

05.2017

*art law
magazine*

#05

éditorial

Nouvelles de la fondation

par Anne Laure Bandle & Sandrine Giroud, Directrices

Nous nous réjouissons de vous retrouver pour cette nouvelle édition du *Art Law Magazine*. Le premier semestre de l'année en cours a été riche en événements.

En janvier dernier, la FDA et ses partenaires ont lancé **l'Initiative Responsible Art Market (RAM)** et le site web qui lui est dédié www.responsibleartmarket.org.

L'Initiative RAM est une initiative interprofessionnelle et collaborative formée à Genève en 2015. Les membres fondateurs de RAM couvrent l'entier du spectre du marché de l'art, comprenant des galeries, marchands, maisons de ventes aux enchères, conseillers et fournisseurs de services, avocats et académiciens ainsi que les autorités spécialisées dans les questions relatives à l'art.

Le prochain événement de la FDA se tiendra le **29 mai 2017** et portera sur les contrats d'artistes. Cette manifestation fait partie d'une nouvelle série de conférences intitulée **L'art du contrat**, que la FDA a démarrée l'année dernière.

The Foundation's News

We are pleased to release this new edition of the *Art Law Magazine*. The first term of 2017 is and has been quite busy in terms of events.

Last January, the ALF & partners have launched the **Responsible Art Market (RAM) Initiative** and its dedicated website www.responsibleartmarket.org.

The RAM Initiative is a cross industry collaborative initiative formed in Geneva in 2015. RAM's members span the entire spectrum of the art market from galleries, dealers, auction houses, advisors and service providers, to lawyers, academics and public prosecutors specialising in art related matters.

The ALF's next event will take place on **29 May 2017** and focus on **Artists' Contracts**. The event is part of a new conference series on the Art of contracting that the ALF started last year.

Ce cycle vise, d'une part, à analyser de façon critique les contrats utilisés dans le cadre de transactions, services et performances liées à l'art et de contribuer au développement de cette pratique en proposant des modèles de contrats pouvant servir de base aux artistes et acteurs du marché de l'art.

Plus précisément, le deuxième volet de cette série analysera **les contrats liés aux expositions d'art, la réalisation de film et l'engagement d'un orchestre**. Vous pouvez vous inscrire à cet événement en consultant la page suivante : www.artlawfoundation.com/inscription

N'hésitez pas à nous contacter si vous avez des suggestions ou questions en lien avec nos activités.

Nous espérons vivement avoir le plaisir de vous retrouver lors de l'un de nos prochains événements.

This series aims to critically analyse the contracts used in the context of transactions, performances and services related to art and to contribute to the development of this practice by proposing models of contracts that could serve as a basis for artists and actors in the art market.

More specifically, the second event of the series will analyse **contracts related to art exhibitions, film production and hiring an orchestra**. You may already register for this event at the following page: www.artlawfoundation.com/inscription

Please do get in touch with us if you have any suggestions or questions related to our activities.

We are very much looking forward to seeing you again at one of our upcoming events.

Table des matières / Table of content

- p. 4 L'affaire de l'artiste urbain Blu : s'agit-il d'une violation du droit d'auteur ?
Par Lavinia Savini
- p. 9 Le but constitutif des fondations de collections d'art à l'épreuve du temps.
L'exemple de la Fondation Oskar Reinhart à Winterthur
Par Jérôme Candrian
- p. 19 Conference Report: Building an art market for the future: Guidelines for
Countering Money Laundering and Terrorist Financing Threats
By Rosanne Mc Donnell
- p. 24 Nouvelles acquisitions de la Bibliothèque du Centre du droit de l'art
- p. 25 Rendez-vous de la FDA / *ALF's agenda*

L'affaire de l'artiste urbain Blu : s'agit-il d'une violation du droit d'auteur ?

*Par Lavinia Savini**



1. Les faits

Les protestations à l'encontre de l'exposition « *Street Art – Banksy & Co. L'arte allo stato urbano* » (l'art à l'état urbain), qui a eu lieu dans la ville italienne de Bologne du 18 mars au 26 juin 2016, et qui aspirait à être une grande rétrospective consacrée à l'histoire du Street Art, ont soulevé une question juridique.

D'après les déclarations des organisateurs, une partie des œuvres

provenait du marché, d'autres avaient été réalisées directement sur place. Quelques-unes seulement avaient été enlevées des murs d'une propriété privée de la ville de Bologne en cours de démolition. Parmi ces œuvres figuraient certains travaux de l'artiste urbain *Blu*. L'opération avait pour but de conserver, d'archiver et d'exposer ces œuvres.

Les vives et longues polémiques médiatiques qui s'en étaient suivies, y compris dans les médias étrangers, avaient mis en évidence combien le projet, à l'origine de l'exposition, divisait l'opinion publique ainsi que les artistes impliqués. Si certains d'entre eux avaient publiquement manifesté de fortes hostilités à l'égard de l'initiative, d'autres avaient, en revanche, exprimé un avis favorable. L'affaire peut être analysée à partir de différents points de vue. En particulier, il convient de distinguer l'aspect éthique et culturel de l'aspect purement juridique.

2. La question de droit

À titre liminaire, il faut souligner que l'affaire en question était complexe en raison de l'absence de précédents jurisprudentiels, non seulement en Italie mais aussi en Europe, étant donné que l'opération bolonaise semblait être la

* Avocat, associée du cabinet d'avocats IDEALex (Bologne-Milan-Paris), laviniasavini@idealex.net.

première à s'interroger sur le futur des œuvres d'art urbain de ce type.

De plus, il faut noter le manque de jurisprudence en Italie relatif au droit moral de l'auteur dans le domaine du Street Art. Les raisons d'un tel vide jurisprudentiel résident dans la nature même des œuvres, nées avec la caractéristique d'être produites en clandestinité et de façon illicite, comme une forme d'art libre, informelle et en dehors des institutions. Les artistes recourent à des pseudonymes afin de préserver leur anonymat. Par conséquent, l'absence de décisions en droit d'auteur des œuvres de Street Art n'est pas surprenante.

En ce qui concerne l'aspect juridique, les œuvres de l'artiste Blu, comme indiqué auparavant, ont été ôtées des murs d'une propriété privée dont le propriétaire en aurait autorisé le prélèvement compte tenu du fait que la propriété allait être détruite. En vertu du principe juridique de l'accession, régi par l'article 936 du Code civil italien, au terme duquel « *lorsque les plantations, constructions ou ouvrages ont été réalisés par un tiers avec des matériaux lui appartenant, le propriétaire du fonds a le droit d'en conserver la propriété ou d'obliger le tiers à les enlever [...]* », il est désormais admis que le propriétaire du mur sur lequel a été réalisée une œuvre de Street Art en est le propriétaire. Toutefois, comme tout propriétaire d'une œuvre d'art, il ne devient pas également titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre, lesquels appartiennent exclusivement aux auteurs.

3 Les droits d'auteur en droit italien

Les droits d'auteur en droit italien se divisent en droits patrimoniaux et en droits moraux. Ces droits sont entièrement régis par la loi italienne n° 633 du 22 avril 1941 sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins, aussi dénommée loi sur le droit d'auteur.¹

Concernant les droits patrimoniaux, conformément à l'article 12 de la loi sur le droit d'auteur, « *l'auteur jouit du droit exclusif de publier son œuvre. Il jouit en outre du droit exclusif d'exploiter économiquement son œuvre de quelque manière et sous quelque forme, originale ou dérivée, que ce soit, dans les limites fixées par la présente loi, et en particulier en exerçant les droits exclusifs énoncés aux articles suivants. Est considérée comme première publication la première forme d'exercice du droit d'exploitation* ».

Les droits patrimoniaux, prévus aux articles 12 à 19 de la loi, se manifestent à travers une série de prérogatives en faveur de l'auteur appelés droits d'exploitation économique, et sont librement cessibles. Les droits moraux, en revanche, sont des droits imprescriptibles en vertu de l'article 2934 du Code civil italien, inaliénables et auxquels l'auteur ne peut pas renoncer, contrairement à d'autres ordres juridiques européens. Les droits moraux appartiennent à l'auteur et à ses proches, dans l'ordre indiqué à l'article 23 de la loi italienne sur le droit d'auteur.

