi l'article 191 al. 3 CO ne peut être invoqué. On précisera qu'il importe peu de savoir si l'acheteur aurait effectivement revendu ou conservé la chose concernée¹²⁸.

La seconde méthode permettant de fixer le dommage est celle dite du « **calcul abstrait** » (dite aussi méthode de « l'évaluation équitable » ou appréciation « *ex aequo et bono* »). Il s'agit d'une voie alternative applicable « à défaut de mieux », c'est-à-dire à laquelle il ne pourra être recouru que s'il n'est pas possible pour le demandeur de déterminer concrètement son dommage. Le caractère subsidiaire de cette méthode du calcul abstrait est expressément ancré à l'article 42 al. 2 CO : « Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ». Le recours à la « valeur équitable » constitue ainsi une « soupape de sécurité » permettant d'éviter que le demandeur souffrant d'une diminution certaine mais pas « mathématiquement quantifiable » de son patrimoine ne puisse obtenir aucun dédommagement.

B. Application au domaine de l'art

Les principes de détermination du dommage qui viennent d'être rappelés ont vocation à s'appliquer de manière générale, quelles que soient les particularités du cas d'espèce, donc

124 S'agissant de la notion de « prix de marché », voir Koller (note 117), n. 19 *ad art.* 191.

125 JdT 1964 I p. 60 (= ATF 89 II 214, consid. 5c).

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*

128 Dans le même sens, Werro (note 107), p. 402, qui estime que, « indépendamment d'une éventuelle revente, la prestation promise a une valeur pour l'acheteur. En d'autres termes, le dommage – défini comme la différence entre deux états du patrimoine à deux moments donnés – existe dès l'instant où la valeur de la chose vendue au moment décisif pour le calcul du dommage excède le prix de vente convenu entre les parties ; la réparation du préjudice porte alors sur la plus-value perdue (ATF 104 II 198, consid. c) ».

aussi dans le domaine qui nous occupe ici. Nous postulons toutefois que ces principes ne sont pas totalement adaptés au domaine de l'art. Après avoir expliqué pourquoi, nous suggérerons une solution qui devrait permettre au juge de disposer d'outils plus appropriés afin de tenir adéquatement compte des particularités dudit domaine.

1. Inadéquation du système ordinaire

Le système ordinaire d'évaluation du dommage applicable en vertu du droit suisse qui vient d'être rappelé se révèle souvent inadéquat au regard des spécificités du monde de l'art, et cela pour les raisons exposées ci-dessous.

a. Applicabilité de la méthode du calcul concret ?

Comme nous l'avons suggéré, il n'est en pratique pas possible de recourir à la méthode du calcul concret dans le domaine de l'art. Lorsque le vendeur d'une œuvre refuse (ou n'est pas à même) de la livrer à l'acheteur conformément au contrat qu'ils ont conclu, cet acheteur n'est en effet pas en mesure de procéder à un achat concret de couverture au sens de l'article 191 al. 2 CO, et ce pour la simple raison que chaque œuvre est en général unique et que tout achat d'une œuvre identique est donc par définition exclu. Il en va de même du consignataire (propriétaire de l'œuvre) dont le consignataire a perdu ou détruit l'œuvre remise. Sont réservés les cas où l'œuvre a été exécutée en plusieurs exemplaires (« séries » ou « multiples »)¹²⁹, mais même dans de tels cas le nombre d'œuvres identiques est souvent très limité de sorte qu'il n'existe pas de réelle possibilité de procéder à un achat de remplacement, ni même de se prévaloir d'un prix de référence. Cette rare exception mise à part, le dommage ne peut donc être fixé par le biais d'un achat concret de couverture.

