

L'INCORPORATION AU RÉGIME JURIDIQUE ESPAGNOL DE LA NORMATIVE COMMUNAUTAIRE DE RESTITUTION DE BIENS CULTURELS*

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
*Professeur de Droit International Privé
Universidad Carlos III de Madrid*

CELIA M. CAAMIÑA DOMINGUEZ**
*Professeur Adjoint Docteur en Droit International Privé
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.04.2010 / Aceptado: 29.04.2010

Résumé: La présente étude a pour objet d'examiner le régime envisagé dans la Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels qui sont sortis du territoire d'un État membre de manière illicite, ainsi que la transposition qui en a été faite au sein du Régime Juridique espagnol, à travers la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

Mots-clés: Biens culturels, restitution, État membre requérant, possesseur, propriété.

Abstract: This study deals with the Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, and its implementation by the Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

Key words: Cultural objects, return, requesting member State, possessor, ownership.

Sommaire: I. Introduction. II. Concepts de base. 1. Bien culturel. A) La classification en tant que patrimoine artistique, historique ou archéologique national. B) L'appartenance aux catégories de l'Annexe, à une collection publique ou à l'inventaire d'une institution ecclésiastique. a) L'Annexe. b) Les collections publiques et l'inventaire des institutions ecclésiastiques. 2. L'exportation illicite. A) La violation des normes nationales de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique. B) La violation des normes communautaires d'exportation de biens culturels. III. La restitution du bien culturel. 1. Les personnes légitimées. 2. Documents à joindre à l'instance. 3. Le Tribunal compétent face à la demande de restitution. 4. Délais de prescription. 5. Le prononcé du tribunal. IV. La propriété du bien culturel après la restitution. 1. L'art. 12 de la Directive. 2. La Ley 36/1994. V. Conclusions.

* Texte du rapport présenté lors du XVIII^e Congrès International de droit comparé. 25 juillet - 1^{er} août 2010. Washington, DC.

** Le Docteur CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ a élaboré sa partie de l'exposé durant un séjour de recherches à l'Università degli Studi di Ferrara (Italie). Pour cela, elle désire remercier le Professeur Dr. FRANCESCO SALERNO et son équipe pour leur hospitalité. Elle veut aussi remercier l'Universidad Carlos III de Madrid pour l'octroi, dans le cadre du Programa Propio de Investigación, de "Ayuda para la movilidad de investigadores en centros de investigación nacionales o extranjeros" grâce à laquelle le séjour a été financé.

I. Introduction

1. La présente étude a pour objet d'examiner le régime envisagé dans la Directive 93/7/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels qui sont sortis du territoire d'un État membre de manière illicite, ainsi que la transposition qui en a été faite au sein du Régime Juridique espagnol, à travers la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea¹.

2. La Directive fait partie, tout comme la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou exportés de manière illicite, faite à Rome le 24 juin 1995, de ce que l'on peut nommer *mécanismes de restitution et retour automatique* de biens culturels². Elle établit une action de restitution des biens culturels qui, ayant été illicitement exportés d'un État membre, se trouvent dans un autre État membre.

3. La Directive a été élaborée dans un contexte dans lequel certains États membres se montraient craintifs au cas où la suppression des frontières internes permette l'exportation des biens culturels à des États tiers, moyennant le transport du bien culturel vers des États membres dont les législations sont moins restrictives; de même que, au cas où la circulation de ces biens à travers le territoire de l'Union Européenne ne se traduise en un appauvrissement du patrimoine culturel propre de chaque État membre³.

4. Nous procéderons à l'exposition du régime de la Directive tout en insistant sur les aspects pour

¹ Respectivement, DOCE n° L 74, du 27 mars 1993, pp. 74-79 ; modifiée par la Directive 96/100/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 17 février 1997, DOCE n° L 60, du 1^{er} mars 1997, pp. 59-60; modifiée par la Directive 2001/38/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 5 juin 2001, DOCE n° L 187, du 10 juillet 2001, pp. 43-44. Voir aussi la Proposition de la Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la restitution des biens culturels qui sont sortis de manière illicite du territoire d'un État membre dans: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0873:FIN:ES:PDF> (il s'agit d'une proposition d'une version codée de la Directive 93/7/CEE présentée par la Commission le 11 janvier 2008, pouvant provoquer des modifications concernant la numération des articles de celle-ci) ; et le Journal Officiel Espagnol n° 307, du 24 décembre 1994, pp. 38.672 et suivantes. Modifiée par la Ley 18/1998, du 15 juin, Journal Officiel Espagnol (dorénavant BOE) n° 143, du 16 juin 1998, pp. 19.799 et suivantes.

