

*à Pierre Venet
très amicalement
Pierre*

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
INSTITUT UNIVERSITAIRE DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES

**ÉTUDES DE
DROIT INTERNATIONAL
EN L'HONNEUR DE
PIERRE LALIVE**

Tiré à part / Separatum

Recueil édité par
CHRISTIAN DOMINICÉ, ROBERT PATRY et
CLAUDE REYMOND

**YA
8
RIGAU**

DRT

Editions Helbing & Lichtenhahn
Bâle/Francfort-sur-le-Main
1993

ANNEE 1993
N° 1
DROIT INTERNATIONAL
1993

L'oeuvre, ses textes, les illustrations et la forme qu'elle contient sont protégés par la loi. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est illicite et répréhensible. Ceci est valable en particulier pour les reproductions, traductions, microfilms et pour la mise en mémoire et le traitement sur des systèmes électroniques.

ISBN 3 7190 1271 9

N° de commande 21 01271

© 1993 by Helbing & Lichtenhahn SA, Bâle

Catalogue en publication de la Deutsche Bibliothek

Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive /

Faculté de Droit de l'Université de Genève, Institut
Universitaire de Hautes Etudes Internationales. – Bâle ;
Francfort-sur-le-Main : Helbing und Lichtenhahn, 1993

ISBN 3-7190-1271-9

NE: Institut de Hautes Etudes Internationales <Genève>, Lalive, Pierre: Festschrift

Table des matières

Tabula Gratulatoria	V
Avant-Propos	XIII
Notice biographique	XV
Publications de Pierre Lalive	XVII

I. Droit international privé

BUCHER, Andreas	
Le premier amendement de la LDIP	3
CARTER, P.B.	
Choice of Law: Methodology or Mythology	11
DROZ, Georges A.L.	
Problèmes provoqués par l'imbrication des Conventions de Bruxelles (1978), de Lugano (1988), et de San Sebastian (1989)	21
DUTOIT, Bernard	
Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles	31
FERRER-CORREIA, Antonio	
Le système portugais sur la compétence internationale (directe)	49
HANISCH, Hans	
Die Wirkung dinglicher Mobiliarsicherungsrechte im grenz- überschreitenden Insolvenzverfahren	61
VAN HECKE, Georges	
L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence . . .	73
KNAPP, Blaise	
"Le droit suisse est applicable au présent contrat"	81
PARRA-ARANGUREN, Gonzalo	
The Centenary of the Hague Conference on Private International Law	97

PATOCCHI, Paolo Michele

- Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws?
 Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European
 Private International Law of Contract 113

PERRIN, Jean-François

- Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique 141

PHILIP, Allan

- The Brussels Convention and Arrest of Ships 151

POCAR, Fausto

- Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous- traitance 155

PRUJINER, Alain

- Le droit international privé: un droit du rattachement 161

REYMOND, Jacques-André

- Sociétés étrangères en Suisse: exit fraus legis 173

SCHWANDER, Ivo

- Subjektivismus in der Anknüpfung im internationalen Privatrecht 181

SCHWIND, Fritz

- Gedanken zum Personalstatut im internationalen Privatrecht 191

VALTICOS, Nicolas

- Aperçu de l'action de l'Institut de Droit international en matière
 de droit international privé 199

WENGLER, Wilhelm

- Rechtswahl unter Zwang 211

II. Droit des relations économiques internationales

COLLINS, Lawrence A.

- Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers 221

FATOUROS, A.A.

Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises
multinationales: perspectives actuelles et possibilités futures 231

GOLDMAN, Berthold

Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* 241

HOLTZMANN, Howard M.

Key Factors for the Success of Uniform International Commercial Legal Texts . . . 257

KLEIN, Frederic-Edouard

De l'application de l'article VIII (2)(b) des Statuts du Fonds monétaire
international en Suisse 261

MACDONALD, Ronald St. John

The Principle of Solidarity in Public International Law 275

OPPETIT, Bruno

Droit du commerce international et valeurs non marchandes 309

PONCET, Dominique/LOMBARDINI, Carlo

La surveillance des banques étrangères et des groupes bancaires internationaux.
La perspective suisse 321

RAZUMOV, Konstantin

Legal Aspects of Direct Foreign Investments in the Republics of
the Commonwealth of Independent States 335

SCHNEIDER, Michael E.

International Organizations and Private Persons: The Case for
a Direct Application of International Law 345

VERHOEVEN, Joe

Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat . . . 359

III. Règlement des différends, tribunaux internationaux, arbitrage international

ABI-SAAB, Georges

De l'arbitrage dans ses rapports avec la justice internationale 377

BEDIAOUI, Mohammed	
Des fortes vérités de Cassandre aux modestes correctifs de Némésis	385
BELLET, Pierre	
Des arbitres neutres et non-neutres	399
BERNINI, Giorgio	
Una panoramica dell'arbitrato in Italia: in occasione di un recente volume	411
BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz	
Experiences as an Arbitrator Using the UNCITRAL Arbitration Rules	423
CAFLISCH, Lucius	
Règlement pacifique des différends en Europe: le document de La Valette et les perspectives d'avenir	437
CONDORELLI, Luigi	
En attendant la "Cour de conciliation et d'arbitrage de la CSCE": quelques remarques sur le droit applicable	457
DELAUME, Georges R.	
De l'efficacité des sentences transnationales intéressant un Etat: une pondération s'impose	469
DOMINICE, Christian	
L'arbitrage et les immunités des organisations internationales	483
GIARDINA, Andrea	
Provisional Measures in Europe: Some Comparative Observations	499
GROSSEN, Jacques-Michel	
Un quasi arbitrage? A propos de la Commission de compensation des Nations Unies et sa procédure	509
HABSCHEID, Walther J.	
Ende der West-Ost-Handelsschiedsgerichtsbarkeit? (insbesondere zur deutsch-deutschen Schiedsgerichtsbarkeit)	517

KNOEPFLER, François

L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international? 531

MAYER, Pierre

Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international 543

von MEHREN, Arthur T.

Jurisdiction to Adjudicate: Reflections on the Role and Scope
of Specific Jurisdiction 557

McWHINNEY, Edward

The International Arbitral and Judicial Processes, and the Atrophy
of the Permanent Court of Arbitration 577

MONACO, Riccardo

Compétence arbitrale et compétence selon la Convention
communautaire de 1968 587

PERRET, François

Les conclusions et leur cause juridique au regard de la règle
"ne eat judex ultra petita partium" 595

POUDRET, Jean-François

Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international 607

SANDROCK, Otto

Arbitration Agreements and Groups of Companies 625

SCHÖNLE, Herbert

Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts
de retard en arbitrage international 649

SCHWEBEL, Stephen M.

The Majority Vote of an International Arbitral Tribunal 671

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

Europe centrale: coopération et sécurité 681

STEVENSON, John R.	
Regarding Selection of Arbitrators	691
THORENS, Justin	
L'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la common law. Deux problèmes liés l'un à la communication des pièces et l'autre à l'audition des témoins	693
WALTER, Gerhard	
Einige prozessuale Aspekte der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz	699
 IV. Aspects internationaux du statut de l'oeuvre d'art	
JAYME, Erik	
Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im Internationalen Privatrecht . .	717
RIGAUX, François	
Le commerce des oeuvres d'art dans le Marché commun	733
SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz	
Patrimoine Culturel Mobilier et Marché Intérieur de la Communauté européenne .	753
SIEHR, Kurt	
International Protection of Cultural Property in the European Community	763
Table multilingue des abréviations	777

Le commerce des oeuvres d'art dans le Marché Commun

I. Triple dimension du problème

1. Le doyen PIERRE LALIVE auquel sont dédiées ces quelques pages est, comme chacun sait, un des spécialistes de la vente internationale des oeuvres d'art¹. Au moment où les pays de l'Association européenne de libre échange viennent de conclure avec les Communautés européennes un accord portant sur la création de l'Espace économique européen², la place occupée par les objets d'art dans la libre circulation des marchandises est un thème d'autant plus opportun que la Commission des communautés européennes a rendu publique une double proposition ayant pour objet la coopération des Etats membres dans ce domaine³.

