

UNIDROIT 1988  
ETUDE LXX - Doc. 4  
(Original: français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONALE POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

---

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES BIENS CULTURELS

DEUXIEME ETUDE DEMANDEE A UNIDROIT PAR L'UNESCO  
RELATIVEMENT A LA PROTECTION INTERNATIONALE DES  
BIENS CULTURELS AVEC REFERENCE EN PARTICULIER AUX  
REGLES DE DROIT PRIVE CONCERNANT LE TRANSFERT DE  
PROPRIETE DES BIENS CULTURELS ET TENANT COMPTE DES  
OBSERVATIONS SUR LA PREMIERE ETUDE

(préparée par Gerte Reichelt, Univ. Dozent  
à l'Institut de droit comparé de Vienne)

Rome, avril 1988

## TABLES DE MATIERES

	Page
AVANT-PROPOS .....	1
INTRODUCTION .....	2
CHAPITRE I - Le transfert de propriété des biens culturels	
Aperçu de droit comparé .....	4
I. Le principe de la <i>traditio</i> lié au principe d'abstraction .....	5
II. Le principe de la <i>traditio</i> lié au principe de la cause .....	8
III. Le principe du consensus lié au principe de la cause	12
IV. D'autres principes .....	16
CHAPITRE II - La question d'une définition des biens culturels ...	18
CHAPITRE III - La protection des biens culturels et l'acquisition de bonne foi <i>a non domino</i> : le droit au paiement ....	22
I. Considérations générales .....	22
II. Le droit au paiement .....	24
A) Le droit au paiement dans divers systèmes juridiques .....	24
1. France .....	25
2. Suisse .....	25
3. Portugal .....	26
4. Pays scandinaves .....	26
5. Pays-Bas .....	27
6. Hongrie .....	27

	Page
B) La fonction du droit au paiement .....	27
C) Le domaine d'application du droit au paiement ...	28
D) L'importance du droit au paiement pour la protection internationale des biens culturels ...	29
1. L'importance du droit au paiement tel qu'il est appliqué .....	29
2. Le droit au paiement auquel il faut aspirer dans le futur .....	29
3. La limitation du droit au paiement .....	31
 CHAPITRE IV - Le rôle de la loi de police pour la protection internationale des biens culturels .....	 33
I. Considérations générales .....	33
II. Les divers aspects de la loi de police .....	33
III. Les deux possibilités d'appliquer la loi de police	34
IV. La composante socio-politique de la loi de police comme <i>Sonderanknüpfung</i> .....	35
V. L'importance pratique de la loi de police pour la protection internationale des biens culturels .....	35
 CONCLUSIONS .....	 39
 BIBLIOGRAPHIE SELECTIONNEE .....	 41

## AVANT-PROPOS

A la demande de l'UNESCO, Unidroit a élaboré une étude en février 1986 relativement à la protection internationale des biens culturels à la lumière notamment du projet de Convention d'Unidroit portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels (projet LUAB 1974) et de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (UNIDROIT 1986 - Etude LXX - Doc. 1), qui a mis l'accent sur le problème de droit civil de l'acquisition de bonne foi des biens culturels *a non domino*. Cette étude a été soumise à de nombreux experts pour avis.

L'UNESCO et Unidroit ont maintenant décidé d'élaborer une autre étude sur la protection internationale des biens culturels qui tienne surtout compte des principes de droit civil relatifs au transfert de propriété des biens culturels. Il ressort des observations recueillies sur la première étude qu'il est en particulier nécessaire d'approfondir les recommandations proposées au Chapitre V/II de ladite étude.

Conformément au but proposé, ce travail devrait donc constituer le complément logique de la première étude.



Si en dépit de la complexité de la protection internationale des biens culturels, divers aspects sont traités de façon isolée, seule une critique spécifique du sujet peut utilement aboutir. L'ensemble des disciplines concernées ne devrait être envisagée que lorsque l'on disposera des conclusions de l'étude.

Les questions afférentes à l'acquisition de bonne foi des biens culturels et ses effets méritent une attention particulière et en conséquence les divers aspects du problème seront traités plus à fond dans cette deuxième étude. Dans l'intérêt de la protection des biens culturels, on est arrivé à la conclusion de recommander de limiter autant que possible la protection d'un acquéreur de bonne foi, en laissant ouverte la possibilité de lui accorder une indemnité sous une forme modifiée de ce qui est déjà connu dans quelques systèmes juridiques continentaux comme "droit au paiement".

L'on traitera en outre ici, conformément aux tendances actuelles du droit international privé, la loi de police qui constitue un moyen efficace d'obtenir la restitution d'un bien culturel.

Dans la première étude l'on a recommandé la reconnaissance de l'ordre public étranger et l'on a demandé d'approfondir ce concept pour la protection internationale des biens culturels au moyen des règles du droit international privé.

Parce que la tendance moderne va dans le sens de l'application de la loi de police, il convient d'approfondir et de développer la reconnaissance de l'ordre public étranger dans cette direction. L'application de la loi de police constitue un fondement juridique pour la restitution du bien culturel au pays d'origine en vertu du droit international privé et pourrait, indépendamment de la Convention de l'UNESCO de 1970, compléter les mécanismes prévus par celle-ci.

En résumé, on peut dire que cette deuxième étude ouvre certaines autres perspectives pour une protection internationale efficace des biens culturels par le droit au paiement et le point de rattachement que constitue la loi de police comme instrument de la politique culturelle.

## CHAPITRE I

### Le transfert de propriété des biens culturels Aperçu de droit comparé

#### Introduction

Tandis que la première étude a mis l'accent sur l'acquisition de bonne foi *a non domino*, ce deuxième travail donnera surtout un aperçu de droit comparé de certains aspects des droits réels existant dans le droit des obligations. Le transfert de biens immobiliers ne peut être traité dans cette analyse.

Le transfert de propriété des biens culturels - comme d'ailleurs tout transfert de propriété - est régi par le droit des obligations: l'instrument juridique sera donc le même que pour tous les autres biens. Cette situation juridique ne constitue qu'un point de départ aux fins de la protection internationale des biens culturels puisque, en raison de leur nature spécifique, ceux-ci ne peuvent pas toujours être appréhendés de la même façon que les autres biens et qu'il serait par conséquent nécessaire d'établir des conditions juridiques particulières. De là découle également la volonté de certains experts de traiter la protection de biens culturels comme une matière *sui generis* avec ses propres règles <sup>(1)</sup>.

Il s'agit d'un domaine difficile parce que différents points de vue se sont développés dans l'histoire et qu'il a en conséquence été influencé par des dogmes rigides.

Si nous comparons les règles relatives au transfert de propriété dans les divers systèmes juridiques, nous constatons que deux caractéristiques principales les différencient:

- les principes de *traditio* et de consensus d'une part, et
- les principes de cause et d'abstraction d'autre part.

---

(1) Cf. R. CREWSON, Cultural Property - A Fourth Estate?, The Law Society's Gazette, 18.1.1984, pp. 126-129; cf. S. RODOTA, Les aspects de droit civil de la protection internationale des biens culturels, Actes du 13<sup>ème</sup> Colloque de droit européen, Delphes 20-22 septembre 1983, publié Strasbourg 1984, p. 108; voir contra, CHATELAIN, dans ses observations sur la première étude.

Ces deux doubles principes n'apparaissent pas de façon aussi nette dans les divers systèmes juridiques <sup>(2)</sup> où ils peuvent être combinés différemment; cependant aux fins d'une étude de droit comparé, une classification dans ces groupes paraît tout de même possible, selon le recours à l'un ou l'autre de ces principes.

### I. Le principe de la *traditio* lié au principe d'abstraction

On prend comme modèle pour ce groupe le système juridique de la République fédérale d'Allemagne qui, à la différence de la quasi totalité des autres systèmes juridiques, exige pour le transfert de propriété non seulement un contrat de vente mais aussi un "contrat réel abstrait" (*Einigung*) ainsi que la remise du bien (*traditio*).

Selon le §929, alinéa 1 du Code civil allemand (BGB), la *traditio* (remise) de la chose à l'acquéreur est la condition nécessaire pour le transfert de propriété. La *traditio* peut être remplacée selon le §930 du BGB, par le *constitutum possessorium*, et en vertu du §931 du BGB, par la cession que le propriétaire fait à l'acquéreur de l'action en revendication de la chose.

Ainsi, si une personne achète dans une exposition un tableau qui appartient à la galerie, même si elle l'y laisse jusqu'à la fin de l'exposition, la propriété du tableau est, conformément au §930 du BGB, transférée tout de suite à l'acheteur.

La cession à l'acquéreur de l'action en revendication de la chose que le propriétaire possède vis-à-vis d'un tiers, est un exemple de remplacement de la *traditio* selon le §931 du BGB. Par exemple, le propriétaire qui veut aliéner un tableau qu'il a prêté à une galerie pour une exposition peut, au lieu de procéder directement au transfert nécessaire du bien, céder son droit à la restitution du bien par la galerie au nouveau propriétaire. Dans ce cas le transfert de propriété est aussi immédiat.

Pourtant il ne faut pas confondre les moyens qui remplacent la *traditio* avec l'aliénation par un commissaire-priseur; celui-ci agit en son propre nom et, quoiqu'il ne soit pas lui-même le propriétaire, il agit avec

---

(2) Cf. E. von CAENHERER, *Rechtsvergleichung Reform und FahrnisÜbereignung*, *RebelsZ* 12 (1938/39), pp. 575 et seq.

une procuration du propriétaire du bien. De cette façon l'acquéreur obtient la propriété comme s'il l'avait acquise du propriétaire en personne <sup>(3)</sup>. En vertu du §929, alinéa 1 du Code civil allemand (BGB) une *traditio brevi manu* suffit également si l'acheteur est déjà en possession du bien.

Ces nombreuses déviations du principe rigoureux de la *traditio*, ont conduit les experts à critiquer le Code civil allemand, qui selon leur opinion est lui aussi dominé par le principe du consensus <sup>(4)</sup>.

A la différence des règles contenues dans les systèmes juridiques anglais, français et italien, la remise du bien à l'acquéreur est un élément constitutif du transfert de propriété dans la législation allemande (de même qu'en Suisse et en Autriche).

Mais un contrat de vente et la remise de la chose ne sont pas encore suffisants pour un transfert de propriété de ce bien. Selon le §929 du BGB l'accord des volontés - un "contrat réel abstrait" entre le propriétaire et l'acquéreur - est nécessaire. En principe cet accord des volontés des parties est indépendant du contrat de base et est normalement présent au moment de la conclusion du contrat de vente.

Etant donné que le transfert réel de la propriété est indépendant de la cause du contrat, il s'ensuit qu'un vice du contrat de base n'a pas d'effet sur la validité du transfert réel de propriété.