¹ Legge 22 aprile 1941, n. 633 "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio".

Ainsi, il s'agit d'une protection renforcée de l'honneur et de la réputation de l'artiste par la reconnaissance du droit de s'opposer à la première publication de l'œuvre ; le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre ; le droit de s'opposer à des mutilations et altérations ou modifications de l'œuvre ; le droit de retirer l'œuvre du commerce pour des motifs graves. Par ailleurs, une partie de la doctrine italienne a inclus parmi les droits moraux innommés le droit de l'auteur de méconnaître la paternité d'une œuvre qui lui aurait été erronément attribuée.² Les droits moraux de l'auteur sont pleinement régis par la loi italienne sur le droit d'auteur aux articles 20 à 24.

En règle générale, étant privées d'une autorisation préalable, les œuvres de Street Art naissent comme des œuvres illicites, car leur réalisation sur des murs ou des biens (notamment les wagons ferroviaires ou métropolitains), publics ou privés, constitue une conduite passible de sanctions pénales, en particulier, celle de « *dégradation et détérioration de biens appartenant à autrui* » visée à l'article 639 du Code pénal italien.³ Mais de telles œuvres sont malgré tout soumises au droit d'auteur puisque la loi italienne protège, en son article premier, toute création de l'esprit par le seul fait d'avoir été créée. Parmi les critères de protection, la licéité de

l'œuvre n'est pas requise. De ce fait, une œuvre est protégée même si elle est illicite ou, par exemple, contraire aux bonnes mœurs.⁴

Ainsi, nous arrivons au point névralgique de la question. D'après les déclarations des organisateurs, le projet aurait été communiqué au préalable aux artistes graffeurs impliqués : Blu, Ericailcane, Dado e Cuoghi Corsello. Certains d'entre eux auraient accepté le projet avec enthousiasme, alors que d'autres, comme Blu et Ericailcane, n'auraient d'abord pas pris position, pour ensuite réagir.

Est-il alors possible d'affirmer que, par ce projet, les droits moraux et/ou patrimoniaux des auteurs des graffitis qui ont, de manière expresse et répétitivement, manifesté leur désaccord, auraient été violés ? En insérant ces œuvres dans un musée, le projet d'exposition aurait-il violé le droit moral de l'artiste de voir ses œuvres demeurer dans la rue ?

Contrairement aux propositions de certains auteurs, la majorité tend à exclure une violation du droit patrimonial de l'auteur pour l'exposition publique de son œuvre, tant pour les graffitis arrachés des murs que pour ceux qui proviennent du marché. En effet, juridiquement, selon l'orientation dominante de la jurisprudence italienne, le propriétaire d'une œuvre d'art a le droit de la céder librement à des tiers et de la faire circuler, y compris le droit

2 Tribunale di Milano, 14 septembre 2004, in Rep. AIDA 05, I.5.1 ; Corte d'Appello di Milano, 24 mars 1939, in IDA 39, 215.

3 Sur ce point: Corte di cassazione, Sez. Seconda penale, Sentenza n. 16371 du 20 avril 2016.

4 Sur ce point: Tribunale di Milano, 29 janvier 1996 ; Pretura di Bologna, 20 avril 1971, in Giustizia civile 71, 694 s.

de l'exposer⁵ (dans des galeries, des musées, etc.), et cela, à plus forte raison si l'œuvre a été introduite dans le circuit commercial par l'artiste lui-même.

4. Une atteinte aux droits moraux de l'auteur des artistes urbains ?

Cependant, le droit moral de l'auteur constitue une limite à la licéité de tels actes. L'article 20 de la loi 633/1941 qui régit les droits moraux de l'auteur dispose qu'« *indépendamment des droits exclusifs d'exploitation économique de l'œuvre, et même après la cession de ces droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre et à toute atteinte à la même œuvre qui pourraient être préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* ». La contestation par l'artiste Blu pourrait alors être qualifiée d'action en violation de son propre droit moral sur la base de cet article.

Il faut donc évaluer, à notre sens, si une opération qui avait pour but d'exposer, archiver et conserver l'œuvre d'un auteur, et non pas de la vendre, peut être qualifiée d'acte portant atteinte à cette œuvre et étant préjudiciable à la réputation et à l'honneur de l'artiste, aux termes de l'article 20 de la loi 633/1941.

5 Conformément au principe de libre jouissance du bien appartenant au propriétaire; sur ce point, la jurisprudence italienne est rare, voir Tribunale di Verona, 30 octobre 1989 (in Dir. Autore 1990, 397): « *Après la cession de l'unique exemplaire d'une œuvre d'art, appartient au propriétaire les facultés de jouissance prévues à l'article 832 du Code civil, dont celle de divulguer l'œuvre et de la faire exposer, attendu qu'il s'agit d'une faculté strictement consécutive à la publication et à la vente de l'œuvre, activité permise par l'auteur qui a renoncé à sa réserve de non-divulgaration, à condition qu'aucune atteinte ne soit portée à son droit moral* ».

En 2014, l'artiste Banksy a exprimé son mécontentement au sujet de la commercialisation de ses œuvres de Street Art en méconnaissant la paternité de celles qui faisaient l'objet d'une exposition organisée par la société Sincura Group à Londres, empêchant ainsi leur vente. Les œuvres avaient été prélevées des murs sans son autorisation pour être vendues ensuite. Il est uniquement possible de trancher sur l'existence ou non d'un « *préjudice à la réputation et à l'honneur de l'artiste* » en se fondant sur le raisonnement logico-juridique retenu dans les rares décisions relatives au droit moral de l'auteur et en contextualisant les faits sur la base de ce que signifie effectivement, aujourd'hui, le Street Art.

Par exemple, la jurisprudence italienne a reconnu la violation de ce droit aussi bien dans le cas où un propriétaire avait négligé la conservation d'une œuvre d'art et ainsi causé sa dégradation,⁶ que dans le cas où les exposants avait omis de mentionner que les œuvres d'art exposées provenaient d'une collection privée, alors même qu'ils les avaient correctement attribuées et datées.⁷ De même, les tribunaux ont reconnu une violation du droit d'auteur dans un cas où l'œuvre d'un auteur a été utilisée par un éditeur en l'associant aux œuvres d'autres artistes avec lesquels l'auteur avait affirmé avoir des divergences

6 Affaire isolée sur laquelle s'est prononcé le Tribunale di Milano, 20 janvier 2005, in AIDA 05, 1057.

7 Pretura di Verona, 21 mars 1987, in IDA 87, 551 ss..

idéologiques.⁸

Dans l'affaire de Bologne, si l'auteur considérait que la « muséalisation » de ses œuvres ne correspondait pas à ses intentions artistiques, cela pourrait constituer une violation de ses droits. D'autre part, il aurait fallu aussi considérer la finalité du projet de conservation et d'archivage, dénué de toute intention commerciale. Donner une réponse univoque n'est pas évident et la réflexion devient plus large : l'artiste peut-il s'opposer à ce que ses œuvres soient conservées, archivées et protégées ou qu'elles soient exposées dans un musée ?

Enfin, l'« état » actuel du Street Art est un élément d'une importance fondamentale pour donner un avis, en l'espèce, sur l'existence d'une atteinte aux droits moraux des artistes urbains : peut-il être, encore aujourd'hui, considéré comme un art de rue, subversif, illicite, contestateur, externe aux circuits officiels du marché de l'art, aussi bien que sa « muséalisation » et sa conservation seraient contraires à sa nature ? L'évolution que cette forme d'art a connue, également dans l'opinion commune, est inégalable. Ce n'est pas par hasard que les artistes urbains travaillent de plus en plus à la lumière du jour et à la commission, parfois même à la demande de musées internationaux prestigieux. Par exemple, le même Blu a peint les façades du musée MoCa à Los Angeles (œuvre consécutivement censurée par le musée) et ses travaux ont

été commandés par la Tate Modern de Londres et le Hangar Bicocca de Milan.

