



Sfdi

Réseau des
Jeunes Chercheurs

Revue des Jeunes Chercheurs en Droit International

Numéro spécial • Février 2026

Dirigée et éditée par

Samuel Claude, Apolline Marichez, Nathan Pelletier

SOMMAIRE

MOT DU BUREAU

ART AUTOCHTONE ET DROIT INTERNATIONAL

LA CONTRIBUTION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE par Anne-Hélène BERTANA	3
---	---

QUELLE PLACE POUR LA PROTECTION ET LA PROMOTION DES BIENS ET SERVICES CULTURELS AUTOCHTONES EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE ? par Paul URANGA	14
--	----

LA CONTRIBUTION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE par Clément CARRERA	24
---	----

MARCHE DE L'ART ET DROIT INTERNATIONAL

LES RESTITUTIONS DES BIENS SPOLIES : UNE ANALYSE DE L'ORDONNANCE DU 21 AVRIL 1945 par Célestine CHERRIER MONTRICHARD	42
---	----

LE MARCHE DE L'ART ET L'UNESCO par Antinéa JOUVET-CARBONNIER	50
---	----

LA PROTECTION DE L'ART EN TANT QU'OBJET D'INVESTISSEMENT : PROTECTION JURIDIQUE ET DEFIS DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS par Floriane CHANG	58
---	----

DE L'INEFFICACITE DES JURIDICTIONS CLASSIQUES A L'ESSOR DE L'ARBITRAGE DANS LE MARCHE DE L'ART par Ugo CENCI	67
---	----

MOT DU BUREAU

Chères lectrices, chers lecteurs,

Vous trouverez dans ce numéro spécial les actes des deux demi-journées des jeunes chercheurs de la SFDI qui se sont tenues à l'Université de Toulouse Capitole et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne aux mois de mars et avril 2025. L'art est au cœur de ces deux demi-journées puisqu'elles s'inscrivaient dans le cadre du colloque annuel de la SFDI qui s'est quant à lui déroulé à Nice en mai 2025 et qui portait justement sur l'art et le droit international.

Nous tenons à remercier l'ensemble des contributrices et contributeurs qui nous permettent de garder une trace écrite des réflexions et thèmes abordés lors de ces demi-journées. Nous sommes très heureux de pouvoir publier leurs contributions dans la Revue. Nous remercions aussi Madame la Professeure Clémentine Bories et Monsieur le Professeur Tristan Azzi qui ont non seulement accueilli et présidé les demi-journées dans leurs universités respectives, mais qui ont également participé au processus de relecture et d'édition de ce numéro spécial. Nous adressons également nos remerciements à Madame Marine Ranouil et à Monsieur le Professeur Edouard Treppoz pour leur participation à la demi-journée de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Cette publication est aussi l'occasion pour nous de remercier ceux qui ont participé de près ou de loin à l'organisation des demi-journées de l'année passée. Ainsi, nous remercions très sincèrement Madame la Professeure Anne Millet-Devalle et Monsieur le Professeur Jean-Christophe Martin qui ont grandement contribué à la réussite de ces demi-journées et à l'insertion des jeunes chercheurs dans le colloque annuel qu'ils organisaient. Nos remerciements vont aussi au Bureau de la SFDI, notamment à Madame la Professeure Lucie Delabie et à Messieurs les Professeurs Jean-Marc Sorel et Guillaume Le Floch, qui ont apporté leur soutien constant aux jeunes chercheurs. Enfin, nous remercions très chaleureusement Mathilde Desurmont qui, dans le cadre de sa dernière année au sein du Bureau des jeunes chercheurs, a pleinement participé à l'organisation de ces deux demi-journées.

En vous souhaitant une agréable lecture,

Samuel Claude, Apolline Marichez, Nathan Pelletier

ART AUTOCHTONE ET DROIT INTERNATIONAL

**Actes de la demi-journée à l'Université de Toulouse Capitole
présidée par Madame la Professeure Clémentine BORIES**

LA CONTRIBUTION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE

Anne-Hélène BERTANA

Chercheuse postdoctorale en Droit public à l'Université de Bordeaux

De prime abord, interroger la contribution de l'Union européenne (UE) à un droit international de protection de l'art autochtone peut sembler surprenant. En effet, elle ne dispose que d'une compétence d'appui en matière de culture¹ ; et la Charte des droits fondamentaux de l'UE ne consacre ni droits aux peuples autochtones ni droits relatifs à la culture ou à l'art propres à une communauté². Pourtant, cette organisation internationale est particulièrement concernée par les questions relatives aux peuples autochtones, y compris la protection de leur art, à plusieurs titres.

Tout d'abord, plusieurs États membres de l'Union européenne comptent des peuples autochtones parmi leurs nationaux. Ainsi, les Sámi ont une partie de leurs terres en Suède et en Finlande. S'il est le seul peuple autochtone officiellement reconnu dans la zone géographique de l'Europe³, d'autres résident dans les collectivités ultra-marines et les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, comme au Groenland, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, en Guyane, à Mayotte ou encore à Wallis-et-Futuna⁴. Leur nombre est d'ailleurs susceptible d'augmenter avec les nouvelles accessions au statut de membre de l'Union européenne, comme le démontre l'exemple ukrainien avec les Tatars de Crimée. Ils ont donc tous la citoyenneté européenne qui, si elle n'est qu'une citoyenneté de superposition, symbolise néanmoins le lien spécifique entretenu entre les individus et l'Union européenne. Cette reconnaissance juridique octroie notamment la reconnaissance de droits.

En outre, l'Union européenne est aussi concernée au niveau international. En effet, elle dispose d'une représentation diplomatique exceptionnelle pour une organisation internationale, ainsi que de compétences étendues et diverses en matière d'action extérieure. Elle est chargée d'une politique commerciale commune, d'une politique de coopération au développement et d'une politique de coopération économique, financière et technique avec des États tiers⁵, parmi lesquels certains comprennent des peuples autochtones. Or, l'Union européenne est censée affirmer et promouvoir, dans ses relations avec le reste du monde, des valeurs⁶ parmi lesquelles

¹ Article 6, c, et article 167 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

² Elle est d'ailleurs construite sur une vision individualiste des droits humains et ne prend pas réellement en compte les collectifs ou minorités. Pour approfondir, voy. I. BELLIER, « L'Europe et les droits des peuples autochtones », *Ethnologie française*, 2020, vol. 50, p. 514.

³ M. TIGER BODLUND, *The Sámi and the EU – Mapping Sámi Channels of Influence to the European Union*, Linköping University, 2019.

⁴ D. DORMOY, « L'exercice par les peuples autochtones des outre-mer de l'Union européenne de leur droit à l'autodétermination : la revendication indépendantiste au Groenland, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française », *Blogdroiteuropeen*, 2024 [<https://blogdroiteuropeen.com/2024/07/04/lexercice-par-les-peuples-autochtones-des-outre-mer-de-lunion-europeenne-de-leur-droit-a-lautodetermination-la-revendication-independantiste-au-groenland-en-nouvelle-caledonie-et/>, consulté le 3 août 2025] ; A. LAURENT, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », N. HERVE-FOURNEREAU, S. THERIAULT (dir.), *Peuples autochtones et intégration régionale. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles et de la biodiversité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, p. 115.

⁵ Articles 208 à 213 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

⁶ Article 385 du Traité sur l'UE.

figure « le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »⁷. De surcroît, les actions industrielles menées par ses États membres et leurs entreprises peuvent entraîner des conséquences pour les peuples autochtones⁸. Si l'art n'est généralement pas menacé de façon directe, il l'est néanmoins à travers les atteintes portées au territoire, vu l'importance du « trinôme langue-culture-terre »⁹ que mettent en avant les représentants des peuples autochtones. En d'autres termes, la préservation de l'art relève de la préservation de la culture, qui est liée à celle des terres.

Dès lors, si la préservation de l'art autochtone n'est pas l'objectif principal de l'Union européenne, elle peut y participer puisqu'elle entretient une relation singulière avec ses citoyens, les États tiers et d'autres organisations internationales. Ainsi, elle pourrait contribuer à l'élaboration du droit international, conventionnel ou coutumier, comme c'est déjà le cas concernant les droits de l'Homme¹⁰. Cela résulte de l'étendue de ses compétences, souvent exercées par des institutions supranationales ; ainsi que de sa puissance économique et commerciale qui lui octroie un certain poids sur la scène internationale.

Afin d'analyser l'influence qu'exerce l'Union européenne sur la construction d'un droit de protection de l'art autochtone, deux éléments peuvent être étudiés successivement. En premier lieu, il s'agit de sa participation directe à l'élaboration d'un tel droit (I) ; puis dans un second temps des effets de ses actions qui ne sont pas à finalité normative, mais peuvent néanmoins contribuer à l'émergence de droits (II).

I. UNE IMPLICATION INFIME DANS L'AFFIRMATION D'UN DROIT DE PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE

L'Union européenne dispose d'une architecture institutionnelle complexe pour exercer les compétences qui lui sont attribuées par ses États membres. Dès lors, malgré l'obligation de cohérence qui s'impose à ses actions¹¹, notamment entre celles qui relèvent de son action extérieure et de ses autres politiques¹², des disparités peuvent exister entre les normes développées à l'attention des citoyens européens et les positions qu'elle défend sur la scène internationale. Pour cette raison, sa participation à l'élaboration d'un droit de protection de l'art autochtone diffère selon que ses actions concernent les peuples autochtones vivant sur le territoire de ses États membres (A) ou qu'elles concernent la protection de l'art autochtone dans son action extérieure (B).

A. Une contribution inexistante au sein de l'Union européenne

Au sein de l'Union européenne, aucune norme n'établit clairement la protection de l'art autochtone, ni dans le droit primaire ni dans le droit dérivé, et cela malgré les occasions qui se sont présentées.

⁷ Article 2 du Traité sur l'UE.

⁸ I. BELLIER, *op. cit.*, note 2, p. 515.

⁹ M. DANTZLINGER, *L'autonomisation du droit international du patrimoine et des biens culturels*, A.-M. TOURNEPICHE (dir.), Thèse de doctorat, Droit public, Université de Bordeaux, 2022, p. 105.

¹⁰ Voy. L. ROBERT, *La contribution de l'Union européenne au droit international des droits de l'Homme*, M. KARPENSCHIF, C. FERRARI-BREEUR (dir.), Thèse de doctorat, Droit public, Université Jean Moulin Lyon 3, 2014.

¹¹ L'article 7 du TFUE prévoit que l'UE « veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions ».

¹² Article 21§3, al. 2, du TUE.

Elle est pourtant chargée d'assurer la sauvegarde et le renforcement du respect de la diversité culturelle et linguistique, en vertu de l'article 3§3 du Traité sur l'Union européenne (TUE). Cependant, les peuples autochtones n'y sont pas cités directement, ni même la question des minorités, dont les droits s'appliquent aussi aux peuples autochtones¹³. Dès lors, il faudrait une interprétation en ce sens pour que l'Union européenne puisse agir en faveur de la protection de l'art autochtone. Cette possibilité semble peu probable, puisque la Commission européenne a déjà refusé de reconnaître la compétence de l'Union européenne dans le cas de la protection des minorités nationales et linguistiques, car celles-ci ne sont pas expressément citées par l'article 19 du TUE qui prévoit qu'elle peut prendre des mesures pour combattre des discriminations¹⁴. Cette position a été confirmée par le Tribunal de l'Union européenne, suite au recours en annulation formulé à l'encontre de la décision de la Commission européenne¹⁵. Elle est pourtant contestable au regard des interprétations couramment retenues en droit international public, notamment car l'article 19 du Traité sur l'UE cite les discriminations fondées sur l'origine ethnique, ce qui pourrait comporter les atteintes portées à certaines minorités, notamment celles autochtones¹⁶.

Enfin, aucune protection de l'art autochtone ne semble pouvoir résulter de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Les peuples autochtones ne sont jamais mentionnés et, si rien n'empêche que les droits fondamentaux « soient interprétés de manière étendue afin de protéger adéquatement les peuples autochtones »¹⁷, ce texte consacre une vision majoritairement individualiste des droits humains, alors que la protection de l'art autochtone suppose la reconnaissance d'un droit collectif. En définitive, seule l'Union européenne pourrait être assujettie à ne pas porter atteinte à l'art autochtone, en vertu de l'article 22 de cette Charte qui prévoit qu'elle respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique. Aucun droit de protection de l'art ne peut donc être assuré aux peuples autochtones face aux actions de leurs États.

Pourtant, des demandes ont été émises par certains peuples autochtones de l'Union européenne, afin d'obtenir une protection particulière, car leurs cultures ne sont pas toujours suffisamment protégées par le droit étatique¹⁸. C'est par exemple le cas des Sámi, qui souhaiteraient davantage de reconnaissance et de contrôle sur leurs artefacts et leurs conceptions¹⁹. Ces préoccupations ont été abordées directement auprès du Parlement européen lors d'un entretien avec des délégations autochtones en 2016. Elles requerraient l'établissement d'un mécanisme de lutte contre la vente illégale d'artefacts autochtones, l'établissement d'un programme pour renforcer les capacités de préservation de l'héritage culturel autochtone et le soutien au rapatriement international de l'art autochtone²⁰. Une décennie plus tard, aucune mesure concrète n'a été prise en ce sens. Le Parlement européen a pourtant adopté plusieurs

¹³ A. XANTHAKI, « The Cultural Heritage of Minorities and Indigenous Peoples in the EU: Weaknesses or Opportunities », A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (dir.), *Cultural Heritage in the European Union - A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill Nijhoff, 2019, p. 271.

¹⁴ Commission européenne, *Décision du 25 juillet 2013 portant refus d'enregistrer la proposition d'initiative citoyenne des requérants*, C (2013) 4975 final.

¹⁵ Tribunal de l'UE, arrêt (première chambre) du 10 mai 2016, *Balázs-Árpád Izsáke et Attila Dabis c. Commission européenne*, ECLI:EU:T:2016:282.

¹⁶ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 14, p. 274.

¹⁷ A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 133.

¹⁸ *Ibid.*, p. 115.

¹⁹ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 14, p. 270.

²⁰ DOCIP, « Indigenous delegates recommendations to the European Parliament », Meeting hosted and chaired by Lrs Hautala, European Parliament, 14 juin 2016 [<https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH0198.dir/Cross-cutting%20recommendations%20to%20the%20EU.pdf>, consulté le 21 juillet 2025].

résolutions concernant les peuples autochtones, à propos des discriminations qu'ils subissent²¹, de la violation de leurs droits²² ou de la gestion des ressources naturelles²³, mais la question de l'art n'a jamais été abordée.

Cette absence de prise en compte du besoin de protection de l'art autochtone est d'autant plus marquante qu'elle aurait pu être intégrée dans certains textes de droit dérivé. En effet, si l'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'appui en matière de culture²⁴, donc qu'elle ne peut intervenir que si son action apporte une valeur ajoutée par rapport à celle des États, pour « encourager la coopération et, si nécessaire, appuyer et compléter leurs actions »²⁵, et à l'exclusion de toute harmonisation législative ou réglementaire, des dispositions relatives à la protection de l'art autochtone auraient pu être intégrées dans certains textes. À titre d'exemples, il est possible d'évoquer une directive de 2014 sur la restitution des biens culturels ayant quitté illégalement le territoire d'un État membre²⁶, un règlement de 2019 consacré à l'introduction et à l'importation de biens culturels²⁷, ou encore une décision de 2021 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union européenne²⁸. Dans cette dernière, les peuples autochtones sont mentionnés, mais uniquement concernant l'échange d'informations et de connaissances pour la préservation de la biodiversité ; tandis qu'un chapitre entier est consacré à la culture et au tourisme, pour prévoir notamment le soutien aux politiques de promotion des identités culturelles ou de protection du patrimoine culturel²⁹, sans jamais citer les peuples autochtones.

Ces occasions manquées se sont aussi produites devant la Cour de justice de l'Union européenne, auprès de laquelle les peuples autochtones sont considérés « comme des collectifs indifférenciés des autres types de requérants non gouvernementaux »³⁰. Ainsi, elle a refusé de reconnaître aux peuples autochtones des droits autonomes et additionnels à ceux prévus par le droit de l'Union européenne, même lorsque le préambule du texte visé fait spécifiquement référence à la Déclaration des Nations Unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones³¹. Si cette décision se comprend par l'application stricte du droit, puisque la Déclaration visée n'est pas un texte juridiquement contraignant, Aurélie Laurent regrette néanmoins que « les juges de l'Union ne se sont pas non plus laissé imprégner par les objectifs et les concepts du

²¹ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 7 février 2018 sur la protection et la non-discrimination des minorités dans les États membres de l'Union européenne*, 2017/2937(RSP), JO C 463 du 21 décembre 2018, pp. 21-25.

²² PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 3 juillet 2018 sur la violation des droits des peuples autochtones dans le monde*, 2017/2206 (INI), JO C 118 du 8 avril 2020, pp. 15-31.

²³ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 11 septembre 2018 sur la gestion transparente et responsable des ressources naturelles dans les pays en développement : le cas des forêts*, 2013/2003 (INI), JO C 433 du 23 décembre 2019, pp. 50-65.

²⁴ Article 6, c, et article 167 du TFUE.

²⁵ Article 167 du TFUE.

²⁶ Directive (UE) 2014/60 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 sur la restitution des biens culturels ayant quitté illégalement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 (refonte), JO L 159 du 28 mai 2014, pp. 1-9.

²⁷ Règlement (UE) 2019/880 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 concernant l'introduction et l'importation de biens culturels, JO L 151 du 7 juin 2019, pp. 1-14.

²⁸ Décision (UE) 2021/1764 du Conseil du 5 octobre 2021 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union européenne, y compris les relations entre l'Union européenne, d'une part, et le Groenland et le Royaume de Danemark, d'autre part (décision d'association outre-mer, y compris le Groenland), JO L 355 du 7 octobre 2021, pp. 6-134.

²⁹ *Ibid.*, respectivement aux articles 37 et 40 de la Décision (UE) 2021/1764.

³⁰ A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 120.

³¹ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt (cinquième chambre) du 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami et al. c. Commission européenne, Parlement européen, Conseil de l'Union européenne*, aff C-398/13, ECLI:EU:C:2015:535.

droit international des peuples autochtones »³² pour rendre leur décision et interpréter certaines dispositions au regard des droits des peuples autochtones contenus dans la Déclaration de 2007.

En définitive, aucun droit de protection de l'art autochtone n'est proclamé au sein de l'Union européenne, alors même qu'il aurait pu être reconnu dans certains textes de droit primaire ou de droit dérivé. Ce n'est en revanche pas la seule hypothèse de contribution à la création d'un droit de protection de l'art autochtone, puisqu'une telle action peut aussi avoir lieu au sein d'autres instances internationales.

B. Une contribution symbolique sur la scène internationale

Si l'Union européenne ne peut pas participer directement à l'élaboration du droit international, ses institutions ont publiquement soutenu certains textes internationaux en faveur de la reconnaissance et de la protection des droits des peuples autochtones.

Ainsi, le Parlement européen a adopté une résolution³³ de soutien à la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, relative aux peuples indigènes et tribaux³⁴, premier texte d'ampleur reconnaissant des droits particuliers aux peuples autochtones. Concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, « l'UE exprimait de temps à autre une position de soutien aux avancées »³⁵ pendant la négociation de ce texte ; elle a ensuite officiellement exprimé, à plusieurs reprises et régulièrement, sa reconnaissance de l'importance de ce texte³⁶. En 2016, ce sont la Haute représentante de l'Union européenne et la Commission européenne qui ont dévoilé un plan visant à développer les politiques de l'Union européenne en lien avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Conférence mondiale sur les peuples autochtones de 2014³⁷.

Par ailleurs, le Haut représentant de l'Union européenne adopte chaque année une déclaration, à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones du 9 août. Si la mention de la « protection de l'art » n'apparaît jamais en tant que telle, certains éléments de ces déclarations s'y rapportent néanmoins. Ainsi, la déclaration de 2016 rappelle l'importance de la promotion des droits culturels³⁸ ; celle de 2019 énonce que l'Union européenne est « fermement résolue à promouvoir et à défendre les langues et les cultures autochtones »³⁹. En 2021 et 2022, ce sont les liens entre culture, identité et terres des peuples autochtones qui sont reconnus dans les déclarations⁴⁰, tandis que celle de 2025 aborde la potentielle influence que

³² A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 128.

³³ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 9 février 1994 sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes*, A3-0059/94, JO C 61 du 28 février 1994, pp. 69-71.

³⁴ Organisation internationale du travail, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, C169, 27 juin 1989. L'appellation a changé, mais l'expression « peuples indigènes et tribaux » correspond aux actuels « peuples autochtones ».

³⁵ I. BELLIER, *op. cit.*, note 2, p. 516.

³⁶ A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 123.

³⁷ Commission européenne et Haut représentant de l'Union européenne, *Implementing EU External Policy on Indigenous Peoples*, Joint staff working document, SWD (2016) 340 final, 17 octobre 2016.

³⁸ Conseil de l'UE, *Déclaration de la haute représentante, Federica Mogherini, au nom de l'Union européenne, à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones, le 9 août 2016*, Communiqué de presse 481/16, 8 août 2016.

³⁹ Conseil de l'UE, *Déclaration de la Haute représentante, au nom de l'UE, à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones*, Communiqué de presse 567/19, 8 août 2019.

⁴⁰ Conseil de l'UE, *Journée internationale des peuples autochtones : déclaration du haut représentant, Josep Borrell, au nom de l'Union européenne, le 9 août 2021*, Communiqué de presse 641/21, 8 août 2021 ; Conseil de l'UE, *Journée internationale des peuples autochtones du monde, le 9 août 2022 : Déclaration du Haut représentant, Josep Borrell, au nom de l'Union européenne*, Communiqué de presse 731/22, 8 août 2022.

peut avoir l'intelligence artificielle, et plus généralement le numérique, sur la culture autochtone⁴¹.

Enfin, un autre élément notable est qu'au sein de l'ONU, où l'Union européenne a une place particulière pour une organisation internationale, les agents de la Commission européenne organisent régulièrement des consultations avec des délégués autochtones provenant de toutes les régions du monde⁴². Cela lui permet notamment de soutenir les points de vue ou la participation des peuples autochtones au sein d'enceintes multilatérales, dès lors que leurs droits sont concernés⁴³. Par exemple, la délégation de l'Union européenne auprès des Nations Unies a déclaré en 2024 son soutien au Mécanisme d'expert sur les droits des peuples indigènes et à la participation des peuples indigènes aux processus décisionnels qui les concernent⁴⁴. À ces occasions, la protection de l'art autochtone, ou d'éléments connexes, a été parfois abordée. Ce fut notamment le cas à l'occasion d'une prise de parole relative à la décennie internationale des langues autochtones, par laquelle la délégation de l'UE a proclamé l'attachement de l'Union européenne au multilinguisme et au respect de la diversité linguistique, le langage étant conçu comme « l'expression la plus directe de la culture »⁴⁵. S'il n'est pas directement question d'art, il est possible de considérer que la protection de la langue s'en rapproche en ce qu'une partie des expressions artistiques se fondent sur l'utilisation du langage. Dans une autre déclaration de 2024, il est à nouveau affirmé que l'Union européenne s'engage dans la préservation et la promotion de la culture autochtone⁴⁶, ce qui comprend logiquement l'art.

L'Union européenne affiche donc son soutien et sa volonté de prendre en compte les peuples autochtones, mais sa contribution officielle au sein des instances internationales à la création d'un droit de protection autochtone s'y limite. Si ces actions et déclarations peuvent avoir une importance symbolique, cela ne revient cependant pas à participer à la formation d'un droit et de mécanismes de protection idoines. Elle n'intervient pas non plus concrètement afin de faire respecter les droits culturels de ses propres peuples autochtones à l'international. En effet, la culture est certes reconnue comme un élément important des relations extérieures⁴⁷, mais il s'agit de promouvoir la culture européenne⁴⁸. Or, lorsque le patrimoine culturel européen est évoqué, il n'est jamais fait référence aux cultures minoritaires ; la promotion de la

⁴¹ Conseil de l'UE, *Journée internationale des peuples autochtones du monde : déclaration de la haute représentante au nom de l'Union européenne*, Communiqué de presse 654/25, 8 août 2025.

⁴² I. BELLIER, *op. cit.*, note 2.

⁴³ Conseil de l'UE, *Journée internationale des peuples autochtones du monde : déclaration de la haute représentante au nom de l'Union européenne*, Communiqué de presse 654/25, 8 août 2025.

⁴⁴ Service européen pour l'action extérieure, « HRC57 – Interactive Dialogue with the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples » [https://www.eeas.europa.eu/delegations/un-geneva/hrc57-interactive-dialogue-expert-mechanism-rights-indigenous-peoples_en], consulté le 8 août 2025].

⁴⁵ Service européen de l'action extérieure, « EU Statement – UN Permanent Forum on Indigenous Issues : International Decade of Indigenous Languages », 25 avril 2022 [https://www.eeas.europa.eu/delegations/un-new-york/eu-statement-%E2%80%93-un-permanent-forum-indigenous-issues-international-decade-indigenous-languages_en], consulté le 8 août 2025].

⁴⁶ Service européen de l'action extérieure, « EU Statement – UN General Assembly : High Level Event to Commemorate the 10th Anniversary of the World Conference on Indigenous Peoples », 17 avril 2024, [https://www.eeas.europa.eu/delegations/un-new-york/eu-statement-%E2%80%93-un-general-assembly-high-level-event-commemorate-10th-anniversary-world-conference_en], consulté le 8 août 2025].

⁴⁷ Voy., par exemple, Commission européenne et Haut représentant de l'Union européenne, *Implementing EU External Policy on Indigenous Peoples, Joint staff working document*, SWD (2016) 340 final, 17 octobre 2016.

⁴⁸ K. HAUSLER, « Cultural Heritage within the European Union's External Relations: More than a Policy Objective? », A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (dir.), *Cultural Heritage in the European Union - A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill Nijhoff, 2019, pp. 393-394.

diversité culturelle fait davantage référence à celle qui existe entre États membres de l'Union européenne, qu'à celle qui existe au sein de ces États⁴⁹.

En définitive, les actions de l'Union européenne ne contribuent pas réellement à l'élaboration d'un droit de protection de l'art autochtone, qu'il s'agisse de son droit interne ou de son action extérieure. Cela dit, il est possible de favoriser la formation d'une norme par d'autres actions que celles qui sont normatives ou à visée normative.

II. DES MESURES FAVORABLES A LA PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE

Outre la participation directe à la formation d'un droit de protection de l'art autochtone, d'autres mesures peuvent être prises afin d'assurer une protection. Ici aussi, deux domaines différents peuvent être analysés : la place accordée aux peuples autochtones et à leur art au sein de l'Union européenne (A) ; puis la prise en compte des enjeux spécifiques auxquels ils doivent faire face dans le cadre de l'action extérieure (B).

A. Une place perfectible pour les peuples autochtones dans les politiques internes

Au sein de l'Union européenne, les peuples autochtones se voient parfois octroyer une place particulière, que ce soit dans les relations avec ses États membres ou par ses institutions.

Ainsi, les Sámi font l'objet de dispositions spécifiques dans les actes relatifs à l'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède⁵⁰. Ils ne conviennent pas d'une protection spécifique, mais ils permettent aux États sur le territoire desquels résident les Sámi de déroger aux règles communes aux fins de préservation et de développement de la culture de ce peuple autochtone⁵¹. Il est d'ailleurs notable que le protocole qui prévoit cette disposition évoque aussi sa potentielle modification « pour tenir compte du développement éventuel des droits exclusifs reconnus au peuple lapon⁵² en liaison avec son mode de vie traditionnel »⁵³, ce qui pourrait notamment concerner un droit de protection de l'art autochtone. Une telle évolution serait cohérente avec le préambule de ces actes d'adhésion, qui note l'engagement des États à préserver et à développer, entre autres, la langue, la culture et le mode de vie des Sámi, ainsi que la reconnaissance de l'influence que peuvent avoir des activités économiques de base sur ceux-ci. En définitive, ce texte permet donc aux États d'adopter des mesures de protection de l'art Sámi contre « les éventuelles atteintes que pourrait leur porter le droit du marché commun européen notamment »⁵⁴.

Des dispositions similaires pourraient être adoptées en accord avec l'Ukraine, État candidat au statut d'État membre de l'Union européenne dans lequel vit le peuple autochtone des Tatars de Crimée. La Commission européenne a d'ailleurs affirmé, dans son avis sur l'adhésion de cet État, qu'il devait « achever sa réforme du cadre juridique applicable aux

⁴⁹ Voy., par exemple, Commission européenne, *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – « Vers une approche intégrée du patrimoine culturel européen »*, COM(2014)477 final, 22 juillet 2014.

⁵⁰ Actes relatifs à l'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à l'Union européenne, JO C 241, 29 août 1994.

⁵¹ Protocole n°3 sur le peuple lapon, *ibid.*

⁵² Le terme de « lapon » est l'ancienne désignation des Sámi.

⁵³ Article 2 du Protocole n°3 sur le peuple lapon, *op. cit.*

⁵⁴ A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 126.

minorités nationales et adopter des mécanismes de mise en œuvre »⁵⁵. Plus généralement, la protection des droits des minorités et des peuples autochtones fait désormais partie des critères politiques à atteindre afin de devenir membre de l'Union européenne⁵⁶, même si ce n'est pas considéré comme un acquis communautaire⁵⁷. Si l'Union européenne n'assure pas de droit de protection de l'art autochtone, elle permet donc à ses États membres de le garantir face aux autres normes européennes et elle requiert d'eux qu'ils octroient des droits spécifiques à leurs peuples autochtones.

Par ailleurs, les institutions de l'Union européenne participent à la prise en compte des besoins spécifiques des peuples autochtones en entretenant un dialogue avec ceux-ci. Ainsi, la Commission européenne et le Parlement européen reçoivent régulièrement des délégués autochtones⁵⁸ et ont soutenu la création en 2016 d'un bureau du Centre de documentation, de recherche et d'information des peuples autochtones (Docip) à Bruxelles⁵⁹. Leur consultation ou leur participation est aussi prévue dans certains actes de droit dérivé, à l'instar du règlement établissant un cadre pour garantir un approvisionnement sûr et durable en matières premières critiques, afin d'assurer le respect des droits des peuples autochtones si un projet devait avoir un impact sur leurs terres⁶⁰. En outre, dans le cas particulier du peuple Sámi, un programme a été mis en place afin de favoriser les échanges avec l'Union européenne. Il a notamment permis d'établir un *think-tank* d'experts Sámi à Bruxelles⁶¹.

Selon toute logique, ces consultations devraient aboutir à une meilleure prise en compte des enjeux des peuples autochtones dans les processus décisionnels et leur permettre d'émettre régulièrement des recommandations ou des demandes. Pour l'instant, comme démontré précédemment, cela n'a pas permis de mettre en place un droit de protection de l'art autochtone. Autre fait marquant, l'art autochtone a été totalement absent lors de l'année du patrimoine culturel de l'Union européenne en 2018. À cette occasion, aucune référence n'a été faite aux peuples autochtones, ni dans la proposition émise par la Commission européenne en 2016⁶² ni dans la décision du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne qui soulignait pourtant l'importance de la diversité culturelle et listait des acteurs phares de sa protection⁶³. Le seul événement de reconnaissance d'une culture autochtone a eu lieu en 2022 et n'a concerné que les Sámi et non l'ensemble des peuples autochtones au sein de l'Union européenne. Il s'agissait d'une semaine de présentation de la culture Sámi, notamment de son art et de sa culture contemporaine, à travers des festivités organisées à Bruxelles⁶⁴.

⁵⁵ Point 1 de la Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil de l'Union européenne, *Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de l'Ukraine à l'Union européenne*, COM(2022)407 final.

⁵⁶ Y. KOVNYI, T. HARASYMIV, V. CHORNOPYSKA, U. BEK, S. FITSYK, « Practical Challenges and Recommendations on the Status of National Minorities and Indigenous Peoples: A Comparative Analysis of the Approaches of the European Union », *Amazonia Investiga*, juin 2023, vol. 12, n° 65, p. 226.

⁵⁷ I. BELLIER, « Préface – Les droits des peuples autochtones ont-ils une place dans les intégrations régionales ? », N. HERVE-FOURNERAU, S. THERIAULT (dir.), *Peuples autochtones et intégration régionale. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles et de la biodiversité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, p. 6.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁵⁹ Docip, « Agir avec l'UE » [<https://www.docip.org/78/>, consulté le 11 août 2025].

⁶⁰ Règlement (UE) 2024/1252 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre visant à garantir un approvisionnement sûr et durable en matières premières critiques et modifiant les règlements (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 et (UE) 2019/1020, JO L du 3 mai 2024.

⁶¹ Sámiráddi, « Filling the EU-Sápmi knowledge gaps » [<https://www.saamicouncil.net/en/eu-capacity#jurddabeassi>, consulté le 12 août 2025].

⁶² A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 14, p. 287.

⁶³ Décision UE 2017/864 du Parlement et du Conseil du 17 mai 2018 sur l'année de l'héritage culturel, JO L 131 du 20 mai 2017, pp. 1-9.

⁶⁴ Sámiráddi, « EU-Sámi week 2022 » [www.saamicouncil.net/en/eusami-week-2022, consulté le 12 août 2025].

Il semblerait donc que des efforts particuliers soient portés, au sein de l'Union européenne, sur la participation et la consultation des peuples autochtones relevant de ses États membres. Toutefois, les effets de cette prise en compte sur la considération portée à l'art autochtone, et *a fortiori* sur sa protection, restent jusqu'à présent inexistants. Un constat similaire ressort de l'action extérieure de l'Union européenne.

B. Une place erratique pour les peuples autochtones dans l'action extérieure

L'action extérieure de l'Union européenne peut, elle aussi, concerner les peuples autochtones, lorsqu'elle établit des liens avec des États sur le territoire desquels vivent un ou plusieurs peuples autochtones.