Selon le droit appliqué en République fédérale d'Allemagne, l'acquéreur a acquis la propriété du bien, même si le contrat de vente est déclaré nul par la suite, pourvu que le bien lui ait déjà été remis (*traditio*).

On ne trouve de règles correspondant au principe d'abstraction du Code civil allemand ni dans les systèmes juridiques autrichien, français, italien ou suisse, ni dans les systèmes de *Common Law*. En dépit des critiques portées à cette approche, la doctrine et la jurisprudence lui restent dans une certaine mesure attachées: ainsi la nullité du contrat a tout de même une influence sur l'accord des volontés (*Einigung*), ou encore, cet accord est lié au contrat de base.

---

(3) Cf. H. HANISCH - Aspects juridiques du commerce international de l'art, Genève 1985, non encore publié.

(4) Cf. G. SAILER, Gefahrenübergang, Eigentumsübergang, Verfolgungs- und Zurückbehaltungsrecht beim Kauf beweglicher Sachen im IPR, 1966, p. 32.

Les effets juridiques qui résultent du principe d'abstraction sont importants. Une partie ne peut pas intenter une action en revendication en cas de nullité du contrat, la seule action possible étant l'action en enrichissement injuste.

L'acheteur peut acquérir un bien même sans un contrat de vente valable, mais il ne peut pas le garder définitivement. Il doit restituer le bien en l'absence de tout fondement juridique, si une action en enrichissement injuste a été intentée contre lui.

Si l'acquéreur a cependant aliéné le bien à un tiers qui l'a acquis de bonne foi, il peut se baser sur sa bonne foi, même si le contrat de base n'est pas valable. Ceci est un cas spécifique d'acquisition de bonne foi selon le Code civil allemand.

Le Bundesgerichtshof (BGH) s'est penché sur la question de la nullité du contrat (§134 du BGB), à propos du cas du *Nigeria* <sup>(5)</sup>.

A l'issue du transport du Nigeria à Hambourg de statues de bronze d'une grande valeur, trois colis manquaient. L'acquéreur a saisi la Cour d'une demande en réparation fondée sur son contrat d'assurance, mais le Bundesgerichtshof a rejeté les prétentions du demandeur en prenant pour argument la nullité du contrat pour cause d'infraction à une loi étrangère d'interdiction d'exportation, conformément au §134 du BGB.

Le Bundesgerichtshof n'a pas utilisé le §138 du BGB (acte juridique contraire aux bonnes moeurs) puisque les statues avaient déjà disparu pendant le transport et que l'on ne savait pas si l'accord des volontés était réalisé.

Puisque nous sommes ici en présence d'une infraction à la loi nigériane de prohibition d'exportation des biens culturels nationaux, le Bundesgerichtshof ayant considéré cette infraction comme une offense aux règles du commerce international et comme une action contre l'intérêt des nations à conserver leur patrimoine culturel, il n'y a pas de doute que le transfert de propriété, s'il avait été effectué en Allemagne, aurait également été considéré nul, parce que constituant une infraction à l'ordre public <sup>(6)</sup>.

---

(5) Cf. G. REICHEL, La protection internationale des biens culturels, Revue de droit uniforme 1985-1, p. 90.

(6) Cf. H. HANISCH, op. cit., p. 37.

Les seuls pays qui suivent l'exemple de la République fédérale d'Allemagne en ce qui concerne la combinaison du principe de la *traditio* et du principe d'abstraction, sont la Grèce<sup>(7)</sup> et le Japon<sup>(8)</sup>.

## II. Le principe de la *traditio* lié au principe de la cause

Les systèmes juridiques des autres pays de langue allemande, qui se basent tous également sur le principe de la *traditio*, n'ont pas adopté le modèle d'élaboration abstraite du transfert de propriété de la République fédérale d'Allemagne. En Suisse par exemple la situation juridique est assez particulière. Ainsi le Code civil suisse ne contient aucune règle sur la question de savoir si l'on doit utiliser le principe d'abstraction ou celui de cause. L'art. 714 du Code civil suisse se limite à énoncer que pour le transfert de propriété de biens mobiliers, la mise en possession du bien à l'acquéreur est nécessaire, et ne répond pas à la question de savoir si le contrat dans le droit des obligations suffit pour transférer la propriété ou si un accord des volontés est nécessaire, et dans ce dernier cas, s'il dépend ou non de la cause du contrat. Le Code civil suisse ne contient de règles que pour le transfert de biens immobiliers et s'est décidé<sup>(9)</sup> pour le principe de la cause. L'art. 974 du Code civil suisse se réfère aux tiers de mauvaise foi qui ne peuvent faire valoir des droits réels inscrits indûment.

Cette situation juridique en Suisse a entraîné des discussions interminables sur le point de savoir si cette norme permet de déduire de façon analogue que le principe de la cause est également applicable au transfert de biens mobiliers ou si au contraire, - et c'est là l'avis de la doctrine - le Code civil a prévu pour le transfert de ceux-ci l'application du principe d'abstraction. En 1903, le Tribunal fédéral s'était prononcé en faveur du principe d'abstraction pour le transfert des biens mobiliers et cette conception s'était également imposée en doctrine. La situation a changé en 1929 avec une décision de principe du Tribunal fédéral depuis laquelle dans le système juridique suisse, le transfert de biens

---

(7) Cf. G. SAILER, *op. cit.*, p. 33. L'art. 1034 du Code civil grec dispose que "pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il faut le transfert de sa possession par le propriétaire à l'acquéreur et l'accord des parties au sujet du transfert de propriété".

(8) Cf. H. HANISCH, *op. cit.*, p. 35, n. 63.

(9) Art. 974: "Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoquée par les tiers qui en ont connu ou dû connaître les vices.

L'inscription est faite indûment, lorsqu'elle a été opérée sans droit ou en vertu d'un acte juridique non obligatoire.

Celui dont les droits réels ont été lésés peut invoquer directement contre les tiers de mauvaise foi l'irrégularité de l'inscription."

mobiliers dépend d'une cause juridique valable. Dans sa décision en faveur du principe de la cause, le Tribunal fédéral a surtout pris en considération les arguments qui figurent encore aujourd'hui au premier plan des discussions et a considéré que ce principe était nécessaire pour protéger une personne qui a aliéné un bien sans cause juridique valable, contre les successeurs de mauvaise foi de son cocontractant et contre les créanciers de la faillite <sup>(10)</sup>.

Le Code civil suisse prévoit également que la *traditio* peut être remplacée par la *constitutum possessorium* ou par la cession de l'action en revendication comme dans le Code civil allemand, si l'aliénateur ou le tiers restent en possession du bien, sur la base d'un rapport juridique spécial. Même s'il n'existe aucune règle concernant la *traditio brevi manu*, celle-ci peut quand même être considérée comme admise.

Le Code civil autrichien (ABGB) constitue un autre exemple. Selon le §380 du ABGB, aucune propriété ne peut être acquise sans titre ou sans un acte juridique d'acquisition (*titulus et modus*). Le Code civil autrichien se base ici sur la *traditio* et le principe de la cause; c'est-à-dire que si la cause juridique manque, le transfert de propriété n'est pas possible.

En Autriche l'aliénateur reste le propriétaire du bien et peut demander sa restitution à l'acquéreur selon le §366 du ABGB par une action en revendication. Il a un droit réel à la restitution vis-à-vis de l'acquéreur, qui résulte de la nécessité d'un contrat de base objectivement valable.

En raison de la *traditio* et du principe de la cause, l'on considère que la propriété n'a jamais été transférée si le titre est déclaré nul par la suite.

Conformément au §426 du ABGB, les biens mobiliers peuvent, en règle générale, être transférés par la seule remise de la chose. Toutefois, le ABGB énonce certaines exceptions: "Le bien peut être remis par une déclaration selon laquelle le propriétaire exprime d'une façon qui peut être prouvée qu'il détiendra à l'avenir le bien au nom de celui qui a accepté" (première partie du §428, *constitutum possessorium*) "ou lorsque celui qui a accepté détient le bien sans droit réel, que celui-ci pourra le détenir à l'avenir en vertu d'un droit réel" (deuxième partie du §428, *traditio brevi manu*).

Une particularité parmi les systèmes de *traditio* est constituée, selon le §427 du ABGB, par la remise symbolique (*traditio symbolica*).

---

(10) Cf. E. von CAEMMERER, op. cit., p. 677

Un titre valable et une méthode d'acquisition - *titulus et modus* - désignés par la loi (§423 du ABGB) sont la condition nécessaire pour chaque acquisition légale de propriété de biens mobiliers.

Le contrat d'acquisition consiste selon la nouvelle doctrine des §§426 et suiv. du ABGB dans la combinaison du consentement contractuel entre propriétaire et acquéreur sur le transfert de la propriété, et le transfert du bien.

Le titre ne suffit pas pour acquérir la propriété d'un bien, il ne peut qu'entraîner un droit personnel - une demande de remise de la chose.

Par *traditio*, on entend le transfert d'un bien avec la volonté d'en céder et d'en acquérir la propriété, autrement dit la remise du bien, qui peut s'effectuer avec le consentement du propriétaire précédent.

La *traditio* entraîne le transfert juridique. Le transfert de propriété est valable uniquement si l'aliénateur est le propriétaire du bien, ou s'il possède une procuration du propriétaire. La Cour de cassation autrichienne (OGH) a traité la question dans le *cas des dessins* (OGH 3.3.1966, 7 Ob 43/66): où elle a dû juger une demande en revendication concernant 49 dessins du peintre Rudolf Wacker.

Le demandeur avait donné à S. des dessins de sa propriété, avec une liste établie par lui-même ayant pour titre "liste des dessins laissés en commission à S.", pour que S. les vende pour un prix minimum de 140.000 shillings autrichiens. S. a cependant vendu les dessins pour 40.000 shillings autrichiens à la défenderesse et a gardé le prix. La partie défenderesse n'avait pas de doute concernant le pouvoir de S. pour vendre les dessins, mais selon l'opinion du demandeur, elle n'en a pas acquis la propriété, parce que S. n'était pas autorisé à les aliéner à un prix aussi bas.

Le Tribunal de première instance était de l'avis que la défenderesse avait acquis la propriété en vertu du §367 du ABGB, puisque le demandeur avait confié les dessins à S. La Cour d'appel avait pourtant donné suite à la demande en revendication alors que l'arrêt de la Cour de cassation avait confirmé le jugement de première instance: la OGH avait avancé l'argument qu'il fallait protéger la "confiance dans le pouvoir de disposition" du possesseur des dessins. Il faut protéger celui qui conclut un contrat avec une personne qui est autorisée à vendre à des conditions spécifiques même s'il ne les respecte pas. Dans ce cas nous pourrions seulement parler d'un abus du pouvoir conféré par la procuration, mais pas de mauvaise foi de la défenderesse.