Le Tribunal fédéral exclut du reste lui-même le recours, dans ce contexte, à un achat hypothétique de couverture¹³⁰ sur le fondement de l'article 191 al. 3 CO. Notre haute Cour a en effet bien vu que « les objets d'art [...] sont précisément des exemples typiques de choses qui ne possèdent pas des prix de bourse ou de marché; elles ont au contraire un prix individuel qui, la plupart du temps, n'est qu'un prix d'amateur »¹³¹. Bien que l'on puisse légitimement douter du postulat du Tribunal fédéral quant au « prix d'amateur » et des conséquences très générales qu'il pourrait en tirer, le raisonnement des juges fédéraux

129 Même dans ces cas, certaines difficultés peuvent subsister, en particulier lorsque chaque « exemplaire » de l'œuvre revêt des caractéristiques de nature à en modifier – subjectivement ou objectivement – la valeur ; il peut en aller ainsi par exemple de l'état de conservation de chacun des exemplaires de l'œuvre, mais également de variations des couleurs utilisées pour chaque exemplaire, ou de la patine d'un bronze.

130 Voir en ce sens également Venturi/Zen-Ruffinen (note 119), n. 19 *ad* art. 191 ; Koller (note 117), n. 19 *ad* art. 191.

131 JdT 1964 I p. 60 (= ATF 89 II 214, consid. 5c).

nous semble pour l'essentiel fondé car chaque œuvre est indéniablement unique – c'est-à-dire non fongible – si bien qu'il n'existe pas de « cours du jour », ni d'ailleurs de cours du tout! Chaque œuvre doit en effet être évaluée individuellement¹³² et, à moins que son auteur bénéficie d'un marché liquide, c'est-à-dire sur lequel sont exécutées de fréquentes transactions sur des œuvres similaires, la détermination de sa valeur ne peut se fonder sur aucune référence au « marché » ou à la « bourse » au sens de l'article 191 al. 3 CO, et ce même dans une acception assez large¹³³.

On nuancera cette conclusion dans le cas, rare en pratique, où l'œuvre concernée est au bénéfice d'un historique de ventes successives, c'est-à-dire de données fournies par des « *repeated sales* »¹³⁴. Ces transactions préalables présentent alors une certaine pertinence, d'autant plus marquée que le nombre de transactions portant sur l'œuvre concernée est élevé et que l'on constate une certaine cohérence dans les prix pratiqués à ces occasions¹³⁵. Dans cette hypothèse particulière il ne nous semble pas totalement exclu de considérer que le prix de l'œuvre est en quelque sorte déterminé par le marché *lato sensu*¹³⁶, et donc

132 Comme le mentionne Moulin (note 1), p. 14, l'œuvre « est singulière et irremplaçable ; elle est indivisible et non substituable ».

133 *Idem*, pp. 45-46, relève à juste titre que l'analogie souvent faite (notamment par les médias) entre le marché boursier et le marché de l'art n'est pas des plus heureuses. En effet, de nombreuses différences existent, en particulier : (i) les titres échangés sur le marché boursier sont en général interchangeables (notamment les actions d'une même société sont substituables), ce qui n'est pas le cas des œuvres (notamment classiques) vendues sur le marché de l'art qui, par définition, se caractérisent par leur manque d'homogénéité ; (ii) sur le marché boursier, un nombre indéterminé de vendeurs et d'acheteurs se rencontrent dans des conditions de concurrence en général efficaces, alors que le marché de l'art oppose typiquement quelques acheteurs potentiels à un vendeur unique (monopoleur), la transaction étant par ailleurs souvent pilotée par des intermédiaires bénéficiant en principe d'une position et d'une influence significatives sur la transaction ; (iii) la valeur (à tout le moins approximative) des titres d'une société peut se déterminer au moyen de formules consacrées et de chiffres relativement clairement définis et objectifs (par exemple, la méthode DCF consistant à actualiser les *cash-flows* futurs de la société), alors que l'incertitude et la subjectivité affectent le prix des œuvres d'art ; (iv) la périodicité des transactions diverge également sur les deux marchés : quasi-permanentes dans le domaine boursier, parfois très rares dans le domaine de l'art ; (v) enfin, le marché boursier est en général soumis à des exigences strictes de transparence et de liquidité, alors que le marché de l'art est encore essentiellement opaque et illiquide. S'agissant des spécificités du marché de l'art, voir également Graw (note 1), pp. 65 ss.