Au titre de la coopération au développement, ils sont effectivement pris en compte depuis 1998 et la résolution du Conseil de l'Union européenne sur les populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement⁶⁵ ; résolution issue d'un document de travail de la Commission européenne qui affirmait avoir pour objectif d'intégrer les problématiques propres aux peuples autochtones à tous les niveaux de la coopération au développement. Dans cette même lignée, la déclaration de 2005 appelée le « Consensus européen », émanant du Conseil de l'Union européenne, des représentants des gouvernements des États membres, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne, demandait que les questions propres aux peuples autochtones soient incluses dans les politiques, les pratiques et les méthodes de travail de l'Union européenne. Cela suppose notamment de réaliser des évaluations d'impact des programmes et des projets menés par l'Union européenne, d'intégrer les droits des peuples autochtones dans les clauses relatives aux droits humains et d'assurer leur participation à tous les stades des projets⁶⁶. De telles dispositions n'accordent certes pas un droit de protection de l'art autochtone, mais participent au moins à donner aux peuples autochtones les moyens d'assurer cette protection. Par ailleurs, ces éléments sont renforcés par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle, signée en 2005, qui prévoit que toutes les parties doivent appliquer les autres traités à la lumière de celle-ci⁶⁷ et reconnaissent que les aspects culturels du développement sont aussi importants que les aspects économiques⁶⁸.

Plus récemment, le règlement du Parlement européen et du Conseil établissant l'Instrument de voisinage, de coopération au développement et de coopération internationale, publié le 9 juin 2021, évoque à plusieurs reprises les peuples autochtones et leurs droits. Il y est prévu que l'Union européenne, par ses financements, participe à garantir et renforcer les droits des peuples autochtones, notamment économiques, sociaux et culturels⁶⁹. Plus précisément, il

⁶⁵ Conseil de l'UE, *Résolution du 30 novembre 1998 relative aux populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté et des États membres*, 2141^{ème} session du Conseil « Développement », C/98/421.

⁶⁶ Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne, intitulée *Le consensus européen*, 2006/C 46/01, JO C 46 du 24 février 2006, pp. 1-19.

⁶⁷ Article 20 de la Convention UNESCO 2005 sur la diversité culturelle.

⁶⁸ Article 2§5 de la Convention UNESCO 2005 sur la diversité culturelle.

⁶⁹ Point 5, s, du Règlement (UE) 2021/947 du Parlement européen et du Conseil du 9 juin 2021 établissant l'instrument de voisinage, de coopération au développement et de coopération internationale – Europe dans le monde, modifiant et abrogeant la décision n° 466/2014/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (UE) 2017/1601 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE, Euratom) n° 480/2009 du Conseil, JO L 209 du 14 juin 2021, p. 64.

est prévu de « renforcer la coopération en matière de préservation, de conservation et de mise en valeur du patrimoine culturel, y compris la préservation du patrimoine culturel particulièrement vulnérable, en particulier des communautés minoritaires et isolées *et des populations autochtones* »⁷⁰. À titre d'exemple, l'Union européenne octroie une subvention afin de promouvoir les droits socioéconomiques et culturels des peuples autochtones en Malaisie⁷¹. S'il ne s'agit donc pas d'assurer une protection juridique de l'art autochtone, ces actions de financement visent néanmoins à assurer une protection *de facto*. Elles peuvent aussi permettre de mettre en lumière certains enjeux et influencer, par-là, la création d'un droit spécifique.

Quant à la Politique arctique intégrée⁷², elle ne comporte aucun élément propre à l'art ou à la culture, même si elle cherche indéniablement à prendre en compte les peuples autochtones, en les citant quinze fois dans les vingt pages qui composent cette communication émise par la Commission européenne et le Haut représentant de l'Union européenne à l'attention d'autres institutions de l'Union européenne. Sont ainsi évoqués le respect des peuples autochtones dans les actions industrielles et la participation des peuples autochtones dans les projets arctiques menés par l'Union européenne. À nouveau, il est possible de considérer que de tels engagements participent à la protection *de facto* de l'art autochtone, notamment en assurant la prise en compte des intérêts des peuples autochtones.

En revanche, aucun autre domaine de l'action extérieure de l'Union européenne ne reprend ce positionnement. En effet, rien n'est dit de l'art des peuples autochtones dans des accords de partenariat qui concernent pourtant des États au sein desquels vivent des peuples autochtones, même lorsque des dispositions abordent les questions de préservation et de renforcement de l'héritage culturel⁷³. Similairement, les accords d'échanges commerciaux conclus entre l'Union européenne et les tiers ne permettent pas d'assurer la protection de l'art autochtone, même lorsque des protocoles relatifs à la coopération culturelle y sont adjoints. Ces derniers permettent pourtant de distinguer les biens culturels des autres biens au regard de leur valeur particulière, mais ils se concentrent principalement sur les biens audiovisuels, et les termes employés se rapportent davantage à des encouragements qu'à des normes contraignantes⁷⁴. Un autre exemple marquant est l'Accord économique et commercial global (AECG)⁷⁵, signé en 2016 avec le Canada, qui ne comporte aucune disposition relative aux peuples autochtones alors même qu'ils sont plusieurs à vivre dans cet État. Par ailleurs, l'article 28§9 exclut le domaine de la culture de cet accord, en laissant aux États le droit de la protéger et de la soutenir. Or, cela a donc pour effet « d'ignorer les peuples autochtones s'ils ne sont pas

⁷⁰ Termes en italiques soulignés par l'autrice. Annexe III, Point 7, d, *ibid.*, p. 70.

⁷¹ Service européen pour l'action extérieure, « EU supports empowerment indigenous communities sabah » [https://www.eeas.europa.eu/delegations/malaysia/eu-supports-empowerment-indigenous-communities-sabah_en, consulté le 12 août 2025].

⁷² Commission européenne et Haut représentant de l'Union européenne, Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Un engagement renforcé de l'UE en faveur d'une région arctique pacifique, durable et prospère*, JOIN(2021) 27 final, 13 octobre 2021.

⁷³ Voy. par exemple : l'Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JO L 317 du 15 décembre 2000, pp. 3-353 ; l'Accord d'association entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, JO L 261 du 30 août 2014, pp. 4-743 ; ou encore l'Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, JO L 354 du 21 décembre 2012, pp. 3-2607.

⁷⁴ Pour une étude plus approfondie de la question, voy. F. FIORENTINI, « Cultural Heritage in the EU Trade Agreements: Current Trends in a Controversial Relationship », A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (dir.), *Cultural Heritage in the European Union – A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill Nijhoff, 2019, pp. 203-206.

⁷⁵ Cet accord est plus connu sous son appellation anglaise *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*.

reconnus par les États »⁷⁶. Pour Irène Bellier, il faudrait *a minima* que ce type de traité commercial comprenne des modalités de contrôle et des voies de recours pour faire face aux violations des droits des peuples autochtones, notamment lorsqu'elles sont commises par des entreprises européennes⁷⁷.

En définitive, l'Union européenne ne contribue pas réellement à la création d'un droit de protection de l'art autochtone. En interne, son action est principalement limitée par ses compétences, mais les quelques occasions manquées témoignent aussi d'un manque de volonté pour assurer cette protection. Si elle semble s'investir davantage dans la protection des peuples autochtones sur la scène internationale⁷⁸, ses actions se limitent là aussi à des programmes de financements et des prises de position symboliques ; tandis que l'art, et plus généralement la culture, sont bien souvent oubliés lorsque sont évoqués les droits des peuples autochtones. Il semble donc que les efforts les plus notables résident dans l'association des peuples autochtones aux processus décisionnels et aux différents projets, ce qui peut leur permettre de protéger leur art contre certaines atteintes. Cela reste néanmoins insuffisant. Pourtant, il serait particulièrement utile pour les peuples autochtones « qu'un ordre juridique distinct de celui de leur État colonial puisse non seulement leur reconnaître des droits spécifiques, mais aussi contraindre les États à les mettre en œuvre dans les faits »⁷⁹, ce pour quoi l'Union européenne conviendrait particulièrement au regard de ses spécificités d'organisation internationale d'intégration.

⁷⁶ I. BELLIER, « L'Europe et les droits des peuples autochtones », *op. cit.*, note 2, p. 521.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 522.

⁷⁸ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 14, p. 289.

⁷⁹ A. LAURENT, *op. cit.*, note 4, p. 116.

QUELLE PLACE POUR LA PROTECTION ET LA PROMOTION DES BIENS ET SERVICES CULTURELS AUTOCHTONES EN DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE ?

Paul URANGA

Doctorant à l'Université de Bordeaux et à l'Université Laval

Le droit international économique repose sur une logique d'indifférence des droits humains, autres que ceux liés à la liberté de commercer. Pourtant, malgré le fait qu'il ait pu être affirmé que « [l]e droit international n'est pas un ensemble disparate de corps de règles spécialisés et indépendants les uns des autres, mais un système unique et cohérent »¹, force est de reconnaître que les deux corps de règles demeurent assez hermétiques². La prise en compte d'autres droits que ceux présents dans les traités de commerce est à ce jour peu développée. Des mots d'un auteur, « *international economic law uses a language of reciprocity and restraint, non-discrimination, self-interest, and joint gains* »³. En d'autres termes, il repose sur un principe de non-discrimination de tous les acteurs économiques du marché, indépendamment de leur origine ou de celle de leurs produits. Le but est d'établir un *level playing field*⁴, où tous seraient sur le même pied d'égalité pour accéder et bénéficier du marché international. Néanmoins, cette logique oublie que, de fait, tous ne sont pas sur ce même pied d'égalité. Certains groupements minoritaires, comme les peuples autochtones, ont besoin d'un traitement préférentiel pour les protéger des affres du libéralisme ou pour leur permettre de bénéficier de ses fruits. Si, dans l'absolu, rien ne les empêche de profiter des avantages que posent les accords internationaux de commerce, la capacité des peuples autochtones à participer à l'activité économique est bien souvent affectée par de nombreux facteurs⁵. Le manque de ressources matérielles, un certain racisme, des préjugés, des limites dans les capacités techniques ou encore des valeurs et une conception bien différente de celle du libre commerce sont autant d'éléments qui contraignent les peuples autochtones⁶. Pire, cette libéralisation peut conduire à une marginalisation des intérêts et des cultures autochtones sur la scène internationale, voire au sein de leur propre pays. Ainsi, il est souvent nécessaire d'accorder une place de choix aux produits autochtones et aux cultures autochtones, en favorisant leur préservation ou leur promotion. Mais il existe une incohérence fondamentale entre la logique de protection nécessaire à ces peuples et la logique du droit international économique. Un tel traitement préférentiel pour leurs biens et services, en l'occurrence culturels, peut se retrouver en contradiction avec ce principe de non-discrimination, incarné notamment par les obligations

¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*, Arrêt sur l'indemnisation, CIJ Reports 2012, (Déclaration de M. le Juge Greenwood), p. 394, para. 8.

² N'oublions pas que, très tôt, l'Organe d'appel (OA) a affirmé qu'« il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public », *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R, (Rapport de l'Organe d'appel), p. 19.

³ S. PUIG, « International Indigenous Economic Law », *University of California, Davis Law Review*, 2019, vol. 52, p. 1252.

⁴ R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 201.

⁵ S. PUIG, *op. cit.*, note 3, p. 1262.

⁶ *Ibid.* ; voy. aussi D. CHAMPAGNE mettant en avant le décalage entre les conceptions culturelles des autochtones et les modalités de commerce actuel, dans « Chapter 2: Indigenous self-government, cultural heritage and international trade: a sociological perspective », C. B. GRABER, K. KUPRECHT, J. C. LAI (dir.), *International Trade in Indigenous Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 31 et 50.

de traitement national (TN) et de la nation la plus favorisée (NPF) dans les accords de l'OMC⁷. Par exemple, une loi nationale qui viendrait favoriser la distribution sur le territoire national de produits ou productions artistiques autochtones, au détriment de produits similaires étrangers, serait potentiellement en contradiction avec le TN requis par l'OMC. Ainsi, d'un principe de non-discrimination, cela aboutit à une situation de discrimination *de facto* pour les peuples autochtones. Par ailleurs, en 2015, la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, avait mis en lumière les effets néfastes sur ces groupements, du régime des accords de libre-échange et d'investissement⁸. Elle considérait que les peuples autochtones « paient un tribut disproportionné à un système marqué par des déséquilibres systémiques »⁹. Même si son rapport se concentrait sur leurs droits à l'autodétermination et l'utilisation de leurs ressources, il est possible de constater un même effet néfaste sur les cultures autochtones et leurs expressions artistiques. Protéger et promouvoir les biens et services culturels autochtones « porteurs d'identité, de valeurs et de sens »¹⁰ devient donc essentiel pour ces peuples. Malgré tout, alors que des mesures allant dans ce sens peuvent entrer en contradiction avec les principes du droit international économique, ce sont trop souvent ces principes qui sont privilégiés. Cela est d'autant plus vrai si les accords commerciaux ne contiennent aucune disposition sur les peuples autochtones et leurs droits. Ainsi, les objectifs de la mondialisation, qui tendent à la libéralisation totale des marchés, s'accommodent mal avec la nature sensible de ces biens et services culturels issus des peuples autochtones.

Les questions qui animent donc cette étude sont celles-ci : existe-t-il des exceptions aux principes du droit international économique permettant d'accorder un traitement préférentiel aux autochtones en matière de patrimoine culturel ? Plus encore qu'une logique d'exception, existe-t-il des dispositions permettant de promouvoir les biens et services culturels autochtones au sein de cette discipline ? Au regard des problématiques soulevées, la recherche est porteuse d'un grand intérêt : celui d'accorder plus de place aux droits culturels des peuples autochtones dans le champ d'un droit plutôt étranger à de telles considérations. Au surplus, les peuples autochtones sont souvent, voire la plupart du temps, écartés des négociations des accords de commerce, ce qui ne favorise pas la percée de leurs intérêts au sein de ces accords et dans d'autres. Il en résulte que « *[i]ndigenous peoples are often, at best, collateral considerations when international law, and particularly international trade law and international environmental law are developed* »¹¹.

Afin de répondre à cette question, l'analyse s'est portée sur les sources conventionnelles susceptibles d'accorder de telles exceptions. Nous avons aussi cherché l'existence d'obligations positives en matière de culture autochtone à l'égard des États. La démarche adoptée repose sur une logique progressive, comparable à celle d'un entonnoir : elle consiste à partir des instruments les plus généraux et les moins protecteurs, pour s'orienter vers ceux qui, en matière commerciale, visent spécifiquement les biens et services culturels autochtones. Il convient de

⁷ Sur ces deux principes cardinaux, voy. généralement l'ouvrage de H. ASCENSIO, *Droit international économique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2020, pp. 163-169 et pour le commerce de services, pp. 225 et 233 ; également se référer classiquement à R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 4, pp. 201-221.

⁸ V. TAULI-CORPUZ, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, A/70/301, 7 août 2015.

⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰ Article 8, Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (2001).

¹¹ W. DAVID, « Recognizing the Rights of Indigenous Peoples in International Trade and Environment » in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (dir.), *Indigenous Peoples and International Trade: Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 133

préciser que les accords relatifs exclusivement à la protection des investissements n'ont pas été inclus¹². Une étude distincte serait nécessaire pour traiter de ces instruments, la présente analyse se concentrant sur les accords de libre-échange (ALE) et tout autre traité de commerce international. Ainsi, dans un premier temps, un examen rapide des textes internationaux extérieurs au droit international économique, notamment ceux relatifs à la culture et aux droits des peuples autochtones, sera réalisé (I). Si leur intérêt ne peut être nié, il demeure toutefois relatif, dès lors que leur articulation avec les obligations issues des traités commerciaux tend à se révéler défavorable. Il s'agira ensuite de s'intéresser plus spécifiquement aux accords de commerce, dont l'inclusion de dispositions sur la protection et la promotion des biens et services culturels autochtones demeure timide, malgré quelques avancées notables (II).

I. L'INTERET ET LES LIMITES DES ACCORDS NON COMMERCIAUX

Sans grande surprise, il est d'abord possible de se référer aux conventions de l'UNESCO qui, au titre de leur champ d'application, peuvent s'appliquer aux cultures autochtones. Par exemple, la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée en 1972, qui vise à identifier, protéger et préserver le patrimoine culturel et naturel de valeur universelle, est intéressante, mais ne reconnaît pas explicitement de droits spécifiques aux peuples autochtones en la matière¹³. Cette convention est complétée par celle de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, qui ne fait qu'une référence explicite aux peuples autochtones dans le préambule¹⁴. Plus intéressante est la Convention de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, qui concerne les industries culturelles et les expressions artistiques contemporaines. Le champ d'application de la convention est large et s'applique vraisemblablement à toutes les communautés culturelles. Elle cite cette fois les peuples autochtones en préambule, ainsi qu'à l'article 2(3) et 7(1), exhortant les États à promouvoir la diffusion et l'accès de leurs expressions culturelles¹⁵.

L'intérêt de ces conventions n'est pas à démontrer, néanmoins, leurs obligations ne priment pas sur les obligations découlant des accords de commerce. Soit parce que leur rédaction est assez peu contraignante, soit parce qu'elles n'emportent aucun véritable mécanisme d'articulation avec les obligations découlant des accords commerciaux. En cette hypothèse, les règles de conflits de normes issues de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du principe de *lex specialis* se révèlent limitées pour déterminer quelles normes devraient primer en cas de conflit¹⁶. Les accords ne portent pas exactement sur la même matière et il semble peu probable que ceux relatifs à la culture soient considérés comme un régime spécial vis-à-vis de ceux de nature commerciale. L'article 20 de la Convention de 2005 est la seule vraie tentative d'accorder les obligations culturelles avec les obligations commerciales¹⁷. L'article essaie, sans donner de priorité, d'articuler les droits de la Convention

¹² Sur le sujet de l'héritage culturel des peuples autochtones et du droit international des investissements, voy. V. VADI, « Chapter 4 Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration », *Cultural Heritage in International Economic Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2023.

¹³ Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 1972, UNESCO.

¹⁴ Préambule, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 2003, UNESCO.

¹⁵ Articles 2(3) et 7(1), Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 2005, UNESCO.

¹⁶ Concernant l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, voy. A. ORAKHELASHVILI, « 1969 Vienna Convention », O. CORTEN, P. KLEIN, V. KOUTROULIS, A. LAGERWALL (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2025, pp. 867-906 ; sur la *lex specialis* en particulier, voy. M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2017.

¹⁷ Sur la question, voy. A. KOLLIPOULOS, « La convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51, pp. 506-508.

avec ceux des accords de commerce, dans un souci de complémentarité¹⁸. Néanmoins, en pratique, cette Convention n'exerce qu'une influence indirecte sur le droit commercial international¹⁹. Elle n'est finalement qu'un « encouragement aux États de ne pas se dépouiller des prérogatives culturelles dans le cadre de négociations multilatérales, telles que celles de l'OMC »²⁰. Du reste, la jurisprudence de l'ORD fait rarement mention de la culture, et encore plus rarement de celle des groupes minoritaires. En tout état de cause, elle ne reconnaît jamais la primauté d'une obligation issue d'un autre traité sur celles découlant des accords de l'OMC²¹. Le système commercial international se retrouve assez hermétique aux influences extérieures²².

Enfin, du côté des déclarations, l'on trouve la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle qui reconnaît l'impératif éthique de protéger la diversité culturelle des peuples autochtones en son article 4. Et plus spécifiquement, il existe la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2008 qui reconnaît leur « droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes » à l'article 11(1) et de préserver, protéger et contrôler leur patrimoine et expression culturelle à l'article 31(1). Aussi importantes politiquement que soient ces déclarations, elles ne sont que de la *soft law* et n'ont donc, par nature, aucune réelle force contraignante en droit²³.

II. LA PRISE EN COMPTE CONTRASTÉE DE LA CULTURE AUTOCHTONE DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX

Au regard de ces premiers éléments, il a été entrepris d'identifier, au sein du système commercial international, d'éventuelles exceptions et références pertinentes. La première étape était de se plonger dans les Accords OMC. Ces derniers font montre d'une absence de considération pour la question au-delà des exceptions générales (A). Il s'agissait ensuite d'aller chercher à l'endroit des accords de libre-échange pour y trouver quelques innovations notables (B).

A. L'absence de considération pour la culture autochtone dans les accords OMC

Il est déjà possible d'affirmer qu'il n'existe pratiquement aucune référence directe à la culture ou aux peuples autochtones dans les Accords de l'OMC. Seul l'article IV du GATT autorise les États membres à établir des quotas pour la diffusion des films nationaux. Pour la

¹⁸ *Ibid.*, pp. 507-508.

¹⁹ J. GERKRATH, « Libre-échange et diversité culturelle : de l'antagonisme à la conciliation ? », *Legicom*, 2006, n° 36 (2006/2), p. 32.

²⁰ S. REGOURD, « Le projet de Convention Unesco sur la diversité culturelle : Vers une victoire à la Pyrrhus... », *Légipresse*, 2005, n° 226, II, p. 117.

²¹ À vrai dire, les règles internationales « hors OMC » sont prises en compte soit en tant qu'élément interprétatif, soit en tant que soutien à leur défense, notamment comme élément de preuve ou lors d'un conflit de normes, voy. A. COMONT, « La recevabilité du droit international conventionnel "hors-OMC" par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel », *Cahiers de droit*, 2025, vol. 66. Concernant la culture, il existe un exemple que nous aborderons *infra*, II. A.

²² Certains appellent à sortir de l'« isolation clinique », voy. notamment G. MARCEAU, « A call for coherence in International Law — Praises for the prohibition against "clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement », *Journal of World Trade*, 1999, vol. 33, n° 5.

²³ J. CAZALA, « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 66, n° 1, p. 41 : « le *soft law* serait l'expression par laquelle nous désignerions "des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes" » citant le *Dictionnaire de droit international public*, J. SALMON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001.

libéralisation des services relevant de l'AGCS, les membres de l'OMC peuvent sélectionner, par un système de listes positives, les secteurs qu'ils désirent ouvrir à la libre concurrence. Le secteur des services audiovisuels a ainsi été exclu par le Canada, qui n'a donc pris aucun engagement spécifique en matière d'accès au marché et de traitement national²⁴. Néanmoins, en dehors de ces deux maigres exemptions, tous les biens et services culturels demeurent soumis aux règles de l'OMC de non-discrimination entre nationaux et étrangers ou encore de restrictions quantitatives à l'accès au marché national.

En outre, il existe malgré tout dans le système OMC une exception générale à l'article XX du GATT et XIV de l'AGCS. Au titre de ces articles, une mesure qui serait contradictoire avec les règles de l'OMC pourrait être maintenue ou adoptée si elle n'est pas appliquée de manière arbitraire ou injustifiable ou qu'elle n'est pas une restriction déguisée au commerce et qu'elle relève de la liste de motifs justificatifs²⁵. Cette liste ne cite évidemment pas les droits des peuples autochtones. Néanmoins, il est possible d'interpréter raisonnablement l'article XX paragraphe (f) qui mentionne les mesures « imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique », comme visant les biens culturels autochtones. Cela implique pour autant de concevoir ces expressions culturelles autochtones comme des trésors nationaux, ou, autrement dit, comme étant un trésor de l'État membre de l'OMC et non pas juste de ces peuples en particulier²⁶. Cela ne devrait pas poser trop de problèmes dans la mesure où, nous en reparlerons plus loin²⁷, c'est une précision majeure que font certains ALE, qui prévoient explicitement que ce paragraphe doit être entendu comme recouvrant les pratiques traditionnelles autochtones et expressions culturelles contemporaines²⁸.

La doctrine a également considéré que les articles XX(a) du GATT et XIV(a) de l'AGCS pouvaient faire l'objet d'une interprétation extensive et protéger les droits culturels des peuples autochtones²⁹. Ces articles couvrent les mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ». Or, pour certains, se basant sur un rapport de l'Organe d'appel, la notion d'« ordre public » pourrait englober des intérêts fondamentaux de la société³⁰ et donc des mesures ayant pour but de protéger les peuples autochtones et leurs biens culturels³¹. Au surplus, à l'occasion de l'affaire *Chine — Produits audiovisuels*, la Chine avait invoqué l'article XX paragraphe (a) pour justifier des mesures en contradiction avec les règles de l'OMC, qui mettaient en place des interdictions sélectives d'importation et de

²⁴ V. GUEVREMONT, « L'exemption culturelle canadienne dans le partenariat transpacifique ou la destinée d'une peau de chagrin », *Revue québécoise de droit international*, 2015, vol. 28, n° 1, p. 93.

²⁵ Le Groupe spécial vérifiera d'abord si la mesure relève de l'un des motifs justificatifs, puis estime si elle remplit les conditions du chapeau, voy. *États-Unis – Essence*, *op. cit.*, note 2, p. 24.

²⁶ J. SCOTT, F. LENZERINI, « Chapter 3: International indigenous and human rights law in the context of trade in indigenous cultural heritage », C. B. GRABER, K. KUPRECHT, J. C. LAI (dir.), *International Trade in Indigenous Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 83. L'étude concernait l'héritage culturel, qui est une question différente, mais qui, malgré tout, pose des problématiques similaires.

²⁷ Voy. *infra* B.

²⁸ Accord de libre-échange ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande 2009, amendé en 2023, Chapitre 18, Article 1(3) et (4), nbp 1 et 2.

²⁹ C'est ce que considère notamment F. MACMILLAN, « Chapter 4: Finding space in the margins? Recognising the rights of indigenous peoples in the WTO », C. B. GRABER, K. KUPRECHT, J. C. LAI (dir.), *International Trade in Indigenous Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 114-116.

³⁰ « L'«ordre public» désigne la préservation des intérêts fondamentaux d'une société, tels qu'ils sont reflétés dans l'intérêt et le droit publics. Ces intérêts fondamentaux peuvent se rapporter, entre autres, aux normes de droit, de sécurité et de moralité », *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (2005), OMC Doc WT/DS285/R, (Rapport du Groupe spécial), para. 6.467. Cela a été repris par l'Organe d'Appel dans son rapport de 2005, OMC Doc WT/DS285/AB/R, para. 296.

³¹ F. MACMILLAN, *op. cit.*, note 29, p. 114.

distribution de biens culturels audiovisuels³². Se fondant sur la Déclaration de 2001 et la Convention de 2005 de l'UNESCO, la Chine avait avancé que les biens culturels étaient des biens singuliers au regard de leur impact sur la société et la morale des personnes et méritaient un traitement particulier³³. Si les arguments de la Chine n'avaient finalement pas permis de justifier son atteinte aux principes de l'OMC, il est théoriquement possible, quoique très incertain, que cette interprétation extensive de la « moralité publique » puisse être acceptée³⁴.

Dès lors, bien que des mesures visant à protéger les biens et services culturels autochtones puissent en théorie être justifiées au titre des exceptions générales du GATT et de l'AGCS, les chances qu'elles le soient sont néanmoins assez basses. Quand les règles de l'OMC ne traitent pas d'une question, il est une pratique assez commune en droit international économique, qui est d'aller chercher dans les accords de libre-échange. Ces derniers, au regard du blocage à l'OMC³⁵, sont le palliatif le plus intéressant pour développer des questions non traitées au niveau multilatéral. Ici s'arrête le terrain scientifique connu, puisqu'il existe très peu, à notre connaissance, d'étude s'intéressant spécifiquement à la question de la prise en compte des droits culturels autochtones dans le cadre des ALE.

B. La présence de quelques avancées notables dans les Accords de libre-échange

En premier lieu, il s'agirait de se référer aux exceptions culturelles présentes principalement dans certains accords, tels que ceux du Canada³⁶, mais elles sont finalement rares et souvent assez peu larges³⁷. De surcroît, elles ne traitent pas directement des peuples autochtones.

Si l'on cherche des références directes, il faut reconnaître que la pratique actuelle des accords internationaux commerciaux est assez pauvre en matière de droits autochtones³⁸ et plus encore concernant la préservation de leurs cultures. Malgré tout, les recherches menées ont permis d'identifier, au-delà des simples références de principe figurant dans les préambules³⁹, plusieurs dispositions et exceptions explicitement applicables aux peuples autochtones, ainsi qu'à leurs biens et services culturels. Tout d'abord, la plupart des dispositions conventionnelles visant les autochtones prennent la forme d'exceptions ou de réserves (des exemptions) (1). Plus rare, mais en forte augmentation est la pratique de l'inclusion d'un chapitre entier sur la coopération sur les questions autochtones (2). Enfin, il peut aussi exister des dispositions qui

³² Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (2009), OMC Doc WT/DS363/R (Rapport du Groupe spécial), paras. 7.708 et suiv. ; et WT/DS363/AB/R, (Rapport de l'Organe d'appel).

³³ *Ibid.*, Rapport de l'OA, para. 141 ; Rapport du GS, paras. 4.207 et 7.751.

³⁴ En définitive, « *the question of whether or not the exceptions in GATT, Article XX(a) and GATS Article XIV(a) can be stretched far enough to embrace principles and values generated under the public international law system remains unanswered* », F. MACMILLAN, *op. cit.*, note 29, p. 115.

³⁵ Sur la question de la crise de l'OMC et plus particulièrement de son organe d'appel, voy. R. OUELLET, « La crise de l'Organe d'appel : causes, répercussions et voies de sortie », G. DUFOUR, R. OUELLET (dir.), *Réforme de l'OMC : vers un nouveau multilatéralisme économique*, Presses de la SQDI, 2024.

³⁶ V. GUEVREMONT, I. BERNIER, *Guide de négociation des clauses culturelles dans les accords de commerce*, commandé par le ministère de la Culture et des Communications du Québec dans le cadre de son Plan culturel numérique du Québec, janvier 2020, pp. 29-31.

³⁷ *Ibid.*, p. 28. La clause se retrouve aussi dans des accords de l'UE et de la Nouvelle-Zélande.

³⁸ « *One thing is clear: international trade features few explicit protections of Indigenous peoples* », S. PUIG, *At the Margins of Globalization: Indigenous Peoples and International Economic Law*, Globalization and Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 73.

³⁹ Voy. notamment, Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), 2018, Préambule ; Accord de coopération économique entre la Nouvelle-Zélande et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, 2013, Préambule.

accordent un meilleur accès au marché pour les biens traditionnels des peuples autochtones, à l'image de l'article 6.2 de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM)⁴⁰. Cet article accorde une franchise de droits pour les produits textiles des communautés autochtones. Nous traiterons des deux premiers types de dispositions plus en détail.

1) *Les exceptions et exemptions*

Concernant les dispositions qui mettent en place des exceptions et des exemptions, elles sont les plus communes dans les ALE. Les deux types de dispositions fonctionnent un peu différemment, il importe néanmoins de souligner qu'elles permettent à l'État d'accorder des avantages ou un traitement préférentiel aux communautés autochtones et à leurs créations culturelles, sans risquer de violer les règles de TN ou de TNPF de ces accords. Pour les exemptions en particulier, elles permettent à chacune des parties d'exclure du champ d'application de l'accord, ou de certaines obligations spécifiques, certaines catégories de mesures, dont celles relatives aux autochtones. En règle générale, l'on trouve des exemptions très spécifiques. C'est le cas de l'ALE entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine (CAFTA DR) qui prévoit, dans son annexe II, des exemptions formulées par certains États relatives à la culture ou aux peuples autochtones, les soustrayant à l'application de certaines obligations prévues dans les chapitres consacrés à l'investissement et au commerce des services⁴¹. C'est également une pratique assez commune pour le Canada, qui se réserve invariablement le droit d'adopter ou de maintenir des mesures préférentielles pour les peuples autochtones qui ne seraient pas conformes aux obligations imposées par le chapitre sur les investissements et celui sur le commerce de service⁴². Il est néanmoins assez rare que ces exemptions citent expressément les expressions culturelles autochtones⁴³. Un exemple peut néanmoins être trouvé à l'endroit de la réserve de l'Australie dans le Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) à l'Annexe II, qui fait une référence directe à l'art autochtone avec une exemption le concernant. Aussi, il est inscrit que « [l'] Australie se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative aux arts créatifs, aux expressions culturelles autochtones traditionnelles et au patrimoine culturel »⁴⁴.

Pour les exceptions, elles sont en général plus larges, car leur champ d'application couvre tout l'accord. L'exception la plus connue concernant les peuples autochtones est celle incluse par la Nouvelle-Zélande dans tous ses accords de libre-échange depuis 2000, l'exception dite du « Traité de Waitangi »⁴⁵. Toujours rédigée de la même façon et sur la base des accords de l'OMC, elle permet de maintenir ou d'adopter toutes mesures « qu'elle estime nécessaires en vue d'accorder un traitement plus favorable aux Maoris » dans le but notamment

⁴⁰ Ce type de disposition serait cohérent avec les objectifs et l'interprétation des traités commerciaux, *ibid.*, p. 685.

⁴¹ Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine, 2004, Annexe II, Programme du Costa Rica (culture), Programme du Guatemala (autochtones), Programme du Nicaragua (autochtones), Programme des États-Unis (autochtones d'Alaska).

⁴² Voy. notamment Accord économique et commercial global (AECG), 2016, Annexe II, Réserve II-C ; PTPGP, Annexe II, Liste du Canada.

⁴³ Quelques accords exemptent les arts créatifs autochtones, voy. par exemple Accord de libre-échange UE-Nouvelle-Zélande, 2023, Annexe 10-B, Liste de la Nouvelle-Zélande ; ou encore ALE, Australie-Chine, 2015, Annexe III, Liste de l'Australie, Section B, 9.

⁴⁴ PTPGP, Annexe II, Liste de l'Australie.

