UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2014

Published version Open Access

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

De la valeur et du prix des oeuvres d'art

Peter, Henry; Duvoisin, Paul-Benoît

How to cite

PETER, Henry, DUVOISIN, Paul-Benoît. De la valeur et du prix des oeuvres d'art. In: 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 & Bandle, Anne Laure (Ed.). Centre du droit de l'art. Genève : Schulthess, 2014. p. 119–155. (Etudes en droit de l'art)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:39279

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

HENRY PETER* ET PAUL-BENOÎT DUVOISIN**

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 impossible[1]. 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 considérables[2]. 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 débuterons 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, 4e 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 relevé[4], 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 spectateur[8], 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 important[9] 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 commerciale[10]. 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 intégralement[12]. 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 multilatéral[13], 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 pas[14], 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 marché[15]. Par ailleurs, comme l'a relevé Karl Marx[16], 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 unilatéralement[18], 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 monopole[19] 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 inconsidérés. 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 secondaire[21]. Dans la mesure où elles se déroulent librement et adéquatement[22], 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 demande[23]. Le prix établi unilatéralement par un galeriste a ainsi une légitimité moins forte[24].

L'exclusion du processus d'enchères observée sur le marché primaire de l'art n'est, cela étant, pas injustifiée[25], 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 volatilité[26]. 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 artiste[27]. 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 prix[28], et ce dans une optique visant à favoriser l'artiste, sainement et à long terme[29].

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 spécialistes[30]. Il existe certes des facteurs dont on peut (ou doit) tenir compte[31]. 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 concrets[32], 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 réalisation[33]. Abstraction faite de leur bien-fondé, ces différents facteurs sont de nature relativement objective et permettent, dans une certaine mesure, de « plausibiliser » le prix[34].

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 bas[35] : ce premier principe consacre l'approche semble-t-il pratiquée depuis les années 1990[36] ; (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 disponibles[38].

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 XXe 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 prudentiels. 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'art[39] et entraine souvent une dévaluation de ce qui est considéré comme étant la valeur artistique de l'œuvre considérée[40], 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-même[41], 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 positivement[42] ; 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 talents[43] 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 différente[45]. 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 experts[46])[47], et inversement[48].

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 effet[49] 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 XIXe 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-unes[50]. 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 subjectives[51]. 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 connu[52]. 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, éds.), 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 âgé[53], 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 femmes[54].

– **Matériau et technique utilisés.** Le matériau utilisé pour réaliser l'œuvre n'est pas sans incidence sur sa valeur[55]. 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 inexistant[57].

– **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 dimension[58], 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 rédhibitoires 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 valeur[59].

– **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 significativement[60]. Un effet positif résulte aussi de l'acquisition d'œuvres de l'artiste par des musées[61]. 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 général[62], ou au contraire, à lui nuire lorsque ces critiques sont négatives[63].

– **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 Beyeler[64] ou à Yves Saint-Laurent[65].

– **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 – et 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 entreprise[69], 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 affirmative[70], 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 recréée 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 œuvre[72], 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 injustifiés[73]. 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 constituent 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 concerné[76]. 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'acquisition[77].

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) vendues[79]. 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 avant[80], 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 culturels[83]. 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'Italie[84], 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 marché[86].

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.