134 En général, et pour des raisons évidentes, les œuvres classiques sont davantage susceptibles de présenter un tel historique de ventes que les œuvres modernes. Voir également Moulin (note 1), p. 10, qui précise que « si dans tous les marchés artistiques règne l'incertitude sur la valeur des œuvres, le marché de l'art contemporain se caractérise [...] par une incertitude maximale ».

135 Par exemple, les prix convenus (i) ne sont pas disparates et fantaisistes, mais se situent dans une fourchette de valeurs relativement proches ou (ii) dévoilent une tendance (par exemple, haussière) et permettent ainsi de fonder un pronostic sur l'évolution de la valeur de l'œuvre.

136 Voir *supra*, pp. 145-146. Nous proposons ici de relativiser les propos du Tribunal fédéral qui estime que la « notion du 'prix de marché au sens large' ne saurait être appliquée à la vente d'objets d'art qui ne sont pas des 'marchandises' au sens de cette jurisprudence » (JdT 1964 I p. 60 [= ATF 89 II 214, consid. 5c]).

susceptible de bénéficier du recours à la méthode facilitée prévue par l'article 191 al. 3 CO¹³⁷.

Force est ainsi de constater que, en comparaison du nombre total d'œuvres, rares sont celles dont la valeur peut être établie en recourant aux articles 42 al. 1, 191 al. 2 et 191 al. 3 CO. Dans la grande majorité des cas la fixation du dommage résultant de la perte, de la destruction ou du défaut de livraison d'une œuvre d'art – et incidemment la détermination de la valeur desdites œuvres – ne peut ainsi être établie de manière concrète.

b. Applicabilité de la méthode du calcul abstrait ?

Nous avons rappelé que cette méthode, prévue à l'article 42 al. 2 CO, est subsidiaire par rapport à la méthode du calcul concret. Ce n'est en d'autres termes que lorsque la fixation concrète du dommage n'est pas possible – c'est-à-dire, on vient de le voir, dans la majorité des cas dans le domaine de l'art – que l'on peut se prévaloir de cette disposition et donc requérir du juge qu'il détermine le dommage non pas de façon « scientifique », mais de manière équitable. Ce nonobstant, dans les deux seules affaires qui, à notre connaissance, ont été soumises au Tribunal fédéral, notre plus haute Instance a refusé d'appliquer l'article 42 al. 2 CO. Ainsi : « La défenderesse invoque, il est vrai, l'art. 42 al. 2 CO [...]. Mais l'application de cette disposition est limitée expressément au dommage dont le montant exact ne peut être établi; elle ne libère pas le demandeur de l'obligation d'établir en chiffres le montant du dommage lorsque cela est possible. En l'espèce, il s'agissait d'établir le dommage résultant du défaut de livraison d'objet d'art [...] »¹³⁸. Or, exiger la preuve concrète du dommage dans ce contexte équivaut, ni plus ni moins, à requérir que soit fournie une preuve impossible (*probatio diabolica*) et donc à refuser au lésé tout droit à la réparation de son dommage. Ceci n'est évidemment pas acceptable, ni du point de vue purement intellectuel, ni du point de vue de l'équité, et n'est à nos yeux pas conforme à la *ratio legis* qui sous-tend l'article 42 al. 2 CO.