⁴⁵ Le premier accord à disposer d'une telle exception est l'Accord de partenariat économique Nouvelle-Zélande-Singapour, 2000, Article 74. La pratique s'est ensuite développée, en voici un échantillon récent : PTPGP, Article 29.6 ; Accord du Pacifique sur des relations économiques plus étroites (PACER) Plus, 2017, Article 6 ; ALE UE-Nouvelle-Zélande, 2023, article 25.6 ; ALE Nouvelle-Zélande-Émirats Arabes Unis, 2025, Article 21.4 ; ALE Nouvelle-Zélande-Royaume-Uni, 2022, article 32.5 ; *Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement* (RCEP), 2020, 17.6.

de remplir les obligations qui lui incombent au titre du Traité de Waitangi⁴⁶. Certains auteurs ont cependant mis en lumière la difficulté d'interpréter l'étendue de la notion de « traitement plus favorable » qui implique une comparaison malaisée à faire⁴⁷. L'exception de l'article 32.5 de l'ACEUM est sûrement une alternative plus intéressante, étant donné qu'elle permet à une Partie d'adopter ou de maintenir une mesure qu'elle juge nécessaire pour remplir ses obligations légales à l'égard des peuples autochtones⁴⁸. La référence du traitement plus favorable est ainsi exclue et toutes les mesures relatives aux autochtones sont vraisemblablement visées⁴⁹. Pour autant, comme toutes exceptions, la charge de la preuve repose sur l'État qui doit prouver l'application de l'exception⁵⁰.

Si ces exceptions ne citent pas directement les mesures relatives au patrimoine et aux expressions culturelles autochtones, des traités sont bien plus précis. Premièrement, il est possible de relever l'article 29.8 du PTPGP, qui permet aux parties d'adopter toutes « mesures appropriées afin d'assurer le respect et la conservation des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, et d'en faire la promotion ». Néanmoins, bien que présente dans le chapitre sur les exceptions, la formulation laisse circonspect et permet de douter de son utilité⁵¹. Deuxièmement, on l'avait abordé en amont dans l'analyse, mais quelques rares accords précisent, dans leur exception générale, que les mesures relatives à la préservation des arts créatifs ayant une valeur nationale incluent toutes formes de manifestation des pratiques traditionnelles autochtones et expression culturelle contemporaines. Pour être plus précis, ce sont les accords de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande qui reprennent parfois cette précision dans des notes de bas de page, sous la même formulation⁵². Ainsi, toute mesure favorisant les biens et services culturels autochtones pourrait facilement être justifiée au titre de ce genre d'exceptions précisées. Pour les accords récents de la Nouvelle-Zélande, cette précision est encore plus détaillée, puisqu'elle explicite les types d'expressions culturelles, telles que le Haka ou les tatouages traditionnels (*tā moko*)⁵³. Cette précision, même si elle est parfois limitée, est la bienvenue quand l'on sait qu'il est difficile au titre des exceptions générales de les voir réellement s'appliquer.

⁴⁶ PTPGP, Article 29.6.

⁴⁷ B. L. GUNN, « International Investment Agreements and Indigenous Peoples' Rights », J. BORROWS, R. SCHWARTZ (dir.), *Indigenous Peoples and International Trade: Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 285-287.

⁴⁸ ACEUM, article 32.5; voy. également Accord modernisé Canada-Ukraine de 2023, Article 29.6.

⁴⁹ R. SCHWARTZ, « Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreement », J. BORROWS, R. SCHWARTZ (dir.), *Indigenous Peoples and International Trade: Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 266-267.

⁵⁰ Les exceptions sont en fait un « moyen de défense » des États, voy. R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN et P. JUILLARD, *op. cit.*, note 4, p. 231 ; S. PUIG, *At the Margins*, *op. cit.*, note 38, p. 70 ; concernant les exceptions de la Nouvelle-Zélande, B. L. GUNN, *op. cit.*, note 47, p. 292.

⁵¹ R. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 49, p. 260.

⁵² Pour quelques exemples, voy. PACER Plus, Chapitre 11, Article 1(2) et (7), nbp. 1 et 3 ; ALE Australie-Indonésie, 2019, Article 17.2(4), nbp 4 ; ALE, Malaisie-Nouvelle-Zélande, 2009, Article 17.1, nbp 16. La formulation s'écrit comme suit : « *"Creative arts" include the performing arts — including theatre, dance and music — visual arts and craft, literature, film and video, language arts, creative on-line content, indigenous traditional practice and contemporary cultural expression, and digital interactive media and hybrid art work, including those that use new technologies to transcend discrete art form divisions. The term encompasses those activities involved in the presentation, execution and interpretation of the arts, and the study and technical development of these art forms and activities* » (ALE ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande, version amendée 2023, Chapitre 18, Article 1(3) et (4), nbp 1 et 2).

⁵³ ALE Nouvelle-Zélande-Émirats Arabes Unis, 2025, Article 21.1(3), nbp 1 ; ALE Nouvelle-Zélande-Royaume-Uni, 2022, Article 32.1(4), nbp 2.

En définitive, bien que certaines avancées aient été réalisées, ces dispositions semblent moins être une véritable reconnaissance des droits autochtones qu'une exception au paradigme néolibéral dominant. Les droits autochtones, tels que ceux liés à leurs cultures, sont traités comme un élément extérieur à l'accord, sans qu'une réelle intégration soit faite. Cette critique peut néanmoins être atténuée au regard de la dernière pratique, assez nouvelle, qui est celle de l'inclusion de chapitre spécifiquement dédiée à la question autochtone (2).

2) Les chapitres dédiés à la coopération sur les questions autochtones

L'inclusion d'un chapitre spécifique sur la question des droits autochtones dénote une certaine évolution dans les ALE. Il faut en revanche reconnaître que les exemples se comptent sur les doigts d'une main et sont à l'initiative, pour l'essentiel, de la Nouvelle-Zélande. Les ALE avec le Royaume-Uni de 2022⁵⁴ ou encore celui avec l'UE de 2023⁵⁵ sont des exemples intéressants. Ces accords prévoient un chapitre destiné à développer la coopération entre les parties sur les questions autochtones et *in fine*, visent à leur permettre de bénéficier pleinement des opportunités de commerce et d'investissement ainsi créés. Le chapitre incite les Parties à développer des activités de coopération économique et réaffirme clairement les droits de la Convention de l'UNESCO de 2005 et la déclaration des Nations unies de 2007⁵⁶. Néanmoins, ces engagements ne sont pas rédigés de façon très contraignante et sont toujours exclus du règlement des différends⁵⁷. Au surplus, l'on peut saluer, mais douter de l'utilité d'une disposition du Chapitre 26 de l'ALE avec le Royaume-Uni, soulignant que « *[s]ubject to its international obligations, New Zealand may adopt or maintain measures to respect, preserve, and promote traditional knowledge and traditional cultural expressions* »⁵⁸. Du reste, l'accord de la Nouvelle-Zélande avec Taiwan de 2013 est, à notre connaissance, le premier accord qui inclut ce genre de chapitre. Par ailleurs, il est encore aujourd'hui l'un des plus protecteurs et promoteurs des cultures autochtones. Son chapitre 19 est fortement axé sur la volonté de renforcer les échanges commerciaux culturels autochtones et exhorte les parties à se coordonner pour les favoriser⁵⁹. De plus, si le chapitre est également exclu du règlement des différends, il est malgré tout mis en place une procédure de consultation entre les parties⁶⁰. Enfin, l'ALE de la Nouvelle-Zélande avec les Émirats arabes unis de 2025 est dans la même lignée en reconnaissant notamment l'importance du patrimoine, des connaissances et des expressions culturelles autochtones dans son chapitre dédié à la question⁶¹.

Alors que le Canada n'intégrait pas de chapitre spécifique sur la question autochtone dans ses précédents accords, ce qui a déçu lors de la renégociation de l'ALENA⁶², il a, en 2023,

⁵⁴ ALE Nouvelle-Zélande-Royaume-Uni, 2022, Chapitre 26.

⁵⁵ ALE UE-Nouvelle-Zélande, 2023, Chapitre 20. Ce chapitre est essentiellement économique et met l'accent sur l'accès aux bénéfices de l'accord et du commerce par les peuples autochtones, mais pas de référence directe à la culture.

⁵⁶ ALE UE-Nouvelle-Zélande, Article 20.3(1) ; ALE Nouvelle-Zélande-Royaume-Uni, Article 26.3 ; c'est aussi le cas de l'ALE Nouvelle-Zélande-Émirats Arabes Unis, Article 15.2(3).

⁵⁷ ALE Nouvelle-Zélande-Émirats Arabes Unis, Article 15.6 ; ALE Nouvelle-Zélande-Royaume-Uni, Article 26.8 ; ALE Modernisé Canada-Ukraine, 2023, Article 25.7 ; ALE UE-Nouvelle-Zélande, Article 20.7.

⁵⁸ Plus précisément, c'est un alinéa 6 de l'article 26.2 intitulé Contexte et but. L'intérêt d'une telle référence à ce niveau du texte et au sein de cet article et non pas au niveau des exceptions générales, nous semble être, au mieux, incertain.

⁵⁹ Accord de coopération économique entre la Nouvelle-Zélande et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, Chapitre 19, Article 1 et 2.

⁶⁰ *Ibid.*, Article 3.

⁶¹ ALE Nouvelle-Zélande-Émirats Arabes Unis, Article 15.2(2).

⁶² Il était, à l'origine, prévu un Chapitre entier sur la question autochtone, voy. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 49, p. 266.

inclus dans son ALE modernisé avec l'Ukraine, un tel chapitre⁶³. En outre, il est un peu différent, puisqu'il possède une clause de non-abaissement des protections accordées aux peuples autochtones dans le but de stimuler le commerce et l'investissement⁶⁴. L'opérabilité de cette disposition est au mieux, conditionnelle, dans la mesure où le chapitre est ici aussi exclu du règlement des différends⁶⁵. Il faut noter que ce chapitre, contrairement aux exemples précédents, ne fait pas de référence directe aux cultures autochtones ni aux conventions de l'UNESCO.

Dès lors, l'inclusion de ces chapitres dédiés à la question autochtone et promouvant parfois les échanges économiques et culturels de ces peuples est une avancée intéressante. Plus qu'une logique d'exception au paradigme néo-libéral, cette pratique dénote une volonté d'intégration de considérations non marchandes et des droits humains dans un système encore dominé par des intérêts exclusivement marchands. Cette inclusion doit être néanmoins relativisée au regard de la portée juridique de ces chapitres, qui est encore assez faible.

Pour conclure, il s'agit de relever qu'il existe bien en droit international économique des exceptions possibles, servant à protéger et promouvoir les biens et services culturels autochtones. Existe-t-il pour autant une véritable place pour une protection et promotion des biens et services culturels autochtones en droit international économique ? Il ne semble pas, pour l'heure, que cela soit véritablement le cas. Malgré des évolutions positives ces dernières années, elles demeurent pourtant assez pauvres et pratiquement entièrement cantonnées aux ALE. En filigrane se joue ici la nécessité d'une remise en cause d'un paradigme libre-échangiste absolu. Aussi, nous ne pouvons qu'espérer qu'un jour, l'idéologie imposant la suprématie des droits commerciaux s'effrite, pour y laisser entrer les droits humains et ainsi véritablement soutenir le développement égal des peuples.

⁶³ ALE Modernisé Canada-Ukraine, 2023, Chapitre 25.

⁶⁴ *Ibid.*, Article 25.2.

⁶⁵ *Ibid.*, Article 25.7.

LA CONTRIBUTION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE PROTECTION DE L'ART AUTOCHTONE

Clément CARRERA
Doctorant à l'Université Paris-Saclay

Le droit à l'art semble relever de prime abord des droits culturels, catégorie de droits consacrés en droit international des droits de l'homme. L'ensemble normatif que constitue la « Charte internationale des droits de l'homme », entendu comme le droit international des droits de l'homme *stricto sensu*, les garantit en premier lieu. Dès 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme consacre en son article 27 le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté et de jouir des arts, ainsi que le droit de chacun à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production littéraire ou artistique dont il est l'auteur. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 rendra contraignant cet énoncé par l'inscription, à l'article 15, de droits quasi-identiques¹. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté la même année, et qui ne semble pas traditionnellement perçu comme très en lien avec la thématique culturelle, l'intègre pourtant par le biais de son article 19 sur la liberté d'expression, qui comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, notamment sous une forme artistique. Si des droits liés à la matière culturelle sont donc consacrés en droit international des droits de l'homme, ces textes de référence ne consacrent pourtant pas explicitement un « droit à l'art » en tant que tel. En ce qui concerne plus précisément les peuples autochtones, la jurisprudence des organes conventionnels chargés de veiller à l'application du droit international des droits de l'homme par les États semble aller dans le même sens : si ces organes reconnaissent notamment les droits relatifs à leur langue, à leur éducation, à leurs médias, ou encore à la protection de leurs terres et de leurs ressources, comme des droits culturels², aucun ne dégage un « droit à l'art » de l'interprétation des traités, « champ délaissé par les organes de contrôle »³.

Dans la recherche d'un droit à l'art consacré au niveau universel, l'ensemble normatif que forment les conventions internationales conclues sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) pourrait constituer un droit international spécial venant compléter le contenu du droit international des droits de l'homme *stricto sensu*. En effet, certaines de ces conventions concernent directement les droits culturels des individus, particulièrement ceux des peuples autochtones, et se réfèrent par ailleurs à la Déclaration de 1948 et aux Pactes de 1966 au sein de leur préambule. Celui de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée en 2003, reconnaît par exemple

¹ Le premier paragraphe de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre notamment le droit de participer à la vie culturelle ainsi que le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production littéraire ou artistique dont il est l'auteur, mais ne reprend pas le « droit de jouir des arts » tel qu'inscrit à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

² E. STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 186-187.

³ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 431. L'auteure explique que peu d'avancées théoriques ont été accomplies en matière d'accès et de droit à la culture, notamment dans ses aspects relatifs aux arts.

que les communautés autochtones « jouent un rôle important dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la récréation du patrimoine culturel immatériel ». L'article 15 de cette même Convention oblige les États parties à « s'efforce[r] d'assurer la plus large participation possible des communautés » à leurs activités de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 encourage quant à elle « la reconnaissance de l'égale dignité et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones » (article 2) et impose aux États parties de s'efforcer à créer un environnement propice à la réalisation et au développement des expressions culturelles, en tenant notamment compte de la condition et des besoins particuliers des peuples autochtones (article 7). Bien que relatifs aux droits culturels, ces instruments ne consacrent pas non plus explicitement un « droit à l'art » dont les individus et les groupes seraient titulaires⁴. Reprenant l'esprit des Pactes de 1966⁵, les conventions de l'UNESCO mentionnent cependant les peuples autochtones comme des groupes devant bénéficier, au même titre que les individus, des politiques culturelles de l'État.

Ces deux conventions ont été négociées en parallèle de l'élaboration d'une résolution à la Commission devenue Conseil des droits de l'homme des Nations Unies : la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, entérinée le 13 septembre 2007 par l'Assemblée générale⁶. Résultat de décennies de travail au Conseil économique et social, à la Commission des droits de l'homme, puis au Conseil des droits de l'homme⁷, ce texte entend reconnaître la particularité des peuples autochtones en tant que sujets titulaires de droits fondamentaux et proclamer des normes minimales nécessaires à leur survie, à leur dignité et à leur bien-être⁸. Cette Déclaration, dont la force normative ne revêt pas de caractère obligatoire, doit tout de même retenir notre attention car elle présente une très forte dimension culturelle : contrairement aux autres instruments internationaux adoptés avant elle, la Déclaration ne

⁴ Les spécialistes observent précisément que ces conventions, qui devaient, ou auraient pu, être à l'origine des instruments relatifs aux droits de l'homme, se sont progressivement transformées, lors de leur élaboration, en des instruments sensibles aux problématiques commerciales auxquels les peuples autochtones s'intéressent assez peu. Sur ce point, v. A. F. VRDOLJAK, L. MESKELL, « Chapter 2. Intellectual Cooperation Organisation, UNESCO, and the Culture Conventions », F. FRACIONI, A. F. VRDOLJAK (dir.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 37.

⁵ L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirmait déjà que, dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, « les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle ».

⁶ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, doc. A/RES/61/295. Le texte a été adopté à 144 voix contre 4 (Australie, Canada, États-Unis d'Amérique et Nouvelle-Zélande), avec 11 abstentions (Azerbaïdjan, Bangladesh, Bhoutan, Burundi, Colombie, Fédération de Russie, Géorgie, Kenya, Nigéria, Samoa, Ukraine).

⁷ Dès 1982, le Conseil économique et social des Nations Unies autorise la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à établir un Groupe de travail sur les populations autochtones chargé d'élaborer, entre autres, des normes en matière de droits de l'homme afin de protéger lesdites populations ; en 1985, ce Groupe commence à préparer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones. En 1993, le Groupe soumet son projet de déclaration à la Sous-Commission qui approuvera le texte l'année suivante. Le projet a ensuite été transmis à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies qui, devenue Conseil des droits de l'homme, finit par approuver la Déclaration en juin 2006. Sur ce processus, v. notamment Conseil économique et social des Nations Unies, résolution 1982/34, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, 7 mai 1982, doc. E/RES/1982/34 ; Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, résolution 1994/45, *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 26 août 1994, doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1994/45 ; Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, résolution 1/2, *Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 1994*, 29 juin 2006, doc. A/HRC/RES/1/2.

⁸ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, article 43.

consacre pas une disposition unique et générale relative aux droits culturels, mais énonce et décrit ces derniers dans une multitude d'articles⁹. Le champ d'application des droits culturels semble ici particulièrement large, mais également particulièrement circonstancié. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est en ce sens perçue comme le premier texte international détaillant autant la consistance des droits culturels, considérés ici comme droits fondamentaux de groupes infranationaux et non plus uniquement comme droits des individus¹⁰.

Dans cette Déclaration, il apparaît cependant que les notions de tradition, de culture et d'art autochtones s'entremêlent, le texte n'opérant pas une distinction nette entre ces éléments. L'analyse de la protection des traditions autochtones outrepasserait certainement le sujet de la présente étude, car ces traditions comprennent des caractéristiques culturelles et artistiques, mais également religieuses, rituelles, techniques, historiques et parfois juridiques inhérentes aux peuples autochtones. La thématique artistique est quant à elle parfois diluée dans la thématique culturelle, sans pouvoir a priori observer de régime de protection particulier relatif à l'art, contrairement aux dispositions concernant la religion, la langue ou l'éducation, qui ne seront pas traitées ici. Les pratiques religieuses et les pratiques artistiques constituent en effet toutes deux des composantes de la culture, mais les œuvres, sites et objets religieux sont conjointement protégés par les droits culturels et par la liberté de religion et sont d'ailleurs traités dans une disposition distincte de la Déclaration¹¹ – ici seront traitées les questions ne présentant pas une dimension religieuse et relevant uniquement d'un potentiel droit à l'art, questions qui semblent beaucoup moins discutées en droit international. Il faut également noter que la Déclaration n'envisage que partiellement la matière artistique, en mentionnant uniquement « les arts visuels et du spectacle »¹². Si cette formulation semble indiquer un traitement conjoint du patrimoine culturel matériel et du patrimoine culturel immatériel autochtones, ce dernier est pourtant traité dans une disposition dédiée, qui n'inclut pas la question de l'art¹³. Dans la Déclaration de 2007, cette distinction a été perçue comme « plutôt floue »¹⁴, ce qui participe de l'entremêlement des notions au sein du texte.

De plus, si plusieurs dispositions de la Déclaration protègent les droits culturels des peuples autochtones, une fois encore, aucune ne consacre explicitement un « droit à l'art » dont seraient bénéficiaires ces peuples. Cependant, dans les articles portant sur leurs droits culturels, les arts visuels et du spectacle sont clairement mentionnés comme objets de droit dont la protection permettrait l'exercice des droits culturels. Malgré l'absence formelle d'un droit à l'art dans le texte, la Déclaration de 2007 se prononce donc bien sur la protection et le développement de l'art autochtone, ou tout au moins des arts visuels et du spectacle

⁹ Parmi les quarante-six articles de la Déclaration, dix-sept concernent les droits culturels. Pour un aperçu exhaustif, v. E. STAMATOPOULOU, *op. cit.*, note 2, pp. 175-176.

¹⁰ A. XANTHAKI, « Chapter 10. Culture: Articles 11(1), 12, 13(1), 15, and 34 », J. HOHMANN, M. WELLER (dir.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 284.

¹¹ Le premier paragraphe de l'article 12 de la Déclaration dispose que « les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains ». La question des arts est, quant à elle, explicitement abordée aux articles 11 et 31 du texte.

¹² Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, articles 11 et 31.

¹³ Le premier paragraphe de l'article 13 de la Déclaration dispose que « les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes ».

¹⁴ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 10, p. 274.

autochtones, comme moyens de réalisation des droits de l'homme. Au regard du caractère non-contraignant de ce texte et de l'absence de dispositions précisant clairement les obligations juridiques des États, corollaires des droits qui y sont reconnus, il apparaît délicat d'en tirer des enseignements tranchés. Son analyse permet néanmoins de dégager plusieurs éléments pertinents liés au sujet de notre étude. En particulier, il semblerait que les peuples autochtones aient le droit de déterminer et de protéger leur identité artistique (I), mais également le droit de l'exprimer et de la développer (II). Les arts visuels et du spectacle sont dès lors perçus comme une assise de protection afin de permettre la détermination et la reconnaissance d'une identité culturelle, mais également comme un objet de protection en tant que moyens et résultats d'une expression culturelle. Pour éclairer ces deux pistes de réflexion, le contenu de la Déclaration devra être lu à la lumière des autres normes universelles de protection des droits fondamentaux adoptées au sein du système des Nations Unies, dans la continuité desquelles il s'inscrit.

I. LA DETERMINATION ET LA PROTECTION DE L'IDENTITE ARTISTIQUE DES PEUPLES AUTOCHTONES

Bien que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ne consacre pas un droit à l'art, elle se prononce à plusieurs reprises, implicitement ou explicitement, sur la protection de l'art autochtone. Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, affirmé dans le texte, implique un libre développement culturel, et donc une liberté de choix en matière artistique (A). Le droit de ces mêmes peuples de protéger les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les arts visuels et du spectacle, participe de leur droit à voir leurs identités culturelles reconnues et respectées (B).

A. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones comme fondement de leur liberté de choix en matière artistique

L'article premier commun aux deux Pactes de 1966, à l'instar des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, consacre le droit des peuples à l'autodétermination. Si le Comité des droits de l'homme, dans une Observation générale dédiée, a pu le considérer comme un « droit inaliénable de tous les peuples »¹⁵, l'organe n'a, au sein de cette interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, apporté aucun éclaircissement sur la condition des peuples autochtones, ni aucune précision sur l'applicabilité du droit à l'autodétermination à leur situation. La Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT), adoptée en 1989 et relative aux « peuples indigènes et tribaux », aurait pu compléter les Pactes de 1966 et comporter une clause spécifique consacrant le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Dès son premier article, le texte dispose pourtant expressément que l'emploi du terme « peuple » dans la Convention « ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international », écartant ainsi l'hypothèse de l'applicabilité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel que consacré par le droit international général.

L'article 3 de la Déclaration de 2007 affirme pourtant, et de façon très claire, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, droit en vertu duquel « ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »¹⁶. Bien que la question de l'autodétermination des peuples autochtones soit évoquée aux Nations

¹⁵ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 12 : article premier (droit à l'autodétermination)*, 1984, point 2.

¹⁶ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, article 3 ; c'est nous qui soulignons.

Unies depuis les années 1980¹⁷, selon les spécialistes, la Déclaration de 2007 semble constituer la première reconnaissance formelle, dans un énoncé normatif international, de ce droit pour ces peuples¹⁸. Ce faisant, la Déclaration désenclave la question de l'autodétermination, l'intègre pleinement au droit international des droits de l'homme, et l'étend formellement aux peuples autochtones vivant sur le territoire d'un État souverain et non plus seulement aux peuples assujettis « à une subjugation, à une domination [ou] à une exploitation étrangères »¹⁹ au sens des résolutions de l'Assemblée générale. Il faut cependant noter que le droit à l'autodétermination des peuples autochtones a vocation à s'exercer dans les limites posées à l'article 46 de la Déclaration qui vise à préserver l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'État²⁰ : l'autodétermination des peuples autochtones ne peut donc se réaliser par voie d'accession à la souveraineté. On peut considérer que cette disposition, destinée à protéger la puissance territoriale qu'est l'État, s'aligne en réalité assez bien avec la volonté des peuples autochtones, leurs revendications d'autodétermination portant en premier lieu sur la préservation de leurs modes de vie ancestraux et sur le souhait de voir leur culture prospérer²¹.

La reconnaissance de la spécificité des peuples autochtones parmi les peuples titulaires du droit à l'autodétermination a notamment pour effet de ne plus cantonner ce droit à des questions territoriales et d'intégrer pleinement la sphère culturelle. À l'époque des décolonisations, le peuple qui pouvait disposer de lui-même était en fait celui qui résidait sur le territoire colonisé, ce droit était abordé par un prisme territorial²². Pour les peuples autochtones, le paradigme change sensiblement : le prisme territorial est toujours pertinent, mais il n'est plus le seul à être appréhendé pour observer le peuple bénéficiaire du droit à l'autodétermination – c'est notamment ici que les facteurs culturels sont pris en compte. Les auteurs observent en effet que l'autodétermination interne, dont il est question ici, est susceptible d'être fondée sur des aspects non-territoriaux, tels que des aspects culturels ; l'autonomie culturelle chercherait à protéger un peuple non plus seulement défini par l'assise territoriale sur lequel il réside, mais également par la culture qui le caractérise, ce qui paraît particulièrement pertinent si le peuple en question est dispersé sur le territoire de l'État²³. En réalité, on pourrait presque dire que le peuple autochtone « s'auto-identifie » comme bénéficiaire du droit à l'autodétermination, plutôt que d'être prédéterminé par un territoire existant²⁴.

¹⁷ V. notamment l'*Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, présentée en 1987 par José R. Martínez Cobo, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, points 269-274.

¹⁸ D. CERQUEIRA, « Article 27 – Cultural Rights », H. CANTÚ RIVERA (dir.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2024, p. 725.

¹⁹ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 1514, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, 14 décembre 1960, doc. A/RES/1514(XV).

²⁰ Le premier paragraphe de l'article 46 de la Déclaration dispose qu'aucune de ses dispositions « ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant ».

²¹ S. WIESSNER, « Culture and the Rights of Indigenous Peoples », A. F. VRDOLJAK (dir.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 143 ; D. S. DOROUGH, S. WIESSNER, « Chapter 18. Indigenous Peoples and Cultural Heritage », F. FRACIONI, A. F. VRDOLJAK (dir.), *op. cit.*, p. 411.

²² M. WELLER, « Chapter 5. Self-Determination of Indigenous Peoples: Articles 3, 4, 5, 18, 23 and 46(1) », J. HOHMANN, M. WELLER (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 120.

²³ E. STAMATOPOULOU, *op. cit.*, note 2, pp. 206-207.

²⁴ M. WELLER, *op. cit.*, note 22. Par ailleurs, la Convention n° 169 de l'OIT, au deuxième paragraphe de son article premier, considèrerait déjà que « le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes » auxquels s'appliquent les normes de protection.

Un des moyens de réalisation du droit à l'autodétermination des peuples autochtones peut être observé à l'article 5 de la Déclaration, qui nous intéresse particulièrement au regard du thème de notre étude et qui se lit comme suit :

« Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État »²⁵.

On observe ici une sorte de participation à double niveau – à la vie culturelle de la communauté et à la vie culturelle de l'État –, qui vise expressément les institutions culturelles et qui permet l'autodétermination interne des peuples autochtones – on parle bien d'institutions « distinctes » – dans un esprit de conciliation entre les droits des peuples autochtones et la souveraineté de l'État. En matière artistique, l'autodétermination pourrait dès lors consister en une liberté de choix, en la pleine possibilité pour un peuple autochtone d'identifier et de déterminer les éléments de son patrimoine artistique et d'assurer la gestion de ces éléments au sein d'institutions distinctes des institutions de l'État. Envisager le développement culturel et donc artistique d'un peuple autochtone par le prisme du droit à l'autodétermination renforce l'aspect collectif de l'exercice des droits culturels consacrés dans des instruments de droit international des droits de l'homme proclamant *a priori* des droits individuels. Certains experts des Nations Unies affirment d'ailleurs que le seul moyen de préserver les droits culturels des peuples autochtones est de garantir le droit de ces peuples à disposer d'eux-mêmes²⁶. Servant de « point d'ancrage fondamental de la constellation des droits des peuples autochtones »²⁷, il peut être considéré comme un préalable au libre exercice des droits culturels, lesquels incluent les droits des peuples autochtones relatifs à leurs arts²⁸.

La notion de libre développement culturel, retenue par les textes quant au droit à l'autodétermination, semble toutefois incertaine²⁹. Si elle peut plus aisément s'appliquer aux terres autochtones et aux ressources naturelles qui y sont liées, aux langues, aux sites religieux, aux monuments sacrés, peut-être également aux objets et aux rites ancestraux, pourrait-elle s'appliquer aux œuvres d'art autochtones contemporaines ? Ces œuvres pourraient-elles être protégées au titre du droit à l'autodétermination interne ? L'adoption d'une position du point de vue du droit international contemporain des droits de l'homme, qui protège les peuples autochtones et qui permettrait *a priori* la prise en compte de ces œuvres d'art contemporaines, ne risquerait-elle pas de dénaturer la conception première du droit à l'autodétermination portée par le droit international général, par essence externe et politique, qui protège à l'origine les

²⁵ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, article 5 ; c'est nous qui soulignons.

²⁶ Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Action menée aux fins de la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination*, 4 août 2021, doc. A/HRC/48/75, point 54.

²⁷ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, *Activités menées durant le mandat. Obstacles rencontrés pour appliquer la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 14 août 2013, doc. A/68/317, point 73.

²⁸ Au Conseil des droits de l'homme, les différentes Rapporteuses spéciales dans le domaine des droits culturels ont en ce sens pu avancer que le droit des peuples autochtones d'avoir accès au patrimoine culturel et d'en jouir, qui sera discuté plus loin, trouve son fondement juridique notamment dans le droit de ces peuples à disposer d'eux-mêmes. Sur ce point, v. notamment Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, *Portée des droits culturels et observations préliminaires sur la destruction du patrimoine culturel en tant que violation des droits de l'homme*, 3 février 2016, doc. A/HRC/31/59, point 50.

²⁹ Le Rapporteur spécial James Anaya observe d'ailleurs une thèse portée par certains États qui tend à « empêcher d'arrêter les modalités précises de sa réalisation » : v. Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, *op. cit.*, note 27, point 74.

peuples assujettis à une puissance étrangère ? Pour que les questions relatives aux arts autochtones soient entendues par le plus grand nombre d'États, il vaudrait certainement mieux qu'elles soient posées sur le fondement des droits culturels, dont les peuples autochtones peuvent par ailleurs plus facilement se prévaloir. Du point de vue du droit international des droits de l'homme, la mise en œuvre de la dimension culturelle du droit à l'autodétermination des peuples autochtones implique en ce sens la préservation de leur identité culturelle.

B. Le respect de l'identité culturelle autochtone comme fondement de la protection de l'art autochtone

Les spécialistes proposent de définir l'identité culturelle comme « l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité »³⁰. Si, à l'instar de la consécration d'un droit à l'art, l'énoncé formel d'un droit à l'identité culturelle « paraît délicat » au niveau universel, il n'en demeure pas moins que « le droit international reconnaît et appréhende l'existence d'identités culturelles »³¹. La Convention n° 169 de l'OIT semble être l'instrument contraignant précurseur en la matière. Son article 2 dispose en effet que les États devront promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels des peuples autochtones, et ce, « dans le respect de leur identité sociale et culturelle ». Si cet instrument introduit très tôt la notion d'identité culturelle dans la réflexion sur la protection des droits des peuples autochtones, il est surprenant que la Déclaration de 2007 n'en fasse pas précisément mention. Certaines dispositions optent en revanche, implicitement ou explicitement, pour une conception large de la notion d'identité.

La consécration de l'article 7 de la Déclaration, qui porte notamment sur le droit des peuples autochtones de ne faire l'objet d'aucun acte de génocide, aurait pu être l'occasion de mentionner la survie culturelle des peuples. Le terme « génocide culturel » a en ce sens été utilisé pour décrire le fait pour une communauté de voir sa culture, notamment ses expressions culturelles, systématiquement attaquée, restreinte ou détruite par un État³². En droit international positif, l'objectif de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 est de criminaliser et d'empêcher certains actes commis dans l'intention de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux³³. Toutefois, le texte ne couvre pas la question des « génocides culturels »³⁴, qui pourraient se traduire par la destruction systématique du patrimoine artistique d'un groupe³⁵, en l'occurrence d'un peuple autochtone. Dans le cas du génocide culturel, les individus demeurent certes, mais la collectivité est susceptible de s'éteindre, sa culture étant intrinsèquement liée à son existence. On peut observer la pertinence de ce concept en ce qui concerne les langues, les terres ou les pratiques

³⁰ Groupe de Fribourg, *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, 2007, article 2, paragraphe b).

³¹ C. BORIES, *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011, p. 218.

³² Y. DONDEERS, « Chapter 4. Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law », A. JAKUBOWSKI (dir.), *Cultural Rights as Collective Rights. An International Law Perspective*, Leiden, Brill, 2016, pp. 101-102.

³³ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris, 9 décembre 1948, article II.

³⁴ La jurisprudence internationale a rappelé à diverses occasions qu'« une entreprise qui s'en prendrait exclusivement, en vue de les annihiler, aux traits culturels et sociologiques d'un groupe humain, fonderait de son identité », ainsi que « la destruction du patrimoine historique, religieux et culturel », ne peuvent entrer dans le cadre de la définition du génocide. Sur ce point, v. respectivement TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, jugement, 2 août 2001, n° IT-98-33-T, point 580, et CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, point 344.

³⁵ Sur le rapport entre certains instruments universels et la protection des minorités, v. M. BIDAULT, *op. cit.*, note 3, pp. 62-64.

religieuses autochtones, mais l'imaginer s'avère peut-être plus délicat quant aux pratiques strictement artistiques. Finalement, l'article 7 de la Déclaration introduit la thématique du génocide pour simplement rappeler l'interdiction faite par la Convention de 1948, sans mentionner spécifiquement le génocide culturel, l'idée ayant pourtant été avancée pendant les négociations³⁶, puis rejetée et remplacée par l'article 8, paragraphe 1.

