

Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: questions choisies

MARC-ANDRÉ RENOLD*

Ars grata legi

(Devise d'Unidroit lors de la Conférence diplomatique
de Rome pour l'adoption de la Convention de 1995 sur
les biens culturels volés ou illicitement exportés)

* Professeur à l'Université de Genève, Avocat.

Table des matières

Introduction	141
A. La notion d'œuvre d'art et de bien culturel et sa relativité	141
I. Un bref retour aux sources: l'affaire de l' <i>Oiseau dans l'espace</i> de Brancusi	141
II. La relativité de la notion d'œuvre d'art et de bien culturel	143
B. L'œuvre d'art et le bien culturel sont créés ou découverts: l'artiste et l'archéologue	147
I. L'œuvre d'art et sa protection: l'exemple de la photographie dans le droit d'auteur et le droit des biens culturels suisse.	148
II. Le bien archéologique: sa découverte et sa protection	150
C. L'art est transmis licitement: le commerce de l'art et des biens culturels	153
I. La vente d'une œuvre d'art ou d'un bien culturel	153
1. Le droit applicable	154
2. Le régime juridique de la vente – le cas des faux et des défauts	156
3. Le régime juridique de la vente – le cas des objet volés	160
II. La vente aux enchères	162
1. Le droit applicable	162
2. Le régime juridique de la vente aux enchères – garanties et exclusions de garanties	163
III. La donation	166
1. Le droit applicable	166
2. Le régime juridique de la donation – les conditions, les charges et la révocation de la donation	167
IV. Le prêt et le dépôt	170
1. Le droit applicable	171
2. Qualification du contrat	171
3. Le régime juridique du prêt.	172
4. Le régime juridique du dépôt.	174
V. L'expertise	175
1. Le droit applicable	176
2. Qualification du contrat	176
3. Le régime juridique de l'expertise	177
VI. L'assurance	179
1. Le droit applicable	179
2. Le régime juridique de l'assurance	180
D. L'art est transmis illicitement: l'intervention de l'Etat dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels	182
I. La protection des biens culturels en droit suisse	183
II. La protection des biens culturels sur le plan international	185
1. Le système des accords bilatéraux	185
2. Le devoir de diligence	186
3. L'entraide judiciaire en matière pénale	188
4. Le nouveau droit douanier	190
5. La ratification de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats	190
6. Autres Conventions internationales, ratifiées (Conseil de l'Europe) ou non (Unidroit)	191
7. L'évolution du droit international privé	192

E. L'art est immortalisé: il entre au musée	193
I. L'arrivée des œuvres d'art au musée	193
1. Le droit de préemption	194
2. La datation en paiement	195
3. Politique d'acquisition et déontologie	195
II. Le départ des œuvres d'art du musée	196
F. L'art est sujet à controverses juridiques: le litige en droit de l'art	198
I. Les différents modes de résolution des litiges	198
II. Les solutions retenues	200
1. La médiation entre les cantons de Saint-Gall et Zurich à propos des manuscrits anciens	201
a. Les faits	201
b. L'accord de médiation du 26 avril 2006	202
2. La restitution (pure et simple ou avec contrepartie)	203
3. La restitution sous condition	204
4. La restitution accompagnée de mesures de collaboration culturelle	204
5. La reconnaissance formelle de l'importance pour l'identité culturelle	206
6. Les prêts (à long terme, provisoires, etc.)	206
7. Les donations	207
8. L'aménagement d'un régime de propriété particulier (co-propriété, trust, etc.)	208
9. L'exécution de copies	209
10. Le retrait de la requête en restitution en échange d'une indemnisation pécuniaire	209
11. Autres solutions envisageables	210
Conclusion	210

Introduction

Le droit de l'art et des biens culturels est une branche relativement récente du droit en Suisse. Si des colloques ont été organisés à l'Université de Genève depuis le milieu des années 1980¹, la recherche et l'enseignement ont réellement débuté dans cette même Université au début des années 2000². D'autres Universités suisses offrent maintenant des enseignements ou des recherches dans cette branche³ dont on peut dire qu'elle est véritablement en train de prendre son essor aujourd'hui.

L'art et le droit ont toutefois entretenu des relations depuis fort longtemps et l'on peut s'étonner de l'éveil assez tardif des juristes à l'analyse systématique des questions juridiques que posent les objets d'art et les biens culturels⁴. Qu'à cela ne tienne, la Société suisse des juristes s'y intéresse aujourd'hui et un état des lieux de certaines des questions qui se posent en la matière pourra, espérons-le, être utile.

Après un bref «retour aux sources» et une présentation de la relativité de la notion de l'œuvre d'art et du bien culturel (A), nous nous efforcerons de les suivre dans certains des aspects de leur parcours de vie qui nous paraissent les plus intéressants: la création ou la découverte (B), la circulation dans le commerce (C), le transfert illicite (D), l'immortalisation au musée (E) et enfin leur présence dans le prétoire ou dans d'autres lieux de résolution des litiges (F).

L'un des intérêts qu'offre le droit de l'art sur un plan intellectuel et pédagogique – qui est également un défi pour l'enseignant et le praticien – est sa grande transversalité. En effet, quasiment toutes les branches du droit sont concernées, telles le droit international (public et privé), le droit civil, le droit des obligations, le droit de la propriété intellectuelle, le droit administratif, le droit fiscal ou encore le droit pénal. Le présent rapport illustre, nous l'espérons, cette très grande richesse et variété du domaine.

A. La notion d'œuvre d'art et de bien culturel et sa relativité

I. Un bref retour aux sources: l'affaire de l'*Oiseau dans l'espace* de Brancusi

En guise d'introduction, qu'il nous soit permis de faire référence à l'une des causes célèbres du droit de l'art, l'affaire de l'*Oiseau dans l'espace*, décidée

1 C'est en 1984 que fut organisé à Genève, à l'initiative du Professeur Pierre Lalive, le premier colloque international sur la vente internationale des œuvres d'art.

2 Voir le Art-Law Centre News N° 7, mars 2003.

3 Notamment les Universités de Bâle, Zurich et Saint-Gall.

4 Pour une définition de cette branche et de ses différentes composantes, l'on se référera au rapport en langue allemande à la Société suisse des juristes par mon collègue de la Hochschule de Saint Gall, MARKUS MULLER-CHEN: Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, RDS 2010 II 5 ss.

par la Troisième Division de la Cour des Douanes des Etats-Unis le 26 novembre 1928⁵.

De quoi s'agissait-il? Dans sa préface à la retranscription intégrale, traduite en français, des minutes du procès, Margit Rowell l'énonce parfaitement: «L'objet du litige était une pièce de métal jaune, dont l'identification laissait les autorités américaines perplexes. De forme mince et fuselée, mesurant 1,35 m de haut et polie comme un miroir sur toute sa surface, elle suggérait aux uns un objet manufacturé – dont l'utilité demeurait cependant mystérieuse –, là où d'autres voyaient une œuvre d'art, aussi belle que celles exposées dans les plus grands musées du monde. Ainsi s'ouvrit à New York, en 1927, le plus célèbre procès autour de la définition de l'œuvre d'art: Brancusi contre Etats-Unis»⁶.

L'œuvre en question, réalisée par Brancusi au début des années 1920, faisait partie de l'envoi à New York en 1926 d'une vingtaine d'œuvres de l'artiste en vue d'une exposition dans une galerie new yorkaise. Tout le chargement, accompagné par Marcel Duchamp, fut saisi par la douane américaine et Brancusi sommé de payer 40% de la valeur déclarée. Devant d'énergiques protestations, les douanes acceptèrent de laisser entrer à titre provisoire et en vue de l'exposition l'ensemble des œuvres, mais elles décidèrent que les œuvres vendues seraient taxées à l'importation, comme n'importe quel objet manufacturé, en application de la législation douanière américaine⁷. L'exonération à titre d'œuvre d'art pourtant prévue par cette même législation douanière⁸ leur fut refusée.

L'Oiseau dans l'espace appartenait au photographe américain Edouard Steichen, un ami de longue date de Brancusi. Une fois l'exposition terminée et comme il avait l'intention de conserver l'œuvre de Brancusi chez lui aux Etats-Unis, Edouard Steichen se vit réclamer en janvier 1927 la somme de 240 dollars, soit le 40% du prix d'achat de la sculpture. L'exonération à titre d'œuvre d'art de *L'Oiseau dans l'espace* était définitivement refusée⁹. C'est alors que Brancusi, soutenu par Marcel Duchamp et plusieurs personnalités américaines défendant l'avant-garde européenne, décide d'agir en justice¹⁰.

Un procès haut en couleurs s'ensuivit, avec d'un côté des témoignages d'artistes américains défenseurs du classicisme et totalement opposés à reconnaître à la création de Brancusi les caractéristiques d'une œuvre d'art et, de l'autre, le soutien de grands connaisseurs de l'art contemporain de l'époque pour lesquels la nature artistique de l'œuvre de Brancusi ne faisait aucun doute.

5 Voir Brancusi contre Etats-Unis, 10 ss; les considérations qui suivent ont été publiées en langue allemande dans le chapitre premier de l'ouvrage Kultur Kunst Recht, pp 23 ss. Le livre contient également une reproduction de l'œuvre en question.

6 Brancusi contre Etats-Unis, 5.

7 Article 399 du Tariff Act des Etats-Unis de 1922.

8 Article 1704 du même Tariff Act.

9 Voir le récit de Steichen cité dans Brancusi contre Etats-Unis, 119–120.

10 Brancusi contre Etats-Unis, 119–120.

L'enjeu était de taille et les trois juges de la Cour des douanes eurent fort à faire devant les opinions contradictoires, relayées par la presse américaine de l'époque et que Brancusi surnomma d'ailleurs «le brouhaha»¹¹. Brancusi lui-même, rentré en France après son exposition américaine, fut interrogé en novembre 1927 par une commission rogatoire au Consulat des Etats-Unis à Paris; son témoignage est une illustration très authentique sur sa façon de créer¹². Enfin, le 26 novembre 1928, la Cour des douanes rend son jugement: l'œuvre de Brancusi doit être considérée comme une œuvre d'art et peut, par conséquent, être importée définitivement aux Etats-Unis sans qu'aucun droit de douane ne doive être payé. Il s'agit-là d'une magnifique consécration de la libre circulation des œuvres d'art contemporaines¹³.

La décision, historique et – disons-le – révolutionnaire, se distancie de décisions américaines antérieures qui, encore jusqu'en 1916, exigeaient qu'une sculpture fût figurative pour être reconnue comme une œuvre d'art au sens de la législation douanière. Or la Cour des douanes n'hésite pas à prendre ses distances par rapport à cette approche conservatrice et elle conclut son jugement de manière magistrale:

«Entre temps, une école d'art dite moderne s'est développée dont les tenants tentent de représenter des idées abstraites plutôt que d'imiter des objets naturels. Que nous soyons ou non en sympathie avec ces idées d'avant-garde et les écoles qui les incarnent, nous estimons que leur existence comme leur influence sur le monde de l'art sont des faits que les tribunaux reconnaissent et doivent prendre en compte.

Il nous apparaît que l'objet sur lequel nous devons statuer n'a d'autres fins que décoratives, que sa finalité est la même que celle de n'importe quelle sculpture des maîtres anciens. Il est beau et de lignes symétriques, et en dépit d'une certaine difficulté à pouvoir l'assimiler à un oiseau, il n'en demeure pas moins agréable à regarder et d'une grande valeur ornementale. Et considérant sur la foi des témoignages qu'il s'agit de la production originale d'un sculpteur professionnel, d'une sculpture et d'une œuvre d'art selon des experts mentionnés ci-dessus, nous recevons la plainte et jugeons que l'objet a titre à l'entrée en franchise en vertu [du droit douanier américain].»¹⁴

II. La relativité de la notion d'œuvre d'art et de bien culturel

La notion d'œuvre d'art est tout d'abord relative dans *le temps*. Ce qui est une œuvre d'art aujourd'hui ne l'était pas nécessairement hier. La notion d'œuvre d'art évolue avec le temps, ce qui se comprend bien puisque l'art est le produit d'une société qui évolue elle aussi. La difficulté va évidemment résider dans le fait que l'artiste peut être en «décalage» avec la société et les courants plus «classiques» qui y sont représentés.

11 EDELMAN, 7 ss; Brancusi contre Etats-Unis, 12; ADAMS, 58.

12 Brancusi contre Etats-Unis, 47 ss.

13 Brancusi contre Etats-Unis, 7 et 8.

14 Brancusi contre Etats-Unis, 113 ss; ADAMS, 58; EDELMAN, 147.

Dès l'antiquité, la définition de l'œuvre d'art a préoccupé les esprits. Elle a d'abord été liée à celle de beauté ou de divinité. Dans le fameux dialogue de Platon intitulé «Hippias majeur», Socrate demande à Hippias ce qu'est le beau. Ce dernier lui répond que le beau est représenté par une jeune fille. Socrate rétorque qu'il existe aussi de beaux chevaux ou des belles lyres. A la grande stupéfaction d'Hippias, Socrate va même jusqu'à se demander s'il existe de belles marmites. Il conclut en disant qu'il n'existe pas de définition du beau mais qu'il se concrétise par des manifestations, telles que la forme, l'aspect visuel, l'odeur ou la saveur, procurant une expérience sensorielle¹⁵. Depuis la période classique et jusqu'au 19^e siècle, les œuvres d'art, pour être considérées comme telles, devaient toujours présenter des caractéristiques d'esthétique¹⁶. On les décrivait d'ailleurs en anglais comme appartenant aux «*fine arts*». Dès le début du 20^e siècle et avec l'apparition de l'art moderne, le critère de beauté n'a plus été nécessaire pour qu'un objet puisse être considéré comme de l'art¹⁷. Les œuvres «*ready made*» en sont un parfait exemple. Lors du «salon des indépendants» organisé à New York en 1917, Marcel Duchamp a voulu exposer l'œuvre, aujourd'hui célèbre, intitulée *Fontaine* et qui consistait en un simple urinoir manufacturé et acheté auprès d'une compagnie de sanitaires new yorkaise. Les organisateurs ont refusé de présenter *Fontaine* sous prétexte qu'il ne s'agissait pas d'une œuvre d'art, même si elle est aujourd'hui considérée comme l'une des grandes œuvres du 20^e siècle. L'œuvre d'art n'est plus seulement dirigée par des critères de beauté, mais bien plus par l'intention de véhiculer un message et de provoquer une réaction¹⁸.

L'affaire de l'*Oiseau dans l'espace* de Brancusi, tout comme celle de la *Fontaine* de Marcel Duchamp, illustrent la relativité dans le temps de la notion d'œuvre d'art de manière tout à fait claire. Le douanier, à l'importation en 1926 de l'œuvre de Brancusi, s'est fondé sur le sentiment général prévalant à l'époque aux Etats-Unis et confirmé par les témoignages conservateurs et critiques face à l'art abstrait: pour eux, la création de Brancusi ne pouvait pas être une œuvre d'art, car elle était non figurative. Le douanier préférera donc la qualification d'objet manufacturé, sans pour autant pouvoir lui trouver une quelconque utilité... Fort heureusement du point de vue de l'avancement des idées et du droit, la Cour s'est placée, quant à elle, sur un plan évolutif: l'objet en question n'était peut-être pas une œuvre d'art hier, autrement dit selon les canons du XIX^e siècle, mais elle l'est au moment du jugement (1928) au vu de l'évolution de la création artistique et devant la naissance du mouvement de l'art abstrait¹⁹.

15 PLATON, Œuvres complètes, Tome I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1940.

16 FISCHER, 1.

17 SCHACK, 7.

18 SCHACK, 7.

19 Voir dernier considérant du jugement de 1928 cité *supra* note 14.

L'évolution ultérieure de l'art et de sa réception dans la société donnent d'ailleurs entièrement raison aux juges américains de 1928: plus personne à l'heure actuelle ne contesterait le fait que les créations de Brancusi, telles l'*Oiseau dans l'espace*, ne puissent avoir les caractéristiques d'une œuvre d'art.

D'ailleurs, il n'est pas sans intérêt de relever qu'aujourd'hui la situation a évolué encore plus loin par rapport à ce que l'on aurait pu envisager en 1928: si l'on a pu hésiter à l'époque à reconnaître le caractère d'œuvre d'art à l'œuvre de Brancusi, elle est perçue aujourd'hui comme appartenant au patrimoine culturel, non seulement français, mais aussi d'autres pays. Il ne fait en effet guère de doute qu'à teneur du droit français une création de Brancusi telle l'*Oiseau dans l'espace* serait considérée comme faisant partie du patrimoine culturel français et ne pouvant être exportée de France sans autorisation²⁰. Mais il en va de même de la situation dans d'autres pays. C'est ainsi que lorsqu'une œuvre similaire fut proposée à la vente en 2003 à la Tate Gallery à Londres, celle-ci se refusa de l'acquérir au motif qu'elle appartenait peut-être au patrimoine culturel indien²¹. En effet, Brancusi avait créé plusieurs de ses œuvres à la demande du Maharadjah d'Indore en vue de la création d'un mausolée en mémoire de sa première épouse. L'une de ses œuvres se retrouva, après le décès du Maharadjah, hors du territoire indien et fut proposée à la Tate Gallery, dont les trustees refusèrent l'acquisition au motif qu'ils craignaient une action en retour de la part de l'Union de l'Inde.

La notion d'œuvre d'art est également relative dans l'*espace*. L'œuvre de Brancusi nous offre à cet égard une perspective intéressante sur la comparaison des conceptions de l'art d'un Etat à l'autre. En effet, il n'est pas sans intérêt de relever qu'à l'époque de la décision américaine, la situation était bien différente en France et aux Etats-Unis: Brancusi étant un artiste déjà fort reconnu en France à l'époque, il n'y a guère de doute qu'une œuvre telle que l'*Oiseau dans l'espace* eût été reconnue comme une œuvre d'art en France, en particulier sous l'angle de l'originalité et plus particulièrement du droit d'auteur²². Les conceptions de l'art étant très différentes d'un Etat à l'autre, la question qui s'est posée devant le tribunal des Etats-Unis ne se serait certainement pas posée de la même manière devant un tribunal français et n'aurait peut-être pas reçu la même réponse.

Enfin, la notion d'œuvre d'art est relative selon le *domaine juridique concerné*: tout en restant à l'intérieur d'un même ordre juridique, l'on ne se trouvera pas toujours face à une définition uniforme de l'œuvre d'art. C'est ainsi que les questions qui se posaient au tribunal américain en 1928 étaient typiquement des questions de nature douanière: l'objet importé aux USA était-il une

20 Voir au sujet des règles françaises de contrôle à l'exportation d'œuvres d'art CORNU/MALLET-POUJOL, 240 ss.

21 BAILEY MARTIN, What happened to the Maharajah of Indore's Brancusi birds, *The Art Newspaper* 145 (Mars 2004) 12.

22 Sur la comparaison entre l'approche française et américaine dans ce contexte, voir en particulier EDELMAN, 67 ss.

œuvre d'art, ce qui lui permettrait de bénéficier d'un statut douanier spécifique? Il n'est pas certain que la question se fût posée de la même façon si le litige avait concerné un autre domaine du droit, par exemple le droit d'auteur ou le droit fiscal. C'est précisément ce que constate Paul Kearns dans son ouvrage-clé sur le sujet: une approche analytique lui permet d'établir que la notion d'œuvre d'art n'est pas la même en droit pénal, en droit fiscal, en droit douanier ou encore en droit des trusts ou de la circulation internationale des œuvres d'art²³.

C'est ainsi que l'on peut constater en droit suisse que l'œuvre d'art reçoit des définitions différentes selon que l'on est en droit d'auteur, en droit de la circulation internationale des biens culturels ou encore en droit fiscal. Dans le domaine du droit d'auteur la définition se concentre sur la notion d'originalité ou d'individualité de l'œuvre; en droit de la circulation internationale des œuvres d'art, l'on approche la question sous l'angle de la notion de bien culturel; enfin en droit fiscal la définition de l'œuvre d'art se concentre sur l'exécution de l'œuvre par l'artiste lui-même ou sous son contrôle. Il n'est pas sans intérêt d'examiner brièvement ces trois domaines du droit.

Pour ce qui concerne tout d'abord le *droit d'auteur*, l'article 2 al. 1 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)²⁴ donne une définition légale de l'œuvre (d'art) en la considérant comme «toute création de l'esprit, littéraire ou artistique ayant un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination». L'article 2 al. 2 LDA précise ensuite la notion de «création de l'esprit» en proposant une liste exemplative de catégories d'œuvres pouvant être appréciées comme telles. Il s'agit notamment des œuvres recourant à la langue qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres, des œuvres musicales et acoustiques, des œuvres des beaux arts (peinture, sculpture, etc.), des œuvres d'architecture, d'arts appliqués, des œuvres photographiques et cinématographiques, etc.²⁵. Au vu du nombre de catégories d'œuvres pouvant être considérées comme «création de l'esprit», l'appartenance de l'œuvre à la littérature ou à l'art constitue une condition relativement souple. Les contours de ces deux domaines doivent être interprétés de manière large²⁶.

La condition d'individualité de l'œuvre se rapproche de la notion d'originalité. Ainsi, pour juger du caractère individuel d'une œuvre, il est nécessaire de la placer «dans son environnement» en la comparant à d'autres biens du même type afin de vérifier qu'elle se détache suffisamment de ce qui existe déjà pour pouvoir être considérée comme nouvelle²⁷.

23 PAUL KEARNS, *The Legal Concept of Art*, Oxford 1998.

24 RS 231.1.

25 La définition d'œuvre d'art au sens de l'article 2 LDA correspond sous réserve de quelques exceptions à la définition prévue par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971 (Convention de Berne; RS 0.231.15).

26 BARRELET/EGLOFF, ad art. 2 LDA n. 7.

27 Voir dans le domaine de la photographie les jurisprudences, discutées *infra* sous B. I., ATF 130 II 168 = JdT 2004 I 285 et ATF 130 III 714 = JdT 2004 I 281.

Concernant ensuite la *circulation internationale des biens culturels*, la LTBC²⁸ traite indirectement de la notion d'œuvre d'art à travers celle des biens culturels, définis à l'article 2 al. 1 LTBC. Ces deux notions peuvent en effet s'entre-couper mais l'on ne peut pas affirmer que de manière générale toute œuvre d'art fasse partie des biens culturels au sens de la LTBC et vice versa. L'article 2 al. 1 LTBC, bien que prévoyant une définition large des biens culturels, contient certaines conditions que toute œuvre d'art, quand bien même elle serait protégée par l'article 2 LDA, ne remplit pas nécessairement.

Enfin, la notion d'œuvre d'art du point de vue du *droit fiscal* peut être comprise encore différemment²⁹. Ainsi, pour prendre l'exemple de la TVA, l'ancienne ordonnance sur la TVA du 29 mars 2000³⁰ – récemment abrogée – contenait, sous la forme d'une liste détaillée, une définition précise et très complète de ce qu'était un objet d'art du point de vue de la TVA, ceci en vue de pouvoir bénéficier du système dit de l'imposition à la marge. Il s'agissait d'objets d'art de toutes formes (tableaux, gravures, sculptures, tapisseries, céramiques, émaux, photographies, etc.) exécutés directement par l'artiste ou sous son contrôle (pour les sculptures et les photographies). Ce système n'ayant pas été repris dans la nouvelle loi sur la TVA du 12 juin 2009, la nouvelle ordonnance sur la TVA ne contient plus de définition détaillée de l'objet d'art³¹.

Nous pouvons conclure sur cette question de la notion de l'œuvre d'art que, comme cela ressort de l'affaire de l'*Oiseau dans l'espace* de Brancusi, cette notion est, également en droit suisse, une notion mouvante et en perpétuelle évolution avec son temps, que ce soit au travers de l'esprit des créateurs, des valeurs sociales ou des progrès technologiques. Cette notion doit donc être évaluée et réinterprétée dans chaque cas concret, car toutes les œuvres sont différentes et uniques. La relativité de l'œuvre d'art dans le temps, dans l'espace et selon le domaine juridique est ainsi une réalité indiscutable.

B. L'œuvre d'art et le bien culturel sont créés ou découverts: l'artiste et l'archéologue

Tout commence par une création: c'est l'œuvre de l'artiste. En effet, sans l'artiste il n'y pas d'art et donc pas de droit de l'art (I). L'art peut aussi disparaître, puis réapparaître sous terre ou dans l'eau, c'est-là le résultat du travail de découverte de l'archéologue (II). Il est utile d'étudier d'un peu plus près l'activité

28 Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC; RS 444.1).

29 Voir d'une manière générale sur ce sujet OBERSON/MARAIA, 937 ss, 973 ss.

30 Ordonnance du 29 mars 2000 relative à la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OLTVA; RO 2000 1347).

31 Voir la nouvelle Ordonnance du 27 novembre 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA; RS 641.201) prise en application de la Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA; RS 641.20).

de ces deux catégories de personnes et comment l'Etat peut intervenir pour protéger leur activité ou le résultat de celle-ci.

I. L'œuvre d'art et sa protection: l'exemple de la photographie dans le droit d'auteur et le droit des biens culturels suisse.

La création artistique est protégée de longue date par le droit d'auteur. Sans vouloir remonter à Beaumarchais ou Victor Hugo – ardents défenseurs de la propriété littéraire et artistique³² – souvenons-nous que la Suisse a légiféré sur le sujet en 1922 déjà, dans la mouvance de la protection des droits d'auteur par les conventions internationales, notamment de Berne. Entièrement revue en 1992, la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins protège l'activité créatrice des artistes et inclut dans la liste des œuvres protégées de son article 2, on l'a vu, les œuvres photographiques. Toutefois, la protection des œuvres photographiques ne va pas de soi, en particulier sous l'angle de leur originalité ou, pour reprendre le terme de la LDA, de leur individualité. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a eu à se pencher récemment sur deux cas pour lesquels il n'est pas arrivé à la même solution³³.

Il a dû tout d'abord se demander si un instantané («snapshot»), pris par le spectateur d'un concert de Bob Marley, était original et pouvait donc bénéficier de la protection de la LDA. Estimant que c'était «l'individualité de l'œuvre et non l'individualité de l'auteur»³⁴ qui devait être protégée, le Tribunal fédéral a relevé qu'une photo pouvait très bien être protégée par le droit d'auteur, eu égard notamment au choix de l'objet représenté, au cadrage de la photo au moment du déclenchement de celle-ci ou l'utilisation d'un certain objectif, d'un filtre ou d'un film particulier, etc. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral reconnaît, à l'image du Tribunal américain dans l'affaire de *l'Oiseau en vol*, le caractère plaisant, voire intéressant, de la photographie de Bob Marley, la position particulière du chanteur et ses boucles rasta «volantes». Il en déduit l'indiscutable individualité de l'œuvre, indépendamment de la technique particulière utilisée en l'espèce³⁵.

Sept mois plus tard, le Tribunal fédéral était amené à répondre à la même question à propos d'un cliché représentant Christophe Meili, tenant deux registres de procès-verbaux de l'UBS, publié dans le cadre de l'affaire des fonds en déshérence, notamment par la BBC en 1997³⁶. Cette photo participa du grand remous que causa l'affaire et elle eut incontestablement un certain écho. Mais le Tribunal fédéral relève que le fait que la photographe ait «été au bon moment au bon endroit pour photographier Ch. Meili avec les registres ne conduit pas auto-

32 LUCAS/LUCAS, nn. 6 ss.

33 DE WERRA, 456 s.

34 ATF 130 III 168 = JdT 2004 I 285, 289.

35 ATF 130 III 168 = JdT 2004 I 285, 290; DE WERRA, 456.

36 ATF 130 III 714 = JdT 2004 I 281.

matiquement à la protection de sa photographie en droit d'auteur³⁷». Selon lui, le caractère individuel ne dépend pas de l'historique de l'œuvre, mais bien plus des moyens mis en œuvre pour créer une œuvre unique (choix des objets, cadrage, moment du cliché, etc.). Or en l'espèce, selon le Tribunal cantonal, suivi par le Tribunal fédéral, «cette composition serait le fait de quiconque souhaiterait montrer que Ch. Meili était en possession des registres en question. Toutes les autres ressources de la technique photographique seraient banales et correspondraient à ce qu'une caméra automatique simple eût choisi³⁸».