La proposition de directive a été amendée par la Commission à la suite de la résolution votée par le Parlement européen le 11 juin 1992. La Commission a publié en texte synoptique la proposition initiale et la proposition modifiée (*JOCE*, no C 127/7 du 8 juillet 1992). Ainsi, le commerce des objets d'art ne relève pas seulement du droit international en raison des traités qui y sont relatifs⁴ et du droit international privé quand les tribunaux étatiques sont invités à désigner la loi applicable à la propriété d'un tel objet mais aussi du droit communautaire puisque les biens culturels sont des marchandises soumises au principe fondamental de libre circulation dans le marché intérieur à partir du 1er janvier 1993⁵.

2. Pareille pluralité des sources de droit applicable s'explique par la nature complexe des oeuvres d'art: ce sont des objets mobiliers corporels (ce qui inclut les fragments détachés

* Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain

- 1) M. LALIVE a notamment pris l'initiative d'un colloque organisé à Genève du 11 au 13 avril 1985 sur "La vente internationale d'oeuvres d'art", dont les travaux ont été publiés par l'*Institute of International Business Law and Practice* de la Chambre de Commerce internationale et par le Département de droit international privé de la Faculté de droit de Genève.
- 2) L'accord a été signé après avoir fait l'objet de deux avis émis par la Cour de justice des Communautés européennes: avis 1/91 du 14 décembre 1991 et avis 1/92 du 10 avril 1992, les objections formulées par l'avis 1/91 ayant été levées à la suite des modifications apportées au premier projet d'accord.
- 3) *JOCE*, no C 58/8 du 28 février 1992. L'exposé des motifs a été publié dans le document *COM (91)447 final - SYN* du 10 février 1992.
- 4) V. notamment la Convention UNESCO du 14 novembre 1970, *infra*, nos 6-8.
- 5) Le principe est inscrit dans l'article 8A inséré dans le traité CEE par l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1986. Sur la mise en oeuvre de cet article, v. notamment la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement du 8 mai 1992, *Doc. SEC (92) 877 final*, et la prise de position de la Commission relative à l'interprétation de l'article 8A du traité, qui y est annexée.

d'un ensemble monumental) ayant acquis une valeur marchande considérable mais elles appartiennent aussi à un patrimoine culturel collectif, étant l'expression du génie du peuple dont elles émanent. Alors que le droit international privé saisit les objets d'art *ut singuli*, les traités internationaux sur la protection du patrimoine culturel et les lois nationales (de droit public) ayant le même objet les appréhendent en raison non point des liens particuliers qui les unissent au titulaire d'un droit privatif mais du contrôle que les Etats peuvent légitimement exercer sur certains biens culturels. L'intitulé et le contenu de la récente résolution de l'Institut de Droit international sur "La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel" expriment de manière adéquate pareil dualisme⁶. Le droit communautaire offre une version assez différente de la même approche dualiste: sans doute les objets d'art sont-ils des marchandises réglées par le principe de libre circulation à l'intérieur du Marché commun (traité CEE, art. 30 à 34) mais l'article 36 du traité contient une clause de sauvegarde permettant aux Etats membres d'interdire ou de restreindre l'exportation de certains biens culturels qualifiés de "trésors nationaux"⁷.

3. Pareil dualisme se laisse rapprocher de celui qui traverse la doctrine du droit international privé. D'un côté, la méthode de l'école des statuts, reprise notamment par JOSEPH STORY⁸ et par FRANÇOIS LAURENT⁹ et que prolonge de nos jours la doctrine qualifiée d'unilatéraliste¹⁰ et, de l'autre, la méthode inaugurée par SAVIGNY¹¹ et qui a largement prévalu aujourd'hui. Alors que la première méthode tend à déterminer le domaine d'application dans l'espace des différentes lois nationales, la seconde saisit un rapport juridique (*Rechtsverhältnis*) particulier et désigne la loi qui y est applicable. La première méthode paraît mieux adaptée à la réglementation de droit public, comme l'atteste notamment la mise en oeuvre du droit économique¹², tandis que la seconde est d'inspiration privatiste, si l'on veut entendre par là qu'elle s'efforce de choisir la loi applicable à une situation particulière. En revanche, la distinction entre l'universalisme et le particularisme traverse les deux courants doctrinaux. STORY, SAVIGNY et LAURENT partagent une commune conviction, à savoir que le droit international privé est une subdivision du droit international tandis que la place occupée par la *lex fori* dans la doctrine unilatéraliste contemporaine rapproche cette doctrine du nationa-

6) V. *infra*, no 9.

7) Art. 36 du traité CEE: "Les dispositions des articles 30 à 34 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons (...) de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique..."

8) STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic...*, Boston, Hilliard, Gray and Co., 1834.

9) LAURENT, François, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Marescq, 1880-1881.

10) Pour un exposé critique de cette doctrine, v. notamment: LALIVE, Pierre, "Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)", *RCADI*, t. 155 (1979-II), pp. 311-325.

11) VON SAVIGNY, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit und Comp.), t. VIII (1849). Pour un exposé nuancé de l'originalité de SAVIGNY sur ce point, comparez LALIVE, Pierre, note 10, pp. 101-119.

12) V. notamment: RIGAU, François, "Droit économique et conflits de souverainetés", *52 RabelsZ*, 1988, pp. 104-156.

lisme d'ETIENNE BARTIN et de FRANZ KAHN, qui ont repris l'inspiration de SAVIGNY mais en l'infléchissant dans la ligne du positivisme étatique.

4. Pareilles controverses doctrinales sont largement dépassées comme l'illustre le dualisme des solutions apportées aux questions soulevées par le commerce des oeuvres d'art. A la vérité, si l'on y ajoute les problèmes suscités par le droit communautaire, il faut plutôt constater que trois méthodes différentes doivent être considérées.

D'une part, la protection du patrimoine culturel national se rattache manifestement au droit public, les objets qui y sont soumis n'étant pas appréhendés dans la singularité des rapports juridiques qui y sont relatifs mais en raison d'un intérêt étatique portant sur une catégorie de biens culturels que l'Etat entend maintenir sur son territoire. Mais, d'autre part, c'est à l'occasion d'un conflit ayant pour objet un bien culturel déterminé que les juridictions étatiques ont été conduites à arbitrer le conflit entre "le domaine éminent"¹³ revendiqué par l'Etat et les droits individuels qu'entend faire prévaloir l'actuel possesseur du bien.

La troisième dimension qu'introduit l'application du droit communautaire présente à première vue des affinités avec le droit public économique mais elle se révèle plus complexe. L'exception apportée par l'article 36 du traité CEE au principe de libre circulation des objets d'art institue un conflit entre deux politiques de droit public: le principe de libre circulation et l'intérêt national qui permet à l'Etat d'y déroger. Ainsi, deux politiques sont mises en contraste: au principe fondamental du traité CEE il est permis de déroger par des mesures protégeant les trésors nationaux en chacun des Etats membres. Pareil contraste présente différentes formes: à la logique de l'intégration s'oppose la survivance d'une politique propre à chaque Etat; mais il exprime aussi un principe de répartition des compétences: le droit communautaire saisit les biens culturels en leur qualité de marchandise, tandis que la culture n'a pas cessé d'appartenir au patrimoine législatif des Etats; enfin, et surtout, en appréhendant l'objet d'art comme une marchandise, le droit communautaire favorise les échanges entre les Etats membres et, par conséquent, renforce la position des propriétaires de biens culturels en élargissant le marché sur lequel un tel bien peut être librement négocié, ce qui établit une affinité avec les règles traditionnelles de droit international privé spécialement attentives à la protection des droits individuels.

5. La suite de cette contribution est divisée en trois parties, relatives respectivement à la protection internationale des biens culturels, aux litiges portant sur la propriété d'un bien culturel et aux projets de textes récemment rendus publics par la Commission des Communautés européennes.

13) Expression utilisée notamment par BYRNE-SUTTON, Quentin, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*, ESDI, vol. 52, Schulthess, Zurich, 1988, pp. 90-92. V. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, commenté *infra*, no 12.

II. La protection internationale des biens culturels

6. La seizième session de la Conférence générale de l'UNESCO a adopté à Paris, le 14 novembre 1970, la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Soixante-huit pays ont ratifié cette convention.

L'article 1er énumère les biens culturels protégés par la Convention. Aux termes de l'article 3: "Sont illicites l'importation, l'exportation et le transfert de propriété des biens culturels, effectués contrairement aux dispositions prises par les Etats parties en vertu de la présente Convention".