137 Une éventuelle application de l'article 191 al. 3 CO dans ces hypothèses bien particulières dépend toutefois du résultat de l'analyse préjudicielle de deux questions (et réserves) supplémentaires : (i) la vente est-elle une vente commerciale ou une vente civile? Dans le second cas en effet, il n'est pas certain que le juge admette l'application de l'article 191 al. 3 CO (voir à ce sujet Werro [note 107], p. 402), disposition qui est fondamentalement conçue pour les ventes commerciales, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les marchandises sont achetées dans le but d'être par la suite revendues (avec profit) (voir à ce propos, Koller [note 119], n. 25 *ad* art. 191) ; (ii) les données relatives aux ventes répétées d'œuvres d'art, de même que les indices établis sur cette base, ne sont pas toujours pertinents. L'exactitude de ces données devrait ainsi être confirmée avant d'admettre l'existence d'un marché *lato sensu*, et donc l'applicabilité de l'article 191 al. 3 CO dans ce contexte.

138 JdT 1964 I p. 59 (= ATF 89 II 214, consid. 5a). Pour une présentation de cet arrêt ainsi que de l'ATF 4A_154/2009, du 8 septembre 2009, voir la contribution de Pierre Gabus, L'art échappe-t-il au droit ? dans le présent ouvrage, pp. 1 ss.

2. Solutions

L'article 42 al. 2 CO constitue donc souvent, dans le domaine qui nous occupe, le seul moyen de garantir au demandeur un dédommagement (équitable) pour le préjudice matériel dont il est victime. Les conditions d'application de cette disposition méritent, partant, un examen approfondi. Elles sont au nombre de deux : (i) la première est connue ; la preuve concrète du dommage doit être impossible. Nous avons montré ci-dessus que cette première condition est en général satisfaite dans le secteur de l'art ; (ii) la deuxième condition, cumulative, est que le demandeur doit fournir au juge toute information utile afin que celui-ci soit en mesure de déterminer équitablement le dommage. En d'autres termes, l'article 42 al. 2 CO n'est pas un « oreiller de paresse »¹³⁹ ; il ne peut être invoqué que « pour autant que la partie qui supporte le fardeau de la preuve lui [au juge] ait fourni tous les éléments de fait à cette fin »¹⁴⁰.

En d'autres termes, comme le résume le Tribunal fédéral, celui qui demande la réparation de son préjudice « bénéficie d'un allègement de la preuve (article 42 al. 2 CO) si le dommage n'est pas susceptible d'une preuve stricte et que [...] le demandeur a prouvé tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence de ce dommage et qui permettent ou facilitent son estimation »¹⁴¹.

La question se pose dès lors de savoir quelles peuvent être *in casu* les données qui doivent être fournies au juge afin de satisfaire la seconde condition d'application de l'article 42 al. 2 CO. Nous pensons qu'il existe, dans le domaine de l'art, deux sources d'informations pouvant contribuer à s'acquitter de ce fardeau, de cet *onus probandi*, à savoir : (a) les banques de données et les indices, ainsi que (b) les experts.

a. Banques de données et indices

Plusieurs entreprises se sont progressivement spécialisées dans la fourniture de renseignements concernant la valeur des œuvres d'art¹⁴². Elles récoltent et classifient à cette fin un volume considérable de données relatives aux artistes, à leurs œuvres et aux transactions qui les concernent; elles disposent en particulier d'informations précises concernant les œuvres acquises lors de ventes aux enchères. Les plus sophistiquées de ces bases de données élaborent ensuite cette matière première, ce qui les a conduit à développer des

139 ATF 129 III 135, consid. 2.3.2.1 ; ATF 122 III 219, consid. 3b ; ATF 98 II 37, consid. 2 ; ATF 97 II 118, consid. 1 ; ATF 4C.160/2011, consid. 2.d.bb. Voir également Roland Brehm, *Obligationenrecht. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, vol. VI.1.3.1, 3^e éd., Berne 2006, n. 48 et 63 *ad* art. 42.

140 ATF 120 II 296, consid. 3c. Voir également ATF 105 II 87, consid. 3 ; ATF 98 II 34, consid. 2 ; ATF 97 II 216, consid. 1. En ce sens aussi Werro (note 107), p. 403.