On ne peut qu'abonder dans le sens du Tribunal fédéral. La recherche du scoop, déjà suffisamment sanctionnée par notre société, ne saurait en plus être protégée par le droit d'auteur. Certes, rien n'empêche qu'un tel scoop puisse aussi être d'une originalité telle qu'il tombe dans l'escarcelle des œuvres protégées, mais cela ne doit en tous les cas pas être automatique. Quant à l'instantané, s'il présente l'originalité nécessaire, et tel était bien le cas en l'espèce, il doit être reconnu comme une œuvre d'art au sens du droit d'auteur. La simplicité de la technique utilisée ne permet pas d'exclure la création artistique.

Ayant ainsi séparé le bon grain de l'ivraie, une curiosité apparaît sous l'angle de la protection de la création photographique en tant que bien culturel. Intuitivement l'on comprend bien que l'Etat interviendra à partir d'un certain degré d'«importance» pour protéger l'œuvre photographique en tant que bien culturel³⁹. Sans vouloir ici nous perdre dans la grande question de la définition du bien culturel, nous aimerions toutefois relever une petite incongruité de notre droit en la matière. La définition des biens culturels meubles a sa source en droit suisse depuis le 3 janvier 2004 dans la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels⁴⁰. D'une manière un peu étrange, la définition de la Convention de l'UNESCO, si elle énumère de façon exhaustive à son art. 2 l'ensemble des biens culturels d'«importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science», ne dit mot sur la photographie en tant que telle. Certes les archives photographiques font partie de la liste (art. 2 lit. j de la Convention de l'UNESCO), mais que dire de la photographie en tant que telle?

Dans l'élaboration de la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels⁴¹, la loi suisse de mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 1970, notre législateur n'a malheureusement pas saisi la perche que lui tend la Convention. En effet, s'agissant d'une Convention qui n'est pas directement applicable («non self-executing»), l'art. 1 de la Convention demande aux Etats de

37 ATF 130 III 714 = JdT 2004 I 281, 284.

38 ATF 130 III 714 = JdT 2004 I 281, 282; GLAUS/STUDER, 27 s.

39 Il suffit de songer aux importantes collections photographiques de plusieurs musées suisses, tels le Musée de l'Elysée à Lausanne ou le Fotomuseum à Winterthur.

40 RS 0.444.1 (ci-après Convention de l'UNESCO de 1970).

41 RS 444.1 (ci-après LTBC).

«désigner» les biens culturels qui sont d'importance pour lui. Il eût été facile pour la Suisse d'indiquer dans sa loi d'application qu'elle considérait la photographie comme faisant partie des biens culturels protégés en Suisse. Même si la liste de l'art. 1 est exhaustive, la lettre g contient une clause «échappatoire» puisqu'elle parle de biens d'intérêt artistique *tels que* tableaux, art statuaire, etc.⁴² L'énumération sous cette catégorie n'étant pas exhaustive et la photographie figurant indiscutablement parmi les biens d'intérêt artistique, nous aurions pu le préciser en adoptant la LTBC. Malheureusement, le législateur s'est contenté dans sa définition des biens culturels d'un renvoi à la Convention de l'UNESCO, ce qui n'est guère satisfaisant⁴³.

II. Le bien archéologique: sa découverte et sa protection

La structure confédérale de la Suisse amène à ce que les biens archéologiques aient un double statut, fédéral et cantonal.

Sur le plan fédéral la réglementation est celle du Code civil, en l'occurrence l'art. 724 qui contient *in nuce* une réglementation fédérale des biens archéologiques. Que nous-dit-il?

Quant à la définition, bien peu de chose: le dispositif s'applique aux «curiosités naturelles et antiquités qui n'appartiennent à personne et qui offrent un intérêt scientifique». Si l'on laisse les curiosités naturelles de côté, il doit donc s'agir (1) d'antiquités (2) qui n'appartiennent à personne et (3) qui présentent un intérêt scientifique.

1. *L'antiquité* n'est pas définie dans le Code civil. D'autres textes, notamment internationaux nous en disent un peu plus. C'est ainsi que la Convention de l'UNESCO de 1970, quand elle parle «d'objets d'antiquité» se réfère à des biens qui ont «plus de cent ans d'âge tels que inscriptions, monnaies et sceaux gravés» (art. 1 lit. e). Quant à la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) de 1992⁴⁴, elle définit comme éléments du patrimoine archéologique «tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité dans le passé» (art. 1 al. 2). L'âge est donc un critère retenu (également en droit de l'Union européenne), mais pas le critère de l'ensevelissement ou de l'immersion, qui sont pourtant importants en matière archéologique. Le caractère enfoui (ou caché) de l'objet est en revanche un élément pertinent pour la définition du trésor au sens de l'art. 723 CCS.
2. Cette antiquité ne doit pas avoir de *propriétaire connu*. Cela permet de distinguer l'antiquité du simple objet trouvé au sens de l'art. 720 CCS. En revanche le trésor de l'art. 723 n'a lui non plus pas de propriétaire et il sera

42 GABUS/RENOLD, art. 2 n. 6.

43 Art. 2 al. 1 LTBC.

44 RS 0.440.5.

parfois difficile de distinguer un trésor d'une antiquité: en effet il arrivera assez souvent qu'un trésor contienne des objets d'intérêt scientifique.

3. Enfin l'antiquité doit présenter un *intérêt scientifique*. Cet intérêt n'est lui non plus pas défini dans la loi, mais l'on peut comprendre cet intérêt comme le fait l'Office fédéral de la culture pour les biens culturels: il propose en effet de se poser la question de savoir si l'objet en question est «*museumsfähig*», autrement dit s'il est propre à entrer dans un musée⁴⁵. Une analyse historique est ici intéressante: l'ancienne version (avant 2005) de l'art. 724 exigeait un intérêt scientifique «considérable», ce que ne fait plus le nouveau texte. Le législateur a donc sciemment étendu – et de beaucoup – le champ d'application de la règle. On peut raisonnablement penser que tout objet ou partie d'objet antique pourra avoir un intérêt scientifique et sera par conséquent soumis au régime spécial du Code civil.

Quel est donc ce régime des biens archéologiques? L'art 724 CCS, dans sa version modifiée lors de l'adoption de la LTBC, prévoit que les antiquités sont la propriété du canton sur le territoire duquel elles ont été trouvées(1), qu'elles sont inaliénables (2), imprescriptibles (3) et qu'elles ne peuvent être acquises de bonne foi (4). En outre, le propriétaire du fonds où l'antiquité a été trouvée est tenu de tolérer les fouilles nécessaires à l'occasion desquelles il pourra prétendre à une indemnité (5). Enfin, l'auteur de la découverte a droit à une indemnité équitable qui n'excédera pas la valeur de la chose (6).

1. Le principal aspect de la réglementation des antiquités est la propriété automatique du canton. Cet aspect de la réglementation des biens archéologiques est fondamental. L'idée sous-jacente à ce principe est que le sous-sol appartient à l'Etat et que tout objet s'y trouvant doit lui appartenir. La Suisse n'est pas isolée de ce point de vue: la France, l'Italie, la Grèce, la Turquie ou encore l'Egypte ont un régime similaire concernant les antiquités trouvées dans leur sous-sol.

Avec l'adoption de la LTBC le texte de l'art. 724 a été modifié, en ce que les objets en questions *sont* la propriété du canton, alors que le texte d'origine prévoyait que les biens en question *deviennent* la propriété du canton. Une controverse doctrinale avait surgi au sujet de l'interprétation de ce terme, la question étant de savoir s'il y avait acquisition automatique de la part du canton ou s'il fallait un acte d'appropriation de sa part. Un litige concernant des stèles turques acquises par le Musée des antiquités de Bâle montra l'importance de la question⁴⁶. Trouvées en Turquie puis exportées en Europe et ac-

45 RASCHÈR/RENOLD, 316 ss; Informations de l'Office fédéral de la culture du 1^{er} décembre 2006 «Liste de contrôle: le bien culturel» (www.bak.admin.ch/themen/kulturgetertransfer/02354/index.html?lang=fr).

46 Basler Juristische Mitteilung (BJM 1997 17 ss); sur cet arrêt, voir aussi MÜLLER-CHEN/RENOLD, 298 s.

quises par le Musée bâlois, les stèles ne purent être revendiquées par la Turquie au motif qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un acte d'appropriation formel de la part de L'Etat turc⁴⁷. Afin d'éviter ce genre de difficultés, le législateur modifia la teneur de l'art. 724.

2. Les biens culturels en question sont inaliénables. S'agissant de la propriété de l'Etat, les antiquités découvertes en Suisse appartiennent au canton. Quiconque trouve un tel bien a le devoir de le remettre aux autorités compétentes, à défaut il commet une appropriation illégitime, voire un vol.
3. Les biens culturels sont imprescriptibles, ce qui signifie qu'ils ne peuvent être acquis par prescription acquisitive. L'art. 724 bloque donc, pour les antiquités, l'application de l'art. 728 qui fonde l'acquisition par l'écoulement du temps: 30 ans de possession sont dorénavant nécessaires à l'acquéreur d'un bien culturel pour en devenir propriétaire par *usucapion*. Mais cela n'est donc pas possible pour les antiquités.
4. Les biens culturels ne peuvent faire l'objet d'une acquisition de bonne foi. Ici aussi le fonctionnement normal des règles sur l'acquisition de bonne foi, en particulier les art. 923 ss CCS est paralysé. L'acquéreur ne pourra exciper de sa bonne foi pour justifier d'un titre de propriété ou pour prétendre à une indemnité.
5. La nécessité de tolérer les fouilles. L'art 724 al. 2 traite de la question des fouilles subséquentes qui risquent de s'imposer au propriétaire du terrain sur lequel une antiquité a été découverte: s'agissant d'une restriction à son droit de propriété de telles fouilles doivent avoir une base légale, rôle que remplit l'art 724 al. 3 CCS. Une indemnité visant à couvrir le préjudice devra être versée au propriétaire.
6. L'indemnité équitable de l'auteur de la découverte. L'art. 724 al. 4 CCS prévoit l'obligation de verser une indemnité équitable à l'auteur de la découverte. La loi ne prévoit pas qui a la charge du paiement d'une telle indemnité, mais il semble évident que cela devra être le canton.

La réglementation des découvertes archéologiques et du statut des biens archéologiques contient deux limites importantes. Il n'est en premier lieu indiqué nulle part que l'antiquité découverte ne doit pas être déplacée, voire exportée de son lieu de découverte. Rien ne semble donc s'opposer en droit fédéral à ce qu'une telle exportation puisse avoir lieu. Ce sera donc au droit cantonal de prévoir une telle restriction, ce que font certains cantons (tel Fribourg ou le Tessin).

La seconde limite, qui est une conséquence directe de la première, est la suivante: le législateur ne peut donner d'effet extraterritorial à ses lois, ce qui im-

47 Etant donné que le Code civil suisse a été repris par le Code civil turc, ce dernier était sur ce point identique au code civil suisse (jusqu'à la modification apportée par l'adoption de la LTBC).

plique qu'une fois transporté à l'étranger, le bien archéologique pourra être acquis, ce qui enlève évidemment beaucoup d'effectivité à la réglementation de droit interne. L'hypothèse est d'ailleurs un classique du droit de l'art et des biens culturels, qui a fréquemment fait l'objet de décisions judiciaires. Ainsi, en France, le Baron Pichon acquérait-il en 1873 un ciboire qui s'avérait provenir de la Cathédrale de Burgos en Espagne. L'ayant acquis de bonne foi en France, il sera protégé devant les tribunaux français, et ce malgré l'indisponibilité dont l'objet était frappé en Espagne⁴⁸. De nombreux autres exemples existent en droit comparé⁴⁹.

Sur le plan cantonal, l'archéologie dispose d'une réglementation souvent assez touffue, généralement sous l'angle de la protection des monuments et des sites archéologiques. Différents niveaux de protection sont instaurés, allant de l'inventaire au classement et au droit de préemption. Pour les biens meubles, il existe aussi des restrictions à l'exportation. La jurisprudence du Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction d'exporter une collection d'antiquités, prononcée sur la base du droit tessinois en la matière, valait expropriation matérielle et devait donner lieu à indemnité⁵⁰.

C. L'art est transmis licitement: le commerce de l'art et des biens culturels

Une fois créé ou trouvé, l'objet d'art ou le bien culturel peut entrer dans le commerce et se mettre à circuler. C'est l'essence même de la création artistique: l'art est créé pour être vu, ce qui implique qu'il circule. La circulation, sous l'angle juridique, implique divers types d'opérations. On en retiendra un certain nombre ici, qui seront examinées sous l'angle tant de la détermination du droit applicable que du droit de fond: la vente (I), la vente aux enchères (II), la donation (III), le prêt ou le dépôt (IV), l'expertise (V) et l'assurance (VI)⁵¹.

I. La vente d'une œuvre d'art ou d'un bien culturel

Le contrat principal dans le commerce international de l'art est le contrat de vente d'une œuvre d'art, aussi appelé «private treaty sale» en anglais ou «vente de gré à gré» en français. Des questions de droit applicable peuvent se poser (1), ainsi que la «vexata quaestio» de la vente d'un faux (2) ou de celle de la vente d'un objet volé (3). Nous étudierons ces questions principalement sous

48 Duc de Frias contre Baron Pichon, Tribunal civil de la Seine, 17 avril 1885, JDI 1886 590.

49 Voir RENOLD, Ubiquitous Question of Good Faith, 251 ss.

50 ATF 113 Ia 368 = JdT 1989 I 411 (Balli).

51 Les pages qui suivent ont été publiées par l'auteur en langue allemande dans le chapitre 8 de l'ouvrage MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR, Kultur Kunst Recht, 531 ss.

l'angle du droit international privé⁵² et du droit matériel suisse⁵³, sous réserve de quelques incursions en droit international et en droit comparé.

1. *Le droit applicable*

Au vu de l'internationalité du marché de l'art, la vente d'une œuvre d'art sera le plus souvent *internationale* et il conviendra donc dans un premier temps de déterminer le *droit applicable* à ce contrat⁵⁴.

La question de la loi applicable à un contrat de vente internationale d'objets mobiliers est traitée à l'article 118 de la LDIP qui renvoie à la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels⁵⁵. A teneur de cette Convention, les ventes internationales d'objets mobiliers corporels, auxquels appartiennent les objets d'art, sont soumises à la loi interne du pays désigné par les parties au contrat (art. 2 de la Convention).

A défaut d'élection de droit, la LDIP prévoit que le contrat est soumis au droit avec lequel il présente les liens les plus étroits, ces liens étant présumés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (art. 117 al. 1 et 2 LDIP). La prestation caractéristique est celle de l'aliénateur dans le cas des contrats d'aliénation du type de la vente. La Convention de la Haye a choisi un système similaire, puisqu'elle prévoit qu'à défaut du choix d'une loi applicable la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. C'est donc bien la loi de la résidence habituelle de celui qui aliène l'objet qui régit le contrat en l'absence d'une élection de droit (art. 3 al. 1 de la Convention de la Haye).

Une exception fréquemment oubliée et prévue par la Convention de la Haye à son art. 3, al. 3 rattache le contrat de vente à la loi du pays où l'*acheteur* a sa résidence habituelle, si c'est dans ce même Etat que le vendeur a reçu la commande: autrement dit, si le vendeur se déplace dans le pays de résidence de l'acheteur ou que le contrat y est conclu par l'intermédiaire d'un représentant du vendeur, on estime alors que le contrat est soumis au droit de la résidence habituelle de l'acheteur, comme si le contrat n'était en réalité pas véritablement un contrat international⁵⁶.

52 Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 29; LDIP).

53 Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (RS 220; CO).

54 Les autres questions de droit international privé pouvant se poser à l'occasion d'un litige portant sur la vente internationale d'un objet d'art, à savoir la compétence des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des décisions, ne sont pas traitées ici faute de place.

55 RS 0.221.211.4.

56 HEINI/KELLER/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, art. 118, 966.

Une autre exception prévue par l'art. 3 al. 3 de la Convention de la Haye concerne en particulier les contrats de ventes aux enchères qui sont soumis à la loi de l'Etat où sont effectuées les enchères⁵⁷.

L'article 118 al. 2 LDIP réserve l'application des règles spécifiques en matière de contrats conclus avec des consommateurs (art. 120 LDIP). En effet, dans ce cadre particulier une exception est aménagée en faveur de l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur; de plus, l'élection de droit n'est pas possible⁵⁸. La question se pose de savoir si les ventes internationales d'objets d'art peuvent être considérées comme des contrats conclus avec des consommateurs. Cette question n'a à ce jour pas été tranchée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais l'on relèvera que, même si la «consommation» d'art est en nette croissance et qu'il arrive de plus en plus que le «grand public» acquière des objets d'art, il demeure que l'achat d'une œuvre d'art ne doit pas encore pouvoir être considéré comme une «prestation de consommation courante»⁵⁹ telle que prévue par l'article 120 al. 1 LDIP⁶⁰.

Enfin, une importante question est celle de savoir comment traiter le problème d'un contrat relatif à un objet d'art ou bien culturel qui, tout en étant soumis au droit suisse, contrevient à des règles étrangères de droit public, par exemple des règles visant le contrôle de l'exportation des biens culturels provenant de cet Etat. Une jurisprudence récente du Tribunal fédéral s'est penchée sur cette question⁶¹. Cette jurisprudence concernait un contrat de gage portant sur des biens culturels indiens, mais le raisonnement serait vraisemblablement le même s'il s'agissait d'un contrat de vente internationale d'une œuvre d'art. Dans ce litige qui avait trait à deux pièces d'or, frappées respectivement en 1613 et en 1639 et ayant appartenu au souverain d'une principauté indienne (le nizzam d'Hyderabad), la question se posait en particulier de savoir si le contrat de gage de ces deux pièces d'or conclu avec une banque en Suisse et soumis au droit suisse était valable eu égard à la possible exportation illicite de ces pièces d'or de l'Inde vers la Suisse. Selon le Tribunal fédéral, la question trouve sa réponse dans l'art. 19 LDIP qui admet à certaines conditions l'application de dispositions impératives d'un droit étranger autre que le droit normalement applicable. Constatant que les règles qui limitent l'exportation des biens culturels de l'Inde sont des règles de droit public, le Tribunal fédéral affirme péremptoirement que le droit public indien «ne saurait trouver cependant application hors

57 Pour le surplus voir *infra* sous C.II.1.

58 BSK IPRG-KELLER, art. 118 IPRG n. 15.

59 BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 IPRG n. 24.

60 Voir cependant ATF 121 III 336 = JdT 1996 I 78 où le Tribunal fédéral a jugé que la mise en vente de timbres postes par l'intermédiaire d'une maison de ventes aux enchères devait être considérée comme un contrat conclu par un consommateur au sens de l'art. 13 al. 1^{er} de la Convention de Lugano.

61 ATF 131 III 418 = JdT 2006 I 63 (rés.) = RSDIE 2006 344–346; voir à ce sujet RENOLD, Une importante décision, 399 ss.

du territoire de l'Union de l'Inde»⁶². Une telle affirmation est en totale contradiction avec l'évolution des règles de droit international privé et de la jurisprudence comparée en la matière et même au texte clair de la loi, puisque l'art. 13 LDIP *in fine* spécifie clairement que «l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait que l'on attribue à la disposition un caractère de droit public». Rien donc dans l'ordre juridique suisse ne s'oppose en principe à l'application d'une norme étrangère de droit public qui restreindrait l'exportation d'un bien culturel vers la Suisse et l'affirmation du Tribunal fédéral est par conséquent fâcheuse.

Cela étant, à supposer franchie la barrière de l'application du droit public étranger et à supposer également la preuve d'une exportation illicite – ce qui n'était pas établi dans le cas d'espèce – encore eût-il fallu que les conditions de l'application de l'art. 19 LDIP soient remplies pour qu'un juge suisse accepte de prendre en considération le droit public indien sur le contrôle à l'exportation des biens culturels. Or le Tribunal fédéral estime qu'avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC) il n'y a plus de place pour un mécanisme spécifique de prise en considération du droit public étranger autre que celui qui est prévu par la loi, à savoir la conclusion d'accords bilatéraux au sens de l'art. 7 LTBC⁶³. Le Tribunal fédéral n'a donc malheureusement pas – et selon nous à tort – examiné l'applicabilité possible de l'art. 19 LDIP et notamment la condition selon laquelle le droit impératif étranger serait pris en considération «lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent» (art. 19 al. 1 LDIP). Or, vu l'émergence dans ce contexte de ce que l'on pourrait appeler un ordre public international des biens culturels, il nous apparaît qu'une telle condition aurait pu être satisfaite en l'espèce⁶⁴. L'approche restrictive adoptée par le Tribunal fédéral dans l'affaire des pièces d'or a empêché l'analyse de cette condition.

2. *Le régime juridique de la vente – le cas des faux et des défauts*

La vente d'une œuvre d'art est réglementée, en droit interne suisse, par les dispositions générales et spéciales du code des obligations (CO), et plus particulièrement les articles 184 et suivants CO. S'agissant toutefois de ventes qui ont fréquemment un caractère international, la question se pose de savoir si une telle vente n'est pas soumise aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM)⁶⁵. La Convention

62 ATF 131 III 418, 424.

63 Voir GABUS/RENOLD, art. 7 n. 94 ss.

64 L'existence d'un tel ordre public a d'ailleurs été expressément consacrée par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 1^{er} avril 1997 (ATF 123 II 134); voir à ce sujet LALIVE, *Réflexions*, 155 ss.

65 Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} mars 1991 (RS 0.221.211.1).

concerne les marchandises, ce par quoi il faut entendre les objets mobiliers corporels auxquels appartiennent les objets d'art. Toutefois, à teneur de son article 2, lit. a, la Convention ne concerne pas les ventes «de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique», ce qui sera le cas de l'achat d'une œuvre d'art par un particulier. En revanche s'il s'agit d'une vente commerciale, par exemple entre deux galeries d'art, la CVIM sera en principe applicable, sous réserve des autres cas d'exclusions de l'article 2, notamment le cas des ventes aux enchères (art. 2 lit. b CVIM).

En ce qui concerne les contrats qui seraient soumis à la CVIM, pour autant que les parties n'aient pas prévu autre chose (les règles de la Convention étant de droit dispositif), les règles de la Convention portent sur la formation et l'exécution du contrat de vente, à l'exclusion des questions relatives à sa conclusion ou sa validité. Ces dernières questions restent soumises au droit interne normalement applicable au contrat. D'une manière générale, la CVIM n'offre pas de différences majeures avec le droit matériel suisse de la vente, mais il y a bien sûr un certain nombre de différences ponctuelles. Ainsi, la Convention soumet-elle le devoir d'avis de l'acheteur qui veut se prévaloir d'un défaut à un délai de déchéance de deux ans (art. 39 al. 2 CVIM), alors que le droit matériel suisse ne soumet pas cet avis à un délai de déchéance, mais l'action de l'acheteur sera prescrite dans un délai plus court, soit un délai d'un an (art. 210 al. 1 CO)⁶⁶. Toutefois, même en cas de déchéance de l'action en garantie de l'acheteur à teneur de la CVIM, une action fondée sur l'erreur essentielle de l'acheteur sera toujours possible eu égard, comme on va le voir, à l'alternativité des moyens retenue par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁷.

Une question capitale dans le domaine de la vente d'objets d'art est évidemment celle de la vente d'un objet inauthentique. Indépendamment des questions pratiques liées à l'établissement de l'inauthenticité, en particulier par la voie de l'expertise⁶⁸, se pose la question des moyens de droit ouverts à l'acquéreur d'une œuvre dont il se révèle après son acquisition qu'elle est en réalité un faux⁶⁹. L'action prioritaire qui est ouverte à l'acheteur d'un objet qui s'avère être un faux est l'action en garantie telle qu'elle est prévue aux articles 205 et ss CO (art. 45 et ss CVIM). Cette action est soumise à des conditions strictes de vérification et d'avis des défauts, ainsi que des délais de prescription relativement courts (en principe un an, art. 210 al. 1 CO), ce qui fait que l'acheteur se trouvera souvent dans l'impossibilité de faire valoir ses droits. Depuis longtemps, la question s'est posée de savoir s'il ne convenait pas de permettre à l'acheteur de s'appuyer sur d'autres moyens de droit tels celui de l'invalidation

66 TERCIER, n. 1438. Ce délai est toutefois prolongé à 30 ans pour les biens culturels (délai absolu de l'art. 210 al. 1^{bis} CO introduit lors de l'adoption de la LTBC).

67 Voir *infra* notes 70 et 71 et le texte s'y rapportant.

68 Voir *infra* sous C.V.

69 Voir OLSBURG, 8 ss; WEBER, 947 ss; WEBER-CAFLISH, 50 ss et 95 ss.

du contrat pour erreur essentielle des articles 23 et ss du CO. Dans la jurisprudence *Van Gogh*⁷⁰, confirmée par la jurisprudence *Picasso*⁷¹, le Tribunal fédéral a estimé que l'acheteur doit pouvoir de manière alternative invoquer l'invalidation pour erreur essentielle lorsque l'action en garantie n'est pas possible. Le Tribunal fédéral, à l'appui de sa jurisprudence, considère en particulier que l'invalidation pour erreur essentielle relève de la formation du contrat, alors que la garantie pour les défauts concerne l'exécution du contrat de vente. L'action en invalidation pour erreur n'étant soumise à aucun autre délai que celui d'un an pour la déclaration de l'invalidation après la découverte de l'erreur (art. 31 CO), l'action de l'acheteur est donc possible sans limite dans le temps et donc même bien après la prescription de l'action en garantie.

Deux importantes réserves sont toutefois à relever. En premier lieu, si l'action en invalidation pour erreur essentielle ne semble être soumise à aucun délai de prescription autre que le délai relatif de l'article 31 CO, la jurisprudence *Picasso* est venue mettre un frein pratique à l'action de l'acheteur puisque, à teneur de cette jurisprudence, l'action en enrichissement illégitime que l'acheteur devra intenter pour obtenir restitution du prix qu'il a payé ne pourra l'être que dans un délai absolu de dix ans à partir de la conclusion du contrat (art. 67 al. 1 CO)⁷². En conséquence, ce que le Tribunal fédéral donne d'un côté – à savoir une action en invalidation pour erreur essentielle qui n'est soumise à aucun délai de prescription absolue – il le reprend de l'autre – puisqu'il soumet à un délai de dix ans la possibilité d'agir en restitution du prix payé.

La seconde réserve a trait à la réglementation spécifique des biens culturels en Suisse. En effet, depuis de 1^{er} juin 2005 est entrée en vigueur la LTBC⁷³. Or l'adoption de la LTBC a entraîné diverses modifications du Code civil et du Code des obligations, en particulier l'adjonction d'un article 210 al. 1^{bis} selon lequel l'action en garantie de l'article 197 et ss CO se prescrit pour les biens culturels au sens de la LTBC, « par un an à compter du moment où l'acheteur a découvert les défauts; elle se prescrit dans tous les cas par trente ans à compter de la conclusion du contrat ». Si l'œuvre d'art est un bien culturel, l'action en garantie, notamment en cas d'acquisition d'un objet d'art inauthentique, pourrait être invoquée jusqu'à trente ans après la conclusion du contrat.

Toutefois, le délai prolongé de l'article 210 al. 1 CO n'est applicable que s'il s'agit d'un bien culturel; or si l'œuvre d'art est un faux on ne pourra plus parler de bien culturel⁷⁴. Il n'en demeure toutefois pas moins que s'il y a contestation sur la question de l'authenticité ou non de l'objet, celle-ci ne sera définitivement tranchée qu'au terme de la procédure. Ce n'est donc qu'à ce moment-là,

70 ATF 82 II 416 = JdT 1957 I 182.

71 ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

72 ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

73 RS 444.1, sur l'ensemble de cette législation, dont le but est la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 1970, voir *infra* sous D.II.

74 Voir dans ce sens GABUS/RENOLD, art. 32 n. 46.

en théorie du moins, que l'on saura donc si le délai de prescription est celui de l'art. 210 al. 1^{bis} ou alors le délai ordinaire de l'art. 210 al. 1. Ceci n'est évidemment pas souhaitable du point de vue de la sécurité du droit et nous sommes d'avis que tant que le bien culturel n'est pas constaté comme inauthentique par la voie d'une décision judiciaire, il continue d'être un bien culturel et donc de rester soumis au délai plus long de l'art. 210 al. 1^{bis} CO.

L'absence d'authenticité est un cas parmi d'autres de défauts qui peuvent affecter l'objet d'art vendu. D'autres hypothèses de défauts peuvent se présenter dans la pratique. Ainsi, la modification d'un vase de Gallé, suite à une importante restauration qui avait permis de faire disparaître une fente dans le col du vase, a-t-elle aussi été considérée par la jurisprudence comme un défaut au sens de l'article 197 CO⁷⁵.

