de Preux
AVOCATS

NEWSLETTER DECEMBRE 2015

PROVENANCE ET COMMERCE D'ART

INTRODUCTION

Selon un rapport publié le 9 mars 2015 par *The Fine Art Foundation*, environ 55 milliards de dollars ont été échangés en œuvres d'art, en 2014, sur le marché mondial de l'art. Cela représente une augmentation de 7% par rapport à 2013[1].

En octobre 2015, l'UNESCO et le Conseil des ventes lançaient un appel à la vigilance de tous les professionnels d'art s'agissant de la mise en vente sur le marché de biens archéologiques en provenance du Moyen-Orient, notamment de Syrie et d'Iraq[2].

Compte tenu de la position qu'occupent les commerçants d'art dans un marché encore très sous-réglementé, le législateur suisse a prévu, en cas de vente ou d'achat d'objets d'art, que ceux-ci soient tenus à certaines obligations en rapport avec la provenance des biens et des fonds utilisés pour leur acquisition.

Nous nous pencherons d'abord sur la portée du devoir de diligence que le commerçant d'art est tenu de respecter dans le cadre de son activité professionnelle, plus particulièrement lorsqu'il traite de biens culturels.

Dans un deuxième temps, nous examinerons dans quelle mesure le commerçant d'art est tenu de veiller à la provenance des fonds qui servent à l'acquisition d'une œuvre d'art, ce dans le cadre des récentes modifications législatives destinées à la lutte contre le blanchiment d'argent.

PARTIE I : CONTRÔLE DE LA PROVENANCE DES BIENS CULTURELS

I. BUTS DE LA LTBC

Le 1er juin 2005, la Loi sur le transfert des biens culturels (LTBC) ainsi que l'ordonnance sur le transfert des biens culturels (OTBC) sont entrées en vigueur. Elles ont été adoptées dans le but de contribuer à protéger le patrimoine culturel de l'humanité et de prévenir le vol, le pillage ainsi que l'exportation et l'importation illicites des biens culturels[3]. L'adoption de la LTBC a permis à la législation suisse de s'adapter aux normes internationales en matière de commerce d'art et d'échanges de biens culturels[4].

Cette nouvelle législation a ainsi introduit un devoir de diligence (art. 16 LTBC) à charge des commerçants d'art, des personnes qui pratiquent la vente aux enchères ou encore des sociétés qui, par métier, font commerce de biens culturels en Suisse[5].

II. CHAMP D'APPLICATION

L'adoption d'un devoir de diligence vise l'assainissement du marché de l'art et plus particulièrement des biens culturels[6].

Il existe en effet des risques élevés que des objets de provenance douteuse puissent être échangés sur ce marché[7].

Les galeristes, les antiquaires ou encore les marchands d'art occupent une position significative dans le traitement correct des biens culturels[8], ce qui justifie qu'ils soient astreints à un devoir de vigilance accrue[9].

Ainsi, tant les opérations d'acquisition[10] que de vente[11] effectuées par les commerçants d'art, pour leur propre compte ou pour le compte d'un tiers[12], ont été appréhendées par le législateur suisse.

Pour que le devoir de diligence de l'art. 16 LTBC soit applicable, certaines conditions doivent néanmoins être remplies.

a. Notion de bien culturel

La LTBC est uniquement applicable au transfert de biens dits culturels. Dès lors, si l'on ne se trouve pas en présence d'un objet correspondant à cette définition, le

[1] *The Fine Art Foundation, Art Market Report* 2015.
[2] Message de l'UNESCO et du Conseil des ventes, Vigilance du marché de l'art sur la provenance des biens culturels, octobre 2015, *in* http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property.
[3] Art. 1 al. 2 LTBC.
[4] Il s'agit notamment de la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant le mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels qui énonce les principes fondamentaux en matière de protections des biens culturels. La Convention définit en outre les prescriptions minimales sur les mesures législatives, administratives et le droit international que les parties sont censées adopter pour empêcher le commerce illégal de biens culturels.
[5] Art. 16-17 LTBC ; art. 16 à 19 OTBC.
[6] BOILLAT Marie, Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, *in* Etudes en droit de l'art, Vol. 22, Genève 2012, pp. 170-188, N 575.
[7] Message relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC), FF 2002 505, p. 558.
[8] FF 2002 505, p. 558.
[9] FF 2002 505, p. 558.
[10] Art. 16 al. 2 LTBC.
[11] Art. 16 al. 1 LTBC.
[12] GABUS Pierre/RENOLD Marc-André, Commentaire LTBC, Genève, Zürich, Bâle (Schulthess) 2006, art. 16 N 8.

devoir de diligence prévu à l'art. 16 LTBC n'entrera pas en ligne de compte[13].

Selon l'art. 2 al. 1 LTBC, par bien culturel, on entend les biens qui, à titre religieux ou profane, revêtent de l'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science et qui font partie de l'une des catégories prévues à l'art. 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970.

A titre d'exemple, les biens d'intérêt artistique tels que les tableaux, les peintures, la sculpture, les gravures sont considérés comme étant des biens culturels selon dite Convention. D'autres objets tels que les manuscrits rares et incunables, les timbres-poste (isolés ou en collection) ou encore les objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge entrent aussi dans cette catégorie[14].

Bien que la photo ne figure pas expressément dans la définition de l'UNESCO, elle y est également incluse sous la catégorie de biens d'intérêt artistique[15].

Il convient de préciser qu'aucune exigence de valeur minimale n'est mentionnée dans la liste et que seuls les objets d'antiquité et ceux d'ameublement sont soumis à une condition d'âge[16].

La notion *d'importance particulière* n'a pas été définie par le législateur. Déterminer l'importance d'un bien culturel est en effet une question qui se doit d'évoluer en fonction des opinions[17].