Ce dernier dispose que « les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture ». La formulation vise cette fois explicitement la culture autochtone. On pourrait même aller jusqu'à avancer qu'implicitement et par la négative, le premier paragraphe de l'article 8 reconnaît un droit des peuples autochtones à l'identité culturelle. Si le droit de ne faire l'objet d'aucun acte de génocide, consacré à l'article 7, revêt évidemment un caractère collectif, il est intéressant de constater que l'article 8 double le caractère collectif d'un caractère individuel – le droit de ne pas subir de destruction de sa culture bénéficie aux autochtones, « peuples et individus ». Lues ensemble, ces deux dispositions consacrent un droit à la survie et à l'existence, physique mais aussi culturelle, en tant qu'entité collective et en tant qu'individu. Ce droit s'applique facilement à la question des terres autochtones, objets des droits culturels de ces peuples, sur laquelle l'article 8, au second paragraphe, se prononce explicitement³⁷. Cependant, le fait que ce même paragraphe fasse référence à la protection des « valeurs culturelles » et non pas à la protection des identités, des pratiques ou des œuvres culturelles, l'éloigne encore de la thématique artistique.

La Déclaration de 2007 interdit également, au sein de son article 2, toute discrimination fondée sur l'identité autochtone. Ce type de clause permet d'« imposer le respect des choix individuels en matière d'identification [...] à un peuple autochtone »³⁸. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels va dans le même sens en interprétant l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comme le droit de chacun de « participer à la culture *de son choix* »³⁹. Dans la Déclaration, des clauses particulières protègent ces choix en matière d'identification, telles que l'article 8 relatif à l'interdiction de l'assimilation forcée et la destruction de la culture⁴⁰. On constate cependant l'absence d'une disposition relative au droit au respect de la vie privée dans la Déclaration, alors qu'une telle disposition, plus générale, sert fréquemment « de fondement à des décisions des organes de contrôle sur la question des identités »⁴¹. Si la question du caractère collectif de l'identité culturelle et du droit à sa protection se pose également, à l'instar de l'article 8, l'article 2 opte pour une conception large en affirmant qu'aussi bien les peuples que les individus ont le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur leur identité autochtone. Ce droit semble donc protéger l'identité culturelle de l'individu, ainsi que l'identité culturelle de la

³⁶ V. notamment Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, résolution 1994/45, *op. cit.*, note 7, article 7.

³⁷ Selon cette disposition, afin de protéger les peuples autochtones contre l'assimilation forcée et la destruction de leur culture, les États doivent mettre en place des « mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant [...] tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ». La portée de l'article 8 se déploie d'ailleurs à travers d'autres dispositions spécifiquement dédiées au maintien sur les terres, notamment l'article 10.

³⁸ M. BIDAULT, *op. cit.*, note 3, p. 221.

³⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21 : droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a)*, 21 décembre 2009, doc. E/C.12/GC/21, point 55 ; c'est nous qui soulignons.

⁴⁰ L'article 33 de la Déclaration consacre également un droit pour les peuples autochtones « de décider de leur propre identité ». La question de l'identité, notamment de l'identité culturelle, est donc présente à plusieurs reprises dans le texte et envisagée à travers différents prismes : présentée comme relevant d'une liberté de choix dans l'article 33, elle est perçue comme liée à un impératif d'existence et de survie au sein de l'article 8.

⁴¹ M. BIDAULT, *op. cit.*, note 3, p. 233.

communauté – cette dernière étant ici envisagée ici comme un sujet de droit, et non uniquement comme un objet de droit⁴².

Ces différentes dispositions de la Déclaration de 2007 visent donc à préserver l'identité autochtone, qui est composée de facteurs culturels inhérents à leur survie, mais ne se prononcent pas directement sur la question de l'identité artistique de ces peuples, dont on pourrait considérer la protection comme étant une composante de leur éventuel droit à l'art. On pourrait très certainement conclure que tous les développements relatifs aux droits à dimension culturelle (plus généraux) s'appliquent par induction aux droits à dimension artistique (plus spéciaux). Une disposition particulière de la Déclaration mérite toutefois d'être analysée ici en ce sens qu'elle mentionne explicitement la question des arts. Le premier paragraphe de l'article 11 se lit comme suit :

« Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le *droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que* les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, *les arts visuels et du spectacle* et la littérature »⁴³.

À défaut de consacrer formellement un droit à l'art, la Déclaration mentionne donc un droit de conserver, de protéger et de développer les arts visuels et du spectacle autochtones, considérés comme manifestations de leur culture. Cette disposition est importante afin de résoudre certains problèmes récurrents quant aux arts autochtones. Les spécialistes ont en effet pu constater un manque de participation des communautés dans la préparation d'expositions concernant l'art autochtone, un mauvais référencement des œuvres, ou encore une interprétation biaisée de leur signification par les institutions et par le public⁴⁴. En liant la thématique artistique à la thématique des droits de l'homme, la Déclaration souligne l'obligation de l'État de garantir le droit des peuples autochtones à leur identité artistique ; l'action des institutions muséales semble dès lors centrale en la matière. Selon les mêmes spécialistes, l'article 11 doit devenir un outil d'interprétation des conventions de l'UNESCO, qui n'ont pu parvenir à résoudre le problème du détournement de l'art autochtone⁴⁵.

Le second paragraphe de l'article 11 précise les obligations de l'État en la matière. En ce qui concerne les biens culturels autochtones saisis sans le consentement des peuples concernés ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes, les États « doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces », mécanismes « qui *peuvent comprendre* la restitution ». Cette disposition est une illustration très claire de l'obligation de réaliser les droits culturels, en l'occurrence de donner effet au droit inscrit au paragraphe 1 du même article. Elle

⁴² Cette affirmation contribue à rompre avec la logique classique, observable notamment au premier paragraphe de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui affirmait que « toute *personne* a le droit de prendre part librement à la vie culturelle *de la communauté* » (c'est nous qui soulignons).

⁴³ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, article 11, paragraphe 1 ; c'est nous qui soulignons.

⁴⁴ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 10, p. 288. Sur ce point, v. également le Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Promotion et protection des droits des peuples autochtones en ce qui concerne leur patrimoine culturel*, 19 août 2015, doc. A/HRC/30/53, point 65-68.

⁴⁵ Sur ce point, v. A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 10, p. 288. L'auteure explique que ces instruments ont permis aux États de s'approprier les œuvres autochtones et de prendre des décisions quant à leur transfert et à leur exposition, soulignant notamment les insuffisances de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972.

s'inscrit par ailleurs dans la continuité d'autres normes de droit international public encourageant la restitution des biens culturels, voire des biens culturels autochtones, telles que 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 et la Convention d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés⁴⁶. La reprise de ces développements par la Déclaration de 2007 présente l'avantage de faire entrer la question des restitutions dans le champ du droit international des droits de l'homme et de déplacer la logique juridique : s'il existait déjà une obligation vis-à-vis de l'État sur le territoire duquel l'objet se trouvait, il est désormais établi que le bénéficiaire de la restitution doit être le peuple autochtone concerné, afin qu'il puisse jouir de son droit de conserver, de protéger et de développer ses arts visuels tel que consacré par l'article 11. Au Conseil des droits de l'homme, les experts ont en ce sens recommandé d'adopter « une démarche fondée sur les droits de l'homme en ce qui concerne le rapatriement » du patrimoine culturel des peuples autochtones, démarche qui « suppose la reconnaissance du droit de ces peuples à l'autodétermination »⁴⁷, soulignant que la Déclaration de 2007 devrait être « le principal instrument de référence aux fins de l'appréciation des revendications des peuples autochtones et de l'établissement de mécanismes transparents de rapatriement aux niveaux national et international »⁴⁸. Au sein de cet article, la restitution est cependant envisagée seulement comme un moyen possible de réparation, et non comme un moyen obligatoire. Ce point, combiné au caractère non-rétroactif de la Déclaration, semble fonder le comportement des États qui s'attachent dès lors à affaiblir la portée de cette disposition, par ailleurs largement débattue lors des négociations précédant l'adoption du texte⁴⁹.

Ces dispositions de la Déclaration renforcent l'idée selon laquelle la reconnaissance de l'identité culturelle des peuples autochtones et la protection et la réalisation de leurs droits culturels constituent des moyens de réparer les crimes passés commis à leur encontre. Formellement, on ne peut conclure à l'apparition d'un droit à l'art autochtone, mais à la consécration d'un droit de conserver, de protéger et de développer cet art, considéré comme une manifestation de la culture des peuples autochtones. Si l'article 11 ne mentionne pas expressément la notion d'identité, elle est présente en filigrane : c'est sur la base de la reconnaissance et de la protection par l'État de l'identité culturelle des peuples autochtones et de la possibilité qui leur est laissée de s'autodéterminer, qu'ils pourront exercer leurs droits culturels, notamment en matière artistique. Cet exercice, qui vise à exprimer, à déployer l'identité artistique autochtone, semble également protégé par le contenu de la Déclaration.

II. L'EXPRESSION ET LE DEVELOPPEMENT DE L'IDENTITE ARTISTIQUE DES PEUPLES AUTOCHTONES

Si l'identité culturelle autochtone doit être protégée, les peuples autochtones doivent également avoir les moyens de l'exprimer, notamment à travers les arts. Sans consacrer un droit à l'art, la Déclaration de 2007 se prononce également sur cette question. Une hypothèse pourrait

⁴⁶ Le troisième paragraphe de l'article 5 de cette Convention, adoptée à Rome le 24 juin 1995, dispose notamment que « le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'État requis ordonne le retour du bien culturel lorsque l'État requérant établit que l'exportation du bien porte une atteinte significative à [...] l'usage traditionnel ou rituel du bien par une communauté autochtone ou tribale ».

⁴⁷ Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Rapatriement des objets cérémoniels, des restes humains et du patrimoine culturel immatériel en vertu de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 21 juillet 2020, doc. A/HRC/45/35, point 6.

⁴⁸ *Ibid.*, point 7.

⁴⁹ F. LENZERINI, « Chapter 19. Reparations, Restitution, and Redress: Articles 8(2), 11(2), 20(2), and 28 », J. HOHMANN, M. WELLER (dir.), *op. cit.*, pp. 587-588.

constituer en l'affirmation selon laquelle la libre expression artistique autochtone, composante d'un droit à l'art, est protégée par le droit de chacun de participer à la vie culturelle traditionnellement consacré et réaffirmé dans le texte (A). D'un point de vue conceptuel, cette hypothèse n'égale cependant pas le vaste « droit de jouir des arts » énoncé au XX^e siècle, dont auraient pu bénéficier les peuples autochtones s'il n'avait pas été abandonné depuis (B).

A. Le développement de l'expression artistique autochtone comme moyen de participation des peuples autochtones à la vie culturelle

Le droit de participer à la vie culturelle a vu son régime évoluer selon l'instrument dans lequel il a pu être énoncé, pour être aujourd'hui pleinement applicable aux autochtones, peuples et individus. Les travaux préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme révèlent d'abord que la formulation de son article 27, qui dispose notamment que « toute *personne* a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté », renvoie à la participation de chaque *individu* faisant partie de la population d'un État à la culture « nationale » au sens large, la « communauté » étant ici entendue au sens de la communauté nationale, afin de désenclaver les pratiques culturelles qui étaient à l'époque perçues comme réservées à une élite⁵⁰. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la question de la culture est envisagée par le prisme de la protection des minorités, son article 27 disposant notamment que « les *personnes* appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, *en commun avec les autres membres de leur groupe*, leur propre vie culturelle ». Le Comité des droits de l'homme souligne le caractère encore individuel de ce droit : les titulaires sont les « individus appartenant à des groupes minoritaires »⁵¹ et non les groupes minoritaires en eux-mêmes. On admet cependant un exercice collectif de ce droit individuel. Au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit d'avoir une vie culturelle est donc un droit individuel par sa titularité et collectif par son exercice, qui ne vise par ailleurs que la participation à la vie culturelle de la communauté concernée. La portée du droit de participer à la vie culturelle a été considérablement élargie par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵², notamment sous l'influence de son interprétation par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Dans son Observation générale de 2009, il affirme d'abord que cet article vise pour chacun « la culture de son choix »⁵³, réunissant ainsi la vision nationale de la culture portée par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la vision communautaire de la culture portée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il considère ensuite que « le terme “chacun” [...] peut s'appliquer à un individu ou à un groupe »⁵⁴, ouvrant la voie à la reconnaissance de droits collectifs. La Déclaration de 2007 inscrit en ce sens, au sein de son article premier, une clause générale consacrant le double caractère individuel et collectif des droits de l'homme dont sont bénéficiaires les peuples autochtones⁵⁵. Le texte semble aller plus loin que la garantie de l'exercice collectif de droits individuels, qui s'observe généralement par

⁵⁰ A. F. VRDOLJAK, « Human Rights and Cultural Heritage in International Law », F. LENZERINI, A. F. VRDOLJAK (dir.), *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2014, p. 152.

⁵¹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 23 : article 27 (droits des minorités)*, 26 avril 1994, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, point 1.

⁵² Par une formulation générale, il consacre le droit de chacun « de participer à la vie culturelle ».

⁵³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*, note 39, point 55.

⁵⁴ *Ibid.*, point 9.

⁵⁵ Il dispose que « les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme » ; c'est nous qui soulignons.

la formulation « individuellement ou en commun avec les autres membres du groupe », pour aller vers la garantie de l'exercice de véritables droits collectifs au bénéfice des *peuples*.

L'article 5 de la Déclaration, mentionné plus tôt, consacre explicitement ce droit pour le peuple autochtone, en tant qu'entité propre, de participer à la vie culturelle. À défaut de la consécration d'un droit à l'art spécifique, les commentateurs estiment que le droit de participer à la vie culturelle peut être considéré comme « le point d'entrée des droits culturels, la base légale sur laquelle un grand éventail de droits culturels est élaboré »⁵⁶, avec cette spécificité que la participation à la vie culturelle, aujourd'hui entendue de façon très large, rendant difficile la détermination de ses contours, était à l'origine « plutôt considérée comme se ramenant à un processus de création artistique et scientifique »⁵⁷. La liberté de participation par les arts n'a pourtant été que très peu développée en droit international⁵⁸. D'abord, elle concernerait une question couverte par la liberté d'expression⁵⁹, traditionnellement reconnue et protégée par le droit international des droits de l'homme. Au titre de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la liberté et la production artistiques semblent cependant conditionnées, en l'occurrence soumises à une exigence de diffusion d'informations ou d'idées⁶⁰. Ensuite, certains spécialistes ont pu constater que « l'importance donnée aujourd'hui aux référents identitaires que sont l'ethnie, la langue et la religion conduit à ce que certaines libertés culturelles reçoivent plus d'attention que d'autres »⁶¹. Ce phénomène est particulièrement observable au détriment des droits et libertés artistiques, auxquels les organes de contrôle, « plus attachés à défricher le terrain dans le domaine [...] des modes de vie »⁶², s'intéressent peu. La liberté de participation par les arts serait toutefois « implicitement protégée par le droit de participer à la vie culturelle »⁶³ tel que consacré à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ce qui implique de lire les dispositions pertinentes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à la lumière de cet article.

⁵⁶ M. BIDAULT, « Article 15 », E. DECAUX, O. DE SCHUTTER (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 380.

⁵⁷ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, op. cit., note 3, p. 274.

⁵⁸ Seul le troisième paragraphe de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que « les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices », liberté de création qui diffère vraisemblablement quelque peu d'un droit à l'art. La Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels constate en outre que « peu de décisions du système des Nations Unies portent sur la liberté artistique » ; sur ce point, v. Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, *Le droit à la liberté d'expression artistique et de création*, 14 mars 2013, doc. A/HRC/23/34, point 15.

⁵⁹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 34 : article 19 (liberté d'opinion et liberté d'expression)*, 12 septembre 2011, doc. CCPR/C/GC/34, points 11-12.

⁶⁰ Le deuxième paragraphe de cet article dispose en effet que « toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

⁶¹ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, op. cit., note 3, p. 267.

⁶² *Ibid.* Regrettant en partie que ce soit « la culture anthropologique, celle par laquelle s'expriment les modes de vie, qui intéresse aujourd'hui davantage les organes de contrôle », au détriment de la question des arts (p. 498), l'auteur affirme dans son ouvrage que « l'avancée qui a permis de donner à la notion de culture une dimension davantage anthropologique, et d'ouvrir le débat sur la signification du droit de participer à la vie culturelle dans des sociétés plurielles, ne doit pas faire oublier l'importante nécessité que revêt la protection de la liberté artistique », proposant par ailleurs de lier cette liberté « aux autres droits culturels et à la question des identités » (p. 279).

⁶³ *Ibid.*, p. 277.

Suivant alors l'esprit de l'article 15 du Pacte, reproduit au sein de son article 5, la Déclaration de 2007 réintroduit la question de l'expression artistique en son article 31, dont le premier paragraphe se lit comme suit :

« Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles »⁶⁴.

Si l'article 15 du Pacte énonce de façon non-exhaustive les éléments protégés par le droit de participer à la vie culturelle (tels que la liberté de la recherche ou la propriété intellectuelle), l'article 31 de la Déclaration illustre plus en profondeur ce droit de participation en énonçant les objets sur lesquels peuvent porter les expressions culturelles autochtones. Il propose une vision large du patrimoine culturel autochtone et des expressions culturelles qui s'y rattachent, incluant une nouvelle fois « les arts visuels et du spectacle », que les peuples autochtones ont le droit de contrôler et de développer. Cet article correspond à la logique du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à la lumière duquel la « participation » à la vie culturelle couvre le droit d'exercer ses propres pratiques culturelles, le droit de développer des expressions culturelles, ainsi que d'agir de manière créative et de prendre part à des activités créatrices⁶⁵.

Au titre de la contribution à la vie culturelle, on peut légitimement penser que les peuples autochtones ont le droit de s'exprimer *via* leur art mais aussi de s'exprimer *sur* leur art. Deux ans après l'adoption de la Déclaration, le Comité va dans le même sens en affirmant la nécessité d'associer les peuples autochtones aux décisions qui concernent leurs droits culturels, par le recueil de leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, et la nécessité de reconnaître un droit d'action collective⁶⁶. Le second paragraphe de l'article 31 paraît cependant plutôt mesuré, imposant seulement à l'État de prendre des « mesures efficaces » pour « reconnaître » les droits énoncés au premier paragraphe et « en protéger l'exercice ». Si cette formulation permet d'englober les obligations étatiques de respecter et de protéger les droits, on peut constater l'absence de consécration d'une obligation de donner effet à l'article 31. Sur ce point, l'article 11, en mentionnant expressément la restitution des biens culturels autochtones, semblait plus ambitieux.

S'il ne consacre pas formellement un droit à l'art, l'article 31 de la Déclaration énonce un droit pour les peuples autochtones de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leurs expressions artistiques, participant ainsi de la mise en œuvre du droit de participer à la vie culturelle énoncé dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Combiné avec l'article 11, l'article 31 met par ailleurs fin au débat sur la question de savoir si

⁶⁴ Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295, *op. cit.*, note 6, article 31, paragraphe 1 ; c'est nous qui soulignons.

⁶⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*, note 39, point 15 a).

⁶⁶ *Ibid.*, point 37.

le patrimoine culturel (autochtone) appartient à l'État ou aux individus⁶⁷, en reconnaissant explicitement aux peuples autochtones un droit de protéger et de contrôler leur patrimoine culturel. L'article intègre par ailleurs une réflexion sur la propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel et de ces expressions culturelles traditionnelles. S'il était déjà établi que le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts découlant de toute production artistique dont il est l'auteur puisse « dans certains cas être revendiqué ou exercé par des groupes d'individus ou des communautés »⁶⁸ et que les États doivent prendre en compte « les formes orales ou autres formes coutumières de transmission des productions scientifiques, littéraires ou artistiques »⁶⁹ autochtones, les demandes de protection formulées par ces communautés sont le résultat d'une « position défensive des peuples autochtones, dans un contexte où le droit international ne les protège pas suffisamment »⁷⁰, alors même qu'ils n'envisagent pas forcément, à l'origine, la protection de leurs expressions et de leurs œuvres artistiques par le prisme de la notion de propriété⁷¹.

À la lecture de l'Observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et de la Déclaration de 2007, on pourrait conclure qu'un droit à la culture, ou qu'un droit au patrimoine culturel, découle du droit de participer à la vie culturelle. En considérant que l'art est inclus dans la sphère culturelle, on pourrait dès lors affirmer que le droit à l'art existe comme composante du droit à la culture. On ne peut cependant pas observer un régime juridique propre à ce droit à l'art, les États ayant par ailleurs fait le choix de ne pas réaffirmer le « droit de jouir des arts » consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. On ne peut donc ni conclure à une inexistence substantielle de certaines composantes du droit à l'art, ni conclure sans aucun doute à son existence. La Déclaration de 2007 adopte également une position d'entre-deux, teintée d'ambiguïté, en spécifiant le droit de participer à la vie culturelle par la mention des expressions culturelles et des arts visuels et du spectacle autochtones, sans pour autant consacrer un droit des communautés de jouir des arts – ce à quoi les États auraient pu a priori consentir sans trop de difficultés s'agissant d'une norme de droit déclaratoire.

B. *Quid d'un « droit de jouir des arts » des peuples autochtones ?*

Le droit de jouir des arts apparaît à l'article XIII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée quelques mois avant la Déclaration universelle des droits de l'homme. Lors des négociations aux Nations Unies, les États latino-américains se sont assurés

⁶⁷ Ce débat semble entretenu par la divergence entre les dispositions contenues dans les normes de droit international de la culture, qui envisagent la protection du patrimoine culturel comme une prérogative de l'État, et celles contenues dans les normes de droit international des droits de l'homme, qui se concentrent sur les droits culturels des individus.

⁶⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 17 : le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte*, 12 janvier 2006, doc. E/C.12/GC/17, point 8.

⁶⁹ *Ibid.*, point 32.

⁷⁰ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, note 3, p. 473.

⁷¹ Les rapports entre les normes de propriété intellectuelle et l'art autochtone ont été discutés plus en profondeur à l'occasion d'autres contributions lors de la demi-journée d'étude durant laquelle ces développements ont été présentés. Nous nous contenterons d'indiquer que les peuples autochtones avancent notamment que les systèmes de propriété intellectuelle ont « pour objet de protéger la propriété intellectuelle des individus et non celle des collectivités » et qu'ils considèrent leur propriété intellectuelle « comme inaliénable », rendant les mécanismes internationaux de protection de la propriété intellectuelle « culturellement inappropriés ». Sur ce point, v. Rapports du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Rôle des langues et de la culture dans la promotion et la protection des droits et de l'identité des peuples autochtones*, 16 août 2012, doc. A/HRC/21/53, point 62, et *Promotion et protection des droits des peuples autochtones en ce qui concerne leur patrimoine culturel*, *op. cit.*, note 44, point 58.

que la déclaration régionale influence le contenu de la déclaration universelle, bien que les analystes considèrent qu'en matière de droit de participation à la vie culturelle, il soit difficile d'affirmer laquelle des deux a influencé l'autre⁷². Quoiqu'il en soit, au regard de notre étude, la formulation de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est plus ambitieuse que celles des instruments contraignants qui la suivront, car elle mentionne explicitement ce « droit de jouir des arts ». Il est cependant compliqué d'imaginer avec précision la consistance de ce droit, que même les ouvrages de référence dédiés au commentaire de la Déclaration universelle passent sous silence : les commentateurs y affirment que le premier paragraphe de l'article 27 comprend le droit de participer à la vie culturelle de la communauté et le droit de bénéficier du progrès scientifique⁷³, alors que l'article énonce un troisième élément – le droit de jouir des arts. L'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reprend par ailleurs les deux éléments cités par les auteurs, en prenant le soin de ne pas mentionner ce droit de jouissance.

Une hypothèse permettant de pallier cette absence de droit de jouir des arts dans la Déclaration de 2007 pourrait résider dans le « droit d'accéder et de jouir du patrimoine culturel », qui n'apparaît pas dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, mais qui existerait implicitement car il découlerait du droit de participer à la vie culturelle⁷⁴. Au Conseil des droits de l'homme, les rapports de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels Farida Shaheed concluent également en ce sens que le « droit d'accéder au patrimoine culturel et aux bénéfices qui en découlent fait partie du droit international des droits de l'homme »⁷⁵ et « comprend le droit des individus et des communautés de, notamment, connaître, comprendre, découvrir et voir le patrimoine culturel, d'en faire usage, de le préserver, de le mettre en commun et de le développer, ainsi que celui de bénéficier du patrimoine culturel et des créations d'autrui »⁷⁶. Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a quant à lui avancé un « droit des peuples autochtones à leur patrimoine culturel »⁷⁷. Ces développements semblent également encouragés au niveau régional. La Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée à Faro en 2005, dispose dès son premier article que « le droit au patrimoine culturel est inhérent au droit de participer à la vie culturelle » ; son article 4 reconnaît quant à lui un « droit de bénéficier du patrimoine culturel et de contribuer à son enrichissement ». Ce texte constitue une véritable avancée en ce qu'il est le premier instrument contraignant à reconnaître le droit au patrimoine culturel en tant que droit de l'homme. Cependant, il n'a vocation à s'appliquer qu'au niveau régional, à l'égard des États membres du Conseil de l'Europe, et il ne comporte aucune clause portant sur les droits spécifiques des peuples autochtones.

Sur la base de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de cet instrument régional et des travaux déjà menés par les experts du Conseil des droits de l'homme à l'époque

⁷² M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, op. cit., note 3, p. 21.

⁷³ D. CERQUEIRA, op. cit., note 18, p. 715. Un ouvrage plus ancien, également consacré au commentaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ne dédie que quatre pages à l'article 27, sans mentionner non plus le droit de jouir des arts ; v. G. MELANDER, « Article 27 », A. EIDE et al. (dir.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, pp. 429-432. Les ouvrages ayant retracé les origines et l'élaboration de la Déclaration, mobilisant en ce sens les travaux préparatoires, ne font pas non plus mention de ce droit ; v. par exemple J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 217-222.

⁷⁴ M. BIDAULT, « Article 15 », E. DECAUX, O. DE SCHUTTER (dir.), op. cit., note 56, p. 386.

⁷⁵ Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, *Le droit d'accéder et de jouir du patrimoine culturel*, 21 mars 2011, doc. A/HRC/17/38, point 78.

⁷⁶ Ibid., point 79.

⁷⁷ Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Rôle des langues et de la culture dans la promotion et la protection des droits et de l'identité des peuples autochtones*, op. cit., point 61.

de son élaboration, la Déclaration de 2007 aurait donc pu reconnaître formellement un droit de jouir des arts ou un droit au patrimoine culturel au bénéfice des peuples autochtones ; les États n'ont pourtant pas fait ce choix. Le droit de jouir des arts, s'il était appliqué aux peuples autochtones, est certainement trop controversé pour être explicitement consacré dans l'ordre juridique international, car il pourrait conduire, selon certaines critiques formulées dans le même sens à l'égard du droit de ces peuples de contrôler leur patrimoine culturel, à des restrictions injustifiées à l'accès au patrimoine pour les tiers, notamment en empêchant les écrivains et les artistes d'être inspirés par les œuvres d'art autochtones⁷⁸, alors que l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels protège les droits culturels de tous les individus, notamment le droit de chacun de bénéficier du progrès et de ses applications. Farida Shaheed propose à cet égard de distinguer les bénéficiaires du droit d'accéder au patrimoine culturel et aux bénéfices qui en découlent en fonction de leurs rapports avec le patrimoine culturel dont il est question, laissant la possibilité pour les États de reconnaître « divers degrés d'accès et de jouissance » dans un esprit de compromis entre les intérêts des « communautés qui se considèrent comme les gardiennes ou les propriétaires d'un patrimoine culturel donné » et les intérêts des artistes et du public en général⁷⁹. La Déclaration ne reprend pas non plus ces éléments.

Certains spécialistes mettent en exergue le fait que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, bien qu'il observe si les États permettent le libre développement de la culture sur leur territoire, n'ait « pas suffisamment exploré l'importance de l'accès aux biens et patrimoines culturels comme ressources culturelles, ni suffisamment mis à jour le lien existant entre exercice des libertés et jouissance des ressources dans le domaine culturel »⁸⁰. Il est ici bien question du défaut de développements sur un éventuel droit de jouir de la culture et donc des arts. Dans le domaine des peuples autochtones cependant, on percevait déjà il y a plusieurs années « une tendance à développer une approche globale et cohérente de protection des ressources culturelles »⁸¹. La Déclaration de 2007 peut être regardée comme participant de cette approche, bien qu'elle ne vise pas directement à protéger des ressources, mais bien des droits fondamentaux. La consécration d'un droit de jouir des arts, par son caractère global, aurait permis d'envisager directement cette question des ressources culturelles par le biais des droits de l'homme, au moins pour les peuples dont la culture est intrinsèquement liée à la survie.

On pourrait enfin considérer que l'article 31 de la Déclaration, seul ou combiné avec l'article 11, constitue une forme renouvelée du droit de jouir des arts tel que consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme. La formulation choisie est en revanche plus éparse, moins claire qu'un droit fondamental explicitement consacré, et n'énonce par ailleurs pas le régime juridique de ce droit, ni des obligations étatiques précises en la matière. Si l'on suppose que les obligations juridiques de l'État au regard de ces dispositions devraient s'inspirer de, voire être semblables à, celles qui découlent de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en matière de droit de participer à la vie culturelle, les rédacteurs de la Déclaration ne les ont pas explicitement énoncées, alors même qu'une norme non-contraignante ne les aurait a priori que peu engagés.

La consécration d'un droit à l'art dont seraient titulaires les peuples autochtones servirait à clarifier le régime des obligations de l'État quant à la protection de l'art autochtone et à la pleine réalisation des droits culturels des individus et des communautés placés sous sa

⁷⁸ A. XANTHAKI, *op. cit.*, note 10, p. 289.

⁷⁹ Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, *op. cit.*, note 75, point 62.

⁸⁰ M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, note 3, p. 432.

⁸¹ *Ibid.*, p. 433.

juridiction. L'absence formelle d'un droit à l'art dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, tout comme dans les autres instruments de protection des droits de l'homme, s'inscrit dans la volonté plus large des États, déjà bien observée par les spécialistes, de « faire l'impasse sur l'identification précise des droits culturels et leur reconnaissance en tant que droits de l'homme : on élabore des principes d'action politique à la place des droits »⁸². Les instruments internationaux, qu'ils soient régionaux ou universels, font en effet plutôt référence à la nécessité de réaliser une coopération internationale en matière culturelle – et donc artistique –, tout en prenant le soin de ne pas énoncer explicitement ce que comprennent les composantes des droits culturels et de ne pas construire le régime juridique propre à un éventuel droit à l'art. Malgré l'importance croissante de l'approche subjective portée par la Déclaration de 2007, par laquelle les États tentent d'aborder la question artistique par le prisme des droits culturels dont sont titulaires les individus et les peuples, dans la pratique, on regrette qu'une approche objective prédominante persiste à envisager cette question par le prisme des politiques culturelles, demeurant ainsi une affaire de coopération politique entre États.

⁸² *Ibid.*, p. 44.

MARCHE DE L'ART ET DROIT INTERNATIONAL

**Actes de la demi-journée à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
présidée par Monsieur le Professeur Tristan AZZI**

LES RESTITUTIONS DES BIENS SPOLIÉS : UNE ANALYSE DE L'ORDONNANCE DU 21 AVRIL 1945

Célestine CHERRIER MONTRICHARD
Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Entre 1940 et 1944, sous le gouvernement de Vichy, la population juive a été victime de spoliations de ses biens par l'ERR, l'*Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*. Si les spoliations ont porté sur des biens de toutes sortes, le sort des œuvres d'art captive jusqu'à ce jour l'attention des professionnels du marché de l'art comme du grand public. La valeur économique et symbolique de ces biens et le nombre de biens non restitués renouvellent sans cesse l'enjeu de leur restitution. Ces œuvres d'art forment un véritable « musée disparu »¹, selon l'expression d'Hector Feliciano, journaliste qui a révélé l'ampleur des spoliations dans un livre éponyme.

Les obstacles liés au droit international privé qui se dressent devant la victime de spoliations sont aujourd'hui documentés par la doctrine internationaliste et par les praticiens. En pratique, de nombreuses restitutions se heurtent à l'élection par la règle de conflit de lois (dite *lex rei sitae*, qui désigne la loi de situation actuelle du bien), d'une loi favorable à l'acquisition de bonne foi. En effet, selon certaines législations nationales, lorsque le bien précédemment spolié a été acquis de bonne foi par un tiers, la victime de spoliation se trouve privée de la propriété et donc privée de ses droits à la restitution.

L'acquisition de bonne foi est présente en droit commun français à l'article 2276 du Code civil (anciennement article 2279 du même code). Ce heurt a été perçu dès l'issue de la Guerre et a conduit la France à adopter, afin de favoriser les restitutions, l'ordonnance du 21 avril 1945. Ce texte organise une procédure spécifique pour permettre au juge d'ordonner la restitution du bien spolié ainsi que l'annulation d'actes de disposition pris contre la volonté de la victime. Dans ces mesures phares, l'on retrouve notamment une présomption irréfutable de mauvaise foi à l'encontre du possesseur actuel des biens spoliés. L'article 4 alinéa 1 de l'ordonnance dispose ainsi que : « L'acquéreur ou les acquéreurs successifs sont considérés comme possesseurs de mauvaise foi au regard du propriétaire dépossédé ».

Cette ordonnance peut être analysée en droit international privé sous trois angles. L'ordonnance est une loi de police, ce qui est crucial pour son traitement dans le cadre du conflit de lois (I). Sur le plan de la compétence internationale du juge français, l'ordonnance ne présente toutefois pas de particularités (II). Par ailleurs, l'ordonnance devient une loi étrangère lorsqu'elle est mobilisée par le juge étranger, ce qui est source de complications (III).