141 ATF 4A_154/2009, consid. 6.

142 Voir *supra*, note 81.

méthodologies et à établir des « indices » permettant de se faire plus aisément une idée de la cote de chaque artiste, de l'évolution de celle-ci, et parfois également relativement précisément de la valeur des œuvres. Deux types principaux d'indices ont ainsi vu le jour : (i) les indices de prix moyen des ventes, se basant soit sur un groupe d'œuvres (« *average price indices* ») ou sur une œuvre particulière (« *repeat sales indices* ») et (ii) les indices dits hédonistes (« *hedonic indices* »), qui sont établis en tentant d'homogénéiser les données fournies par les ventes, extrayant les caractéristiques, composantes et critères les plus significatifs relatifs aux œuvres vendues¹⁴³. Certaines des entreprises « *leader* » dans le domaine de l'évaluation proposent même des instruments accessibles sur internet permettant d'obtenir les informations désirées sur les artistes, leurs œuvres, les indices et même, sur cette base, de générer des rapports récapitulatifs et personnalisés en fonction de critères de recherches spécifiquement choisis par l'utilisateur.

Ces bases de données, indices et rapports constituent des sources d'informations précieuses, d'une objectivité et fiabilité croissantes, qui ne manqueront pas d'éclairer le juge dans la détermination de la valeur d'une œuvre. Il nous semble ainsi recommandable que le demandeur joigne de telles informations à la requête qu'il adresse au juge, ce d'autant plus que l'accès à de telles données est dorénavant facilité, ces dernières pouvant être obtenues aisément et à des coûts raisonnables.

On précisera toutefois que, malgré les mérites évidents de ces nouvelles sources de renseignements, celles-ci souffrent de quelques faiblesses¹⁴⁴, dont il convient d'être conscient. La principale d'entre elles découle du caractère imparfait de certaines des informations qui alimentent les banques de données concernées. Ces informations trouvent en effet principalement leur origine dans les ventes aux enchères. Or, pour les raisons que nous avons exposées¹⁴⁵, les prix qui se forment à ces occasions n'expriment pas toujours la valeur réelle de l'œuvre¹⁴⁶. On rappellera à cet égard que certains prix sont affectés par des comportements irrationnels, par les conditions météorologiques, voire parfois par des manipulations dont l'objectif est d'augmenter artificiellement le prix de l'œuvre et, par ricochet, la cote de son créateur¹⁴⁷. Les bases de données, indices et rapports dont il est ici question ne sont, en l'état tout au moins, pas à même de neutraliser ces facteurs de distorsion, de sorte que les informations qui en résultent ne doivent être considérées comme nécessairement exactes.

143 Pour des exemples chiffrés extraits du marché hollandais, voir Velthuis (note 1), pp. 105-106.

144 Dans le même sens Moulin (note 1), p. 49, selon laquelle « toute modalité de calcul de l'indice des prix des œuvres d'art est sujette à contestation, compte tenu du principe de non-substituabilité qui gouverne l'univers de l'art ».

145 Voir *supra*, pp. 133-135.

146 Dans le même sens, Jornod (note 1), p. 59. En particulier, les prix record atteints lors de certaines ventes aux enchères ne sont pas représentatifs de la valeur réelle des œuvres vendues à ces occasions. Or les magistrats écartent à juste titre « les prix manifestement spéculatifs » (voir en ce sens Werro [note 107], p. 403).

147 Voir *supra*, pp. 133-135.

La deuxième faiblesse des banques de données et indices découle du fait qu'ils ne tiennent pas nécessairement compte de l'ensemble des composantes du prix, aussi bien positives que négatives¹⁴⁸. Les données fournies ne sont ainsi pas mécaniquement transférables aux raisonnements qui nous occupent ici. Enfin, chaque indice comporte des inconvénients propres : si l'indice du prix moyen peut s'avérer peu représentatif lorsqu'il n'existe qu'un nombre restreint d'œuvres de la même catégorie, si la qualité de la production de l'artiste est disparate ou si l'œuvre devant être évaluée n'a fait l'objet que de rares transactions, l'indice hédonique, pour sa part, prend en compte des données qui ne sont pas toujours suffisamment ciblées ni pertinentes, établies par ailleurs au moyen de critères dont le choix peut être contestable.