De plus, les œuvres de ces artistes sont introduites et circulent davantage dans les réseaux du commerce de l'art les plus institutionnels et connus au monde. Il suffit de rappeler que, récemment, les œuvres de Banksy étaient en vente à la Lionel Gallery d'Amsterdam et à la foire TEFAF de Maastricht. Ou encore, que ce dernier a réalisé des œuvres dans les chambres de son tout nouvel hôtel nommé « *The Walled Off Hotel* » en Cisjordanie. Enfin, une tendance se dégage en défaveur de sanctionner, au moins concernant les biens publics, les créations faites par les graffeurs sans autorisation, bien qu'il s'agisse de conduites passibles de sanctions pénales. Ceci est vrai surtout pour les artistes les plus connus.

Jusqu'à présent, les graffeurs ont été réticents à entrer dans les salles d'audience des tribunaux pour protéger leurs droits d'auteur et ont préféré manifester leur désapprobation par l'action. Mais, le Street Art, comme cela a été exposé, est en pleine mutation et de plus en plus institutionnalisé... Serait-il prêt à faire son entrée dans les tribunaux ?

⁸ Pretura di Torino, 5 mai 1990.

Le but constitutif des fondations de collections d'art à l'épreuve du temps. L'exemple de la Fondation Oskar Reinhart à Winterthur

Par Jérôme Candrian*

La volonté constitutive du fondateur vaut loi de la fondation. Lorsque ce législateur privé a disparu et que le but assigné à la fondation est dépassé au point de mettre en péril sa perpétuation, le Code civil permet une modification statutaire du but primitif pour autant qu'elle s'inscrive dans le cadre de la volonté fondatrice initiale. Le problème posé par les collections d'art ouvertes au public, constituées par des fondateurs désireux de faire partager sans altération « l'œuvre d'art » qu'ils ont ainsi constituée, est illustrée par la difficile marche qui a abouti à la modification des statuts de la Fondation Oskar Reinhart en 2015.

1. Introduction

Oskar Reinhart (1885-1965) a assuré la pérennité de sa collection d'œuvres d'art, l'une des plus importantes de Suisse, en constituant en 1940, pour une partie d'entre elles, une fondation (« *Stiftung Oskar Reinhart* ») – qui, par contrat passé avec la ville de Winterthur, les expose depuis 1951 au « *Museum Oskar Reinhart am Stadtgarten* » –, et en faisant don en 1944 à la Confédération de l'autre partie

de ses œuvres, exposées dans la villa où il vécut à Winterthur (« *Sammlung Oskar Reinhart Am Römerholz* »). Deux modes de transmission juridique différents, au service de l'accès des œuvres par le public, à l'intermédiaire des pouvoirs publics.

Dans les lignes qui suivent, nous voudrions nous intéresser spécialement à la fondation créée par Oskar Reinhart et à la question de sa permanence dans le temps, à rigueur des limitations qu'il a imposées au mode d'exposition de ses œuvres. Le changement de circonstances survenu depuis lors, suite à une désaffection des visiteurs et aux difficultés financières inhérentes, a conduit la ville de Winterthur à proposer une modification des statuts de la fondation, d'entente avec le conseil de fondation. La modification, telle qu'approuvée par l'autorité fédérale de surveillance des fondations en 2015, a essentiellement permis d'assouplir les exigences posées à l'accrochage des tableaux et d'y intégrer des œuvres d'autres collections gérées par la ville de Winterthur. Elle vient illustrer la nécessité de devoir interpréter la volonté du fondateur afin de pouvoir la faire évoluer au vu des nouvelles circonstances (*clausula rebus sic stantibus*), pour assurer la pérennité même du but de la fondation, en une interprétation de la volonté quasi téléologique qui, en tant que telle, doit toutefois s'inscrire, pour respecter la loi, dans la volonté fondatrice de base.

* Dr en droit, juge au Tribunal administratif fédéral. L'auteur s'exprime à titre personnel. Cet article est une version revue et enrichie de l'un des Written Assignments rédigés dans le cadre du programme d'étude de l'Executive Master in Art Market, Law and Tax Studies, à l'Université de Zurich, de 2013 à 2015.

2. La constitution de la plus importante collection privée de Suisse

A. La formation du goût esthétique d'Oskar Reinhart

Oskar Reinhart appartenait à une famille de grands commerçants zurichois actifs dans le textile, installée à Winterthur. Son père, Theodor Reinhart, décédé en 1919, était lui-même, en sus de ses activités commerciales, un collectionneur reconnu de l'art de son temps, qui finança la construction du Kunstmuseum de Winterthur (ouvert en 1916).¹ La formation commerciale d'Oskar Reinhart auprès des succursales de l'entreprise familiale à l'étranger le conduisit à séjourner à Londres, où il acquit ses premiers dessins, passion à laquelle il resta fidèle toute sa vie. Il séjourna ensuite à Berlin où il se familiarisa avec la peinture allemande, ainsi qu'à Paris et Londres. Dès 1914, il définit les peintres dont il souhaitait acquérir des œuvres pour sa collection à venir. A cet égard, son intention n'était pas de couvrir des époques artistiques déterminées, mais de choisir des peintres qu'il appréciait. Il privilégia l'Impressionnisme français, dont il goûtait la peinture pour des raisons esthétiques, ainsi que les Maîtres anciens. En revanche, il ne

s'intéressa guère à la peinture de son temps. Dès 1922, il projeta d'ouvrir sa collection, devenue importante, au public.²

En 1924, Oskar Reinhart quitta l'entreprise familiale et s'installa dans la « *Villa Am Römerholz* » sur les hauteurs de Winterthur. Il put, dès cette époque, voyager plus facilement à Berlin, Paris et Londres, villes où il acquit de nombreuses œuvres. La survenance de la Deuxième Guerre mondiale compliqua ses contacts avec ce proche étranger et, de 1939 à 1944, il se limita à n'acquérir de tableaux que de collections suisses.³ Cette retenue doit être portée à son crédit, alors que d'autres collectionneurs suisses se montrèrent moins prudents.⁴ En 1939, sa collection fut évacuée, d'abord dans les environs de Winterthur, puis à Berne. Elle fut exposée, de 1939 à 1940, au Kunsthaus de Zurich et, de 1940 à 1941, au Kunstmuseum de Berne. En 1945, la collection rejoignit le « *Römerholz* ».

B. Une œuvre d'art globale (« Gesamtkunstwerk »)

Par son harmonie et sa cohérence, la collection assemblée par Oskar Reinhart constitue, en soi, une œuvre

1 MARIANTONIA REINHARD-FELICE (Hrsg.), *Sammlung Oskar Reinhart «Am Römerholz»*. Gesamtkatalog, Bâle 2003, p. 20 ; PETER WEGMANN (Hrsg.), *Oskar Reinhart. Mensch Sammler Stifter*, Zurich 2012, p. 105.

2 WEGMANN, *op. cit.* (n. 1), p. 105.

3 *Ibid.*, p. 58 et 78.

4 ESTHER TISA FRANCINI, ANJA HEUSS, GEORG KREIS, *Fluchtgut – Raubgut. Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933-1945 und die Frage der Restitution*, Publications de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale, vol. 1, Zurich 2001, pp. 107-108.

d'art (« *ein Gesamtkunstwerk* »),⁵ en tant qu'elle est le reflet de sa conception de l'art. Une telle qualité est elle-même prise en compte par le droit, si l'on considère l'art. 2 de la Convention de Berne du 2 juin 1928 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques,⁶ qui dispose que : « *[s]ont protégés comme des ouvrages originaux, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres reproductions transformées d'une œuvre littéraire ou artistique, ainsi que les recueils de différentes œuvres* ». La collection d'Oskar Reinhart constitue, à ce titre, un important bien culturel de la Suisse.⁷ En particulier, les œuvres propriété de la fondation (au nombre d'environ 600) représentent la meilleure et la plus représentative collection de l'art allemand du 19e siècle hors d'Allemagne. Il est par ailleurs à relever que, s'agissant de l'art suisse, Oskar Reinhart ne se limita pas à la peinture alémanique, mais attacha de l'importance à acquérir des œuvres d'artistes romands, ce qui constitue en soi un apport original et important à l'art suisse, conçu à la fois comme unité et comme un pont entre les différentes cultures européennes.⁸

3. La perpétuation de la collection

A. La constitution d'une fondation

Le 10 octobre 1940, Oskar Reinhart constitua une fondation portant son nom et lui transmit ses œuvres d'artistes allemands, autrichiens et suisses du 18e siècle au début du 20e siècle (à l'exception des Maîtres anciens), ainsi que sa collection d'art graphique.⁹ Le choix de constituer une fondation au sens des art. 80ss du Code civil suisse (CC)¹⁰ lui permettait de fixer sa volonté de conférer à sa collection une forme juridique indépendante et de la perpétuer, en son état, au-delà de sa mort.