I. LE CONFLIT DE LOIS : L'ORDONNANCE COMME LOI DE POLICE

En droit international privé, l'analyse d'une loi de police s'effectue en deux temps. Il faut d'une part qualifier la loi de police (A). Ce statut signifie que dans la détermination de la loi applicable, le juge français n'aura pas recours à la règle de conflit de lois normalement mobilisable mais consultera directement la loi de police. Il faut d'autre part déterminer si la loi

¹ H. FELICIANO, *Le musée disparu, Enquête sur le pillage d'œuvres d'art en France par les nazis*, Paris, Gallimard, 2001, trad. de l'espagnol (Porto Rico) par S. DOUBIN.

de police est effectivement applicable dans un cas précis en étudiant les liens entre la situation litigieuse et la France (B).

A. La qualification de l'ordonnance du 21 avril 1945 comme loi de police

La création d'un dispositif spécifique dont le but est de restaurer l'ancien état de fait et de droit a divisé la doctrine d'après-guerre sur la classification de l'ordonnance comme étant de droit commun ou au contraire une disposition de droit spécial². Il semble que le débat sur la nature de ces dispositions, s'il n'est pas inexistant, est moins vif lorsqu'il s'agit de la nature de la disposition sur le plan conflictuel. Autrement dit, cette disposition est-elle applicable à la suite de la règle de conflit classique ou constitue-t-elle une loi de police ? Illustration du principe d'indépendance des qualifications et des raisonnements de droit interne et de droit international privé, les auteurs qui considèrent que l'ordonnance du 21 avril 1945 n'est qu'une expression du droit interne commun affirment les premiers son impérativité conflictuelle³. La jurisprudence s'est également prononcée dès l'adoption de l'ordonnance en faveur de cette qualification. L'ordonnance est explicitement qualifiée de loi de police dans les décisions *Moravia* et *Etlin c. Grands Moulins de Paris*⁴.

Ce raisonnement en faveur de la qualification perdure aujourd'hui pour les juridictions et la doctrine⁵. La Cour de cassation a jugé en 2020 dans l'affaire de la *Cueillette des pois* qu'il est inutile de considérer la loi régissant la vente du bien spolié, nonobstant son invocation par les défendeurs, lorsque l'ordonnance est applicable⁶. La Cour ne justifie pas son raisonnement au regard de la qualification de loi de police, qu'elle ne mentionne pas dans cette décision. Pourtant l'applicabilité de l'ordonnance résout le raisonnement conflictuel, écarte les autres règles de conflit de lois auxquelles il est inutile de recourir car l'ordonnance clôt le litige.

Autrement dit, l'applicabilité de l'ordonnance écarte la règle de conflit de loi ordinaire qui désigne la *lex rei sitae*. Cette qualification différencie également l'ordonnance de l'ancien article 2279 du Code civil dont la qualification comme loi de police, établie par la décision du Tribunal civil de la Seine du 17 avril 1885, *Duc de Frias c. Baron Pichon*, a été abandonnée par la doctrine moderne⁷. Ainsi, la disposition favorable à la bonne foi était auparavant une loi de police mais ne l'est plus, alors que depuis son adoption en 1945 l'ordonnance du 21 avril bénéficie de cette qualification. Cette comparaison illustre l'évolution du droit international privé de la restitution.

L'utilisation d'une loi de police au détriment du raisonnement conflictuel est perçue comme un facteur de stabilité et prévisibilité⁸. En pratique, la qualification de loi de police est donc déterminante dans le cas où la localisation française du bien n'est pas établie, puisque,

² En particulier R. SARRAUTE, P. TAGER, « La restitution des biens spoliés dans ses rapports avec le droit commun et les ordonnances du 12 novembre 1943 et 9 août 1944 », *Gaz. Pal.*, 1945, n°255 à 257, p. 4.

³ *Ibid.*

⁴ T. civ. de la Seine, 4 février 1949, *Moravia* (1^{ère} espèce), *Etlin c. Grands Moulins de Paris* (2nde espèce), *Semaine Juridique Générale*, 1949, tome 1, n°4876.

⁵ Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2020, n° 18-25.695, *La Cueillette des pois* ; D. ESKENAZI, « La revendication d'œuvres d'art en droit international », S. GERARD (dir.), *Liber amicorum en l'honneur de François Duret-Robert, Marché de l'art : Originalité et Diversité*, Lyon, Institut Art & Droit aux Editions du Cosmogone, 2021, p. 161 ; D. PORCHERON, « La restitution des œuvres d'art spoliées de 1933 à 1945 en matière internationale », T. DE RAVEL D'ESCLAPON, J.-M. DREYFUS (dir.), *Reconsidérer les MNR*, Paris, Dalloz, 2025, p. 297.

⁶ Cass. civ. 1, 1^{er} juillet 2020, n° 18-25.695, *La Cueillette des pois*.

⁷ T. civ. de la Seine, 17 avril 1885, *Clunet*, 1886, 593, *Duc de Frias c. Baron Pichon* ; Cass., civ. 1, 3 février 2010, n° 08-19.293, *Arman*.

⁸ D. PORCHERON, *op. cit.*, note 5, p. 297.

dans ce cas, la *lex rei sitae* n'aurait pas désigné le droit français⁹. L'ordonnance ne permet pas au juge de désigner le droit étranger mais impose au contraire sa propre applicabilité.

B. L'applicabilité de l'ordonnance du 21 avril 1945 comme loi de police

La Cour de cassation, en particulier dans l'arrêt *Urmet*, a indiqué qu'une loi de police est applicable lorsque la condition du lien pertinent avec la France est remplie. Ce lien doit être recherché pour chaque loi de police. Concernant l'ordonnance du 21 avril 1945, l'opinion majoritaire considère que la localisation en France de la spoliation remplit cette condition. Si le bien a été spolié en France, l'ordonnance est applicable. De nombreuses décisions illustrent le caractère déterminant de la localisation de la spoliation (1). Toutefois, il existe quelques indications en faveur d'une vision différente, qui permet une application plus large de l'ordonnance du 21 avril 1945 (2). Cette seconde approche vise à protéger un maximum de victimes de spoliations, remplissant ainsi les objectifs du législateur de protection des victimes.

1) La localisation de la spoliation en France

Le critère d'application de la loi de police serait la localisation en France de la spoliation¹⁰. Au sens strict, il ne s'agit donc ni de la localisation du bien ni d'un rattachement lié à la faute ou au dommage, notions plus larges que les spoliations visées par l'ordonnance. La distinction entre la spoliation et le préjudice est proposée par le Professeur Gérard Lyon-Caen. Il définit la spoliation comme une forme « d'atteinte à la propriété privée »¹¹ et précise : « Par atteinte, il faut comprendre non pas un préjudice, mais une soustraction, un enlèvement. Le préjudice n'entraîne que la nécessité d'une réparation pécuniaire. La spoliation exige pour être corrigée, une restitution »¹².

Dans l'affaire *Etlin* susmentionnée, le tribunal affirme que l'ordonnance « ne saurait à l'évidence, régir des conventions intervenues à l'étranger, relativement à des biens situés à l'étranger ; qu'elle ne peut donc s'appliquer qu'aux spoliations commises sur le territoire français »¹³. Il semble que la limitation puisse être lue aujourd'hui conformément à l'objectif de la loi de police, qui est de ne régir que les situations qui relèvent du territoire national. La formulation de l'arrêt est toutefois imprécise quant aux critères de localisation de la spoliation. Elle semble opposer les spoliations « commises sur le territoire français »¹⁴ et les spoliations opérées « relativement à des biens situés à l'étranger »¹⁵. Or, on pourrait considérer que la localisation de la spoliation n'est pas nécessairement celle du bien spolié. Les spoliations ne se réduisent pas aux biens concernés, elles sont des « actes de disposition accomplis en conséquence de [...] mesures exorbitantes du droit commun en vigueur au 16 juin 1940 »¹⁶. La mobilisation par le tribunal de deux localisations différentes, celle du bien et celle de spoliation, laisse des questions sans réponse. Les deux localisations sont-elles équivalentes aux yeux des juges ? Quelles sont les conséquences d'une divergence sur l'applicabilité de l'ordonnance ? Autrement dit, l'ordonnance est-elle applicable si la spoliation est localisée en France mais que le bien concerné est à l'étranger ?

⁹ X. PERROT, « Le contentieux récent de la restitution des biens culturels spoliés pendant l'Occupation », T. DE RAVEL D'ESCLAPON, J.-M. DREYFUS (dir.), *op. cit.*, note 5, p. 237.

¹⁰ D. PORCHERON, *op. cit.*, note 5, p. 297.

¹¹ G. LYON-CAEN, *Les spoliations*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1945, p. 4.

¹² *Ibid.*

¹³ T. civ. de la Seine, 31 janvier 1947, *Etlin*, D. 1947, p. 262.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Article 1^{er} al. 1^{er} de l'ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945.

En 1947, toujours dans l'affaire *Etlin*, le Tribunal civil de la Seine a jugé que la loi de police marocaine de restitution devait être appliquée car la spoliation litigieuse avait eu lieu au Maroc : « Attendu que la cession critiquée a eu lieu à Casablanca, que le dahir du 16 avril 1947 est une loi de police devant régir tous les actes de spoliation commis sur le territoire de l'Empire Chérifien, quelle que soit la loi personnelle des contractants, ou la loi de fond qui régit le contrat »¹⁷. L'application de la loi marocaine, en tant que loi de police¹⁸, doit être remarquée car elle laisse penser à une forme de bilatéralisation de la localisation de la spoliation. Le juge applique en effet la loi de police de restitution du pays sur le territoire duquel la spoliation a été effectuée.

Dans l'affaire *Hollart*, les juridictions parisiennes ont décidé en 1949 « qu'il convient seulement que l'acte de spoliation se situe en France et se rattache à un acte émanant de l'ennemi ou pris sous son inspiration, étant entendu que l'ordre public heurté ne saurait en aucun cas autoriser le spoliateur à se prévaloir d'un prétendu droit acquis »¹⁹. Le seul critère pour l'applicabilité territoriale est donc la localisation française de « l'acte de spoliation », formule plus précise que la spoliation en ce que l'accent est mis sur l'action (le fait générateur) et non sur les effets (réalisation du dommage).

2) La localisation de la spoliation à l'étranger

Les décisions plus souples conservent la localisation de la spoliation comme critère principal mais ont recours à d'autres éléments pour étendre le champ d'application de l'ordonnance.

Le Tribunal civil de la Seine a présenté en 1951 dans l'affaire *SFNR*²⁰ un raisonnement particulièrement détaillé. La spoliation concernait une flotte située sur le Rhin dont l'exploitation avait été accordée à une société allemande. Le tribunal affirme que « l'ordonnance du 21 avril 1945 n'a nullement limité son application aux actes de spoliations intervenus sur le territoire français »²¹. Les juges se réfèrent également à la Déclaration de Londres pour affirmer que des biens spoliés alors qu'ils étaient en Allemagne sont couverts par l'ordonnance lorsqu'ils appartiennent à des Français. La formulation « nullement limité » indique qu'aux yeux de la juridiction, l'ordonnance s'applique à la fois aux spoliations actées en France et aux spoliations actées à l'étranger, y compris sur des biens situés hors du territoire, pourvu que la victime de la spoliation soit française. Autrement dit, une extension est fournie afin de protéger les Français dont les biens sont situés à l'étranger. Nonobstant son raisonnement sur l'applicabilité de la loi de police, le Tribunal souhaite renforcer son raisonnement en affirmant que, quand bien même le champ d'application ne serait pas extensible, l'ordonnance serait applicable au titre de loi française normalement désignée par la règle de conflit : « Attendu d'autre part que, conformément aux principes du Droit International Privé [*sic*], la loi s'appliquant aux meubles est suivant les cas celle du domicile du propriétaire de ces meubles, ou celle de la situation de ces meubles »²². Or dans les deux cas la loi française est désignée : « le domicile du propriétaire des bateaux est en France ; Que d'autre part, le lieu d'attache des bateaux, celui de leur immatriculation, est à Strasbourg ; Qu'enfin le statut

¹⁷ T. civ. de la Seine, 31 janvier 1947, *Etlin*, D. 1947, p. 262.

¹⁸ P. TAGER, « Note de jurisprudence sous l'arrêt *Etlin* », *Semaine Juridique Générale*, 1949, t. 1, n°4876.

¹⁹ CA de Paris, 29 octobre 1949, *Hollart c. Moravia*, *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 650.

²⁰ T. civ. de la Seine, 23 novembre 1951, *SFNR c. Vogt & Raab-Karcher*, *Recueil législatif du Bas-Rhin*, 1952, p. 135.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

international du Rhin ne permet pas de considérer que des bateaux naviguant ou en stationnement sur ce fleuve soient à l'étranger »²³.

Par ailleurs, le Professeur Lyon-Caen a également présenté une vision souple dans sa thèse de doctorat. Il refuse un élargissement du champ d'application fondé sur la nationalité française de la victime mais admet alors un recours à l'ordre public international pour corriger le résultat et favoriser l'application de l'ordonnance. Il affirme : « L'ordre public exige que la loi s'applique à toutes les spoliations portant sur des biens français, et à toutes les spoliations dont ont été victimes des français »²⁴.

II. LE CONFLIT DE JURIDICTIONS : UN CHEF DE COMPETENCE INTERNATIONALE SPECIFIQUE ?

En matière de compétence internationale, il faut déterminer si l'ordonnance du 21 avril 1945 fournit un chef de compétence internationale. En l'absence de chef spécifique, il faut déterminer dans quelles situations le juge français sera compétent.

L'affaire de *La Cueillette des pois* de Pissarro a notamment permis aux juges de se prononcer récemment sur les questions de compétence internationale et illustre les difficultés qui persistent à ce jour, en particulier sur la nature – territoriale ou d'attribution – du chef de compétence (A). Cette affaire témoigne de la tendance présente dans la jurisprudence de retenir l'existence d'un chef de juridiction propre à l'ordonnance. Pourtant il convient de retenir l'absence d'un tel chef de juridiction (B).

A. L'acceptation d'un chef de compétence internationale spécial

En première instance, les juges ont rejeté leur supposée incompétence au regard de l'article 42 du Code de procédure civile en affirmant que cette disposition « se heurte à [la règle] dérogatoire au cas de l'espèce édictée par l'article 17 de l'ordonnance du 21 avril 1945 »²⁵. Cet article 17 alinéa 1^{er} précise que « la demande est portée devant le président du tribunal civil ou en matière commerciale devant le président du tribunal civil ou du tribunal de commerce *au choix du demandeur* »²⁶. Selon le TGI, « [il] apparaît donc que c'est conformément à ces dispositions que les consorts BAUER ont choisi de saisir valablement la présente juridiction, en l'espèce celle du lieu où demeure le tableau revendiqué, sans qu'il y ait lieu d'aborder la question du privilège de juridiction [des articles 14 et 15 du Code civil] qu'ils revendiquent »²⁷. L'article 17 est traité comme un chef de compétence territoriale étendu à l'ordre international en vertu de la jurisprudence *Pelassa-Scheffel*²⁸. Les juges semblent considérer que le choix du demandeur est plus large qu'un choix entre le juge civil et le juge commercial de la juridiction territorialement compétente, mais que le demandeur peut choisir un juge civil ou commercial parmi plusieurs juridictions de cette nature dans différents pays. En l'espèce, le choix d'une juridiction du lieu de localisation de l'œuvre lors du litige est accepté. Le juge ne considère pas

²³ *Ibid.*

²⁴ G. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 11, p. 97.

²⁵ TGI de Paris (rendu en la forme des ref.), 7 novembre 2017, n° RG 17/58735, *La Cueillette des pois*, p. 7.

²⁶ *Ibid.*, la mise en évidence est présente dans la décision originale.

²⁷ *Ibid.*, p. 7.

²⁸ Cass., civ., 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960, p. 37, note Holleaux ; 30 octobre 1962, *Scheffel*, Rev. crit. 1963, p. 387, note Francescakis.

le privilège de juridiction en raison de la subsidiarité de ces derniers selon l'arrêt *Cognac and Brandies*²⁹.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris³⁰ a été analysé comme posant un chef de compétence internationale³¹. La décision a été partiellement publiée et indique notamment :

« Considérant que l'ordonnance législative de 1945 sur la spoliation, toujours en vigueur, dans le but de faciliter le rétablissement des personnes dépouillées dans leurs droits, a prévu à son article 17 une procédure spéciale et rapide devant le président du tribunal civil, statuant comme en matière de référé, de sorte que les consorts Bauer, de nationalité française, résidant pour certains en France à Paris, ont pu, agissant sur son fondement, valablement saisir le président du tribunal de grande instance de Paris d'une demande de restitution du tableau de Pissarro se trouvant alors en France dans un musée français parisien, dont ils demandaient qu'il soit constitué séquestre de l'œuvre ; que l'exception d'incompétence doit dès lors être rejetée »³².

L'article 17 de l'ordonnance est justement désigné comme fondement de cette action spéciale. Une dimension internationale est toutefois ajoutée à son contenu puisqu'il est fait référence à des éléments de rattachements qui justifient la compétence internationale : nationalité et résidence françaises des demandeurs ainsi que la localisation en France du bien spolié. Ces conditions ne sont pas inscrites dans la formulation de l'article 17 alinéa 1^{er}. Ils sont au contraire ajoutés par la Cour d'appel, pour justifier le caractère international de sa compétence.

Un tel chef de compétence, de droit commun, doit être concilié avec les chefs de compétence de source supérieure, en particulier ceux prévus par le règlement Bruxelles I bis, qui régit la matière civile et commerciale. Ce règlement permet le recours au droit commun des Etats membres dans des cas limités. L'article 17 interviendrait lorsque le défendeur est domicilié en dehors de l'Union européenne par le renvoi au droit commun effectué par l'article 6 § 1 du règlement Bruxelles I bis, en tant que chef de compétence territoriale étendu à l'ordre international.

B. *L'absence de chef de compétence internationale spécial*

Une telle analyse n'emporte pas l'adhésion. La doctrine d'après-guerre a analysé l'ordonnance et a considéré que cette dernière ne posait pas de règle spécifique de compétence territoriale³³. La compétence prévue par l'ordonnance ne peut pas être étendue à l'ordre international car celle-ci est d'attribution et non pas territoriale, laissant en l'absence de défendeur domicilié en France uniquement l'article 14 du Code civil pour fonder la demande³⁴. La compétence des juridictions françaises sur ce fondement a par exemple été explicitement

²⁹ Cass., civ. 1, 19 novembre 1985, *Société Cognacs and Brandies from France*, Rev. crit. DIP 1986, p. 712, note Lequette.

³⁰ CA Paris, 2 octobre 2018, RG n°17/20580.

³¹ P. NOUAL, « Spoliation et restitution d'œuvres d'art : le retour aux fondamentaux juridiques de l'ordonnance du 21 avril 1945 », *Petites affiches*, 2018, n°277, p. 8 ; X. PERROT, « Actualité juridique d'une criminalité de guerre. Les restitutions de biens culturels spoliés en France entre 1940 et 1945 », *Tribonien*, 2021, n°6, p. 155.

³² P. NOUAL, *op. cit.*, note 31, p. 8.

³³ R. SARRAUTE, P. TAGER, « La restitution des biens spoliés dans ses rapports avec le droit commun et les ordonnances du 12 novembre 1943 et 9 août 1944 », *Gaz. Pal.*, 1945, n° 216 – 257, § 32.

³⁴ M.-C. DE LAMBERTY-ATRAN, « La compétence internationale en matière de restitution de biens culturels spoliés pendant la période 1933 - 1945 », T. DE RAVEL D'ESCLAPON, J.-M. DREYFUS (dir.), *op. cit.*, note 5, p. 310.

retenue dans l'affaire *SFNR*³⁵. Le caractère d'attribution du chef de compétence prévu par l'ordonnance a été réaffirmé récemment par la Cour d'appel de Montpellier qui affirme que « la procédure accélérée au fond n'élargit pas la compétence d'attribution du juge saisi »³⁶.

En l'absence de chef de compétence spécial, les litiges de restitutions de biens spoliés ne présentent pas de spécificités sur le plan de la compétence internationale. Lorsque le défendeur est domicilié dans l'Union européenne, le règlement Bruxelles I bis s'applique pleinement et le seul chef disponible pour les actions considérées ici est l'article 4, qui désigne le juge français lorsque le défendeur est domicilié en France³⁷. Lorsque le règlement renvoie au droit commun par son article 6, le juge français ne peut retenir sa compétence qu'à l'aide des chefs territoriaux étendus à l'ordre international (dans notre cas l'article 42 du CPC) et le privilège de juridiction. Quoique le contraire ait été soutenu par Niboyet, la simple localisation du bien en France ne suffit pas à déclencher la compétence internationale française³⁸. Il en va de même de l'applicabilité de la loi française, fût-elle une loi de police³⁹.

Cette analyse est confirmée par la première vague de jurisprudences sur l'ordonnance. La Cour d'appel de Colmar a indiqué en 1952 que l'ordonnance ne contenait pas de règle spéciale quant à la compétence, ce qui ne laissait que les règles liées au délit ou au quasi-délit⁴⁰.

III. LE JUGE ETRANGER : L'ORDONNANCE COMME DROIT ETRANGER

La confrontation entre une juridiction étrangère et l'ordonnance surviendra généralement lorsque le juge étranger applique le droit français à un litige de restitution. Cela a été le cas des juridictions américaines et donne lieu aux problèmes de connaissance de la loi étrangère qui surviennent régulièrement en droit international privé (A). Un problème plus rare apparaît lorsque le juge étranger considère l'ordonnance comme une loi de police étrangère. La jurisprudence monégasque nous fournit un exemple (B).

A. L'interprétation américaine de l'ordonnance

La Cour suprême de New York a été confrontée à l'ordonnance de 1945 dans une affaire de restitution pour laquelle la règle de conflit de lois new-yorkaise désignait le droit français. L'affaire *Warin v. Wildenstein* opposait deux familles spoliées, l'une ayant obtenu restitution des manuscrits litigieux au sortir de la Guerre, en application de l'ordonnance de 1945. Le demandeur, héritier de l'autre victime de spoliations, affirmait qu'ils avaient été restitués à la mauvaise personne en raison d'une erreur d'inventaire. L'ordonnance n'a pas été appliquée par le juge new-yorkais faute d'en connaître suffisamment le contenu⁴¹, ce qui a été confirmé en appel⁴². En 2006, lors d'un recours spécifique ultérieur, la cour a estimé que le défendeur, ayant

³⁵ T. civ. de la Seine, 23 novembre 1951, *SFNR c. Vogt & Raab-Karcher*, *Recueil législatif du Bas-Rhin*, 1952, p. 135.

³⁶ CA de Montpellier, 7 avril 2023, n° 22/04836.

³⁷ M.-C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, *op. cit.*, note 34, pp. 307-310.

³⁸ A. HUET, « Fasc. 581-20 : COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS À L'ÉGARD DES LITIGES INTERNATIONAUX. – Compétence internationale ordinaire. – Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne », *JurisClasseur Droit international*, 13 avril 2018, act. le 21 juillet 2023, §§ 49-50.

³⁹ Cass., civ. 1, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*.

⁴⁰ CA de Colmar, 22 janvier 1952, *Forges et Aciéries de la Marine c. Moulins à Scories d'Uckange*, *Recueil législatif du Bas-Rhin*, 1952, p. 392.

⁴¹ Cour suprême de New York, 4 septembre 2001, n° 115143/99, *Warin v. Wildenstein & Co., Inc.*, n°9.

⁴² Cour suprême de New York, Division des appels, 18 avril 2002, n° 293 A.D.2d 348, et 8 août 2002, n° 297 A.D.2d 214.

bénéficié d'une restitution gouvernementale, n'était pas un acquéreur dans le sens du texte, ce pourquoi l'ordonnance était inapplicable⁴³. La décision a été confirmée en appel⁴⁴. Ainsi les juges de New York ont interprété la notion d'acquéreur selon les dispositions de l'ordonnance. Or, cette analyse semble critiquable du fait de la traduction d'acquéreur par « *buyer* »⁴⁵. Le terme choisi par les juges étrangers est plus proche d'acheteur et la décision n'aborde pas la possible différence avec une acquisition au sens large.

Pourtant, c'est bien une interprétation large qui semble avoir été retenue par le droit français, et ce, dès l'adoption du texte. Plusieurs décisions vont dans ce sens. La Cour d'appel de Paris a jugé en 1949 que « le mot “acquéreur” doit être pris dans son sens le plus général et désigne toute personne ayant acquis le bien, soit au moment de la spoliation ou ultérieurement, quel qu'ait pu être le mode de transmission »⁴⁶. Par ailleurs la Cour d'appel de Colmar a refusé catégoriquement l'argumentation d'une partie qui « [donnait] au mot “acquéreur” un sens restrictif qu'il n'a pas ; que la législation en matière de spoliation vise tous les actes accomplis concernant des biens, des droits et des intérêts »⁴⁷.

Les juges étrangers n'ont pas eu connaissance de cette décision, ce qui est sans doute dû à la difficulté d'accéder à ces sources. Si les décisions d'application de l'ordonnance étaient très nombreuses dans les années qui ont suivi la Libération, et si un nombre substantiel de décisions ont été publiées et présentées dans les revues juridiques françaises, l'ancienneté des publications rend leur accès difficile. Ces circonstances font donc de l'accessibilité au droit français de la restitution par les juges étrangers une question épineuse pour l'application correcte de l'ordonnance du 21 avril 1945.

B. *L'interprétation monégasque de l'ordonnance*

Les juridictions monégasques ont décidé en 1948 dans l'affaire *Perrin* que l'ordonnance, texte d'exception dont le champ d'application a été restreint par le législateur et dont le contenu déroge à celui du Code civil, ne saurait être appliqué en « pays étranger et indépendant qu'à la suite d'un accord international »⁴⁸. Cela signifie que le caractère de loi de police, soit la spécificité de l'application territoriale du texte et le caractère dérogatoire de son contenu, a conduit la juridiction étrangère à en rejeter l'application. Il s'agit ainsi de considérer que le texte ne peut pas être appliqué hors de France, y compris lorsque les conditions qu'il fixe sont remplies.

L'ordonnance du 21 avril 1945 soulève donc de nombreuses questions en droit international privé.

⁴³ Cour suprême de New York, 23 juin 2006, n° 13 Misc.3d 1201(A), *Warin v. Wildenstein & Co., Inc.*, n°4 et 5.

⁴⁴ Cour suprême de New York, Division des appels, 27 novembre 2007, n° 45 A.D.3d 459, *Warin v. Wildenstein & Co., Inc.*

⁴⁵ Cour suprême de New York, 23 juin 2006, n° 13 Misc.3d 1201(A), *Warin v. Wildenstein & Co., Inc.*, n°4 et 5.

⁴⁶ CA de Paris, 11 juin 1949, *Dichter c. Lesourd et autres*, D. 1949, vol. 1, p. 487.

⁴⁷ CA de Colmar, 6 décembre 1950, *Schubert c. Union des Coopérateurs*, Recueil législatif du Bas-Rhin, 1951, p. 7.

⁴⁸ Tribunal de Monaco, 11 mars 1948, *Perrin Jannès, ès qualités c. Masi*, Rev. crit. DIP, 1948, p. 309.

LE MARCHE DE L'ART ET L'UNESCO

Antinéa JOUVET-CARBONNIER

Doctorante à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Envisager le lien entre le droit international public et le marché de l'art conduit nécessairement à s'interroger sur les possibles influences du premier sur le second. Dans le cadre de notre étude, le droit international public est entendu comme un droit à l'origine d'un cadre normatif, essentiellement conventionnel¹, volontairement adopté par les États et les organisations internationales. Ce droit peut également être perçu comme l'un des régulateurs des relations internationales.

Historiquement, le développement des relations internationales a été l'un des moteurs de la création artistique. Dès la fin du haut Moyen-Âge, des artistes étaient présents dans les cours royales, essentiellement des peintres de cour, et pouvaient accompagner le souverain lors de ses déplacements. La création artistique apparaissait déjà comme un moyen d'affirmer la puissance et la grandeur de son royaume. D'autant que, dans le cadre de rencontres entre souverains, certaines œuvres d'art disposaient alors d'un statut ambivalent. Elles pouvaient être données et devenaient alors le signe d'une entente entre les deux souverains, mais étaient également le moyen d'« éblouir le roi adversaire ou concurrent »². L'art est, de nos jours, toujours considéré comme un outil au service des relations internationales et du rayonnement d'un État, notamment à travers ce que l'on désigne être le *soft power*³.

Une nouvelle dualité doit être prise en compte dans le statut accordé aux œuvres d'art en tant que biens. Ils peuvent appartenir au patrimoine de l'État, ce qui nécessite une protection particulière. Par exemple, en France, certaines œuvres appartiennent à la collection d'art de l'État, ce qui implique donc un régime juridique particulier. Cependant, toutes les œuvres ne bénéficient pas d'une protection aussi étendue. En effet, les œuvres d'art sont également des biens dans le commerce et peuvent donc être vendues.

Cette même dualité est nécessairement prise en considération dans le développement d'un cadre normatif en droit international qui vise spécifiquement les œuvres d'art. Dans le cadre de notre étude, nous nous intéresserons exclusivement au droit international public général, qui apparaît d'ores et déjà comme un outil qui assure une limitation du marché de l'art. Notons toutefois que des normes de droit international économique existent également qui, quant à elles, permettent le développement et la régularisation du marché de l'art en tant que secteur économique.

Le développement de la protection du marché de l'art en droit international public est le fruit de certaines organisations internationales. Nous pouvons notamment penser à l'UNESCO. L'influence de cette dernière dans la protection de ces biens est étendue, et ce, pour deux

¹ Notons également que la coutume est également l'une des sources du droit international public, mais elle n'est pas la source primordiale lorsqu'il est question du marché de l'art.

² A. GUERY, « Le roi dépensier. Le don, la contrainte et l'origine du système financier de la monarchie française d'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1984, n°6, p. 1253.

³ Au regard de la définition proposée par Joseph Nye qui met en « évidence l'importance de l'influence dans les relations internationales », l'art est historiquement l'un de ces secteurs clés. F. MARTEL, « Vers un "soft power" à la française », *Revue internationale et stratégique*, 2013, vol. 89, n° 1, p. 67.

raisons. La première est sa composition. Elle est l'une des organisations dites universelles avec 194 membres⁴. Un certain nombre d'États seront alors à même de participer à l'élaboration des accords ainsi que d'y adhérer. D'autant que, lorsqu'un État devient membre de l'Organisation, le Secrétaire général l'incite à adhérer aux différentes conventions adoptées avant l'adhésion de l'État. Par conséquent, une protection quasi universelle des biens culturels serait alors envisageable. La seconde raison est perceptible dans les buts de cette Organisation. Dans son acte constitutif, un lien est fait entre les œuvres d'art et la diffusion du savoir puisque les buts de l'Organisation sont notamment d'aider « au maintien, à l'avancement et à la diffusion du savoir : en veillant à la conservation et protection du patrimoine universel de livres, d'œuvres d'art et d'autres monuments d'intérêt historique ou scientifique, [...] en facilitant par des méthodes de coopération internationale appropriées l'accès de tous les peuples à ce que chacun d'eux publie »⁵. Cette association entre cette Organisation et la défense de la culture n'a rien de surprenant, puisqu'elle est directement en lien avec l'une des raisons qui ont conduit à sa création. Dès 1942, la Conférence des ministres alliés de l'éducation avait pour but de créer l'Organisation des Nations unies pour la reconstruction éducative et culturelle afin de « réparer, dans la mesure du possible, le tort causé à l'héritage culturel commun du monde par les puissances fascistes »⁶. Bien que cette organisation en tant que telle ne vit pas le jour, les États fondateurs de l'UNESCO étaient toujours habités par les mêmes intentions, reprises dans le préambule de son statut⁷.

Nous percevons donc pourquoi cette Organisation est à l'origine de conventions qui assurent directement ou indirectement une protection pour certaines œuvres d'art, et encadre donc, même partiellement, le marché de l'art. Pour autant, l'UNESCO peut-elle réellement être considérée comme une des actrices qui assurent la régulation du marché de l'art ?

Grâce à certaines conventions, le marché de l'art est partiellement contrôlé. Le but de l'Organisation est de protéger ces biens afin de limiter le trafic d'œuvres d'art, tout en rappelant certains principes issus du droit international humanitaire (I). La protection offerte par les conventions de l'UNESCO ne concerne cependant pas toutes les œuvres d'art. Les conventions de l'UNESCO ne sont donc pas des entraves pour ce secteur économique. De plus, l'effectivité de certaines normes prises par l'UNESCO est à relativiser, notamment au regard du développement grandissant du marché de l'art (II).

I. UN MARCHÉ DE L'ART INDIRECTEMENT ENCADRÉ PAR L'UNESCO

Les missions initiées par son acte constitutif ont conduit cette Organisation à adopter des conventions qui assurent une protection aux biens culturels et donc à certaines œuvres d'art. Cette protection, bien qu'initialement prévue pour éviter les dommages qui peuvent être causés durant des conflits armés, s'est étendue (A). L'un des buts de la protection initiée par l'Organisation est d'interdire le trafic illégal d'œuvres d'art, ce qui conduit logiquement à un encadrement indirect du marché de l'art (B).

⁴ Notons que l'UNESCO ne pourrait perdre l'un de ses membres au 31 décembre 2026 si le retrait des États-Unis devenait effectif.

⁵ Article 1 paragraphe 2 c) de l'acte constitutif de l'UNESCO.

⁶ C. MAUREL, « Le rêve d'un "gouvernement mondial" des années 1920 aux années 1950. L'exemple de l'UNESCO », *Histoire@Politique*, 2010, vol. 10, n° 1, p. 7.

⁷ Le préambule rappelle « que, la dignité de l'homme exigeant la diffusion de la culture et l'éducation de tous en vue de la justice, de la liberté et de la paix, il y a là, pour toutes les nations, des devoirs sacrés à remplir dans un esprit de mutuelle assistance ».