² BOE num 248, du 16 octobre 2002, pp. 36.366-36.373. Concernant les travaux de date récente sur la Convention d'Unidroit de 1995, voir, entre autres, J. S. BERGÉ, «La Convention d'Unidroit sur les biens culturels : remarques sur la dynamique des sources en droit international», *JDI*, 2000, pp. 215-262 ; A. L. CALVO CARAVACA, «Private international law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects», *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 87-104 (de même que A. L. CALVO CARAVACA, «Derecho Internacional Privado y Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», *La Ley*, 7 juillet 2004, pp. 1-7) ; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, 2007, pp. 123-200 ; G. CARDUCCI, «Complémentarité entre les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels», *RDU*, 2006, vol. 1, pp. 93-102 ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11^a ed., Granada, 2010-2011, pp. 717-763, notamment pp. 741-745 ; S. DOYAL, «Implementing the Unidroit Convention on Cultural Property into Domestic Law : The Case of Italy», *Col. J. Transnat'l. L.*, 2000-2001, vol. 39, pp. 657-700 ; G. A. L. DROZ, «La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)», *RCDIP*, 1997, vol. 86, pp. 239-281 ; M. A. EL WAHED, «The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: a View from Egypt», *RDU*, 2003, pp. 529-540 ; K. FACH GÓMEZ, «Algunas consideraciones en torno al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», *AEDIP*, 2004, t. IV, pp. 237-259 ; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, 2^a ed., Milán, 2007 ; L. GROSSE / J. P. JOUANNY, «La protection du patrimoine culturel en vertu des instruments de l'UNESCO (1970) et d'UNIDROIT (1995): la position d'Interpol», *RDU*, 2003, vol. 1-2, pp. 575-580 ; P. LAGARDE, «La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention d'UNIDROIT de 1995», *RDU*, 2006, vol. 1, pp. 83-91 ; L. PROTT, «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On», *RDU*, 2009, vol. 1-2, pp. 215-237 ; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Adhesión de España al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995», *REDI*, 2003, vol. 55, pp. 573-577 ; J. A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, *Les biens culturels précolombiens: leur protection juridique*, Paris, 2004, pp. 319-387 ; M. SCHNEIDER, «UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : Explanatory Report», *RDU*, 2001, vol. 3, pp. 476-564 ; F. SHYLLON, «The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration», *RDU*, 2000, pp. 219-241 ; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property : the UNIDROIT Convention and the ECC instruments of 1992/93 Compared», *RDU*, 1998, p. 678.

³ Vid. G. VOLPE, *Manuale di Diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, 2^a ed., Padova, 2007, p. 273.

lesquels le règlement prévu dans la norme de transposition espagnole peut poser des problèmes majeurs. Ainsi, pour illustrer le fonctionnement de la *Ley 36/1994*, nous ferons référence, tout au long de cet exposé, à une réclamation d'un bien culturel réalisée par les autorités portugaises auprès des tribunaux espagnols. Il s'agit d'un cas connu sous le nom de *campana de la Santa María (cloche de La Sainte Marie)*, et qui a vu le jour à l'occasion de l'action de restitution exercée par la République portugaise auprès des tribunaux espagnols, où l'on a projeté qu'il pouvait s'agir de la cloche de la caravelle *Santa María*⁴. La cloche a été retrouvée au fond de la mer en territoire portugais et mise aux enchères en territoire espagnol.

Nous ferons allusion, fondamentalement, tout au long de cet exposé, à la résolution de la Cour Provinciale (*Audiencia Provincial*) de Madrid, qui s'est prononcée sur l'appel déposé par la République portugaise. Cependant, concernant les délais de prescription, nous analyserons aussi le prononcé remis en première instance.