Les clauses d'exclusion ou de limitation de la garantie sont fréquentes dans la pratique. Ces clauses, à condition que soient respectés les principes généraux et les règles spéciales (notamment l'art. 8 LCD)⁷⁶, sont en principe valables, sous réserve de l'art. 199 CO qui rend nulle toute clause de restriction de la garantie si les défauts ont été frauduleusement dissimulés à l'acheteur. En revanche, en l'absence de fraude de la part du vendeur, de telles clauses sont valables et empêcheront l'acheteur de pouvoir invoquer l'action en garantie. Se pose alors la question de savoir si l'action en invalidation pour erreur peut néanmoins être invoquée. Le Tribunal fédéral estime que dans un tel cas une invalidation pour erreur ne doit pas être reconnue à l'acheteur qui accepte de conclure la vente malgré la présence d'une clause d'exclusion ou de limitation de la garantie⁷⁷. La jurisprudence considère en particulier que la loyauté commerciale ne devrait pas permettre à l'acheteur qui a accepté une clause limitative de responsabilité de pouvoir par la suite invoquer l'erreur (voir art. 24 al. 1 ch. 4 CO) et que d'accepter la solution inverse amènerait à une trop grande protection de l'acquéreur. Cette approche nous paraît critiquable: en effet l'acheteur, même dans le commerce de l'art, reste la partie faible – ce qu'admet expressément le Tribunal fédéral pour justifier l'application alternative des règles sur la garantie et de celles sur l'erreur – et ce n'est pas la présence d'une clause spécifique restreignant la responsabilité du vendeur qui change la situation. Au contraire, l'acheteur doit peut-être encore plus être protégé dans un marché où de telles clauses sont de plus en plus fréquentes et face auxquelles il est le plus souvent impuissant⁷⁸. De plus, comme on l'a vu, de jurisprudence constante le Tribunal fédéral estime que l'action en invalidation pour erreur et l'action en garantie ont des fondements juridiques différents qui justifient leur application alternative et

75 ATF 126 III 59.

76 Voir notamment TERCIER, n. 805 ss.

77 ATF 91 II 275 = PRA 55 1; ATF 126 III 59.

78 Cela est le cas en particulier dans le domaine des ventes aux enchères comme on va le voir ci-dessous sous C.II.2.

l'on ne voit pas pourquoi l'existence d'une clause contractuelle spécifique devrait changer quelque chose à cette situation.

3. *Le régime juridique de la vente – le cas des objets volés*

Outre la garantie contre les défauts, le droit de la vente contient une autre garantie, la garantie en cas d'éviction, dans l'hypothèse où un bien acheté est ultérieurement revendiqué avec succès par un tiers qui détient un droit réel sur cet objet. Nous ne traiterons pas ici des questions de droit réel relatives à l'acquisition de bonne ou de mauvaise foi d'un objet d'art volé qui sont étudiées ailleurs⁷⁹. Il s'agit ici exclusivement des questions de nature contractuelle qui se posent lorsqu'il apparaît que l'objet acquis avait été volé et a pu être valablement revendiqué par son propriétaire originaire.

Le Code des Obligations prévoit à son article 192 que le vendeur doit garantir l'acheteur de l'éviction qui peut avoir lieu en raison d'un droit réel dont un tiers serait détenteur lors de la conclusion du contrat. L'hypothèse pertinente ici est donc celle où l'acheteur souffre une revendication due au fait qu'il a acheté un objet qui appartenait en réalité à un tiers. Du fait de la protection de l'acquisition de bonne foi des droits réels mobiliers en droit suisse (art. 714 al. 2, 933 et 935 CCS), la garantie contre l'éviction est d'importance pratique relativement limitée, puisque l'acheteur sera protégé contre une revendication par un tiers par son acquisition de bonne foi⁸⁰. Cela dit, si l'acheteur est évincé dans ses droits par le propriétaire de l'objet volé, il pourra aux conditions des art 192 et ss CO obtenir la restitution totale du prix payé, ainsi que ses impenses et les frais du procès qu'il a encourus si le propriétaire dépossédé a agi en justice contre lui (art. 195 CO).

La seule hypothèse pratique d'importance dans laquelle la garantie en cas d'éviction peut jouer un rôle est celle de l'article 934 CCS qui permet au possesseur d'une chose mobilière volée ou perdue de la revendiquer pendant 5 ans. Le délai relativement court de l'article 934 CCS a empêché, ici aussi, ce type de revendication de jouer un rôle important dans la pratique. La LTBC a cependant apporté une modification importante à cette disposition pour les biens culturels, puisque dorénavant (art. 934 al. 1^{bis} CCS) la loi permet au propriétaire dépossédé d'agir dans un délai absolu beaucoup plus long, à savoir trente ans après qu'il a été dessaisi de son bien culturel. En revanche, le propriétaire dépossédé doit agir dans l'année à partir du moment où il a connaissance du lieu où se trouve l'objet et de l'identité du possesseur. Un nouveau délai d'une année recommence à chaque nouveau transfert de propriété du bien, dès que le propriétaire a connaissance du lieu de situation du bien et de l'identité du nouveau pos-

79 Voir par exemple MÜLLER-CHEN/RENOLD, 292 ss; RENOLD, Ubiquitous Question of Good Faith.

80 Voir TERCIER, n. 569; GABUS/RENOLD, art. 32 n. 33.

esseur⁸¹. La question de savoir si ces deux délais consistent en des délais de prescription, comme le prévoit la lettre de l'art. 934 CCS, ou des délais de péremption se pose également⁸². Par la même occasion, et afin de coordonner l'action mobilière de l'art. 934 avec l'action en garantie en cas d'éviction, le législateur a adopté l'article 196a CO selon lequel pour les biens culturels «l'action en garantie en cas d'éviction se prescrit par un an à compter du moment où l'acheteur a découvert les défauts; elle se prescrit dans tous les cas par trente ans à compter de la conclusion du contrat»⁸³. Ainsi donc, si l'œuvre d'art en question est également un bien culturel au sens de l'art. 2 al. 2 de la LTBC, le délai de l'action mobilière, et par conséquent le délai de l'action en garantie en éviction, sont prolongés jusqu'à trente ans après la conclusion du contrat portant sur l'acquisition de l'objet en question. Il est donc fort probable qu'à l'avenir les procédures en revendication de biens culturels volés deviendront plus fréquentes et qu'en quelque sorte, par effet réflexe, les actions en garantie contre l'éviction le seront aussi.

En revanche, si l'acquéreur savait ou aurait dû savoir que l'objet était volé à son propriétaire légitime, il sera considéré de mauvaise foi et ne pourra pas résister à une action au sens de l'art. 934 CC puisque la mauvaise foi du possesseur n'est pas protégée (art. 936 CCS). Toutefois, même dans cette hypothèse, la loi donne une certaine protection à l'acheteur, si le vendeur a expressément convenu d'une garantie contre l'éviction (art. 192 al. 2 CO)⁸⁴.

Par ailleurs, l'acquéreur ayant acquis de bonne foi un bien dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objets de même espèce, devra remettre le bien revendiqué à son légitime propriétaire à condition d'être indemnisé («Lösungsrecht», art. 934 al. 2 CCS). Le montant de l'indemnisation est basé sur le prix payé lors de l'achat ainsi que sur les intérêts correspondant à l'inflation. L'augmentation de la durée de la prescription de l'action mobilière à trente ans avantageant le propriétaire légitime du bien, il est normal que le possesseur de bonne foi, ayant acquis le bien dans des enchères ou dans un marché, bénéficie également des intérêts correspondant à cette période⁸⁵.

Il sied de préciser que l'art. 934 CCS ne s'applique qu'aux situations où le propriétaire d'un bien culturel en a été dépossédé sans sa volonté. Ainsi, le propriétaire qui avait confié son bien à un tiers, comme par exemple à un restaurateur, ou qui l'avait prêté à une institution, ne pourra pas bénéficier du délai de l'art. 934 al. 1^{bis} CCS au cas où ce bien serait transféré à un acquéreur de bonne foi. En effet, l'art. 933 CCS permet l'acquisition de bonne foi immédiate de choses confiées⁸⁶.

81 ERNST, 8.

82 ERNST, 8.

83 Sur cette nouvelle disposition voir GABUS/RENOLD, art. 32 n. 32 ss.

84 Voir à ce sujet TERCIER, n. 570 et 576.

85 ERNST, 9.

86 ERNST, 7.

L'adoption de la LTBC soulève une autre question relative aux contrats de vente d'une œuvre d'art: en effet, une des innovations principales de la LTBC consiste dans la création d'un devoir de diligence dans le marché de l'art, reposant plus particulièrement sur les épaules du vendeur d'un bien culturel, en particulier s'il est un commerçant d'art ou une personne pratiquant la vente aux enchères (art. 16 LTBC). La question qui peut se poser est de savoir si l'acheteur qui, à cause de la violation du devoir de diligence du vendeur, se trouve en possession d'un objet volé, peut se retourner contre le vendeur en invoquant le fait qu'il n'a pas respecté son devoir de diligence. La question est débattue en doctrine, mais nous sommes d'avis qu'une telle violation du devoir de diligence, tout en entraînant les sanctions pénales qui sont prévues aux art. 24 et 25 de la LTBC, n'emporte pas de sanctions civiles au sens de la nullité du contrat de vente pour illicéité (art. 20 CO) et cela au motif qu'une telle sanction n'est ni prévue par la LTBC, ni ne ressort de l'objet et du but de la loi⁸⁷. La responsabilité civile pour l'acte illicite et la réparation de l'éventuel dommage en résultant demeurent évidemment réservées.

II. La vente aux enchères

L'importance des ventes aux enchères internationales en matière d'objets d'art n'est plus à démontrer. Outre le rôle de quasi-duopole joué par les maisons de ventes internationales que sont Christie's et Sotheby's, un nombre important de plus petites maisons de vente, d'envergure nationale ou internationale, parsème le paysage suisse du commerce international des œuvres d'art. Plusieurs sessions de ventes internationales d'œuvres d'art ont lieu chaque année, traditionnellement au printemps et à l'automne. Après l'étude des questions de droit applicable (1) nous étudierons le régime juridique des ventes aux enchères en droit suisse et en particulier les exclusions de responsabilité (2).

1. Le droit applicable

Tout comme pour le contrat de vente de gré à gré, les parties peuvent dans le contrat de vente aux enchères choisir le droit applicable. Cette possibilité résulte déjà de la Convention de la Haye du 15 juillet 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels qui s'applique également aux ventes aux enchères⁸⁸. Le principe de l'autonomie de la volonté est d'ailleurs consacré pour l'ensemble des contrats par l'art. 116 al. 1 LDIP⁸⁹. Dans la pratique il est fait un grand usage de cette possibilité, notamment dans les conditions générales de vente des maisons de vente aux enchères.

87 Voir à ce sujet GABUS/RENOLD, art. 15 n. 15 ss; FOËX, 22.

88 Voir l'art. 1^{er} de la Convention de la Haye de 1955 auquel renvoie l'art. 118 al. 1 LDIP.

89 Sur ces questions voir CR CO I – VULLIÉTY, art. 229–236 n. 21 ss; PESTALOZZI, 21 ss.

En cas d'absence de choix d'un droit applicable la Convention de la Haye prescrit l'application de la loi interne du pays dans lequel sont effectuées les enchères (art. 3 al. 3 Convention de la Haye)⁹⁰.

Tout comme pour la vente internationale d'œuvres d'art, la question se pose pour la vente aux enchères de savoir si l'on ne se trouve pas devant un contrat conclu avec un consommateur, ce qui impliquerait l'application du régime exceptionnel de l'art. 120 LDIP qui prévoit en particulier l'exclusion de l'élection de droit (art. 120 al. 2 LDIP). Une telle qualification n'est pas à exclure d'emblée, même si elle restera exceptionnelle dans la mesure où les ventes internationales ne sont en principe pas des ventes portant sur des prestations de «consommation courante»⁹¹. En revanche, dans le monde particulier des ventes aux enchères sur internet, l'on pourra plus facilement se trouver devant un contrat conclu avec un consommateur portant sur une prestation de «consommation courante» et l'élection de droit, que l'on trouve fréquemment dans les conditions générales de telles ventes aux enchères sur internet, sera donc sans effet⁹².

2. *Le régime juridique de la vente aux enchères – garanties et exclusions de garanties*

Le régime juridique du contrat international de vente aux enchères, pour autant qu'il soit soumis au droit suisse, est celui qui est prévu par le CO, en particulier ses art. 229 à 236 qui règlent le cas des «enchères» en tant qu'espèce particulière de vente mobilière. Il est important de relever ici que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises n'est, à teneur de l'art. 2 al. 2 de la Convention, pas applicable aux ventes aux enchères⁹³.

En revanche, outre l'application du droit privé fédéral, il faut également tenir compte du droit public cantonal dont l'application est réservée à l'art. 236 CO. C'est ainsi que de nombreux cantons ont légiféré en adoptant des dispositions visant au bon déroulement des ventes aux enchères publiques dans l'intérêt de l'ordre public⁹⁴.

Outre les réglementations cantonales, il existe dorénavant une importante réglementation fédérale de droit public qui affecte l'activité des maisons de vente aux enchères, à savoir la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)⁹⁵, déjà plusieurs fois citée. Cette loi, qui vise l'ensemble

90 CR CO I – VULLIÉTY, art. 229–236, n. 24.

91 CR CO I – VULLIÉTY, art. 229–236, n. 22; voir cependant ATF 121 III 336 = JdT 1996 I 78.

92 Sur ces questions voir SKRIPSKY, 302 ss.

93 CR CO I – VULLIÉTY, Intro ad art. 229–236, n. 20; PESTALOZZI, 21 s.

94 Tels est le cas des principaux cantons où ont lieu des ventes aux enchères tels Bâle, Berne, Genève et Zurich. Dans ce sens RUOSS, 32; PESTALOZZI, 23 s. Voir par exemple à Genève, la loi du 24 juin 1983 sur les ventes volontaires aux enchères publiques (RS GE I 2 30).

95 RS 444.1.

des transactions en matière de biens culturels, comporte une importante réglementation du devoir de diligence des commerçants d'art et des *personnes pratiquant la vente aux enchères*. C'est ainsi que dans le commerce de l'art et celui des ventes aux enchères le vendeur doit pouvoir présumer que l'objet mis en vente n'est ni volé, ni le produit de fouilles illicites, ni encore le résultat d'une importation illicite en Suisse (art. 16 al. 1 LTBC). Les maisons de vente aux enchères, de même que les commerçants d'art, ont par ailleurs des obligations spécifiques énoncées à l'art. 16 al. 2 LTBC, en particulier la tenue d'un registre des acquisitions et d'autres obligations particulières. Une violation de ce devoir de diligence par une maison de vente aux enchères peut être sanctionnée par une amende, tel que le prévoit l'art. 25 LTBC⁹⁶.

Les relations juridiques qui se nouent à l'occasion d'une vente aux enchères sont multiples et complexes. Il y a en effet une relation tripartite qui fait apparaître, d'une part, le vendeur, aussi appelé le fournisseur (autrement dit celui qui fournit l'objet à mettre en vente), d'autre part l'acheteur (celui dont l'offre l'emporte au cours des enchères), et enfin la personne qui dirige les enchères (autrement dit la maison de vente elle-même) qui est dans un rapport de représentation avec le vendeur et aussi, jusqu'à un certain point, avec l'acheteur⁹⁷. La relation juridique principale, soit celle du contrat de vente aux enchères est conclue entre le vendeur et l'adjudicataire, soit celui qui a effectué l'offre la plus élevée et auquel la chose est adjugée (art. 229 al. 3 CO). La relation entre le vendeur et l'organisateur de la vente aux enchères est une relation qui implique une représentation généralement indirecte du vendeur et cette relation sera le plus souvent qualifiée d'un contrat de commission de vente (art. 425 et ss CO)⁹⁸. Quant à la nature de la relation entre l'acheteur et la maison de vente, elle est controversée, la doctrine admettant généralement qu'il s'agit d'un contrat proche du contrat de courtage au sens des art. 412 et ss CO⁹⁹. La qualification des relations juridiques entrant en ligne de compte à l'occasion de ventes aux enchères on line n'est pas différente¹⁰⁰.

Les règles du Code des Obligations concernent surtout la problématique de la conclusion du contrat de vente aux enchères (art. 229 CO). Une règle impérative importante que contient le Code concerne la nullité des enchères en cas de manœuvre illicite ou contraire aux mœurs affectant le résultat des enchères, en particulier les accords entre enchérisseurs pour faire artificiellement monter les

96 Pour le surplus voir *infra* sous D.II.2.

97 Sur l'ensemble de ces questions voir la récente thèse de JOËLLE BECKER, *La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: relations contractuelles et responsabilité*, à paraître 2010.

98 CR CO I – VULLIÉTY, art. 229, n. 31; voir également BYRNE-SUTTON/RENOLD, 403 ss et 409; PESTALOZZI, 50 ss.

99 CR CO I – VULLIÉTY, art. 229 n. 36 ss; BYRNE-SUTTON/RENOLD, 411. Voir cependant BECKER, *op. cit. supra* note 97.

100 Voir sur ces questions, SKRIPSKY, 108 ss.

enchères (*pactum de licitando*) ou au contraire pour ne pas enchérir et éviter ainsi l'adjudication à un prix élevé (*pactum de non licitando*)¹⁰¹. L'action en annulation n'est toutefois ouverte à tout intéressé que dans un délai de dix jours dès la connaissance du motif d'annulation¹⁰².

La question la plus importante en pratique est celle de la garantie en cas de défaut de la chose¹⁰³. L'étendue de la garantie est la même que celle dans la vente ordinaire (art. 234 al. 3 CO), mais le vendeur peut, par des conditions de vente dûment publiées, s'affranchir de toute garantie autre que celle dérivant de son dol. Les conditions générales de vente suivent cette injonction du législateur et, dans la plupart des cas, restreignent la responsabilité du vendeur ou encore celle de l'organisateur de la vente aux enchères. A teneur du CO et sauf dol du vendeur, la restriction, voire l'exclusion, de la responsabilité du vendeur est admissible. Reste la question, déjà examinée pour le droit de la vente, de la possibilité d'invoquer l'action en invalidation pour erreur, en particulier lorsqu'il y a eu acquisition aux enchères d'un objet inauthentique. Le raisonnement que nous avons tenu pour la vente s'applique à fortiori à la vente aux enchères pour laquelle la partie faible est généralement l'acheteur qui fait face à une organisation qui peut facilement lui imposer ses conditions. Ainsi, selon nous, une clause d'exclusion de garantie ou de restriction de celle-ci ne devrait en principe pas empêcher l'acheteur d'invoquer son erreur¹⁰⁴.

Une autre question est celle de la portée des affirmations faites par la maison de vente, en particulier à l'occasion de la description dans le catalogue des objets mis en vente. Celle-ci peut en effet souvent être assez flatteuse et peut éveiller auprès de l'acheteur des attentes injustifiées. Cela étant, le Tribunal fédéral a jugé, à propos de ventes aux enchères d'œuvres d'art, qu'en raison de la multiplicité et de la diversité des objets proposés à la vente, l'acheteur ne pouvait pas présumer que la maison de vente avait examiné de près chaque objet exposé et par conséquent que la description dans le catalogue ne pouvait pas constituer une garantie d'authenticité¹⁰⁵. C'est ainsi que le catalogue a pour but de présenter les objets mis aux enchères, mais il ne doit pas être compris comme exprimant une garantie d'authenticité, sous réserve de dispositions contraires expressément contenues dans les conditions de vente. C'est donc à l'acheteur, selon cette jurisprudence, qu'il incombe de vérifier les affirmations de la maison de vente et il ne peut pas se fier sans autre aux descriptions, même détaillées, que l'on peut trouver dans les catalogues des maisons de vente aux enchères.

101 Sur ces questions, RUOSS; PESTALOZZI, 206 ss; Voir aussi CR CO I – VULLIÉTY, art. 230, n. 6 ss.

102 CR CO I VULLIÉTY, art. 230 n. 26.

103 Pour un aperçu détaillé de cette question, voir PESTALOZZI, 194 ss.

104 Voir *supra* C.I.2. Plus particulièrement sur l'erreur, voir PESTALOZZI, 200 ss.

105 Voir ATF 123 III 165 = JdT 1998 I, 2, 7 = PRA 87 71. Cet arrêt fait en outre référence à un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 27 octobre 1987 allant dans le même sens; GLAUS/STUDER, 128.

Dans le même ordre d'idées, si l'acheteur se trouve avoir acquis aux enchères un objet volé ou spolié, il ne pourra pas, pour justifier de sa bonne foi, se contenter des affirmations se trouvant dans le catalogue de la maison de vente, et cela même s'il s'agit d'une maison de vente de réputation internationale. Ainsi, même si les maisons de vente doivent, afin de satisfaire leur devoir de diligence, vérifier en détail la provenance des objets qu'elles mettent en vente, elles ne sont pas pour autant responsables du fait qu'un objet volé ou spolié aurait passé au travers des mailles de leur diligence. L'acheteur ne pourra guère s'en plaindre, surtout s'il n'a pas lui-même fait les recherches nécessaires. Il ne lui suffira en tous les cas pas de se reposer sur la réputation de la maison de vente auprès de laquelle il a acheté l'objet¹⁰⁶. Il se justifie sans doute de faire reposer sur les épaules de l'acheteur une charge plus importante concernant la vérification des affirmations contenues dans les catalogues de vente, puisque celui-ci peut précisément examiner l'objet et le cas échéant le soumettre à des tiers. Tel n'est en revanche pas le cas dans la vente aux enchères on-line pour laquelle l'acheteur n'a pas la possibilité d'examiner l'objet mis en vente. Il est donc d'autant plus dépendant de l'exactitude de la description du lot donnée par le vendeur et il devrait donc pouvoir plus facilement invoquer l'action en garantie si la description ne correspond pas à la réalité¹⁰⁷.

III. La donation

Les donations sont une relation contractuelle fort importante dans le monde de l'art, en particulier dans les relations entre collectionneurs et musées. Il n'est pas rare en effet d'entendre dire, avec raison, que les musées d'aujourd'hui, en particulier en Suisse, sont pour une grande partie le résultat de la générosité de collectionneurs à l'égard des musées¹⁰⁸. Comme pour les contrats précédents on étudiera ici la question du droit applicable (1) avant d'approfondir quelques aspects du droit de fond (2).

1. *Le droit applicable*

Comme toute relation contractuelle internationale, le contrat de donation est soumis au principe de l'élection de droit (art. 116 al. 1 LDIP). L'on relèvera

106 Voir dans ce sens l'arrêt français du 6 juillet 2001 rendu par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, relatif à l'acquisition en vente aux enchères d'un tableau de Franz Hals spolié en France pendant la Seconde Guerre Mondiale. N'ayant pas fait les recherches nécessaires, l'acquéreur, un marchand d'art new yorkais, a été condamné pour recel, malgré une description assez détaillée, mais incomplète, figurant dans le catalogue de la maison de vente auprès de laquelle le tableau fut acquis.

107 Voir dans ce sens SKRIPSKY, 254 ss.

108 Voir MENZ, 61; ATF 133 III 421 (Varenne et al. contre Ville de Genève).

qu'aucune convention internationale en matière de droit applicable aux contrats internationaux n'est applicable à la donation, du moins en Suisse¹⁰⁹.

En l'absence de choix et en vertu de l'art. 117 al. 1 LDIP, c'est le droit de l'Etat avec lequel le contrat a les liens les plus étroits qui est applicable à la donation. S'agissant d'un contrat d'aliénation, la donation est soumise à la loi de la résidence habituelle du donateur (art. 117 al. 3 lit. a LDIP)¹¹⁰.

Cela dit, les donations peuvent également soulever des questions relatives à la prise en considération de règles de droit public étrangères sur la protection du patrimoine culturel. Ainsi, une donation faite à un musée en violation des règles étrangères interdisant l'exportation du bien en question pourrait, aux conditions de l'art. 19 LDIP, être considérée comme nulle¹¹¹.

2. *Le régime juridique de la donation – les conditions, les charges et la révocation de la donation*

Le régime juridique de la donation relève essentiellement du droit privé. En effet, peu de règles de droit public concernent la donation. A cet effet, il convient de relever que la LTBC, par sa définition restrictive de la notion de transfert de biens culturels, exclut de son champ d'application les donations. A teneur de l'art. 1 lit. f de l'Ordonnance d'application de la LTBC, un transfert de biens culturels est un acte juridique «passé à titre onéreux dans le domaine du commerce d'art et de la vente aux enchères et attribuant la propriété d'un bien culturel à une personne»¹¹².

Cette référence par l'OTBC au caractère onéreux du transfert signifie donc que les différentes obligations, notamment le devoir de diligence, qui reposent sur les épaules du marchand d'art¹¹³ ne concernent pas les donations. Vu l'importance de la donation dans le monde de l'art, en particulier eu égard à la constitution des collections des musées, une telle exclusion n'apparaît pas nécessairement justifiée. On relèvera que le code de déontologie de l'ICOM (International Council of Museums) exige des musées qu'ils respectent un devoir de diligence étendu qui leur est applicable quel que soit le titre de l'acquisition envisagée (achat, don, prêt, legs ou échange)¹¹⁴.

La donation intéresse le droit public sous un autre angle, à savoir celui des droits de donation et de succession¹¹⁵. La compétence en matière d'impôts sur

109 Entre les pays européens il y a lieu de souligner l'existence de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui s'applique également aux donations.

110 CR CO I – BADDELEY, art. 239 n. 71.

111 Voir *supra* note 61 et la jurisprudence du Tribunal fédéral citée.

112 Ordonnance sur le transfert international des biens culturels (OTBC; RS 444.11).

113 Voir GABUS/RENOLD, art. 2 n. 93 ss.

114 Code de déontologie de l'ICOM adopté en 1986 et modifié plusieurs fois, en dernier en 2004, reproduit in MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR, 1061 ss.

115 Voir OBERSON/MARAIÀ, 985 ss.

les donations et successions étant cantonale, le régime varie passablement d'un canton à l'autre, même si la quasi-totalité d'entre eux ont introduit un impôt sur les donations ou les successions¹¹⁶.

Dans la mesure où une donation peut entraîner le paiement de droits de donation, celle-ci pourra entraîner, dans les cantons qui la connaissent, la mise en œuvre de la procédure de *dation en paiement*. Ce mécanisme, qui permet, par accord entre le contribuable et l'administration fiscale, le paiement d'impôts par le biais de biens culturels est examiné ci-dessous¹¹⁷.

C'est donc principalement par ses règles de droit privé que le droit suisse s'intéresse à la donation. Le siège de la matière se trouve dans le titre septième du Code des obligations aux arts. 239 à 252 CO. Il ne s'agit pas ici d'étudier l'ensemble du régime juridique de la donation en droit privé suisse¹¹⁸. Nous nous concentrerons ici sur deux questions particulières, à savoir la question des *charges* que le donateur peut imposer au donataire et celle de la *révocation* de la donation.

Concernant les *charges*, il arrive en pratique fréquemment que la donation d'une œuvre d'art à un musée ou autre institution publique soit accompagnée d'une charge pour le donataire. Ainsi, un artiste a-t-il fait don d'une de ses œuvres à la ville de Bellinzone avec pour charge que la Ville la place sur une colonne devant le stade communal¹¹⁹. Un autre exemple est celui d'un couple de collectionneurs qui a fait don à la Ville de Genève d'une importante collection de tableaux, de sculptures et d'objets de mobilier, pour autant que cette collection soit inaliénable, quelle porte le nom des donateurs, qu'elle soit présentée d'une façon permanente et exposée comme un ensemble cohérent, groupant dans une ou plusieurs salles les tableaux et les objets selon une disposition logique¹²⁰.

Il convient de distinguer la donation avec charges de la donation conditionnelle. Dans la donation conditionnelle, le donataire doit restituer au donateur ce qu'il a reçu si la condition n'est pas remplie; dans la donation assortie d'une charge le donateur ne peut que réclamer l'exécution de la charge si celle-ci n'est pas exécutée (art. 246 al. 1 CO). L'élément clé pour distinguer les deux situations est la nature accessoire de la prestation la moins importante – la charge – par rapport à la prestation la plus importante – la donation. D'une manière générale, la jurisprudence semble plus favorable à la donation avec charge qu'à la donation conditionnelle, et ceci indépendamment des termes retenus par le donateur¹²¹.