A. Une protection des œuvres renforcée durant les conflits armés

L'ensemble des œuvres d'art jouit d'un statut symbolique, puisqu'elles sont considérées comme des fragments du patrimoine culturel des États. Il est donc indispensable d'en assurer la conservation. En tant que biens, les œuvres d'art doivent également voir leur provenance contrôlée afin d'éviter la mise en vente de biens frauduleux ou volés. Or, la préservation ainsi que la protection de ces biens ne sont pas toujours garanties en cas de conflits armés. Des destructions peuvent avoir lieu, ce qui peut affecter l'intégrité des œuvres. Certaines œuvres peuvent également être volées et, par la suite, vendues. Ces pratiques étaient fréquentes durant les conflits anciens. Ce fut notamment le cas lors des guerres napoléoniennes où des soldats pillèrent des œuvres d'art ainsi que des bijoux⁸. Pour autant, malgré la récurrence des pillages, leurs auteurs pouvaient déjà être condamnés puisque « en Italie en 1796 comme à Vilna en 1812, des pillards [ont été] fusillés »⁹. Cette évolution correspond alors à l'apparition d'une doctrine, notamment portée par John Locke, qui se questionnait sur le bien-fondé du droit de butin¹⁰. De plus, à la suite des guerres napoléoniennes, il avait été exigé « la restitution des innombrables œuvres d'art que les armées de Napoléon avaient pillées lors de leurs conquêtes, affirmant par là le principe de l'immunité des œuvres d'art contre la saisie et le pillage »¹¹. Cette idée sera reprise et étendue par le droit de la guerre. La première occurrence fut présente dans le Code Lieber de 1863 où les pillages de biens étaient « interdits sous peine de mort ou de toute autre sanction grave appropriée »¹². Le Règlement de La Haye de 1907 a de nouveau rappelé que le pillage était « formellement interdit »¹³, ce qui assure une protection pour l'ensemble des biens durant les conflits armés. On constate alors que les œuvres d'art ne sont pas les seuls biens spécifiquement protégés lors des conflits armés.

Malgré la criminalisation de ces pratiques, le pillage et la destruction d'œuvre d'art n'ont pas cessé. Ce sont principalement les pillages ayant lieu durant la Seconde Guerre mondiale qui ont poussé la communauté internationale à prendre des mesures afin de protéger les biens culturels. Dès lors, des accords ont été adoptés afin d'assurer une protection internationale qui viserait particulièrement les œuvres d'art. Notons que c'était également à cette fin que certains représentants d'États avaient souhaité fonder l'UNESCO. Ainsi, la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé fut la première convention adoptée grâce à cette Organisation. Cette protection est donc vue largement, puisqu'elle ne concerne pas exclusivement des œuvres d'art, mais les biens culturels, tels que définis à l'article premier de la Convention¹⁴.

⁸ J. TULARD, *Napoléon, chef de guerre*, Paris, Tallandier, 2012, p. 109.

⁹ *Ibid.*, p. 110.

¹⁰ S. E. NAHLIK, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », *R.C.A.D.I.*, The Hague Academy of International Law, 1967, vol. 120, p. 75.

¹¹ H. MISSOUAOUI, *L'interdiction du pillage et de la destruction en temps de conflit armé : essai d'approche systémique*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 2013, p. 40.

¹² Article 44 des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (code Lieber).

¹³ Article 47 du Règlement de la Haye de 1907.

¹⁴ « Aux fins de la présente Convention, sont considérés comme biens culturels, quels que soient leur origine ou leur propriétaire :

a) les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus ;

b) les édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a, tels que les musées, les grandes bibliothèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles définis à l'alinéa a. ;

c) les centres comprenant un nombre considérable de biens culturels qui sont définis aux alinéas a. et b., dits

Cette convention a nécessairement des effets sur le marché de l'art, puisqu'elle exige une vigilance accrue des acteurs de ce secteur d'activité concernant la provenance des biens. D'autant que les États parties ont l'obligation d'assurer une protection effective des biens protégés, mais également de prévoir, dans leurs législations nationales, des sanctions en cas de non-respect de la convention. Nous pouvons notamment prendre l'exemple de la Malaisie qui a indiqué avoir adopté des sanctions pénales en cas de dégradation des biens culturels, incluant donc les œuvres d'art. Il en est de même pour la Suisse. Dans son code pénal militaire, les principes d'interdiction d'atteinte aux biens sont repris tout en y associant une « peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire et, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté de un an au moins »¹⁵.

De plus, l'un des buts du premier protocole de cette Convention est d'empêcher l'exportation de biens culturels d'un territoire occupé durant les hostilités. Enfin, en cas d'exportation illégale, les biens doivent être retournés sur leur territoire d'origine.

La première protection développée sous l'égide de l'UNESCO vise et encadre indirectement le marché de l'art. Elle connaît toutefois des limites puisque, comme l'ensemble du droit international public, celui-ci n'est pas nécessairement respecté durant des conflits armés. La Convention de 1954 n'est toutefois pas la seule limite initiée par cette Organisation afin d'assurer une protection pour les œuvres d'art.

B. Un cadre initié par l'UNESCO pour condamner les trafics illégaux d'œuvres d'art

Le cadre de protection des biens culturels et donc des œuvres d'art initié par l'UNESCO a été complété par la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Cette convention fut adoptée par la suite afin de compléter celle de 1954 et faisait suite à la recommandation définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques de 1956¹⁶. Ainsi, dès 1964, un comité d'experts fut nommé, ce qui permit l'adoption du texte définitif au mois d'avril 1970. Cette convention s'inscrit alors dans le contexte de la prise d'indépendance d'États. Bien que non rétroactive, elle vise le trafic illégal de biens culturels et a pour vocation la restitution d'œuvres volées. L'accent est donc mis sur la collaboration entre États. Comme pour la Convention de 1954, les États parties s'engagent alors à ce que leurs législations nationales contribuent à la bonne application de la convention, ce qui est rappelé aux articles 7 et 13.

Cette convention est la plus importante dans le cadre de notre étude, puisqu'elle assure une protection qui vise particulièrement les œuvres d'art et encadre donc le marché de l'art. Dans l'ensemble, l'application de cette convention est globalement satisfaisante. Plusieurs exemples le confirment. La tablette de Gilgamesh fut restituée aux autorités irakiennes en septembre 2021 par les autorités américaines. Cette œuvre avait été pillée, selon l'UNESCO, en 1991. Elle avait été introduite illégalement dans le marché américain en 2007, puis saisie par la justice américaine en 2019.¹⁷ Cet exemple est d'autant plus remarquable qu'il démontre une certaine

“centres monumentaux” ».

¹⁵ Article 111 du Code pénal militaire suisse.

¹⁶ Tout un volet de cette recommandation visait alors « la répression des fouilles clandestines et de l'exportation illicite des objets provenant de fouilles archéologiques », il revenait ainsi « aux États membres d'appliquer les dispositions [...] en adoptant, sous forme de loi nationale ou autrement, des mesures en vue de donner effet dans les territoires sous leur juridiction aux normes et principes formulés dans la présente recommandation ».

¹⁷ « La célèbre Tablette de Gilgamesh retourne en Iraq », *UNESCO*, 13 avril 2022. Document disponible à l'adresse [<https://www.unesco.org/fr/articles/la-celebre-tablette-de-gilgamesh-retourne-en-iraq>], consulté le 10 février

efficacité dans l'application de cette convention, bien que des mesures ne furent pas prises à la suite de sa mise en vente en 2007. En effet, les États-Unis n'étaient alors plus membres de l'UNESCO. Or, ce retrait avait également conduit cet État à s'éloigner de mécanismes créés par l'Organisation, contrairement au premier retrait ayant eu lieu de 1984 à 2002¹⁸. Dès lors, l'application des conventions adoptées sous l'égide de l'UNESCO n'était plus pleinement garantie, bien que l'État n'eût dénoncé aucune d'entre elles.

La bonne application de cette Convention est favorisée grâce à l'intervention de certains États particulièrement concernés par le risque de pillage ou de transit d'œuvres volées. La Grèce est l'un des États parties qui contribuent très largement à la bonne application de cette Convention depuis les années 2010. Elle incite notamment au « renforcement des capacités pour lutter contre le trafic illicite de biens culturels »¹⁹. Le développement de ces actions est une réponse à la progression de vols de biens culturels, mais également aux pillages de sites archéologiques et de trafics d'œuvres d'art²⁰. Cet État a largement concouru à la création du Comité subsidiaire de la Réunion des États parties qui contrôle l'application de la Convention de 1970. Il a également permis de renforcer la coopération entre les États parties.

Pour garantir une lutte d'autant plus efficace contre le trafic illégal de biens culturels, l'UNESCO a souhaité s'associer à l'UNIDROIT, organisation dont le but est l'harmonisation et la coordination du droit privé des États. Cette entente a permis le développement et l'adoption de la Convention sur les biens culturels volés et importés illicitement sous l'égide de l'UNIDROIT en 1995. Cette convention a permis d'étendre le cadre initié par la Convention de 1970 de l'UNESCO. La vocation première de la Convention de 1995 était d'encadrer le transfert du droit de propriété. Ce point était à l'origine de difficultés et la Convention de l'UNESCO de 1970, en tant qu'instrument de droit international public, ne l'abordait pas. Les États peuvent également compter sur l'aide d'INTERPOL grâce à la mention du « registre relatif aux biens culturels volés »²¹.

Enfin, les États peuvent compléter le cadre initié par l'UNESCO et ses partenaires. Ainsi, la Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels de Nicosie du 19 mai 2017, entrée en vigueur en avril 2022, en est l'un des exemples. Elle « envisage les sanctions pénales à l'égard des personnes qui, ayant acquis ou mis sur le marché des biens culturels volés, issus de fouilles, importations ou exportations illégales »²².

Cette coopération met en avant le rôle central de l'UNESCO dans la protection de biens culturels, et donc des œuvres d'art. Pour autant, cette organisation ne saurait être la seule actrice internationale à l'origine de mécanismes internationaux en faveur de la protection des œuvres d'art. Il n'en demeure pas moins que son rôle est incontestable, comme l'a notamment rappelé le Conseil de Sécurité des Nations Unies²³.

2026.

¹⁸ Lors du premier retrait des États-Unis de l'UNESCO, l'État continua de participer activement aux activités associées à la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. En 1992, une réunion du comité du patrimoine mondial eu lieu à Santa Fe.

¹⁹ A. MANIATIS, « Le trafic illicite des biens culturels », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, vol. 1, n° 1, p. 183.

²⁰ E. SETTOUL, « L'État islamique 2014-2024 Les évolutions stratégiques d'une utopie califale », *Annuaire français de relations internationales*, 2024, p. 913.

²¹ Article 4 de la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés de 1995.

²² E. FORTIS, « Provenance et trafic illicite des biens culturels », *Grief*, 2021, n°8/2, p. 65.

²³ Dans la résolution 2199 (2015), adoptée par le Conseil de sécurité le 12 février 2015, la Convention de 1970 est évoquée lorsqu'il est rappelé l'interdiction du « commerce des biens culturels irakiens et syriens et des autres objets ayant une valeur archéologique, historique, culturelle, scientifique ou religieuse, qui ont été enlevés

II. L'APPLICATION DES CONVENTIONS A RELATIVISER

La protection des œuvres et donc le contrôle du marché de l'art assurés par l'UNESCO sont partiels au regard du développement de ce secteur d'activité (A). De plus, le contrôle du marché de l'art ne demeure qu'une réalisation indirecte des buts visés par son acte constitutif et est limité par la volonté des États. Cela restreint intrinsèquement le rôle de l'UNESCO dans le marché de l'art (B).

A. Un marché de plus en plus carnassier

Au-delà de la question de ce que représentent des œuvres d'art pour le patrimoine culturel d'un État, ce sont des biens dans le commerce. Le marché de l'art est ancien, il a débuté à l'Antiquité : « dès le IV^e siècle [av. J.-C.] apparaissent les premiers témoignages d'achats d'œuvres d'art neuves à usage privé, soit pour rendre des cultes domestiques, soit pour le plaisir des yeux »²⁴. Le marché de l'art n'a cessé d'évoluer et demeure un secteur économique porteur.

Le développement du marché de l'art apparaît comme un frein à l'application du droit international public. Bien que la pratique ne soit pas récente, les pillages de sites archéologiques sont de plus en plus organisés. Dès lors, les commerçants d'art sont l'un des acteurs essentiels dans la protection de ces biens.

Il leur est donc indispensable de respecter des règles relatives à la déontologie du marché de l'art. Elle peut être résumée en deux points : protection du patrimoine et transparence des transactions. Ces principes sont les mêmes dans le cadre du marché primaire que du marché secondaire. Ainsi, au regard du premier point, les acteurs en charge de la vente des œuvres se doivent de respecter les normes encadrant, notamment, l'exportation de biens. Les principes issus des Conventions prises sous l'égide de l'UNESCO doivent donc être appliqués. Pour ce faire, une vérification est opérée afin d'identifier les origines et l'authenticité des objets offerts à la vente. Le recueil des obligations déontologiques des opérateurs de ventes aux enchères publiques volontaires et des commissaires-priseurs de ventes volontaires rappelle alors que « l'opérateur de ventes volontaires procède aux diligences appropriées en ce qui concerne l'origine de l'objet qu'il met en vente et les droits des vendeurs sur cet objet. Ces diligences tendent notamment à s'assurer que cet objet ne provienne ni d'un vol, d'un détournement de bien public, d'une spoliation, d'une fouille illicite ou, plus généralement, d'un trafic de biens culturels. En cas de doute, l'opérateur de ventes volontaires s'abstient de mettre l'objet en vente et informe le vendeur et les autorités judiciaires et administratives compétentes conformément aux dispositions légales en vigueur. »²⁵. De plus, sa responsabilité peut être engagée²⁶. Il en est de même pour les experts dans les cas où l'authenticité ou la provenance de l'œuvre pouvait être facilement établie²⁷. Enfin, est mis en place le *vetting* et a pour but « de vérifier en amont

illégalement d'Iraq depuis le 6 août 1990 et de Syrie depuis le 15 mars 2011 » et qu'il était nécessaire que ces biens soient resitués à l'Irak et à la Syrie.

²⁴ M. HOOG, E. HOOG, *L'Histoire du marché de l'art*, Paris, PUF, 2009, p. 5.

²⁵ Point 1.2 du recueil des obligations déontologiques des opérateurs de ventes aux enchères publiques volontaires et des commissaires-priseurs de ventes volontaires.

²⁶ L'article L321-17 aliéna 1 du code de commerce dispose que « les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques mentionnés à l'article L. 321-4 et les officiers publics ou ministériels compétents pour procéder aux ventes judiciaires et volontaires ainsi que les experts qui les assistent dans la description, la présentation et l'estimation des biens engagent leur responsabilité au cours ou à l'occasion des prises et des ventes de meubles aux enchères publiques, conformément aux règles applicables à ces ventes ».

²⁷ M. CORNU, N. MALLET-POUJOL, *Droit, œuvres d'art et musées. Protection et valorisation des collections*, Paris,

l'authenticité des objets qui vont y être vendus »²⁸. Cette session est réalisée par des « professionnels du monde de l'art, qu'il s'agisse d'historiens de l'art, de conservateurs de musée, d'experts indépendants, de marchands ou de restaurateurs d'œuvres »²⁹ l'aide des technologies adoptées. L'intérêt de cette pratique est que le contrôle est exécuté en comité, là où auparavant, un seul expert pouvait étudier un lot mis en vente. Ces experts ont donc la possibilité de retirer un bien qui ne serait pas conforme. L'intérêt pour le marchand est d'éviter, autant que possible, toutes poursuites à l'issue de la vente d'un bien dont l'authenticité ou la provenance ne seraient pas conformes.

Malgré ces pratiques, le marché de biens volés continue de s'accroître. Ces violations du droit demeurent une véritable préoccupation de l'UNESCO. Bien qu'une aide aux États parties aux différentes conventions soit apportée, l'Organisation ne dispose pas de moyens efficaces pour endiguer ce phénomène. Le travail effectué par l'UNESCO auprès des professionnels s'apparente davantage à de la prévention.

De plus ce marché a connu de nombreuses évolutions à cause des ventes en ligne, qui limitent grandement le contrôle sur l'origine des biens vendus. Bien que des plateformes telles qu'eBay aient déjà été condamnées³⁰, les contrôles demeurent très limités, ce qui restreint donc la protection issue des différentes conventions. De plus, ont émergé des ventes sur des plateformes cryptées ainsi que les réseaux sociaux qui réduisent donc quasiment intégralement la possibilité de contrôle de la traçabilité du bien. Ces pratiques n'ont pas cessé de croître depuis 2020 et limitent également la bonne application du droit international public.

B. Le rôle de l'UNESCO intrinsèquement limité

À travers certaines conventions adoptées grâce à l'initiative de l'UNESCO et ses interventions au sein de la communauté internationale, on remarque que la protection assurée par cette organisation internationale a pour but d'interdire le trafic d'œuvres d'art, puisque cette mission assure la bonne réalisation de l'un de ses buts³¹. Or, l'encadrement du marché de l'art n'est qu'une activité subsidiaire pour l'UNESCO. La majorité des conventions et mesures prises par cette dernière ne concerne pas ce secteur d'activité. Par exemple, la Convention portant protection du patrimoine mondial assure une protection pour le patrimoine culturel et naturel. Elle protège principalement « les monuments », « les ensembles » et « les sites »³². Or, la vente d'un lieu, d'un édifice, ne relève pas du même régime juridique que celui du marché de l'art. Il en est de même pour la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001. L'interdiction de pillage des sites archéologiques est de nouveau rappelée, mais ne constitue pas le cœur de cette convention. Elle ne saurait rentrer dans le corpus qui limite le marché de l'art.

Par conséquent, le rôle de l'UNESCO dans le marché de l'art ne peut qu'être limité. D'autant que l'adoption de nouvelles conventions qui viseraient spécifiquement ce secteur d'activité

CNRS ed., p. 44.

²⁸ A.-S. V. E. RADERMECKER, S. DU ROY DE BLICQUY, « L'art et son marché », *Dossiers du CRISP*, 2018, n°89, p. 86.

²⁹ *Ibid.*, pp. 86-87.

³⁰ E. FORTIS, « La marchandisation de l'art et le droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2017, n°39, p. 30.

³¹ Pour rappel, l'un des buts de l'UNESCO, énoncé à l'article premier de son acte constitutif, est de veiller « à la conservation et protection du patrimoine universel de livres, d'œuvres d'art et d'autres monuments d'intérêt historique ou scientifique, et en recommandant aux peuples intéressés des conventions internationales à cet effet ».

³² Article 1 de la Convention portant protection du patrimoine mondial assure une protection pour le patrimoine culturel et naturel.

pourrait être perçue par les membres comme une volonté d'outrepasser les compétences attribuées à l'Organisation.

De plus, la protection assurée par l'UNESCO est, par nature, limitée puisqu'elle dépend de la volonté politique des États. Nous sommes donc amenés à nous questionner sur l'application effective des accords pris sous l'égide de l'UNESCO. En effet, dans l'éventualité où l'un des États parties ne respecte pas l'une des obligations nées de l'une des conventions, l'UNESCO ne dispose d'aucun moyen qui permet de sanctionner efficacement cette violation.

Cette limite n'est toutefois pas surprenante au regard du fonctionnement même du droit international public, dont l'application est par nature essentiellement soumise à la volonté des États. Ainsi, durant des conflits armés, le droit international dans son ensemble n'est pas nécessairement respecté par les États. Cela implique donc que des violations des conventions adoptées sous l'impulsion de l'UNESCO puissent également avoir lieu, comme le rappelait la Directrice générale de l'Organisation à l'occasion de la Journée internationale de lutte contre le trafic illicite des biens culturels le 14 novembre 2024³³.

Pour tenter de garantir la bonne application des Conventions de 1954 et de 1970, l'UNESCO aide les États parties à mettre en place certaines aides. Elle assure des formations auprès des autorités publiques qui seraient potentiellement au contact de biens volés. Les policiers et douaniers peuvent donc être informés des bonnes pratiques à adopter pour empêcher la violation du droit international. Bien que ces formations puissent être utiles pour assurer le respect des conventions, elles présentent toutefois des limites puisque l'ensemble des agents des États ne peuvent pas en bénéficier.

³³ A. AZOULAY, « Message de Mme Audrey Azoulay, Directrice générale de l'UNESCO, à l'occasion de la Journée internationale de lutte contre le trafic illicite des biens culturels », *UNESCO*, 14 novembre 2024. Document disponible à l'adresse [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000391910_fre], consulté le 8 septembre 2025.

LA PROTECTION DE L'ART EN TANT QU'OBJET D'INVESTISSEMENT : PROTECTION JURIDIQUE ET DEFIS DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Floriane CHANG

Doctorante à la City University of Hong Kong

L'intersection entre l'art et l'investissement a suscité un intérêt croissant, stimulé par la mondialisation et la reconnaissance de l'art en tant que classe d'actifs de grande valeur¹. Historiquement, la valorisation de l'art a considérablement évolué, passant d'un simple objet culturel à un actif d'investissement. Cette transformation trouve ses origines à la Renaissance, période durant laquelle le mécénat artistique a commencé à être perçu comme un symbole de statut social parmi l'élite européenne. Au XXe siècle, l'émergence des mouvements artistiques modernes et la reconnaissance de l'art en tant qu'actif essentiel dans les portefeuilles financiers des collectionneurs ont conduit à une croissance sans précédent du marché de l'art. Cette perspective historique permet d'appréhender les complexités et les défis contemporains à l'intersection de l'art, du droit et de l'investissement international. Au cours des dernières années, on observe une augmentation des demandes de restitution de biens culturels, qu'il s'agisse des marbres d'Elgin² ou du retour des artefacts africains³. Parallèlement, les préoccupations concernant la provenance des œuvres d'art présentes dans les musées⁴, les collections privées et les maisons d'enchères se sont intensifiées⁵, entraînant une implication croissante des juridictions internationales et de mécanismes alternatifs tels que la Cour d'Arbitrage pour l'Art (CAfA)⁶, première cour d'arbitrage dédiée aux litiges relatifs à l'art.

La croissance du marché mondial de l'art engendre des tensions entre la libre circulation des œuvres, souhaitée par les collectionneurs, galeries et musées internationaux, et la protection du patrimoine culturel souhaitée par les États d'origine⁷. Dans ce contexte, la reconnaissance du patrimoine culturel en tant qu'intérêt public fondamental peut justifier certaines mesures réglementaires prises par les États, telles que des interdictions d'exportation, des politiques de

¹ The Art Basel and UBS Art Market Report 2025 [<https://www.ubs.com/global/en/our-firm/art/art-market-research/download-market-report-2025.html>].

² Voir C. TITI, *The Parthenon Marbles and International Law*, Springer International Publishing, 2003, pp. 125-137. Voir également C. TITI, « Museums and the Spoils of Empire: From the Benin Bronzes to Those Marbles Again », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 2025, vol. 53, iss. 4, pp. 979-987.

³ En France, Loi n°2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal. Voir également le rapport Sarr-Savoy sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle rédigée par Felwine Sarr et Bénédicte Savoy en novembre 2018. Récemment voir également le retour de Katakélé à la République du Bénin par la France [<https://ial.uk.com/katakle-returned-benin/>].

⁴ Rapport d'information n°239 (2020-2021), Le retour des biens culturels aux pays d'origine : un défi pour le projet universel des musées français [https://www.senat.fr/rap/r20-239/r20-239_mono.html#toc57]. Voir particulièrement la Partie II. 2. Sur la documentation des collections : l'enjeu autour de la recherche de provenance.

⁵ C. HALES, « Sotheby's suspend une vente de reliques après la contestation de l'Inde », 9 mai 2025 [<https://www.lejournaldesarts.fr/marche/sothebys-suspend-une-vente-de-reliques-apres-la-contestation-de-linde-177812>].

⁶ Le 6 juin 2018, la première Cour d'Arbitrage de l'Art (CAfA) a été officiellement inaugurée à La Haye. Ce tribunal spécialisé a été créé en réponse aux critiques du marché de l'art selon lesquelles les juges manquent d'expertise pour trancher des questions telles que l'authenticité.

⁷ Voir A. JAKUBOWSKI, « The Public and the Private in Art Collections », J. SANCHEZ CORDERO (dir.), *Culture and Law: An Inescapable Encounter*, International Academy of Comparative Law, 2022, p. 74.

restitution ou encore des restrictions à la vente. Ces normes juridiques ont été initialement adoptées lors des conflits armés car les patrimoines culturels et les œuvres d'art ont souvent été les cibles de pillages et de destructions en raison de leur signification symbolique profonde pour les nations et les communautés. Par exemple, la Convention de la Haye de 1954⁸ et les résolutions adoptées par la conférence traitent de la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Après la Seconde Guerre mondiale, une augmentation significative du commerce illicite d'artefacts culturels a été observée, incitant les pays à adopter des réglementations plus strictes avec notamment la Convention de 1970 de l'UNESCO⁹ et la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés de 1995¹⁰.

Cet article examine la question de savoir dans quelle mesure le droit international des investissements, conçu pour protéger des investissements industriels ou infrastructurels, est adapté pour encadrer et protéger des investissements dans des biens culturels, par nature soumis à des impératifs de souveraineté et de protection patrimoniale.

Cette question se pose pour plusieurs raisons. D'une part, les œuvres d'art sont de plus en plus considérées comme des actifs financiers, souvent employées à des fins d'investissement à long terme ou de spéculation¹¹. D'autre part, le droit international de l'investissement est principalement conçu pour protéger les biens matériels dans un cadre économique, sans toujours prendre en compte les particularités culturelles et patrimoniales associées à l'art. Cette dualité entre l'aspect économique et culturel de l'art crée un terrain de tension, notamment lorsqu'il s'agit de garantir aux investisseurs une protection contre l'expropriation ou le traitement discriminatoire. En outre, l'examen de cette question permet d'explorer comment les mécanismes de protection des investissements, issus des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et des accords multilatéraux, peuvent être appliqués au secteur artistique et culturel, et quels sont les risques attachés à cette protection. Par ailleurs, cette problématique soulève des interrogations sur la place de l'art dans les relations internationales, l'impact des politiques publiques sur la circulation des œuvres d'art et le respect des engagements internationaux en matière de protection du patrimoine culturel. Elle fait écho à des discussions plus larges sur la compatibilité entre les objectifs économiques et les valeurs culturelles des États qui ont été toujours omniprésentes particulièrement en France¹² et au Canada¹³, notamment concernant l'exception culturelle dans les traités internationaux.

Cet article est structuré en deux parties. La première partie établit le cadre juridique en analysant les liens entre la notion d'investisseur et d'investissement dans les traités d'investissement, ainsi que l'art en tant qu'actif. Cette section évalue si les œuvres d'art, en tant qu'actifs économiques, peuvent être couvertes de manière explicite ou implicite par les TBI (I). La seconde partie propose une réflexion sur le régime juridique, en mettant l'accent sur les

⁸ Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et son Règlement d'exécution [<https://www.unesco.org/fr/heritage-armed-conflicts/1954-convention?hub=66535>].

⁹ Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, 15 novembre 1970, Paris, France (la Convention de 1970 de l'UNESCO).

¹⁰ Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995).

¹¹ Voir Art & Finance Report 2023 by Deloitte [<https://www.deloitte.com/content/dam/assets-zone2/lu/en/docs/services/financial-advisory/2023/art-finance-report-2023.pdf>].

¹² Voir T. BISHOP, « France and the Need for Cultural Exception », *New York University Journal of International Law and Politic*, 1996, Vol. 29, pp. 197-193.

¹³ La présence de l'exception culturelle dans divers accords commerciaux avec le Canada, tels que l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), préserve l'exception pour les industries culturelles du Canada, qui sont essentielles à l'identité nationale du pays. Voir G. GAGNE, « The Treatment of Cultural Products and the Cultural Exemption Clause », G. GAGNE, M. RIOUX (dir.), *NAFTA 2.0*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, pp. 243-260.

difficultés spécifiques auxquelles les investisseurs dans le domaine de l'art peuvent être confrontés, telles que les réglementations étatiques spécifiques concernant les exportations et la patrimonialisation des œuvres. Cette section aborde également les enjeux de la protection contre l'expropriation dans le cadre des traités, notamment lorsque des œuvres sont soumises à des réglementations nationales liées au patrimoine (II). La conclusion met en lumière les défis futurs pour le secteur de l'art en tant qu'investissement sous le droit international. Elle pourrait également suggérer des pistes pour améliorer la protection juridique des œuvres d'art et des investisseurs, en tenant compte des particularités culturelles et patrimoniales.

I. LE CADRE JURIDIQUE DE LA PROTECTION DE L'ART EN TANT QU'INVESTISSEMENT ETRANGER

Cette partie examine les conditions dans lesquelles les acteurs du marché de l'art peuvent bénéficier des protections offertes par les traités d'investissement. La protection repose sur une double condition : d'une part, la qualification du détenteur en tant qu'investisseur protégé (A) et, d'autre part, la démonstration que l'œuvre elle-même constitue un investissement protégé (B).

A. Définition d'un investisseur protégé par les traités d'investissements internationaux

L'article 25 de la Convention du Centre international pour le règlement des différends (CIRDI) relatifs aux investissements, qui pose les conditions d'accès à l'arbitrage, est fondé principalement sur la nationalité de l'investisseur¹⁴. Certains TBI adoptent une définition restrictive de l'investisseur tandis que d'autres optent pour une approche plus large, englobant divers types d'entités. Traditionnellement, les types d'investisseurs reconnus sont soit des personnes physiques (nationaux d'un État contractant) soit des personnes morales (sociétés, entreprises) constituées conformément aux lois de l'État contractant concerné. Le véritable enjeu dans le contexte de l'art comme objet-investissement ne réside pas dans la définition de l'investisseur, mais dans celle de l'investissement lui-même.

Il est entendu ici que l'investisseur protégé fait référence à un collectionneur privé, une maison d'enchères, une fondation ou toute institution qui pourrait avoir un intérêt à acquérir des œuvres d'art et favoriser les échanges culturels en tenant en compte du Point 2 du Préambule de la Convention 1970 de l'UNESCO qui prévoit que « Considérant que l'échange de biens culturels entre nations à des fins scientifiques, culturelles et éducatives approfondit la connaissance de la civilisation humaine, enrichit la vie culturelle de tous les peuples et fait naître le respect et l'estime mutuels entre les nations »¹⁵. Ce point est réitéré par la Convention UNIDROIT 1995 : « Convaincus de l'importance fondamentale de la protection du patrimoine culturel et des échanges culturels pour promouvoir la compréhension entre les peuples, et de la diffusion de la culture pour le bien-être de l'humanité et le progrès de la civilisation »¹⁶.

¹⁴ Seuls les investisseurs qui possèdent la nationalité d'un État contractant peuvent déposer une plainte contre l'autre État contractant où leurs investissements sont réalisés. Voir *Affaire Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, ICSID Case No ARB/02/7, 7 juillet 2004. Pour une analyse plus approfondie, voir également J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (dir.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, p. 45.

¹⁵ Point 2 du Préambule de la Convention de 1970 de l'UNESCO.

¹⁶ Point 2 du Préambule de la Convention UNIDROIT 1995.

B. Définition d'un investissement protégé par les traités d'investissements internationaux

Avant d'entreprendre une analyse approfondie de la définition d'un investissement protégé, il est impératif de d'abord clarifier la notion d'investissement dans le cadre de cet article. Le présent article se concentre sur le marché de l'art, mettant en avant un investissement orienté vers l'acquisition, la propriété et la préservation de l'objet d'art. Un investisseur, qu'il soit un particulier, un fonds, une fondation ou une institution étrangère, mobilise des capitaux pour acquérir des objets culturels. La valeur de cet investissement est directement corrélée au prix de l'objet sur le marché, lequel est influencé par sa rareté, sa provenance, son état de conservation et les tendances du marché de l'art. Cet article ne traite pas d'un investissement visant à soutenir les infrastructures de production artistique, telles qu'une organisation non-gouvernementale (ONG) ou une entreprise culturellement engagée.

L'enjeu central est que si une activité économique est qualifiée d'investissement « protégé », l'investisseur bénéficie des protections substantielles prévues par les accords internationaux d'investissement. La Convention CIRDI ne définit pas explicitement ce qu'est un investissement. En général, la plupart des TBI fournissent une définition de ce qu'est un « investissement » mais la diversité réside dans les types de définition et le langage spécifique utilisé. Les TBI définissent l'investissement de deux manières principales. La définition la plus courante est fondée sur les actifs et couvre largement « tout type d'actif » pour attirer les capitaux étrangers, mais cela peut exposer les États à des recours en arbitrage imprévus. La définition moins courante est fondée sur l'entreprise, elle est plus étroite et se concentre sur les actifs liés à une entreprise établie localement et permet aux investisseurs d'intenter des actions en justice au nom de cette entreprise¹⁷.

La jurisprudence a également comblé ce vide, notamment dans l'affaire *Salini contre Maroc*¹⁸ qui a formulé un test en quatre critères :

- (1) Une contribution d'argent ou d'autres actifs de valeur économique,
- (2) une certaine durée,
- (3) un élément de risque et,
- (4) une contribution au développement de l'État hôte¹⁹.

Cependant, le test *Salini* fait l'objet de critiques en raison de son accent sur les investissements dits traditionnels, par opposition aux nouveaux types d'investissements comme ceux dans le domaine numérique. Les récents TBI adoptent des définitions larges et ouvertes indiquant que les définitions sont « indicatives plutôt que définitives ». Dans l'affaire *AIIY c. République Tchèque*²⁰ la définition inclut « tout type d'actif appartenant à l'investisseur », sans condition supplémentaire. Le tribunal souligne qu'il n'appartient pas au juge d'ajouter des critères non prévus par les parties. De même, les dispositions des traités d'investissement contemporains tels que l'article 1 (f) du TBI Autriche-Kirghizstan (2016)²¹ ou l'article 1^{er} du TBI Colombie-France (2014) ont tendance à avoir des définitions plus larges de l'investissement qui peuvent inclure des actifs tangibles tant qu'il y a « a) un apport de capitaux

¹⁷ W. SHAN, L. WANG, « The Concept of "Investment": Treaty Definitions and Arbitration Interpretations », J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (dir.), *op. cit.*, note 14, p. 25.