L'arrêt de la OGH dans la cause des dessins ne devrait pas être pris comme modèle, parce que la bonne foi, même pour protéger la confiance légitime dans le pouvoir de disposition, ne peut être considérée que dans un système juridique qui se base sur le principe de la validité abstraite (donc indépendante d'un titre valable) des contrats de disposition, comme c'est le cas dans la jurisprudence allemande.

Dans ce cas il s'agissait d'une personne qui ne possédait pas la propriété et n'était pas autorisée à aliéner les dessins à la défenderesse pour le prix payé. La nullité de ce contrat de base produit des effets, selon le droit autrichien sur la *traditio*.

A propos d'une acquisition *a non domino*, la bonne foi ne peut se référer à la fois au *titulus* et au *modus*. Selon le droit autrichien, la défenderesse n'est pas devenue propriétaire légitime des dessins. L'arrêt semble d'autant plus étrange qu'il ne peut y avoir de doute sur la solution du problème réel central dans la doctrine actuelle <sup>(11)</sup>.

Le droit néerlandais et le droit espagnol suivent dans l'ensemble le système français. Ils s'en éloignent toutefois parce qu'ils exigent la *traditio*. C'est pourquoi ces deux droits sont cités ici.

La *constitutum possessorium* ainsi que la cession de l'action en revendication de la chose existent en droit néerlandais (art. 639 B.W.) comme en droit de la République fédérale d'Allemagne. La cession n'est pourtant valable que si les droits des tiers ne sont pas concernés et selon la jurisprudence du *Hogen Raads*, la propriété n'est transférée que s'il n'est pas porté atteinte aux droits réels des tiers.

Comme dans les autres systèmes juridiques (par exemple en Autriche et en Suisse), la doctrine et la jurisprudence hésitaient entre le principe d'abstraction et celui de cause jusqu'à ce qu'elles tranchent en faveur de ce dernier.

Le droit espagnol a opté pour le principe de la *traditio* dans l'art. 609 alinéa 2 et l'art. 1095 alinéa 2 du Code civil.

Comme dans le Code civil autrichien, une remise symbolique de la chose - une *traditio symbolica* - comme par exemple une remise de clés, existe en droit espagnol (art. 1463 du Code civil). La *constitutum possessorium* peut

---

(11) Cf. G. FROTZ, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtscheinprinzip*, Festschrift für Walther Kastner, 1972, p. 134.

remplacer la *traditio* à la seule condition que le bien vendu ne soit pas transféré au moment de l'aliénation. L'exigence de la cause n'est pas mentionnée expressément dans le droit espagnol <sup>(12)</sup> ni dans la plupart des systèmes juridiques des pays d'Amérique du Sud qui suivent le système espagnol.

### III. Le principe du consensus lié au principe de la cause

Les systèmes juridiques des pays de langue allemande, qui exigent l'abstraction ou la cause et la *traditio* pour le transfert de propriété, se trouvent donc en opposition avec le système du droit romain que suit le Code civil français. Ce dernier s'était référé à la pratique qui avait déjà éliminé l'exigence de *traditio* en adoptant la *traditio fictiva*. L'art. 711 du Code civil français, qui résume tous les moyens d'acquisition de propriété, prévoit qu'un transfert de propriété est permis déjà "par l'effet des obligations". Ce principe est exprimé de façon très générale à l'art. 1138 relatif à l'obligation de donner et est répété pour les contrats de vente à l'art. 1583 qui détermine qu'avec la stipulation d'un contrat de vente la propriété est acquise par l'acheteur, indépendamment de savoir si le bien a déjà été livré et le prix payé <sup>(13)</sup>.

Comme le Code civil français n'exige pas la *traditio*, les questions de possession en matière de transfert de propriété seront importantes en droit français avant tout pour l'acquisition de propriété *a non domino*. De plus cette notion de propriété est valable vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire que

---

(12) Il n'existe une mention expresse de la cause qu'en droit brésilien, dans le paragraphe unique de l'art. 622 du Code civil: "Também nao transfere o dominio a tradiçao, quando tiver por titulo um ato nullo" (Cf. G. SAILER, *op. cit.*, p. 35 et seq.). La plupart des systèmes juridiques de l'Amérique latine ont suivi le droit espagnol et surtout ceux des Etats les plus importants comme par exemple l'Argentine (Code civil, art. 577, 2524), le Brésil (Code civil, art. 620/622) et le Chili (Code civil, art. 684), mais aussi l'Uruguay (Code civil, art. 758, 760), la Colombie (Code civil, art. 754), l'Equateur (Code civil, art. 717), le Honduras (Code civil, art. 711) et d'autres. Le fait que dans les pays influencés par le droit romain le contrat de vente a généralement des effets sur le transfert de propriété, provoque une bipartition: d'un côté le Code civil avec ses droits affiliés basés sur le principe du consensus et de l'autre les systèmes juridiques néerlandais et hispano-américains, qui suivent le principe de la *traditio* (Cf. E. von CAEMMERER, *op. cit.*, p. 680).

(13) La majorité des systèmes juridiques continentaux qui ont suivi le Code civil français a opté pour cette réglementation, à savoir la Belgique, l'Italie, le Portugal (Code civil, art. 408, 1317), ainsi que quelques systèmes juridiques de l'Amérique du Sud, comme ceux de la Bolivie (Code civil, art. 1023, 1025), du Pérou (Code civil, art. 947, 948) et du Venezuela (Code civil art. 796 alinéa 2, 1474) (Cf. E. von CAEMMERER, *op. cit.*, p. 679).

même si l'acquéreur français n'est pas encore en possession du bien, il en est déjà propriétaire.

En application du principe du consensus, en cas de nantissement en faveur des créanciers du vendeur, l'acquéreur du bien peut exercer la demande en justice prévue par l'art. 608 du Code de procédure civile. En cas de faillite de l'acquéreur, le bien culturel qui se trouve encore entre les mains du vendeur appartient à la masse des créanciers, ce qui fait clairement ressortir la différence avec le principe de la *traditio*.

Le principe du consensus du Code civil français présente beaucoup d'avantages dans la pratique. Cependant un inconvénient résulte du fait que l'art. 1585 détermine que

"Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; ...",

c'est-à-dire que pour des choses de genre, la propriété ne peut être transférée qu'après pesage, comptage ou mesurage des marchandises qui intervient en général après la stipulation du contrat.

Selon l'opinion prédominante, l'art. 1585 ne se réfère pas uniquement au transfert des risques mais en général aussi au transfert de la propriété.

L'identification est nécessaire parce que si la chose vendue est désignée de façon très précise, l'aliénateur ne peut l'échanger au détriment de l'acquéreur ou du tiers sans qu'il le remarque.

Le Code civil français ne dit rien sur l'exigence de la cause. D'après les art. 711, 1138 et 1583 qui lient le transfert de propriété à la stipulation d'un contrat, il résulte qu'une cause valable est la condition essentielle pour un transfert de propriété.

Le système français connaît une particularité en ce sens qu'il peut y avoir un renversement de la charge de la preuve dans une action en revendication en faveur de l'acquéreur-propriétaire; le vendeur doit fournir la preuve de sa propriété antérieure et doit en plus prouver qu'il est toujours propriétaire en raison de la nullité du contrat de vente.

Il est important de noter que la nullité du contrat de vente, et par conséquent la nullité du transfert de propriété, sont aussi opposables aux tiers.

Le droit italien connaît une application assez spéciale du principe français du consensus. L'article 1376 du Code civil italien dispose:

"Dans les contrats qui ont pour objet le transfert de la propriété d'une chose déterminée, la constitution ou le transfert d'un droit réel, ou le transfert d'un autre droit, la propriété ou le droit se transmet et s'acquiert par l'effet du consentement des parties légitimement manifesté."

Le droit civil italien se fonde sur le Code civil français qui appartiennent tous deux à la famille du droit romain et pour cette raison le Code civil italien de 1862 a connu un développement historique parallèle à celui du Code civil français. L'on trouve des analogies également pour le transfert de propriété. C'est seulement vers la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle que le Code civil italien a subi d'autres influences, en particulier celle de la méthode allemande des pandectes.

Alors que le Code civil italien de 1862 dérivait du Code civil français, le Code de 1942 est l'expression de l'évolution intervenue entretemps. Celui-ci contient en outre des normes qui tiennent compte de la pratique juridique italienne, comme par exemple l'art. 1153 qui permet l'acquisition de bonne foi *a non domino* même pour un bien volé.

Le droit italien est difficile à classer parce que certaines solutions sont orientées exclusivement vers la pratique juridique. Pour cette raison le droit italien reflète les développements modernes mieux que toutes les règles rigides des autres systèmes juridiques.

Le droit italien a opté à l'art. 1376 du Code civil pour le principe du consensus conformément au droit français, mais avec de nombreuses nuances, à tel point que la Cour de cassation italienne a reconnu la dérogation concernant l'effet réel (Cf. Cass. 4.3.1979, N° 692, Giur. it. 1969 I, 2162).

Alors que les questions de possession dans le transfert de biens n'ont pas d'importance en droit français, le Code civil italien de 1942 parle de la *consegna*, la remise (voir art. 1153 du Code civil italien).

En résumé, tandis que le principe de la *traditio* est appliqué en Allemagne fédérale, en Autriche et en Suisse, la France a opté pour le principe du consensus et l'Italie connaît une forme particulière de ce principe du consensus. Le droit italien montre par là une fois de plus sa flexibilité et le fait qu'il reflète la pratique juridique.

Le Code civil italien de 1942 a adapté le principe du consensus d'une façon spéciale afin de trouver une solution intermédiaire. Selon le droit

italien la vente forcée (*vendita obbligatoria*) et la vente avec effet réel (*vendita con effetto reale*) sont possibles <sup>(14)</sup>.

La propriété peut être transférée au moyen d'un contrat obligatoire et en tout état de cause l'on peut reconnaître que l'acquisition *a non domino* est un titre autonome de transfert (cf. art. 1153 du Code civil italien).