116 Voir OBERSON, 66 ss.

117 Voir *infra* E.I.2. Pour un survol de la dation en paiement en droit suisse et en droit comparé: BYRNE-SUTTON/MARIÉTHOZ/RENOLD.

118 CR CO I – BADDELEY, art. 239 à 252; TERCIER, 227 ss.

119 ATF 80 II 260 = JdT 1955 I 162.

120 ATF 133 III 421 (Varenne et al. contre Ville de Genève).

121 ATF 80 II 260, 264 = JdT 1955 I 162, 166.

Que peut faire le donateur si la charge n'est pas exécutée? Il dispose d'une action en exécution de la charge, pour autant que celle-ci ait été acceptée par le donataire (art. 246 al. 1 CO). Il peut aussi dans des cas très spécifiques annuler la donation, et ce pour autant que le donataire n'exécute pas, sans cause légitime, la charge grevant la donation (art. 249 al. 3 CO).

L'option de la *révocation* de la donation est envisagée de manière restrictive par le Tribunal fédéral. En effet, dans son arrêt du 30 mai 2007, notre Haute Cour a estimé que le fait pour un musée de prêter des œuvres sans en informer les donateurs, ce qui avait occasionné des dommages à l'une des œuvres importantes faisant partie de la collection et abouti à une dégradation de l'œuvre, ne constituait pas l'inexécution sans cause légitime des charges grevant la donation¹²². L'œuvre en question n'était par ailleurs pas de moindre importance puisqu'il s'agissait du tableau de Pierre Breughel, «Danse autour de l'arbre de mai». Le Tribunal fédéral ne fut pas impressionné par le fait que l'ensemble des œuvres données ne pourrait vraisemblablement pas être exposé comme un ensemble cohérent, vu la vétusté et l'exiguïté des locaux du musée.

Si l'on peut comprendre la position du Tribunal fédéral qui vise à regarder avec un œil plutôt sévère celui qui entend revenir sur une donation, notamment sur la base de l'adage populaire «donné, c'est donné», l'on doit cependant à notre avis être également sévère envers les musées qui peuvent avoir tendance à accepter toutes sortes de donations afin d'enrichir leurs collections, sans toutefois prendre au sérieux les charges auxquelles ils s'engagent en acceptant les donations en question. L'affaire du Breughel nous semble aller précisément dans ce sens, dans la mesure où les charges reposant sur les épaules du musée étaient très lourdes (notamment le fait de présenter la collection d'une façon permanente, de l'exposer comme un ensemble cohérent regroupant dans une ou plusieurs salles les tableaux et les objets donnés selon une exposition logique, etc.).

Le donateur aura certes toujours une action en exécution de la charge, mais l'on peut mesurer l'hésitation qu'éprouvera le donateur, ou l'un de ses héritiers, à demander au musée d'exécuter la charge et de réparer les dommages éventuels. C'est ainsi que l'artiste dont l'œuvre donnée n'avait pas été exposée par la ville de Bellinzone a pu, après de longues années de procédure, obtenir en fin de compte le versement d'un montant de mille francs à titre de dommages et intérêts pour le fait que la statue n'avait pas été placée à l'endroit spécifiquement prévu dans la donation¹²³.

Qu'en est-il de la situation des héritiers? S'il est indiscutable que l'action en exécution de la charge de l'art. 246 CO peut-être intentée par les héritiers¹²⁴ et cela en tout temps, il n'en va pas de même de la révocation de la donation. En

122 ATF 133 III 421 consid. 5.

123 ATF 80 II 260 = JdT 1955 I 162.

124 ATF 133 III 421; ATF 96 II 119 = JdT 1961 I 144 = PRA 60 30.

effet, l'art. 251 CO soumet la révocation de la donation à des délais de péremption très stricts, tant à l'égard du donateur qu'à l'égard de ses héritiers. La révocation du donateur peut avoir lieu dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance de la cause de révocation (art. 251 al. 1 CO). Cette action n'est transmise aux héritiers que si, à teneur de l'art. 251 al. 2 CO, le donateur décède avant l'expiration de l'année qui suit le jour où il a eu connaissance de la cause de révocation. C'est donc bien plus de la possibilité de révoquer la donation par le donateur qu'il s'agit que d'une action propre de l'héritier. Demeurent réservées les hypothèses tout à fait exceptionnelles prévues à l'art. 251 al. 3 CO permettant aux héritiers de révoquer une donation si le donataire a causé la mort du donateur ou l'a empêché d'exercer son droit de révocation¹²⁵.

Il arrive également que les parties n'aient pas la réelle intention de faire une donation. Elles peuvent alors procéder à une donation mixte, acte se situant entre la donation et la vente. Dans ce cas, le «donateur» ne dispose pas d'un «animus donandi» pour la totalité de sa prestation, mais il souhaite céder le bien pour un prix inférieur à sa valeur. Cet acte juridique est valable à deux conditions. Il doit premièrement y avoir une disproportion entre le prix payé et la valeur réelle du bien cédé et, deuxièmement, les parties doivent en avoir conscience. Pour cela, le «vendeur» doit avoir l'«animus donandi» pour la part de transaction opérée à titre gratuit¹²⁶. Ce type de transfert se fait généralement pour des raisons fiscales ayant trait à l'impôt sur les successions ou sur les donations.

IV. Le prêt et le dépôt

Tant les collectionneurs que les musées font fréquemment appel au contrat de prêt en matière d'art. L'activité d'exposition, soit par des musées soit par d'autres institutions culturelles, est devenue de plus en plus importante dans le paysage culturel. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a récemment affirmé que «le prêt d'œuvres fait partie des opérations classiques d'un musée»¹²⁷.

Il arrive également fréquemment que des œuvres soient déposées auprès de musées ou institutions similaires, à titre provisoire ou permanent, sans qu'il y ait nécessairement l'intention que les œuvres soient réellement exposées. L'on songera, par exemple, aux archives¹²⁸ ou à des biens «laissés» à un musée il y a

125 Sur toutes ces questions et confirmant l'interprétation restrictive du droit de l'héritier concernant l'art. 251. al. 1 CO voir ATF 96 II 119 = JdT 1961 I 144 = PRA 60 30, concernant la donation d'un immeuble au Tessin en vue de la création d'un musée tessinois d'art.

126 TERCIER, n. 1583 ss; GUINAND/STETTLER/LEUBA, 76.

127 ATF 133 III 421, consid. 5 (Varenne et al. c. Ville de Genève).

128 La notion en français de «dépôt d'archives» fait précisément référence à cette notion. Voir par exemple l'art. 16 de la Loi fédérale sur l'archivage du 20 juin 1998 (LAR, RS, 152.1), voir également la Loi sur les archives publiques du canton de Genève du 1^{er} décembre 2000 dont l'art. 1 al. 3 fait expressément référence à la notion de «convention de dépôt» d'archives (RS GE B 2 15).

de nombreuses années et dont les propriétaires n'ont plus donné de nouvelles ou ont disparu¹²⁹. Il se justifie donc également ici de traiter du contrat de dépôt.

Les prêts et les dépôts étant souvent de nature internationale, se pose la question du droit applicable (1), après quoi il y aura lieu d'étudier de la qualification de ces deux contrats par rapport à d'autres contrats similaires en droit suisse (2), avant d'examiner quelques points saillants du régime juridique du prêt (3) et du dépôt (4).

1. *Le droit applicable*

Si le contrat de prêt ou de dépôt est un contrat international, il sera prioritairement soumis au droit choisi par les parties (art. 116 LDIP). Cela ressort, par exemple, du contrat-type de prêt établi par l'Association suisse des collectionneurs qui soumet le contrat au droit suisse¹³⁰.

A défaut d'élection de droit, on appliquera en principe le droit de la résidence habituelle de la partie qui prête l'objet, puisqu'il s'agit d'un contrat portant sur l'usage d'une chose au sens de l'art. 117 al. 3 lit. b LDIP. De manière intéressante, la solution est différente s'il s'agit d'un dépôt où l'on appliquera la loi du lieu de résidence du dépositaire (art. 117 al. 3 lit. d LDIP).

2. *Qualification du contrat*

Le contrat de *prêt à usage* en droit suisse est le contrat par lequel une personne (le prêteur) s'oblige à céder gratuitement l'usage d'un bien pendant un certain laps de temps à une autre personne (l'emprunteur) qui s'engage de son côté à le lui rendre au terme du contrat (voir l'art. 305 CO)¹³¹. Un des éléments caractéristiques du contrat de prêt est donc sa gratuité. En l'absence d'une telle gratuité, on pourra se trouver soit face à un contrat de bail mobilier, soit encore face à un contrat de dépôt.

Dans le contrat de *bail mobilier* le bailleur permet également l'usage de la chose, mais il exige en contrepartie le versement d'une rémunération, autrement dit le loyer (art. 253 CO).

Si en revanche le contrat vise à mettre l'objet en lieu sûr et que la personne qui reçoit l'objet n'est en principe pas autorisée à l'utiliser, on sera alors en présence d'un *dépôt* au sens des art. 472 et ss CO. En effet, selon l'art. 472 CO, le dépôt est le contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière qui lui est confiée et à la garder en lieu sûr. Comme nous l'avons indiqué, et sauf exception expressément prévue par les parties, le

129 Cela soulève évidemment la notion de «biens en déshérence» qui ne peut faire l'objet de développements plus approfondis ici.

130 Voir l'art. 14 du contrat-type de prêt de l'Association suisse des collectionneurs, version de 2008, reproduit in MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR, 1083.

131 Voir aussi TERCIER, n. 2681; CR CO I-BOVET art. 305 n. 1 ss.

dépositaire ne peut pas utiliser la chose (art. 474 CO). Le fait de conserver dans un local des bijoux en attendant de les réexpédier à un destinataire désigné a été considéré par le Tribunal fédéral comme un dépôt, puisque l'objet du contrat était bien que le dépositaire conserve les objets et les restitue à l'échéance du contrat, en l'occurrence au moment où le déposant demandait que les bijoux soient expédiés à leur destinataire¹³².

Les prêts consentis par un collectionneur ou un musée étant le plus souvent effectués à titre gratuit, mais avec autorisation d'utiliser les objets prêtés, on doit considérer qu'il s'agit de prêts d'œuvres d'art, plutôt que de baux ou de contrats de dépôt. Il est en revanche possible que les parties optent expressément par le régime juridique du dépôt, raison pour laquelle nous examinons aussi le régime juridique de ce type de contrat.

De manière générale, le contrat de prêt sert prioritairement à l'emprunteur et le contrat de dépôt au déposant. En effet, le premier souhaite que le bien lui soit remis car il veut en faire usage alors que le deuxième désire déposer son bien dans un lieu sûr où il sera également conservé¹³³. Un musée sera ainsi plus enclin à recevoir un bien en prêt, de telle sorte qu'il soit en mesure de l'utiliser, par exemple en l'exposant ou en le prêtant en échange d'un autre objet, alors que le propriétaire d'un bien ne souhaitant pas le garder sans réellement vouloir s'en déposséder sera plutôt tenté de le déposer, par exemple dans un port franc.

3. *Le régime juridique du prêt.*

Les questions juridiques pouvant se poser à l'occasion d'un contrat de prêt relèvent essentiellement du droit privé. Toutefois, des revendications de nature privée ou publique peuvent avoir lieu à l'occasion d'un prêt, en particulier lors d'une exposition à l'étranger. De telles revendications peuvent avoir trait à la propriété d'un objet prêté, ou encore viser à permettre à un créancier de satisfaire sa créance à l'égard du prêteur¹³⁴. Le législateur est intervenu dans un nombre croissant de pays pour mettre en place un système d'«immunité» des œuvres d'art prêtées, ceci dans un but de favoriser les prêts internationaux d'œuvres d'art¹³⁵.

C'est ainsi que la Suisse a adopté, à l'occasion de la ratification de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de sa mise en œuvre par la LTBC, le système de *garanties de restitution* prévu aux articles 10 à 13 LTBC et précisé à

132 ATF 126 III 192.

133 TERCIER, n. 5775.

134 Tel fut le cas notamment d'une saisie opérée en 2005 sur des tableaux appartenant au Musée Pouchkine des Beaux-Arts de Moscou, à l'occasion d'un prêt effectué à la Fondation Gianadda, GABUS, Confiscation, 227, 230 et 240 ss.

135 Voir en droit comparé en particulier PALMER, 299 ss et 307 ss.

l'art. 7 OTBC¹³⁶. Le système élaboré par la LTBC est le suivant: lorsqu'un prêt est accordé à un musée ou une institution culturelle en Suisse, celle-ci peut demander à ce que l'Office fédéral de la culture délivre une garantie de restitution qui sera valable pour la durée de l'exposition (art. 10 LTBC). Cette garantie, qui sera délivrée à certaines conditions procédurales et de fond prévues aux arts. 11 et 12 LTBC, aura pour effet que ni un particulier ni une autorité ne pourront faire valoir aucune prétention sur le bien culturel tant qu'il se trouve en suisse (art. 13 LTBC). Une question controversée est de savoir si cette garantie déploie également ses effets en ce qui concerne une éventuelle procédure pénale, le Message du Conseil fédéral indiquant à cet égard que la garantie de restitution est sans effet en matière pénale¹³⁷.

Pour le surplus, les points principaux de la réglementation de droit privé en matière de contrats de prêt sont les suivants. Les obligations du prêteur sont principalement de céder l'usage de la chose à l'emprunteur et d'indemniser l'emprunteur s'il a été amené à faire des dépenses extraordinaires dans l'intérêt du prêteur (art. 307 al. 2 CO). Pour ce qui est des obligations de l'emprunteur, on relèvera que s'il est autorisé à user de la chose (contrairement au contrat de dépôt), il va encore devoir en user correctement, c'est-à-dire selon l'usage prévu par le contrat ou, à défaut, selon la nature de la chose ou sa destination (art. 306 al. 1 CO). Ainsi, s'il va de soi qu'une œuvre d'art prêtée à un musée pourra être exposée sur les cimaises de celui-ci, elle ne saurait en revanche servir de décoration provisoire du bureau d'un employé du musée. L'emprunteur a également une obligation d'entretien et les frais ordinaires pour un tel entretien seront à sa charge (art. 307 al. 1 CO). L'emprunteur est encore responsable d'utiliser la chose selon le prêt convenu: il ne peut ainsi pas autoriser un tiers à se servir de l'objet prêté (art. 306 al. 2 CO). Enfin, à la fin du prêt, l'emprunteur est tenu de restituer l'objet au prêteur.

Le contrat de prêt prend fin, s'il a été conclu pour une durée déterminée ou pour un usage particulier, à l'expiration de la durée prévue ou une fois que l'usage convenu a été effectué. Si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, le prêteur peut y mettre fin en tous temps (art. 310 CO). Le contrat prend fin en cas de décès de l'emprunteur (art. 311 CO); si c'est le prêteur qui décède, le contrat se poursuit avec ses héritiers¹³⁸.

Une question qui peut se poser est celle de la restauration d'un objet d'art prêté dans le cadre d'un prêt à long terme. Si les frais relatifs à l'utilisation de l'objet prêté sont à la charge de l'emprunteur, en particulier un musée (exposition, catalogue, étude, photographie), il n'en va pas de même des frais extraor-

136 Voir à ce sujet GABUS/RENOLD, art. 10.

137 Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2001 relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international de biens culturels (FF 2002 505, 554); voir GABUS/RENOLD, art. 13 n. 2 ss.

138 Voir TERCIER, n. 2719.

dinaires, tels que les frais de restauration, qui sont, à notre avis, à mettre à la charge du prêteur. Cela dit, si l'emprunteur a effectué une restauration sans en informer le prêteur, il engage sa responsabilité et pourra être amené à devoir indemniser le prêteur au cas où la restauration n'aurait pas été faite selon les règles de l'art.

L'assurance des objets prêtés est évidemment d'une importance capitale pour le prêteur, surtout en cas d'œuvres de grande valeur. Les conditions générales des prêts, lorsqu'elles existent, mettent en règle générale la souscription de l'assurance et les frais qui en résultent à la charge de l'emprunteur¹³⁹.

Il y a encore lieu de préciser que l'ensemble des règles du CO en matière de prêt à usage est de droit dispositif et que les parties peuvent adopter le régime juridique qu'elles estiment le plus approprié pour la réglementation de leurs droits et obligations. C'est ainsi que les obligations des parties sont décrites de manière fort détaillée dans le contrat-type de prêt proposé par l'Association suisse des collectionneurs.¹⁴⁰ Même si les dispositions contractuelles proposées ne divergent pas nécessairement de celles du CO, elles sont cependant beaucoup plus précises. C'est ainsi, par exemple, que la responsabilité de l'emprunteur est définie dans le contrat-type de manière très détaillée sous un chapitre ayant trait à son «obligation de diligence», l'emprunteur s'engageant à ce que l'objet du prêt «soit traité convenablement et avec le plus grand soin de son enlèvement à son retour au prêteur (<du clou au clou>»¹⁴¹.

4. *Le régime juridique du dépôt.*

En pratique, l'on constate que de nombreux contrats, surtout anciens, conclus par les musées suisses prennent la forme d'un «contrat de dépôt». Il convient de souligner que l'élément primordial reste la volonté des parties, indépendamment des termes qu'elles ont retenus (art. 18 CO). Si donc les parties voulaient conclure un contrat de prêt, mais qu'elles ont en réalité intitulé leur contrat de «contrat de dépôt», il y aura lieu de considérer qu'il s'agit d'un prêt à usage au sens des art. 305 ss CO. Si, en revanche, les parties entendaient que les objets d'art soient mis en lieu sûr pendant une période déterminée, par exemple dans un port franc, on considérera qu'il y a un contrat de dépôt.

Le dépôt est en principe gratuit, sauf si le contraire a été convenu ou ressort des circonstances (art. 472 al. 2 CO)¹⁴². Dans les relations que les particuliers ont avec les musées, il est très rare qu'une rémunération soit convenue.

Sauf exception prévue par le contrat, le dépositaire n'utilise en principe pas le ou les objets déposés (art. 474 CO). Si le but du contrat est uniquement la

139 Voir le contrat-type de prêt de l'Association suisse des Collectionneurs de 2008, art. 5.

140 Voir le contrat-type de prêt de l'Association suisse des Collectionneurs de 2008.

141 Voir le contrat-type de prêt de l'Association suisse des Collectionneurs de 2008, art. 7.

142 CR CO I-BARBÉY art. 473 n. 24 ss.

garde et la conservation des objets par le musée, il est ainsi tout à fait soutenable que le contrat en question soit un contrat de dépôt, car ce dernier implique généralement un devoir de conservation du dépositaire. Il doit en effet prendre toutes les mesures nécessaires pour restituer la chose dans le même état, ainsi que pour la conserver dans un lieu sûr¹⁴³. En revanche, si le but en est plus large, tel l'exposition, le catalogage ou encore la restauration, de telles prestations de la part du musée sortent du cadre d'un dépôt usuel et feront plutôt pencher en faveur d'un prêt, sauf évidemment si les parties en ont convenu différemment (art. 474 CO)¹⁴⁴.

L'une des grandes différences entre le contrat de dépôt et le contrat de prêt concerne les frais: l'emprunteur doit prendre à sa charge les frais ordinaires d'entretien de la chose (art. 307 CO)¹⁴⁵, alors que les dépenses rendues nécessaires par l'exécution du contrat de dépôt sont à la charge du déposant (art. 473 al. 1 CO)¹⁴⁶. Cela est dû au fait que le dépositaire ne se sert en principe pas de la chose (art. 474 al. 1 CO). Si le contraire est prévu dans le contrat et que de ce fait les frais sont à la charge du musée, on se trouvera à notre avis devant un contrat de prêt.

Le dépôt peut être conclu pour une brève ou, au contraire, une longue durée, voire être de durée indéterminée. Le déposant peut mettre fin au contrat en tout temps (art. 475 CO) et il en est de même pour le dépositaire, en particulier si le contrat est de durée indéterminée (art. 476 CO)¹⁴⁷. La mort du déposant ou du dépositaire ne met en revanche pas fin au contrat¹⁴⁸, ce qui peut mettre le musée dans une situation délicate au cas où aucun héritier ne se présente soit pour mettre fin au contrat, soit pour le prolonger.

V. L'expertise

L'importance du rôle de l'expertise dans le marché international de l'art n'est plus à démontrer. La richesse et la diversité de l'activité des experts sont considérables, allant de l'expertise sur la valeur de l'œuvre à son attribution, sa provenance, ses qualités ou ses défauts. Les circonstances dans lesquelles l'expert agit peuvent aussi être très diverses, qu'il s'agisse de l'expert engagé par une maison de vente, de l'expert indépendant, du marchand-expert, de l'auteur d'un catalogue raisonné, de l'expert nommé par une autorité judiciaire ou administrative, ou encore du conservateur de musée spécialisé dans un domaine particulier¹⁴⁹.

143 TERCIER, n. 5750 s.

144 CR CO I-BARBEY, art. 474 n. 1 ss.

145 TERCIER, n. 330, 2707 s.

146 TERCIER, n. 5831.

147 TERCIER, n. 5839 ss.

148 CR CO I-BARBEY art. 476 n. 3.

149 Sur tous les différents types d'expertises, voir JORNOD, 13 ss.

Tout comme pour les contrats précédents, nous commencerons par examiner la question du droit applicable (1), avant d'envisager la qualification du contrat liant l'expert à son client (2), pour terminer par l'étude du régime juridique de l'expertise (3).

1. *Le droit applicable*

L'expertise peut souvent être internationale, en particulier parce que l'expert et son client ne sont pas résidents ou établis dans le même Etat. Comme tous les contrats, l'expertise est soumise à la liberté de choix des parties quant au droit applicable (art. 116 al. 1 LDIP).

S'agissant d'un contrat de service, et indépendamment de la qualification du contrat comme mandat ou entreprise, le contrat sera soumis, en l'absence de choix, au droit de résidence du débiteur de la prestation caractéristique, soit en l'espèce celle de l'expert (art. 117 al. 3 lit. c LDIP).

Nous verrons qu'il est également possible, dans quelques hypothèses très spécifiques, que l'expert commette un acte illicite et, ce faisant, engage sa responsabilité civile. Si tel est le cas, les règles de droit international privé applicables seront différentes: si les parties ont leur résidence habituelles dans le même Etat, l'on appliquera à l'acte illicite le droit de cet Etat (art. 133 al. 1 LDIP). Sinon, le droit du lieu de commission de l'acte, voire celui du résultat si celui-ci était prévisible, seront appliqués (art. 133 al. 2 LDIP). Enfin, si l'acte illicite viole le rapport contractuel entre l'expert et son client, la LDIP prône un rattachement accessoire de l'acte illicite au droit applicable au contrat (art. 133 al. 3 LDIP¹⁵⁰). Enfin, dans l'hypothèse extrême où l'activité de l'expert constituerait un abus de position dominante, il y aurait lieu d'appliquer la règle spécifique de la LDIP en la matière qui prévoit l'application du droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave à la concurrence produit ses effets (art. 137 al. 1 LDIP¹⁵¹).

2. *Qualification du contrat*

Poser la question de la qualification du contrat d'expertise, c'est se demander, de manière générale, s'il s'agit d'un contrat de mandat ou d'un contrat d'entreprise. La réflexion a en général trait à la question de l'obligation de l'expert, qui peut être une obligation de moyens pour le contrat de mandat ou une obligation de résultat pour le contrat d'entreprise. Selon qu'elle est considérée de moyen ou de résultat, l'obligation de l'expert sera ainsi soumise aux règles du contrat de mandat (art. 394 ss CO) ou à celles du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)¹⁵².

150 Sur toutes ces questions, voir HEINI/KELLER/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, art. 133, 1130 ss.

151 Ibid ad art. 137, 1192 ss.

152 CHAPPUIS, 48 ss.

Même si la qualification juridique du contrat d'expertise est controversée¹⁵³, on peut dire de manière certaine que la jurisprudence¹⁵⁴, suivie en cela par les principaux auteurs à avoir étudié la question sous l'angle de l'expertise *en matière artistique*¹⁵⁵, considère que l'activité de l'expert en art doit être qualifiée de mandat en ce sens que l'expert garantit l'usage de certains moyens pour établir son expertise, sans garantir un résultat juste. Comme l'indique très justement Christine Chappuis à ce sujet: «Il s'ensuit que, faute de stipulations particulières, l'expert, qu'il soit appelé à évaluer une œuvre ou à se prononcer uniquement sur l'authenticité de celle-ci, ne promet, en règle générale, pas un résultat particulier. Il promet une activité diligente qui permet d'atteindre un tel résultat. Cette obligation de diligence est typique du mandat (art. 394 ss CO)»¹⁵⁶.

3. *Le régime juridique de l'expertise*

Les questions principales qui se posent en matière d'expertise relèvent du droit privé, en particulier la question de la responsabilité de l'expert. Il reste que l'expert peut aussi commettre un délit sanctionné pénalement, voire abuser de sa position dominant le marché et il convient d'examiner ces hypothèses brièvement.

L'expert qui rédige sciemment un faux certificat attestant que l'œuvre examinée est authentique, alors qu'il sait très bien qu'elle ne l'est pas, commet, sous réserve de la réalisation des autres conditions de cette disposition, un faux dans les titres au sens de l'art. 251 CPS¹⁵⁷. Il peut éventuellement aussi, par des affirmations fallacieuses, induire son client en erreur afin que celui-ci commette des actes préjudiciables à ses intérêts. Il y alors escroquerie (art. 146 CPS). Dans de telles hypothèses, l'expert commet non seulement un acte pénalement répréhensible, mais il engage également sa responsabilité civile et devra réparer le dommage qu'il a causé à la victime (art. 41 CO).

Par ailleurs, l'expert qui, abusant de sa position dominante sur le marché – parce que, par exemple, il est le seul à connaître si bien l'œuvre d'un artiste donné ou qu'il est l'auteur du seul catalogue raisonné de l'œuvre de tel ou tel artiste –, refuse d'authentifier une œuvre dont il sait qu'elle est de l'artiste envisagé, pourrait se voir taxer d'une violation des règles sur les cartels et les positions dominantes¹⁵⁸. De telles hypothèses, vu le pouvoir de certains experts ou groupes d'experts, ne sont pas purement théoriques aujourd'hui. Il faut en effet garder à l'esprit que le marché de l'art est un monde assez étroit et le fait qu'une œuvre ne soit pas acceptée par l'expert principal en question et qu'elle ne

153 ATF 127 III 328, JdT 2001 I 254.

154 ATF 112 II 347 = JdT 1987 I 28 = PRA 75 234.

155 Outre CHAPPUIS, 48 ss, voir également THEVENOZ, 40 ss.

156 Ibid., 52.

157 MOREILLON, 150 ss.

158 VON BRÜHL, 135 ss et, du même auteur, Thèse.

puisse ainsi pas être intégrée dans le catalogue raisonné risque d’ôter toute valeur marchande à l’œuvre en question.

Le plus souvent l’expert, s’il s’appuie sur ses connaissances, sur les ressources documentaires et historiques qu’il a à disposition, sur d’éventuelles analyses techniques et scientifiques et surtout sur son «œil», établira une expertise entièrement satisfaisante du point de vue juridique. Mais il peut arriver que l’expert se trompe: il a authentifié une œuvre qui s’avère être fausse, il s’est trompé sur une qualité importante de celle-ci (œuvre de série au lieu d’une œuvre unique), il a mal estimé sa valeur. La question est alors de déterminer son éventuelle responsabilité contractuelle à l’égard de celui qui lui a demandé une expertise.

En tant que mandataire (art 394 ss CO), l’expert est tenu à la bonne et fidèle exécution de son mandat (art. 398 al. 2 CO). Mais comment peut-on définir correctement ce qu’implique le devoir de diligence de l’expert, et à partir de quel moment ce devoir sera-t-il violé? La question est délicate et la réponse dépendra dans un premier temps du cadre contractuel et de l’étendue des activités attendues de l’expert (examen superficiel, recherches approfondies, analyse limitée à la valeur, etc.). Dans le cadre de l’activité définie par les parties, la responsabilité de l’expert s’examine en fonction de la diligence que l’on est en droit d’attendre d’un professionnel dans les mêmes circonstances. Une telle évaluation du standard de l’activité de l’expert se fait de manière objective (comparaison avec ce que ferait un expert diligent dans la même situation), tout en tenant compte des circonstances concrètes (difficulté, temps requis, accessibilité des sources, etc.¹⁵⁹). Un autre élément important sera la rémunération éventuelle de l’expert: en effet, l’on aura tendance à être moins exigeant à l’égard de l’expert qui ne se fait pas rémunérer pour ses services, face à celui qui – précisément en fonction de ses qualifications – reçoit une rémunération importante¹⁶⁰. Enfin, le degré de spécialisation de l’expert joue également un rôle dans l’évaluation de sa responsabilité: l’expert éminent auquel on s’adresse en raison de ses compétences particulières doit être à la hauteur dans l’exercice de son activité d’expert et de ses qualifications¹⁶¹.