Toutefois, une liste non exhaustive de critères devant être pris en considération dans la détermination de l'importance du bien culturel a été établie par l'Office fédéral de la culture (OFC). Selon l'OFC, le bien en question peut notamment revêtir une importance particulière s'il est exposé dans un musée ou digne de l'être, si sa disparition représenterait une perte pour le patrimoine culturel, s'il est considéré comme rare, s'il revêt un intérêt public ou encore s'il est mentionné dans une littérature spécialisée[18].

La définition de *bien culturel* est donc très large et permet l'inclusion d'un nombre d'objets très variés.

L'OFC a mis en ligne un document accessible au public qui contient une liste exemplative de biens culturels, avec photos, tirés des jurisprudences cantonales[19]. Cette publication contribue à faciliter l'appréciation d'un objet, non seulement pour les professionnels du commerce d'art, mais surtout pour les particuliers qui sont également soumis à l'obligation d'effectuer une déclaration douanière lors de l'importation, de l'exportation ou du transit d'un bien culturel[20].

Figurent notamment dans cette liste un vase en céramique peint en forme de cocon de la dynastie Han provenant de Chine, une sculpture en bronze de la déesse Parvati datant environ du 15ème ou 16ème siècle et provenant d'Inde, un masque talisman de protection de la région du Korewori de Papouasie Nouvelle-Guinée, un tableau de Joan Miró intitulé « etching and aquatint, Gaudi XVIII » ou encore un livre d'Antonio de Medina intitulé « Viaggio di Terra », Florence, Italie datant de 1590[21].

Aussi, dès que le commerçant d'art entreprend le commerce d'un bien culturel d'importance significative, il devra se conformer aux prescriptions de l'art. 16 LTBC s'il en envisage le transfert.

b. Types de transactions visées par l'art. 16 LTBC

Premièrement, pour que l'art. 16 LTBC soit applicable, il faut que l'on se trouve en présence d'un *transfert* de bien culturel.

L'acte effectué doit consister en un acte juridique accompli à titre onéreux et qui attribue la propriété d'un bien culturel à une personne[22].

Le transfert de propriété doit être opéré en Suisse.

Le respect des prescriptions de l'art. 16 LTBC est conseillé, même en cas de transaction effectuée à l'étranger, dans la mesure où le professionnel de l'art pourrait notamment être amené à prouver sa bonne foi, dans une procédure civile en Suisse en cas de réintroduction de l'objet d'art sur le marché suisse. Si le commerçant d'art s'est conformé aux exigences de l'art. 16 LTBC, cela pourra servir d'indice en faveur de sa bonne foi[23].

Deuxièmement, le devoir de diligence ne s'applique pas lorsque le prix d'achat ou le prix d'estimation d'un bien culturel est inférieur à 5'000 francs.

En revanche, si le transfert concerne un produit de fouilles archéologiques ou paléontologiques, des objets d'intérêt ethnologique et les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques, il doit en tout état de cause être respecté, indépendamment d'un seuil de valeur[24].

c. Définition de commerçants d'art

Le devoir de diligence de l'art. 16 LTBC s'adresse aux commerçants d'art et aux personnes pratiquant la vente aux enchères[25]. Une définition précise de ce qu'on entend par *commerçants d'art* et *personnes pratiquant la vente aux enchères* est donnée par l'art. 1 let. e OTBC.

Les conditions pour qu'une personne physique ou morale soit considérée comme *commerçant d'art* ne seront pas les mêmes si la personne est domiciliée en Suisse ou à l'étranger[26].

Les personnes physiques et les sociétés domiciliées en Suisse sont considérées comme *commerçants d'art*

---

[13] GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 2 N 2.
[14] Art. 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970 let. g à k.
[15] GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 2 N 6.
[16] Art. 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970 let. e et k.
[17] FF 2002 505, p. 558.
[18] OFC, Liste de contrôle : « le bien culturel », avril 2013, *in* www.bak.admin.ch.
[19] OFC, Exemples de jurisprudence des cantons concernant les biens culturels, novembre 2013, *in* www.bak.admin.ch.
[20] Art. 25 al. 1 OTBC. Il est à noter que l'entreposage d'un bien culturel dans un port-franc est considéré comme une importation (art. 19 al. 3 LTBC).
[21] OFC, Exemples de jurisprudence des cantons concernant les biens culturels, novembre 2013, *in* www.bak.admin.ch, pp. 2 à 12.
[22] Art. 1 let. f OTBC ; GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 16 N 5. Précisons que les actes qui n'opèrent pas de transfert de propriété ne sont pas considérés comme des transferts. *Cf.* FOËX Benedict, La loi fédérale sur le transfert international de biens culturels : un point de vue de civiliste, *in* RENOLD Marc-André/GABUS Pierre/DE WERRA Jacques (éds), Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels, Etudes en droit de l'art, vol. 17, Genève 2006, p. 17 ss, p. 37 ss.
[23] BOILLAT, *op. cit.*, N 584.
[24] Art. 16 al. 2 et 3 OTBC.
[25] Art. 1 let. e OTBC.
[26] Art.1 let. e ch. 1 et 2 OTBC.

lorsqu'elles sont tenues de s'inscrire au registre du commerce (1) et si elles acquièrent des biens culturels pour leur propre compte ou qu'elles en font commerce pour le compte de tiers (2)[27]. Une recette annuelle brute supérieure à 100'000 francs doit en outre être réalisée dans l'exercice de cette activité[28].

Lorsque la personne physique ou morale est domiciliée à l'étranger, elle doit effectuer, en Suisse, plus de dix transactions de biens culturels pour un chiffre d'affaires de plus de 100 000 francs durant l'année civile (1) et acquérir des biens culturels pour son propre compte ou en faire commerce pour le compte de tiers (2)[29].

Il convient de préciser que le devoir de diligence prévu à l'art. 16 LTBC ne s'applique pas aux collectionneurs dans leur activité privée[30]. L'amateur d'art risque toutefois de rentrer dans la définition de *commerçant d'art* si les activités qu'il exerce sont qualifiées de professionnelles[31].

Quels sont les devoirs que doivent concrètement respecter les commerçants d'art ?