Les systèmes de droit de *Common Law* occupent une position spéciale bien qu'ils soient en fait plus près de ceux qui connaissent le principe du consensus que de ceux qui appliquent le principe d'abstraction. Ainsi, selon le *Sale of Goods Act* anglais de 1979, le seul contrat de vente ne suffit pas en principe à transférer la propriété du vendeur à l'acheteur: en effet, la première exigence supplémentaire est que les marchandises doivent être individualisées, au cas où, au moment de la conclusion du contrat, elles n'étaient désignées que de façon générique (voir Sec. 16 S.G.A.). De plus, les parties doivent dans tous les cas, avoir l'intention de transférer la propriété (voir Sec. 17 S.G.A.). Cependant, si la différence avec le principe du consensus semble être assez nette sur ce point (en vertu de ce principe, la propriété passe automatiquement, à moins que les parties n'aient exprimé une autre intention) et si ce système se rapproche de celui du droit allemand (voir la nécessité de la *Einigung*), une analyse plus détaillée montre qu'en réalité, grâce à un ensemble de règles légales d'interprétation de l'intention des parties (Sec. 18 S.G.A.) la différence est beaucoup moins importante: voir par exemple la règle n° 1 de la section précitée, aux termes de laquelle "sauf intention contraire des parties, en cas de contrat non conditionnel pour la vente de choses spécifiées prêtes à être livrées (*specific goods in a deliverable state*) la propriété de ces choses passe à l'acheteur lors de la conclusion du contrat ..." (voir Benjamin's *Sale of Goods*, 3<sup>ème</sup> éd. 1987, p. 265 *et seq.*) Ces considérations sont encore plus valables en ce qui concerne le système suivi par le Code de Commerce Uniforme des Etats-Unis (UCC): celui-ci, tout en subordonnant le transfert de la propriété à "l'identification" des marchandises, établit toutefois une série de présomptions, grâce auxquelles, en pratique, les solutions obtenues sont très voisines de celles des systèmes qui, en principe, suivent le principe du consensus (Cf. §2-401 (1) (2) (3); §2-501 (1) lett. a) du UCC).

---

(14) Cf. E. JAYME, *Konsensualprinzip und Obligatorischer Kaufvertrag im Italienischen Zivilrecht*, *Festschrift für Otto Mühl* (1981) p. 339 à 344.

#### IV. D'autres principes

Il n'existe pas de quatrième groupe qui combine le principe de consensus et le principe d'abstraction, mais les lois des pays scandinaves connaissent une espèce de transfert de biens qui n'est lié à aucun principe, le transfert se faisant par étapes à travers la conclusion d'un contrat, la *traditio* et le paiement du prix. L'acquéreur est protégé déjà "réellement" avec la conclusion du contrat; en effet, entre la conclusion du contrat et la *traditio*, il n'est possible ni pour les créanciers du vendeur, ni pour les créanciers de l'acquéreur, d'utiliser les biens. Dans les relations entre les parties la notion de transfert de propriété a peu d'importance et intervient seulement dans les relations vis-à-vis des tiers.<sup>(15)</sup>

Conformément à la demande de l'UNESCO, l'on s'est occupé dans ce chapitre du transfert de propriété au sens du droit civil dans un certain nombre de systèmes juridiques.

Comme dans la première étude, où l'on a donné un aperçu de droit comparé de l'acquisition de bonne foi *a non domino*, l'on a essayé ici pour compléter la première étude, de suivre la même démarche pour le transfert de propriété. Pour illustrer les grandes différences qui existent dans cette matière, l'on a procédé à une classification des principes généraux (principe de la *traditio*, d'abstraction, du consensus et de la cause).

A l'issue de ce chapitre l'on peut formuler les conclusions suivantes:

- 1) Les normes de droit civil relatives au transfert de propriété de biens mobiliers se présentent de façon différente selon qu'on les envisage de façon isolée, ou qu'on les regroupe d'après des principes généraux.
- 2) Malgré le grand nombre de normes relatives au transfert, il n'en existe aucune formulée spécialement pour la protection des biens culturels. Quant aux règles relatives à l'acquisition de bonne foi *a non domino*, l'on peut constater des effets très différents à l'égard de la protection des biens culturels (Chapitre III).
- 3) Pour le transfert de propriété des biens culturels, les mêmes règles que pour le transfert d'autres biens sont applicables.

---

(15) Cf. G. SAILER, *op. cit.*, p. 45.

- 4) Dans les normes du droit civil relatives au transfert de propriété, on pourrait trouver des aspects particuliers pour la protection des biens culturels, si l'on pouvait considérer le bien culturel comme bien *sui generis*. Cela constituerait une base unifiée pour les modalités de transfert de propriété (*titulus et modus*). Une norme spéciale concernant la prescription acquisitive pourrait être également établie pour la protection des biens culturels.
- 5) L'approfondissement du transfert de propriété dans le cadre du droit international privé n'a pas été demandé pour cette étude, mais l'harmonisation des règles concernant le transfert de propriété par des normes de droit international privé pourrait constituer une protection efficace des biens culturels.

## CHAPITRE II

### La question d'une définition des biens culturels

Jusqu'à maintenant aucune définition uniforme du bien culturel n'a pu être trouvée: quoique les experts soient de l'avis qu'il serait extrêmement souhaitable d'en trouver une, ils sont conscients des difficultés que soulève son élaboration.

Chaque pays a sa propre définition nationale du bien culturel <sup>(16)</sup> et même dans les Conventions internationales en la matière, les définitions diffèrent. L'explication de ce phénomène peut résider dans le fait que la notion de bien culturel dépend non seulement de facteurs nationaux, artistiques, socio-culturels ou de la politique culturelle, mais très souvent aussi de facteurs matériels et de tendances artistiques soumises à l'esprit du siècle.

Tandis que chaque définition nationale est orientée vers un but de protection nationale du bien culturel, chaque définition internationale répond au but et au domaine d'application de la convention correspondante. Ainsi la définition de la Convention de l'UNESCO de 1970 se réfère à son contenu, à savoir les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels <sup>(17)</sup>. Cette définition (voir art. 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970) a établi en effet des catégories de biens culturels, mais elle n'a pas trouvé de critère unifié pour une définition.

Une chose est pourtant certaine: depuis l'adoption de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, les termes de bien culturel sont employés uniformément au niveau aussi bien national qu'international. Et depuis il est employé aussi dans toutes les disciplines, même avec des effets rétroactifs <sup>(18)</sup>.

---

(16) L'UNESCO a déjà publié deux volumes d'un recueil d'extraits de la législation en vigueur dans 45 Etats membres. Ces volumes sont parus en français en 1979 et 1981 sous le titre "La protection du patrimoine culturel mobilier. Recueil de textes législatifs". Cf. en outre BURNHAM, *The Protection of Cultural Property: Handbook of National Legislation* (1974).

(17) R. FRAOUA, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (Paris, 1970). Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution.

(18) Cf. G. REICHEL, *op. cit.*, p. 64.

En Autriche par exemple il existe une définition législative du bien culturel dans le §1 de la loi sur la protection des biens culturels: selon cette disposition, les biens culturels sont "des biens mobiliers ou immobiliers créés de la main de l'homme, qui ont une importance historique, artistique ou culturelle, et dont la conservation est dans l'intérêt public" (Cf. §1 DSchG 1923 dans la version de 1978).

Depuis la nouvelle loi autrichienne de 1986 interdisant l'exportation des biens culturels (AusfVG), la notion de bien culturel selon le §1 de la DSchG et celle contenue au §1 de la AusfVG qui pour sa part renvoie à l'Art. 1 de la Convention de La Haye de 1954, sont identiques. C'est-à-dire que les termes sont employés comme s'ils étaient des synonymes, même s'ils ne le sont pas entièrement. Ceci est dû au fait que dans le concept autrichien de bien culturel l'intérêt public est nécessaire, ce que n'exige pas l'art. 1 de la Convention de La Haye.

Le terme "bien culturel" est lui-même déjà un exemple significatif de l'interdépendance existant entre le domaine national et le domaine international, parce qu'en dépit de leurs valeurs différentes, ils aspirent à un objectif commun: la protection des biens culturels. Il faudra à l'avenir continuer à suivre cette interaction entre le domaine national et international.

Pour résumer le *status quo*, on peut dire que jusqu'ici l'on a fait diverses tentatives de classement soit sur une base maximaliste, soit sur une base minimaliste.

Les maximalistes aspirent à un enregistrement complet des biens culturels, auquel ils veulent parvenir par la méthode de l'énumération. Même si cette méthode d'énumération est sûrement difficile à réaliser, puisque les listes doivent toujours être mises à jour, elle est pourtant la méthode la plus appliquée aux Etats-Unis<sup>(19)</sup>.

La méthode minimaliste ne pose pour sa part que des principes généraux. Ici deux approches sont possibles: la catégorisation et le classement.

- a) la catégorisation ne donne que des descriptions générales des biens culturels,
- b) le classement prévoit quant à lui des valeurs, comme par exemple en France et dans les pays influencés par le modèle français.

---

(19) Cf. G. REICHEL, *op. cit.*, p. 68.

Comme chaque système présente des avantages et des inconvénients, il existe aussi des systèmes mixtes. Le Canada par exemple procède à une catégorisation combinée avec la méthode de l'énumération.

Si l'on aspire à un droit unifié pour la protection internationale des biens culturels, on devrait trouver, en plus des critères nationaux, un critère commun, reconnu valable pour la protection du bien culturel en question: ce critère est la qualification des biens culturels en *res commercium* et en *res extra commercium*.

Les biens culturels qui sont des *res extra commercium* ne peuvent ni être acquis de bonne foi, ni constituer la cause d'un contrat. Chaque pays doit décider par lui-même ce qu'il faut entendre par *res extra commercium*, mais le seul fait que la qualification soit une caractéristique unifiée fournit déjà la garantie d'une certaine protection efficace des biens culturels.

Il existe dans chaque système juridique des biens mobiliers qui, grâce à leur caractéristique spéciale, ne sont pas soumis aux lois du commerce normal des marchandises. Pour ces biens, le législateur a élaboré des réglementations particulières (par exemple les *res religiosae* ne peuvent être vendues sans l'autorisation des autorités ecclésiastiques compétentes).

En Italie par exemple, les biens culturels qui sont des *res extra commercium* selon l'art. 1145 du Code civil italien de 1942, "Possession de choses hors du commerce: La possession des choses dont on ne peut acquérir la propriété, est sans effet" sont énumérés dans des lois spéciales.

L'art. 23 de la loi du 1.6.1939 n° 1089 sur la protection des biens d'un intérêt artistique et historique, dans la version du 8.8.1972 n° 487, comprend un classement de ces biens culturels.

En Autriche la loi d'interdiction d'exportation des biens culturels de 1986 (AusfVG) comporte une liste des biens culturels qui peuvent être exportés. Cette liste est mise à jour périodiquement. Par déduction *contrario* cette liste indique également les biens culturels qui ne peuvent être exportés sans une autorisation de l'Office Fédéral des Biens Culturels.

Dans le système juridique français, le commerce de biens appartenant au domaine public est exclu par principe. Par conséquent l'acquisition de tels biens n'est pas possible. Pourtant il n'y a pas de réponse uniforme à la question de savoir ce qui doit être inclus dans le domaine public. Ainsi les experts discutent sur le point de savoir si les objets d'art des musées

et les manuscrits des bibliothèques appartiennent ou non au domaine public. Si par contre des biens ont expressément été déclarés inaliénables par la loi, ils ne peuvent en aucun cas être acquis de bonne foi par un tiers.

La loi du 31.12.1913 sur les monuments historiques a mis en évidence qu'une acquisition de bonne foi n'est pas possible <sup>(20)</sup>.