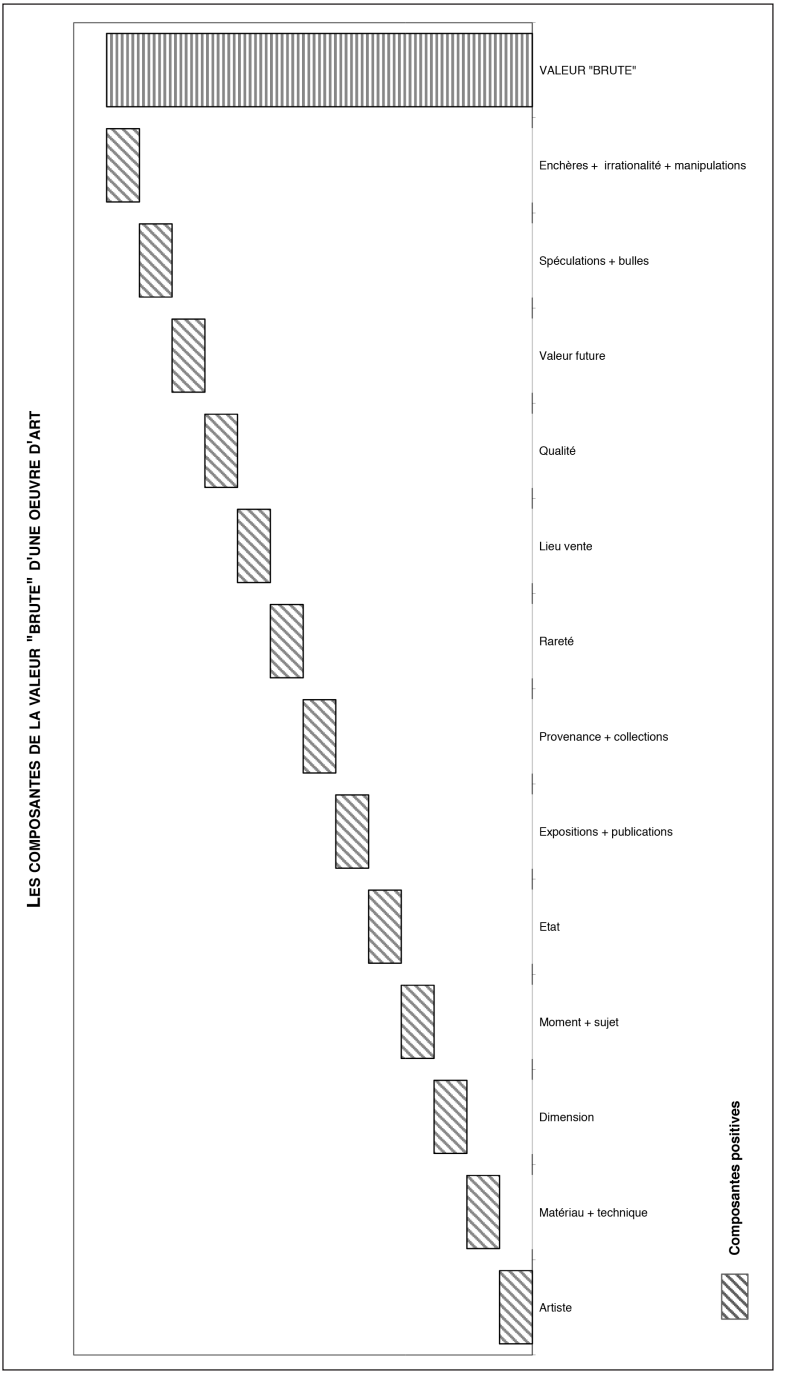

Schéma 1 – Les composantes de la valeur « brute » d'une œuvre d'art

– **Risques de marché.** Si le marché est volatile[87] 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 transparent[88], plus les investisseurs sont méfiants. Or, le marché de l'art se caractérise par une grande opacité[89]. 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 limites[90].

– **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 (galeristes[91], marchands[92], 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'auteure 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 revente 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, éds.), 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 suite[94]. 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.