III. DEVOIR DE DILIGENCE GENERAL

Le commerçant d'art qui tient le rôle de vendeur et qui souhaite transférer un bien culturel, dont il est propriétaire ou qui appartient à un tiers, est soumis au devoir général de diligence de l'art. 16 al. 1 LTBC.

Selon l'art. 16 al. 1 LTBC, un bien culturel ne peut être transféré dans le commerce d'art que si la personne qui le cède peut présumer que, au vu des circonstances, ce bien n'a pas été volé ni enlevé à son propriétaire sans sa volonté et ne provient pas de fouilles illicites (1) et qu'il n'a pas été importé illicitement (2)[32].

Pour pouvoir vendre un bien culturel sur le marché de l'art suisse, le commerçant d'art doit s'assurer de la provenance licite du bien culturel. Si l'objet n'a pas été acquis légalement, il ne pourra pas être transféré.

Le commerçant d'art qui aliène un tel objet doit dès lors être de bonne foi, c'est-à-dire qu'il doit avoir procédé à une bonne appréciation des circonstances du cas d'espèce pour en déduire de la licéité de la provenance du bien culturel[33].

En cas de litige, la bonne foi du commerçant d'art sera analysée par analogie à celle de l'acquéreur d'une chose mobilière[34].

Nous souhaitons ainsi rendre le lecteur attentif à quelques éléments ressortant de la jurisprudence de notre haute Cour en matière de bonne foi de l'acquéreur d'une chose mobilière.

A titre liminaire, il semble important de préciser que la bonne foi d'une personne est présumée, sauf si elle s'avère incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle[35].

C'est donc dans l'interprétation de la notion *d'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle* que pourra se trouver un motif du renversement de la bonne foi de l'acquéreur, dans notre cas, du vendeur d'un objet culturel.

Selon le Tribunal fédéral, l'acquéreur d'une chose mobilière ne dispose pas d'une obligation de se renseigner au sujet du pouvoir de disposer de l'aliénateur ou sur l'origine du bien[36]. Cependant, il doit effectuer un examen plus approfondi des circonstances lorsqu'il se trouve en présence de soupçons concrets portant sur un éventuel défaut juridique[37].

Les exigences de renseignement seront plus élevées en matière de commerce de chose usagées de toute nature, notamment d'antiquités, car il s'agit de branches d'activités exposées à une offre de marchandises de provenance douteuse[38].

En outre, il convient de préciser que la bonne foi de l'acquéreur s'examinera à l'aune de son savoir spécifique[39].

A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a dénié la bonne foi d'un collectionneur d'art chevronné ayant acquis une œuvre de Malevitch volée, considérant que la rumeur qui lui avait été communiquée par une experte en œuvres d'art, selon laquelle il existait sur le marché un tableau volé de Malevitch, constituait un soupçon concret qui aurait dû amener le collectionneur à effectuer de plus amples recherches au sujet de la provenance de l'œuvre[40]. Notre haute Cour s'est donc montrée sévère dans son appréciation alors même que la personne concernée n'était pas un professionnel de l'art.

Par conséquent, le commerçant d'art devra faire preuve d'une vigilance d'autant plus accrue lorsqu'il vend une œuvre d'art afin qu'il puisse être protégé dans sa bonne foi.

Notons qu'avant de vendre un bien culturel sur le marché, et pour pouvoir être considéré comme étant de bonne foi au sens de l'art. 16 al. 1 LTBC, les professionnels d'art sont tenus de se renseigner sur le cadre légal en vigueur en matière d'importation et d'exportation dans tous les Etats parties à la Convention de l'UNESCO de 1970[41].

De ce devoir général selon lequel les objets culturels acquis illégalement ne peuvent pas faire l'objet d'un transfert, découlent les devoirs spécifiques que les commerçants d'art sont tenus de respecter en cas de transfert effectif de tels objets.

---

[27] Art. 1 let. e ch. 1 OTBC.
[28] GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 2 N 83.
[29] Art. 1 let. e ch. 2 OTBC.
[30] Art. 16 al. 1 let. b OTBC ; OFC, Règles dans le commerce d'art, Guide de la loi sur le transfert des biens culturels pour le commerce d'art et la vente aux enchères, *in* www.bak.admin.ch.
[31] *Cf. Newsletter* du mois de mars 2015 sur la notion d'activité professionnelle des collectionneurs d'art.
[32] Art. 16 al. 1 LTBC.
[33] GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 16 N 12.
[34] BOILLAT, *op. cit.*, N 594 ; Selon le Message du Conseil fédéral (FF 2002 505, p. 558), les obligations qui ont été développées par la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la bonne foi de l'acquéreur d'une chose mobilière (art. 934 CC et 3 CC) sont transposables à la personne qui cède un bien culturel.
[35] Art. 3 al. 1 et 2 CC.
[36] MÜLLER-CHEN Markus/RENOLD Marc-André, *Kulturgütertransfer*, *in* MOSIMANN Peter/RENOLD Marc-André/RASCHÈR Andrea F. G. (éds), Kultur, Kunst, Recht, Bâle 2009, p. 292 ss, N 147 ss.
[37] ATF 139 III 305 consid. 3.2.2, JdT 2015 II p. 79; ATF 131 III 418, consid. 2.3.2, JdT 2006 I 63; ATF 122 III 1 consid. 2a/aa, JdT 1997 I 157.
[38] ATF 139 III 305; ATF 131 III 418; ATF 122 III 1.
[39] ATF 131 III 418 ; ATF 123 II 134.
[40] ATF 139 III 305.
[41] RASCHÈR Andrea/RENOLD Marc-André, *Kulturgütertransfergesetz*, *in :* MOSIMANN Peter/RENOLD Marc-André/RASCHÈR Andrea F. G. (éds), Kultur, Kunst, Recht, Bâle 2009, p. 313 ss, N 273 ; BOILLAT,*op. cit.*, N 605.

IV. DEVOIRS SPECIFIQUES DES COMMERCANTS D'ART

Lors de chaque *transfert* effectué, la personne active dans le commerce d'art doit respecter les devoirs prescrits à l'art. 16 al. 2 LTBC. Nous les passerons tour à tour en revue.