¹⁸ Voir *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4.

¹⁹ Il s'agit du critère le plus développé en jurisprudence. Certains le jugent essentiel, d'autres non.

²⁰ *AIIY Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. UNCT/15/1.

²¹ Article 1(f) « any other tangible or intangible, movable or immovable property, [...] ».

ou d'autres ressources ; et b) d'un risque qui soit au moins partiellement supporté par l'investisseur »²².

Pour une application du test Salini aux investissements dans le marché de l'art, concernant le critère (1), un ressortissant étranger investissant dans l'achat, la préservation ou la promotion d'œuvres d'art dans l'État hôte remplit le critère d'une contribution d'argent. La valeur économique de l'objet est clairement établie par le marché de l'art²³. En revanche, une simple vente de biens consistant en une transaction ponctuelle, sans engagement ni implication à long terme dans l'État d'accueil est dépourvue des attributs d'un investissement²⁴. Pour le critère (2), une espérance de plus-value ou d'opportunités de revente à moyen ou long terme satisfait la condition d'une certaine durée. Pour le critère (3), il y a bien une présence de risques, notamment commerciaux tels que les régulations du marché, des doutes sur l'authenticité ou des évolutions normatives. Le critère (4) est celui posant le plus de problèmes en jurisprudence concernant la contribution au développement de l'État hôte. Il s'agit du critère le plus difficile à prouver mais un soutien au marché local de l'art²⁵, une promotion des échanges culturels internationaux et une valorisation de la diplomatie culturelle du pays hôte²⁶ peuvent être considérés comme des contributions au développement de l'État hôte même s'il ne s'agit pas d'une contribution financière directe²⁷. Cela s'inscrit dans le développement des investissements axés sur la préservation de l'environnement et les bénéfices sociétaux qui privilégient la préservation écologique et les retombées sociales au détriment des gains financiers²⁸. Contrairement aux secteurs comme l'infrastructure ou l'industrie, où l'investissement se manifeste par des résultats tangibles (routes, usines...), les investissements artistiques ont un impact plus subtil, mais potentiellement profond sur le développement culturel et économique d'un pays. En revanche, lorsque l'investissement vise l'acquisition d'un trésor national ou d'un artefact patrimonial qui est immédiatement exporté et ne revient jamais, la contribution au développement de l'État hôte est considérablement réduite, voire négative.

II. LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE A L'ART EN TANT QU'INVESTISSEMENT ETRANGER PROTEGE

Après avoir abordé les défis que soulève la qualification de l'art comme investissement (A), nous en analyserons les conséquences juridiques, notamment à travers les protections accordées (B).

²² Voir le décret n°2020-1282 du 22 octobre 2020 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Bogota le 10 juillet 2014.

²³ Cette contribution peut également être une forme d'expertise. Voir *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29.

²⁴ Voir *Romak v. The Republic of Uzbekistan*, PCA Case No. 2007-07/AA820.

²⁵ Si l'achat est effectué dans une galerie locale, il injecte des capitaux directement dans l'écosystème artistique du pays hôte. Cela soutient les commerces tels que les galeries, maisons de vente, transporteurs spécialisés.

²⁶ L'acquisition d'une œuvre d'un artiste national par un collectionneur ou un musée étranger confère une reconnaissance internationale à cet artiste et par extension à la scène culturelle de son pays d'origine. Si l'œuvre est ensuite prêtée ou exposée dans un musée du pays hôte ou si elle est conservée dans une collection privée accessible au public, elle peut devenir une attraction culturelle.

²⁷ Voir C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 59.

²⁸ Voir K. GORDON, J. POHL, M. BOUCHARD, « Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey », OECD Working Papers on International Investment 2014/01, *OECD Publishing*, 2014, pp. 5-26.

A. Les défis de la qualification de l'art comme investissement

L'allocation de capitaux ou ressources par des investisseurs étrangers dans des œuvres d'art susceptibles de transactions commerciales, incluant l'achat, la possession ou le financement d'œuvres d'art en vue de rendements financiers, représente également un investissement pour le pays hôte. Il dynamise son marché de l'art, valorise son patrimoine culturel sur la scène internationale et génère des retombées économiques significatives. L'art devient ainsi un actif financier, soumis aux règles du commerce international et des investissements transfrontaliers.

Plusieurs défis pratiques peuvent être mentionnés. Tout d'abord, les restrictions à l'import et export, puisque les États imposent dans la majorité des cas des contrôles douaniers stricts sur les œuvres d'art, notamment pour empêcher la fuite de biens culturels et donc préserver le patrimoine national ou lutter contre le trafic illicite tel que le vol, le pillage ou la falsification²⁹. Par ailleurs, certaines œuvres sont classées « trésors nationaux »³⁰ et ne peuvent être exportées sans autorisation³¹. Les investisseurs étrangers peuvent être confrontés à des refus administratifs ou des procédures longues. Cela peut également engendrer des risques de doubles taxations dans le pays d'origine (droits de sortie, TVA) et dans le pays d'importation (droits d'entrée, taxes locales)³². Enfin, le marché de l'art est volatil, c'est-à-dire que les prix fluctuent fortement selon la demande et l'illiquidité. Cependant, le système actuel de restrictions à l'exportation dans la plupart des pays ne tient souvent pas compte du fait que les exportations peuvent dans certains cas servir un intérêt sociétal plus large, comme l'enrichissement de collections publiques ou privées à l'étranger. La France, avec ses politiques rigoureuses en matière de patrimoine culturel, impose d'importantes restrictions à l'exportation de trésors nationaux, ce qui menace également le potentiel d'investissement. Une situation analogue s'est manifestée aux États-Unis à la suite de l'imposition, sous la présidence de Donald Trump, de droits de douane sur certaines importations, créant une incertitude dans le secteur artistique quant à l'exemption éventuelles des œuvres d'art de ces mesures tarifaires³³.

A ces défis pratiques s'ajoutent des défis théoriques. Des obligations sont également imposées par les traités et conventions internationales. Les États doivent respecter les accords tels que la Convention de l'UNESCO de 1970 contre le trafic illicite, la Convention UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels volés, ainsi que les accords bilatéraux entre pays pour faciliter les échanges. Cependant, la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la

²⁹ Par exemple, les critères de Waverly au Royaume-Uni : « *Is it closely connected with our history and national life that its departure would be a misfortune? Is it of outstanding aesthetic importance? Is it of outstanding significance for the study of some particular branch of art, learning or history?* ». De même en France, l'exportation d'un bien culturel ayant un intérêt historique, artistique ou archéologique est soumise à autorisation, selon sa valeur et son ancienneté. Voir le Circulaire du 3 juillet 2012 relative à la protection du patrimoine culturel et le Code du Patrimoine, article L111-1 à L111-7. Voir également le Règlement (CE) n°116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 concernant l'exportation de biens culturels.

³⁰ Voir article L121 -1 à L121-4 du Code du Patrimoine pour les trésors nationaux.

³¹ Par exemple, Canadian Cultural Property Export Control List (C.R.C., c. 448) [https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/C.R.C.,_c._448/index.html].

³² Voir Wts Global, « Taxation of Artwork Guide – A comprehensive study from 26 countries across the world » [https://wts.com/wts.com/publications/Private-clients/WTSGlobal_TaxationOfArtworks-Guide.pdf].

³³ D. GRANT, « Amid uncertainty over Trump's tariffs, many collectors pause purchases while others "hold their noses and pay" », *The Art Newspaper*, 4 juin 2025.

Convention UNIDROIT de 1995 a varié considérablement d'un pays à l'autre, donnant lieu à une mosaïque de mécanismes d'application³⁴.

B. Les conséquences de la qualification : les protections accordées

Deux cas doivent être analysés. Dans un premier temps, l'expropriation indirecte est particulièrement pertinente dans le contexte artistique. Elle vise les situations où des mesures réglementaires affectent la valeur ou la jouissance d'un investissement sans transfert formel de propriété. Une interdiction d'exporter des œuvres d'art peut considérablement réduire leur valeur en limitant l'accès aux marchés internationaux. Cependant, le droit international coutumier n'interdit pas aux États hôtes d'exproprier des investissements étrangers, sous réserve du respect de certaines conditions. Ces conditions sont les suivantes : l'appropriation de l'investissement à des fins d'utilité publique, conformément à la loi, de manière non discriminatoire et moyennant indemnisation³⁵. Cela soulève la question de savoir si l'État doit indemniser l'investisseur pour la perte subie.

Dans un second temps, le traitement juste et équitable est un standard fondamental dans les traités d'investissement. Il vise à assurer un comportement transparent, cohérent et non arbitraire de la part de l'État hôte vis-à-vis de l'investisseur étranger. L'affaire de référence est l'affaire *Crystallex c. Venezuela*³⁶ relative à un refus d'un permis d'exploitation minière pour des raisons environnementales. Le tribunal a reconnu que les attentes légitimes de l'investisseur avaient été compromises par une décision incohérente du gouvernement. Par application au contexte artistique, un État peut adopter une nouvelle législation interdisant l'exportation d'œuvres d'art pour préserver son patrimoine culturel. Cela peut perturber les plans d'investissement ou les attentes économiques d'un collectionneur ou galeriste étranger. Dans les deux cas (que ce soit pour l'environnement ou la culture), il s'agit de trouver un équilibre entre la protection de l'intérêt public et la garantie de sécurité juridique et de prévisibilité pour les investisseurs.

Le droit international de l'investissement, notamment par le biais des accords internationaux d'investissement (AII) peut potentiellement limiter la capacité d'un État à adopter des mesures d'intérêt public. Cela crée une tension entre la protection des investisseurs et l'autonomie réglementaire des États³⁷. La menace du règlement des différends entre investisseurs et États peut dissuader les États d'adopter des réglementations, un phénomène connu sous le nom de « paralysie réglementaire »³⁸. Face aux préoccupations concernant

³⁴ W. KUZMA, « Potentiating Loopholes: How Erratic and Piecemeal Implementation of the 1970 UNESCO Convention Has Failed to Protect Cultural Antiquities », *The Columbia Journal of Law & The Arts*, 2019, vol. 42 (4), pp. 501-518.

³⁵ Voir OECD, Working Papers on International Investment 2004/04, « *Indirect Expropriation* » and the « *Right to Regulate* » in *International Investment Law*, septembre 2004. [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2004/09/indirect-expropriation-and-the-right-to-regulate-in-international-investment-law_g17a166d/780155872321.pdf].

³⁶ *Crystallex v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2.

³⁷ Voir B. BEYSULEN ANGIN, « The Right to Regulate vs Investment Protection: Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2025, vol. 40 (1), pp. 11-41. L'auteur relève trois raisons justifiant cette tension : l'incompréhension du concept d'intérêt public, l'absence de critères d'évaluation universels et systématiques dans le système et un manque de sécurité et de prévisibilité juridique.

³⁸ Il y a trois types de « *regulatory chill* ». (1) Le refroidissement par internalisation : les progrès réglementaires sont freinés dans tous les domaines affectant les investisseurs étrangers car les responsables gouvernementaux s'inquiètent du risque de litige entre un investisseur et l'État. (2) Le refroidissement par menace : les mesures réglementaires spécifiques proposées par le gouvernement sont refroidies suite à la menace d'arbitrage d'un

l'autonomie réglementaire, de nombreux États ont mis en œuvre des réformes dans la rédaction des AII. Certains traités récents exemptent certaines mesures comme la lutte antitabac ou la réglementation en matière de santé publique de recours au règlement des différends entre investisseurs et États³⁹. De plus, certaines annexes prévoient généralement que les mesures réglementaires visant à protéger des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique ou la protection de l'environnement ne constituent pas des expropriations indirectes⁴⁰. Ces approches visent à concilier la protection des investisseurs avec la nécessité pour l'État d'adopter des réglementations légitimes d'intérêt public, notamment dans des domaines comme la santé publique. Par essence, la relation entre l'autonomie réglementaire des États et le droit des investissements est une question de négociation et d'équilibre constants ; les États cherchent à attirer les investissements étrangers tout en préservant leur capacité à réglementer dans l'intérêt public.

Par ailleurs, le droit international de l'investissement reconnaît et affirme l'autonomie réglementaire des États en matière de protection du patrimoine culturel. Cette évolution est manifeste dans la rédaction plus précise des récents accords de libre-échange tels que l'Accord économique et commercial global (AECG), ou en anglais (« CETA »)⁴¹, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, ou en anglais (« CPTPP »)⁴², ou encore le TBI EU-Singapore⁴³ et le TBI EU-Vietnam⁴⁴. Parallèlement, bien que les tribunaux ne reconnaissent pas le patrimoine culturel de manière égale par rapport au droit international de l'investissement, la pratique arbitrale témoigne d'une prise en compte croissante de ces considérations dans les décisions arbitrales⁴⁵.

Un risque significatif lié à la qualification de l'art en tant qu'investissement réside dans le fait que, une fois l'art perçu ainsi, le système juridique soulève plusieurs questions, telles que : cet investissement est-il protégé contre l'expropriation ? À quelle compensation

investisseur et enfin (3) le refroidissement transfrontalier : les investisseurs recherchent un effet dissuasif dans des juridictions autres que celles où leur procédure de RDIE est engagée. Ce type de refroidissement est pertinent pour les politiques susceptibles d'être reproduites dans différents pays, telles que les mesures de lutte contre le tabac ou le changement climatique. Voir K. TIENHAARA, « Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement » T. ETTY, J. VAN ZEBEN (dir.), *Transnational Environmental Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 229 - 250.

³⁹ Voir par exemple, CPTPP, Article 29.5.

⁴⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

⁴¹ Le CETA mentionne explicitement la Convention de l'UNESCO de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dans son préambule.

⁴² Le préambule du CPTPP reconnaît l'importance de l'identité et de la diversité culturelles, affirmant que le commerce et l'investissement peuvent élargir les possibilités d'enrichir l'identité et la diversité culturelle tant au niveau national qu'à l'étranger.

⁴³ Dans le chapitre sur l'investissement et plus précisément dans l'article 9.3(3)(c) sur le traitement national ; l'accord permet aux parties d'adopter ou d'appliquer des mesures qui accordent un traitement moins favorable aux investisseurs de l'autre partie si ces mesures sont nécessaires pour protéger les trésors nationaux de valeur artistique, historique ou archéologique.

⁴⁴ L'accord reconnaît le droit de chaque partie d'adopter, de maintenir et d'appliquer les mesures nécessaires à la poursuite d'objectifs politiques légitimes. Ces objectifs incluent la promotion et la protection de la diversité culturelle.

⁴⁵ Voir M. HIRSCH, « Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations », P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 154-181 ; voir également E. SARDINHA, « Protecting Cultural Heritage in International Investment Law: Tracing the Evolution and Treatment of Cultural Considerations in Recent FTAs and Investor-State Jurisprudence », J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (dir.), *op. cit.*, note 14, pp. 1877-1901, pour une mention de plusieurs décisions arbitrales telles que *Glamis Gold, Ltd v. United States of America*, UNCITRAL, sentence, 8 juin 2009 ; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, CIRDI/ARB/05/7, sentence, 11 Septembre 2007.

l'investisseur a-t-il droit ? Cette compensation est-elle protégée par les traités ? L'attention se détourne alors des questions telles que : cette œuvre d'art devrait-elle être entre les mains d'un collectionneur privé ? Cette œuvre n'appartiendrait-elle pas plutôt à un peuple ou à une culture, plutôt qu'à un investisseur privé ? Le risque réside donc dans la distorsion légale. Le droit pourrait potentiellement protéger un investisseur privé ou un musée au détriment d'une communauté qui a perdu ce bien culturel en raison de conditions injustes, ceci étant dû à la législation qui considère une œuvre d'art comme un simple objet.

Le marché de l'art, longtemps perçu comme un domaine culturel réservé à la souveraineté des États, connaît une transformation progressive sous l'effet du droit international. Les œuvres d'art, en tant qu'actifs culturels et économiques, sont désormais de plus en plus sujettes aux normes des traités d'investissement, ce qui oblige les États à justifier leurs politiques culturelles à l'aune du droit international. Si cette évolution permet de renforcer la sécurité juridique des investisseurs privés, elle n'est pas sans inconvénients : elle ouvre la voie à des comportements spéculatifs, où les œuvres d'art sont acquises à titre d'investissement, puis conservées hors de la vue du public, réduisant leur accessibilité et leur valeur culturelle. Cela peut, à terme, freiner les politiques culturelles publiques de préservation de l'État hôte.

Pour concilier intérêt économique et accès public, il pourrait être envisagé d'imposer une obligation d'exposition publique annuelle temporaire des œuvres acquises ou la mise en place d'incitations fiscales pour les investisseurs qui mettent volontairement leurs collections à disposition du public. En conclusion, l'art peut être considéré comme un investissement étranger protégé au regard du droit international à condition d'un encadrement adapté. Ce constat soulève des enjeux majeurs pour l'avenir du marché de l'art mondial et appelle à une réflexion commune entre juristes, acteurs culturels et décideurs politiques pour préserver à la fois la liberté d'investir et la vocation universelle de l'art.

A l'avenir, la numérisation de l'art et l'essor de la technologie *blockchain* ouvriront de nouvelles perspectives à l'art en tant qu'investissement. Ces évolutions soulèvent des questions juridiques complexes, notamment concernant l'authenticité, la propriété et le transfert de l'art numérique. De plus, l'importance croissante accordée au rapatriement et aux considérations éthiques dans la collection d'art suggère que les futurs cadres juridiques devront concilier protection des investissements, sensibilité culturelle et préservation du patrimoine. Des recherches futures pourraient explorer plus en profondeur l'évolution possible du paysage juridique et de l'investissement face à ces changements technologiques et éthiques.

DE L'INEFFICACITE DES JURIDICTIONS CLASSIQUES A L'ESSOR DE L'ARBITRAGE DANS LE MARCHE DE L'ART

Ugo CENCI

Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Selon les mots du juge Oliver Wendell Holmes dans une décision de la Cour suprême des États, *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co* : « Il serait dangereux pour des personnes formées uniquement au droit de se constituer juges définitifs de la valeur d'une œuvre, en dehors des limites les plus étroites et les plus évidentes »¹. En d'autres termes, il faut ici comprendre que l'art implique généralement des considérations qui s'étendent bien au-delà du seul domaine juridique, exigeant des connaissances qui vont au-delà de la loi². Cette considération tend d'ailleurs à se renforcer à travers les segments des œuvres les plus onéreuses qui s'articulent au sein d'un écosystème de marchés dans lequel l'authentification et la provenance deviennent essentielles en raison de l'augmentation exponentielle des prix de l'art et des technologies en matière de faux et de la prise de conscience des nécessités de restitutions des biens spoliés pendant la Seconde Guerre mondiale³ et les périodes coloniales.

Pour concrétiser l'idée que le marché de l'art est un terrain particulièrement fertile aux différends, il n'y a pas qu'à se référer à la liste dressée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (ci-après OMPI) faisant notamment référence aux incertitudes quant à la propriété d'un objet d'art, aux potentielles atteintes au droit d'auteur, au droit de suite ou encore les questions touchant aux NFTs⁴. Outre la diversité des litiges, le marché de l'art se distingue par son fonctionnement singulier : il s'agit d'un des premiers marchés mondialisés, qui reste très opaque – permettant l'anonymat des acteurs – et présente une forte connexité, soulevant ainsi de nombreuses questions transdisciplinaires⁵. De plus, la financiarisation du marché de l'art a conduit à la multiplication du nombre d'acteurs (acteurs privés : transporteurs, experts, comités, galeries, marchands, maisons de ventes, banques, fonds d'investissement, assureurs, et des acteurs publics : musées, frac, État, collectivité territoriale...) ⁶ élargissant encore le champ de potentielles dérives.

L'hétérogénéité des litiges sur le marché de l'art tend donc à remettre en cause la capacité des juridictions classiques à se saisir de tels litiges, mais aussi et surtout à fournir aux requérants des réponses adéquates et qui seront appliquées de manière effective par ses protagonistes. Il convient également de souligner que les caractéristiques propres au marché, qu'il s'agisse de son mode de fonctionnement, de la typologie des acteurs ou de ses produits, ainsi que sa forte concentration, apparaissent en décalage avec les standards des procédures juridictionnelles, ce qui contribue à limiter les recours devant les tribunaux nationaux. S'ajoutent à cela de potentiels obstacles juridiques, comme la prescription, l'absence de preuves, le principe de non-rétroactivité des conventions internationales ou encore la nécessité de faire

¹ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

² A. DONATI, E. MOMBELLI, « Art and arbitration: an overview in light of the new Regulations on Arbitration in the Art Sector of the Venice Chamber of Arbitration », *Advant Nctm*, 20 septembre 2021.

³ I. MANCA-KUNERT, « Le défi des provenances », *L'Oeil*, 1 décembre 2023.

⁴ OMPI, Services de procédures ADR de l'OMPI pour le secteur de l'art et du patrimoine culturel.

⁵ A. DONATI, E. MOMBELLI, *op. cit.*

⁶ *Ibid.*

reconnaître le jugement devant une juridiction étrangère⁷. Les limites des juridictions traditionnelles ont contribué à une situation où, en dépit de l'augmentation du nombre de litiges potentiels, le volume d'affaires effectivement résolues demeure relativement constant. Cette tendance met en évidence le déficit de confiance des acteurs du secteur artistique envers l'efficacité des juridictions pour régler leurs différends. Cela a d'ailleurs amené certains auteurs à en conclure que « le procès reste généralement une solution de dernier ressort dans le domaine des biens culturels, car la procédure judiciaire présente certaines faiblesses qui peuvent dissuader d'y recourir »⁸. Dans le même sens, certains juges avouent eux-mêmes que s'agissant des questions d'authentification, les tribunaux ne sont pas « suffisamment équipés » et que le marché lui-même est le meilleur endroit pour résoudre les problèmes d'authenticité⁹. De ce fait, on constate une augmentation du nombre d'institutions dédiées aux règlements alternatifs des différends¹⁰, avec en éminente position la médiation et l'arbitrage, qui tendent à offrir des perspectives tangibles. Ces nouveaux modes de règlement des différends ont principalement pris corps au sein d'institutions dédiées, telles que l'OMPI, la Cour of Arbitration for Art (ci-après CAFA ou encore les chambres d'arbitrage de Milan¹¹ et de Rome. L'augmentation notable des litiges qui leur sont soumis appuie la nécessité d'une justice dédiée pour le marché¹². En parallèle, un nombre croissant de textes¹³ renvoie à ces modes de règlement des différends, entretenant la perspective d'un renforcement du recours à ceux-ci.

Bien que peu fréquents, certains cas illustrent une tendance actuelle à transférer les litiges du marché de l'art des juridictions traditionnelles vers l'arbitrage. À titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Altmann* portant sur plusieurs tableaux de Gustav Klimt confisqués par les nazis en 1938 à Ferdinand Bloch-Bauer, oncle de la requérante Maria Altmann. Bien que Maria Altmann ait initialement intenté une action en justice aux États-Unis contre la République d'Autriche et la galerie nationale autrichienne, les parties sont finalement tombées d'accord pour mettre un terme au procès et soumettre le litige à l'arbitrage en Autriche¹⁴.

Ces observations questionnent dès lors sur les raisons pour lesquelles l'arbitrage semble se positionner comme un mode de règlement des différends adapté au marché de l'art, mais aussi et surtout sur les moyens de le consacrer comme un substitut tangible dans le dessein d'une réglementation efficace. Il s'agira, en premier lieu, de mettre en lumière les avantages que l'arbitrage offre au marché de l'art, en particulier grâce à sa modularité (I). Dans un second temps seront examinées les limites potentielles du mécanisme ainsi que les perspectives d'amélioration qu'il suscite (II).

I. LES AVANTAGES PROCEDURAUX DE L'ARBITRAGE POUR LE MARCHE DE L'ART

L'arbitrage se caractérise par une grande flexibilité, qualité qui se révèle particulièrement précieuse dans un marché aussi singulier que celui de l'art, lequel se prête difficilement à une juridicisation classique. Afin d'éviter l'écueil d'une comparaison trop directe avec la justice étatique, l'analyse portera d'abord sur les avantages que présente

⁷ A-L BUNDLE, M-A RENOLD, *Droit de l'art et des biens culturels*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2022, p. 336.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Thome v. Alexander & Louisa Calder Found.*, (N.Y. Sup. Ct. 2018).

¹⁰ B. COHEN, « Contentieux du marché de l'art : l'intérêt de l'arbitrage », *Village de la Justice*, 11 octobre 2024.

¹¹ Qui figure parmi les rares chambres disposant d'un règlement dédié.

¹² B. COHEN, *op. cit.*

¹³ Voir en ce sens : Convention Unidroit, Basel Art Trade Guidelines, Convention de la Haye de 1954, Directive 93/7 du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre.

¹⁴ A-L BUNDLE, M-A RENOLD, *op. cit.*, p. 340.

l'arbitrage du point de vue de la globalisation du marché tant en ce qu'il permet une centralisation du litige qu'en ce qu'il simplifie la procédure en elle-même (A). Il sera ensuite question de la modularité de l'arbitrage face aux spécificités du marché en cause, notamment s'agissant de sa forte concentration (B). Enfin, l'analyse se portera sur le renforcement de l'acceptabilité des décisions grâce à la désignation d'arbitres directement issus du monde de l'art (C).

A. La liberté procédurale face à l'internationalité du marché

Comme il a été exposé en introduction, le marché de l'art est historiquement l'un des premiers marchés mondialisés. Si certains segments, tels que l'art décoratif, s'inscrivent davantage sur des plateformes de vente en ligne ou dans les brocantes de quartier plutôt que dans les salles de vente des grandes maisons, il en va différemment pour l'art moderne et contemporain ainsi que pour les grands maîtres de l'art ancien. Ces derniers constituent aujourd'hui la part la plus significative du marché de l'art en termes de valeur, même si ce n'est pas le cas en volume, et concentrent par conséquent la majorité des litiges liés au secteur¹⁵. De plus, le marché s'est, à l'instar de nombreux domaines, largement étendu à travers le développement de son pendant numérique, que ce soit avec la création de plateformes de ventes issues du marché primaire (Sigulart, Artsy, Artsper,...)¹⁶, l'intégration numérique du marché secondaire (Christie's, Sotheby's, Drouot Live, Interenchères...)¹⁷ ou encore à travers le marché des NFTs qui, malgré l'explosion de sa bulle, demeure en activité à l'échelle du globe. La mondialisation du marché de l'art complique la détermination des juridictions compétentes et soulève des questions de droit applicable, de mobilité des acteurs et de traduction des documents.

En matière de détermination du lieu de la procédure, l'arbitrage permet de choisir le lieu de la procédure, et ce, peu important le siège de l'institution arbitrale. Le règlement de la CAFA précise par exemple à l'article 21.7 que l'institution étant située à La Haye, le lieu d'arbitrage par défaut est également La Haye. Toutefois, conformément à l'article 6.1, les parties ont la possibilité de convenir d'un autre lieu d'arbitrage. Par ailleurs, l'article 6.2 renvoie aux articles 21§8 et 25§2 du règlement, qui prévoient que des audiences factuelles, des expertises ou des plaidoiries peuvent être organisées dans n'importe quel endroit du monde. Les parties peuvent également choisir conjointement un autre lieu pour la tenue de l'audience en présentiel si elles le souhaitent¹⁸. L'arbitrage offre généralement un forum unique pour le règlement des litiges, contrairement aux juridictions classiques. Par exemple, dans l'affaire *Rybolovlev/Bouvier* débutée en 2015, plusieurs procédures ont été engagées dans divers pays dont Hong Kong, Singapour, la Suisse et le Royaume-Uni¹⁹. Cette situation a eu pour conséquence que la procédure s'est principalement concentrée sur la détermination du lieu du procès plutôt que sur les questions de fond, et il est possible de considérer que la conclusion de l'affaire par un accord soit directement liée à la durée du litige. En arbitrage, la question du lieu du procès ne se serait pas posée de la même manière²⁰.

¹⁵ ARTPRICE, « Le marché de l'art en 2024 », mars 2025.

¹⁶ HISCOX, ARTACTIC, « Hiscox online art trade report 2023 », 2023.

¹⁷ SAVINELLI Olivier, « Les maisons de ventes et les ventes électroniques : usages et attentes », Rapport d'études, *Harris Interactive pour le Conseil des ventes aux enchères*, décembre 2020.

¹⁸ Voir par exemple l'Article 38 du Règlement d'arbitrage de l'OMPI.

¹⁹ V. NOCE, « Dmitry Rybolovlev and Yves Bouvier settle nine-year legal feud », *The Art Newspaper*, 8 décembre 2023.

²⁰ S. VITO BIERI, L. BAHNER, « Art and Arbitration - A perfect Marriage ? », *Bratschi AG*, 18 juin 2019.

S'agissant de la langue, l'arbitrage offre là aussi une réelle modularité. L'article 4 des règles de la CAFA dispose qu'en l'absence d'accord contraire, les procédures (y compris, mais sans s'y limiter, l'audience) seront menées en anglais, qui est la langue de fonctionnement général de la CAFA. Les parties et le tribunal arbitral peuvent convenir et décider conjointement de mener leurs procédures dans n'importe quel langage acceptable pour le tribunal arbitral²¹.

Concernant le droit applicable, l'article 42§2 du règlement de la CAFA prévoit que « si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une loi applicable [...] le tribunal arbitral doit déterminer la loi applicable appropriée »²². Une nouvelle fois on retrouve des dispositions analogues au sein du règlement du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI²³. Selon le même article, « le tribunal arbitral doit fonder ses décisions sur les règles de droit, tout en respectant toutes les utilisations commerciales applicables dans l'industrie de l'art ». Cette possibilité offerte dans le choix du droit applicable révèle un avantage double. D'une part, le choix de la loi est particulièrement intéressant puisque le droit du marché de l'art est une compilation de dispositions issues de différents droits (droit civil, droit des contrats, droit d'auteur et aussi des textes de *soft law* notamment s'agissant des pratiques commerciales) ce qui peut poser problème dans la sollicitation de différents concepts juridiques, notamment dans un litige de dimension transnationale. De ce fait, la liberté de choix des dispositions applicables pourrait permettre un recours à des ordres juridiques développant une structuration logique des dispositions dédiées au marché de l'art et qui peuvent également, dans de rares cas, y consacrer certains textes. D'autre part, la modularité du droit applicable permet le recours aux règles de *soft law*. En ce sens, l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dispose que « Les parties sont libres de convenir du droit à appliquer par le tribunal arbitral au fond du litige. À défaut d'un tel choix, le tribunal applique le droit qu'il considère approprié » et peut donc se fonder sur des principes éthiques et moraux en plus des principes juridiques. Cela se révèle d'autant plus intéressant dans le contexte de développement des textes de *soft law* dans le marché de l'art, leur sollicitation dans le règlement de certains différends offre des perspectives en ce qu'il s'agit de règles reflétant davantage les réalités du marché et qui, par conséquent, sont davantage susceptibles de permettre une acceptation par les parties aux différends alors que celles-ci sont généralement réputées comme hostiles aux décisions judiciaires²⁴.

Enfin, la globalisation du marché pose des obstacles en matière de reconnaissance internationale des décisions. Dans ce type de cas, il faut généralement considérer que la décision d'un État ne peut directement s'appliquer à l'international et va devoir obligatoirement passer par des conditions parfois exigeantes ou des règlements tels que le règlement Bruxelles I bis. Or, les sentences arbitrales peuvent être exécutées presque partout dans le monde, étant donné que 159 pays ont ratifié la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958²⁵. Les règles de la CAFA y font d'ailleurs directement référence à l'article 10.2 qui dispose que le lieu de l'arbitrage étant les Pays-Bas, et les Pays-Bas étant signataires de la Convention de New York, une sentence pourra être exécutée dans l'ensemble des territoires et pays signataires de la convention ou de traités analogues avec les Pays-Bas²⁶. Il faut encore ici relever que cela participe à la célérité des procédures arbitrales.

²¹ Article 4 des Règles d'arbitrage de la Court of Arbitration for Art.

²² *Ibid.*

²³ Article 61 du Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

²⁴ Cf : I. B.

²⁵ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York »), 1958.

²⁶ Article 10.2 des Règles d'arbitrage de la Court of Arbitration for Art.

B. La concentration du marché de l'art

Bien que le marché de l'art puisse apparaître comme un marché éparpillé du fait de sa forte internationalisation, sa fragmentation conduit à la concentration d'un petit nombre d'acteurs au sein de certains segments, notamment les plus onéreux. Il faut en ce sens faire état du petit nombre de collectionneurs pouvant se permettre d'acquérir les plus grands noms de l'art contemporain, dont les prix atteignent régulièrement plusieurs dizaines de millions de dollars²⁷. Cette forte concentration pose ainsi plusieurs difficultés en matière de différends, allant du risque de rupture des relations commerciales établies à la révélation de l'identité des parties. À nouveau, l'arbitrage développe des solutions particulièrement adaptées à ce type d'obstacles telles que l'amiable composition (1) ou la confidentialité (2).

1) L'amiable composition

En premier lieu, il convient d'évoquer l'amiable composition, notion qui renvoie à une décision rendue sur la base de l'équité, ayant pour finalité de préserver au mieux les intérêts respectifs des parties.