Les autres dispositions de la Convention, et notamment l'article 7, mettent des obligations précises à charge de l'Etat contractant sur le territoire duquel se trouve le bien culturel originaire d'un autre Etat contractant.

7. La Convention UNESCO s'appuie à une pratique largement attestée depuis plusieurs siècles.

Déjà à la fin du XVe siècle, une bulle du pape Pie II (Piccolomini) interdisait l'exportation des trésors artistiques découverts dans les Etats pontificaux. La prohibition fut plusieurs fois répétée et elle s'étendit à d'autres Etats de l'Italie, notamment la Toscane. Après l'enlèvement des frises du Parthénon par Lord ELGIN, la Grèce adopta une législation analogue en 1834 et l'Egypte suivit en 1835¹⁴.

On notera aussi qu'il existe un avant-projet de juillet 1933, qui constitue un précédent à la Convention UNESCO: Convention internationale ayant pour objet d'assurer "le rapatriement des objets d'intérêt artistique, historique ou scientifique, perdus, volés ou ayant donné lieu à une aliénation ou une exportation illicite", dont le texte est reproduit par CHARLES DE VISSCHER.¹⁵

L'UNESCO a publié en 1979 un Recueil des textes législatifs intitulé *La protection du patrimoine culturel mobilier*. Dans une étude faite à la demande de l'UNESCO, LYNDEL

14) V. notamment: RUDLOF, Walter, "Über den internationalen Schutz von Kulturgütern", *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring*, Springer Verlag, 1989, pp. 853-871, p. 862. Pour plus de développements: FRIGO, Manlio, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Giuffrè, 1986, pp. 8-18, pp. 46-60; FRAOUA, Ridha, *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution*, Ed. Univ., Fribourg, 1985, pp. 34-59.

Dans la doctrine, v. encore: ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, 1985; WALTER, Bernard, *Rückführung von Kulturgut im internationalen Verkehr*, Veröffentlichungen aus dem Übersee – Museum Bremen, Reihe D, Bd 14, Bremen, 1988; DE VISSCHER, Charles, "International Protection of Works of Art and Historic Monuments", The Department of State, June 1949, traduction anglaise de la version révisée d'un texte d'abord publié en 1935 dans XVI *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, "La protection internationale des objets d'art et des monuments historiques", pp. 32-74 et 246-288, et, après sa révision, dans: *Art et Archéologie: Recueil de législation comparée et de droit international*. Les indications de législation comparée sont données pp. 36-46.

15) "La protection internationale...", note 14, pp. 64-65.

v. PRATT et P. J. O'KEEFE, ont relevé que sur 124 Etats dont ils ont analysé la législation, 74 prévoient la confiscation des biens culturels faisant l'objet d'une exportation illégale¹⁶.

8. Le principal objet de la Convention UNESCO est de conférer une légitimité internationale aux dispositions de droit public adoptées par un Etat et de favoriser la reconnaissance par les autres Etat des mesures d'exécution de ces dispositions. A la vérité, même dans les Etats qui n'ont pas ratifié la Convention, rien ne s'oppose à ce que certains effets soient reconnus à de telles mesures¹⁷. Deux résolutions de l'Institut de Droit international adoptées sur le rapport du doyen PIERRE LALIVE ont définitivement dissipé un ancien préjugé selon lequel les lois étrangères de droit public, parfois qualifiées de politiques, ne devaient pas être appliquées ni, même, prises en considération¹⁸. La seconde résolution est particulièrement pertinente puisqu'elle porte sur "les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public"¹⁹. Ainsi, l'Etat étranger se voit reconnaître un droit d'action pour obtenir du tribunal de la situation du bien les mesures nécessaires à la sauvegarde de son patrimoine culturel. La jurisprudence qui sera citée dans la subdivision suivante atteste le bien-fondé de la résolution d'Oslo sur ce point.

16) *National Legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property*, UNESCO, Paris, 1983, CLT - 83/WS/18, no 094, p. 67. V. aussi l'analyse de diverses législations protectrices dans: BYRNE-SUTTON, Quentin, note 13, pp. 63-76; FRAOUA, Ridha, note 14, pp. 71-98.

17) BGH 22 juin 1972, BGHZ 59, 83. Sur cet arrêt, v. notamment: BLECKMANN, A., "Sittenwidrigkeit wegen Verstoss gegen den ordre public international", 34 *Zeitschrift für ausl. öffentl. Recht und Völkerrecht* (1974), pp. 112-132; RIGAUX, François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, § 101.

18) Résolution sur "L'application du droit public étranger", *AIDI*, vol. 56, Session de Wiesbaden 1975, p. 550, et résolution sur "Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public", *AIDI*, vol. 57, Session d'Oslo 1977, t. II, p. 328.

19) L'Institut de Droit international (...) adopte la résolution suivante:

I. a) Dans la mesure où, du point de vue de l'Etat du for, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique, les demandes en justice d'une autorité étrangère ou d'un organisme public étranger, fondées sur des dispositions de son droit public, devraient en principe être considérées comme irrecevables.

b) Ces demandes pourraient néanmoins être considérées comme recevables si, du point de vue de l'Etat du for, et compte tenu du droit du défendeur à un traitement équitable dans ses rapports avec cette autorité ou cet organisme, l'objet particulier de la demande, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts des Etats en cause le justifient.

II. Devraient être considérées comme recevables les demandes en justice d'une autorité étrangère ou d'un organisme public étranger, autres que celles visées dans l'article précédent, et fondées sur des dispositions de son droit public, telles notamment les demandes qui, du point de vue de l'Etat du for, sont consécutives ou accessoires à des prétentions de droit privé.

(1er septembre 1977)

D'autres organisations internationales se sont également intéressées à la protection du patrimoine culturel²⁰ et l'Institut international pour l'unification du droit privé a préparé un avant-projet de convention sur les biens culturels volés ou illicitement exportés²¹.

9. Au cours de sa dernière session qui s'est tenue à Bâle sous la présidence du professeur PIERRE LALIVE, l'Institut de Droit international a adopté une résolution sur "La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel". Les rapports très documentés²² du professeur FERRER-CORREIA, ancien recteur de l'Université de Coïmbra, ont permis à l'Institut d'adopter une résolution originale si on la compare à la Convention UNESCO et à l'avant-projet de Convention UNIDROIT. Ainsi que l'indique le quatrième considérant du préambule, la résolution s'efforce de tenir en équilibre la sauvegarde des patrimoines culturels nationaux et la sécurité du commerce international des objets d'art. Elle vise deux hypothèses dans lesquelles une irrégularité grave entache une vente internationale, soit que l'objet d'art ait été exporté en violation de la législation du "pays d'origine" (art. 1er § 2), soit qu'il ait été "volé ou soustrait d'une autre manière illicite à son propriétaire ou possesseur" (art. 1er § 3). La sécurité du commerce international des oeuvres d'art est renforcée par le caractère prospectif des règles contenues dans la résolution: celles-ci ne visent que "les cas futurs" (art. 1er § 3), c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles le fait illicite aura été commis après l'adoption éventuelle des solutions qui y sont contenues.

La première originalité de la résolution consiste à introduire la méthode des conflits de lois dans une matière où la coopération interétatique avait jusqu'ici pris la forme de règles de droit international (Convention UNESCO) ou de tentatives d'unification du droit matériel (avant-projet UNIDROIT). L'article 2 soumet le transfert de propriété de l'objet d'art à la loi du pays au patrimoine culturel duquel cet objet se rattache, tandis que l'article 3 déclare applicables "les dispositions de la loi du pays d'origine concernant l'exportation d'objets d'art". En dépit de l'apparente différence de terminologie, les deux notions coïncident si l'on se réfère à la définition du "pays d'origine" contenue dans l'article 1er, paragraphe 1er, b). C'est ici que se dessine la seconde originalité de la résolution. L'article premier définit l'objet d'art auquel s'applique la résolution selon un double critère: le premier, qui est assez restrictif, requiert qu'un tel objet soit "identifié comme appartenant au patrimoine culturel d'un pays par son classement, enregistrement ou tout autre procédé de publicité internationalement admis en la matière" (§ 1er a). Le second critère consiste à définir le "pays

20) Council of Europe, *Proceedings of the Thirteenth Colloquy on European Law*, Delphi, 20-22 september 1983, *International Legal Protection of Cultural Property*, Strasbourg, 1984.