Selon l'art. 4 al. 1 de l'acte de fondation du 10 octobre 1940 (révisé le 6 août 1973), le but de la fondation est : « *de conserver ensemble et perpétuellement dans leur état inchangé la collection de tableaux indiquée au para. 3 de l'Acte de Fondation et les œuvres destinées à la Fondation et de les rendre accessibles à un large public afin de promouvoir sa sensibilité envers le bon art* »¹¹.

Les art. 6 et 7 de l'acte de fondation en prévoient en détail les modalités restrictives, qui interdisent de vendre des œuvres de la collection et d'accepter des donations d'œuvres, ainsi que toute

5 *Ibid.*, p. 23.

6 RS 0.231.12.

7 WEGMANN, *op. cit.* (n. 1), pp. 108-110.

8 *Ibid.*, p. 106.

9 REINHARD-FELICE, *op. cit.* (n. 1), p. 79.

10 RS 210.

11 Traduction libre du texte original suivant : « *Die Stiftung verfolgt den Zweck, die in Ziff. 3 der Stiftungsurkunde erwähnte Gemäldesammlung und der Stiftung gewidmete Kunstgegenstände dauernd in ihrem unveränderten Bestande beisammen zu halten und der breiten Öffentlichkeit zur Besichtigung zugänglich zu machen, um damit den Sinn für gute Kunst zu fördern* ».

modification dans leur accrochage.¹²

Le but assigné à la fondation est, ainsi, à la fois ouvert, en étant tendu vers l'accès de la collection par le public, et fermé par le respect de l'œuvre d'art globale constituée par son fondateur, en son état quasi immuable (*a frozen total work of art*) – immutabilité de la collection et immutabilité de son accrochage. Il porte, en lui-même, une possible contradiction que le temps a révélée.

Par contrat entre la fondation et la ville de Winterthur conclu le 20 juillet 1939, il fut convenu que l'ancien gymnase de la ville serait mis à disposition de la fondation pour y exposer ses œuvres, de manière à conférer à l'ensemble « *un caractère le plus exclusif et digne possible* »¹³ (ch. 4 du contrat). La ville devait assurer l'entretien du bâtiment (ch. 7 et 8) et payer les primes de l'assurance conclue par la fondation (ch. 9). En contrepartie, la fondation s'engageait à y exposer

12 Ainsi l'art. 6 prévoit-il : « *Nach dem Tode des Stifters dürfen im dannzumaligen Bestande der Stiftung keinerlei Mutationen mehr vorgenommen werden. Die Sammlung ist somit im dannzumaligen Bestande völlig intakt zu halten. Sie darf weder durch Verkauf oder Austausch von Gemälden oder Kunstgegenständen vermindert, noch durch Zukauf vermehrt werden. Es darf auch kein weiteres Gemälde ausgestellt werden, welches nicht aus dem Besitztum des Stifters selbst stammt. Ebensovienig darf aus den Sammlungsräumen ein zur Stiftung gebörendes Gemälde entfernt werden. Vorbehalten bleibt einzig das Recht des Stiftungsrates, ausnahmsweise und auf einstimmigen Beschluss mit einzelnen Gemälden der Stiftung fremde Ausstellungen leibweise zu beschicken* ».

Et l'art. 7 énonce-t-il : « *Der Stifter behält sich das alleinige und ausschliessliche recht vor, zu seiner Lebzeiten die Gemälde in den Ausstellungsräumen so zu platzieren, wie es ihm richtig und zweckmässig erscheint. Er behält sich weiter vor, allein und ohne Angabe von Gründen zu seinen Lebzeiten in der Platzierung der Bilder Änderungen vorzunehmen. Es ist der Wunsch des Stifters, dass nach seinem Tode keine wesentlichen Änderungen in der dannzumaligen Platzierung vorgenommen werden sollen* ».

13 Traduction libre du texte original suivant : « *einen möglichst geschlossenen und würdigen Charakter* ».

sa collection et à l'ouvrir au public (ch. 10). Le « *Museum Oskar Reinhart am Stadtgarten* » ouvrit ses portes en 1951, après une votation populaire qui en approuva la constitution.

B. *Un legs à la Confédération*

En 1944, Oskar Reinhart légua à la Confédération les œuvres toujours conservées « *Am Römerholz* » (peinture européenne du 14^e siècle au début du 20^e siècle et sculpture).¹⁴ Le contrat mettant en œuvre son legs fut conclu avec le Conseil fédéral le 26 février 1958, et entra en vigueur à sa mort en 1965¹⁵. Dans son testament, Oskar Reinhart imposa au nouveau propriétaire la charge suivante : « *Il est expressément renoncé au prêt, à la vente, à l'acquisition et à l'acceptation de donations d'œuvres* »¹⁶. Il concevait également sa collection comme un ensemble fermé et immuable, mis à la disposition du public afin que celui-ci puisse apprécier le bon art (« *zum Genuss guter Kunst* »). Ainsi, seul un regard portant sur la collection en son ensemble devait permettre au visiteur de comprendre les valeurs esthétiques qu'il voulait transmettre.¹⁷ Après son décès le 16 septembre 1965, la Confédération ouvrit le « *Römerholz* » au public en

14 REINHARD-FELICE, *op. cit.* (n. 1), p. 81.

15 WEGMANN, *op. cit.* (n. 1), p. 61.

16 Traduction libre du texte original suivant : « *Auf die Ausleihe, den Verkauf, den Hinzukauf und die Annahme einer Schenkung von Bildern wird ausdrücklich verzichtet* ».

17 REINHARD-FELICE, *op. cit.* (n. 1), p. 89.

1970.¹⁸

En comparaison, la situation de la collection « *Am Römerholz* » est plus favorable que celle « *Am Stadtgarten* ». D'une part, elle est la propriété, avec la villa, de la seule Confédération. D'autre part, elle ne dépend pas de l'existence et de la dotation d'une fondation, mais des ressources fédérales, plus importantes en tant que collection étatique. Enfin, le mode d'exposition des tableaux n'est originairement pas fixé aussi strictement que « *Am Stadtgarten* ».¹⁹

4. Le but historique de la fondation à l'épreuve du temps et du droit

A. Le changement de circonstances

Si les conditions posées par Oskar Reinhart ont permis à sa collection exposée « *Am Stadtgarten* » de demeurer inchangée et non mélangée, dans son accrochage même, elles ont simultanément conduit à un désintérêt croissant du public, qui se limite à visiter une fois une collection qui ne change jamais.²⁰ La mise en valeur de la collection a peu à peu posé question. Ainsi, à l'occasion de la rénovation du musée de 1993 à 1995, la ville de Winterthur a-t-elle fait construire un 3^e étage destiné aux expositions temporaires et à la collection graphique

d'Oskar Reinhart, qui se trouvait dans les réserves. La situation du musée est toutefois devenue critique en raison de la faible dotation financière de la fondation.

En 2006, le Conseil communal de Winterthur a mandaté le directeur de l'Office fédéral de la culture pour faire une étude sur la manière de rendre les musées de la ville plus attractifs. Le rapport rendu le 18 décembre 2007 a proposé de réorganiser quatre des cinq musées de la ville (*Kunstmuseum*, *Museum Oskar Reinhart Am Stadtgarten*, *Museum Briner*, *Museum Kern*) afin de les spécialiser chacun. Ainsi était-il proposé de consacrer le *Museum Oskar Reinhart Am Stadtgarten* à l'Art ancien et d'assouplir les restrictions posées à l'accrochage des œuvres.²¹ Ce projet a été approuvé par le Conseil communal de Winterthur le 29 septembre 2008.