Tout d'abord, lors du premier contact, le commerçant d'art est tenu d'établir l'identité du fournisseur ou du vendeur[42] en requérant notamment les données suivantes : son nom, son adresse de domicile et sa nationalité, si la transaction est effectuée par une personne physique. S'il s'agit d'une personne morale, la raison sociale et l'adresse domiciliaire de cette dernière seront demandées.

Ces informations peuvent permettre au professionnel d'art de s'interroger sur l'exactitude des données fournies et de questionner une éventuelle relation de confiance établie lors de précédentes transactions[43]. En cas de doute sur la véracité des données, elles doivent être vérifiées sur la base d'une pièce justificative[44]. Il n'est néanmoins pas nécessaire de réitérer l'opération si l'identité du fournisseur ou du vendeur a déjà été établie dans le cadre d'une précédente transaction[45].

Deuxièmement, le commerçant d'art doit exiger que le vendeur ou le fournisseur signe une déclaration écrite qui confirme qu'il est le propriétaire de l'objet ou qu'il agit avec l'accord du propriétaire[46].

Troisièmement, il est tenu d'informer ses clients sur les règles d'importation et d'exportation en vigueur dans les Etats parties à la Convention de l'UNESCO de 1970[47]. L'obligation d'information n'est pas limitée aux Etats ayant conclu un accord bilatéral avec la Suisse sur l'importation et le retour de biens culturels[48].

Cette tâche d'information pouvant se révéler ardue pour des non-juristes, le service spécialisé Transfert international des biens culturels de l'OFC (ci-après : « le service spécialisé ») se tient à la disposition des personnes concernées pour tous renseignements[49].

Quatrièmement, la tenue d'un registre concernant les acquisitions de biens culturels est exigée[50]. Cela permet entre autres de reconstituer plus facilement le parcours des objets se trouvant illégalement sur le marché et de retracer l'historique des importations illicites[51].

Les informations et les documents suivants doivent être consignés dans le registre : la description du bien culturel[52], l'origine du bien culturel si elle est connue, les données attestant l'identité du vendeur ou du fournisseur, la déclaration sur le droit de disposer du bien culturel, la date du transfert et le prix d'achat du bien culturel ou son prix d'estimation[53].

Il est important de noter que le registre tenu est comparable à une comptabilité commerciale avec pour conséquence que les prescriptions en la matière lui sont applicables[54].

Ces informations doivent par ailleurs être conservées pendant trente ans[55].

Enfin, le commerçant d'art doit fournir au service spécialisé tous les renseignements nécessaires portant sur l'accomplissement de ses devoirs particuliers de diligence[56].

Précisons que des contrôles dans les locaux commerciaux ou dans les dépôts des professionnels d'art peuvent être effectués par le service spécialisé qui est chargé de s'assurer que ces derniers respectent leurs devoirs de diligence[57].

La LTBC soumet par conséquent les commerçants d'art à un certain nombre d'obligations pratiques en cas d'achat ou de vente d'un objet dit culturel, permettant notamment une meilleure traçabilité de la provenance des choses échangées.

*****

Qu'ils procèdent à des ventes ou à des acquisitions, les commerçants d'art doivent s'interroger sur la licéité de l'origine de l'œuvre d'art[58].

Ils sont dès lors mis à contribution pour prévenir le commerce illicite de biens culturels et pour assainir le marché de l'art.

Outre le fait que les commerçants d'art sont tenus à des obligations d'identification de la provenance de l'œuvre d'art, sont-ils également soumis à une obligation de contrôle des fonds utilisés pour l'acquisition de l'œuvre d'art?

PARTIE II : CONTRÔLE DE LA PROVENANCE DES FONDS D'ACQUISITION D'UNE ŒUVRE D'ART

I. LIENS ENTRE BLANCHIMENT D'ARGENT ET COMMERCE D'ART

Les spécificités du marché de l'art font malheureusement de lui un secteur exposé aux activités de blanchiment d'argent [59].

L'acquisition d'œuvres à des fins de placement est en augmentation croissante[60], avec des conséquences importantes sur les prix de vente.

---

[42] Art. 16 al. 2 let. a LTBC ; art. 17 al. 2 let. a et al. 3 OTBC.
[43] Art. 17 al. 2 OTBC ; GABUS/RENOLD, Commentaire LTBC, art. 16 N 19.
[44] Art. 17 al. 2 OTBC.
[45] Art. 17 al. 3 OTBC.
[46] Art. 16 al. 2 let. a LTBC ; art. 18 OTBC ; L'OFC met à disposition sur son site internet (www.bak.admin.ch) un modèle de déclaration du droit de disposer d'un bien culturel.
[47] Art. 16 al. 2 let. b LTBC.
[48] BOILLAT, *op.cit.*, N 605.
[49] Art. 18 let. e LTBC; BOILLAT, *op.cit.*, N 605.
[50] Art. 16 al. 2 let. c LTBC.
[51] FF 2002 505, p. 559.
[52] Selon l'art. 1 let. a ch. 1 et 2 OTBC, la description d'un bien culturel comporte les indications suivantes: le type d'objet, matériau, dimensions ou poids, sujet, et présence d'inscriptions, de marques ou de signes particuliers (tels que des dommages apparents ou des réparations),l'époque ou la date de création, le créateur et le titre, pour autant que ces données soient connues ou, à défaut, que leur établissement ne nécessite pas une dépense de moyens disproportionnée.
[53] Art. 19 al. 1 let. a-f OTBC.
[54] FF 2002 505, p. 560.
[55] Art. 16 al. 3 LTBC.
[56] Art. 16 al. 2 let. d LTBC.
[57] Art. 17 LTBC ; art. 18 al. 1 let. i LTBC.
[58] Notons que l'OFC a mis en ligne, à titre informatif et sans caractère contraignant, un guide pratique de la LTBC récapitulant les principes à respecter pour le commerce d'art et les ventes aux enchères.
[59] DE SANCTIS Fausto Martin, *Money Laundering Through Art*, Springer International Publishing, 2013, p. 3 ; ROTH Monika, *Geldwäscherei im Kunsthandel*, *in Schriftenreihe Kultur & Recht Band*/Nr. 5, Berne (Stämpfli) 2014, pp. 44 à 90, pp. 54 à 59.
[60] ROTH, *op.cit.*, pp. 50 à 53.