Organizacion de los Estados americanos, *Identificacion, protection y vigilancia del patrimonio arqueologico, historico y artistico de las naciones americanas*, junio de 1975.

21) V. l'étude demandée par UNIDROIT à Madame Gerte REICHEL, "La protection internationale des biens culturels", *Revue de droit uniforme*, 1985-I, pp. 42-152, reproduit dans UNIDROIT, 1986, LXX, Doc. I sous le titre "La protection des biens culturels". L'avant-projet de convention a été approuvé par le Comité d'études d'UNIDROIT sur la protection internationale des biens culturels à sa 3e session, le 26 janvier 1990.

22) *Exposé préliminaire et questionnaire*, AIDI, 64-I (session de Bâle), pp. 90-121; *Rapport définitif*, *ibid.*, pp. 140-189.

d'origine" comme étant "celui auquel, du point de vue culturel, l'objet en question se trouve rattaché par le lien le plus étroit" (§ 1er b). Bien que, jusqu'à la dernière séance plénière de l'Institut, la signification de cette définition ait, à certains, paru obscure, elle résulte assez clairement des "travaux préparatoires" de la résolution et, notamment, du rapport définitif du professeur FERRER-CORREIA²³. La notion du "lien le plus étroit" est de nature à rencontrer de manière adéquate les six séries d'hypothèses distinguées par le rapporteur: dans la plupart des cas, le pays d'origine est, incontestablement, le pays dans lequel l'objet d'art a été créé: ce sont les quatre premières hypothèses, parmi lesquelles la plus notable est celle d'un élément artistique détaché d'une oeuvre architecturale. Toutefois, peut être qualifié de pays d'origine, le pays dans les collections publiques ou privées duquel une oeuvre d'art d'origine étrangère est intégrée "depuis un temps considérable" ou le pays dans lequel l'objet d'art est localisé après avoir été légalement acquis dans son pays d'origine et légalement exporté de ce pays²⁴.

Les règles de conflit de lois des articles 2 et 3 sont complétées de deux règles de droit international privé matériel, l'une qui reconnaît au pays d'origine le droit de réclamer le retour de l'objet dont selon sa propre loi (applicable en vertu de l'article 2) la propriété n'a pas été légalement transférée (art. 4 § 1er), l'autre qui renverse la présomption de bonne foi, sauf preuve contraire, dans le chef du possesseur qui a obtenu l'objet d'art à la suite d'une exportation illicite (art. 4 § 2).

III. Les jurisprudences étatiques relatives à la restitution des biens culturels volés ou illicitement exportés

10. Plusieurs décisions anglaises méritent un commentaire.

The King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquinci et cs., 34 *The Times Law Reports* (Ch. Div., 1918).

La décision a pour seul objet une injonction obtenue par le gouvernement italien interdisant la vente d'une partie des documents détenus par les héritiers d'une ancienne famille régnante, à savoir les documents dont la possession avait été laissée à ceux-ci tandis que la propriété en avait été transférée à l'Etat italien. Tout en refusant d'interdire la vente de documents appartenant aux défendeurs mais exportés d'Italie sans l'autorisation prévue par la loi, la décision réserve l'action en responsabilité à laquelle s'exposent la salle de vente (Christie's) et les acquéreurs éventuels.

Attorney General of New Zealand v. Ortiz and others, [1982] 3 All E.R., 432 (Q.B. and C.A.), [1983] 2 All E.R. 93 (H.L.).

23) *AIDI*, 64-1 (session de Bâle), pp. 152-155.

24) Il s'agit de la cinquième et de la sixième hypothèses considérées par le rapporteur, *loc. cit.*, p. 154.

Relative à des objets d'art exportés de Nouvelle-Zélande sans l'autorisation administrative requise par la loi, cette affaire a donné lieu à trois décisions successives, en première instance du juge STAUGHTON (*Queen's Bench Division, Commercial Court*), la seconde de la *Court of Appeal*, la troisième de la *House of Lords*.

Sauf dans la décision de la *Court of Appeal*, le droit du Gouvernement néo-zélandais d'agir en justice pour obtenir la rétrocession de biens culturels illégalement exportés et que leur actuel "propriétaire" entendait mettre en vente à Londres n'a pas été contesté dans son principe. La loi étrangère invoquée en l'espèce au nom du Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, par l'*Attorney General* de ce pays était l'*Historic Articles Act* 1962. La section 5 de cette loi prohibe l'exportation d'objets historiques néo-zélandais par ceux qui ont connaissance de la nature de l'objet exporté, et la section 12 soumet le contrevenant aux sanctions prévues par le *Customs Act* 1913, à savoir la confiscation (*forfeiture*) de l'objet illicitement exporté. Ici encore la sanction suppose que l'auteur du fait en ait connu le caractère illicite.

Le premier juge a estimé qu'il fallait faire droit à l'action du Gouvernement néo-zélandais et sa décision contient la conclusion suivante:

"If the test is one of public policy, applied to the foreign law in question in this particular case, there is in my judgment every reason why the English courts should enforce § 2 of the Historic Articles Act 1962 of New Zealand. Comity requires that we should respect the national heritage of other countries, by according both recognition and enforcement to their laws which affect the title to property while it is within their territory. The hope of reciprocity is an additional ground of public policy leading to the same conclusion.

I therefore give judgment for the plaintiff on the preliminary issues"²⁵.

La *Court of Appeal* a réformé cette décision en se fondant sur deux séries d'arguments, l'un étant que les conditions d'application de la loi néo-zélandaise n'étaient pas réunies en l'espèce, l'autre étant tirée de la doctrine traditionnelle selon laquelle les tribunaux anglais n'appliquent pas à la demande d'un Etat étranger la loi de cet Etat ayant un caractère pénal²⁶.

La Chambre des Lords a maintenu la réformation de la décision du premier juge mais pour des motifs qui s'écartent sensiblement de ceux de la *Court of Appeal*. Elle s'est refusée à adhérer à l'argumentation déduite du caractère prétendu pénal de la loi de la Nouvelle-Zélande.

"My Lords, I take the view that the opinions expressed by the Lords Justices on the second issue were, in truth, *obiter*. Indeed, that would also seem to have been the view of the Lords Justices themselves, because in the report of the case in the Weekly Law Reports, which, as your Lordships know, will have been seen in proof by the Lords Justices, the appeal is treated in the headnote as disposed of on the first issue alone. Your Lordships have heard no argument on the second issue, and I venture to think that, in any event, your

25) Q.B.D. [1982] 3 *All E.R.*, pp. 432, 451.

26) C.A. [1982] 3 *All E.R.*, pp. 432, 453-468.

Lordships would not wish to be taken as expressing any conclusion on the correctness or otherwise of the opinions so expressed²⁷.

Il faut dès lors considérer que cette partie du raisonnement de la *Court of Appeal* est privée de toute valeur de précédent²⁸.

Les motifs pour lesquels la Chambre des Lords adhère à la solution de la *Court of Appeal* sont propres aux données de l'espèce, qui n'entrent pas dans les prévisions de l'*Historic Articles Act* 1962. Il s'agissait en l'occurrence d'une opération triangulaire: le troisième défendeur qui avait exporté l'objet d'art maori sans l'autorisation requise par la loi néo-zélandaise l'avait vendu à New York au premier défendeur, lequel l'avait ensuite remis en vente à Londres chez le second défendeur. Bien qu'aucune des trois décisions n'ait approfondi la question, cette hypothèse se rapproche de celles dans lesquelles le bien culturel exporté de manière illicite a fait l'objet d'une acquisition peut-être régulière selon la loi d'un autre Etat. Autant la connaissance de l'origine illicite du bien culturel doit être présumée dans le chef de la personne qui l'exporte frauduleusement du pays d'origine, autant pareille présomption paraît beaucoup plus faible dans le chef du collectionneur qui achète la même oeuvre après qu'elle a été transportée dans un Etat tiers.

11. La jurisprudence américaine présente deux séries de cas significatifs.

A la première série de cas appartiennent plusieurs décisions qui se sont prononcées sur des poursuites pénales exercées par le Gouvernement fédéral en vertu du *National Stolen Property Act* (18 U.S.C.A. §§ 2314, 2315). Cette loi fédérale qui réprime le transport d'objets "volés" d'un Etat (fédéré) à l'autre (*Interstate commerce*) a été appliquée à des biens culturels dont, selon la loi du pays d'origine, la propriété est attribuée à l'Etat encore que celui-ci n'en ait pas pris possession.