Ce nouveau concept contredisait toutefois les dispositions centrales de l'acte de fondation, reprises dans le contrat conclu entre la fondation et la ville, qui imposaient le mode d'exposition de l'ensemble de la collection et interdisaient de la mélanger avec d'autres œuvres. En d'autres termes, le nouveau concept adopté par la ville de Winterthure en 2008 nécessitait une modification de l'acte de fondation et l'approbation de l'autorité fédérale de surveillance des fondations conformément à l'art. 86b CC.²²

¹⁸ *Ibid.*, p. 62.

¹⁹ *Ibid.*, p. 117.

²⁰ *Ibid.*, p. 114.

²¹ WEGMANN, *op. cit.* (n. 1), p. 120.

²² HANS MICHAEL RIEMER, *Die Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB)*, Berne 2012, ad art. 86b N. 6-9, pp. 245-246.

B. Le changement des statuts selon les règles du Code civil

Selon l'art. 80 CC, une fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial. La liberté du fondateur de le définir doit s'exercer dans les limites de la loi, qui sont les mêmes que celles qui s'appliquent aux contrats.²³ Le fondateur ne pouvant anticiper tous les changements de circonstances à venir, l'art. 86 al. 1 CC prévoit que le but de la fondation peut être modifié, sur requête de l'autorité de surveillance, ou, depuis le 1er janvier 2006,²⁴ de l'organe suprême de la fondation, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation a manifestement cessé de répondre aux intentions du fondateur.²⁵ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une modification du but de la fondation n'est possible, au sens de l'art. 86 al. 1 CC, qu'à des conditions restrictives en raison d'un changement essentiel des circonstances survenues depuis lors. Il faut ainsi, objectivement, que la « portée et le caractère du but primitif aient varié » et, subjectivement, que la « fondation ait manifestement cessé de répondre aux intentions du fondateur », à savoir lorsque le but primitif paraît

absurde ou complètement dépassé ou lorsque les moyens de la fondation deviennent disproportionnés au but en raison de l'importance des changements intervenus, ou encore lorsque le cercle des destinataires doit être redéfini.²⁶ Par ailleurs, l'art. 86a CC, en vigueur depuis le 1er janvier 2006, prévoit désormais que, sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition pour cause de mort prise par lui, le but de la fondation peut être modifié lorsque l'acte de fondation réserve cette possibilité et que dix ans au moins se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou la dernière modification requise par le fondateur (al. 1er).

Les conditions, objective et subjective, ainsi posées par l'art. 86 al. 1 CC à la modification du but de la fondation, sans la volonté présente du fondateur, sont liées l'une à l'autre, en ce sens que, si la fondation a objectivement perdu son sens, elle ne correspond alors plus à la volonté du fondateur.²⁷ Il convient donc, en préalable, de déterminer quelle était cette volonté, dont l'interprétation ne s'opère pas selon les règles d'interprétation des contrats, ce qui rend la théorie de la confiance inapplicable, mais comme le sont les dispositions pour cause de mort, à savoir d'après la volonté,

23 ATF 133 III 167 consid. 4.1 pp. 171-172.

24 RO 2005 4545.

25 PASCAL PICHONNAZ/BENEDICT FOEX, *Commentaire romand. Code civil I*, Bâle 2010, ad art. 85/86 N. 6-7, pp. 613-614 ; DOMINIK JAKOB, *Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrhunderts*, in: RSJ 2008, p. 536.

26 ATF 133 III 167 consid. 3.1 pp. 169-170. HONSELL/VOGT/GEISER, *Zivilgesetzbuch I*, Basler Kommentar, 4ème éd., 2010, ad Art. 85/86 N. 7, p. 602. RIEMER, op. cit. (n. 18), ad art. 86 N. 9, p. 237.

27 HANS MICHAEL RIEMER, *Die Stiftungen. Systematischer Teil und Kommentar zu art. 80-89bis ZGB*, Berner Kommentar 1975, ad art. 85/86 N. 7, p. 613.

passée mais toujours actuelle, du fondateur. Dans la mesure où l'acte de fondation l'exprime clairement, cette volonté réelle, ainsi exprimée, est déterminante. A défaut, si plusieurs interprétations sont possibles, il conviendra de déterminer la volonté initiale du fondateur à partir d'éléments extérieurs à l'acte de fondation, par exemple par des manifestations de volonté du fondateur attestées par des écrits ou des témoins.²⁸ La *volonté réelle* établie, ou la *volonté subjective reconstruite* telle qu'elle résulte de l'analyse des différentes interprétations possibles, il s'agira, sur la base de cette volonté fondatrice, de déterminer quelle serait la *volonté hypothétique* du fondateur, dans la mesure même où cette volonté évolutive et prospective fait nécessairement défaut au vu de la modification des circonstances survenues entre-temps.²⁹ Plus précisément, il convient de se demander si, au vu du changement de circonstances, le fondateur aurait raisonnablement mis en œuvre sa volonté fondatrice en sa forme et sa manière initiales. Cela signifie qu'une modification du but est autorisée en droit si, et dans la mesure où, l'on peut objectivement et raisonnablement reconnaître que le fondateur l'aurait lui-même considérée comme nécessaire, au vu de la nouvelle situation, et n'aurait pas créé la fondation en sa

forme initiale.³⁰ En d'autres termes, la modification du but doit permettre de préserver et d'accomplir la *volonté même du fondateur*. Ainsi le but modifié devra-t-il être *le plus proche possible du but initial*, dans la mesure où il doit correspondre à la volonté hypothétique du fondateur alors exprimée. Cela, aussi, par application analogique de l'art. 57 al. 2 CC.³¹

Quant au changement de circonstances intervenu, il doit être *essentiel* au point de constituer un obstacle à la réalisation du but originaire assigné à la fondation. Tel est en particulier le cas lorsque le but, en tant que tel ou par les charges et conditions qui le grèvent (art. 86 al. 2 CC), a perdu son sens, est complètement dépassé ou encore n'est plus réalisable économiquement. De même, lorsque des attentes déterminées ne se sont pas du tout réalisées. Il faut également l'admettre lorsque le but initial est, certes, encore réalisable en soi, mais qu'il ne peut essentiellement plus l'être que difficilement ou d'une autre manière, en comparaison des circonstances de l'époque ou des attentes du fondateur.³²

Dans le cas de la Fondation Oskar Reinhart, le but assigné est en quelque sorte double, puisqu'il s'agit, d'une part, de conserver durablement la collection dans son état initial et, d'autre part,

30 RIEMER, *op. cit.* (n. 22), *ad art.* 85/86 N. 9, pp. 614-615.

31 *Ibid.*, *ad art.* 85/86 N. 11, pp. 616-618.

32 *Ibid.*, *ad art.* 85/86 N. 10, pp. 615-616.

28 ATF 93 II 439 consid. 3a p. 445.

29 PICHONNAZ/FOEX, *op. cit.* (n. 25), *ad art.* 85/86 N. 8, p. 614.

de la rendre accessible au public le plus large possible. S'agissant de l'état initial de la collection, la *volonté* était clairement d'interdire toute vente, échange ou acquisition d'œuvres, accompagnée du *souhait* de ne pas modifier son état d'accrochage. Il est ainsi apparu qu'un assouplissement de ce souhait, afin de permettre d'exposer aussi d'autres œuvres au sein de la collection, les œuvres de la fondation restant clairement identifiées en tant que telles, permettrait de rendre l'accès du public à la collection plus attractif, renforçant le but posé en ce sens tout en conservant l'état de la collection.