Le marché de l'art se démarque également par l'opacité qui résulte principalement de la discrétion dans laquelle se déroulent les ventes privées. Les possibilités de contrôle se voient limitées.

Les opportunités de manipulation du prix des objets d'art par divers moyens sont aussi régulièrement mises en cause[61].

D'autres caractéristiques telles que la valeur subjective des œuvres ou encore les activités illégales endémiques à ce marché comme les vols, les pillages ou encore la falsification des œuvres d'art, sont également susceptibles de contribuer à appâter les blanchisseurs[62].

Ces particularités ont pour effet de faciliter la mise en œuvre de techniques de recyclage d'argent sale.

Dans un rapport publié en juin 2015, le Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) a relevé l'absence de législation particulière pour le domaine de l'art alors que le secteur financier avait, lui, déjà fait l'objet d'une réglementation et de restrictions sévères dans le but d'éviter le blanchiment d'argent sale[63].

Notons que le raffermissement global des prescriptions dans le domaine financier pourrait aussi avoir pour effet le transfert des avoirs de provenance illicite vers le monde de l'art.

II. CADRE LEGAL SUISSE EN VIGUEUR

En droit suisse, le blanchiment d'argent est défini par l'art. 305bis CP comme « *un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont [l'auteur] savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime* ».

Sont qualifiées de crime toutes « *les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans* »[64]. L'infraction préalable qui aura permis d'obtenir les fonds consistera, par exemple, en un vol (art. 139 CP)[65] ou encore en un cas grave de trafic de stupéfiants[66].

L'expression *d'argent sale* découle précisément du fait qu'un lien doit exister entre le crime et les valeurs patrimoniales[67].

Concernant l'acte de blanchiment, il conviendra de se demander s'il est concrètement propre à compliquer l'établissement du lien entre la valeur patrimoniale et le crime et s'il se caractérise ainsi comme un acte de dissimulation[68].

Cet acte est considéré comme une entrave à la confiscation pénale au sens de l'art. 70 CP[69] de sorte qu'un blanchiment n'est envisageable que si, au moment où le blanchisseur agit, une confiscation des valeurs patrimoniales était possible[70].

La Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), entrée en vigueur le 1er avril 1998, a instauré une réglementation uniforme concernant les obligations de diligence à respecter au sein du secteur financier dans le but de lutter contre le blanchiment d'argent. Des obligations telles que la vérification de l'identité du cocontractant, l'identification de l'ayant droit économique ou encore l'obligation d'établir et de conserver certains documents, ont été imposées aux intermédiaires financiers[71].

Ces prescriptions ont été précisées dans l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (OBA-FINMA).

Elles ne s'appliquent toutefois qu'aux intermédiaires financiers[72], dont les activités sont réglementées par l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, de sorte que les commerçants d'art tels que les galeristes, les antiquaires ou encore les marchands d'art ne possèdent, en principe, pas d'obligations de contrôle de provenance des fonds utilisés pour l'achat d'une œuvre d'art.

Il convient néanmoins de préciser que les personnes (physiques ou morales) qui « *à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers* »[73] sont aussi considérées comme étant des intermédiaires financiers.

Dans certains cas, les professionnels de l'art peuvent donc être qualifiés d'intermédiaires financiers et se voir confrontés à des obligations de lutte contre le recyclage d'argent sale[74].

A compter du 1er janvier 2016, l'implication des commerçants d'art dans la lutte contre le blanchiment d'argent sera toutefois accentuée.

III. EFFETS SUR LES COMMERCANTS D'ART DE L'ADAPTATION DU DROIT SUISSE AUX RECOMMANDATIONS DU GAFI

Le législateur suisse a entrepris une révision législative suite à la publication, le 16 février 2012, des recommandations révisées du GAFI. Le 12 décembre 2014, la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière a été approuvée par le Parlement. En conséquence, différentes lois ont été modifiées[75].

[61] ROTH, *op.cit.*, pp. 53 à 59.
[62] DE SANCTIS, *op.cit.*, p. 3; GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent, p. 118.
[63] GCBF, *op.cit.*, p. 117-118.
[64] Art. 10 al. 2 CP.
[65] PC CP – art. 305bis CP, N 14 et réf. citées.
[66] ATF 122 IV 215 consid. 2b.
[67] CASSANI, L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent : considérations *de lege ferenda*, *in* RSDA 2013, p. 12 ss, p. 21.
[68] CORBOZ Bernard, Les infractions de droit suisse, vol. II, 3ème éd., Berne (Stämpfli) 2010, art. 305bis CP N 26 ; ATF 124 IV 279, consid. a.
[69] CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, volume 9 (art. 303-311 CP), Berne 1996, art. 305bis CP N 3 et 28; CORBOZ, *op. cit.*, art. 305bis CP N 31 ss.
[70] ATF 129 IV 244, consid. 3.3.
[71] Art.3, 4 et 7 LBA.
[72] Art. 2 LBA.
[73] Art. 2 al. 3 LBA.
[74] HENZELIN Marc/LECHTMAN Deborah, Le monde de l'art doit s'adapter à la lutte contre le blanchiment d'argent, la fraude fiscale et le terrorisme, *in* Not@lex 2015, p. 73 ss, p. 76 ; Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA, 2008.
[75] Le sujet de l'adoption de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI a déjà été abordé dans le cadre de la newsletter du mois de février 2015. Précisons toutefois que le 24 avril 2015, le Conseil fédéral a arrêté l'entrée en vigueur de cette loi.

a. Modification de la LBA

Le 1er janvier 2016, la LBA révisée[76] entrera en vigueur.