II. Concepts de base

5. La Directive 93/7/CEE est appliquée aux biens culturels qui sont sortis de manière illicite du territoire d'un État membre. Pour cela, nous allons examiner dans ce chapitre deux concepts: *bien culturel* et *sortie illicite*.

1. Bien culturel

6. Conformément aux dispositions de la Directive 93/7/CEE art. 1, sont considérés comme *biens culturels*:

- a) Ceux étant classifiés, avant ou après la sortie illicite du territoire d'un État membre, «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» et
- b) Ceux appartenant à l'une des catégories de son Annexe ou, alternativement, ceux faisant partie d'une collection publique figurant dans les inventaires de musées, archives et fonds de conservation de bibliothèques; ou de l'inventaire d'une institution ecclésiastique.

A) La classification en tant que patrimoine artistique, historique ou archéologique national

7. La première condition indiquant que nous nous trouvons face à un bien culturel en application de la Directive 93/7/CEE, est qu'il s'agisse d'un bien classifié comme «patrimoine artistique, historique ou archéologique national», conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE (ex art. 30 TCE). L'expression susmentionnée est aussi employée dans la version italienne de la Directive («beni del patrimonio nazionale aventi un valore artistico, storico o archeologico») et dans la version portugaise («património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico»). La version anglaise de la Directive utilise plutôt l'expression «national treasures possessing artistic, historic or archaeological value» et la version française a recours au terme «trésor national de valeur artistique, historique ou archéologique».

Cette diversité d'expressions se trouve déjà dans le TCE⁵. Le problème qui se pose est que la variété d'expressions utilisées vise plutôt, dans les versions française et anglaise, des biens dont l'importance est exceptionnelle vis-à-vis du patrimoine artistique de l'État; par contre, dans les versions uti-

⁴ Journal *El País*, 18 janvier 2006. Vid. SAP (Section 9) Madrid, le 21 juillet 2008 (AC\2008\1598) ; SJPI n° 39 (Madrid), le 6 mars 2006. Vid. V. FUENTES CAMACHO, «El caso de la campana de la Santa María : un indiscutable ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *La Ley*, mercredi 31 mai 2006, pp. 1-4 (dans la note de pied de page numéro 1 de l'article de l'auteur susmentionné se trouvent reproduits les Fondements Juridiques du Jugement prononcé en première instance). Nous faisons référence au cas de la *Cloche de la Sainte Marie*, mais il faut tenir compte du fait que la SAP se limite à signaler qu'il s'agit d'une cloche de plus de 100 ans, datant au moins du XVIIIe siècle.

⁵ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali : la disciplina comunitaria e il progetto di legge di attuazione della direttiva CEE 93/7», *Dir. com. int.*, 1996, p. 328 ; A. MATTERA, «La libre circulation des œuvres d'art à l'intérieur de la Communauté et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique», *Rev. marché univ. europ.*, 1993, n° 2, pp. 18 et suivantes.

lisant le terme «patrimoine artistique, historique ou archéologique national», soit les versions espagnole, italienne et portugaise, paraissent permettre l'inclusion de biens de moindre importance⁶.

Ces différences ne sont qu'une conséquence de la division existant entre les pays exportateurs de biens culturels, qui défendent un concept ample de bien culturel, pour ainsi protéger un plus grand nombre de biens, et les pays importateurs dont l'objectif est la promotion du commerce d'œuvres d'art, se penchant sur un concept restrictif⁷.

8. La classification du bien en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» a dû être menée conformément à la législation et aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE. Ladite clause établit que «Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres».

L'art. 36 TFUE suppose ainsi une dérogation de la libre circulation de certaines marchandises, parmi lesquelles se trouvent les biens culturels⁸. Sur la base de la clause, les États membres peuvent prendre des mesures pouvant restreindre le commerce intercommunautaire de biens culturels, justifiées dans l'intention de protéger lesdits biens des effets préjudiciables qui provoqueraient leur libre circulation⁹. De cette manière et dans les limites de l'art. 36 TFUE, les États membres conservent le droit de définir leurs patrimoines nationaux et la faculté d'adopter les dispositions nécessaires afin de garantir leur protection¹⁰.