Tel est le cas pour la loi du Guatemala: *United States of America v. Holinshead*, 495 Fed. 2d 1154 (9th Cir. 1974) et pour la loi mexicaine: *United States of America v. McClain*, 545 Fed. 2d 988 (5th Cir. 1977) et *United States of America v. McClain*, 593 Fed. 2d 658 (5th Cir., 1979).

Selon ces trois décisions, le fait de s'emparer sur le territoire du pays d'origine d'un bien culturel dont la propriété est, par la loi de ce pays, attribuée à l'Etat, est un vol (*stealing*) au regard de la qualification de la loi pénale américaine et ceux qui s'emparent de tels objets pour les exporter et les revendre sur le marché international ne peuvent ignorer qu'ils contreviennent à la loi du pays d'origine²⁹.

La mise en oeuvre par les juridictions pénales américaines des lois de droit public du Guatemala ou du Mexique est un cas significatif de l'hypothèse dans laquelle une telle loi

27) Per LORD BRIGHTMAN, H.L. [1983] 2 *All E.R.*, pp. 93, 98.

28) V. en ce sens: CARTER, Peter B., "Transnational Trade in Works of Art: the Position in English Private International Law", *La vente internationale d'oeuvres d'art*, note 1, pp. 317-330, p. 325.

29) Une autre loi américaine a renforcé la coopération des autorités américaines en frappant de saisie (*forfeiture*) les objets pré-colombiens importés illicitement aux Etats-Unis: 1972 *Law on Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculptures or Murals*, 19 USC, §§ 2091-2095.

La *forfeiture* est tenue pour une *civil penalty*: *United States v. McClain*, 593 Fed. 2d 653, 662 (5th Cir. 1979).

est la condition d'application de la règle de droit public (pénal, en l'occurrence) de la *lex fori*.

Une autre décision américaine pertinente est: *Kunstsammlungen zu Weimar and al. v. Elicofon*, 678 Fed. 2d 1150 (2d Cir. 1982). Cette affaire assez complexe est relative à deux peintures d'Albert Dürer qui avaient appartenu à la collection des ducs de Saxe-Weimar et furent retrouvées aux Etats-Unis en 1966. L'enquête révéla que ces oeuvres d'art avaient été volées dans la zone d'occupation américaine en Allemagne après la fin de la seconde guerre mondiale et vendues au défendeur pour 450 dollars. Au moment où la vente avait eu lieu à Brooklyn, l'acquéreur ignorait qu'il s'agissait de tableaux célèbres. L'action fut d'abord engagée par la République fédérale d'Allemagne à une époque où la République démocratique allemande n'était pas reconnue par le Gouvernement américain. Après cette reconnaissance l'action fut reprise par un organisme de droit public de la République démocratique, *Kunstsammlungen zu Weimar*, qui gérât les biens culturels des ducs de Saxe-Weimar nationalisés par le nouvel Etat³⁰.

La Cour d'appel fédérale du deuxième circuit a condamné le défendeur à restituer les tableaux à la République démocratique allemande. Comme il avait acquis les oeuvres sur le territoire de l'Etat de New York, l'arrêt a fait application de la disposition de la loi de cet Etat en vertu de laquelle l'acquéreur de biens volés cesse d'être de bonne foi dès le moment où, informé de l'origine des biens, il refuse de les restituer³¹. La circonstance que l'action était exercée par un organe de droit public étranger se prévalant des normes de son propre droit public n'a pas fait obstacle à la restitution des oeuvres d'art à un Etat étranger³².

Dans l'affaire des mosaïques de Kanakaria, la *District Court* (fédérale) d'Indianapolis a, le 3 août 1989, ordonné la restitution à l'Eglise de Chypre de mosaïques vendues à Genève à une Américaine. Le litige a porté sur l'irrégularité du transfert de propriété, l'institution ecclésiastique n'ayant pas consenti à celui-ci. Le juge américain a appliqué la loi de l'Indiana, mais il a constaté en outre que l'exigence de bonne foi de l'acquéreur prévue par la loi suisse n'était pas non plus démontrée en l'espèce. Les recours ultérieurs exercés par le possesseur américain n'ont pas abouti³³.

30) On négligera l'action parallèle introduite par la Grande-Duchesse de Saxe-Weimar, laquelle soutenait que les deux tableaux appartenaient aux collections privées de la famille princière. Les tribunaux américains rejetèrent cette demande pour le motif que dès 1927 l'arrangement conclu entre la famille princière et le Land de Thuringen avait classé les deux oeuvres parmi les biens attribués à l'Etat et non parmi ceux qui appartenaient au patrimoine privé des anciens souverains.

31) 678 Fed. 2d 1150, 1161 (1982).

32) Dans la doctrine: BURT, Sylvia K., "*Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon: The Theft of Priceless Art Treasures Gives Rise to Protected International Legal Battles*", 19 *Texas Int'l L. J.* (1984), pp. 189-212.

33) V. HOFSTADTER, Dan, "Annals of the Antiquities Trade (The Kanakaria Mosaics Case)", *The New Yorker*, July 13, 1991, pp. 35-65 et July 20, 1992, pp. 38-65; BYRNE-SUTTON, Quentin, [Case Notes] "The Goldberg Case", *International Journal of Cultural Property*, vol. 0, 1992, pp. 59-76.

12. Une décision du tribunal civil de Turin confirmée par la Cour d'appel est relative aux faits suivants³⁴. Des objets d'arts originaux de la République de l'Equateur et exportés de ce pays sans l'autorisation requise sont, au moment du procès, en la possession d'Italiens qui les avaient acquis sur le marché italien des objets d'art. En dépit de cette circonstance, les juridictions italiennes ont estimé que la loi applicable à l'acquisition de la propriété était la loi de l'Equateur et non la loi italienne. Elles ont aussi appliqué la disposition de la loi équatorienne qui réserve à l'Etat un pouvoir de contrôle sur l'appropriation et l'exportation des biens culturels la qualification de *beni fiscali*, prévue par l'article 623 du Code civil italien et interprété les pouvoirs de police de l'Etat équatorien comme relevant du "domaine éminent" de cet Etat. Les faits soumis au juge italien étaient antérieurs à l'entrée en vigueur en Italie de la Convention du 14 novembre 1970, ce qui n'a pas fait obstacle à ce que les solutions de la Convention soient prises en considération pour écarter l'exception d'ordre public à l'encontre de l'application de la loi équatorienne.

IV. Le droit en vigueur dans les Communautés européennes

13. Parmi les nombreux projets d'harmonisation du droit des Etats membres des Communautés européennes élaborés par la Commission dans la perspective de l'abolition de tout contrôle aux frontières intérieures à partir du 1er janvier 1993, il en est deux qui ont pour objet les biens culturels: il s'agit d'une proposition de règlement (CEE) du Conseil relatif à l'exportation des biens culturels et d'une proposition de directive du Conseil relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre (*supra*, note 3). Les deux instruments n'ont pas le même fondement juridique. Alors que le règlement est pris en exécution de l'article 113 du traité CEE, la directive est fondée sur l'article 100A. Il en résulte que les procédures d'élaboration des deux instruments ne sont pas identiques.

Bien que la notion de "trésors nationaux" n'apparaisse ni dans l'intitulé d'aucun des deux instruments en projet ni dans le texte du règlement mais seulement dans l'article 1er de la directive, l'initiative de la Commission s'explique par une des clauses d'exception de l'article 36 du traité CEE (*supra*, note 7).

Dans l'exposé des motifs présenté par la Commission à l'appui de sa double proposition, il est expliqué que les Etats membres conserveront le pouvoir de protéger leurs trésors nationaux par une interdiction d'exportation, même vers un autre Etat membre, tandis que l'abolition des contrôles aux frontières intérieures privera de leur efficacité les dispositions prises pour la mise en oeuvre de la clause d'exception à la libre circulation des marchandises contenue dans l'article 36 du traité³⁵.

34) Tribunal Torino, 25 mars 1982, *Repubblica del Ecuador, Casa della cultura ecuadorana v. Denusso et cs.*, *Riv. Dir. Int'le*, 1982, p. 625, confirmé par Torino, 26 janvier 1983, inédit.