A cette réglementation correspond la "loi pour la protection contre l'exportation des biens culturels" du 6 août 1955 modifiée en 1974, dans le système juridique de la République fédérale d'Allemagne. Pour les biens culturels enregistrés, selon cette loi, l'acquisition de bonne foi n'est pas possible.

Les systèmes juridiques des pays socialistes connaissent différentes sortes de propriété. Les biens appartenant à l'Etat sont insaisissables et doivent être considérés comme *res extra commercium*.

Au Canada la loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels de 1974 définit six catégories qui servent de cadre à la nomenclature, et elle fixe même pour cinq d'entre elles une valeur minimale, en dessous de laquelle les biens peuvent être exportés librement, sans licence. Il est important de savoir que ces valeurs minimales ne peuvent être abaissées sans modification de la loi par le Parlement, mais qu'elles peuvent être relevées au besoin. Pour déterminer si un objet est assujéti au contrôle, ce n'est pas la loi qu'il faut consulter, mais la nomenclature, car la première se contente de décrire les exceptions assez vagues à la nomenclature et de fixer la limite inférieure de la juste valeur marchande au Canada, tandis que la seconde spécifie en détail l'âge et la valeur minimale requis pour les différentes catégories d'objets, qui sont soigneusement définies <sup>(21)</sup>.

---

(20) Voir le cas d'une Vierge volée dans une église à Batz-sur-Mer en France en 1978, et à ce propos J.P. VERHEUL "Foreign export prohibitions: cultural treasure and minerals", *Netherlands International Law Review*, 31(1984) pp. 419-427.

(21) Voir pour d'autres pays, le Recueil de textes législatifs de l'UNESCO, La protection du patrimoine culturel mobilier.

### CHAPITRE III

#### La protection des biens culturels et l'acquisition de bonne foi *a non domino*: le droit au paiement

##### I. *Considérations générales*

Les questions de l'acquisition de bonne foi des biens culturels *a non domino* ont été traitées dans la première étude et l'on est arrivé à la conclusion que les principes de la protection de l'acquisition de bonne foi devraient prendre en considération la nécessité de la sécurité du commerce de l'art.

Plusieurs observations relatives à la première étude ont suggéré que dans l'intérêt de la protection des biens culturels, d'autres intérêts, comme ceux du commerce de l'art, devraient être repoussés (Cf. L.V. Prott).

D'autre part il faut mentionner aussi avec Fraoua que la bonne foi est un principe essentiel du droit civil dans les systèmes continentaux, mais auquel il a été porté de nombreuses exceptions.

Il faut répéter, dans ce contexte, qu'on a traité avant tout dans la première étude des questions relatives à la bonne foi parce que cela avait été demandé par l'UNESCO à la lumière notamment du projet LUAB de 1974, ce qui n'est plus le cas dans la deuxième étude.

Eu égard aux observations faites sur la première étude, et en raison de la recommandation au plan du droit civil qui y est exprimée, l'on reprend ici cette question pour s'attacher à une protection internationale efficace des biens culturels.

Puisque l'on ne peut compter dans un avenir proche sur une nouvelle réglementation générale au niveau international, l'on devrait examiner si une adaptation des réglementations nationales qui prévoient une protection de l'acquisition de bonne foi est possible, en vue d'une restitution du bien culturel acquis de bonne foi.

Pourtant cette adaptation ne devrait être envisagée que dans les cas où une protection de l'acquisition de bonne foi *a non domino* existe comme forme de transfert de propriété dans le système juridique considéré.

Une chose devrait être également présumée: les règles nouvelles afférentes à l'acquisition de bonne foi ne devraient se référer qu'aux biens culturels, ce qui exigerait, comme on l'a déjà constaté dans la

première étude, l'existence d'une définition ou d'une qualification des biens culturels.

Mais étant donné les divergences existant entre les critères pour une définition dans les réglementations nationales, ce sont les divers systèmes juridiques nationaux qui devraient eux-mêmes procéder à une qualification et à une détermination des critères nécessaires et appropriés en cette matière. La grande diversité des biens culturels exclut la possibilité de pouvoir déterminer avec succès des critères internationaux (Voir Chapitre II, *supra*).

Une protection optimale pour le transfert international et national des biens culturels pourrait être obtenue par le refus absolu de toute protection légale d'une acquisition de bonne foi des biens culturels.

Même dans les systèmes juridiques qui protègent généralement l'acquisition de bonne foi, ce type d'acquisition n'est pas aujourd'hui protégé pour certains biens culturels (biens du domaine public, prohibitions d'exportation etc.).

En ce qui concerne les biens culturels, un autre moyen de réduire le plus possible la protection de l'acquisition de bonne foi *a non domino* dans le cadre du droit public pourrait être par exemple l'enregistrement des biens culturels (une certaine réserve a été exprimée pour des considérations pratiques dans les observations sur la première étude contre l'enregistrement).

Le seul fait que beaucoup de systèmes juridiques ne protègent pas l'acquisition de bonne foi ne conduit pourtant pas à une protection efficace des biens culturels puisqu'il existe toujours la possibilité de transférer des biens culturels dans des pays dont les systèmes juridiques prévoient cette protection, ce qui rend impossible la restitution ou le retour des biens culturels.

Un aperçu de droit comparé dans la première étude a montré l'extrême diversité du traitement juridique de l'acquisition de bonne foi dans les différents systèmes juridiques. Elle va de la protection globale, en passant par des formes mixtes, jusqu'au refus total de toute protection<sup>(22)</sup>.

Outre les conceptions largement divergentes à l'égard de la bonne foi, il faut rappeler que de nombreuses exceptions et limitations existent même dans les systèmes juridiques qui donnent en général effet au principe de la bonne foi.

---

(22) Cf. G. REICHELY, *op. cit.*, p. 102.

De cette vue globale du problème de la bonne foi, l'on arrive à la conclusion qu'une définition de l'acquisition *a non domino* des biens culturels n'est ni possible ni utile si le but envisagé est celui d'une protection internationale des biens culturels.

Il faut donc examiner s'il existe dans les pays dont les lois protègent déjà l'acquisition de bonne foi des normes qui permettent la restitution des biens, ou sinon s'il faut les établir, sans toucher à l'institution existante de la protection de l'acquisition de bonne foi. Nous avons le choix entre plusieurs formes de "droit au paiement" déjà appliqué communément dans quelques systèmes juridiques et pas seulement pour les biens culturels.

## II. *Le droit au paiement*

De nombreux systèmes juridiques reconnaissent à l'acheteur de bonne foi un droit au paiement en cas d'acquisition de biens mobiliers *a non domino*.

Les règles varient largement dans les divers systèmes juridiques mais en général, le droit au paiement signifie que l'acquéreur de bonne foi peut exiger, à des conditions déterminées et en échange de la restitution du bien, une indemnité pour le prix payé. Quatre aspects de la question seront examinés:

- A) Le droit au paiement dans divers systèmes juridiques
- B) La fonction du droit au paiement
- C) Le domaine d'application du droit au paiement
- D) L'importance du droit au paiement pour la protection internationale des biens culturels.

### A) Le droit au paiement dans divers systèmes juridiques

Le droit au paiement constitue une solution intermédiaire entre les extrêmes d'une protection illimitée de l'acquisition de bonne foi *a non domino* et le refus d'une quelconque protection: l'élaboration de nouveaux projets de loi démontre une certaine tendance à recourir plus souvent à cette institution juridique.

Il est appliqué d'une façon tellement différente dans les divers systèmes juridiques qu'une présentation systématique n'est pas possible. Les systèmes juridiques de la France, de la Suisse, du Portugal, des pays scandinaves, des Pays-Bas et de la Hongrie par exemple connaissent certaines formes de droit au paiement.

1) *France*

L'art. 2280 du Code civil dispose:

"Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté."

Le droit français reconnaît au possesseur le droit au paiement. Le propriétaire originaire peut exiger de l'acquéreur de bonne foi la restitution du bien contre remboursement du prix d'achat. L'acquisition de bonne foi d'un bien mobilier dans une foire ou dans un marché ou une vente publique ou un achat auprès d'un marchand vendant des choses pareilles, constitue cependant une condition nécessaire.

Le domaine d'application de l'art. 2280 du Code civil français se limite au "possesseur actuel". Si une aliénation ultérieure ne s'effectue pas dans les circonstances mentionnées dans l'art. 2280, le propriétaire originaire peut exiger la restitution du bien volé ou perdu sans devoir rembourser le prix d'achat (contrairement aux dispositions de l'art. 934 alinéa 2 du Code civil suisse).

La Belgique et le Luxembourg ont des règles identiques à celle du droit français.

2) *Suisse*

L'art. 934 du Code civil suisse dispose:

"1. Le possesseur auquel une chose mobilière a été volée ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans.

2. Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur, ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé.

3. La restitution est soumise d'ailleurs aux règles concernant les droits du possesseur de bonne foi."

A la différence du droit français, le système juridique suisse qui prévoit également le droit au paiement, exige que le tiers acquéreur soit de bonne foi. Le droit au paiement subsiste pendant une durée de cinq ans. Le prix à payer est celui qu'a versé l'acquéreur de bonne foi lui-même, à savoir le prix d'achat et non un montant correspondant à la valeur d'ordre affectif du bien pour le propriétaire originaire.

Le dernier acquéreur possède vis-à-vis du propriétaire un droit de rétention sur le bien <sup>(23)</sup>.

### 3) Portugal

L'ancien droit portugais du Code civil de 1867 ne réglementait pas l'acquisition de bonne foi. En principe le nouveau Code civil de 1966 refuse l'acquisition de bonne foi de biens mobiliers. Le propriétaire peut exiger d'un acquéreur de bonne foi la restitution de son bien - perdu ou non; dans le cas d'une acquisition auprès d'un marchand vendant des objets de même espèce le propriétaire doit cependant rembourser le prix d'achat à l'acquéreur de bonne foi (art. 1301 du Code civil portugais) <sup>(24)</sup>.

### 4) Pays scandinaves

Dans le projet scandinave d'une protection de l'acquisition de bonne foi de biens mobiliers, le droit au paiement se voit limité aux biens qui, pour le propriétaire originaire, possèdent une valeur particulière, personnelle (valeur d'ordre affectif) supérieure à la valeur économique, et l'acquisition de bonne foi est ainsi fortement protégée: les projets du Danemark, de la Finlande et de la Suède sont presque identiques; seule la Norvège s'est éloignée de ces propositions et sa propre loi est déjà en vigueur <sup>(25)</sup>.

En Suède, il est possible d'acquérir un bien de bonne foi *a non domino*, mais l'acquéreur doit restituer le bien mobilier au propriétaire originaire en échange du remboursement du prix d'achat et des frais connexes, si celui-ci exige la restitution dans le délai de trois ans après que le bien ne soit plus en sa possession <sup>(26)</sup>.