9. L'article 1.1. de la Directive 93/7/CEE exige que le bien soit «classifié». On peut comprendre que ce terme implique que l'État demandant la restitution doit faire une déclaration formelle sur le fait que le bien appartienne à son patrimoine artistique, historique ou archéologique national, ce bien culturel pouvant être réclamé et inventorié en même temps¹¹. Cela dit, il n'est pas nécessaire que le bien se trouve inclus, au préalable, dans un inventaire ou catalogue. En outre, tout comme le précise l'art. 1.1 de la Directive, la classification peut avoir lieu *avant ou après* la sortie de manière illicite du bien du territoire d'un État membre. Cette précision nous semble importante, parce qu'elle permet ainsi d'inclure, dans le domaine de l'application matérielle de la Directive, les biens culturels en provenance de fouilles archéologiques illicites et les biens culturels appartenant au particuliers¹².

⁶ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 328 ; A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* pp. 18 et suivantes.

⁷ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 332.

⁸ Vid. R. CLERICI, «La circolazione delle opere d'arte nella Comunità Europea», in M. CONSTANZA (ed.), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova, 1999, p. 36. Concernant l'article 30 TCE, vid. KARYDIS, «Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale», in *Rev. trim. droit eur.*, 1994, pp. 550-575 ; F. LÓPEZ RAMÓN, «La movilidad del patrimonio Histórico Español en la Comunidad Europea», *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 1992, n° 75, pp. 359-379 ; J. M. MAGÁN PERALES, «Algunas precisiones sobre la noción de bien cultural en el Tratado de la Comunidad Europea», *Patrimonio cultural y derecho*, 1998, vol. 2, pp. 171-182 ; T. L. MARGUE, «La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché : problèmes et perspectives», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1992, pp. 905-918 ; A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* pp. 13-20 ; J. F. POLI, «Droit communautaire, compétences culturelles des États membres en matière de protection du patrimoine national, et Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, pp. 89-100 ; I. A. STAMATOUDI, «The National Treasures Exception in Article 36 of the EC Treaty : How Many oh them Fit the Bill ?», *Art, Antiquity & L.*, 1998, pp. 39-51. Par rapport à l'inclusion des biens culturels dans le concept de «marchandise», voir STJCE, 10 décembre 1968, Commission/Italie, (Œuvres d'Art, 7/68, Rec., p. 617, ainsi que le commentaire du jugement de P. PESCATORE, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, pp.451-462.

⁹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, p. 70.

¹⁰ Vid. Considérant deuxième de la Directive 93/7/CEE. Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 337 ; A. PAPA, «L'influenza del diritto internazionale e comunitario sulla tutela dei beni culturali nell'ordinamento italiano», in Centro Internazionale di Studi Gentiliani, *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 septembre 2006, Milan, 2008, pp. 503-504.

¹¹ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001, p. 445.

¹² Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires en matière de restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le

10. Concernant l'Espagne, l'art. 46 de la *Constitución Española* signale déjà que « Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este Patrimonio »¹³. Afin de déterminer les biens pouvant recevoir une telle protection, et pour autant, faisant partie du « patrimoine artistique, historique ou archéologique national » signalé dans la Directive, nous devons avoir recours à la *Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español* (ci-après LPHE)¹⁴.

11. Selon ce que met en relief l'art. 1.2 du LPHE, « Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico »¹⁵. Concernant le sujet qui nous intéresse, c'est-à-dire, pour déterminer quels biens sont compris dans le domaine d'application matérielle de la Directive, l'art. 1.3 LPHE semble revêtir une importance spéciale. Ladite clause stipule que « Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley »¹⁶. Nous pouvons ainsi établir qu'il existe deux catégories de biens culturels recevant une protection spéciale :

a) Les biens d'*interêt culturel* (*bienes de interés cultural*). Il s'agit des biens meubles ou immeubles ayant besoin d'une protection de manière plus évidente¹⁷ parce que leur importance culturelle les rend représentatifs de l'histoire, de l'art, ou de la culture de l'Espagne¹⁸. Selon les dispositions de l'article 9.1 LPHE, une déclaration formelle pour qu'un bien soit intégré dans cette catégorie est nécessaire¹⁹.

b) Les biens *inclus dans l'Inventaire Général des Biens Meubles* (*bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles*). Il s'agit de biens meubles qui, malgré leur importance singulière, n'appartiennent pas à la catégorie de biens d'intérêt culturel (art. 26.1 LPHE). Ce sont des biens qui, du point de vue des valeurs culturelles protégées par le Droit, ont un moindre intérêt par rapport aux biens d'intérêt culturel²⁰.