35) Exposé des motifs, note 3, § 1er, p. 2. La position de la Commission sur ce point a été réaffirmée dans la Communication du 8 mai 1992, note 5. Selon le programme de travail annexé à cette communication, les deux documents seront soumis au Parlement et au Conseil des Ministres en juin 1992, Annexe II, p. 15.

14. Le règlement et la directive faisant l'objet de la proposition de la Commission s'appliquent respectivement aux relations entre les Etats membres de la Communauté et les Etats tiers et aux relations intracommunautaires.

Tenant d'harmoniser le contrôle de l'exportation des biens culturels vers un Etat qui n'est pas membre de la Communauté, le règlement soumet à un régime administratif commun l'exportation de certains biens culturels vers un tel Etat. Dans tous les Etats membres, pareille exportation est subordonnée à la présentation d'une autorisation d'exportation délivrée par l'autorité compétente d'un Etat membre et valable dans toute la Communauté (art. 2).

Comme l'abolition des frontières douanières entre les Etats membres pourra avoir pour effet que des trésors nationaux (au sens de l'article 36 du traité) fassent l'objet d'un déplacement (*removal*) illicite d'un Etat membre vers un autre Etat membre, la directive met à charge des Etats l'obligation de restituer les biens culturels ayant quitté illicitement le territoire du premier Etat (art. 2). Exercée par cet Etat contre le détenteur du bien se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre, l'action est portée devant le tribunal compétent de l'Etat membre où le bien a été déplacé de manière illicite (art. 5). La directive prévoit en outre que chaque Etat désignera une ou plusieurs "autorités centrales" (art. 3) exerçant les missions qui leur sont confiées par les articles 4, 6 et 7.

15. C'est évidemment l'article 36 du traité qui détermine la mesure dans laquelle un Etat membre peut tenir pour illicite l'exportation d'un "trésor national" vers un autre Etat membre. L'exposé des motifs mais aussi la rédaction des textes portent trace d'une difficulté juridiquement insurmontable: comment définir les biens culturels faisant l'objet de la directive sans porter atteinte à la compétence de la Cour de justice à laquelle il appartient de se prononcer, le cas échéant, sur la signification d'une notion que le traité n'a pas définie lui-même, celle de trésors nationaux? Il est hors doute que le Conseil ne peut ni dans un règlement ni dans une directive définir un concept juridique appartenant au traité.

Or, le seul obstacle que les Etats membres peuvent opposer à l'exportation d'un bien culturel vers un autre Etat membre est l'exception, "d'interprétation stricte"³⁶, portée par l'article 36 du traité. La notion de déplacement illicite qui apparaît dans l'article 2 et l'article 5, alinéa 1er, de la proposition de directive vise notamment les mesures par lesquelles un Etat membre peut, pour protéger ses trésors nationaux, interdire ou restreindre l'exportation de cette catégorie particulière de marchandises, sans pouvoir accompagner ces mesures d'un contrôle systématique aux frontières intérieures de la Communauté³⁷.

36) CJCE, 10 décembre 1968, affaire 7/68, *Commission v. République italienne*, *Recueil*, 1968, pp. 617, 628. Pour un commentaire de cet arrêt, v. notamment: PESCATORE, Pierre, "Le commerce de l'art et le marché commun", in *La vente internationale d'oeuvres d'art*, note 1, pp. 581-593.

37) Interprétation confirmée par la Communication du 8 mai 1992, note 5, pp. 4-5.

16. La distinction entre le commerce intracommunautaire des biens culturels et leur exportation vers un Etat tiers, celle-ci n'entrant pas dans le champ d'application des articles 30 à 34 du traité, explique aussi une différence notable entre l'article 1er du règlement et l'article 1er de la directive³⁸. Dans ces deux textes, sans doute, il est fait référence aux catégories de biens culturels énumérées dans une liste identique annexée aux deux instruments. Mais alors que le régime de la licence d'exportation vers un Etat non membre de la Communauté s'appliquera sans autre condition aux biens culturels repris dans la liste figurant en annexe (règlement, art. 1er), l'obligation de restitution prévue par la directive ne s'appliquera qu'aux biens culturels qui, outre cette condition, font "partie des 'trésors nationaux', selon la législation nationale dans le cadre de l'article 36 du traité" (art. 1er). Seuls, en effet, les trésors nationaux sont soustraits au principe de libre circulation des marchandises, intégralement applicable aux biens culturels qui n'ont pas reçu cette qualification.

17. Comme l'énonce l'article 1er de la directive, il appartient à la législation de chaque Etat de déterminer quels sont les biens culturels que, en vertu de l'exception de l'article 36 du traité, cet Etat entend soustraire au principe de libre circulation des marchandises. L'abondante jurisprudence relative aux autres clauses d'exception de l'article 36 indique clairement que pareille détermination est soumise au contrôle de la Cour de justice, lequel trouve notamment un fondement dans la deuxième phrase de l'article 36 du traité³⁹.

Il serait assurément incompatible tant avec l'article 36 du traité qu'avec l'article 1er de la proposition de directive qu'un Etat membre confère la qualification de trésors nationaux à tous les biens culturels repris dans les catégories énumérées par la liste. Ce serait, à la fois, attribuer à celle-ci la vertu de contenir une définition énumérative du trésor national, ce qui excéderait la compétence du Conseil, et contredire la directive elle-même dont l'article 1er confère une portée cumulative à l'appartenance du bien culturel à l'une des catégories de la liste annexée et sa qualification de trésor national. Les mots "dans le cadre de l'article 36 du traité" confirment que la Commission a entendu respecter la compétence de la Cour de justice pour veiller à une interprétation uniforme des dispositions du traité.

18. Selon l'exposé des motifs de la Commission, celle-ci "propose de limiter dans un premier temps le champ d'application des mesures 'restriction' et 'contrôles à l'exportation'

38) Selon un passage de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission, "l'annexe du règlement et de la directive n'a pas pour objet de définir les biens ayant rang de "trésors nationaux", au sens de l'article 36 du traité CEE, mais uniquement des catégories de biens susceptibles d'avoir un tel rang et pouvant à ce titre faire l'objet des contrôles harmonisés à l'exportation et de la procédure de restitution". Ce commentaire s'écarte du texte de l'article 1er du règlement, qui définit les "biens culturels" au sens de ce règlement comme étant ceux qui sont repris dans la liste figurant en annexe, sans qu'il soit requis qu'ils aient rang de trésors nationaux.

39) "Toutefois ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres."

à un *noyau dur commun* des trésors nationaux”⁴⁰. Le procédé utilisé a consisté à arrêter une liste de catégories de biens culturels entrant dans le champ matériel des deux instruments, avec, pour la directive sur la restitution, une condition supplémentaire à savoir qu’ils aient rang de trésors nationaux⁴¹.

En outre, à la suite de la résolution du Parlement européen, le texte de l’article 1er de la proposition de directive a été complété (*supra*, note 3). Y seront soumis les biens culturels qui, bien qu’ils n’appartiennent pas à l’une des catégories reprises dans la liste, font partie de collections publiques de musées, d’archives ou de bibliothèques et sont inscrites dans l’inventaire de ces institutions ou ceux qui figurent dans l’inventaire d’institutions ecclésiastiques.

Les critères retenus pour l’établissement de la liste sont multiples: pour certains biens culturels, leur ancienneté est prise en considération, plus de cent ans d’âge pour les produits des fouilles archéologiques, les éléments ou le mobilier provenant du démembrement de monuments ainsi que les manuscrits et tous objets d’antiquité; 200 ans pour les livres, 50 ans pour les archives, 75 ans pour les véhicules à moteur. Les oeuvres artistiques originales, ce qui inclut les gravures, estampes et lithographies originales ainsi que les photographies, ne sont soumises à aucune condition d’ancienneté, mais, d’après une note de bas de page, il faut que l’auteur de ces oeuvres soit décédé. Enfin, d’assez nombreuses catégories sont soumises à des seuils financiers calculés en ECU avec des valeurs diverses selon la catégorie, et il est précisé que cette valeur doit être déterminée au moment de l’introduction de la demande en restitution et qu’elle est celle du bien dans l’Etat membre requis.

La liste est trop étendue pour que s’y laissent déceler les contours d’un «noyau dur» des trésors nationaux: compte tenu des prix pratiqués sur le marché international des biens culturels, bien peu de ces biens seront soustraits au domaine matériel des deux instruments, ce qui rend d’autant plus impérieuse l’adoption par les Etats d’une législation appropriée sur la protection de leurs trésors nationaux, condition nécessaire à la mise en oeuvre de la directive sur la restitution.