Dans le contexte du marché de l'art, l'équité permet de préserver une part des intérêts de chacune des parties, favorisant ainsi l'acceptation de la décision rendue et limitant le risque d'un recours, lequel pourrait aboutir à une solution qui ne satisferait pleinement aucune des deux parties. Il s'agit d'un élément de comparaison important avec les juridictions classiques puisque les tribunaux ne sont pas en mesure de rendre des décisions dites *win-win*, empêchant toute forme de compromission et induisant un risque important de détérioration des relations entre les parties²⁸. Cette considération revêt une importance particulière dans le marché en question, dont la forte concentration incite les différents acteurs à préserver de bonnes relations et à maintenir leurs échanges commerciaux, même en cas de litige²⁹. Par l'amiable composition, le litige n'est pas tranché en faveur de l'une ou l'autre des parties, renforçant les chances que les parties demeurent en bons termes. Par exemple, lorsqu'un conflit oppose deux galeries représentant plusieurs artistes communs dans différents pays, une décision judiciaire rendue sur un différend ponctuel risquerait de compromettre l'ensemble de ces représentations. À l'inverse, une solution fondée sur l'équité pourrait favoriser le maintien des relations commerciales entre les galeries, dans l'intérêt non seulement de celles-ci, mais également des artistes concernés.

2) La confidentialité

Contrairement aux procédures judiciaires, exceptée dans certains ordres juridiques et notamment en France, les procédures d'arbitrage sont confidentielles. La confidentialité est alors une forte incitation au règlement du litige sans appréhension que les noms des parties soient mentionnés et que leur réputation puisse être engagée. Cela est d'autant plus nécessaire que de nombreux collectionneurs sont des personnalités publiques dont l'activité s'étend bien au-delà du marché de l'art à l'instar de François Pinault ou de Bernard Arnaud, induisant un

²⁷ A. L. PRINZ, « The concentration of power in the market for contemporary art: an empirical analysis of ArtReview's "Power 100" », *SN Business & Economics*, 2, n° 1, 7 janvier 2022, p. 11.

²⁸ A-L BANDLE, M-A RENOLD, *op. cit.*

²⁹ S. VITO BIERI, L. BAHNER, *op. cit.*

risque pour leurs activités principales³⁰. Toujours dans le sens de la protection de la vie privée des collectionneurs, il faut ici faire état de nombreux cas dans lesquels la vente d'œuvres d'art émane de problèmes financiers rencontrés par les collectionneurs, justifiant donc la volonté de confidentialité des procédures³¹.

Au-delà des collectionneurs, la réputation est un enjeu central dans le monde de l'art et une remise en cause de la diligence d'un marchand, d'un artiste ou encore d'un galeriste pourrait gravement porter atteinte à leurs activités.

Enfin, il ne faut pas omettre l'intérêt d'une telle confidentialité s'agissant des œuvres elles-mêmes. En effet, comme le développent Alessandra Donati et Edoardo Mombelli, « les litiges relatifs à l'authenticité et à l'attribution, qui comptent parmi les questions les plus délicates dans le domaine des litiges liés à l'art, peuvent avoir des conséquences désastreuses sur la valeur de l'œuvre d'art s'ils sont rendus publics »³². Les incertitudes liées aux procédures peuvent jeter un flou sur l'authenticité de l'œuvre, or l'importance de l'information dans le marché de l'art et la rapidité de sa circulation, notamment en raison de la concentration du marché, peut peser lourd sur la valeur d'une œuvre.

Dans le cas de la CAFA, qui se présente aujourd'hui comme la seule Cour d'arbitrage spécialement dédiée au marché de l'art, il convient toutefois de préciser qu'après avoir déclaré que l'entière de la procédure et de la décision resterait confidentielle, elle est finalement revenue sur ses dires et a annoncé que l'identité de l'œuvre objet du litige serait révélée³³. Si cette décision peut être critiquable et remettre en cause ce qui vient d'être développé³⁴, il faut malgré tout y voir une réelle inscription de la procédure dans le sens du marché. Cela s'explique notamment par le fait que la présence de spécialistes dans les pools d'arbitres peut mener à des procédures analogues à celles d'authentification devant les comités, ce qui induit un besoin de publication pour éviter la prolifération de faux sur le marché et contribuer à davantage de loyauté³⁵.

Ce qu'il faut donc retenir ici c'est que l'arbitrage permet un règlement du différend loin des regards du public, permettant de préserver la réputation de l'œuvre au moins jusqu'au rendu de la décision finale³⁶.

3) *La révélation des conflits d'intérêts*

Toujours en raison des problèmes de concentration du marché, l'arbitrage se révèle comme une solution propice en matière d'anticipation de potentiels conflits d'intérêts. Comme exposé en amont, la fragmentation du marché aboutit à la réunion d'un petit nombre d'acteurs par segment et l'on ne recense plus le nombre d'affaires initiées sur de supposées partialités, notamment dans le domaine de l'authentification. Par l'obligation de neutralité et de révélation, notamment mise en place à travers les lignes directrices IBA³⁷, l'arbitrage est considéré comme

³⁰ LE FIGARO avec AFP, « Marché de l'art : des règles anti-blanchiment pour lutter contre la culture du secret », *Le Figaro*, 13 février 2021.

³¹ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

³² *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

³³ L. GILBERT, « The Hague's art arbitration court to open in April », dans *The Art Newspaper*, 21 mars 2019.

³⁴ Voir en ce sens : G. P. COPPOLA, M. G. LONGONI ET M. LORO PIANA, « The Adjunct Rules Of The Court Of Arbitration For Art: A Closer Look », *Mondaq*, 17 janvier 2019.

³⁵ Voir notamment l'article 77 du Règlement d'arbitrage de l'OMPI.

³⁶ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

³⁷ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2024.

un mode de règlement à la pointe en matière de lutte contre les conflits d'intérêts³⁸. L'intérêt d'une telle anticipation est encore renforcé dans les affaires de restitution impliquant des États, notamment en ce que le lieu de la procédure peut largement influencer la solution du litige.

4) *La fluctuation des prix*

L'une des spécificités du marché de l'art, qui tend à le rapprocher des marchés financiers, réside dans la fluctuation des prix des œuvres. Il faut ici comprendre que « La mode est souveraine sur les marchés de l'art »³⁹, ce qui tend à faire rapidement évoluer le prix de tel ou tel courant et donc de tel ou tel artiste et de telle ou telle œuvre. De ce fait, et dans le dessein d'anticiper ce type de phénomènes, les procédures de règlement des différends se doivent d'être le plus rapide possible afin que le jugement puisse correspondre aux circonstances entourant le litige en cause. Ce risque apparaît clairement dans l'affaire *Beyeler contre Italie*⁴⁰, où l'indétermination du délai laissé à l'État italien pour exercer son droit de préemption a nourri le doute sur l'authenticité et la valeur artistique de l'œuvre en question, détenue par un marchand suisse. L'Italie a toutefois été finalement condamnée pour son indécision lui ayant permis d'acquérir l'œuvre à moindre coût⁴¹.

La nécessité de procédures plus rapides découle également du fait que les litiges liés au marché de l'art tendent à s'étendre sur de nombreuses années. Tel fut, par exemple, le cas de l'affaire Altmann, qui s'est prolongée pendant sept ans ; le phénomène apparaît toutefois de manière encore plus marquée dans l'affaire *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, relative à la restitution des deux célèbres panneaux Adam et Ève de Lucas Cranach. Les deux tableaux faisaient partie de la collection d'art d'un collectionneur juif, acquise par Hermann Göring, le pilier d'Hitler, lors d'une vente forcée après que le collectionneur eut dû fuir les Pays-Bas en 1940⁴². En 2007, les héritiers néerlandais ont entamé une procédure judiciaire devant les tribunaux d'État aux États-Unis, réclamant la restitution par le Norton Simon Museum, qui avait acquis les tableaux en 1971 à un aristocrate russe en exil. En mars 2019, la Cour suprême des États-Unis déboute les demandeurs, permettant ainsi au Norton Simon Museum de conserver les deux tableaux de Cranach⁴³. On peut émettre l'hypothèse selon laquelle une soumission de ce litige à l'arbitrage aurait certainement permis une décision plus rapide avec une issue potentielle différente⁴⁴.

On peut également ici faire état de l'affaire de restitution de la femme assise à la jambe gauche pliée d'Egon Schiele⁴⁵. Bien que cette affaire ne se distingue pas par une véritable innovation jurisprudentielle, elle présente un intérêt particulier en ce que l'un des avocats plaidants, Bill Charron, a été conduit, en raison de la durée excessive de la procédure, à initier le projet de la CAFA, convaincu que l'instauration de délais impératifs constitue une réponse adaptée à la lenteur des litiges dans le marché de l'art⁴⁶.

³⁸ C. CASTRES SAINT-MARTIN, *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2016.

³⁹ B. CLAVERIE, « Une économie européenne des marchés de l'art », *REVMARCHECOM*, 1 septembre 1992, vol. 361, pp. 698-716.

⁴⁰ CEDH, *Beyeler c. Italie*, Requête n° 33202/96, 5 janvier 2000.

⁴¹ E. VELIOGLU, A. CHECHI, M-A RENOLD, « Affaire Portrait of a Young Peasant – Beyeler c. Italie », *Centre du droit de l'art* – Université de Genève, juin 2013.

⁴² *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, 139 S. Ct. 2616, 204 L. Ed. 2d 264 (2019).

⁴³ « Timeline: the legal battle over Cranach's Adam and Eve », *The Art Newspaper*, 31 juillet 2018.

⁴⁴ S. VITO BIERI, L. BAHNER, *op. cit.* ; voir aussi : « Timeline: the legal battle over Cranach's Adam and Eve », *The Art Newspaper*, 31 juillet 2018.

⁴⁵ *Baklar c. Vavra*, n° 11-4042-cv (2e Cir. 2012).

⁴⁶ M. HAYDEN, S. HECKER, CENTER FOR ART LAW, « Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes », *Center for Art Law*, 29 mars 2019.

B. Le choix de l'arbitre, clé de voute de l'acceptation des décisions

Pour terminer ce panorama des solutions offertes par l'arbitrage face aux obstacles constitués par les spécificités du marché de l'art, il est essentiel de traiter de l'hostilité des acteurs du marché aux décisions des juridictions classiques. En effet, l'absence de compétences propres au marché des juges, et ce, alors même que les litiges relatifs au marché de l'art nécessitent, comme exposé en introduction, des connaissances particulières et qui s'étendent au-delà du cadre juridique, pose problème. C'est notamment ce que développe Judith Prowda affirmant qu'« Il n'est donc pas surprenant que le marché de l'art puisse ne pas tenir compte d'une décision de justice. Le marché de l'art n'est pas tenu de l'accepter comme une vérité et n'est pas lié par elle »⁴⁷ avant d'ajouter que « Le marché de l'art fonde plutôt sa conviction de la validité d'une œuvre sur l'opinion d'un expert reconnu de l'œuvre de l'artiste, qu'il s'agisse de la fondation de l'artiste ou d'un membre de sa famille »⁴⁸. Dès lors, il peut être affirmé que, dans le cas où les acteurs du marché se révéleraient en inadéquation avec l'opinion des juges, la légitimité de la décision du tribunal serait largement remise en cause⁴⁹. L'affaire *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman* est d'ailleurs une parfaite illustration de ce phénomène. Les propriétaires d'un mobile suspendu attribué à l'artiste Alexander Calder, le *Rio Nero*, ont développé des doutes sur son authenticité après avoir éprouvé des difficultés à l'installer, les poussant à engager une action en justice. Or, deux experts se sont opposés sur l'authenticité de l'œuvre lors du procès. Klaus Perls, qui était l'expert désigné par les plaignants et un spécialiste reconnu de Calder, avançait que l'œuvre était un faux. Le tribunal n'a pas cependant pas été convaincu et a jugé que les plaignants n'apportaient pas la preuve de l'inauthenticité de l'œuvre. Malgré cette décision, l'opinion de Klaus Perls a eu un effet décisif sur le marché en ce que son avis d'expert a suffi à détruire la valeur marchande de l'œuvre⁵⁰. Cette affaire illustre que le marché de l'art peut ne pas se conformer aux décisions judiciaires et que le système juridique rencontre des difficultés à garantir une détermination définitive de l'authenticité des œuvres. La postérité de cette affaire est également intéressante en ce que son effet a influencé le tribunal dans l'affaire *Thome v. Alexander & Louisa Calder Foundation*⁵¹, portant sur l'authentification de deux décors de théâtre qui concernait à nouveau, et par un grand hasard, l'artiste Alexander Calder. Prenant en compte la dissonance entre l'avis des juridictions et celui du marché dans l'affaire *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman*, le tribunal a déclaré qu'il ne pouvait se prononcer sur l'authenticité en ce qu'elle « est une question de fait complexe et hautement subjective », ajoutant qu'« En tant que tels, les litiges concernant l'authenticité sont particulièrement mal adaptés à la résolution par jugement déclaratoire. La loi ne peut pas donner à un propriétaire d'art un droit légal clair à une déclaration d'authenticité alors qu'une telle déclaration ne sera pas définitive par définition »⁵², avant de préciser qu'« en raison des procédures et des processus par lesquels nos litiges civils sont tranchés, les tribunaux ne sont pas équipés pour délivrer une déclaration d'authenticité significative »⁵³. Cette idée est fondamentale, car elle souligne que la véritable preuve d'authenticité ne peut émaner que du marché lui-même. Cela renvoie d'ailleurs d'une certaine manière à la notion de normes privées. C'est ce qui ressort notamment d'une dernière considération des juges dans cette même affaire « tout jugement déclaratif d'authenticité rendu par un tribunal équivaldrait à une déclaration selon laquelle la

⁴⁷ J. PROWDA, « The Art of Art Authentication and a Global Alternative to Dispute Resolution Judith Prowda », *NYSBA's New York Dispute Resolution Lawyer*, 2020, Volume 13, Issue 1, Page 14.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ S. MAARE, L. NIKLAS, « The mediation and arbitration of international Art disputes », *The Art Law Review*, 2021, Issue 2.

⁵⁰ D. FAIRMAN, « The True Cost of Authentication Litigation », *Herrick Feinstein LLP*, juillet 2013.

⁵¹ *Thome v. Alexander & Louisa Calder Found.*, 2018 N.Y. Slip Op. 30871 (N.Y. Sup. Ct. 2018).

⁵² *Ibid.*, point 99.

⁵³ *Ibid.*, point 101.

prépondérance des preuves qui lui ont été soumises a permis de conclure que le travail en question était authentique. Même si nous considérons qu'une mesure déclaratoire était appropriée dans ce contexte, une détermination aussi limitée n'aurait, en tout état de cause, aucune valeur »⁵⁴. Au-delà d'un aveu de faiblesse, ce que l'on peut voir à travers cette décision c'est une forme de prise de conscience des juridictions, ou au moins de l'une d'entre elles, et l'on peut d'une certaine manière y voir une forme de déclaration d'incompétence. Le juge a finalement renvoyé l'affaire au marché, et l'on peut supposer que, si les instances de médiation et d'arbitrage avaient été pleinement établies, le tribunal aurait pu recommander ce mode de règlement des différends, non seulement pour des questions de célérité ou de maintien des relations commerciales, mais surtout pour des motifs liés à la compétence. Il convient également de préciser qu'il s'agit d'une procédure américaine, dans laquelle chaque partie désigne son propre expert⁵⁵. Le juge doit alors trancher entre les avis produits, contrairement au schéma français où l'avis d'un seul expert est entendu et peut influencer directement la décision. D'une manière générale, et comme relevé par certains auteurs, « malgré la nature prudente de la Cour [...] le résultat met à nouveau en évidence les limites du système judiciaire traditionnel et son incapacité à fournir une réparation significative dans les litiges relatifs à l'art »⁵⁶.

Au contraire des juges, les arbitres sont des experts qui sont choisis pour leurs capacités particulières s'agissant du litige en cause et généralement en fonction de leur réputation sur le marché. La CAFA possède un registre consultable de son pool d'arbitres divisé en trois catégories de spécialités (art, droit de l'art, et règlement des différends) dans lequel on retrouve des grands noms du droit du marché de l'art avec entre autres Anne-Sophie Nardon, Olivier Lenarts⁵⁷, des noms qui parlent lorsque l'on travaille dans le domaine ou sur ce sujet. Il faut encore préciser que, lorsque la procédure comprend trois arbitres, le président doit posséder une formation juridique, ce qui est également le cas de l'arbitre unique⁵⁸. Cela contribue donc également à la spécialisation et au renforcement de la confiance dans les décisions. Cela se ressent d'ailleurs encore dans la possibilité de faire appel à des experts réunis dans un pool différent et qui sont réunis à travers deux catégories (provenance et matériel médico-légal)⁵⁹. Cette possibilité de renforcer l'analyse par la présence d'experts peut ajouter une nouvelle plus-value à la procédure en venant apporter une expertise supplémentaire renforçant par la même la portée de la décision aux yeux des acteurs du marché. Dans ce cas, l'expert est désigné indépendamment des parties, ce qui correspond au système français, où le juge saisi d'une affaire d'authenticité peut également faire appel à un expert pour recueillir son avis. Bien qu'il n'y ait donc pas de révolution par rapport à la procédure française, cette possibilité marque cependant une rupture importante avec la procédure américaine en ce que l'avis de l'expert n'est pas entaché de partialité.

Si, comme il vient d'être relevé, les litiges concernant l'authentification sont des exemples particulièrement parlants des solutions apportées par l'arbitrage, les différends impliquant des questions relatives au droit d'auteur en sont également une expression intéressante. S'agissant des cas différents portant sur l'usage non autorisé d'une œuvre, il y a ici une forme de subjectivité importante en ce que les tribunaux doivent juger en procédant à

⁵⁴ *Ibid.*, point 101.

⁵⁵ K. WILSON-MILNE, S. R. SCHINDLER, « Role of Judges in Authenticating Art in U.S. and Europe », *New York Law Journal*, 15 septembre 2014.

⁵⁶ S. MAARE, L. NIKLAS, *op. cit.*

⁵⁷ Site web de la CAFA - Court of Arbitration for Art, Onglet « Arbitrators », consulté le 22 août 2025.

⁵⁸ M. HAYDEN, S. HECKER, CENTER FOR ART LAW, « Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes », *Center for Art Law*, 29 mars 2019.

⁵⁹ Site web de la CAFA - Court of Arbitration for Art, Onglet « Pool of experts ».

une analyse d'indices objectifs et subjectifs concernant l'utilisation par un défendeur d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Ce type de litige est intéressant ici parce qu'on a plusieurs affaires qui peuvent poser des questions et notamment l'affaire *Blanch v. Koons*⁶⁰, opposant la photographe Andrea Blanch au plasticien Jeff Koons sur la base d'une potentielle contrefaçon opérée par l'auteur du *Ballon Dog* à travers une incorporation de la photographie originale au sein du collage *Niagara*. Ce qui est révélateur de la position inadéquate des juges ici c'est que la Cour a plusieurs fois évoqué qu'il ne lui revenait pas de juger l'approche artistique de Koons⁶¹ alors même qu'elle a consacré la majeure partie de son analyse à la comparaison des buts artistiques des deux artistes s'agissant de la photographie en cause. Ce qui est encore plus surprenant dans cette affaire, c'est que les juges ont jugé que les intentions des artistes étaient différentes, et qu'il ne pouvait donc être question de transformation justifiant un usage loyal par Koons, alors que dans des affaires antérieures portant sur des faits similaires, le même type d'analyse avait conduit à reconnaître la transformation, même si les œuvres en cause étaient différentes⁶². Ce que met en avant cette affaire c'est que l'analyse subjective est un danger pour la sécurité juridique, notamment lorsqu'elle émane de juges qui ne sont pas spécialement formés à ce genre de question. Cela aboutit à des solutions incohérentes qui renforcent ce sentiment d'insécurité et illégitime le travail des juges. Une autre affaire marquante portant sur les transformations d'une photographie de Prince de Lynn Glodsmith par Warhol, dans laquelle l'analyse de la non-transformation en première instance a été réfutée en appel, illustre cela⁶³. Les juges d'appel ont en effet critiqué l'idée que les juges puissent émettre un jugement sur la valeur artistique d'une œuvre. Dernier élément à relever ici, c'est l'idée que les œuvres de Warhol ont été utilisées par d'autres tribunaux comme exemples d'usages loyaux⁶⁴. On a, une fois de plus, une affirmation de l'insécurité juridique qui touche le marché de l'art en raison de l'absence de spécialisation des juridictions dans ce domaine.

Tout cela montre donc la nécessité et le bien-fondé de créer des institutions dédiées composées d'experts et visant à préserver une diligence raisonnable dans les procédures d'évaluation des œuvres.

II. LIMITES ET PERSPECTIVES DU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE DANS LE MARCHE DE L'ART

Si l'arbitrage représente, par sa flexibilité, un mode de règlement des différends particulièrement propice au marché de l'art, il demeure d'importantes lacunes entravant encore sa consécration comme recours privilégié par les acteurs eux-mêmes. En ce sens, il s'agit de relever les différentes limites de l'arbitrage et notamment ses lacunes vis-à-vis des juridictions étatiques (A). À l'appui de ces éléments, il sera envisagé d'éventuelles évolutions qui permettraient de contribuer à son développement et son intégration dans les législations relatives au marché de l'art (B).

⁶⁰ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

⁶¹ *Ibid.*, §255.

⁶² Voir en ce sens *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir.), cert. refusé, 506 U.S. 934, 113 S.Ct. 365, 121 L.Ed.2d 278. (1992) ; *Campbell v. Koons*, No. 91 Civ. 6055, 1993 WL 97381, 1993 U.S. Dist. LEXIS 3957 (S.D.N.Y. 1er avril). 1993) ; *United Feature Syndicate v. Koons*, 817 F.Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993). Voir aussi : « L'oeuvre Naked de Jeff Koons est une contrefaçon : confirmation en appel », *Le monde du droit*, 29 janvier 2020.

⁶³ *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 382 F. Supp. 3d 312, 325 (S.D.N.Y. 2019) (citant *Campbell*, 510 U.S. à 579), point 326.

⁶⁴ *Comedy III Prods., Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 25 Cal. 4th 387, 408–409 (2001).

A. Les limites de l'arbitrage

L'une des principales critiques de l'arbitrage réside dans la nature volontaire des mécanismes de résolution des litiges, alors qu'intenter une procédure juridictionnelle produit, à l'inverse, un effet contraignant sur le défendeur. En dehors de la sphère des litiges contractuels, les parties peuvent ainsi se montrer réticentes à l'idée de recourir à la négociation, à la médiation ou à l'arbitrage en l'absence d'incitations significatives. Il n'est pas rare qu'une partie ne voie aucun intérêt à recourir à l'arbitrage tant qu'elle n'y est pas contrainte par une procédure judiciaire, ce qui retarde souvent la mise en œuvre effective du mécanisme arbitral. Ce phénomène est illustré par l'affaire Altmann, dans laquelle la République d'Autriche avait rejeté la proposition initiale de Maria Altmann de soumettre le litige à l'arbitrage⁶⁵.

Une autre faiblesse tient à ce que la sentence arbitrale, bien qu'elle bénéficie de l'autorité de la chose jugée, ne peut en principe être exécutée de manière forcée qu'après l'obtention d'une décision d'exequatur du juge étatique lorsque l'une des parties refuse de s'y conformer. Mis en perspective, le recours à la procédure judiciaire peut ainsi exercer une pression supplémentaire sur le défendeur, l'incitant à rechercher et accepter une solution négociée afin d'éviter une approche exclusivement légaliste.

Outre les difficultés de mise en œuvre, l'absence de volonté de dialogue entre les parties complique l'utilisation des MARD (négociation, médiation, conciliation, arbitrage), qui reposent tous sur le consentement.

Il faut encore noter que les méthodes alternatives ne sont pas toujours moins coûteuses ni plus rapides. S'agissant du coût, la rémunération des arbitres étant à la charge des parties, la procédure peut être particulièrement onéreuse en fonction de la réputation des personnes en charge de trancher le litige. Ces points expliquent en partie la prépondérance des accords négociés par rapport aux litiges arbitrés. Il faut également rappeler l'impossibilité de passer outre les prescriptions qui sont d'ordre public puisque comme le dispose la Convention de New York de 1958, les États peuvent refuser l'exécution d'une sentence arbitrale contraire à l'ordre public, ce qui induit par exemple l'impossibilité de passer outre les règles de prescription⁶⁶. Enfin, l'absence de procédure d'appel permettant de remettre en question la validité de la décision peut être source de préoccupation, notamment lorsque l'une des parties considère que les conclusions ne tiennent pas suffisamment compte des enjeux du litige. Cette situation est particulièrement pertinente dans le contexte des différends relatifs au marché de l'art.

En dehors des critiques opposées à la procédure arbitrale de manière générale, d'autres commentaires sont apparus s'agissant des procédures arbitrales dédiées au marché de l'art. S'agissant de la sélection des experts, on peut émettre des réserves sur l'absence de transparence de leur sélection dans le cadre de l'équité des procédures. On peut y voir un moyen de contestabilité des décisions qu'il conviendrait d'anticiper. Au-delà de la sélection, l'expertise de la CAFA pose des questions sur la reconnaissance de la décision en ce qu'elle reposera sur l'avis d'une seule personne. Si, en se référant à la pratique juridictionnelle notamment française et américaine, cette absence de pluralité des points de vue est généralement un moyen de faciliter la prise de décision, elle peut aussi être contraire à une forme d'équité dans la procédure en ce que l'expertise en matière d'histoire de l'art est généralement soumise à une confrontation

⁶⁵ C. RENOLD, M-A RENOLD, A-L BANDLE, A. CHECHI, « Affaire des six peintures de Klimt – Maria Altmann et Autriche », *Centre du droit de l'art* – Université de Genève, mars 2012.

⁶⁶ Article 5, 2, b, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York »), 1958.

des points de vue. Il y a ici l'idée sous-jacente que, pour éviter une contestation, l'évaluation requiert un consensus public entre experts. Ces éléments renvoient notamment aux débats entourant le *Salvator Mundi*, vendu aux enchères par Christie's en 2017 et attribué par certains à Léonard de Vinci⁶⁷. On peut également citer la vente controversée de Judith et Holopherne, attribuée au Caravage⁶⁸. Finalement le choix d'un expert unique induit une ignorance de points de vue divergents et une négligence de la diversité des preuves qu'ils apportent. En ce sens, la multitude d'experts et de catalogues raisonnés pour Modigliani et les divergences qui en ressortent conduisent à l'absence de reconnaissance d'une autorité suprême dans l'analyse de son œuvre⁶⁹. Il importe également de souligner que de nombreux experts hésitent à s'impliquer dans des questions juridiques ou commerciales par crainte de poursuites, ce qui incite les institutions arbitrales, et en particulier la CAFA, à mettre en place des mécanismes de protection pour les experts exprimant leur avis. Dans le même sens, on peut questionner l'uniformité des procédures d'évaluation et de documentation, de ce qu'il n'existe aucune procédure systématique permettant aux experts d'aborder l'évaluation de l'authenticité. Dans ce cadre, certains auteurs proposent tantôt une procédure standardisée, tantôt l'idée que les juges devraient se contenter de vérifier si l'objet d'art a fait l'objet d'une diligence raisonnable, en ce que déterminer l'authenticité pourrait s'avérer impossible dans bien des cas en l'absence de consensus. C'est d'ailleurs cette idée qui est mise en avant par Marilyn Hayden et Sharon Hecker évoquant que « Le rôle du tribunal, qu'il s'agisse de juges ou d'arbitres, ne devrait pas consister à déterminer qui a raison parmi les experts, mais plutôt à s'assurer qu'une procédure de diligence raisonnable appropriée a été suivie »⁷⁰. La CAFA ne cherche vraisemblablement pas à remplacer les procédures d'expertise et ne doit pas devenir une cour suprême de l'authentification. Elle vise avant tout à s'assurer de la diligence de ces procédures, ce qui permettrait de réduire les contestations basées sur des conflits d'intérêts ou des manipulations potentielles du marché par les authenticateurs. Plus que de trancher des litiges à l'instar des juridictions, la CAFA doit définitivement s'assumer comme un organe de compromis propre à introduire davantage de loyauté dans le marché de l'art.

B. Les perspectives d'affirmation d'un ordre juridique autonome

À l'instar du développement de l'arbitrage à travers le TAS dans l'ordre juridique sportif, la création de la CAFA et le développement des références à l'arbitrage dans les différents textes relatifs au marché de l'art semblent se positionner comme un levier majeur dans le dessein de la consécration d'un ordre juridique autonome. L'idée de Bill Charron, cerveau derrière la CAFA, est justement née de son expérience de la représentation de clients devant le Tribunal Arbitral du Sport en ce qu'il entrevoyait des possibilités similaires pour le monde de l'art⁷¹. Confronté à des affaires majeures concernant la restitution d'œuvres d'art nazies ainsi qu'à des affaires de contrefaçon et de fraude, il a rapidement compris les limites du règlement judiciaire des litiges du marché de l'art.

La CAFA apparaît donc, comme le TAS vis-à-vis du sport, comme une autorité spécialisée avec des arbitres disposant d'une expertise dans le domaine de l'art renforçant la confiance des requérants et les chances d'acceptation des décisions. De plus, la CAFA se fonde sur des principes inhérents au marché de l'art notamment issus de la *soft law* permettant de

⁶⁷ S. GRUNDY, « "It is not the Salvator Mundi" A questionable attribution to Leonardo da Vinci », *South African Journal of Art History*, 1 janvier 2020.

⁶⁸ LE MONDE avec AFP, « La toile "Judith et Holopherne", attribuée au Caravage, vendue avant sa mise aux enchères », *Le Monde*, 25 juin 2019.

⁶⁹ « Un expert impliqué dans la production de faux Modigliani », *Le Journal Des Arts*, 29 janvier 2013.

⁷⁰ Site web de la CAFA - Court of Arbitration for Art, Onglet « Pool of experts ».

⁷¹ Site web de la CAFA - Court of Arbitration for Art, Onglet « Pool of experts ».

consacrer les net de rendre des décisions au plus proche des préoccupations du marché. Une importante différence doit toutefois être relevée s'agissant de la reconnaissance quasi-universelle du TAS qui est aujourd'hui loin d'être acquise pour la CAFA, encore en phase de reconnaissance par le marché et qui n'a jusqu'à aujourd'hui rendu aucune sentence publiée. Ces considérations démontrent donc le chemin que l'arbitrage doit encore parcourir au sein du marché de l'art pour s'imposer comme le mode de règlement des différends privilégiés.

Parmi les obstacles qu'il convient de surmonter figure en bonne place l'absence de conditions générales de ventes qui sont généralement le réceptacle privilégié des clauses compromissaires désignant une institution arbitrale comme autorité des règlements des différends qui pourraient émaner du contrat en cause. Cette constatation est d'ailleurs faite par Alfred Ip développant que « Ce n'est un secret pour personne que de nombreux collectionneurs d'art sont confrontés à l'absence de conditions générales de vente ("CGV") adéquates proposées par les galeries, les maisons de ventes et les marchands d'art lors de l'achat d'œuvres d'art. »⁷² avant d'ajouter qu'« Historiquement, il était courant pour les acteurs du secteur de l'art de mener leurs activités sans trop de formalités administratives, notamment par le biais de contrats formels contenant des conventions d'arbitrage. Dans ce cas, l'absence de clause contractuelle prévoyant la soumission des litiges à l'arbitrage fait souvent du contentieux la seule option. Pour éviter ce processus long et coûteux, il est conseillé de mettre en place des contrats écrits pour les achats d'œuvres d'art, les consignations, les contrats artiste-galerie, les contrats de prêt et autres transactions liées à l'art »⁷³.

L'idée est donc ici d'adopter un instrument contraignant accepté par les États et qui pousserait de fait les parties à accepter de recourir à la procédure arbitrale, à l'instar du règlement adopté par la Cour Permanente d'Arbitrage en matière d'environnement. Ceci constitue précisément l'objet de la Résolution No. 4/2006 adoptée à Toronto en juin 2006 par le Comité International sur le droit de l'héritage culturel de l'Association de Droit International qui recommande, s'agissant de la coopération dans la protection mutuelle et du transfert des biens culturels, le recours à l'arbitrage pour toute résolution de litige se rapportant à ces matières.

D'une manière générale, la fréquence des recours à l'arbitrage dépend donc d'une part d'initiatives étatiques incitant à l'adoption de règlements en ce sens et d'autre part d'une prise de conscience des acteurs du marché de la nécessité de mise en place de conditions générales de vente incluant des clauses compromissaires. Cette analogie pose la question d'un droit complètement dédié au marché de l'art qui ne s'arrêterait donc pas à une institution arbitrale dédiée, mais qui pourrait s'inscrire dans une régulation plus complète avec, par exemple, une institution chargée d'édicter des règles et de surveiller leur mise en place pour une intervention *ex ante* de la même manière que la FIFA ou les organisations régionales telles que l'UEFA. C'est ce qui est d'ailleurs évoqué par certains auteurs tels que David Lefranc dans son article portant sur l'affaire *Double Denied* évoquant la création d'une autorité quasi-juridictionnelle chargée de réguler le secteur de l'authentification⁷⁴.

⁷² A. IP, « How Can Alternative Dispute Resolution Impact Art Law? », *Hugill & Ip Solicitors*, 16 juillet 2019.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ D. LEFRANC, « Les ayants droit d'un artiste défunt ont-ils le droit d'authentifier ses œuvres ? Libres propos sur l'affaire *Double Denied* », *Revue Propriétés Intellectuelles*, n° 33, 2009.

L'ensemble de ces observations tend donc à exposer la nécessité d'une consécration de l'arbitrage dans le monde de l'art et son lien avec le courant d'autonomisation d'un ordre juridique dédié au marché. Bien qu'il offre de nombreuses garanties pour les acteurs du marché tant en matière de procédure qu'à travers l'adéquation des jugements avec les réalités du marché, sa consécration est encore largement dépendante d'une prise de conscience des législateurs et des protagonistes afin de l'implanter comme un mode de recours usuel et non plus exceptionnel. Néanmoins, les récentes évolutions qu'il connaît, tant en matière de création de juridictions que dans les renvois opérés par de nouveaux textes internationaux ou de *soft law* laissent présager une augmentation des recours devant les institutions arbitrales.