---

(23) Cf. E.W. STARK, Commentaires du Code civil suisse, 2<sup>ème</sup> éd., vol. IV (1984), p. 383.

(24) Cf. K. SIEHR, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen - Neue Entwicklung zu einem alten Problem, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1981(80), p. 281.

(25) Cf. K. SIEHR, op. cit., p. 279, note 50.

(26) Cf. H. HESSLER, Der gutgläubige Erwerb in der neueren schwedischen Rechtsentwicklung und dem nordischen Gesetzentwurf, *RabelsZ* 32 (1968) p. 284.

5) *Pays-Bas*

Le droit en vigueur accorde un droit au paiement à celui qui acquiert de bonne foi un bien mobilier à des conditions particulières (art. 2014 II, 637 du *Bürgerlijk Wetboek*). Le nouveau Code civil néerlandais, qui n'est pas encore entièrement en vigueur, prévoit la même réglementation que celle actuellement appliquée en Suède (art. 3.4.2.3a, alinéas 2 et 3 du nouveau Code civil) <sup>(27)</sup>.

6) *Hongrie*

Un droit au paiement selon le modèle suédois est accordé en Hongrie dans certains cas depuis 1960. Pourtant ce droit ne peut être appliqué qu'à l'acquisition à titre onéreux de biens, auprès d'une personne qui ne fait pas le commerce de ces biens (art. 118 alinéa 2 du Code civil hongrois) <sup>(28)</sup>.

B) La fonction du droit au paiement

1) La fonction du droit au paiement réside dans le fait de trouver un équilibre entre les systèmes juridiques qui ne connaissent pas l'acquisition de bonne foi et ceux qui connaissent l'acquisition de bonne foi de façon nuancée.

2) Le droit au paiement n'est pas lié nécessairement à la protection de l'acquisition de bonne foi.

Il y a des systèmes juridiques qui confèrent une protection totale à l'acquisition de bonne foi *a non domino* de biens mobiliers sans pour autant admettre le droit au paiement (Cf. l'Italie), tandis que d'autres prévoient, en cas d'acquisition de bonne foi, la restitution du bien au propriétaire originaire contre remboursement du prix d'achat (par exemple les Pays-Bas, nouveau Code civil non encore entré en vigueur).

3) De nombreux systèmes juridiques protègent l'acquisition de bonne foi de façon limitée seulement, mais accordent le droit au paiement (la Belgique, la France, le Luxembourg, la Suisse). En outre le propriétaire possède une action en revendication vis-à-vis de l'acquéreur de bonne foi.

---

(27) Cf. K. SIEHR, op. cit., pp. 275-276.

(28) Cf. K. SIEHR, op. cit., pp. 276-285.

4) Lorsque le droit au paiement existe, il dépend de la protection juridique que les divers systèmes juridiques accordent à l'acquisition de bonne foi.

5) La question de savoir si le droit au paiement est valable pour tous les biens acquis de bonne foi, ou s'il est limité à des biens ayant une valeur d'ordre affectif est également réglée de façon différente.

C) Le domaine d'application du droit au paiement

Le domaine d'application du droit au paiement est déterminé de façon différente dans les divers systèmes juridiques. Deux aspects sont importants pour cette étude:

1) Le droit au paiement pour les acquéreurs ultérieurs est parfois admis (en Suisse) et parfois exclu (en France).

a) Pour le droit au paiement concernant les acquéreurs ultérieurs, il suffit qu'un acheteur précédent ait été de bonne foi et ait eu un droit au paiement. La question se pose de savoir si le droit au paiement de l'acquéreur précédent peut être transmis ou non à l'acquéreur successif. De plus, faut-il pour calculer le montant à payer prendre comme critère le prix versé lors de la première acquisition ou lors de l'acquisition successive?

b) Plusieurs systèmes juridiques excluent le transfert du droit au paiement; ils n'accordent ce droit qu'à celui qui l'a acquis lui-même.

2) Le droit au paiement en droit international privé en cas d'un conflit mobile (*Statutenwechsel*).

Si un bien acquis de bonne foi est transféré dans un pays ayant un autre système juridique avec des règles différentes en ce qui concerne l'admission du droit au paiement, le problème se pose alors du point de rattachement pour déterminer le droit au paiement. Si un droit au paiement a été acquis en vertu de la loi qui était applicable, il reste en général acquis en cas de conflit mobile<sup>(29)</sup>, sauf si des normes impératives de la nouvelle loi s'opposent à la reconnaissance du droit au paiement<sup>(30)</sup>.

(29) Voir avis contraire, arrêt du BGH du 8.4.1987, VIII 2P 266186. Note sur cet arrêt de STOLL, IPRax 1987, pp. 357-360.

(30) Cf. K. SIEHR, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Käufers im Internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1983(84), p. 110.

D) L'importance du droit au paiement pour la protection internationale des biens culturels

Si l'on part de la supposition que la protection de droit privé d'une acquisition de bonne foi d'un bien culturel *a non domino* est en conflit avec les intérêts de la protection internationale des biens culturels, il faut alors examiner si les effets de l'acquisition de bonne foi, qui sont négatifs pour la protection des biens culturels, peuvent être éliminés ou atténués par le droit au paiement.

L'on se base sur des lois ou des projets existants pour envisager une solution:

1) *L'importance du droit au paiement tel qu'il est appliqué*

Du point de vue des normes de droit privé concernant le transfert de propriété, le droit au paiement permet:

- a) de faciliter la restitution du bien culturel volé, perdu ou disparu au propriétaire originaire;
- b) un accroissement du risque pour l'acquéreur de bonne foi et, dans la plupart des cas, aussi pour les acquéreurs ultérieurs, de ne pas pouvoir garder le bien culturel acquis;
- c) de faciliter la restitution du bien culturel acquis contre remboursement du prix d'achat payé;
- d) une extension des actions en justice du propriétaire originaire pour que celui-ci puisse non seulement faire valoir une éventuelle action en revendication, mais puisse aussi obtenir la restitution du bien culturel;
- e) la restitution du bien culturel acquis de bonne foi même en cas de transfert du bien à l'étranger ou d'un conflit mobile;
- f) de réduire le risque d'assurance (observations de Crewdson sur la première étude.

2) *Le droit au paiement auquel il faut aspirer dans le futur*

Il faudrait aspirer à un droit au paiement pour tous les systèmes juridiques qui actuellement prévoient l'acquisition de bonne foi *a non domino* mais n'admettent pas un tel droit au paiement, les opposants de ce droit utilisant comme argument la nécessité d'assurer la sécurité et les intérêts du commerce de l'art.

Il faut examiner les possibilités juridiques d'une institutionalisation du droit au paiement.

a) Réforme des systèmes juridiques nationaux avec introduction du droit au paiement pour l'acquisition de bonne foi de biens mobiliers en général.

Certaines réformes juridiques concernant l'acquisition de bonne foi de biens mobiliers ont eu lieu; en voici quelques exemples:

i) Le *Portugal* n'avait pas de tradition concernant l'acquisition de bonne foi jusqu'en 1967. Mais le nouveau Code a introduit ce concept avec des conditions particulières, et l'on a admis le droit au paiement (Cf. Chapitre III, *supra*).

ii) Le *Nieuwe Burgerlijk Wetboek néerlandais* prévoit le droit au paiement contre remboursement du prix d'achat.

iii) Le *projet scandinave* revêt un intérêt particulier. Il accorde un droit au paiement uniquement en cas d'acquisition de bonne foi de biens qui, en plus de la valeur économique, ont une valeur d'ordre affectif; c'est-à-dire des biens qui pour le propriétaire originaire possèdent des valeurs autres que seulement économiques ou pour qui la restitution ou le rachat des biens ont un intérêt tout particulier (Cf. Chapitre III, *supra*).

L'énumération de ces exemples d'innovations juridiques a tenté de montrer qu'il est en principe possible réformer des systèmes juridiques nationaux en tenant compte du droit au paiement et que cela est d'actualité.

Une institutionalisation générale du droit au paiement pour l'acquisition de bonne foi de tous les biens (culturels ou non), aurait le grand avantage qu'une définition du bien culturel ne serait plus nécessaire.

b) Création d'un droit au paiement seulement en cas d'acquisition de bonne foi de biens culturels

L'importance mondiale qui est généralement reconnue aux biens culturels justifie le rang particulier attribué aux biens culturels en droit privé. La protection des biens culturels était jusqu'à maintenant garantie au niveau international par des conventions telle que la Convention de L'UNESCO de 1970, et au niveau national par des normes de droit public (lois d'interdiction d'exportation); mais dans l'intérêt d'une protection globale, nous devrions examiner si l'on ne pourrait pas trouver des moyens de protection supplémentaires pour les biens culturels au niveau du droit privé et du droit international privé.

Il faudrait exiger la création dans les systèmes de droit privé à côté des termes traditionnels existants de bien matériel et immatériel, d'une notion nouvelle de "bien culturel" comme catégorie *sui generis* dont dérivent des effets juridiques <sup>(31)</sup>.

Le projet scandinave, qui a créé le nouveau concept de "choses ayant une valeur d'ordre affectif" et qui n'accorde le droit au paiement qu'en cas d'acquisition de bonne foi de tels biens, est l'exemple à suivre pour la réalisation d'une future loi de protection des biens culturels: la définition du bien culturel constitue alors le problème principal pour la création d'un droit au paiement en cas d'acquisition de bonne foi de biens culturels.

L'on a déjà proposé que la détermination des critères de définition suivent une méthode de qualification déterminée par les divers systèmes juridiques nationaux (Cf. Chapitre II, *supra*). Si l'on tient compte de cette proposition, il faudrait appliquer la *lex fori* correspondante pour la qualification de bien culturel et dans ce cas c'est la *lex fori* qui déciderait s'il existe un droit au paiement.

### 3) *La limitation du droit au paiement*

Le droit au paiement est lié en principe au droit limité de rachat du propriétaire originaire. Le propriétaire peut faire valoir son droit à la restitution dans un délai déterminé, et ce n'est que pendant ce délai que le droit au paiement du propriétaire originaire peut être invoqué. Il existe pendant ce délai un droit de rétention du bien jusqu'au remboursement du prix d'achat.

Les délais pour faire valoir le droit à la restitution sont différents selon les divers systèmes juridiques. Par exemple, en Suisse le délai est de cinq ans, aux Pays-Bas et en Suède de trois ans, le délai commençant à courir dès que le propriétaire originaire n'a plus le bien en main. Des délais plus longs iraient dans le sens d'une protection plus efficace des biens culturels, mais pour des raisons de sécurité juridique le délai ne devrait pas non plus être fixé à plus de cinq ans.

Finalement on fera allusion à quelques observations concernant le droit au paiement envisagé dans la première étude.

---

(31) Cf. R. CREWSON, Cultural Property - A Fourth Estate?, in The Law Society's Gazette 1984, p. 126.