Au vu de ce qui précède, nous estimons que les bases de données, indices et rapports qu'elles fournissent sont certes utiles, mais pas infaillibles ni en tout cas aveuglement transposables, si bien que le juge doit rester critique à leur égard. S'ils ne permettent d'attester avec certitude et de manière définitive la réelle valeur d'une œuvre, ils constituent ce nonobstant une source d'informations précieuse, et donc pour le moins un point de référence (*benchmark*) qui ne saurait être ignoré.

b. Experts

Les sources d'information qui viennent d'être commentées peuvent être utilement complétées par l'opinion d'un expert¹⁴⁹ pour autant qu'il soit compétent s'agissant (i) du courant artistique auquel appartient l'œuvre considérée et possiblement (ii) de l'artiste qui a créé cette œuvre. Les principaux avantages de l'expertise sont que l'examen est spécifique à l'œuvre, que l'expert se prononce sur la valeur actuelle de celle-ci, qu'il peut prendre en compte les composantes (tant positives que négatives) qu'il juge pertinentes et qu'il peut ainsi notamment écarter des facteurs qu'il estime trop subjectifs. Enfin, l'expert pourra être entendu contradictoirement.

En principe l'analyse de l'expert est rationnelle, indépendante et professionnelle ; elle devrait constituer une preuve – ou en tout cas un complément de preuve – fiable pour le juge. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que, comme dans tout domaine, l'expert du marché de l'art peut souffrir de certaines déviations. Le juge s'assurera tout d'abord qu'il soit réellement compétent¹⁵⁰ et dispose donc de connaissances suffisantes et spécifiques. Il est par ailleurs possible que l'expert soit affecté par un conflit d'intérêts, notamment lorsqu'il bénéficierait personnellement du fait que l'œuvre fasse l'objet

148 Pour une présentation de ces composantes, voir *supra*, pp. 129 ss.

149 Sur le rôle de l'expert, voir Jean-Pierre Jornod, L'expert et son rôle, in *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, Etudes en droit de l'art vol. 19 (Marc-André Renold, Pierre Gabus et Jacques de Werra, eds.), Genève 2007, pp. 13 ss.

150 Ce risque est accentué par le fait que, comme le précise Moulin (note 1), pp. 24-25, la profession d'expert n'est pas réglementée ni protégée.

d'une évaluation excessivement haute, ou basse. Partant, le magistrat s'assurera en toutes circonstances de l'indépendance de l'expert. Enfin, même si l'expert est compétent et impartial, son amour pour un artiste ou une œuvre peut inconsciemment le pousser à la survalorisation.

Lorsque le juge a des doutes quant à l'expert, ou lorsque la valeur de l'œuvre à laquelle le spécialiste conclut s'écarte excessivement de celle résultant des bases de données et des indices (de prix moyen ou hédonistes), il nous semble opportun que le magistrat requière l'avis d'un second (voire d'un troisième) expert¹⁵¹.