Un exemple intéressant tiré de la jurisprudence peut être cité en guise d’illustration, celui dit de la *lampe de Gallé*¹⁶²: l’expert d’une maison de vente estime, uniquement sur la base d’une description téléphonique, que la lampe de Gallé qui est soumise à la maison de vente vaut entre CHF 8 000 et 12 000. Il est ressorti, après que la lampe a été vendue sur la base de cette expertise, qu’elle valait en réalité beaucoup plus, car il s’agissait d’une œuvre originale et non pas d’un article de série. La maison de vente, dont l’expert a rendu son expertise sur

159 CHAPPUIS, 54; THEVENOZ, 43.

160 THEVENOZ, 43.

161 THEVENOZ, 43 s.

162 ATF 112 II 347 = JdT 1987 I 28.

la base d'une simple description orale et sans émettre de réserves, a été reconnue comme responsable par le Tribunal fédéral. En revanche, le Tribunal fédéral a estimé que la gratuité du mandat devait amener à une réduction des dommages-intérêts, de même que le fait que l'expertise avait dû, à la demande du client, être rendue dans l'urgence¹⁶³.

Enfin, il est intéressant de constater que l'expertise, hormis en Allemagne¹⁶⁴, est un domaine qui résiste fortement à tout contrôle étatique. Or l'on pourrait fort bien songer à la mise en place de formations, sanctionnées par des diplômes spécifiques, qui seraient la condition pour qu'une personne donnée puisse s'afficher publiquement comme «expert en ...». Un tel mouvement n'a pour l'instant pas encore pris son essor. Tout au plus les organisations professionnelles de marchands d'art ou d'experts créent-elles des listes d'experts que la personne intéressée pourra consulter quand elle recherche un expert ayant telle ou telle spécialité¹⁶⁵.

VI. L'assurance

L'assurance des objets d'art, qu'ils soient en mains privées ou propriété de l'Etat, est devenue une question d'importance dans le domaine de l'art et des musées. En effet, les cas de vol d'œuvres d'art ou de dommages portés à celles-ci sont fréquents, à quoi s'ajoutent les risques accrus que comporte l'organisation d'expositions internationales (transport, haute fréquentation du public pour les expositions d'envergure, etc.). Le coût de plus en plus élevé que représentent les frais d'assurance d'une collection permanente ou d'une exposition temporaire sont un réel problème pour les conservateurs de musées.

La question du droit applicable se pose ici aussi (1), ainsi que celle du régime juridique suisse du contrat d'assurance en matière d'art (2).

1. *Le droit applicable*

Les conditions générales d'assurance prévoient le plus souvent une élection de droit (art. 116 LDIP), que ce soit de manière directe ou par référence à une loi particulière. Il s'agit en Suisse plus spécifiquement de la Loi fédérale sur le contrat d'assurances (LCA¹⁶⁶).

Contrairement aux autres contrats discutés ici, le contrat d'assurance n'est pas mentionné par la LDIP pour la détermination du droit applicable en l'absence de choix par les parties. Cela dit, la prestation caractéristique du contrat d'assurance semble bien devoir être la prestation de l'assurance, même s'il

163 Ibid.

164 DREIER, 99 ss.

165 BYRNE-SUTTON/RENOLD, Introduction, 11 ss.

166 Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 2 avril 1908; RS 221.229.1

peut s'agir en l'espèce aussi du paiement d'une somme d'agent, tout comme le paiement des primes par l'assuré. Dans ce sens, même s'il ne s'agit pas d'une activité de services, au même titre qu'un mandat ou un contrat d'entreprise, le rattachement objectif peut à notre avis suivre le principe de l'art. 117 al. 3 lit. c LDIP.

2. *Le régime juridique de l'assurance*

L'un des problèmes majeurs de l'assurance des œuvres d'art est son coût. Il arrive d'ailleurs fréquemment que les collections publiques ne soient tout simplement pas assurées, étant donné que leurs ressources sont souvent limitées. Comme l'écrivait Marcel Fontaine il y a quelques années: «Les musées restent souvent leur propre assureur, veillant éventuellement à constituer certaines réserves; on conçoit les limites d'un tel procédé»¹⁶⁷. La situation n'a guère changé depuis; l'on peut même dire qu'elle s'est empirée.

Pour pallier cette carence fréquente, et en particulier à l'occasion d'expositions internationales, les Etats ont mis en place des systèmes de garanties, les «government indemnity schemes» en anglais ou «garanties de l'Etat» en français. De tels systèmes, par lesquels l'Etat s'engage jusqu'à certaines limites à réparer un dommage qui se serait par hypothèse produit lors d'une exposition, existent dans un assez grand nombre d'Etats, tels le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne et les USA, mais ils n'ont pas encore été adoptés en Suisse¹⁶⁸.

L'évaluation de la valeur d'une œuvre d'art, en tant que bien assuré, doit se faire non seulement sous l'angle objectif de sa valeur marchande, mais encore, ce qui est plus difficile, sous l'angle subjectif de sa valeur immatérielle. Les objets d'art et les biens culturels ne peuvent en effet pas être considérés comme de simples marchandises du point de vue de l'assurance¹⁶⁹.

Quand elle est conclue, l'assurance d'œuvres d'art, qu'elle entre dans une police générale ou dans une police spécifique en matière d'œuvres d'art, n'en reste pas moins une assurance de choses, autrement dit une assurance contre le préjudice que subit l'assuré en cas de dommage porté à l'œuvre, tel que sa détérioration, sa destruction ou sa disparition suite, par exemple, à un vol¹⁷⁰. En tant que telle, l'assurance d'objets d'art permet la couverture de dommages affectant les œuvres d'art qui font l'objet de la police d'assurance.

Les deux valeurs principales nécessaires au calcul de l'indemnité en matière d'assurance de choses sont la somme d'assurance, qui est déterminée lors de la conclusion du contrat, et la valeur de remplacement, qui est fixée au moment du

167 FONTAINE, 753.

168 RASCHÈR/CHRISTEN, 213 ss; PALMER, Art Loans, 142 ss.

169 GLAUS/STUDER, 140 n. 12.1.

170 GABUS, Valeurs, 76 et les références citées.

sinistre¹⁷¹. Nous verrons que la pratique a établi certaines spécificités lorsqu'il s'agit d'assurer un bien culturel ou un objet d'art.

La somme d'assurance, c'est-à-dire la limite supérieure de l'indemnité que l'assureur sera tenu de verser à l'assuré en cas de sinistre, est fixée par le preneur d'assurance. Il existe cependant certaines sanctions légales en cas de sous-assurance ou de sur-assurance¹⁷². Il est souvent conseillé au preneur d'assurance de faire appel à un expert pour évaluer l'objet lorsque la somme d'assurance est difficile à déterminer, car en principe l'assureur n'intervient pas dans la fixation de ce montant. Lorsqu'il s'agit d'assurer une œuvre d'art, il est même recommandé aux parties de convenir d'une valeur par un accord dans une convention spéciale¹⁷³.

Le preneur d'assurance est tenu d'adapter aussi souvent que nécessaire le montant de la somme d'assurance aux augmentations et aux baisses de valeur du bien assuré, pendant toute la durée du contrat, sous peine de se voir confronté, lors du sinistre, à un problème de sur-assurance ou de sous-assurance (art. 50 LCA)¹⁷⁴.

Sous réserve de différentes exclusions qui sont généralement prévues par les conditions générales (dol de l'assuré, fausse déclaration, mauvaises mesures de protection, terrorisme, etc.), les risques couverts sont généralement l'endommagement, la destruction ou la perte de l'objet. Une couverture particulière que l'on rencontre en matière de prêt d'œuvres d'art, d'organisation d'expositions ou encore de transport d'œuvres d'art, est l'assurance dite «clou à clou»¹⁷⁵ qui couvre l'œuvre, en cas de prêt, sur toute la durée du prêt, en cas de transport, entre le moment où elle est emportée de chez le propriétaire au moment où elle lui est restituée¹⁷⁶.

L'art. 62 LCA traite de la valeur de remplacement, sauf en matière d'assurance incendie (art. 63 LCA).¹⁷⁷ Cette valeur représente le montant nécessaire au preneur d'assurance lorsque survient le sinistre, pour se retrouver dans la même situation économique qu'avant le sinistre. Elle se détermine en principe d'après la valeur marchande de l'objet tout en tenant compte de son usage, de sa dépréciation, etc. En matière de biens culturels et d'objets d'art, les critères à prendre en compte pour déterminer cette valeur sont généralement fixés dans les conditions générales d'assurances annexées aux polices. En matière d'assurance d'objets d'art, il est fréquent que les parties au contrat d'assurance établissent cette valeur ensemble. Il s'agit alors d'une assurance dite de «valeur

171 VVG Kommentar-BOLL, art. 49 n. 2; GABUS, Valeurs, 78.

172 GABUS, Valeurs, 88 ss.

173 GABUS, Valeurs, 78 ss; GLAUS/STUDER, 142 s.

174 GABUS, Valeurs, 81 ss.

175 VVG Kommentar-BOLL, art. 50 n. 45; GLAUS/STUDER, 144.

176 Voir le contrat-type de prêt de l'Association suisse des collectionneurs de 2008.

177 VVG Kommentar-BRUNNER, art. 65 n. 3.

agréée»¹⁷⁸. Comme l'indique l'art. 65 LCA «la valeur convenue sera considéré comme valeur de remplacement» et servira de base à l'indemnisation de l'assuré. Cette possibilité, offerte aux parties, ne change en rien le principe indemnitaire de l'assurance dommage en question, à savoir qu'est exclu tout enrichissement de l'assuré à l'occasion d'un sinistre¹⁷⁹. Le but principal de la valeur agréée en droit suisse est une question de preuve: en cas de disparition de l'objet, sa valeur de remplacement, c'est-à-dire le montant que l'assurance va rembourser à l'assuré, sera présumée être le montant agréé, sauf à l'assurance de prouver que sa valeur était en réalité inférieure, par exemple à cause d'une fluctuation à la baisse du marché des œuvres de l'artiste en question¹⁸⁰.

A côté des assurances de chose, il est également conseillé aux marchands d'art, aux musées ou encore aux collectionneurs de bénéficier d'une assurance responsabilité civile. Etant donné que les objets d'art ont généralement une valeur élevée, il semble approprié de s'assurer également soi-même contre tout dommage qu'il serait possible de leur porter. En droit suisse, on entend par responsabilité civile l'obligation faite à une personne de réparer le dommage causé à autrui que ce soit de manière intentionnelle, par négligence ou imprudence (art. 41 CO)¹⁸¹. L'obligation de réparer un dommage, c'est-à-dire d'engager sa responsabilité civile, est lié à la commission d'une faute. Le dommage peut consister en un dommage matériel ou un tort moral. Mises à part certaines particularités dues aux types de biens assurés, telle que par exemple la détermination du prix de l'œuvre avant le sinistre, le droit de la responsabilité civile en matière d'art répond de manière générale aux mêmes conditions que le système prévu par le droit commun¹⁸².

D. L'art est transmis illicitement: l'intervention de l'Etat dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels

Il est souvent affirmé que l'art et les biens culturels sont victimes d'un trafic illicite en constante progression¹⁸³. Les données chiffrées ne sont pas très courantes, ce qui s'explique aisément: comment peut-on évaluer l'importance d'un trafic qui par essence est un marché noir? Les seules données chiffrées indiscutables sont celles qui correspondent aux vols annoncés auprès des autorités¹⁸⁴,

178 GABUS, Valeurs, 82 ss.

179 GABUS, *ibid.*, 77; VVG Kommentar-BRUNNER, art. 65 n. 11.

180 GABUS, *ibid.*, 92 ss.

181 CR CO I – WERRO, Introduction art. 41–61, n. 1.

182 GLAUS/STUDER, 147.

183 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (FF 2002 505).

184 L'on se référera par exemple aux bases de données des polices nationales, dont certaines sont publiques, ou encore aux informations données par Interpol sur son site: www.interpol.org.

mais même ces chiffres doivent être pris avec circonspection puisqu'un certain nombre de vols de biens culturels ne sont pas dénoncés et cela pour diverses raisons (par exemple: les propriétaires ne souhaitent pas faire savoir qu'ils détenaient telle ou telle œuvre ou encore les propriétaires ne savent pas que telle ou telle œuvre a été volée, etc.).

De là à affirmer, comme on l'entend souvent, que le trafic illicite des biens culturels est le troisième trafic illégal après celui des armes et de la drogue et qu'il s'élèverait à plus de deux milliards de dollars américains, il y a un pas qui nous semble difficile à franchir sans une étude, même empirique, de la question. Certes, un certain nombre d'études existent¹⁸⁵, mais elles n'ont pas pu à notre connaissance corroborer ces chiffres. Quoiqu'il en soit, le nombre de vols, pillages en cas de conflits armés, fouilles illicites et exportation sans autorisation est indiscutablement important si l'on se réfère aux cas régulièrement répertoriés dans les différents médias.

La première étape consiste à agir sur le plan interne (I), la seconde sur le plan international (II).

I. La protection des biens culturels en droit suisse

Nous avons déjà vu comment le droit fédéral suisse règle la question des biens archéologiques découverts en Suisse¹⁸⁶: le statut de biens inaliénables et imprescriptibles qui leur est accordé est indéniablement une forte mesure de protection. Mais la législation fédérale récente est allée plus loin en créant un statut similaire pour les biens culturels d'importance significative pour le patrimoine culturel. Ce nouveau statut ressort de la LTBC.

La LTBC a en effet créé un système de protection spécifique pour les biens culturels appartenant à la Confédération et qui sont d'importance significative pour le patrimoine culturel suisse. Ceux-ci devront figurer dans un inventaire et dès ce moment ils ne pourront, à teneur de l'art. 3 al. 2 LTBC, ni être acquis par prescription ou de bonne foi, ni être exportés de manière définitive et toute action en revendication de ces biens par la Confédération sera imprescriptible. Ces effets juridiques sont identiques à ceux des biens archéologiques découverts dans un canton¹⁸⁷, mais il est surprenant que le législateur n'ait pas poussé le parallélisme avec les biens archéologiques jusqu'à prévoir l'inaliénabilité des biens culturels en question.

L'élément central, celui de l'inventaire, n'existant pas encore, il est difficile de porter un jugement sur le fonctionnement du système mis en place par la

185 Voir par exemple, Cultural Heritage Crime: The Nordic Dimension, Stockholm, 2006; FRAOUA R., Prévention et lutte contre le trafic illicite de biens culturels: rapport de synthèse (2009); Pour l'Espagne, voir <http://www.mcu.es/patrimonio/MC/LCTI/Capitulos.html>.

186 *Supra* B.II.

187 *Ibid.*

LTBC. Il est apparemment question que cet inventaire soit mis en place prochainement, la question centrale étant celle des moyens financiers. On relèvera toutefois que l'ensemble des institutions de la Confédération, telles la Collection Oskar Reinhart am Römerholz ou le Musée national suisse, disposent déjà d'inventaires et qu'il ne semblerait pas particulièrement complexe de les reprendre tels quels dans l'inventaire LTBC. Evidemment, s'il s'agit de faire une «short list», la question est alors plus délicate.

Une autre question qui reste à définir est ce qu'il faut comprendre par des biens culturels qui «revêtent une importance significative pour le patrimoine culturel», tel que spécifié à l'art. 3 LTBC. Il s'agissait, dans l'esprit du législateur, d'une notion plutôt exceptionnelle¹⁸⁸. La pratique déterminera ce que recouvre cette notion et l'on peut d'ores et déjà constater qu'elle semble pencher au contraire pour une définition plutôt extensive. En effet, les accords bilatéraux que la Suisse a conclu sur l'importation, l'exportation et le retour des biens culturels en application de l'art. 7 LTBC portent également sur des biens culturels d'importance significative pour le patrimoine culturel. Or les cinq accords conclus à ce jour (avec l'Italie, le Pérou, la Grèce, Colombie et l'Égypte¹⁸⁹) optent pour une définition plutôt extensive de la notion, les seuls critères retenus étant l'appartenance à certaines catégories (par exemple les récipients en céramique) et l'âge (de 3800 av. J.-C. à 1500 ap. J.-C.¹⁹⁰).

Qu'en est-il sur le plan cantonal? Conscient de l'existence d'inventaires cantonaux de biens culturels, le législateur fédéral y fait référence dans la LTBC en indiquant, à l'art. 4 LTBC, que les cantons peuvent relier leurs inventaires à celui de la Confédération. La loi précise également que les cantons peuvent donner un certain effet juridique à leurs inventaires, par exemple en indiquant que les biens culturels en question sont imprescriptibles et ne peuvent être acquis de bonne foi (art. 4 al. 2 LTBC). Ce sont évidemment des «Kann-Vorschriften», puisqu'il s'agit d'un domaine dans lequel les cantons sont souverains.

La loi autorise également les cantons à inscrire à l'inventaire des biens culturels appartenant à des particuliers, mais uniquement et pour autant que ceux-ci y consentent (art. 4 al. 1 lit. b LTBC). Peu de cantons ont inséré une règle allant dans ce sens dans leur législation cantonale en matière de biens culturels¹⁹¹.

188 GABUS/RENOLD, art. 3 n. 4: «objets pour lesquels la population suisse fait preuve d'un fort attachement».

189 Pour l'accord avec l'Italie, le seul des cinq à être entré en vigueur, voir RS 0.441.145.41; pour les autres, voir le site internet de l'Office fédéral de la culture: www.bak.admin.ch.

190 Catégorie III A de l'accord entre l'Italie et la Suisse, réf. note précédente.

191 Ainsi le canton de Fribourg prévoit dans sa Loi sur la protection des biens culturels du 7 novembre 1991 (RS FR 482.1) l'inscription sur un registre et un inventaire, mais aucune mention de l'accord du propriétaire n'est faite. La loi neuchâteloise du 27 mars 1995 (RS NE 461.30) est elle aussi silencieuse sur cette question, de même que la loi genevoise sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 (RS GE L 4 05).

II. La protection des biens culturels sur le plan international

En adoptant les règles sur la protection des biens culturels suisses (d'importance significative pour le patrimoine culturel), la Suisse a satisfait l'un des pans de ses obligations internationales. En effet, le premier objectif de la Convention de l'UNESCO de 1970 est d'encourager les Etats à légiférer en vue de la protection de leur propre patrimoine¹⁹². Le second objectif, celui dont il est beaucoup plus fréquemment question dans l'arène internationale, est la collaboration entre les Etats pour protéger leur patrimoine lorsqu'il a été déplacé illicitement à l'étranger. Cette collaboration internationale est malgré tout l'objectif prioritaire de la LTBC, puisque son article premier, second alinéa, nous indique que «par la présente loi, la Confédération entend contribuer à protéger le patrimoine culturel de l'humanité et prévenir le vol, le pillage ainsi que l'exportation et l'importation illicites des biens culturels».

Comment la Suisse a-t-elle satisfait à ses obligations en matière de coopération internationale dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels? Elle a tout d'abord élaboré un système propre de coopération administrative par le biais d'accords bilatéraux (1), elle a ensuite créé un devoir de diligence pour les musées fédéraux et les marchands d'art (2), elle a encore renforcé son dispositif de coopération internationale en matière pénale (3). En dehors de la LTBC, la Suisse a affermi l'intervention douanière en modifiant la loi fédérale sur les douanes (4). Nous verrons également que la Suisse a ratifié une Convention internationale en matière d'immunité étatique qui a des conséquences pour les biens culturels (5). Enfin, nous examinerons la question de l'évolution des règles de droit international privé en la matière (6).

1. Le système des accords bilatéraux

Estimant qu'un système de contrôle à l'importation des biens culturels nécessitait des accords internationaux, la Suisse l'a adopté avec la LTBC. La loi donne en effet compétence au Conseil fédéral de négocier et adopter des accords bilatéraux sur l'importation et le retour de biens culturels (art. 7 LTBC¹⁹³) qui permettent un contrôle aux frontières et un retour éventuel des biens culturels illicitement importés. Le système mis en place par la LTBC a permis l'adoption de quatre traités bilatéraux à ce jour (avec l'Italie, le Pérou, la Grèce et la Colombie) et la liste s'allongera certainement ces prochaines années. Par ce système, la Suisse et l'autre Etat partie s'engagent à appliquer le droit étranger contrôlant l'exportation des biens culturels. Le système ainsi mis en place mérite qu'on l'examine un peu plus précisément.

192 Voir par exemple le Préambule de la Convention de l'UNESCO, mais aussi les articles 5, 6, 10 lit. b et 14.

193 Voir GABUS/RENOLD, art. 7.

Est-il aussi unique qu'on a bien voulu le dire? A vrai dire, l'Union européenne a adopté un système très similaire pour les relations entre Etats membres de l'Union: la Directive relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne¹⁹⁴ permet précisément cela: la restitution sans condition d'un bien culturel dont l'Etat requérant prouve qu'il est soumis aux règles protectrices de l'Etat de provenance et qu'il a quitté cet Etat sans l'autorisation exigée.

Le système proposé par la Suisse est plus compliqué que celui de l'Union européenne puisqu'il exige une négociation avec chaque Etat et notre pays sera donc lié par des accords différents selon l'Etat en question. Jusqu'à présent une certaine unité a pu être maintenue entre les cinq accords négociés, mais à l'avenir les intérêts risquent de varier, ce qui amènera probablement à ce que des termes différents soient retenus. D'une manière générale, les deux Etats s'entendent sur les biens qui sont d'importance significative pour leurs patrimoines culturels respectifs et ils prévoient un système de contrôle à l'importation et de retour en cas d'importation illicite sur le modèle de ce que prévoit l'art. 9 LTBC.

Même si l'on a pu soutenir que ce système était proche de celui des Etats-Unis, dont la loi d'application de la Convention de l'UNESCO prévoit aussi la conclusion d'accords bilatéraux, il en est en réalité éloigné et se fonde sur des bases juridiques très différentes¹⁹⁵.

Il est un peu tôt pour apprécier l'effet réel des accords bilatéraux conclus à ce jour. Le seul point que l'on peut souligner à ce stade est la naissance, dans le domaine des biens culturels également, d'une culture des accords bilatéraux, bien connue en Suisse. D'autres Etats se sont déclarés intéressés par cette approche et il conviendra de voir si l'expérience helvétique fera réellement des émules¹⁹⁶.

2. *Le devoir de diligence*

Une importante innovation apportée par la LTBC est la mise en place un devoir de diligence des institutions de la Confédération et des marchands d'art (commerçants et personnes pratiquant la vente aux enchères). Il s'agit là de la mise en œuvre en Suisse des obligations contenues dans les art. 7 lit. a (empêcher l'acquisition en Suisse des obligations contenues dans les art. 7 lit. a (empêcher l'acquisition par les musées de biens culturels illicitement exportés) et 10 lit. a (établissement d'un registre par les antiquaires) de la Convention de l'UNESCO.

194 Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illégalement le territoire d'un Etat membre.

195 Voir la thèse en cours de MARIE BOILLAT, La contribution de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale aux moyens suisses de lutte contre le trafic illicite de biens culturels.

196 RENOLD, Le premier accord bilatéral, 67.

La loi crée un devoir particulièrement sévère pour les institutions (il faut plutôt lire musées) de la Confédération. Celles-ci ne doivent ni acquérir ni exposer des biens culturels volés ou de provenance douteuse (fouilles clandestines) ou encore exportés illicitement (art. 15 LTBC). L'étendue de cette obligation est à la fois restreinte et très large. Elle est restreinte car, toujours pour des raisons de fédéralisme, elle ne concerne que les institutions de la Confédération; l'espoir est que les parlements cantonaux suivront. L'obligation est large, tout d'abord car elle s'applique non seulement à l'acquisition, mais aussi à l'exposition de biens culturels. L'on peut donc tout à fait imaginer une acquisition valable sous l'ancien droit (par exemple suite à l'écoulement du délai de prescription acquisitive de 5 ans), mais qui serait interdite d'exposition car l'objet reste un objet volé. L'obligation est large à un second titre: elle s'applique à tout bien culturel qui aurait été illicitement *exporté*. Contrairement au devoir de diligence du marchand, dont on verra qu'il s'applique à l'importation illicite, telle que définie restrictivement dans la loi, le devoir des musées fédéraux couvre l'exportation illicite, donc toute violation d'une loi étrangère qui restreindrait l'exportation de biens culturels. Dans ce sens, la LTBC suit l'exemple du législateur canadien pour lequel toute exportation illicite d'un Etat tiers devient *eo ipso* une importation illicite au Canada¹⁹⁷.

Le devoir de diligence du marchand (commerçant d'art et personne pratiquant la vente aux enchères) est quant à lui détaillé à l'art. 16 LTBC et précisé à l'art. 16 OTBC: il existe un devoir général (aucun transfert ne peut avoir lieu tant que celui qui l'effectue ne peut présumer qu'il est de provenance certaine et qu'il n'a pas été importé illicitement en Suisse) et un devoir spécial: les marchands doivent respecter certaines règles de comportement telles l'établissement de l'identité de leurs clients, l'obtention d'une déclaration écrite du droit de disposer, la tenue d'un registre des acquisitions de biens culturels, etc. (voir les art. 16 al. 2 LTBC et 16 à 19 OTBC).

Des questions peuvent se poser sur le champ d'application matériel, personnel et spatial de ce devoir de diligence. Quant au *champ d'application matériel*, l'obligation s'applique-t-elle à tout bien culturel? La réponse est à trouver dans l'OTBC qui précise que les obligations des articles 15 à 17 de la loi ne s'appliquent pas aux transactions dont le prix d'achat est inférieur à CHF 5000 (art. 16 al. 2 OTBC), sauf s'il s'agit du produit de fouilles, d'éléments appartenant à un ensemble ou d'objets ethnologiques (art. 16 al. 3 OTBC).

Le *champ d'application personnel* dépend de la définition du marchand qui est donnée à l'art. 1 lit. e de l'OTBC: il s'agit de personnes qui ont un certain chiffre d'affaires annuel (supérieur à CHF 100 000, selon l'art. 36 ORC) et qui acquièrent des biens culturels dans le but de les revendre pour leur propre compte ou pour le compte de tiers. Le marchand d'art étranger devra encore ef-

197 Voir BOB PATTERSON, «Cultural Property Export Control Laws in Canada» (à paraître dans les rapports pour l'International Law Association, Conférence de La Haye, août 2010).

fectuer plus de dix transactions par année. Une délicate question sera celle de la distinction entre le collectionneur et le marchand. En effet, le collectionneur ne satisfera généralement pas la condition de «l'acquisition dans le but de la revente». Toutefois, il ne serait pas impossible, vu l'objectif de lutte contre le trafic illicite de la loi, que les tribunaux interprètent de façon extensive cette condition, un peu comme le fait notre Haute Cour pour la distinction entre le marchand et le collectionneur du point de vue fiscal¹⁹⁸. Dans une jurisprudence récente le Tribunal fédéral a en effet considéré que le côté systématique et planifié de l'activité de celui qui achète et revend beaucoup d'objets pouvait amener à le considérer comme exerçant une activité lucrative indépendante taxable comme telle, ce qui ne serait pas le cas s'il s'agissait du hobby d'un collectionneur¹⁹⁹.

Enfin se pose la question du *champ d'application spatiale* du devoir de diligence créé par la LTBC. Ici aussi l'OTBC nous donne de précieuses indications, puisqu'à son art. 16 al. 1 lit. b il est précisé que le devoir de diligence des marchands d'art est applicable «pour autant qu'ils transfèrent des biens culturels en Suisse». Le transfert étant un «acte juridique passé à titre onéreux ... et attribuant la propriété d'un bien culturel à une personne» (art. 1 lit. f OTBC), il faut donc déterminer si cet acte se déroule en Suisse ou non. Partant de l'idée que les règles sur le devoir de diligence sont une loi d'application immédiate (ou loi de police) au sens de l'art 18 LDIP²⁰⁰, nous sommes d'avis qu'elles doivent s'appliquer dès lors qu'existe avec la Suisse un lien suffisant. Ce lien peut consister dans le transfert du bien culturel, mais aussi dans la préparation du transfert ou dans sa mise en œuvre en Suisse (publicité en vue de la revente, par exemple).