En ce qui concerne l'observation de M. Châtelain, l'on se limitera à rappeler que le Code civil français dispose d'une règle en la matière et en conséquence une règle particulière pour les biens culturels ne poserait pas de problèmes insurmontables.

MM. Rolland et Fraoua sont tous deux favorables à la proposition d'introduire un droit au paiement pour la protection internationale des biens culturels. M. Fraoua fait allusion aux éventuelles difficultés financières des pays les moins riches, mais ce problème devrait être soulevé dans un cadre plus vaste, englobant également les aspects politiques de la protection.

La référence de Mme Prott à l'art. 7 (b) (ii) de la Convention de l'Unesco de 1970 ("verse une indemnité équitable...") ne serait guère utile s'agissant du concept de droit privé du droit au paiement parce que, selon la Convention, il s'agirait ici d'une indemnité payée par l'Etat (droit public).

La proposition de M. Crewdson de tenir compte des conditions de garanties d'assurance concernant le droit au paiement est certainement d'une grande importance pour les biens culturels.

Il convient de rappeler que le droit au paiement qui est une institution connue dans les domaines du droit privé et du droit international privé, peut constituer une aide utile pour obtenir la restitution du bien culturel au propriétaire originaire seulement dans les cas où la restitution est exclue à cause de la protection de l'acquéreur de bonne foi.

## CHAPITRE IV

### Le rôle de la loi de police pour la protection internationale des biens culturels

#### I. *Considérations générales*

Jusqu'à maintenant, on a envisagé les possibilités de conférer aux biens culturels une protection internationale sur la base du droit civil, et on a traité comme point essentiel le droit au paiement, par le propriétaire originaire, en faveur de l'acquéreur de bonne foi.

Une autre possibilité pour une éventuelle restitution d'un bien culturel s'ouvre en droit international privé par l'application d'une loi de police: à ce sujet on peut rappeler que la première étude recommandait la reconnaissance de l'ordre public étranger afin de faire de l'ordre public international un instrument efficace d'une protection des biens culturels<sup>(32)</sup>. Conformément aux tendances actuelles du droit international privé, on a développé cette idée d'ordre public international par une loi de police pour la protection des biens culturels.

Les lois de police, quoiqu'étant des normes impératives de droit public, ont un certain effet en droit privé. Il s'agit avant tout de mesures de politique économique, comme par exemple les règles relatives au contrôle des changes, aux cartels, etc..

La reconnaissance de la loi de police pour la protection des biens culturels offrirait une solution juridique de droit international privé permettant une éventuelle restitution d'un bien culturel au propriétaire originaire. Le point de rattachement spécial du droit international privé fourni par la loi de police pour la protection des biens culturels pourrait exercer une certaine influence contre le trafic illicite dans le commerce de l'art, indépendamment de la politique culturelle.

#### II. *Les divers aspects de la loi de police*

Les lois de police sont en général des normes de droit public, et ne sont pas appliquées en droit international privé. Mais ce principe de non application du droit public subit aujourd'hui de nombreuses exceptions dont la plus importante concerne justement la loi de police.

---

(32) Cf. G. REICHEL, *op. cit.*, p. 130.

La question de l'influence des normes impératives de droit public sur le droit civil, et en particulier leur effet sur les contrats internationaux, est située au carrefour du droit international privé et du droit public, et présente trois aspects:

- normes impératives de la loi choisie par les parties ou de celle normalement applicable au contrat;
- normes impératives de la *lex fori*, qui sont opposées aux normes étrangères régissant le contrat;
- normes d'une autre loi (à savoir ni de la *lex fori*, ni de la loi choisie par les parties, ni de la loi qui régit normalement le contrat).<sup>(33)</sup>

La doctrine contemporaine est plus ou moins d'accord pour accepter les deux premiers types de normes, mais ce sont les normes impératives de la troisième catégorie qui font l'unanimité. Ce sont précisément ces normes qu'il faut prendre en considération pour la protection internationale des biens culturels.

### III. Les deux possibilités d'appliquer la loi de police

On peut utiliser deux points de rattachement:

- la loi régissant le contrat, c'est-à-dire la *Einheitsanknüpfung*
- un point de rattachement particulier (*Sonderanknüpfung*).

Dans le cadre de cette étude, l'auteur marque sa préférence pour le point de rattachement particulier. D'après Wengler<sup>(34)</sup>, qui a créé le concept de *Sonderanknüpfung*, on peut l'appliquer à condition:

- que l'Etat manifeste sa volonté d'appliquer la loi de police;
- qu'il existe un lien étroit entre la loi de police et la situation considérée;
- que la loi de police ne soit pas contraire à l'ordre public national.

(33) MARTINY, Münchener Kommentar, art. 12 EGBGB, §329, vol. 7.

(34) S. WENGLER, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, (1941), p. 54.

#### IV. *La composante socio-politique de la loi de police comme "Sonderanknüpfung"*

Le point de rattachement particulier a d'abord été envisagé, selon Wengler, de façon très générale, puis on l'a orienté vers des sujets plus spécifiques mais toujours dans le cadre de la politique économique. Ce n'est que récemment que l'on a envisagé les lois de police dans un but de protection, (par exemple la protection des consommateurs).

Dans la mesure où l'on a introduit en droit privé des aspects socio-politiques, l'on a élargi le domaine des lois de police. C'est ainsi que l'on a créé et développé une nouvelle espèce de lois de police et dans le sens des tendances actuelles, les lois de police ont été également appliquées dans l'intérêt de la protection internationale des biens culturels, domaine qui appelle l'application d'une telle loi.

Pour l'application d'une telle loi de police, il est certainement nécessaire que l'intérêt public se manifeste par une volonté particulière de l'Etat qui a créé ces normes impératives.

Puisque les critères généraux pour l'application des lois de police ne sont pas assez précis, il est nécessaire pour la protection internationale des biens culturels et pour la sécurité du commerce légitime d'objets d'art, de créer une loi de police spéciale. Ces normes impératives seront appliquées indépendamment de la loi normalement applicable.

#### V. *L'importance pratique de la loi de police pour la protection internationale des biens culturels*

a) L'on a jusqu'à présent traité la question de la restitution des biens culturels dans le cadre politique et dans le cadre du droit public pour les Etats qui ont adopté la Convention de l'UNESCO de 1970.

L'application de la loi de police crée une nouvelle base juridique pour la restitution du bien au pays d'origine, indépendamment de l'application éventuelle de la Convention de l'UNESCO, qu'elle complète, et il faut souligner à ce propos que la Convention de 1970 est seulement d'application indirecte et donc non immédiate <sup>(35)</sup>.

Il résulte de ce qui précède que l'on envisage l'application d'une loi de police pour la protection internationale des biens culturels qui ne doit se référer qu'aux biens ayant une valeur d'ordre affectif.

---

(35) R. FRAUJA, *op. cit.*, p. 103.

Une certaine politisation du droit international privé qui correspond à la tendance actuelle résulte de ce nouveau type de loi de police.

b) L'application de la loi de police contraindrait le juge à qualifier les divers intérêts et effets relatifs à la matière, ce qu'il n'a pas fait dans l'affaire *Nouvelle Zélande c. Ortiz*<sup>(36)</sup> et ce qu'il a fait par un chemin détourné dans le cas du *Nigeria*<sup>(37)</sup>.

Etant donné que l'on se penche sur un nouveau type de loi de police, il faudrait s'orienter d'abord vers les critères normalement exigés dans le cadre du droit international privé; à savoir, que l'Etat doit manifester sa volonté d'appliquer la loi de police, qu'il doit y avoir un lien entre la loi de police et la situation considérée, et que la loi de police ne doit pas être contraire à l'ordre public national, avec pour ce dernier point la différence que l'on serait partisan d'une notion plus rigoureuse de l'ordre public international, que celle qui s'attache à l'ordre public national. Par ailleurs, pour la protection des biens culturels, il faut "tenir compte du but que [la loi de police] vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate"<sup>(38)</sup>.

Pour illustrer l'importance pratique de la loi de police pour la protection des biens culturels, l'on cite le cas *Danusso*<sup>(39)</sup>: l'Equateur a demandé la restitution d'une collection d'objets d'art pré-colombiens, exportés illicitement du pays entre 1972 et 1975 et importés en Italie par Danusso qui l'a exposée à Milan, en obtenant un vif succès. Le Tribunal de Turin a accédé à la demande de l'Equateur visant à reconnaître la loi d'interdiction d'exportation équatorienne car il s'agissait de biens d'une grande importance nationale, alors même que la Convention de l'UNESCO de 1970 n'était pas encore entrée en vigueur. Le fait que la décision du Tribunal n'aurait pas dû protéger autant cette collection pré-colombienne en raison de l'inexistence d'une base légale, souligne la nécessité d'introduire une loi de police pour la protection internationale des biens culturels.

---

(36) *CF: Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and others*, (1983) 2 All England Law Reports 93.

(37) Cf. G. REICHEL, *op. cit.*, p. 90, note 21.

(38) Article 19 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, non encore en vigueur.

(39) Tribunale di Torino, 25.3.1982, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1982, p. 625; voir à ce propos, K. KREUZER, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten, Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, 1986, 24 FN 55.

c) L'importance de la reconnaissance de l'ordre public étranger qui était déjà soulignée dans la première étude <sup>(40)</sup>, a été affirmée par quelques experts dans leurs observations (mais cependant contestée par exemple par M. Merryman).

M. McLachlan du Commonwealth Secretariat a traité cette question et a demandé qu'une place particulière soit réservée à une loi de police pour la protection internationale des biens culturels. Les propositions présentées dans cette deuxième étude vont dans le sens des observations faites par M. McLachlan à propos de la première étude, qui a également souligné l'importance du rôle du droit international privé pour la protection des biens culturels, ce que d'autres experts n'ont pas accepté dans leurs observations.

M. Rolland et M. Moura Ramos se réfèrent à la loi de police pour la protection internationale des biens culturels, au sens de l'art. 7 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 (ci-après dénommée "Convention de Rome").

d) L'argument qui milite le plus en faveur d'une solution juridique, vise à introduire un point de rattachement particulier impératif pour la protection internationale des biens culturels et se base sur l'article 7 de la Convention de Rome qui dispose:

"1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat."

En outre, la tendance allant dans le sens de l'application des normes impératives au niveau du droit international privé trouve confirmation dans les codifications actuelles de droit international privé comme

---

(40) Cf. G. REICHEL, op. cit., p. 130.

l'article 34 de la loi allemande sur le droit international privé du 27 juillet 1986 <sup>(41)</sup>.

L'article 19 de la toute récente loi fédérale suisse sur le droit international privé applique les normes impératives à condition que "des intérêts légitimes et manifestement prépondérants" l'exigent (art. 19 alinéa 1). En outre on tient compte du but et des conséquences de ces normes. L'article 19 dispose:

"1) Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2) Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit."