C. La conciliation avec les intentions statutaires

La modification des statuts a été acceptée par le conseil de la fondation, mais a été contestée par l'association des amis du musée en juillet 2008.³³ Cela a conduit à un nouveau rapport du directeur de l'Office fédéral de la culture le 11 mai 2009, qui a continué à préconiser « *que la renommée d'Oskar Reinhart serait mieux servie si sa collection, présentée de manière dynamique et évolutive, attirait de nouveaux cercles de visiteurs et entraînait au moins*

temporairement et de manière appropriée en dialogue avec des œuvres d'autres collections ». ³⁴

Un avis de droit fut demandé au professeur Hans Michael Riemer, lequel aboutit aux trois conclusions suivantes : a) Des modifications dans l'accrochage des œuvres sont possibles. Contrairement à l'interdiction expresse de tout changement dans l'état de la collection posée à l'art. 6 des statuts, l'art. 7 al. 2 prévoit seulement le souhait du fondateur qu'il ne devrait pas y avoir de modifications essentielles dans l'accrochage et, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, un « souhait » n'est pas une manifestation contraignante ; b) Une présentation plus dense n'est possible que si elle est composée exclusivement des œuvres de l'actuelle collection d'Oskar Reinhart ; et c) Des compléments à la collection apportés par des œuvres d'autres collections de Winterthur dans les locaux du Musée Oskar Reinhart am Stadtgarten ne sont possibles que sous réserve d'une modification de l'acte de fondation. Une telle modification des statuts est toutefois possible, voire souhaitable : « *On peut se demander, compte tenu de l'évolution des circonstances, si le fondateur pourrait raisonnablement faire réaliser sa volonté d'origine encore dans sa forme initiale. (...) Cependant, le but modifié*

³³ Communiqué de presse de la ville de Winterthur du 29 septembre 2008 : « *Der Stiftungsrat der Stiftung Oskar Reinhart hat am 19. Juni 2008 bei der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht eine Änderung der Stiftungsurkunde der Stiftung Oskar Reinhart beantragt. Gegen dieses Gesuch haben am 14. Juli 2008 sechs Einsprecher bei der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht interveniert. Diese wünschen, dass auf die vorgeschlagene Flexibilisierung der Ausstellungstätigkeit im Museum Oskar Reinhart am Stadtgarten verzichtet wird. Derzeit ist offen, ob sich die Vorschläge des Projektes "Kunstmuseen Winterthur" umsetzen lassen. Unter Umständen ist mit einer längeren Verzögerung der Realisierung der vorgeschlagenen Massnahmen zu rechnen.* »

³⁴ Bericht zum Projekt Kunstmuseen Winterthur 11 Mai. 2009, p. 31. Traduction libre du texte original suivant: « *das dem Nachrbum Oskar Reinharls mehr gedient ist, wenn seine Sammlung in einer lebendigen und wechselnden Präsentation neue Besucherkreise anzieht und in geeigneter Weise zumindest temporär in Dialog tritt mit Werken aus anderen Sammlungen* ».

ne peut différer radicalement du but d'origine, respectivement de la volonté d'origine du fondateur, ce qui signifie que celle-ci doit être adaptée avec précaution ». Ainsi, « *une modification de l'acte de fondation dans le cadre de son but apparaît comme admissible (...), en particulier dans le sens où des tableaux d'autres collections pourraient y être exposés. (...) Il est tenu compte de l'obligation de ménager la volonté originale du fondateur si les tableaux sont accrochés et labélisés de manière à ce que l'on puisse reconnaître de quels objets était ou est composée l'œuvre du fondateur* ». ³⁵ En d'autres termes, la souplesse préconisée doit demeurer au service du but de la fondation voulu par Oskar Reinhart.

Sur la base de ces différents éléments, le conseil de fondation demanda, par lettres des 18 août 2014 et 16 février 2015, l'approbation de la modification des statuts de la fondation auprès de l'autorité fédérale de surveillance des fondations. Le sens des modifications soumises étaient, selon le conseil de fondation, de rendre possible une politique d'exposition élargie afin de disposer de davantage de marge de manœuvre pour remédier aux difficultés financières qui mettaient en danger la survie de la fondation. Ainsi le canton de Zurich n'était-il disposé à reprendre une partie des frais de fonctionnement du musée que dans la mesure où l'acte de fondation était modifié afin de garantir

son exploitation selon les exigences muséales actuelles. D'après le conseil de fondation, il convenait de partir du principe que le fondateur aurait été d'accord avec une présentation plus flexible de la collection, car sa volonté de la rendre accessible à un large public devait raisonnablement l'emporter sur la charge de devoir conserver les œuvres dans leur état actuel (s'agissant de leur accrochage).

La modification des statuts a été approuvée par Berne le 27 mars 2015. ³⁶ Dans sa décision, l'autorité fédérale de surveillance des fondations s'est posée la question de savoir si, au vu de la situation actuelle du musée, le fondateur aurait maintenu sa volonté initiale, à savoir conserver durablement sa collection dans un état inchangé, ou s'il aurait été prêt à la modifier pour assurer la pérennité de la fondation. A cet égard, elle a fait siennes les raisons invoquées par le conseil de fondation. L'autorité fédérale de surveillance a considéré, en particulier, que, quoique non applicable en l'espèce, le nouvel art. 86a CC démontrait que le législateur, en introduisant la possibilité de prévoir une réserve en faveur d'une modification du but statutaire, qui peut être concrétisée par le fondateur après au moins dix ans, a voulu permettre

35 Bericht zum Projekt Kunstmuseen Winterthur 11 Mai. 2009, p. 31-32 citant l'avis de droit du professeur RIEMER du 26 mars 1997 (traduction libre).

36 Ordonnance du 27 mars 2015. Communiqué de presse du Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur du 30 mars 2015: « *Mit den Änderungen der Statuten werden hauptsächlich die Auflagen zur Hängung der Werke gelockert. Damit soll ein flexibler Museumsbetrieb ermöglicht und mehr Besucher angelockt werden. Ziel ist auch, die finanzielle Situation der Stiftung zu stabilisieren und damit deren Fortbestand sicherzustellen. Hingegen soll kein Werk verkauft werden können. Damit respektieren die neuen Statuten den Willen des Stifters, nämlich die Erhaltung des Bestands in seiner Gesamtheit und die Zugänglichkeit für eine breite Öffentlichkeit* ».

une adaptation plus flexible du but de la fondation selon les changements de la société et les nouveaux besoins.

A cet égard, le but modifié de la fondation (art. 4 al. 1) supprime la condition de l'immutabilité de l'état de la collection et prévoit désormais: « *La Fondation a pour but de conserver ensemble et perpétuellement dans leur état inchangé la collection de tableaux indiquée au para. 3 de l'Acte de Fondation et les œuvres destinées à la Fondation et de les rendre accessibles à un large public afin de promouvoir sa sensibilité envers le bon art* ». ³⁷

Par ailleurs, les art. 6 (relations suite au décès du donateur) et 7 (accrochage des tableaux) ont été supprimés et remplacés par un nouvel art. 5 (état de la collection), en ces termes : « *Il ne doit être procédé à aucune mutation de la collection dans son état original au moment du décès du fondateur. En d'autres termes, la Fondation ne peut ni acquérir, ni vendre, ni donner des œuvres. La Fondation peut temporairement prêter des œuvres de la collection à d'autres musées d'art et institutions liées* ». ³⁸

Ainsi, les restrictions posées à l'accrochage des œuvres ont été supprimées, de même que celles

mises à l'interdiction d'exposer des œuvres d'autres collections, tout en garantissant que la collection demeure, en tant que telle, inchangée dans sa composition. Adaptation nécessaire, mais en fait modeste, pour accroître l'audience de la collection et éviter une débâcle financière. ³⁹

5. Conclusion

La transformation d'une collection privée en une collection ouverte au public vient manifester que, si la volonté du fondateur de conserver sa collection en son état, comme en quelque sorte un droit de la personnalité dérivé, permet de perpétuer son intention artistique, elle crée aussi une certaine autarcie qui peut se retourner contre l'intention initiale de mettre la collection à la disposition du public – ce qui n'est plus possible si ce public, dont les habitudes et les attentes ont changé, ne vient plus visiter une collection statique, alors qu'il s'agit de la faire vivre par le public auquel elle est destinée.

En d'autres termes, une collection privée ouverte au public, par le biais d'une fondation et avec la participation des pouvoirs publics, doit également *prendre en compte l'intérêt du public*, qui participe à la valeur attachée à la collection auquel elle est destinée par la volonté même du fondateur.

37 Dans son texte original: « *Die Stiftung verfolgt den Zweck, die in Ziffer 3 der Stiftungsurkunde erwähnte Gemäldesammlung und der Stiftung gewidmete Kunstgegenstände dauernd in ihrem unveränderten Bestande beisammen zu halten und der breiten Öffentlichkeit zur Besichtigung zugänglich zu machen, um damit den Sinn für gute Kunst zu fördern* ».