Parmi les nouveautés, relevons que son contenu ne sera plus seulement applicable aux intermédiaires financiers.

Les *négociants* feront partie du cercle des personnes visées par la prise de mesures contre le blanchiment d'argent.

Ces derniers seront astreints à des obligations de diligence et de communication lorsque, dans le cadre d'une vente au sens des art. 187 ss du Code des obligations, ils recevront un paiement en espèces supérieur à 100'000 francs[77].

La modification de la LBA a impliqué la révision de l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA). La nouvelle OBA, adoptée le 11 novembre 2015 par le Conseil fédéral, explicite notamment les normes relatives aux *négociants*[78].

b. Négociants et transactions effectuées

Par *négociants*, il est entendu les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement[79].

En pratique, lors d'une vente, le négociant sera généralement le vendeur.

Les personnes qui agissent en tant que représentants indirects, soit celles qui négocient des biens en leur propre nom, mais pour le compte de tiers, rentrent aussi dans le cadre de cette définition. Les commissaires-priseurs, les salles de vente aux enchères et les autres personnes chargées de vendre un bien pour un tiers seront donc aussi soumis à ces normes[80].

Les négociants ne seront d'ailleurs soumis aux obligations de diligence et de communication que lorsqu'ils exercent leurs activités *à titre professionnel*, en d'autres termes, lorsque le négoce « *constitue une activité économique indépendante orientée vers l'obtention d'un revenu durable* »[81]. La loi ne vise pas les ventes opérées dans un cadre privé[82].

Dès lors, un galeriste ou un marchand d'art qui entreprend la vente d'un objet d'art, pour son compte ou pour le compte d'un client, sera considéré comme négociant au sens de la nLBA.

Comme nous l'avons vu, la transaction effectuée doit consister en une vente. Ainsi, les biens négociés sont uniquement ceux qui peuvent faire l'objet d'une vente soit les biens meubles ou les immeubles[83].

S'agissant du paiement, il doit être opéré en espèces et un montant minimal a été défini par la loi pour que la transaction réalisée donne naissance à des obligations.

Le négociant sera en effet soumis aux obligations de diligence lorsqu'il recevra un paiement en argent comptant de plus de 100'000 francs.

Même en cas de paiement en espèces effectué en plusieurs tranches, pour un montant inférieur à 100'000 francs, mais qui, lorsqu'on les additionne, dépassent 100'000 francs, le négociant restera soumis aux obligations de diligence[84].

Cependant, lorsque les paiements comptant dépassant 100'000 francs seront opérés par le biais d'un intermédiaire financier, le négociant lui-même ne sera pas tenu au respect des obligations de la nLBA[85].

S'agissant de l'obligation de communication, il n'est pas clair de savoir si elle s'applique uniquement en cas de versement comptant supérieur à 100'000 francs ou en toutes hypothèses.

Selon le rapport explicatif du Département fédéral des finances concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent, il semblerait que l'obligation de communication existe uniquement lorsque le négociant accepte un paiement en espèces de plus 100'000 francs et que, en conséquence de cela, il se voit soumis à des obligations de diligence[86].

En revanche, selon CASSANI, l'obligation de communication semble s'appliquer aux négociants même lorsqu'ils effectuent une transaction dont le paiement comptant est inférieur à 100'000 francs. En effet, la loi ne prévoit pas qu'un négociant puisse s'affranchir de l'obligation de communication lors d'un versement comptant de moins de 100'000 francs alors qu'il s'avère être le cas pour les obligations de diligence si le paiement est effectué via un intermédiaire financier[87].

Des clarifications interviendront sûrement après l'entrée en vigueur de ces normes.

Partant, si le commerçant d'art est soumis au respect de la nLBA, quelles sont les obligations qui lui incomberont ?

c. Obligations de diligence

Un certain nombre d'obligations de diligence devront être respectées par le négociant lors de la conclusion d'un contrat de vente, par exemple l'achat d'une œuvre d'art, dans le cadre de laquelle le client s'acquitte d'un montant de plus de 100'000 francs en espèces.

Premièrement, le vendeur sera tenu de vérifier l'identité de son cocontractant, c'est-à-dire de l'acheteur[88], en lui demandant son nom, son adresse, sa date de naissance ainsi que sa nationalité[89].

La marche à suivre pour procéder à la vérification est décrite précisément dans l'OBA. Le négociant devra exiger la présentation d'une pièce justificative, soit d'une pièce d'identité officielle émise par une autorité telle qu'un passeport, une carte d'identité ou encore un permis de

[76] Nous nous référerons à nLBA pour parler de la LBA révisée.
[77] Art. 8a al. 1 et 2, 9 al. 1bis et 15 nLBA ; art. 13 ss OBA.
[78] OBA, Chapitre 3.
[79] Art. 2 al. 1 let. b et 8a al. 1 nLBA.
[80] Art. 13 OBA ; Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, 11 novembre 2015, p. 8.
[81] Art. 14 al. 1 OBA.
[82] Art. 14 al. 1 OBA ; DFF, *op. cit.*, p. 8.
[83] Art. 15 OBA.
[84] Art. 8 al. 3 nLBA.
[85] Art. 8 al. 4 nLBA.
[86] DFF, *op.cit.*, p. 11 ; art. 9 al. 1bis LBA.
[87] CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales : Much Ado About (Almost) Nothing, *in* RSDA 2015, p. 78 ss, p. 85 ; art. 8 al. 4 nLBA.
[88] Art. 8a al. 1 let. a nLBA ; art. 17 OBA.
[89] Art. 17 al. 1 let. a-d OBA.

conduire[90]. Dans un deuxième temps, il sera tenu de vérifier que la pièce justificative correspond à l'acheteur[91]. Enfin, il lui reviendra d'en effectuer une copie sur laquelle il indiquera avoir examiné le document original[92].

Notons que lorsque l'acheteur se fait représenter, le négociant devra vérifier tant l'identité de l'acheteur, par le biais d'une copie d'une pièce justificative présentée par le représentant, que celle du représentant lui-même[93].