c. Approche pertinente dans le contexte judiciaire

Nous l'avons rappelé, la partie demanderesse au procès, l'expert, et en dernière analyse le juge, ont essentiellement pour tâche d'identifier la valeur objective de l'œuvre. Les composantes du prix qui devront à cette fin être prises en compte sont par conséquent prioritairement les premières (donc les plus objectives) parmi celles que nous avons mentionnées dans le cadre de notre tentative de décomposer la valeur d'une œuvre¹⁵². D'autres composantes ne sont en principe pas pertinentes dans la perspective d'une évaluation à des fins judiciaires. Ainsi le lieu de la vente : nous l'avons rappelé¹⁵³, le montant convenu pour une œuvre est susceptible de varier selon le lieu où les enchères se déroulent ; ce facteur n'a a priori pas d'impact sur la valeur objective d'une œuvre. La prise en compte d'autres facteurs (encore plus subjectifs) doit être à notre avis toujours exclue dans ladite perspective judiciaire. Nous pensons à cet égard en particulier à l'impact de spéculations et bulles, de même qu'à la valeur passionnelle ou irrationnelle. Ces composantes peuvent certes expliquer le prix qu'un acheteur est prêt à payer à un moment donné et dans des circonstances particulières, tant externes (euphorie des marchés, etc.) qu'internes (état émotionnel, coup de foudre pour l'œuvre, bataille d'ego avec un autre enchérisseur, etc.) ; elles n'en sont pas moins d'une nature qui est sans pertinence lorsqu'il s'agit de fixer la valeur objective d'une œuvre.

Qu'en est-il des facteurs de réduction du prix que nous avons également mis en exergue ? Doivent-ils être pris en compte lors de la détermination de la valeur d'une œuvre dans le contexte judiciaire ? Nous estimons que cela est nécessaire. Typiquement, on ne saurait ignorer que le marché des œuvres de certains artistes est illiquide, ni qu'une œuvre donnée se trouve soumise à des contraintes administratives qui en affectent négativement la valeur¹⁵⁴.

151 Voir également Jornod (note 149), p. 16, qui est favorable à un examen réalisé conjointement par un collège d'experts provenant d'horizons différents (« un historien de l'art, un homme de loi, les ayants droit, un scientifique et un spécialiste du marché »).

152 Voir *supra*, pp. 129-132.

153 Voir *supra*, p. 132.

154 *Supra*, pp. 135 et 138.

CONCLUSION

Nous pensons pouvoir tirer quelques leçons au terme de notre parcours.

Il convient tout d'abord de mettre de l'ordre dans la terminologie et dans les concepts. Le prix n'est pas toujours le reflet de la valeur des œuvres d'art : il peut être supérieur ou inférieur à celle-ci. La valeur est d'ailleurs elle-même un concept pluriel, puisqu'elle comporte une acception commerciale, d'une part, et une acception artistique, de l'autre, ces deux dernières ne correspondant pas toujours.

Tant la valeur que le prix peuvent être décomposés en un certain nombre de facteurs qui contribuent à leur formation, aussi bien à la hausse qu'à la baisse. Il est important d'identifier ces composantes dont certaines sont objectives et d'autres parfois très subjectives.

L'évaluation d'une œuvre d'art est un exercice à géométrie variable, notamment parce qu'elle dépend de sa finalité. Typiquement, la valeur qui sera espérée dans la perspective d'une vente aux enchères réalisée dans les meilleures conditions peut être très différente de la valeur pertinente pour une autorité fiscale dans le cadre de la fixation d'un impôt sur la fortune ou prélevé à l'occasion d'une succession.

Sur le plan juridique ou judiciaire, celui qui réclame des dommages et intérêts en raison de la perte, de l'endommagement ou de la non-livraison d'une œuvre supporte le fardeau de la preuve de son prétendu préjudice. Or une telle démonstration suppose que la valeur de l'œuvre soit connue. Mais sachant combien il est difficile d'établir avec certitude la valeur d'un objet d'art, d'autant plus lorsqu'il a disparu, et sachant que toute œuvre est en principe unique si bien qu'il n'existe de prix de référence, une telle démonstration s'apparente à une mission essentiellement impossible. La jurisprudence jusqu'ici connue qui en conclut qu'en substance le demandeur est condamné à échouer dans sa démonstration est évidemment insatisfaisante.