La sanction de la violation du devoir de diligence est de nature administrative et pénale (art. 17 et 25 LTBC). La LTBC ne prévoit pas de sanction civile, telle la nullité du transfert opéré, par hypothèse, en violation du devoir de diligence, et ils nous paraît qu'il serait exagéré de l'admettre: la LTBC est dans ce sens une *lex imperfecta* et admettre une sanction civile en plus des sanctions administratives et pénales semblerait démesuré, eu égard notamment à la protection des intérêts de l'acquéreur de bonne foi²⁰¹.

3. *L'entraide judiciaire en matière pénale*

Vu l'internationalité de la criminalité en matière de biens culturels, la question de l'entraide judiciaire est souvent centrale. Le procès Medici, qui occupa tout

198 Voir Art-Law Centre News N° 20, mai 2010, p. 2.

199 Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 10 août 2009 (2C_893/2008 consid. 2.7).

200 Voir notre contribution à la Festschrift Kurt Siehr, «The International Scope of Application of the Swiss Rules on the Due Diligence of Dealers in Cultural Property» à paraître en 2010.

201 GABUS/RENOLD, art. 15 n. 16 ss.

d'abord longtemps les juridictions suisses avant que l'entier de la procédure ne soit transmis à l'Italie en est peut-être le plus flagrant exemple²⁰².

L'adoption de la LTBC a suscité l'intérêt des spécialistes de l'entraide judiciaire en matière pénale²⁰³. En effet, la création d'infractions pénales relatives à diverses activités en relation avec l'importation et l'exportation illicites de biens culturels allait faciliter la coopération judiciaire sous cet angle-là. Et tel a bien été le cas, puisque la condition de double incrimination, qui faisait autrefois défaut, est maintenant satisfaite dans un plus grand nombre de cas, facilitant ainsi la restitution à titre de preuve ou de résultat de l'infraction²⁰⁴.

Un point paraît toutefois surprenant: selon la jurisprudence, la condition de la double incrimination doit être réalisée selon le droit en vigueur au moment de la décision relative à l'octroi ou au refus de l'entraide, et non pas au moment des actes commis²⁰⁵, ce qui a pour effet de permettre une forme de rétroactivité: l'entraide pourra être accordée également pour des faits qui n'étaient pas pénalement répréhensibles du point de vue suisse à l'époque où ils ont été commis²⁰⁶. Cela nous paraît choquant du point de vue du principe de la non-rétroactivité des lois pénales, mais la jurisprudence le justifie par le côté essentiellement administratif de la procédure d'entraide²⁰⁷. Cela ne nous paraît pas convaincant.

Un cas intéressant d'entraide a été jugé par notre Haute Cour en 1997. Il s'agissait d'un tableau de maître français volé dans un château en France et acquis par la suite par un acheteur en Suisse. En application des principes d'entraide pénale – il s'agissait dans le cas présent d'un cas de restitution du produit de l'infraction – c'était à l'acquéreur d'établir sa bonne foi, ce qu'il ne put faire eu égard à son absence d'investigations au moment de son acquisition tant sur la provenance du bien que sur l'éventualité de son exportation illicite de France. Le Tribunal fédéral considère donc qu'il n'y a pas eu d'acquisition de bonne foi et prononce la restitution au propriétaire dépossédé en France. A cette occasion il énonce des propos fort intéressants sur l'existence dans le domaine des biens culturels d'un «ordre public international en vigueur ou en formation» permettant à la fois la lutte contre le trafic illicite tout en respectant les intérêts de l'acquéreur de bonne foi²⁰⁸.

202 Voir l'ouvrage de WATSON/TODESCHINI. En jurisprudence suisse, voir surtout l'ATF 123 II 268 par lequel la Suisse a décidé de déléguer intégralement la poursuite de l'affaire Medici aux autorités italiennes.

203 RASCHÈR/BOMIO, 368 ss.

204 BOMIO, 115 s.; RASCHÈR/BOMIO, 379 ss.

205 Voir Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 9 juin 2008 (1C_249/2008, consid. 2.3).

206 BOMIO, 124; contra GABUS/RENOLD, art. 23 n. 10.

207 BOMIO, 124; ZIMMERMAN, 398; ATF 109 Ib 60.

208 ATF 123 II 134, 144.

4. *Le nouveau droit douanier*

L'un des apports de la LTBC au droit douanier a été d'inclure les ports francs dans le champ d'application de la loi. En effet, l'art. 19 al. 3 LTBC assimile l'entreposage dans un port franc à une importation au sens de la loi. Un pas important était franchi pour resserrer le contrôle sur ce qui entrainait dans les ports francs de Suisse: dès lors qu'un bien culturel est entreposé dans un port franc il est considéré comme importé en Suisse, ce qui emporte un certain nombre de conséquences, telles la soumission au contrôle douanier et l'action en retour éventuelle en cas de violation d'un accord bilatéral (art. 9 LTBC²⁰⁹).

Le pas suivant, encore plus important, fut l'adoption de la nouvelle loi sur les douanes et de ses articles sur les entrepôts francs (nouvelle dénomination des ports francs). D'après la nouvelle réglementation, les biens culturels sont des marchandises «sensibles» pour lesquelles l'entrepositaire doit disposer d'un inventaire détaillé²¹⁰. Il doit de plus veiller à ce que les marchandises entreposées ne soient pas soustraites à la surveillance douanière. Le contenu de l'inventaire est spécifié à l'art. 184 de l'Ordonnance sur les douanes et il inclut, pour chaque bien culturel, en particulier le pays de provenance, la preuve de son origine précédente, sa valeur et les coordonnées de la personne habilitée à disposer du bien en question²¹¹. La mise sur pied de ces inventaires est devenue effective dès mai 2009.

5. *La ratification de la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats*

Une autre innovation importante qui aura bientôt des effets en matière de biens culturels est la ratification par la Suisse de la Convention des Nations Unies de 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens. Cette Convention, dont la ratification a été acceptée par les Chambres fédérales²¹², n'est cependant pas encore en vigueur, le nombre de ratifications requises (trente) n'étant pas encore atteint.

Cette Convention contient une intéressante règle en matière de biens culturels appartenant aux Etats: à teneur de son article 21, la Convention indique que les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'Etat et qui ne sont pas destinés à être mis en vente bénéficient de l'immunité devant des mesures de contrainte, telles qu'une saisie, pouvant être ordonnées par un tribunal.

Une telle immunité, même si la Convention n'était pas encore en vigueur, a d'ailleurs déjà été invoquée par le Conseil fédéral pour justifier de l'immunité

209 GABUS/RENOLD, art. 19 n. 13 ss.

210 Annexe 2 de l'Ordonnance sur les douanes du 1^{er} novembre 2006 (RS 631.01).

211 Le projet d'ordonnance, plus strict, prévoyait les coordonnées du propriétaire (voir GABUS/RENOLD, art. 19 n. 17).

212 Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 7969).

qu'il a octroyée, sur la base de l'art 184 al. 3 de la Constitution fédérale, à des tableaux appartenant à la Fédération de Russie (Musée Pouchkine des Beaux-Arts de Moscou) et qui avaient été saisis par un créancier de la Fédération de Russie²¹³.

Signalons encore la possibilité qui est donnée aux organisateurs suisses d'expositions internationales de demander au Conseil fédéral l'octroi d'une garantie de restitution, sur la base des art. 10 ss de la LTBC, et permettant aux objets prêtés par un musée étranger (pas nécessairement étatique) de bénéficier d'une immunité devant toute prétention qu'un tiers pourrait faire valoir en justice pendant la durée de l'exposition en Suisse. L'art. 21 lit. e de la Convention des Nations Unies prévoit d'ailleurs la même solution pour les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, historique ou culturel.

6. *Autres Conventions internationales, ratifiées (Conseil de l'Europe) ou non (Unidroit)*

La Suisse est également partie à de nombreuses autres conventions internationales importantes en matière d'objets d'art et de biens culturels. Tel est le cas par exemple de la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) de 1992²¹⁴. Cette Convention, bien que n'étant pas directement applicable, contient d'importantes règles sur la prévention de la circulation illicite de biens culturels archéologiques (voir l'art. 10 qui demande notamment aux Etats de prendre les mesures nécessaires à empêcher que les musées n'acquière le produit de fouilles clandestines).

Une autre Convention importante est la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé²¹⁵, dont le premier protocole contient d'intéressantes règles sur la lutte contre le trafic illicite de biens culturels après un conflit international²¹⁶, règles qui n'ont cependant jamais été mises en application, en Suisse comme ailleurs.

Enfin, la Suisse a participé activement à l'adoption de la Convention d'Unidroit de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés²¹⁷, Convention qui n'a cependant pas été ratifiée par la Suisse, le Conseil fédéral préférant ratifier dans un premier temps la Convention de l'UNESCO de 1970 et observer ce que font nos Etats voisins par rapport à la Convention d'Unidroit. A ce jour trente Etats ont ratifié cette Convention, mais rares sont parmi ceux-ci les Etats qui bénéficient d'un marché de l'art florissant. L'un des freins principaux à la ratification serait le rôle moins important laissé à la bonne foi de l'acqué-

213 Voir les extraits des courriers du DFAE cités par PETER dans son article sur les tableaux du Musée Pouchkine.

214 RS 0.440.5.

215 RS 0.520.3.

216 RS 0.520.32.

217 Voir LALIVE, Une Convention internationale, 180 ss.

reur d'un bien culturel volé, celle-ci ne permettant pas l'acquisition d'un tel bien, mais fondant seulement une prétention à une indemnité équitable. Par ailleurs, la Convention d'Unidroit renverse le fardeau de la preuve, la bonne foi n'étant pas présumée comme le prévoit notre Code civil à son art. 3.

Soulignons toutefois que la Convention d'Unidroit ne présente pas un bouleversement majeur par rapport au droit des Etats de tradition civiliste. Certes le fardeau de la preuve est renversé, mais l'on constate d'une manière générale que le standard exigé aujourd'hui de l'acquéreur d'un bien culturel a été élevé par la jurisprudence à un point qui rend assez illusoire le renversement du fardeau de la preuve. En revanche, la Convention d'Unidroit permet une prise en considération systématique de la législation de contrôle à l'exportation de l'Etat d'origine, solution qui est en phase, on va le voir, avec l'évolution récente du droit international privé.

L'un des avantages indirects qu'aura eu l'adoption de la Convention d'Unidroit aura été d'encourager les Etats européens à se mobiliser en faveur de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et à ratifier l'autre convention, plus ancienne, de l'UNESCO de 1970. Tel fut le cas de la France, du Royaume-Uni, de l'Allemagne, des Pays-Bas, ou encore de la Belgique.

7. *L'évolution du droit international privé*

Le dernier point intéressant sur le plan de la protection internationale des biens culturels est l'évolution des règles de droit international privé. En effet, ce domaine est traditionnellement dominé, en matière de droit applicable, par le principe de la *lex rei sitae*, soit l'application du droit du lieu de la situation du bien culturel au moment de son acquisition ou de sa perte. L'art. 100 LDIP, relatif à la loi applicable aux biens mobiliers, est également applicable aux biens culturels.

Une tendance est apparue ces dernières décennies, notamment suite à l'adoption à Bâle en 1991 d'une résolution de l'Institut de droit international²¹⁸, prônant l'application non pas de la loi du lieu de situation du bien, mais celle de la loi du lieu d'origine (*lex originis*) de celui-ci, à toutes questions relatives à sa revendication suite à une exportation illicite. La Belgique en a tenu compte dans son Code de droit international privé de 2004 qui laisse à l'Etat revendiquant le choix entre la loi du lieu de situation et la *lex originis* (art. 90 du Code de droit international privé). Une telle évolution n'a pas vu le jour en droit international privé suisse, malgré la présence dans notre LDIP d'une disposition qui pourrait permettre une application exceptionnelle de la *lex originis*, l'art 15 LDIP qui permet le rattachement, à titre exceptionnel, au droit d'un Etat présentant avec la cause une relation beaucoup plus étroite. L'on pourrait imaginer que d'appliquer la loi du lieu d'origine à l'hypothèse de la demande en retour d'un

218 FERRER-CORREIRA, Rapport à l'Institut de droit international, 115 ss.

Etat sur un bien culturel exporté illicitement de son territoire entrerait dans cette clause d'exception. Cette hypothèse est d'ailleurs celle retenue par les Accords bilatéraux en matière d'importation et de retour de biens culturels conclus en application de l'art. 7 LTBC²¹⁹.

En réalité, le Tribunal fédéral a non seulement refusé de suivre la voie de l'art. 15 LDIP, mais il a même estimé qu'une prise en considération du droit public étranger protégeant les biens culturels était dorénavant exclue, sauf si un accord bilatéral le permet²²⁰. C'est-là une interprétation très limitative de la LTBC, qui plus est en contradiction avec le texte pourtant clair de l'art. 13 LDIP selon lequel «l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public»²²¹.

En fait, l'évolution en droit comparé semble aller dans l'autre sens. C'est ainsi que récemment le Royaume-Uni, pourtant très frileux devant une prise en considération du droit public en la matière²²², a accepté d'appliquer le droit iranien permettant ainsi de restituer à l'Iran des biens culturels provenant de fouilles clandestines ayant eu lieu dans la région de Jiroft²²³.

E. L'art est immortalisé: il entre au musée

Les musées jouent un rôle croissant dans nos sociétés. On ne construit plus des cathédrales, confiait Mario Botta, mais des musées. En Suisse, la densité muséale atteint un degré très élevé avec un musée pour 8000 habitants (955 musées en tout²²⁴). La conservation dans l'intérêt public est donc un aspect important de la politique culturelle suisse (I). Cette conservation est-elle toutefois éternelle (II)? L'ensemble de ces questions, pour autant qu'elles concernent des biens artistiques ou culturels, fait partie de ce que l'on pourrait considérer comme une nouvelle branche du droit de l'art, le «droit des musées».

I. L'arrivée des œuvres d'art au musée

Nous avons déjà eu l'occasion de voir plus haut les circonstances dans lesquelles une œuvre d'art ou un bien culturel peuvent arriver au musée, par le biais d'une acquisition, d'une donation, voire d'un prêt ou d'un dépôt²²⁵. D'autres

219 Voir *supra* D.II.1.

220 ATF 131 III 418.

221 Voir RENOLD, Une importante décision, 403; voir *supra* C.I.1., pp. 155 s.

222 Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others ([1982] 3 All ER 432).

223 Government of the Islamic Republic of Iran and the Barakat Galleries Limited (2007 EWCA Civ 1374).

224 Statistiques pour 2008 de l'Association des Musées de Suisse: (www.museums.ch/fileadmin/museums/Medien/Stat_Museen_CH_Medien_F.pdf).

225 *Supra* C.I. à C.IV.

mécanismes non contractuels sont possibles, tels l'exercice du droit de préemption de l'Etat ou encore la dation en paiement que nous allons brièvement étudier. Toutes ces acquisitions éventuelles doivent par ailleurs se faire en respectant les règles déontologiques qui, en matière de politique d'acquisition des musées, deviennent de plus en plus strictes.

1. *Le droit de préemption*

Le droit de préemption existe dans de nombreuses législations cantonales protégeant les monuments²²⁶. On y a d'avantage recours pour les biens culturels immobiliers, plus rarement en matière mobilière²²⁷, contrairement à la France ou à l'Italie où il est également utilisé en matière mobilière²²⁸. S'agissant d'une restriction au droit de propriété, son exercice est soumis au respect des conditions de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

Une affaire intéressante à cet égard a occupé la Cour européenne des droits de l'homme en 2000, l'affaire *Beyeler contre Italie*²²⁹. Monsieur Beyeler ayant acquis en Italie une œuvre de van Gogh, *Le Jardinier*, n'avait pas voulu apparaître comme acheteur. L'exportation en ayant été refusée, Monsieur Beyeler avait proposé de vendre le tableau à la Fondation Peggy Guggenheim à Venise. Ayant alors appris qu'il était le réel acquéreur, les autorités italiennes exercèrent leur droit de préemption, sur la base du prix initialement payé par Monsieur Beyeler et non pas sur celui, bien plus élevé, de la transaction avec la Fondation Guggenheim.

Toutes les instances italiennes ayant rejeté les demandes de Monsieur Beyeler, l'affaire fut portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui décida en fin de compte que l'Italie, par l'exercice de son droit de préemption de façon peu transparente, avait porté atteinte au droit de propriété de Monsieur Beyeler. Un aspect intéressant de la décision est le fait que la Cour confirme la validité en tant que telle de l'existence d'un droit de préemption de l'Etat en matière de biens culturels pour autant notamment qu'existe un intérêt public à l'acquisition par l'Etat. La CEDH s'est posé la question de l'existence d'un tel intérêt de l'Italie pour un tableau peint par un artiste non italien et n'ayant aucun lien culturel ou personnel avec l'Italie. Elle a répondu qu'un tel intérêt existait pour autant que l'action de l'Etat «vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de

226 Voir par exemple l'art. 24 de la loi genevoise sur la protection des monuments et des sites du 4 juin 1976 (LPMNS, L 4 05).

227 Voir cependant l'art. 25 de la loi fribourgeoise sur la protection des biens culturels du 24 mai 1991(482.1).

228 Voir CORNU/MALLET-POUJOL, 177 ss.

229 Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 5 janvier 2000 et du 28 mai 2002 dans la cause *Beyeler contre Italie* (CEDH, Rec. 2000 et Rec. 2002), Voir aussi RENOLD, *Beyeler v. Italy*.

la culture universelle»²³⁰. L'exposition au bénéfice du public est donc pour la CEDH une condition à l'existence d'un intérêt public à l'exercice du droit de préemption.

2. *La dation en paiement*

Un autre outil permettant d'enrichir les collections des musées est la dation en paiement, autrement dit l'accord conclu entre un contribuable et l'Etat en vertu duquel un impôt particulier, en règle générale les droits de succession ou de donation, peut être payé au moyen de biens culturels. Cette institution, très connue et utilisée en France, a été introduite en Suisse sur le plan cantonal par les cantons du Jura²³¹, de Genève²³² et plus récemment de Vaud²³³.

Le mécanisme institué dans les trois cantons romands est très similaire. Le contribuable propose le paiement de l'impôt par la remise de biens culturels meubles présentant une «haute valeur artistique, historique ou scientifique» (Genève et Jura) ou une «importance majeure pour le canton» (Vaud). Suite à une procédure permettant d'évaluer la qualité et la valeur libératoire des œuvres proposées, une décision est prise par l'administration fiscale et un accord peut être conclu avec le contribuable. Si la valeur estimée des œuvres proposées est supérieure, aucune différence de prix n'est versée au contribuable.

Le Canton de Genève a connu quelques cas de dation qui ont été examinés par la Commission d'agrément instituée par la loi, mais il faut bien dire que l'on est bien loin des résultats impressionnants que la dation connaît en France²³⁴.

3. *Politique d'acquisition et déontologie*

Une question posée de plus en plus fréquemment est celle de la politique d'acquisition des musées et de leur conformité aux règles déontologiques émises par la profession. Des revendications de toutes sortes, fondées ou non, sont faites de plus en plus fréquemment auprès des musées, qu'il s'agisse de biens provenant de la période coloniale, de biens provenant de conflits armés, de biens spoliés pendant la seconde guerre mondiale, ou encore d'objets issus de trafics récents, en particuliers le produit de fouilles clandestines²³⁵.

230 Beyeler contre Italie, Rec. 2000, consid. 113.

231 Décret jurassien relatif au paiement de la taxe des successions et des donations au moyen de biens culturels du 30 novembre 1994 (RS JU 642.11).

232 Loi genevoise sur la dation en paiement du 1^{er} décembre 1995 (RS GE D 3 35).

233 Loi vaudoise sur la dation en paiement d'impôts sur les successions et les donations du 1^{er} janvier 2006 (RS VD 648.21).

234 CORNU/MALLET-POUJOL, 198 ss.

235 Pour un aperçu de l'ensemble des demandes qui se font, voir SCHÖNENBERGER. Les médias font largement écho aux demandes de restitution portant sur des biens culturels connus. Voir récemment le tapage médiatique fait par les actions de l'Egypte, *Le Temps et Le Monde*, 9 avril 2010.

Parallèlement, les organismes professionnels édictent de plus en plus de directives sur la façon de se comporter et les démarches à entreprendre lors de l'acquisition de pièces ou de collections. Tel est le cas de la principale organisation professionnelle internationale de la branche des musées, l'ICOM (International Council of Museums), qui a édicté un Code de déontologie pour les musées²³⁶.

Le contenu de ce Code de déontologie est très intéressant. Il révèle des dispositions de natures très différentes, certaines sans grande portée juridique propre (telle l'injonction faite aux musées, à l'art. 7.2 de «prendre acte de la législation internationale servant de norme à l'interprétation du Code de déontologie» [suit une liste de Conventions internationales]), d'autres déjà plus précises (telle l'obligation faite aux musées à l'art. 2.3 du Code de vérifier avec diligence la provenance de tout objet avant son acquisition). D'une manière générale, l'on constate que ce texte est l'œuvre de professionnels avisés et qu'il montre une approche réaliste et équilibrée des devoirs de la profession²³⁷.

La question se pose évidemment de la portée juridique de tels textes professionnels. L'exclusion de l'association professionnelle est évidemment toujours une possibilité²³⁸. Ils peuvent également être inclus par référence dans des contrats (par exemple dans les contrats d'engagement de conservateurs), ce qui permettra de les utiliser comme mesure de la diligence à exercer dans le cadre de leur travail pour le musée²³⁹. Enfin, le législateur peut leur donner un effet: c'est ainsi que l'OTBC soumet l'octroi de certaines aides financières au respect des règles déontologiques de l'ICOM en matière de politique d'acquisition et d'exposition (art. 11 al. 2 lit b OTBC²⁴⁰).

II. Le départ des œuvres d'art du musée

L'œuvre d'art ou le bien culturel acquis par un musée fait partie de ses collections et, dans le cadre d'un musée public, devient une partie du patrimoine administratif de l'Etat²⁴¹. A ce titre il est inaliénable sauf à respecter un certain nombre de règles relatives au déclassement du patrimoine de l'Etat²⁴². Cela

236 Code de déontologie de l'ICOM pour les musées, adopté à Buenos Aires en 1986 et révisé plusieurs fois depuis, la dernière fois à Séoul en 2004, version anglaise reproduite *in* MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR, 1061 ss.

237 Ainsi les art. 2.9 et 3.4 qui autorisent exceptionnellement un musée à acquérir des objets en dehors de sa politique d'acquisition et sans provenance attestée.

238 A notre connaissance cette possibilité n'a jamais été utilisée en ce qui concerne l'ICOM.

239 Voir, dans le contexte de la restauration et des codes de déontologie en vigueur dans ce domaine, BECKER/BOILLAT, La responsabilité du restaurateur en droit privé p. 39, note 28.

240 GABUS/RENOLD ad art. 14 n. 11 ss.

241 HOTTELLIER, La réglementation du domaine public mobilier à Genève, SJ 2002 II 123, 126.

242 KNAPP, Précis de droit administratif, 608.

peut créer des difficultés face à des procédures de restitution et la France et le Royaume-Uni en ont fait l'expérience récemment.

Ainsi, en France, une affaire récente relative à des têtes maories a montré les difficultés auxquelles peut se heurter un musée qui souhaite restituer. A la demande de communautés maories de Nouvelle Zélande le Musée de Rouen décida de restituer une tête maorie tatouée qui était entrée dans les collections au 19^e siècle, à l'époque où de telles pièces suscitaient l'intérêt des collectionneurs²⁴³. Ayant décidé de restituer ces restes humains à la Nouvelle-Zélande, le musée se heurta à l'opposition du Ministère de la Culture français au motif que ces objets faisaient partie des collections nationales et étaient en tant que tels inaliénables²⁴⁴. Une loi vient d'être adoptée par l'Assemblée nationale en vue d'autoriser le déclassement de ces objets qui permettra enfin une restitution²⁴⁵. Une législation similaire a été adoptée au Royaume-Uni, le Human Tissue Act 2004, dont certaines dispositions permettent également à plusieurs musées anglais de se défaire de certains restes humains au bénéfice des communautés qui les réclament²⁴⁶.

En Suisse, le caractère inaliénable des collections des musées publics est également une réalité. Les cas de restitution s'opèrent généralement après une décision de l'autorité de tutelle du musée. C'est ainsi qu'en 1929 déjà, le Conseil Municipal de la Ville de Genève adopta un arrêté municipal autorisant la restitution au Japon de la Cloche de Shinagawa, acquise en 1873 par Gustave Revillod et faisant partie des collections du Musée de l'Ariana²⁴⁷. Il s'avérait que cette cloche avait appartenu au temple bouddhique Honsen-Ji de Shinagawa détruit à la fin du 19^e siècle et sa restitution en était demandée par le Japon. L'affaire se termina fort heureusement par la donation, soixante ans après la restitution, d'une copie de la cloche par la Commune de Shinagawa à la Ville de Genève, en témoignage de la reconnaissance de la population de la cité japonaise²⁴⁸.

Formellement un peu moins convaincante fut la restitution des fresques de Cazenoves, acquises par le Musée d'Art et d'Histoire de Genève et ayant fait l'objet d'une procédure de restitution qui échoua en France²⁴⁹. Après de longues négociations, le Conseil administratif de la Ville de Genève restitua les fresques, sous la forme d'un prêt à long terme, à la Commune d'origine où un musée avait

243 Conseil Municipal de la Ville de Rouen, séance du 19 octobre 2007.

244 Cour administrative d'appel de Douai, 24 juillet 2008, concl. Lepers, AIDA. 13 octobre 2008, 1896.

245 Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections.

246 Human Tissue Act du 15 novembre 2004.

247 Mémorial du Conseil municipal de la Ville de Genève, séance du 15 octobre 1929, pp 341-37.

248 L'inauguration eut lieu en 1991 en même temps que la signature d'une charte d'amitié entre les deux villes. Voir le très bel ouvrage Genève-Shinagawa Shinagawa-Genève, 1996.

249 Fondation Abegg et Ville de Genève c. M^{me} Ribes et autres, Rev. Crit. 1989 100.

été créé pour les recevoir²⁵⁰. Quelques années plus tard le prêt fut unilatéralement converti en donation par le Conseil administratif de la Ville de Genève²⁵¹.

L'argument de la propriété étatique pour s'opposer à une restitution fut invoqué récemment pour justifier un refus de restitution par le Musée des Beaux-Arts de La Chaux de Fonds: devant la requête en restitution d'un tableau de Turner faite par le descendant de la famille qui en avait été spoliée en France en 1942, la Ville de la Chaux de Fonds invoqua, outre l'acquisition de bonne foi, la propriété communale sur le tableau et la nécessité d'obtenir une décision de déclassement de la municipalité²⁵².

Le débat sur le déclassement des collections étatiques n'est sans doute pas clos, notamment eu égard à une autre question, celle de la vente possible d'objets appartenant aux musées. La question est âprement discutée et reçoit une réponse généralement positive aux Etats-Unis (c'est ce que l'on appelle le «*deaccessioning*»²⁵³), et beaucoup plus restrictive en Europe, y compris au Royaume-Uni.

F. L'art est sujet à controverses juridiques: le litige en droit de l'art

Il n'y a pas que des historiens d'art ou des experts pour entrer en conflit au sujet d'œuvres d'art. L'art et les biens cultures peuvent aussi amener à des controverses juridiques. Par quels mécanismes ces controverses peuvent-elles être résolues (I.) et quelles sont les solutions auxquelles l'ont peut arriver²⁵⁴.

I. Les différents modes de résolution des litiges

Le mode principal de résolution des litiges reste le recours aux tribunaux. Les principaux litiges en matière d'art et de biens culturels ont été résolus de cette manière en Suisse ces dernières années. La jurisprudence a d'ailleurs permis de tenir compte dans l'application de la loi de certaines spécificités du monde de l'art, par exemple dans le domaine de l'acquisition de biens volés.

250 Contrat de prêt du 1^{er} juillet 1997 entre le Musée d'art et d'Histoire de la Ville de Genève et l'Etat français, représenté par le Directeur du Patrimoine, Ministère de la Culture.