38 Traduction libre du texte original suivant : « *Es dürfen keinerlei Mutationen im ursprünglichen, zum Zeitpunkt des Todes des Stifters, hinterlassenen Bestand der Stiftung Oskar Reinhart vorgenommen werden. D. h. es dürfen Werke weder erworben noch verkauft oder verschenkt werden. Die Stiftung darf Werke der Sammlung vorübergehend an andere Kunstmuseen oder verwandten Institutionen in Leibe nehmen* ».

39 Cf. NZZ, Alle unter einem Dach. Die Stadt Winterthur will vier Kunstmuseen fusionieren, damit sie attraktiver werden, 17 juin 2015.

Conference Report: Building an art market for the future: Guidelines for Countering Money Laundering and Terrorist Financing Threats

*By Rosanne Mc Donnell**



The global art market is worth billions of dollars. While some are driven by a genuine love of art, others find the discretion and anonymity which is the traditional hallmark of art investment transactions far more enticing. The financialisation and volatility of any a market which is so minimally regulated in international terms, is inevitably prey to high risk exploitation. The publicity surrounding the high art prices which attract art market players, also appeals to criminals who seek to manipulate the intrinsically private nature of the market by hiding and ‘cleansing’ dirty money. The many possible permutations of money laundering through art is often

deemed safer than other alternate assets due to their portability.

The issue of money laundering through art has been thrown into the public domain given several recent high-profile cases involving complex money laundering schemes in jurisdictions on both sides of the Atlantic. The threat of money laundering schemes targeting the art market raise many important questions for individuals operating within the art market, not only in relation to managing reputational risk, but also, their role in implementing anti-money laundering obligations imposed by legislation. Whilst legislative measures to combat money laundering and terrorist financing are in place around the world, both implementation and effectiveness vary significantly in particular when it comes to a market as opaque as the art market.

To address this challenging issue an innovative and unprecedented initiative called ‘[The Responsible Art Market](#)’ (RAM) was launched in Switzerland and spearheaded by the Art Law Foundation and the Art-Law Centre of the University of Geneva, at the occasion of an inaugural conference held on January 26th 2017 on “[Building an Art Market for the Future: Guidelines for Countering Money](#)

* Academic Lawyer Art Agency Ireland and Lead Creator of ArtSummit Ireland, rosanne@artagencyireland.com.

Laundering and Terrorist Financing Threats". RAM is a non-profit, cross-market initiative instantiated in 2015 by a group of Geneva art market businesses and specialists, including academics and magistrates, in reaction to new legislative developments which came into effect in 2016 making serious tax offenses a predicate offense to money laundering and increasing compliance processes within Swiss free ports.

The welcome and opening remarks were made by *Pierre Gabus, Lawyer and President of the Art Law Foundation, Geneva*. His anticipated introduction was followed by an exciting presentation set out in part one of the conference.

Part 1: What is the Responsible Art Market Initiative?

This segment was introduced by *Sandrine Giroud, Lawyer and Co-Director of the Art Law Foundation, Geneva* and *Dr. Anne Laure Bandle, Lawyer and Co-Director of the Art Law Foundation, Geneva*, who presented the comprehensive work and launch of the RAM initiative. A risk based approach based upon the level of risk associated with different types of art businesses, aimed to facilitate their daily business, not based on specific legislation and formulated in general terms.

RAM advocates a best-practice and guidance-based approach which builds on the responsible procedures which already exist within the art market. By adopting a cooperative method of sharing and encouraging standardized

best practices throughout the industry, it aims to minimize risks for art businesses and collectors alike, thereby helping to combat negative public perceptions and renew public confidence in the market.

The initiative aims to provide practical guidelines for best practices in the art market, the guideline format was presented as "Guidelines 9 +1" as follows:

1. Know and understand the risks
2. Do a risk assessment of your business
3. Apply risk based measures and be alert to red flags
4. Know your clients and establish their risk profiles
5. Research the artwork, its ownership and provenance
6. Know the background and purpose of the transaction
7. Keep records
8. Train staff and monitor processes and procedures
9. If grounded suspicions exist, know how to act

+ 1: Know and comply with the laws where you are doing business

Whilst the RAM initiative mirrors some of the provisions of country specific legislation that varies between jurisdictions, these guidelines are no substitute for applicable law but compliment statutory law rules that apply. The "Country Guides" which supplement the Guidelines respond to a set of questions according to the law that applies in a specific country. The

initiative wants to collaborate with other countries' experts and art businesses, to build their profiles and databases, in order to enhance the RAM initiative and contribute more extensively to the global art market.

This introduction to the RAM initiative was followed by a panel discussion with a diverse collection of experts in all aspects of art business from practitioners to academics. These experts reflected upon the initiative and were asked the question by the panel chair *Marc-André Renold, Lawyer, Director of the Art Law Center and Professor, University of Geneva*. Thomas Hug, Director of artgenève and artmonte-carlo introduced the second panel of the conference.

Part 2: Self-regulation in the art market – A panacea to all ills?

This section consisted of a panel discussion on this question and interesting topic. *Professor Ursula Cassini of the University of Geneva* expressed her views on the matter in a comprehensive way, stating that self-regulation is useful and imperative to protect the reputation of the art market and to prevent it from being used as an instrument by criminals. She contended that preventative measures through self-regulation were necessary as the rules differ between countries and most art business have cross border transactions, and standards need to be higher when acting with clients from a foreign country, this makes it very important to identify the

red flags and to react accordingly.

Sylvia Furrer Hoffmann, Managing Director, Swiss Art Market Association followed Professor Cassini and gave her views as a representative of art dealers association in Switzerland. She used the entertaining anecdotal doctor patient scenario when describing how art businesses are subjected to concentrated regulation and expressed her concerns that too much regulation would have a negative impact on small to medium size businesses which could lead to the stigmatisation of the market. She did however, welcome the RAM guidelines as guidance only on a voluntary basis to be adhered by practitioners within the market.

Ricardo Sansonetti, Head of the Financial Crime section, State Secretariat for International Finance, Bern, contended that statutory regulations are key to target money laundering and terrorist financing. However, while acknowledging such efforts he commented that self-regulation is, by its very definition, entirely dependent on the will of the private sector, its maturity to exercise good practice and awareness of the issues to be managed. He stressed that this alone is insufficient to support practitioners who are subjected to such practices and he reflected on the extensive work carried out undertaken by the recent FATF report on Switzerland. He believed that an evaluation and analysis of every country is necessary to demonstrate potential risks in order to mitigate those risks and that there must be a discussion. He

concluded by saying that the effective process of collaborating and collecting more data by all countries will benefit the art market and he agreed that the RAM initiative was part of that positive and continuous process.

The first panel discussion ended with the final presentation by *Simon Studer, founder of Simon Studer Art gallery in Geneva*. He expressed his views as a practitioner of a small to medium sized business. He submitted that in his years of practice he had not come across any examples of money laundering. He expressed a deep concern about the definition of the art market which he believed was too broad and he further warned that over regulation would negatively affect businesses similar to his own. He stressed that the few but highly mediatised scandals should not overshadow the fact that the art market is largely composed of diligent businesses. He concluded by saying that he welcomed the RAM initiative which largely reflected the practices he had been following for years.

This first panel discussion was followed by a hearty debate over the question and answers sessions which all participants thoroughly enjoyed.

Part 3: Countering money laundering and terrorist financing threats – What role for the art market?

The second and final panel discussion of the conference was chaired by *Mathilde Heaton, Lawyer and Art Law Consultant, Art Law Advisory*.

Jean-Bernard Schmid, Public prosecutor, Ministère Public, Geneva was the first panellist to address this question. He emphasised that in answering this question he was expressing his own opinion only, he submitted that money laundering is on the radar for many organisations, in general terms, laundering or recycling the proceeds of crime, is as old of crime itself. He stated that criminals do not target the art market as such, but the art market has a number of characteristics which make it easier compared to other businesses to launder money. Mr Schmid used practical examples of how money laundering works, the purpose of which to emphasise that criminals do not care about guidelines or law, but prey the ‘wilful blindness’ of innocent practitioners within the art market. He said that the guidelines set out under the RAM initiative help practitioners to pose certain questions that help identify red flag and protect one’s business.