Deuxièmement, il incombera au négociant d'identifier l'ayant droit économique des avoirs utilisés pour l'achat du bien.

Par *ayant droit économique*, il est entendu la personne physique pour le compte de laquelle un achat est opéré[94]. Lorsque le bien est acheté pour le compte d'une personne morale opérationnelle non cotée ou une société de personnes, l'acheteur devra indiquer qui contrôle la société[95].

Pour identifier l'ayant droit économique, le vendeur demandera à l'acheteur ou à son représentant, si ce dernier est lui-même l'ayant droit économique des avoirs[96]. Lorsqu'il s'avère que l'acheteur n'est pas l'ayant droit économique de l'argent utilisé, ce dernier sera tenu de présenter une déclaration écrite dans laquelle il indique de qui il s'agit[97].

Troisièmement, le négociant devra établir et conserver les documents qui prouvent qu'il a respecté ses obligations de diligence et de communication dans le cadre des transactions opérées[98].

La documentation ainsi recueillie contiendra notamment les informations relatives à l'acheteur[99], la date de la réalisation de la transaction ainsi que la signature du négociant[100]. Elle sera conservée pendant dix ans[101].

Outre ces trois points, il reviendra au négociant de clarifier l'arrière-plan et le but d'une opération dans deux hypothèses.

Premièrement, des clarifications devront être effectuées lorsque l'opération paraît inhabituelle, sauf si sa légalité est manifeste[102].

Aucune définition générale de ce qu'on entend par *caractère inhabituel* d'une transaction ne peut être donnée.

Chaque cas particulier sera examiné en fonction de ses spécificités. Dans cet examen, on tiendra compte du type d'opération visé, de la clientèle habituelle du négociant, de son expérience et du lieu où son activité est exercée. En effet, les circonstances de l'opération ne seront pas les mêmes si le galeriste se trouve dans une petite ville de Suisse où s'il est situé dans une station touristique[103].

Deuxièmement, des clarifications devront être effectuées lorsqu'il existe des indices de blanchiment d'argent, soit lorsqu'un négociant pourrait soupçonner que l'argent provient d'une infraction.

Une liste non exhaustive de ces indices est donnée par l'OBA.

Des soupçons pourront naître lorsque l'acheteur paie le plus souvent avec des billets de faible valeur nominale ; lorsque les opérations portent principalement sur des biens aisément négociables avec un degré de standardisation élevé ; lorsque, en vue de la vérification de son identité ou de l'identification de l'ayant droit économique, la personne ne fournit aucune indication ou que ces indications se révèlent insuffisantes ; lorsque les informations délivrées sont manifestement fausses ou fallacieuses ou lorsqu'il existe des doutes quant à l'authenticité des pièces présentées[104]. La parution d'articles dans les journaux serait aussi de nature à éveiller des soupçons[105].

Dès lors que le négociant se trouve en présence de tels indices, il devra uniquement procéder à des clarifications complémentaires, ce qui lui permettra, ou non, d'écarter le fait que les avoirs puissent provenir d'un crime[106].

Ce n'est que lorsque ces clarifications ne permettent pas d'écarter le soupçon initial que le négociant sera tenu d'en informer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (ci-après : « MROS »)[107].

Pour le surplus, à partir du moment où un négociant se verra soumis aux obligations de diligence de la nLBA, il devra mandater un organe de révision qui contrôlera le respect de ses obligations[108].

d. Obligation de communication

Le négociant devra informer le MROS, par le biais d'un formulaire[109], dès qu'il sait ou nourrit le soupçon fondé, sur la base des informations recueillies et de son propre constat, que les avoirs utilisés pour la transaction proviennent d'une infraction[110]. Nous l'avons vu, ce sera notamment le cas lorsque les clarifications complémentaires n'ont pas permis d'écarter un soupçon initial.

Les espèces ainsi utilisées devront soit avoir un rapport avec une organisation criminelle ou le blanchiment d'argent (1)[111], soit provenir d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié (2)[112], ou être soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle (3)[113].

Même en cas de doute sur la qualification de l'infraction de laquelle proviennent les espèces, le négociant devra communiquer son soupçon au MROS et indiquer l'infraction qu'il soupçonne[114].

[90] Art. 17 al. 3 let. a OBA.
[91] Art. 17 al. 3 let. b OBA.
[92] Art. 17 al. 3 let. c et d OBA.
[93] DFF, *op. cit.*, p. 9; art. 17 al. 4 OBA.
[94] Art. 18 al. 2 OBA.
[95] Art. 18 al. 2 let. b OBA.
[96] Art. 8a al. 1 let. a nLBA ; art. 18 al. 1 OBA.
[97] Art. 18 al. 2 OBA.
[98] Art. 8a al. 1 let. c nLBA ; art. 21 OBA.
[99] Art. 21 al. 2 OBA.
[100] Art. 21 al. 3 OBA.
[101] Art. 21 al. 4 OBA
[102] Art. 8a al. 2 let. a nLBA.
[103] DFF, *op. cit.*, p. 10.
[104] Art. 8a al. 2 let. b nLBA ; art. 19 al. 2 let. a-e OBA.
[105] DFF, *op. cit.*, p. 10.
[106] DFF, *op.cit.*, p. 10 ; art. 8a al. 2 nLBA ; art. 19 OBA.
[107] Art. 9 al. 1bis nLBA.
[108] Art. 15 al. 1 nLBA ; art. 22 OBA.
[109] Art. 20 al. 3 OBA.
[110] DFF, *op. cit.*, p. 11 ; art. 20 al. 1 OBA.
[111] Art. 9 al. 1bis let. a nLBA.
[112] Art. 9 al. 1bis let. b nLBA.
[113] Art. 9 al. 1bis let. c nLBA.
[114] Art. 20 al. 2 OBA ; DFF, *op.cit.*, p. 11.

Le négociant ne pourra pas informer les personnes concernées ou les tiers qu'il a fait une communication[115].