251 Délibération du Conseil municipal de la Ville de Genève, 2003.

252 Décision du Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds du 9 septembre 2009 (reproduite, avec les divers avis de droit commandés, sur le site Internet du musée: <http://cdf-mba.ne.ch/default.asp/4-0-30-8003-430-207-1/>).

253 KIRSTIE HOWARD, *Deaccessioning – Rules and Practices at United States Arts Museums*, conférence donnée dans le cadre du colloque: «L'inaliénabilité des collections: convergences et limites», Paris, 3 mars 2010.

254 Le thème des modes alternatifs de résolution de litiges en matière de biens culturels est l'objet d'une recherche du Centre universitaire du droit de l'art financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (subside 100015_130144) par décision du 19 mars 2010.

En effet, l'acquisition d'œuvres d'art n'est en droit matériel suisse pas différente de l'acquisition de n'importe quel objet mobilier. Dans ce sens elle est soumise aux mêmes règles relatives à la présomption de la bonne foi (art. 3 CCS) et à la revendication par le propriétaire originaire (art. 714 et 934 CCS). Toutefois, le Tribunal fédéral, constatant que le marché des antiquités est un marché dans lequel circulent des objets de provenance douteuse, se montre plus exigeant du point de vue de la bonne foi de l'acquéreur dans ce domaine²⁵⁵.

Cela dit, le mode judiciaire n'est pas forcément toujours adapté à la résolution des litiges en matière de biens culturels²⁵⁶. Les procédures sont longues, complexes et le juge n'a en général pas la possibilité de faire autre chose que de désigner un gagnant et un perdant. La pratique montre cependant qu'il est souvent plus satisfaisant pour les parties d'arriver à une solution plus nuancée. L'arbitrage et surtout la médiation et la conciliation permettent ce genre de résolution²⁵⁷.

Trois organisations internationales se penchent depuis peu sur ces questions et ont adopté des règles spécifiques en la matière, l'UNESCO (1), l'ICOM (2) et l'OMPI (3):

1. En 1978 fut créé sous l'égide de l'UNESCO un Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale²⁵⁸. Lors de sa 33^e session en octobre 2005, la conférence générale de l'UNESCO décida d'amender les statuts du Comité afin d'inclure dans ses activités la *médiation* et la *conciliation* (art. 4 chiffre 1 des statuts du Comité)²⁵⁹. Un projet de règlement sur la conciliation et la médiation fut adopté lors de la 14^e session du Comité en juin 2007²⁶⁰.
2. L'ICOM (International Council of Museums) s'est également penché sur la question et ses travaux les plus récents proposent d'encourager la *médiation* internationale comme processus de résolution des litiges relatifs à la propriété d'objets provenant des collections des musées²⁶¹.
3. Enfin l'OMPI propose depuis 1994, dans le cadre de son *Centre de médiation et d'arbitrage* à Genève, le recours aux méthodes alternatives de résolu-

255 ATF 122 III 1 = SJ 1996 383; SJ 1999 I 1; voir RENOLD, Ubiquitous Questions of Good Faith, 255.

256 RENOLD, Crossing Cultures, 1104.

257 SCHÖNENBERGER, 274 ss.

258 Résolution 20 C4/7.6/5 de la conférence générale de l'UNESCO.

259 Résolution 33 C/44.

260 Disponible sur Internet: http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001509/150913_f.pdf.

261 Voir la déclaration de M^{me} CUMMINS, Présidente de l'ICOM, en décembre 2006, sur l'ampleur du trafic illicite de biens culturels mettant en cause des musées et son rappel des travaux entrepris par l'ICOM en matière de conciliation et de médiation (http://icom.museum/statement_ille_galexport_fr.html); voir également le rapport du groupe des affaires juridiques de l'ICOM sur «le processus de médiation internationale pour la résolution des litiges concernant la propriété d'objets provenant de collections de musée». (<http://icom.museum/download/68/doc-fr.doc/2005LEG06-fre.pdf>).

tion des litiges en matière de propriété intellectuelle²⁶². Ce centre, de par sa très grande expérience et son expertise en matière de propriété intellectuelle s'intéresse à une extension de son activité aux litiges relatifs aux biens culturels²⁶³.

Parallèlement à l'intérêt des organisations internationales, la pratique montre aussi un recours de plus en plus fréquent aux méthodes alternatives de résolution des litiges. Des arbitrages, médiations ou solutions négociées ont ainsi eu lieu ces dernières années notamment en Autriche, France, Italie, au Royaume-Uni, en Suisse ou aux Etats-Unis²⁶⁴. Un petit panorama du type de solutions retenues en droit comparé nous semble utile.

II. Les solutions retenues

La pratique actuelle en droit comparé montre une variété impressionnante de solutions adoptées dans le cadre de litiges relatifs à la restitution de biens culturels. Les accords qui sont négociés proposent des solutions parfois complexes et l'on assiste également à une forme de «décrochement» de la propriété et de la possession. Si un certain nombre des solutions retenues visent la restitution ou un aménagement autour de celle-ci, d'autres au contraire proposent une alternative à la restitution avec certaines modalités. L'on voit également émerger des propositions de solutions communes.

Plusieurs solutions spécifiques peuvent être retenues cumulativement dans un cas particulier: c'est ainsi que, par exemple, à l'occasion de la médiation de la Confédération suisse dans le litige portant sur des manuscrits anciens entre les cantons de Saint-Gall et de Zurich, les solutions suivantes ont été retenues simultanément: la restitution, la reconnaissance de l'importance culturelle particulière des biens non restitués, le prêt à long terme, la donation et l'exécution d'une copie d'un des biens culturels en question.

D'une manière générale, il semble que l'on s'achemine de plus en plus vers des solutions qui ne se formalisent pas en termes de victoire ou de défaite, mais bien plus dans une reconnaissance qu'il existe des intérêts légitimes de part et d'autre. L'on n'en est pas encore à la reconnaissance d'une double nationalité ou d'une forme de propriété collective²⁶⁵, mais la conciliation des intérêts est clairement la solution vers laquelle se tournent de plus en plus les parties en présence.

262 Voir notamment, le règlement de médiation de l'OMPI (<http://www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules/index.html>) et le règlement d'arbitrage accéléré de l'OMPI (<http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/expedited-rules/index.html>).

263 THEURICH, 3.

264 Voir CORNU/RENOLD, 493 ss.

265 Pour une proposition originale de gestion des biens culturels organisant une forme de propriété collective, voir la thèse d'ANTOINETTE MAGET, 625.

Vu l'importance que présente dans ce contexte la solution trouvée dans le cadre du litige entre Saint-Gall et Zurich, il n'est pas inutile de commencer par rappeler les circonstances du litige et les grandes lignes de la solution trouvée par les parties avec l'aide de la Confédération dans la convention de médiation du 27 avril 2006²⁶⁶. L'on verra ensuite un peu plus en détail les solutions que l'on peut trouver en droit comparé, en tentant de les catégoriser.

1. *La médiation entre les cantons de Saint-Gall et Zurich à propos des manuscrits anciens*

a. *Les faits*²⁶⁷

A l'occasion des guerres de religion qui ont longtemps divisé la Suisse, les Zurichois et les Bernois sont venus en aide aux habitants protestants du Toggenburg dans la guerre qu'ils menaient à l'encontre de l'Abbaye de Saint-Gall, elle-même catholique. La seconde guerre de Villmergen se termina en 1712 par une victoire des Zurichois qui occupèrent l'Abbaye de Saint-Gall. Ils trouvèrent, dans une cachette, sous le dortoir des moines, environ 10 000 livres et manuscrits anciens, ainsi que des appareils astronomiques. Après la signature du traité de paix de Baden, en 1718, les Bernois et les Zurichois restituèrent la plupart des biens saisis, à l'exception d'une caisse de livres et d'objets qui restèrent à Zurich. Il s'agissait de quelques très rares manuscrits du Moyen-Âge, ainsi que du célèbre Globe Terrestre et Céleste de Saint-Gall (réalisé pour l'abbé-prince Bernhard Muller). Le globe fut ensuite déposé par les Zurichois au Musée national suisse à Zurich, tandis que les manuscrits furent donnés à la Bibliothèque centrale de Zurich en 1912²⁶⁸.

Le canton de Saint-Gall n'eut de cesse de revendiquer les biens culturels en question auprès de Zurich et il a, au début 2002, menacé d'engager une action de droit public à l'encontre du canton de Zurich devant le Tribunal fédéral. C'est à ce moment que la Confédération fut saisie de ce litige, sur la base de l'art. 44 alinéa 3 Cst. qui prévoit que les différends entre cantons doivent autant que possible être réglés par la médiation. Le processus de médiation, effectué sous l'égide de la Confédération, trouva une issue quelque quatre ans plus tard.

Sous l'angle juridique, la situation était complexe, notamment sur la question du droit applicable. La solution était en effet différente selon que l'on appliquait le droit international public en vigueur à l'époque – qui admettait la pratique du butin de guerre, celui-ci n'ayant véritablement été condamné que

266 Le texte complet en français de la convention de médiation est reproduit en annexe.

267 Le résumé des faits ci-dessous est tiré du compte rendu de l'accord que l'on trouve dans l'Art-Law Centre News N° 13, juin 2006, p. 2.

268 Voir SCHÖNENBERGER, 10; Stiftsbibliothek St.Gallen, Von der Limmat zurück an die Steinhof, St.Galler Kulturgüter aus Zürich, 2006 (catalogue d'une exposition spéciale, 9 ss): l'histoire y est très bien résumée.

durant le XIX^e siècle et son interdiction mise en œuvre dans les traités internationaux au XX^e – ou le droit confédéral de l'époque, qui interdisait de telles pratiques entre confédérés. De plus, indépendamment de la question du droit du butin de guerre, la bibliothèque centrale de Zurich estimait avoir été de bonne foi lorsqu'elle avait reçu les objets en don, question délicate à résoudre en application des règles du Code civil, notamment l'art. 933 CCS.

b. L'accord de médiation du 26 avril 2006

Il vaut la peine de s'arrêter un instant sur les principaux aspects de cet accord qui concerne 17 manuscrits du Moyen-Âge et 18 ouvrages du XVI^e siècle, ainsi que le Globe Céleste et Terrestre de l'abbé-prince Bernhard Müller:

- (1) Alors que la propriété de Zurich sur ces biens culturels, indépendamment des faits entourant leur acquisition en 1712, est reconnue par Saint-Gall, l'importance identitaire pour la bibliothèque de l'Abbaye de Saint-Gall est reconnue par Zurich. Saint-Gall reconnaît par la même occasion que les biens en question ont contribué, pendant les presque 300 ans de leur séjour, à la signification culturelle de la Bibliothèque centrale de Zurich.
- (2) Zurich accepte de prêter à long terme et gratuitement à Saint-Gall les 35 ouvrages faisant l'objet de l'accord. Les frais relatifs à la convention de prêt sont à supporter par la communauté catholique de Saint-Gall, elle aussi partie à l'accord, qui assume la responsabilité de l'administration et de l'assurance de ce prêt. Ce prêt est conclu pour une durée indéterminée et ne peut être modifié ou résilié avant l'expiration d'un délai de 38 ans.
- (3) La partie qui désire après ce délai modifier ou résilier le prêt doit le faire par une demande officielle auprès de l'autorité exécutive de l'autre partie. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre après un délai d'un an, chaque partie peut demander la médiation du Conseil fédéral qui tentera d'obtenir, directement ou en faisant appel à un tiers, un accord dans l'année qui suit sa saisine. Si ces consultations et une éventuelle médiation demeurent sans succès, la requête en modification sera définitivement rejetée; s'il s'agit d'une requête en résiliation, la partie en question pourra déclarer définitive la résiliation moyennant le respect de certains délais.
- (4) Zurich offre à Saint-Gall la «*Vita vetustissima Sancti Galli*» qui se trouve aux archives d'Etat de Zurich. Zurich offre également à Saint Gall une copie du Globe terrestre et céleste du prince-abbé Bernhard Müller qui appartient à la Bibliothèque centrale de Zurich et est déposé au Musée national suisse. Cette copie, parfaitement exécutée aux frais de Zurich, devait être mise à disposition de Saint-Gall d'ici à la fin 2007²⁶⁹. Entre-temps une ex-

269 En fait la copie prit plus longtemps à être réalisée et fut finalement livrée en 2009. Le coût estimé de la réalisation de la copie est de plus de 1 million de francs suisses. Plusieurs articles publiés dans le Tages Anzeiger entre 2007 et 2009 relatent en détail les prouesses technologiques et artistiques nécessaires à la réalisation de cette copie.

position de l'original fut organisée à Saint-Gall pour une durée de 4 mois, les frais de transport étant à partager entre les deux parties.

- (5) Zurich s'engage enfin à faire en sorte que la Société des Antiquités de Zurich prête gratuitement par un accord séparé le portrait du moine de Saint-Gall Nokter Balbulus, ainsi que la page ornementale du séquentiaire de Saint-Gall.

Mais venons en maintenant à un examen par catégories des solutions qui peuvent être retenues en droit comparé²⁷⁰.

2. *La restitution (pure et simple ou avec contrepartie)*²⁷¹

Ce cas de figure est en apparence le plus simple: le requérant arrive à convaincre l'autre partie de la nécessité de lui restituer (en cas de revendication de propriété) ou de lui retourner (en cas d'exportation illicite) le bien culturel en question. Le cas typique est celui de la restitution des cinq tableaux de Klimt prononcée par le tribunal arbitral siégeant en Autriche dans l'affaire *Altmann*²⁷². L'on peut aussi citer la restitution pure et simple de la tête maorie décidée par la Ville de Rouen²⁷³, décision qui fut dans un premier temps, comme on l'a déjà vu, annulée devant les juridictions françaises²⁷⁴.

La restitution peut également être liée à une contrepartie. Un exemple peut être trouvé dans la restitution déjà citée de la cloche de Shinagawa acceptée par le Conseil municipal de la Ville de Genève en 1929²⁷⁵. En effet lors de leur demande de restitution les autorités japonaises avaient offert en échange une lanterne de jardin en granit, que la Ville de Genève accepta avec une «vive reconnaissance»²⁷⁶.

Quant à l'obélisque d'Axoum, qui fut restitué à l'Éthiopie par l'Italie en 2008, elle ne le fut que moyennant une prise en charge intégrale des frais

270 La mise en place d'une base de données des solutions retenues est l'un des objectifs de la recherche du Centre universitaire du droit de l'art citée plus haut (note 254). L'UNESCO a également entrepris de mettre en place une base de données regroupant les principaux cas de restitutions et de retours de biens culturels impliquant des États.

271 Voir CORNU/RENOLD, 517.

272 Sentence arbitrale du 15 janvier 2006 dans la cause «Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, and George Bentley and Dr. Nelly Auersperg v. the Republic of Austria». Voir *Art-Law Centre News* N° 13, juin 2006, 3.

273 Délibération du Conseil municipal de la Ville de Rouen du 19 octobre 2007.

274 TA Rouen, 27 déc. 2007, n° 702737 annulant la délibération précitée et confirmé en appel par la CAA de Douai, 24 juillet 2008: AJDA du 13 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, 1896.

275 Voir *supra* E.II.

276 Le terme de «vive reconnaissance» fut fort débattu lors des délibérations du Conseil municipal, certains estimant que c'était au contraire au Japon d'exprimer une vive reconnaissance. *Mémorial de Conseil municipal de la Ville de Genève*, 1929, 341, 344.

de retour, de reconstitution et de restauration de l'obélisque sur place par l'Italie²⁷⁷.

3. *La restitution sous condition*²⁷⁸

Proche de la restitution pure et simple, l'on constate qu'un certain nombre de cas soumettent la restitution à des conditions, un peu à l'image des libéralités qui peuvent s'accompagner de charges ou de conditions. C'est ainsi que, dans le domaine des restes humains, le British Museum of Natural History a restitué à une communauté aborigène de Tasmanie, dans le cadre d'une médiation qui s'est déroulée en 2007, les restes de treize aborigènes, moyennant le fait que certains prélèvements d'ADN restitués avec les restes humains ne soient pas enterrés avec les corps, mais préservés en vue d'une utilisation scientifique future éventuelle qui ne pourra être effectuée qu'avec l'accord de la communauté aborigène de Tasmanie²⁷⁹.

L'on rapprochera une telle restitution sous condition le cas énoncé à l'art. 9 al. 2 LTBC de la restitution qu'un Tribunal pourrait retenir si les conditions appropriées à la sécurité et la conservation du bien culturel ne pouvaient pas être garanties par l'Etat d'origine²⁸⁰. Cette solution est également retenue à l'art. 5 de la Convention d'Unidroit de 1995²⁸¹.

4. *La restitution accompagnée de mesures de collaboration culturelle*²⁸²

Il arrive aujourd'hui que la restitution se fasse dans un cadre plus large de coopération entre les parties impliquées. C'est ainsi que la restitution du célèbre cratère d'Euphronios acceptée par le Metropolitan Museum of Art de New York fut accompagnée de toute une série de mesures de collaboration entre le musée nord-américain et les autorités italiennes: l'accord du 21 février 2006²⁸³ prévoit ainsi qu'en échange de cette restitution, et ce dès le 15 janvier 2008, les autorités italiennes mettront à disposition du musée des biens culturels «*de beauté et d'importance historique et culturelle égales au cratère d'Euphronios*» par le biais de prêts internationaux de quatre ans²⁸⁴. Cette disposition énumère

277 Pour des informations complémentaires sur l'obélisque, voir le site du patrimoine mondial de l'UNESCO, <http://whc.unesco.org/fr/actualites/456>. L'on citera également le cas tout récent de la restitution par le Musée Barbier-Muller à Genève d'un masque Makondé à la Tanzanie contre paiement d'une indemnité.

278 CORNU/RENOLD, 518.

279 BAILEY, *Natural History Museum Returns Aboriginal Remains: The Art Newspaper*, Londres N° 181, 1^{er} juin 2007, vol 8, 1; voir également à l'heure actuelle l'art. 47 du Human Tissue Act 2004 du Royaume-Uni.

280 GABUS/RENOLD, ad art 9, N 17.

281 Voir *supra* D.II.6. et le commentaire de la Convention de PROTTE.

282 CORNU/RENOLD, 518.

283 Pour une reproduction de l'accord, voir CORNU/RENOLD, Annexe 2, 527 ss, ainsi que dans le *International Journal of Cultural Property*, vol. 13, 2006, 427 ss.

284 Art. 4, 1 de l'accord.

ensuite avec précision douze objets spécifiques avec leurs numéros d'inventaire qui feront l'objet des prêts en question. De plus, le musée s'engage à effectuer d'autres restitutions et les autorités italiennes promettent d'autres prêts, notamment d'objets archéologiques trouvés à l'occasion de missions financées par le musée (art. 7). La durée de cette convention est longue puisqu'il est prévu qu'elle porte ses effets pendant quarante ans²⁸⁵.

Les accords signés par l'Italie avec le Boston Museum of Fine Arts (2006)²⁸⁶, le Getty (2007)²⁸⁷, l'Université de Princeton (2007)²⁸⁸ et le Musée de Cleveland (2008)²⁸⁹ contiennent des dispositions similaires.

De manière un peu surprenante, ces accords ne contiennent pas de clause d'élection de droit. Cela signifie que les parties n'ont pas expressément choisi le droit applicable à leurs relations contractuelles et qu'il y aura lieu pour le déterminer de les interpréter. S'agissant de conventions internationales plutôt sophistiquées, cette absence peut paraître insolite. S'agissant pour l'Etat italien de revendications qu'il fait sur la base de son droit public, l'on voit mal l'Italie accepter l'application d'un droit autre que le sien à de telles revendications. Quant aux musées nord-américains, ils étaient probablement beaucoup plus enclins à soumettre les accords au droit des Etats-Unis. Le résultat fut donc un silence qualifié, indiquant probablement l'absence d'accord sur ce point.

Quant aux litiges éventuels pouvant naître à l'occasion de l'exécution de ces contrats, l'ensemble de ces conventions prévoit un arbitrage CCI à Paris avec trois arbitres. Ici aussi la clause est intéressante: malgré l'absence de lien direct de ces accords avec le commerce international, les accords n'hésitent pas à faire appel à un centre spécialisé dans la résolution de litiges dans ce domaine²⁹⁰.

Enfin, il n'est pas sans intérêt de relever que les parties souhaitaient que leurs accords soient enregistrés auprès du Secrétariat général de l'UNESCO, mais l'UNESCO s'y est apparemment opposée, ce qui est regrettable d'après nous. Si l'on peut comprendre ce refus, au motif probable que les accords n'étaient pas conclus entre deux Etats, il eût été très utile à la communauté internationale qu'un tel enregistrement permette une certaine diffusion, sinon du contenu spécifique des accords (tous contenant des clauses de confidentialité),

285 Art. 8, 1 de l'accord.

286 Communiqué de presse du 28 septembre 2006: Museum of Fine Arts, Boston and Italian Ministry of Culture sign agreement marking new era of cultural exchange (www.mfa.org – press releases).

287 Communiqué de presse du 25 septembre 2007: Italian Ministry of Culture and the J. Paul Getty sign agreement in Rome (www.getty.edu/news/press/center/italy_getty_joint_statement_092507.html).

288 Communiqué de presse du 30 octobre 2007: Princeton University Art Museum and Italy sign agreement over antiquities, www.princeton.edu (News Releases).

289 POVOLEDO, Pact will relocate artifacts to Italy from Cleveland: New York Times, 20 novembre 2008.

290 L'on aurait également pu songer à soumettre les litiges éventuels au Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI ou encore au Comité intergouvernemental de l'UNESCO.

du moins des principes généraux sur lesquels ils se fondent. De plus, il s'agit de la toute première génération de ce type d'accord et elle a de ce fait un côté exemplaire auquel il eût été souhaitable que l'UNESCO s'associe.

5. *La reconnaissance formelle de l'importance pour l'identité culturelle*²⁹¹

Lorsque qu'une restitution n'a pas lieu purement et simplement, ni sous condition, les accords trouvés dans le cadre de négociations, de médiation ou d'arbitrage prévoient parfois la reconnaissance formelle de l'importance des objets en question pour l'identité culturelle de l'une ou l'autre des parties. C'est ainsi que, dans le cadre de la médiation de la Confédération suisse dans le litige portant sur les manuscrits anciens entre Saint-Gall et Zurich, les biens non restitués à Saint-Gall sont néanmoins expressément reconnus par Zurich comme ayant une importante valeur identitaire pour le Canton de Saint-Gall²⁹².

Cette reconnaissance peut avoir un côté plus que symbolique: c'est ainsi que, dans certains cas, les musées qui conservent les biens culturels en question acceptent néanmoins qu'ils soient utilisés dans le cadre d'un usage rituel par la communauté d'où ils proviennent²⁹³.

6. *Les prêts (à long terme, provisoires, etc.)*²⁹⁴

Le recours à la technique des prêts à long terme est fréquent dans notre domaine. En effet, il arrive assez souvent que, faute d'une restitution, même sous condition, les parties arrivent à s'entendre sur le prêt des œuvres dont la restitution est demandée. Ou alors, à l'inverse, la restitution est accordée, mais en échange d'un prêt à celui auprès duquel les objets sont réclamés.

Un exemple de la première catégorie de cas est à trouver, encore une fois, dans la médiation de la Confédération suisse dans le litige entre Saint-Gall et Zurich: la propriété de Zurich est reconnue, mais un prêt des manuscrits d'une durée potentiellement illimitée est octroyé à Saint-Gall par Zurich²⁹⁵.

Quant à la deuxième hypothèse du prêt à long terme, elle fut réalisée à l'occasion de l'accord de février 2002 entre la France et le Nigeria relatif à des œuvres Nok et Sokoto: il prévoit en effet la reconnaissance de la propriété du Nigeria sur les œuvres en question en échange de l'octroi d'un prêt d'une durée

291 CORNU/RENOLD, 519.

292 Voir l'article 2.1 de l'accord de médiation en annexe.

293 C'est le cas à propos du météorite conservé par l'American Museum for Natural History avec lequel une tribu indienne a conclu un accord selon lequel le météorite doit être disponible pour que la tribu puisse effectuer ses cérémonies. Sur le détail de cet accord, voir Ian Tattersall, symposium international organisé par le Musée du Quai Branly les 22 et 23 février 2008, Des collections anatomiques aux objets de culte: conservation et exposition des restes humains dans les musées.

294 CORNU/RENOLD, 520.

295 Voir l'article 4 de l'accord de médiation en annexe.

de 25 ans, renouvelable, en faveur du Musée du Quai Branly. Curieusement, le communiqué de presse annonçant l'accord intervenu entre les deux Etats semble lier ce prêt à une forme d'indemnisation de la France pour sa bonne foi²⁹⁶.

On rencontre le cas du prêt provisoire dans l'hypothèse où une restitution pure et simple, même considérée comme souhaitable, ne peut pas, pour des raisons techniques, être prononcée. Ainsi, au Royaume-Uni, le Spoliation Advisory Panel a-t-il recommandé à une institution nationale de restituer un bien culturel, mais une telle restitution n'était possible que moyennant une modification législative qui pouvait s'avérer longue à mettre en place²⁹⁷.

Dans le cadre de ces prêts, il y a lieu de signaler la question très débattue des garanties de restitution: le bénéficiaire du prêt pourrait devoir faire face à une procédure de restitution et l'Etat d'origine sera peut-être enclin à lui demander une certaine forme de garantie afin d'éviter de se retrouver dans une telle situation²⁹⁸.

7. *Les donations*²⁹⁹

La restitution peut prendre la forme d'une donation, parfois après un certain temps. Ainsi, lors du litige sur les fresques romanes de Casenoves (1984–1988³⁰⁰), le Musée d'art et d'Histoire de Genève, dont la propriété sur les fresques n'a pas pu être remise en question devant les tribunaux, a-t-il néanmoins accepté tout d'abord de prêter les fresques à la commune d'origine de celles-ci en France³⁰¹, prêt qui fut par la suite unilatéralement transformé en donation par la Ville de Genève³⁰².

La donation pourra aussi être le fait de celui qui conserve la propriété des biens revendiqués. Ainsi, toujours dans le cas de la médiation de la Confédération dans le litige portant sur les manuscrits anciens entre Saint-Gall et Zurich, Zurich s'est-il engagé à faire donation à Saint-Gall d'un autre manuscrit que ceux qui faisaient partie de la requête saint-galloise.

L'on voit enfin parfois des cas de donations successives: en octobre 2008, un œil provenant d'une statue d'Amenhotep III a fait l'objet de deux donations presque simultanées. Cet œil a tout d'abord été donné par le collectionneur-acquéreur à l'Antikenmuseum de Bâle où il était déposé et il a en même temps été

296 Voir le communiqué de presse du Ministère français de la culture du 13 février 2002.

297 Tel fut le cas du Benvenuto Missal restitué à Italie, tout d'abord sous la forme d'un prêt à long terme, par la British National Library.

298 Sur les garanties de restitution, voir *supra* C.IV.3.

299 CORNU/RENOUD, 521.

300 Précité *supra* E.II.

301 Contrat de prêt du 1^{er} juillet 1997 entre le Musée d'Art et d'Histoire de la Ville de Genève et l'Etat français, représenté par le Directeur du Patrimoine, Ministère de la Culture.

302 Délibération du Conseil municipal de 2003.

donné par le musée à l'Etat égyptien. L'œil a ainsi pu rejoindre le reste de la statue d'Amenhotep III reconstituée en Egypte par des archéologues.

Un cas intrigant est celui de la «donation» effectuée par le Président français Jacques Chirac au Musée du Mali après que fut rendue publique son acquisition, par donation de ses collaborateurs, d'une statuette Nok en terre cuite dont il s'avéra immédiatement après son acquisition qu'elle avait été volée au Mali et qu'elle figurait sur la «liste rouge» de l'ICOM répertoriant les principaux objets disparus d'une contrée donnée³⁰³. Le terme de «donation», qui figure sur le cartel relatif à cet objet aujourd'hui au musée de Bamako, peut avoir un côté assez méprisant pour l'Etat d'origine.

Cela dit, la donation ne sera pas toujours la solution appropriée, car elle pré-suppose que le donateur soit le légitime propriétaire de l'objet donné, ce que l'autre partie refusera souvent de reconnaître.