Dr. Ralph Wyss, Partner, Deloitte Forensic, Zurich, was the second panellist to express his views on the question posed. He used the fish in the pond anecdotal scenario, using the example of the banking sector, wherein it is overly regulated in terms of anti-money laundering which has the effect that the criminal and sources of the illegal or dirty funds cannot be found. He emphasised that these money laundering criminals used highly sophisticated methods to lure unsuspecting art market practitioners into laundering money without knowledge of same. He emphasised

that this does not reflect badly on the practitioners as these methods are created to trick and deceive, however, he agreed that having guidelines to follow and possibly identify red flags may curtail any exploitation by criminals. He said that the RAM initiative helps provide practitioners with guidance so if or when they find themselves innocently part of a money laundering scheme, that they will have carried out their business in an honest and effective manner. This good practice will ultimately protect the reputational and economic value of such practitioners and the art market in general.

Rakhi Takwar, Global Head of Compliance and Deputy General Counsel for Christie's was the final panellist, she outlined the organizational practices of risk assessment, client identification programme, and pre-sale due diligence programme, which have been introduced to enhance Christie's internal control systems, together with strict cash limits and no third party payments policies. It is a complete AML programme with/and a conservative and critical line of defence for their reputation and brand. She emphasised that initiatives like RAM at trade association level are powerful. She reassured that practitioners do not need huge resources to put these initiatives into practice, she confirmed that it is imperative to know your client, identify red flags and being prepared to decline business all of which will protect your business in the longer term.

The conference concluded with some interesting reflection from the

audience during the questions and answers section and it was very clear that the RAM initiative was a welcome support to all art market players and that further discussion and collaboration on this topic was necessary to protect the integrity and sustainability of such a wonderful market.

Nouvelles acquisitions de la Bibliothèque du Centre du droit de l'art

Généralités sur le droit de l'art

Liu, Zuozhen (chercheuse). *The Case for Repatriating China's Cultural Objects*, Singapore : Springer, 2016. – 179 p. (thèse de doctorat)

Thompson, Erin L. (professeure adjointe). *Possession: The Curious History of Private Collectors from Antiquity to the Present*, New Haven : Yale University Press, 2016. – 224 p.

Droit international et européen

Novic, Elisa (chercheuse). *The Concept of Cultural Genocide*. Oxford : Oxford University Press, 2016. – 288 p.

Taşdelen, Alper (chargée de recherche). *The Return of Cultural Artefacts : Hard and Soft Law Approaches*. Springer International Publishing Switzerland, 2016. – 227 p. (thèse de doctorat)

Etudes sur le patrimoine culturel et les domaines connexes

Charney, Noah (éd.) (professeur, auteur). *Art Crime : Terrorists, Tomb Raiders, Forgers and Thieves*, Basingstoke : Plagrave Macmillan, 2016. – 364 p.

Shelley Louise I. (professeur). *Dirty Entanglements – Corruption, Crime and Terrorism*. New York : Cambridge University Press, 2014. – 370 p.

Wiesand, Andreas [et al.] (éd.) (professeur). *Culture and Human Rights : The Wroclaw Commentaries*. Berlin : De Gruyter, 2016. – 326 p.

Rendez-vous de la FDA / ALF's agenda

Prochain Art Law Magazine / Next Art Law Magazine

novembre 2017 / November 2017

Délaï pour soumettre vos contributions / Deadline to submit your contributions

1^{er} août / 1st August 2017

Evénements / Events

-
- | | |
|-------------------|---|
| 29 mai 2017 | Deuxième volet de la série <i>L'art du contrat</i> sur les contrats d'artistes, HEAD Genève |
| <hr/> | |
| 8 juin 2017 | Visite commentée de l'exposition des lots phares de la vente Art Suisse/Swiss Made de Sotheby's
par Stéphanie Schleining, directrice et spécialiste en peintures européennes suivie d'un brunch |
| | Evénement exclusif membres FDA
Inscription par e-mail jusqu'au jeudi 1 ^{er} juin à l'adresse leuba@artlawfoundation.com |
| <hr/> | |
| 13 septembre 2017 | Dans les coulisses d'une vente aux enchères, itinéraires au plus près des objets , visite commentée par Olivier Fichot, commissaire-priseur, Genève enchères |
| | Evénement exclusif membres FDA
Inscription par e-mail à l'adresse leuba@artlawfoundation.com |
| <hr/> | |
| novembre 2017 | L'œuvre d'art en mouvement : Services, importation, exportation, ports-francs
Colloque annuel de la FDA et du Centre du droit de l'art |



Cycle de conférences
L'art du contrat

deuxième chapitre:
Les contrats d'artistes

29 mai 2017, 13h-17h30
HEAD – Genève
Salle 25 (auditoire)
Boulevard Héliétique 9, Genève

deuxième chapitre:

Les contrats d'artistes

13h00 Accueil des participants

13h30 **Ouverture du colloque et introduction**

Pierre Gabus, avocat et président de la FDA

Anne Laure Bandle, avocate et co-directrice de la FDA

Sandrine Giroud, avocate et co-directrice de la FDA

13h45 **L'art du contrat (abécédaire)**

Yann Chateigné, historien de l'art et responsable du Département
Arts visuels

Emilie Parendeau, artiste et assistante, HEAD – Genève

14h15 **Le contrat d'orchestre**

Steve Roger, Co-directeur de Caecilia

Discussion & pause

15h30 **Le contrat d'écriture et de réalisation de film**

Sandra Gerber Bugmann, Responsable du service juridique,

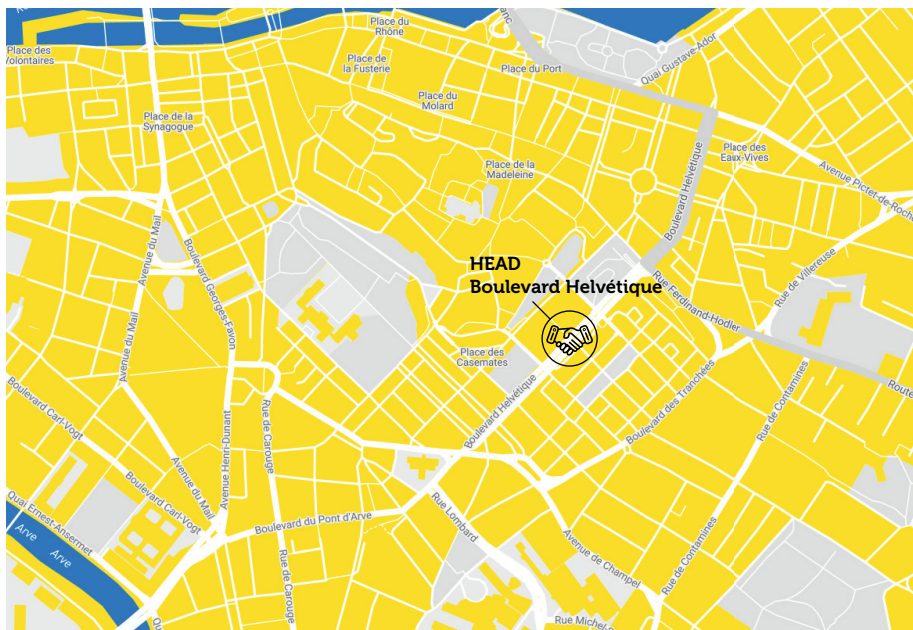
Société suisse des auteurs

16h15 **Le contrat d'exposition**

Christian Jelk, Vice-Président Visarte Suisse, architecte, artiste et curateur

17h00 Discussion

17h30 Clôture & réception



HEAD – Genève
Salle 25 (auditoire)
Boulevard Héliétique 9, Genève

Fondation pour le droit de l'art
Uni Mail – Faculté de droit
40, boulevard du Pont d'Arve 1205 Genève – Suisse
www.artlawfoundation.com
T +41 22 379 80 75



FDA fondation
pour le droit de l'art
art law foundation

Fondation pour le droit de l'art / Art Law Foundation

Uni Mail – Faculté de droit
40, boulevard du Pont d'Arve
1205 Genève – Suisse

www.artlawfoundation.com

+41 22 379 80 75