Lorsque le négociant nourrira un soupçon fondé ou qu'il sera certain que les fonds proviennent d'une infraction, mais qu'il omettra de faire une communication au MROS, il sera punissable sous l'angle de l'art. 37 LBA[116].

Précisons que dans l'hypothèse où le négociant ne serait pas astreint aux obligations de diligence que nous avons examinées précédemment[117], lorsqu'il saura ou nourrira le soupçon que les avoirs utilisés pour la transaction proviennent d'un crime, il pourra simplement en référer aux autorités pénales compétentes[118]. Il ne sera pas tenu de respecter la procédure de communication au MROS.

Il nous semble enfin important de souligner que l'OBA n'interdit pas la vente lorsque le négociant soupçonne, même de manière fondée, que l'argent comptant provient d'une infraction. Si le négociant décide toutefois d'entreprendre l'opération visée, il reste soumis au respect de l'art. 305bis CP.

Dès lors, à compter du 1er janvier 2016, les commerçants d'art qui procèdent à des ventes d'objets d'art pour lesquelles ils reçoivent un paiement en espèces supérieur à 100'000 francs seront considérés comme des négociants et se verront contraints de respecter certaines obligations concernant l'identification de la provenance des fonds servant à l'acquisition d'une œuvre d'art.

En cas de non-respect, la responsabilité pénale et administrative du commerçant d'art pourra être engagée.

Au vu de certaines exigences de discrétion afférentes à ce marché, il apparaîtra, par exemple, difficile pour le galeriste ou encore le marchand d'art d'exiger que le client délivre la panoplie d'informations exigées par loi.

Notons qu'en pratique, pour éviter de devoir remplir ces obligations de diligence et de communication, un commerçant d'art pourra décider que le client acquittera les paiements en espèces supérieurs à 100'000 francs par le biais d'un intermédiaire financier[119].

e. Extension de l'art. 305bis CP aux délits fiscaux qualifiés

Comme nous l'avons déjà examiné dans le cadre de la *newsletter* du mois de février 2015, les nouvelles recommandations du GAFI ont entraîné l'extension de l'art. 305bis CP aux délits fiscaux qualifiés.

S'agissant des négociants en particulier, ils devront simplement bénéficier d'indices qui justifieraient une communication et ne seront pas tenu de prouver l'infraction fiscale préalable ou encore de chiffrer avec précision le montant incriminé[120].

Les clients des commerçants d'art sont toutefois souvent étrangers.

Les transactions ainsi effectuées revêtent un caractère international potentiellement propice à la commission d'infractions fiscales de sorte que les professionnels de l'art pourraient être régulièrement amenés à se poser des questions au sujet de la conformité fiscale de leurs clients.

La tâche des acteurs du monde de l'art se verra donc d'autant plus compliquée qu'ils seront également tenus à la lutte contre la blanchiment d'argent en matière fiscale[121].

*****

En l'état actuel du droit, les mesures de lutte contre le blanchiment, en Suisse, n'incluent pas les commerçants d'art, sauf lorsqu'ils agissent comme intermédiaires financiers.

A compter du 1er janvier 2016, la situation changera puisque les professionnels du monde de l'art seront mis à contribution et devront, entre autres, observer des obligations de diligence et de communication.

Les impératifs de cette nouvelle réglementation pourraient avoir des conséquences sur la pratique de certains métiers du commerce d'art, si tant est que des paiements comptant soient encore acceptés.

Toutefois, comme nous l'avons vu, les aspects financiers d'une transaction en espèces pourront être délégués à un intermédiaire financier pour que le commerçant d'art échappe à ses tâches de lutte contre le blanchiment d'argent.

*****

CONCLUSION

Le tour d'horizon ainsi effectué nous a permis de constater que des mesures concrètes ont été prises par le législateur suisse tant dans le cadre des contrôles qui doivent être opérés en relation avec la provenance des biens, mais également dans ceux relatifs à la provenance des fonds servant à l'acquisition des œuvres d'art.

Dans les deux cas, la position stratégique et le rôle essentiel tenus par les commerçants d'art ont été exploités pour renforcer les filets de protection dans les luttes menées par l'Etat contre le trafic illicite de biens culturels et contre le recyclage d'argent sale.

Les mesures mises en place par le législateur suisse imposent un niveau de contrôle et de vigilance dont découlent toutefois des responsabilités ainsi que des charges administratives importantes pour les professionnels de l'art. Reste à savoir quels seront les effets concrets des dispositifs déployés, en particulier pour ce qui relève des nouvelles modifications législatives relatives au blanchiment d'argent.

[115] Art. 10a al. 5 nLBA.
[116] DFF, *op.cit.*, p. 11.
[117] Art. 8a nLBa.
[118] DFF, *op.cit.*, p. 11.
[119] art. 2 al. 1 let. b et 8a al. 4 nLBA.
[120] Message du Conseil fédéral relatif au GAFI, FF 2014 585, p. 649.
[121] CASSANI, L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales : Much Ado About (Almost) Nothing, *in* RSDA 2015, p. 78 ss, p. 85.

Le contenu de cette Newsletter ne représente pas un avis ou un conseil juridique. Un des avocats suivants se fera un plaisir de vous conseiller sur votre situation particulière :

A Genève :

Christian de Preux

Associé

christian.depreux@depreuxavocats.ch

Chloé Tavernier

Avocate-stagiaire

chloe.tavernier@depreuxavocats.ch

A Lausanne :

Pascal de Preux

Associé

pascal.depreux@depreuxavocats.ch

Daniel Trajilovic

Collaborateur

daniel.trajilovic@depreuxavocats.ch

Marek Noyer

Avocat-stagiaire

marek.noyer@depreuxavocats.ch

de Preux Avocats / www.depreuxavocats.ch

Genève

2, rue Pedro-Meylan

Case postale 409

1211 Genève 17

T + 41 22 700 51 52

F + 41 22 700 51 53

Lausanne

22, rue du Petit-Chêne

Case postale 5890

1002 Lausanne

T +41 21 312 59 40

F + 41 21 312 59 41