Face à une *probatio diabolica*, il convient plutôt que le juge accepte d'appliquer l'article 42 alinéa 2 CO et détermine lui-même, équitablement, le montant du dommage subi par le demandeur à l'action. Ce dernier devra toutefois fournir à cette fin tous les éléments raisonnablement disponibles et donc, autant que faire se peut, les informations pertinentes, tels des rapports d'experts ainsi que toute information résultant de banques de données ou d'indices.

Enfin, on gardera à l'esprit que le juge et l'arbitre ne sont pas liés par les conclusions d'un éventuel expert. Ce dernier ne peut en effet devenir *de facto* l'autorité de jugement, encore moins à propos de la valeur d'une œuvre fixée en application de l'article 42 CO. Le magistrat devra, en d'autres termes, se forger lui-même une opinion à propos de la valeur de l'œuvre – ou du dommage – en prenant en compte tous les éléments qui lui auront été fournis et en n'ignorant pas la perspective particulière de sa mission. Nous suggérons¹⁵⁵ qu'il recoure pour ce faire à une sorte de triangulation, c'est-à-dire qu'il

155 Voir *supra*, pp. 150 ss.

applique par analogie la méthode « pluraliste » (*Methodenpluralismus*) recommandée par le Tribunal fédéral lorsqu'il est confronté à la délicate question de l'évaluation d'actions (d'une société)¹⁵⁶.

L'ambition de notre contribution a été de synthétiser les réflexions, encore assez rares et disparates, qui existent sur le sujet et de les alimenter de quelques suggestions parfois inspirées de ce qui se passe dans des domaines différents. Elle est également, dans une perspective juridique, de proposer des solutions qui non seulement permettent aux juges de sortir de l'impasse dans laquelle ils considèrent souvent se trouver lorsqu'ils sont confrontés au délicat problème de l'établissement de la valeur des œuvres d'art, mais puissent aussi guider ou en tout cas inspirer les praticiens du droit et de l'art dans leurs activités.

156 ATF 4C.363/2000, consid. 2c : « Daraus ergibt sich dass der Verkehrswert [einer Aktie] je nach dem Vermögensgegenstand und den Verhältnissen im Einzelfall nach verschiedenen Methoden ermittelt werden muss ».

Les ventes d'art et d'antiquités sur le marché international ont généré un produit de plusieurs dizaines de milliards de dollars, qui ne cesse de croître chaque année. Les prix sont également en sensible augmentation, certaines ventes atteignant des sommes considérables. Ainsi, le marché de l'art semble n'avoir aucune limite.

Dans ce contexte, comment déterminer le prix d'une œuvre d'art ? L'objectif de cet ouvrage est de définir les critères pertinents de l'évaluation du prix et de déterminer les risques inhérents à cet exercice.

Cet ouvrage traite des principaux domaines liés à ces problématiques, notamment le contentieux, la vente, les garanties dans les ventes aux enchères, l'objet d'art comme sûreté mobilière et la fiscalité. Il regroupe les contributions des Professeurs Sylvain Marchand, Bénédicte Foëx, Xavier Oberson et Henry Peter ainsi que de Pierre Valentin, Paul-Benoît Duvoisin, Pierre Gabus et Anne Laure Bandle.

Art and antiques sales on the international market have generated tens of billions of dollars in total sale proceeds, which continues to grow every year. Prices have also increased significantly, certain sales exceeding considerable amounts. Thus, the art market seems to have no boundaries.

Given this context, how are art prices determined? The aim of this book is to define the relevant criteria in the valuation of art and the associated risks.

This book goes through all the main areas which are subject to the issue of pricing art, including litigation, art sales, auction guarantees, art as a collateral for loans, and taxation. It brings together the contributions by the following professors: Sylvain Marchand, Benedict Foëx, Xavier Oberson and Henry Peter, as well by Pierre Valentin, Paul-Benoît Duvoisin, Pierre Gabus and Anne Laure Bandle.

ISBN 978-3-7255-7048-5