Si l'on envisageait l'introduction d'une loi de police pour la protection internationale des biens culturels dans un instrument international, l'on pourrait probablement s'inspirer de l'article 7 de la Convention de Rome <sup>(42)</sup>, mais surtout de l'art. 19 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé qui fait allusion aux "intérêts légitimes et manifestement prépondérants" (alinéa 1), ce qui constitue un aspect nouveau et essentiel à souligner pour la protection internationale des biens culturels.

---

(41) Art. 34: "La présente sous-section ne pourra porter atteinte à l'application des dispositions du droit allemand qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat".

Bien que cet article n'ait intégré que l'alinéa 2 de l'article 7 de la Convention de Rome, il nous fournit, par interprétation, la base pour l'application des normes impératives.

(42) Cf. H. HANISCH, Internationalprivatrechtliche Fragen im Kunsthandel, Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, pp. 207-208.

## CONCLUSIONS

L'UNESCO a demandé une deuxième étude relative à la protection internationale des biens culturels se référant aux règles du droit civil sur le transfert de propriété des biens culturels.

Des observations des experts, il ressort qu'il fallait compléter la première étude et approfondir les recommandations (Chapitre V, II A) 1 et 2). C'est pourquoi l'on a seulement traité des questions de droit privé et de droit international privé, et non celles de droit public comme par exemple l'inventaire ou l'enregistrement.

### Résultats

A la lumière de l'étude qui a été réalisée, quelques remarques peuvent être faites, et l'on peut tirer certaines conclusions:

1. Les systèmes de droit privé règlent le transfert de propriété des biens culturels comme des autres biens. Dans l'intérêt d'une protection internationale il faudrait envisager, à côté de la distinction traditionnelle entre biens matériels et biens immatériels, une nouvelle catégorie *sui generis* de biens culturels.

On pourrait utiliser les nouveaux termes du projet scandinave qui parlent de "biens ayant une valeur d'ordre affectif", puisqu'il est évident que les oeuvres d'art répondent à cette caractéristique.

Les règles relatives au transfert de propriété des biens culturels devraient être adaptées en fonction de cette nouvelle catégorie de biens (revendication, droit au paiement, prescription acquisitive, acquisition de bonne foi, etc.).

2. Si une loi uniforme devait être élaborée relativement à la protection des biens culturels, il faudrait adopter, à côté de critères nationaux, un critère universel qui serait la qualification du bien culturel comme *res commercium* ou *res extra commercium*.

3. Dans la première étude, on s'était limité au principe de la bonne foi (art. 7 du projet LUAB), ce que l'on ne peut plus faire de façon aussi rigoureuse, d'une part parce que le point de départ du travail n'est plus le même et d'autre part pour tenir compte de quelques observations importantes.

Une définition unifiée de la bonne foi concernant l'acquisition des biens culturels n'est guère possible ni souhaitable à ce stade et ne pourrait être élaborée qu'après avoir établi une nouvelle catégorie de biens culturels.

4. Actuellement de nombreux systèmes juridiques de droit civil permettent l'acquisition de bonne foi *a non domino*. Le droit au paiement constituerait une solution juridique pour la restitution du bien culturel au propriétaire originaire, et serait par conséquent souhaitable pour une protection internationale des biens culturels.

5. L'on pourrait en outre envisager d'introduire, sur la base du droit international privé, un point de rattachement spécial (*Sonderanknüpfung*) pour la reconnaissance de la loi de police pour la protection internationale des biens culturels en vue d'une éventuelle restitution du bien au pays d'origine.

6. L'étude a montré que l'on pourrait envisager la protection des biens culturels par des règles de droit privé et de droit international privé, l'introduction de nouvelles règles dans ces domaines étant justifiée selon l'avis d'un certain nombre d'experts consultés.

Les observations faites jusqu'ici, ainsi que les réactions des experts à la première étude, semblent être suffisants pour donner un sens à la poursuite des travaux en vue de l'élaboration d'un nouvel instrument international qui est souhaitable dans un secteur qui, au niveau international, démontre la nécessité d'une meilleure protection juridique.

## BIBLIOGRAPHIE SELECTIONNEE

- A. BLECKMANN, Sittenwidrigkeit wegen Verstosses gegen den ordre public international, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 34 (1974), pp. 112-132.
- BURNHAM, *The Protection of Cultural Property: Handbook of National Legislation* (1974).
- E. von CAEMMERER, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergangung, *RabelsZ* 12 (1938/39), p. 675 *et seq.*
- R. CREWDSON, Cultural Property, a Fourth Estate? *The Law Society's Gazette*, (1984), p. 128.
- R. FRAOUA, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris 1970). Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution* (1986).
- G. FROTZ, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtscheinprinzip. *Festschrift für Walther Kastner*, (1972), p. 134.
- F. GUISAN, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Lausanne, 1970.
- H. HANISCH, *Aspects juridiques du commerce international de l'art, Bericht zum Recht der Bundesrepublik Deutschland* Genève, 1985, non encore publié.
- H. HANISCH, Internationalprivatrechtliche Fragen im Kunsthandel, *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels* (1986), pp. 207-208.
- H. HESSLER, Der gutgläubige Erwerb in der neueren schwedischen Rechtsentwicklung und dem nordischen Gesetzentwurf, *RabelsZ* 32 (1986), p. 284.
- MARTINY, *Münchener Kommentar* sur l'art. 12 EGBGB, 7 (1983), §329.
- G. REICHEL, Kulturgüterschutz und Internationales Privatrecht, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6 (1986), pp. 73-75.
- G. REICHEL, La protection internationale des biens culturels, *Revue de droit uniforme* (1985-I), pp. 42-152.

- S. RODOTA, Les aspects de droit civil de la protection internationale des biens culturels, *Actes du 13<sup>ème</sup> Colloque de droit européen, Delphes 20-22 septembre 1983*, publié Strasbourg, 1984, pp. 108-120.
- H. ROMER, *Der gutgläubige Mobiliarerwerb im französischen Recht, Rechtsvergleichende Betrachtungen zu Art. 2279 C.c.* (Diss. Münster), 1984.
- G. SAILER, *Gefahrenübergang, Eigentumsübergang, Verfolgungs- und Zurückbehaltungsrecht beim Kauf beweglicher Sachen im IPR*, 1966.
- K. SIEHR, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Käufers im Internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 83 (1984), pp. 100-118.
- K. SIEHR, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen - Neue Entwicklung zu einem alten Problem, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 80 (1981), pp. 273-292.
- E.W. STARK, *Commentaires du Code civil suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., vol. IV (1984), p. 383.
- UNESCO, *La protection du patrimoine culturel mobilier, Recueil de textes législatifs*.
- J.P. VERHEUL, Foreign export prohibitions: cultural treasure and minerals, *Netherlands International Law Review*, 31 (1984), pp. 419-427.
- S. WENGLER, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, (1941), p. 54.

VOIR EN OUTRE:

- Q. BYRNE-SUTTON, Qui est le propriétaire légitime d'un objet d'art volé? Une source de conflit dans le commerce international, *Aspects juridiques du commerce international de l'art*, Genève, 1985, non encore publié.
- J. CHATELAIN, *Les moyens de lutter contre les vols et trafics illicites d'oeuvres d'art dans l'Europe des neuf*, Etude élaborée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1976.
- D.C. DICKE, Les instruments et les organes de la protection internationale des biens culturels, *Actes du 13<sup>ème</sup> Colloque de droit européen, Delphes 20-22 septembre 1983*, publié Strasbourg, 1984, pp. 19-47.

- G. DROZ\*, La protection internationale des biens culturels et des objets d'art vue sous l'angle d'une Convention de droit international privé, *Aspects juridiques du commerce international de l'art*, Genève, 1985, non encore publié.
- M. EVANS, La pertinence de la bonne foi dans le commerce des biens culturels, *Actes du 13<sup>ème</sup> Colloque de droit européen, Delphes 20-22 septembre 1983*, publié Strasbourg, 1984, pp. 130-132.
- R. FRAOUA, *Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution* (Diss. Fribourg) 1985.
- M. FRIGO, L'acquisto di beni mobili dal titolare apparente nel diritto internazionale privato: il caso del trasferimento illecito di opere d'arte di proprietà dello Stato, *Comunicazioni e studi*, Vol. XVII/XVIII, Milano, 1985, pp. 547-592.
- F. KNOEPFLER, Rapport suisse de droit international privé, *Aspects juridiques du commerce international de l'art*, Genève, 1985, non encore publié.
- K. KREUZER, Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten, Zum Einfluss fremdstaatlichen Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Bd. 172* (1986).
- H.P. MANSEL, DeWeerth v. Bollinger - Kollisionrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke, *IPRax* (1987), à paraître.
- J.M MERRYMAN, Thinking about the Elgin Marbles, *Michigan Law Review*, 83 (1984/1985), pp. 1881-1923.
- R. MONACO, La contribution d'Unidroit à la protection internationale des biens culturels, *Aspects juridiques du commerce international de l'art*, Genève, 1985, non encore publié.
- MUSSGNUG, Das Kunstwerk im internationalen Recht, im Kunst und Recht, (1985), pp. 15-42.
- S.E. NAHLIK, La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé, *Recueil des Cours*, (120) 1967-1, pp. 5-159.
- P.J. O'KEEFE and L.V. PROTT, *Law and the Cultural Heritage*, Abingdon, 1984.
- E. ROUCOUNAS, Rapport Général, *Actes du 13<sup>ème</sup> Colloque de droit européen, Delphes 20-22 septembre 1983*, publié Strasbourg, 1984, pp. 145-156.

- J.-G. SAUVEPLANNE, Rapport explicatif du projet de Convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels *Revue de droit uniforme* (1975-I), pp. 84-116.
- K. SIEHR, Kunstraub und das internationale Recht, *Schweizerische Juristenzeitung*, 77 (1981), pp. 198-212.
- D. SCHULZE, *Die Restitution von Kunstwerken, Veröffentlichungen aus dem Übersee-Museum Bremen*, Reihe D, Band 12, Bremen, 1983.
- S.A. WILLIAMS, *The International and National Protection of Movable Cultural Property - A Comparative Study*, Dobbs Ferry, N.Y., 1978.
- K. ZWEIGERT, Rechtsvergleichend - Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, *RabelsZ*, 23 (1958), pp. 1-20.

#### CONVENTIONS ET RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATION de 1964 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, in *Conventions et recommandations de l'UNESCO relatives à la protection du patrimoine culturel*, UNESCO, 1983.

CONVENTION de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, in *Conventions et recommandations de l'UNESCO relatives à la protection du patrimoine culturel*, UNESCO, 1983.

PROJET de Convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels (projet LUAB de 1974), *Revue de droit uniforme* (1975-I), pp. 68-82.

CONVENTION européenne de 1985 sur les infractions visant des biens culturels, *Série des traités européens n. 119*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985.