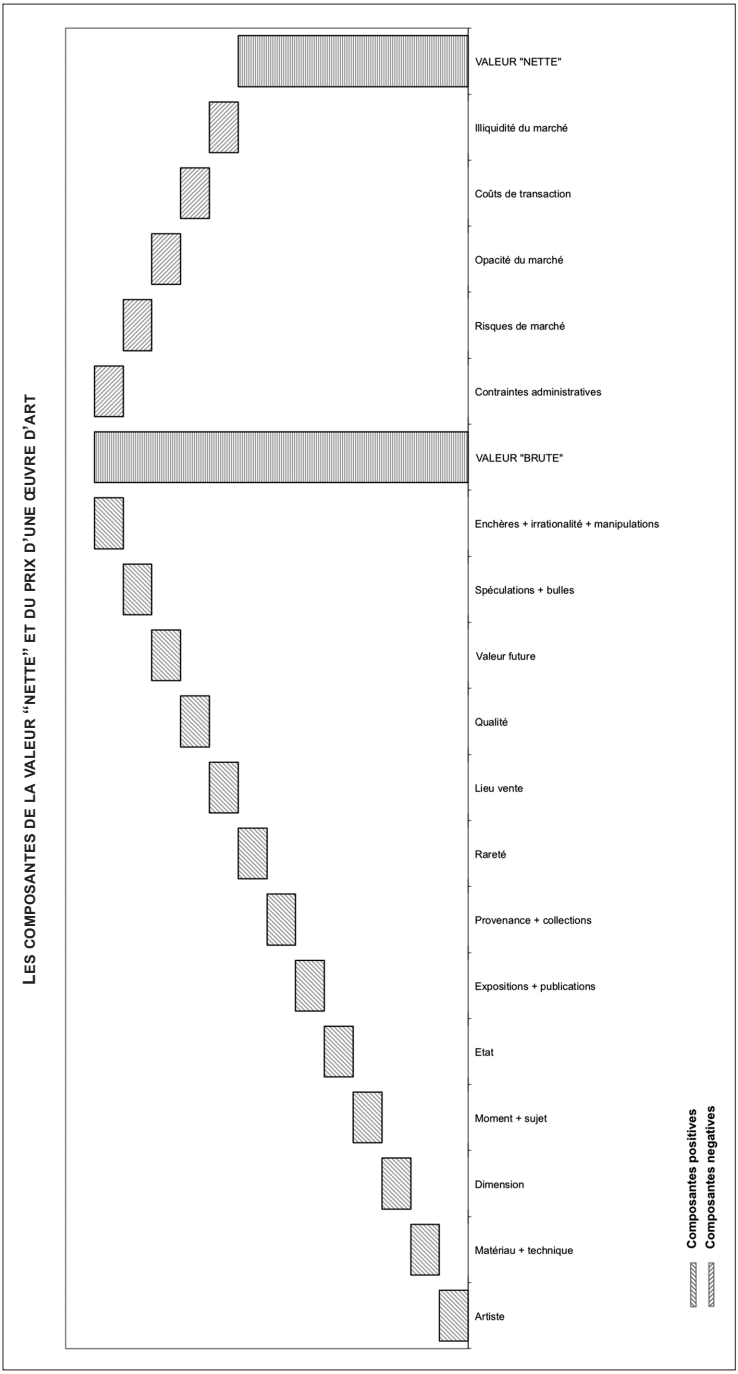

Schéma 2 – Les composantes de la valeur « nette » et du prix d'une œuvre d'art

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) immuable[96]. 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 manière[97].

– **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-vendeur[98], 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 parasitaires (voir le même auteur, p. 7). Voir également *supra,* pp. 125 ss.

typiquement appliquée par les assurances[99]. 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 assuré[100]. 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 confiscatoire[101]. 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.** Bénéficier 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 concernée[102]. 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, éds.), 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 ouvrage[103].

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 consignataire[104] 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 consignant[105].

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, 4e 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 personne[107]. 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 passif[108]. 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 consignant (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 consignant 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, 5e 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, éds.), Commentaire romand, 2e 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 consignant 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 CO[112], 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 CO[113], 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, éds.), Basler Kommentar, 5e 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'objet[115]. 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 procédés[117] permettant à l'acheteur de prouver plus aisément son dommage concret : selon le premier, prévu à l'article 191 al. 2 CO[118], « 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 CO[120], « 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 dommage[122] et peut donc être très utile au lésé[123]. 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, éds.), Basler Kommentar, 5e 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, éds.), Commentaire romand, 2e 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 bourse[124]. 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 concernée[128].

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 inadapté 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 consignant (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 couverture[130] 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 individuellement[132] 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 large[133].

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 occasions[135]. 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 efficientes, 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 CO[137].

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'art[142]. 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, 3e 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 vendues[143]. 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 faiblesses[144], 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 exposées[145], les prix qui se forment à ces occasions n'expriment pas toujours la valeur réelle de l'œuvre[146]. 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 créateur[147]. 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 négatives[148]. 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 aveuglément 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 expert[149] 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 déviances. Le juge s'assurera tout d'abord qu'il soit réellement compétent[150] 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, éds.), 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) expert[151].

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 œuvre[152]. 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 rappelé[153], 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 valeur[154].

---

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 suggérons[155] 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* ».