19. Sans qu’il faille donner un sens trop rigoureux au mot “législation” dans l’article 1er de la directive, il indique que pour qu’un Etat membre de la CEE puisse exercer l’action en restitution contre le détenteur d’un trésor national qui a quitté illicitement son territoire et se trouve sur le territoire d’un autre Etat membre, le cas échéant, après avoir transité par le territoire d’un Etat tiers⁴², il faut qu’il ait mis en oeuvre la faculté offerte par l’article 36 du

40) Exposé des motifs, § 15, p. 8. Selon le texte anglais: *a common hard core of national treasures*.

41) L’exposé des motifs est très explicite sur ce point: “il n’a pas de sens de restituer d’abord des biens qui, n’ayant pas rang de trésors nationaux, par après, pourront quitter de nouveau le territoire de l’Etat membre d’origine, moyennant une certaine procédure et certaines formalités”, commentaire de l’article 1er de la directive, p. 19. Le dernier membre de la phrase risque toutefois d’induire en confusion: à quelle procédure et à quelles formalités pourrait être soumis le déplacement d’un bien culturel d’un Etat membre vers un autre Etat membre, alors que, n’ayant pas rang de trésor national, ce bien tombe, sans exception possible, dans le champ d’application des articles 30 et 34 du traité?

42) Exposé des motifs, commentaire de l’article 1er de la directive, § 2, p. 20.

traité d'une manière compatible avec la sécurité juridique. Sans doute, pareille interprétation du traité par la directive du Conseil ne saurait lier la Cour de justice mais elle paraît raisonnable. Les techniques de protection des trésors nationaux sont évidemment diverses et il existe déjà une abondante doctrine comparative (*supra*, note 14). Le texte anglais de l'exposé des motifs est, sur ce point, plus précis que le texte français: à l'expression "biens qui ont rang de trésors nationaux" correspond dans le texte anglais "*objects classed as national treasures*"⁴³. Pour être plus précise, la notion de classement peut elle-même recevoir des mises en oeuvre diverses: soit un classement par catégories, telle l'attribution à l'Etat de la propriété des objets archéologiques enfouis dans le sol et non encore découverts, soit le classement de monuments ou d'objets d'art déterminés selon une procédure administrative, soit l'interdiction d'aliéner et, par conséquent, d'exporter sans autorisation les biens culturels des collections publiques, soit l'application à ceux-ci de la doctrine du domaine public de l'Etat, soit la subordination de l'exportation des biens culturels à la délivrance d'une licence d'exportation, ce qui implique un pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative compétente pour accorder ou refuser l'autorisation.

20. De la comparaison des deux propositions d'instruments élaborées par la Commission il semble résulter que la dernière éventualité serait incompatible avec l'abolition des frontières intérieures à partir du 1er janvier 1993. En effet, le régime de la licence d'exportation a pour seul objet le déplacement d'un bien culturel vers un Etat tiers. Faut-il en déduire que les Etats membres ne seraient plus autorisés à se fonder sur l'article 36 du traité pour soumettre à une autorisation d'exportation le transfert d'un trésor national vers un autre Etat membre? Outre qu'il n'appartient pas au Conseil de priver les Etats d'une faculté qui leur est expressément reconnue par le traité, l'exposé des motifs de la Commission n'exclut pas le maintien par les Etats membres d'"un régime de certificats d'autorisation", la réalisation du marché intérieur ayant seulement pour effet d'interdire aux Etats de "recourir à des contrôles aux frontières intérieures pour assurer l'efficacité des dispositions qu'ils auront prises dans le cadre de l'article 36 du traité"⁴⁴. Si la suppression de ces contrôles a pour conséquence qu'un trésor national a "quitté illicitement" le territoire d'un Etat membre vers le territoire d'un autre Etat membre, le premier Etat trouverait une double protection dans les instruments proposés: d'une part, le droit d'obtenir la restitution du trésor national tant que celui-ci se trouve sur le territoire de la Communauté et, de l'autre, le droit de délivrer l'autorisation d'exportation vers un Etat tiers. En effet, aux termes de l'article 2, alinéa 3, du règlement, cette autorisation

"... est délivrée, sur demande de l'intéressé, par l'une des autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouvait, légalement à titre définitif, le bien culturel considéré au 1er janvier 1993, ou ultérieurement par l'une des autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel il se trouve après expédition licite et définitive d'un autre Etat membre".

43) Exposé des motifs, § 17, p. 11.

44) Exposé des motifs, § 1er, p. 2. V. aussi § 11, p. 7, et § 16, p. 9.

Dès lors, si un bien culturel au sens du règlement, ce qui inclut les biens appartenant à une des catégories reprises à la liste annexée, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse d'un trésor national au sens de l'article 36 du traité, a quitté le territoire d'un Etat membre pour celui d'un autre Etat membre, ce dernier Etat n'est compétent pour délivrer l'autorisation d'exportation qu'après avoir vérifié si le bien en provenance du premier Etat a quitté ce territoire de manière licite et *définitive*. Le dernier mot implique que si l'objet a été transféré sur le territoire d'un autre Etat pour y être vendu, cet Etat ne sera pas compétent pour délivrer l'autorisation d'exportation vers un Etat tiers. En effet pareille compétence demeure dans le chef de l'Etat que le bien a quitté de manière illicite ou après une exportation licite mais non définitive. L'entrée en vigueur du règlement imposera à tous les Etats membres le devoir de coopérer à la protection des biens culturels (et pas seulement de ceux qui ont rang de trésor national) des autres Etats membres.

21. En revanche, la protection des trésors nationaux n'est pas sans faille. Comme le rappelle l'exposé des motifs de la Commission, les deux instruments ne s'appliquent qu'aux biens culturels appartenant à l'une des catégories de la liste annexée. Or, l'article 36 du traité permet aux Etats de qualifier de trésor national un bien culturel qui n'entre pas dans l'une de ces catégories et de maintenir "des dispositions protectrices à leur égard". Toutefois, cette catégorie de trésors nationaux ne sera "pas protégée par les instruments protecteurs communautaires"⁴⁵. Après qu'ils auront quitté, même de manière illicite, le territoire d'un Etat membre qui leur a conféré le rang de trésor national, ils ne pourront faire l'objet de l'action en restitution prévue par la directive, et l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent ne sera pas tenu d'en subordonner l'exportation vers un Etat tiers à l'autorisation prévue par le règlement. Mais l'Etat ou le propriétaire du bien pourront exercer les actions qui leur sont ouvertes soit en vertu d'autres instruments internationaux soit en vertu du droit de l'Etat membre sur le territoire duquel le bien se trouve.

22. Tant pour l'interprétation du règlement que pour celle de la directive une question fondamentale a pour objet la détermination du caractère illicite du déplacement d'un bien culturel d'un Etat vers un autre. Selon le commentaire de l'exposé des motifs relatif à la directive, celle-ci "ne fait pas de distinction entre biens volés et biens non volés"⁴⁶. La suite du commentaire insiste surtout sur l'applicabilité de la directive à l'hypothèse d'une violation de "la législation de l'Etat requérant en matière de protection de trésors nationaux". Il est sans doute plus significatif que l'Etat puisse exercer l'action en restitution à l'égard d'un bien culturel volé qui a rang de trésor national. Dans ce cas, en effet, l'action en restitution s'ajoute aux actions civiles qui peuvent être exercées par le propriétaire du bien culturel, victime du vol.

45) Exposé des motifs, §§ 16-17, pp. 9-11.

46) Commentaire de l'article 1er de la directive, § 2, p. 20. Sur l'ampleur des vols d'objets d'art, v. notamment: WALSCH, James, "Stolen", Cover Story, *Time*, 25 novembre 1991, pp. 44-53.

23. L'attribution par l'article 5 de la directive d'une action à l'Etat au patrimoine culturel duquel appartient le trésor national qui a quitté illicitement son territoire écarte toute controverse relative au droit d'un Etat d'agir devant les tribunaux d'un autre Etat pour faire valoir une disposition de son droit public. L'action est exercée contre le détenteur du bien culturel et, si elle est fondée, le tribunal de l'Etat requis qui en a été saisi doit ordonner la restitution du bien culturel qui se trouve sur son territoire à la suite d'un déplacement illicite. L'article 8 de la directive fixe le délai de prescription de l'action en restitution. L'article 10 met à charge de l'Etat membre le paiement d'une indemnité équitable au profit de l'acquéreur du bien, à condition que celui-ci "prouve qu'il n'a pas pu ou dû savoir que le bien culturel a quitté illicitement le territoire de l'Etat membre requérant".