8. *L'aménagement d'un régime de propriété particulier (co-propriété, trust, etc.)*³⁰⁴

Les avocats peuvent parfois faire preuve d'une imagination débordante permettant la résolution d'un litige. Dans le cadre d'un procès relatif au tableau de Degas, Paysage et Cheminées, spolié par les nazis et acquis ultérieurement par un collectionneur nord-américain, les parties se sont finalement mises d'accord sur l'arrangement suivant: le collectionneur donne la moitié du tableau à l'Art Institute de Chicago et l'autre moitié revient aux descendants de la famille spoliée, le musée pouvant acheter cette seconde part en payant la moitié de la valeur du tableau, sur la base d'une expertise agréée par les deux parties. Tel fut le contenu de la transaction extrajudiciaire adoptée par les parties en août 1998³⁰⁵. Le musée a depuis lors acheté la seconde moitié du tableau.

Le cas des biens culturels afghans conservés plusieurs années par le Musée afghan de Bubendorf en Suisse en vue de les sauvegarder et de les restituer ultérieurement est également intéressant à ce titre. Il s'est agi d'une forme de propriété ou de possession fiduciaire qui a pris fin le jour où l'UNESCO a décidé que les biens en question pouvaient être restitués³⁰⁶.

Enfin, l'on citera les hypothèses du trust anglo-américain ou encore du waqf de droit musulman qui ont pu être proposées par certains pour permettre de trouver des solutions originales dans ce domaine³⁰⁷.

303 Voir Le Monde diplomatique, janvier 2005, Enquête sur le pillage des objets d'art.

304 CORNU/RENOLD, 521.

305 Voir PALMER, Museums and the Holocaust, 110 et 111.

306 Voir notamment MAGET, 577; voir également les directives de l'International Law Association sur les «safe havens» en matière de biens culturels: Guidelines for the Establishment and Conduct of Safe Havens for Cultural Material, International Law Association, Rio de Janeiro Conference (2008), Cultural Heritage Law Committee.

307 MAGET, 628.

9. *L'exécution de copies*³⁰⁸

Cette solution est encore assez peu utilisée et pourtant elle peut être considérée comme l'une des solutions intéressantes dans ce domaine.

L'affaire de la cloche de Shinagawa offre un intéressant exemple d'une copie effectuée par l'auteur de la revendication pour marquer sa reconnaissance: en effet, plus de cinquante ans après la restitution, la Ville de Shinagawa a offert à la Ville de Genève une copie exacte de la cloche qui avait été restituée en 1930³⁰⁹.

Dans le cadre de la médiation de la Confédération entre Saint-Gall et Zurich, l'un des objets en litige était le Globe terrestre et céleste du prince-abbé Bernhard Müller. Les parties ont convenu dans l'accord que Zurich pouvait conserver le Globe original, pour autant seulement qu'elle en fasse à ses frais une copie exacte qu'elle donne à la partie saint-galloise. La réalisation de cette copie fut relatée en détail dans la presse locale et donna lieu à de véritables prouesses techniques, l'original ne pouvant en aucun cas être démonté pour des raisons de conservation³¹⁰.

D'autres propositions ont été faites, certaines avec succès: c'est ainsi qu'un artiste a réalisé une copie des Noces de Cana de Veronese (dont l'original bien connu se trouve au Louvre) qui fut installée dans le réfectoire du Monastère de l'Île San Giorgio Maggiore à Venise où l'original se trouvait avant d'avoir été emporté par Napoléon³¹¹.

10. *Le retrait de la requête en restitution en échange d'une indemnisation pécuniaire*³¹²

Cette hypothèse se matérialise assez souvent, en particulier lorsque le requérant se rend compte de la difficulté de son cas et qu'il n'est pas particulièrement intéressé par l'œuvre revendiquée, mais plus par une indemnisation financière. Plusieurs litiges en matière de biens spoliés se sont terminés de la sorte. Tel fut le cas récemment de la procédure engagée par M. Schoeps contre deux musées new-yorkais, le Museum of Modern Art (MoMA) et le Guggenheim Museum, à propos de deux tableaux de Picasso dont M. Schoeps affirmait qu'ils avaient été l'objet de ventes forcées en Allemagne en 1934 par son ancêtre le banquier berlinois Paul von Mendelssohn-Bartholdy³¹³.

308 CORNU/RENOLD, 522.

309 Voir *supra* F.II.2.

310 Voir les nombreux articles du Tages Anzeiger publiés sur la confection de la copie du globe entre 2007 et 2009. Voir *supra* note 269.

311 Voir BRUNO LATOUR, On a volé les Noces de Cana de Véronèse, Technologyreview N° 6, avril/mai 2008.

312 CORNU/RENOLD, 523.

313 Voir la décision du Tribunal fédéral du District de New York du 2 février 2009 entérinant l'accord des parties; pour le surplus le contenu de cet accord demeure confidentiel.

11. *Autres solutions envisageables*³¹⁴

Enfin, les juristes peuvent imaginer bien d'autres solutions, cette grande ouverture étant d'ailleurs l'un des avantages non négligeables de la médiation en droit de l'art et des biens culturels. L'on citera ici trois exemples vécus dans la pratique: lorsque ni le requérant, ni le possesseur actuel ne sont particulièrement intéressés à conserver l'objet en question, ils peuvent se mettre d'accord pour en transférer la propriété à un tiers, par exemple un musée. Par ailleurs, il n'est pas rare qu'un Etat qui revendique la propriété d'un bien qui fait partie de son patrimoine culturel décide, plutôt que d'entreprendre une procédure longue et coûteuse, tout simplement d'acquérir cet objet sur le marché. L'on peut dire dans cette hypothèse qu'il acquiert l'objet en question une seconde fois. Troisième cas particulier, celui de l'Egypte qui utilise, pour faire pression sur les Etats désireux de pouvoir entreprendre des fouilles archéologiques sur son territoire, la technique de la «carotte et du bâton», les autorisations de fouilles n'étant accordées qu'aux Etats qui ont donné suite aux revendications de l'Egypte³¹⁵.

Conclusion

Nous venons de voir qu'un certain nombre de questions d'actualité se posent dans ce nouveau domaine qu'est le droit de l'art. Cette liste n'est pas exhaustive et le traitement des questions retenues ici relève d'un choix personnel de l'auteur. D'autres questions viendront certainement s'ajouter à la liste, permettant ainsi que le droit de l'art soit aussi vivant que créatif. En fin de compte, si nous avons pu commencer le présent texte en invoquant la reconnaissance que l'art peut exprimer au droit, qu'il nous soit permis, au terme de ce rapport d'indiquer combien le juriste peut être reconnaissant à l'art de lui causer autant de problèmes! Nous finirons donc, en tant que juriste, en clamant haut et fort:

Lex grata arte

314 CORNU/RENOLD, 523.

315 MAGET, spéc., 549. Le cas s'est réalisé très récemment et a permis à l'Egypte d'obtenir la restitution de fragments de sculptures de la part du Musée du Louvre.

Bibliographie

- ADAMS LAURIE, *Art on Trial: From Whistler to Rothko*, New York 1976.
- BECKER JOËLLE/BOILLAT MARIE, «La responsabilité du restaurateur au droit privé», *in: L'art et le droit – Points forts pour les collectionneurs d'art*, Cahiers d'AXA Art Assurance SA, 2009, 35 ss.
- BERTOSSA BERNARD, «L'application du droit pénal ordinaire en matière de biens culturels», *in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.)*, Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels, *Etudes en droit de l'art*, vol. 17, Genève 2006, 69 ss.
- BOMIO GIORGIO, «Le rôle de l'entraide pénale dans les biens culturels», *in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.)*, Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels, *Etudes en droit de l'art*, vol. 17, Genève et al. 2006, 101 ss.
- Brancusi contre Etats-Unis: Un procès historique, 1928 (Préface de ROWELL MARGIT, Postface de Paleologue André), Paris 2003.
- VON BRÜHL FRIEDRIKE GRÄFIN (née RINGE), «Le pouvoir de l'expert face au droit de la concurrence», *in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.)*, L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, vol. 19, Genève et al. 2007, 135 ss.
- VON BRÜHL FRIEDRIKE GRÄFIN (née RINGE), *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*, Thèse de l'Université de Lausanne, Munich 2008 (cité: VON BRÜHL, Thèse).
- BYRNE-SUTTON QUENTIN/MARIÉTHOZ FABIENNE/RENOLD MARC-ANDRÉ (éd.), *La dation d'œuvres d'art en paiement d'impôts*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 8, Zurich 1996.
- BYRNE-SUTTON QUENTIN/RENOLD MARC-ANDRÉ, «Introduction», *in: Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André (éd.)*, L'expertise dans la vente d'objets d'art: Aspects juridiques et pratiques, *Etudes en droit de l'art*, vol. 1, Zurich 1992, 11 ss.
- CASSANI URSULA, «Les infractions à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels à l'épreuve des principes fondamentaux du droit pénal», *in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.)*, Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels, *Etudes en droit de l'art*, vol. 17, Genève et al. 2006, 43 ss.
- CHAPPUIS CHRISTINE, «L'authentification d'œuvres d'art: responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit Suisse», *in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.)*, L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, *Etudes en droit de l'art*, vol. 19, Genève et al. 2007, 48 ss.
- CLAEYS BOUAERT IGNACE, «La dation en paiement: éléments en droit comparé», *in: Byrne-Sutton Quentin/Mariéthoz Fabienne/Renold Marc-André (éd.)*, La dation d'œuvres d'art en paiement d'impôts, *Etudes en droit de l'art*, vol. 8, Zurich, 1996, 11 ss.
- CORNU MARIE/MALLET-POUJOL NATHALIE, *Droit, œuvres d'art et musées*, Paris 2006.
- CORNU MARIE/RENOLD MARC-ANDRÉ, «Le renouveau des restitutions de biens culturels: les modes alternatifs de règlement de litiges», *Journal du droit international (Clunet)*, Avril-Mai-Juin 2009, 493 ss.

- DREIER THOMAS, «The legal status of the art expert in Germany», *in*: Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: Aspects juridiques et pratiques*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 1, Zurich 1992, 99 ss.
- EBLING KLAUS/SCHULZE MARCEL (éd.), *Kunstrecht*, Munich 2007.
- EDELMAN BERNARD, *L'adieu aux arts – 1926: L'affaire Brancusi*, Paris 2001.
- ERNST WOLFGANG, *Neues Sachenrecht für Kulturgüter*, *Recht* 1/2008 2 ss.
- FERRER-CORREIRA ANTONIO (Rapporteur), « La vente internationale d'objets d'art, sous l'angle de la protection du patrimoine culturel », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Bâle 1991, 90 ss.
- FOËX BÉNÉDICT, «La loi fédérale sur le transfert international de biens culturels: un point de vue de civiliste», *in*: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), *Criminalité, blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 17, Genève et al. 2006, 17 ss.
- FISCHER KLAUS ANDREAS, *Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst*, Francfort 2006.
- FRAOUA RIDHA, *Le trafic illicite de biens culturels et leur restitution*, Fribourg 1985.
- FRAOUA RIDHA, *Conventions concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels*, Paris UNESCO 1986.
- GABUS PIERRE, «Des différentes valeurs d'assurance et du rôle de l'expert», *in*: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 19, Genève et al. 2007 (cité: GABUS, Valeurs).
- GABUS PIERRE, *Confiscation et saisie d'un bien culturel*, *SJ* 2008 II 227 ss (cité: GABUS, Confiscation).
- GABUS PIERRE/RENOLD MARC-ANDRÉ, *Commentaire LTBC, Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels*, Genève et al. 2006.
- GLAUS BRUNO/STUDER PETER, *Kunstrecht: ein Ratgeber für Künstler, Sammler, Galeristen, Kuratoren, Architekten, Medien, Schaffenden und Juristen*, Zurich 2003.
- GUINAND JEAN/STETTLER MARTIN/LEUBA AUDREY, *Le droit des successions (art. 457–640 CC)*, 6^e éd., Genève 2005.
- HEINI ANTON/KELLER MAX/SIEHR KURT/VISCHER FRANCK/VOLKEN PAUL (éd.) *IPRG Kommentar*, Zurich 1993.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN (éd.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (IPRG)*, Bâle 2007 (cité: BSK IPRG-AUTEUR).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (éd.), *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et al. 2001 (cité: VVG Kommentar-AUTEUR).
- HOTTELIER MICHEL, *La réglementation du domaine public mobilier à Genève*, *SJ* 2002 II 123.
- JORNOD JEAN-PIERRE, «L'expert et son rôle», *in*: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 19, Genève et al. 2007, 13 ss.
- KEARNS PAUL, *The Legal Concept of Art*, Oxford 1998.

- KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle et al. 1991.
- LALIVE PIERRE, Réflexions sur un ordre public culturel, *in*: L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique, Paris 1999, 155 ss (cité: LALIVE, Réflexions).
- LALIVE PIERRE, «Une Convention internationale qui dérange: la convention Unidroit sur les biens culturels», *in*: Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos: droit et justice, Paris 1999, 177 ss (cité: LALIVE, Une Convention internationale).
- LUCAS ANDRÉ/LUCAS HENRI-JACQUES, Traité de la propriété littéraire et artistique, 3^e éd. Litec, Paris 2006.
- MAGET ANTOINETTE, Collectionnisme public et conscience patrimoniale: Les collections d'antiquités égyptiennes en Europe, thèse, Université Paris Sud XI et Université Eichstatt, L'Harmattan, Paris 2009.
- MENZ CAESAR, «Musées et échanges de biens culturels: un développement intimement lié», *in*: Byrne-Sutton Quentin/Mariéthoz Fabienne/Renold Marc-André (éd.), La réglementation suisse de l'importation et de l'exportation des biens culturels, Etudes en droit de l'art, vol. 5, Zurich 1994, 59 ss.
- MOREILLON LAURENT, «Les faux certificats d'expert et le droit pénal», *in*: Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Etudes en droit de l'art, vol. 19, Genève et al. 2007, 149 ss.
- MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA (éd.), Kultur Kunst Recht: Schweizerisches und internationales Recht, Bâle 2009.
- MÜLLER-CHEN MARKUS/RENOLD MARC-ANDRÉ, «Kulturgütertransfer und Internationales Privatrecht», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (éd.), Kultur Kunst Recht, Bâle 2009, 292 ss.
- OBERSON XAVIER, «Le cadre juridique suisse de la dation en paiement», *in*: Byrne-Sutton Quentin/Mariéthoz Fabienne/Renold Marc-André (éd.), La dation d'œuvres d'art en paiement d'impôts, Etudes en droit de l'art, vol. 8, Zurich 1996, 66 ss.
- OBERSON XAVIER/MARAIA JEAN-FRÉDÉRIC, «Der Fiskus und die Kunst», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (éd.), Kultur Kunst Recht, Bâle 2009, 937 ss.
- O'KEEFE PATRICK, Commentary on the 1970 UNESCO Convention, 2^e éd. Institute of Art and Law, Leicester 2007.
- OLSBURG CAROLYN, Authenticity in the Art Market: A Comparative Study of Swiss, French and English Contract Law, Institute of Art and Law, Leicester 2005.
- PALMER NORMAN, «Art Loans», *in*: La vente internationale d'œuvre d'art, vol. 5, 1996, 299 ss (cité: PALMER, Art Loans).
- PALMER NORMAN, Art Loans, London 1997 (cité: PALMER, Art Loans).
- PALMER NORMAN, Museums and the Holocaust: Law, Principles and Practice, Londres 2000 (cité: PALMER, Museums and the Holocaust).
- PESTALOZZI ANTON, Die Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229–236 OR, Zurich 1997.
- PETER HANSJÖRG, «Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou», Blschk 2006 61 ss.
- PROTT LYNDEL V., Commentary on the Unidroit Convention on Stolen as Illegally Exported Cultural Objects 1995, UNESCO Paris 2000.
- PROTT LYNDEL V. (éd.), Witnesses to History: a compendium of documents and writings on the return of cultural objects, UNESCO Paris 2009.

- RASCHÈR ANDREA/CHRISTEN CLAUDIA, «Staatsgarantien für Leihgaben – Überblick, Fragen und Entwicklungstendenzen», *in*: Renold Marc-André/Gabus Pierre (éd.), *Claims for the Restitution of Looted Art, Etudes en droit de l'art*, vol. 15, Zurich 2004, 213 ss.
- RASCHÈR ANDREA/BAUER MARC/FISCHER YVES/ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, *Cultural Property Transfer*, Bruxelles, Zurich 2005.
- RASCHÈR ANDREA/RENOLD MARC-ANDRÉ, «Kulturgütertransfergesetz», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (éd.), *Kultur Kunst Recht*, Bâle 2009, 313 ss.
- RASCHÈR ANDREA/BOMIO GIORGIO, «Strafen und Rechtshilfe», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea (éd.), *Kultur Kunst Recht*, Bâle 2009, 367 ss.
- RASCHÈR ANDREA/FISCHER YVES, «Patrimoine national», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (éd.), *Kultur Kunst Recht*, Bâle 2009, 415 ss.
- RENOLD MARC-ANDRÉ, «A Landmark Decision in Art Law by the European Court of Human Rights: *Beyeler v. Italy*», *Art Antiquity and Law* Vol. 5/1, mars 2000, 73 ss., aussi publié *in*: *Art-Law Centre News* N°4, juin 2000 (cité: RENOLD, *Beyeler v. Italy*).
- RENOLD MARC-ANDRÉ, «Stolen Art: The Ubiquitous Question of Good Faith», *in*: *Resolution of Cultural Property Disputes, The Permanent Court of Arbitration/Peace Palace Papers*, Vol. 7, La Haye 2004 (cité: RENOLD, *Ubiquitous Question of Good Faith*).
- RENOLD MARC-ANDRÉ, «Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels: l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or anciennes du 8 avril 2005», *Ref. dr. unif.*, vol. XI, 2006, 399 ss (cité: RENOLD, *Une importante décision*).
- RENOLD MARC-ANDRÉ, «Arbitration and Mediation as Alternative Resolution Mechanisms in Disputes Relating to the Restitution of Cultural Property» *in*: «Entrée en vigueur du premier accord bilatéral entre la Suisse et l'Italie sur l'importation et le retour de biens culturels», *Medialex* 2/2008 (cité: RENOLD, *Le premier accord*).
- RENOLD MARC-ANDRÉ, *Crossing Cultures: Conflict, Migration and Convergence*, Melbourne University Press, Melbourne 2009, 1104 ss (cité: RENOLD, *Crossing Cultures*).
- RUOSS RETO, *Scheingebote an Kunstauktionen*, 1984.
- SCHACK, HAIMO, *Kunst und Recht – Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*, Cologne 2004.
- SCHÖNENBERGER BEAT, *Restitution von Kulturgütern*, Berne 2009.
- SKRIPSKY MARTIN, *Die Online-Kunstauktion*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 18, Zurich 2006, 302 ss.
- TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich et al. 2003.
- THEURICH SARAH, «Art and Cultural Heritage Dispute Resolution», *WIPO Magazine*, juillet 2009.
- THÉVENOZ LUC, «La responsabilité de l'expert en objets d'art selon le droit suisse», *in*: Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André/Gabus Pierre/de Werra Jacques (éd.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques*, *Etudes en droit de l'art*, vol. 1, Zurich 1992, 40 ss.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Genève et al. 2003 (cité: CR CO I – AUTEUR).

- WATSON PETER/TODESCHINI CECILIA, *The Medici conspiracy: The illicit journey of looted antiquities, from Italy's tomb raiders to the world's greatest museums*, New York 2006.
- WEBER MARC, *Der internationale Kauf gefälschter Kuntswerke*, AJP/PJA 2004 947 ss.
- WEBER-CAFLISH OLIVIER, *Faux et défauts dans la vente d'objets d'art*, Genève 1980.
- DE WERRA JACQUES, «Kunst und Urheberrecht», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea (éd.), *Kultur Kunst Recht*, Bâle 2009, 453 ss.
- WIDMER BENNO, «Drei Jahre Kulturgütertransfersgesetz in der Praxis», KUR 3/4 2008 84 ss.
- WIDMER BENNO/FISCHER YVES, «Zoll», *in*: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (éd.), *Kultur Kunst Recht*, Bâle 2009, 340 ss.

ANNEXE

Convention³¹⁶

entre

– le Canton de St-Gall

et

– la partie catholique du Canton de St-Gall

désignés conjointement en tant que partie «St-Gall» ou individuellement en tant que «participants du côté de St-Gall», d'une part,

ainsi que

– le Canton de Zurich

– la ville de Zurich

et

– la Fondation Zentralbibliothek Zurich (ci-après Fondation)

désignés conjointement sous le nom de partie «Zurich» ou, individuellement en tant que «participants du côté de Zurich», d'autre part,

parties

et

la Confédération suisse (ci-après «Confédération»)

médiatrice

tous désignés conjointement sous le nom de participants à la procédure relative au

règlement définitif du litige entre St-Gall et Zurich au sujet de biens culturels

Aux fins de régler définitivement, complètement et dans un esprit de concorde fédérale le litige remontant à 1712 qui oppose les parties susnommées au sujet de biens culturels (litige au sujet de biens culturels),

316 Le présent texte est une traduction non officielle; seul l'original en allemand fait foi. Le texte allemand, qui contient la liste des biens culturels prêtés, est disponible sur le site internet de l'administration fédérale (<http://www.edi.admin.ch/aktuell/00705/00724/index.html?lang=fr&msg-id=4853>)

sachant qu'il s'agit d'un litige portant sur des biens du domaine public (biens culturels d'Etat) qui a un fond historique et relève du droit public, dans lequel sont impliqués deux cantons et d'autres corporations ou institutions régies par le droit public,

et en application de l'art. 44 al. 3 de la Constitution fédérale,

les participants à la procédure conviennent ce qui suit:

I. RECONNAISSANCE DE LA PROPRIÉTÉ

1. St-Gall reconnaît que Zurich a acquis l'entière propriété, ainsi que les droits qui en découlent, sur tous les biens culturels qui étaient en la possession d'institutions zurichoises et du Musée national suisse à la suite des événements survenus en 1712, indépendamment des conditions de cette acquisition.

II. RECONNAISSANCE DE L'IMPORTANCE IDENTITAIRE

2. Zurich reconnaît l'importance identitaire que revêtent pour St-Gall et la région du lac de Constance les témoignages locaux d'art calligraphique, pictural et du livre ainsi que ceux de la science créés et conservés dans la bibliothèque abbatiale de St-Gall depuis le début du Moyen Âge.

St-Gall reconnaît que les Sangallensia ont contribué, pendant leur séjour de presque trois siècles à Zurich, à donner une importance culturelle significative à la bibliothèque centrale et qu'ils y ont été conservés, entretenus et mis en valeur dans les règles de l'art.

III. DONATIONS DE ZURICH A ST-GALL

3. Le canton de Zurich fait don à St-Gall, d'ici au 30 septembre 2006, de la Vita vetustissima Sancti Galli conservée aux Archives cantonales.

En outre, Zurich fait confectionner dans les règles de l'art et à ses frais d'ici fin 2007 une réplique fidèle du globe terrestre et céleste du prince-abbé Bernhard Müller appartenant à la Fondation qui se trouve au Musée national et en fait don à St-Gall. A cet effet, le Musée national suisse met l'original à disposition.

St-Gall reçoit l'original du globe pour une exposition unique d'une durée de quatre mois au maximum, en accord avec le Musée national. Chacune des parties prend à sa charge la moitié des frais de transport du globe à St-Gall, aller et retour.

IV. PRÊT ET CONDITIONS DE PRÊT DES BIENS DE LA BIBLIOTHÈQUE

4. Zurich confie à St-Gall, sous la forme d'un prêt gratuit, les biens culturels appartenant à la Fondation selon la liste annexée (liste des biens prêtés) et se déclare d'accord pour que, pendant la durée du prêt, ces biens aient leur emplacement à St-Gall. Ils seront remis d'ici au 30 septembre 2006.

St-Gall s'engage à numériser ces biens d'ici fin 2007 à ses frais et met les données gratuitement à la disposition de la Fondation.

5. Il existe entre la Fondation et la partie catholique du canton de St-Gall un rapport de prêt. Les conditions de modification et de résiliation du prêt demeurent réservées (voir ch. 7 à 9).

Les frais engendrés par le prêt (y compris le transport à l'aller à St-Gall et, le cas échéant, le retour) sont à la charge de la partie catholique du canton. Celle-ci contracte une assurance appropriée; elle est en outre responsable de la gestion, de la conservation et de la maintenance courante des biens qui lui sont prêtés.

S'agissant de la conservation et de la gestion des biens prêtés, il convient de respecter les règles suivantes:

- a) les biens confiés en prêt doivent être conservés de manière sûre, conformément au niveau actuel de la science et à la sensibilité des conservateurs;
- b) ils ne peuvent être utilisés provisoirement à des fins spécifiques qu'avec l'autorisation expresse de la Fondation. Celle-ci ne peut refuser son autorisation que pour des motifs pertinents.
- c) La restitution temporaire d'objets de St-Gall à la Fondation à des fins scientifiques doit être systématiquement autorisée. La Fondation et la partie catholique du canton règlent les détails.

V. DURÉE, MODIFICATION ET DISSOLUTION DES CONDITIONS DE PRÊT

6. Le prêt est valable pour une durée illimitée. Sur demande unilatérale d'une des parties, il n'est possible de modifier ou résilier le prêt pour la première fois que 38 ans après la signature de la présente convention. La procédure à suivre est fixée aux ch. 7 à 9.
7. La partie qui souhaite modifier ou résilier le prêt doit adresser une demande formelle en ce sens à l'autre partie. Pour être valable, cette demande doit

émaner des organes exécutifs suprêmes de cette partie et être remise à tous les organes exécutifs suprêmes de l'autre partie.

8. Les parties entreprennent sans tarder des consultations au sujet de la demande. S'il n'est pas possible de parvenir à un accord entre les parties dans les douze mois suivant la remise de la demande, chaque partie peut demander la médiation du Conseil fédéral suisse dans les trois mois suivant l'échéance de ce délai. Le Conseil fédéral peut charger le Département compétent en la matière ou, en accord avec les parties, des tiers de cette médiation. Le médiateur s'efforce d'obtenir une entente entre les parties dans les douze mois suivant la demande de médiation. Il est habilité à soumettre des propositions aux parties.
9. Si les consultations et une médiation éventuelle restent vaines, les règles ci-après s'appliquent:
 - a) si la demande portait sur une modification des conditions de prêt, elle est définitivement exclue;
 - b) si la demande portait sur la dissolution du prêt, la partie qui a formulé la demande peut, dans les six mois suivant l'échec des consultations ou, dans la mesure où une médiation a été sollicitée, déclarer formellement la résiliation des conditions du prêt dans les douze mois, conformément au ch. 8, 4^e phrase. Pour être valable, cette déclaration doit être faite par tous les organes exécutifs suprêmes de cette partie et elle doit être adressée à tous les organes exécutifs suprêmes de l'autre partie. Les répercussions juridiques de cette déclaration prennent effet trois mois après réception de ladite demande.

VI. AUTRES DISPOSITIONS

10. Zurich s'investit pour que la Antiquarische Gesellschaft in Zürich (AGZ) mette à disposition, dans le cadre d'une convention séparée, le tableau du moine St-Gallois Notker Balbulus, ainsi que la page ornementale du séquentiaire de St-Gall à titre de prêt gratuit. St-Gall prend acte que la AGZ, en sa qualité d'association de droit privé, statue sur ce point en toute autonomie.
11. Les parties au litige et tous leurs participants déclarent leur intention de collaborer à l'avenir davantage pour l'entretien, la mise en valeur et les recherches concernant les biens culturels provenant de l'abbaye de St-Gall et pour d'autres questions culturelles.

12. La signature juridiquement valable de la présente convention par tous les participants à la procédure règle définitivement le litige entre St-Gall et Zurich au sujet des biens culturels.

Berne, le 27 avril 2006

Pour le Gouvernement
du Canton de St-Gall

Kathrin Hilber
Conseillère d'Etat

Pour la partie catholique
du Canton de St-Gall

Hardy Notter
Président du Conseil d'administra-
tion

Pour la Fondation Zentralbibliothek
de Zurich

Regine Aepli
Conseillère d'Etat, présidente de
la Fondation Zentralbibliothek

Pour le Conseil fédéral suisse

Pascal Couchepin
Chef du Département fédéral
de l'intérieur

Pour le Conseil d'Etat
du Canton de Zurich

Markus Notter
Conseiller d'Etat

Pour le Conseil municipal
de Zurich

Andres Türlér
Conseiller municipal

Annexe: liste des biens culturels prêtés³¹⁷.

317 Liste non reproduite ici. Pour la liste en allemand voir la référence donnée à la note 316.