24. Bien que ni le texte de la directive ni l'exposé des motifs ne se réfèrent à ce problème, il y a lieu de déterminer la nature de l'action en restitution et son incidence sur la propriété du bien culturel "restitué" à l'Etat requérant.

Si le bien culturel appartient à l'Etat lui-même, l'action en restitution lui fait recouvrer la détention de la chose dont il a été illicitement dépouillé. Si un tel bien appartient à une collectivité publique autre que l'Etat, celui-ci agit pour le compte de cette collectivité et l'action en restitution a pour effet le retour du bien dans le patrimoine de la personne de droit public. Le plus souvent, dans les deux cas, l'illicéité de la dépossession s'est accompagnée d'un délit de droit commun, tel un vol. Mais on peut envisager l'hypothèse dans laquelle une collectivité publique aliénerait un bien culturel lui appartenant et que ce bien ait quitté le territoire de l'Etat sans l'autorisation d'exportation requise par la législation compétente. Si le bien culturel appartient à l'Etat lui-même, l'action en restitution organisée par la directive fait double emploi avec l'action civile en revendication que l'Etat pourrait exercer en sa qualité de propriétaire du bien; s'il appartient à une autre collectivité publique, on peut concevoir que celle-ci agisse parallèlement selon les voies judiciaires que lui offre le droit en vigueur dans l'Etat requis. Quand l'Etat n'est pas lui-même propriétaire du bien, il agit en vertu de son "domaine éminent" sur le patrimoine culturel de la nation. Au cas où l'Etat ou une autre collectivité publique aurait vendu un bien culturel, il ne laisse pas d'appartenir à l'autorité compétente de délivrer la licence d'exportation ou de refuser celle-ci. Toutefois, si le bien a été exporté sans cette autorisation, l'exercice de l'action en restitution risque de susciter une difficulté d'interprétation de l'article 10 de la directive (*supra*, no 23): la personne ayant acquis un bien culturel de l'Etat lui-même ou d'une autre collectivité publique a-t-elle "dû savoir" que l'exportation sans licence était illicite?

25. Quand les biens culturels ayant quitté de manière illicite le territoire d'un Etat membre de la Communauté appartenaient à un collectionneur privé, ce qui inclut un musée soumis à un régime de droit privé, la situation est plus complexe.

L'inventaire des trésors nationaux appartenant à des collections privées rencontrera des obstacles multiples, notamment l'anonymat qui s'attache à la propriété de meubles corporels. Sauf si le bien a fait l'objet d'une procédure de classement, il arrivera que l'Etat d'origine ne puisse faire valoir la protection de ce bien en tant que trésor national qu'après qu'il aura été exporté. Il importe dès lors que la législation mettant en oeuvre l'exception inscrite dans

l'article 36 du traité CEE prévoit une interdiction d'exportation pour certaines catégories de biens culturels afin de pouvoir démontrer le caractère illicite des faits qui ont accompagné le déplacement du bien.

Dans cette hypothèse aussi, il sera beaucoup plus fréquent que le bien ait été aliéné et, parfois même exporté, par son propriétaire. La seule cause du caractère illicite du déplacement du bien est alors la violation de la législation de l'Etat d'origine protégeant ses trésors nationaux.

Pour le cas de restitution du bien après paiement, par l'Etat, de l'indemnité prévue par l'article 10 de la directive, et alors que cet Etat n'est pas propriétaire du bien, il convient que sa législation règle les conditions dans lesquelles la collectivité publique ou le particulier rentré en possession du bien doit contribuer au remboursement de cette indemnité et, si le propriétaire a concouru à l'exportation illicite, être condamné à des dommages-intérêts au profit de cet Etat.

26. Tant pour l'application du règlement, en ce qui concerne la désignation de l'Etat compétent pour délivrer une autorisation d'exportation vers un Etat tiers (*supra*, no 20) que pour la mise en oeuvre de la directive sur la restitution, il y a lieu de fixer le facteur de rattachement du bien culturel à l'un des Etats membres, de déterminer le critère selon lequel il appartient au patrimoine culturel d'un Etat (ou d'une collectivité politique à l'intérieur de cet Etat).

Pour la délivrance de l'autorisation d'exportation, compétence est attribuée à "l'Etat membre sur le territoire duquel se trouvait, légalement à titre définitif, le bien culturel considéré au 1er janvier 1993". C'est donc un critère purement territorial, consolidant les situations acquises légalement et à titre définitif à la date fixée pour l'entrée en vigueur du règlement, qui déterminera, pour l'application de celui-ci, l'ampleur du patrimoine culturel d'un Etat. La notion de légalité doit sans doute se rapporter au droit du même Etat, ce qui consolide aussi les acquisitions faites dans le passé par voie de conquêtes.

Pour la mise en oeuvre de la directive, l'Etat d'origine du bien est l'Etat sur le territoire duquel le bien se trouve avant qu'il ne l'ait quitté de manière illicite, ce qui paraît confirmer le rattachement territorial prévu par le règlement. Toutefois, la seconde condition à laquelle l'article 1er de la directive subordonne l'exercice de l'action en restitution, à savoir qu'il s'agisse d'un trésor *national*, n'a fait l'objet d'aucun commentaire dans l'exposé des motifs. Ainsi, la question demeure ouverte et elle a fait l'objet d'assez nombreuses controverses.

Un Matisse illicitement exporté d'Italie vers les Etats-Unis est-il un trésor italien? Les autorités anglaises peuvent-elles interdire le transfert d'une statue de Canova aux Etats-Unis? Un Manet vendu à Londres est-il un trésor national anglais? Une jarre en porcelaine d'origine chinoise, d'époque Yüan, est-elle un "trésor national" français? Une juridiction américaine a répondu négativement à la première question⁴⁷, tandis que les autorités anglaises ont donné

47) *Jeanneret v. Vichey*,



Université catholique de Louvain



10.271.046

une réponse affirmative à la seconde et à la troisième⁴⁸. Le Conseil d'Etat de France a décidé, sur la quatrième question, que l'article 36 du traité CEE ne faisait pas obstacle à l'interdiction d'exportation prise par le gouvernement français⁴⁹. On renverra sur ce point aux réflexions judicieuses du professeur FERRER-CORREIA (*supra*, no 9).

Les critères appliqués au Royaume-Uni ne prennent pas en considération l'origine culturelle du bien: selon le commentaire officiel des *Waverley criteria*, un portrait de Velasquez offert par le roi d'Espagne au duc de Wellington appartient au patrimoine historique de l'Angleterre et les marbres d'Elgin sont en raison de leur importance artistique un trésor national britannique⁵⁰. En raison de leur application dans le temps, les instruments européens en projet ne menaceront pas les biens culturels de cette nature.

A l'égard de biens culturels qui quitteraient le territoire d'un Etat membre après la mise en vigueur du règlement et de la directive, il ne faudra toutefois pas exclure que la question soit un jour soumise à la Cour de justice des Communautés européennes, soit qu'un Etat membre s'oppose au déplacement d'un bien culturel vers un autre Etat membre, soit qu'il en réclame la restitution devant le tribunal d'un autre Etat membre, l'exercice par le premier Etat de ces facultés étant subordonné à la condition que ce bien soit un trésor *national* au sens de l'article 36 du traité CEE.

48) Sur le premier cas, v. JAYME, Erik, *Kunstwerk und Nation: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Jhg. 1991, Bericht 3, pp. 18-19. Sur le second: *Herald Tribune*, 7-8 March 1987, p. 16.

49) Conseil d'Etat, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture v. Genty*, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1987, p. 304.

50) CLARE, Maurice and TURNOR, Richard, "The Export Licensing Rules in the United Kingdom and the Waverley Criteria", 1 *International Journal of Cultural Property* (1992), pp. 273-295, pp. 278-286. Dans le même sens, en ce qui concerne la frise du Parthénon: BATOR, Paul M., "An Essay on the International Trade in Art", 34 *Stanford L. Rev.* (1982), pp. 275-384, pp. 299-301, pp. 306-307.



Université catholique de Louvain



10.271.046