12. Pour ce qui est de l'Espagne, il faut souligner ici la répartition des compétences qui existe entre l'État et les Communautés Autonomes au moment d'attribuer un bien à l'une des catégories de protection susmentionnées, vu que cela influe quant à l'application de la Directive communautaire.

territoire d'un État membre. Analyse de la directive 93/7/CEE du 15 mars 1993», *Rev. marché uniq. europ.*, 1993, n° 2, p. 55.

¹³ Les pouvoirs publics garantissent la sauvegarde et encouragent l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne et des biens qui en font partie, quel que soit son régime ou son appartenance. La loi pénale sanctionne les attentats contre ce patrimoine. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, « Patrimonio cultural y organización administrativa », *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 21, 1995, p. 36 ; R. ENTRENA CUESTA, « Artículo 46 », in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3^a ed., Madrid, 2001, pp. 921-925 ; A. E. PÉREZ LUÑO, « Artículo 46. Patrimonio histórico, artístico y cultural », in O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, 1996, pp. 277-304 ; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998, pp. 255-256.

¹⁴ BOE n° 155, de 29 juin 1985, pp. 20.342 et suivantes ; rect. BOE n° 296, de 11 décembre 1985, pp. 39.101 et suivantes.

¹⁵ Le Patrimoine Historique Espagnol intègre les immeubles et objets meubles d'intérêt artistique, historique, paléontologique, archéologique, ethnologique, scientifique ou technique. Le patrimoine documentaire et bibliographique, les gisements et zones archéologiques ainsi que les sites naturels, jardins et parcs, ayant une valeur artistique, historique ou anthropologique, font aussi partie de ce même patrimoine.

¹⁶ Les biens les plus importants du Patrimoine Historique Espagnol devront être inventoriés ou déclarés d'intérêt culturel tel qu'il est prévu par cette Loi.

¹⁷ Paragraphe sixième du préambule de la LPHE : « En el seno del Patrimonio Histórico Español, y al objeto de otorgar una mayor protección y tutela, adquiere un valor singular la categoría de Bienes de Interés Cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel Patrimonio que, de forma más palmaria, requieran tal protección. Semejante categoría implica medidas asimismo singulares que la ley establece según la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae ».

¹⁸ Vid. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Madrid, 1989, pp. 110 et suivantes ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. p. 213.

¹⁹ Vid. M. R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992, p. 157. En règle générale, on ne peut pas inclure dans cette catégorie les œuvres d'auteurs vivants, sauf s'il existe une autorisation expresse de son propriétaire ou s'il y a intervention de l'Administration pour son acquisition (art. 9.4 LPHE).

²⁰ Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, p. 618.

13. En vertu de l'art. 149.1.28 CE, il relève de la compétence de l'État « la defensa del Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental contra la exportación ilícita y la expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas²¹ ». Dans ce sens, l'art. 2.1 LPHE stipule que: «Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado (...) garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28, de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación²² ». Et comme il est établi dans la clause que « sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos... » – sous réserve des compétences correspondant aux autres pouvoirs publics... – la question suivante se pose ici: l'inclusion d'un bien culturel dans les catégories de protection que nous avons signalées correspond-elle à l'État espagnol?²³

14. Cette question a été résolue par le Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*) à travers la *Sentencia* 17/1991, du 31 janvier²⁴. En effet, le Tribunal s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'art. 9.1 LPHE. Ladite clause établit que: «Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada²⁵ ». Selon le jugement nuancé du Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*), uniquement lorsque l'exécution de la Loi fait partie de la compétence de l'État, l'on procèdera à la déclaration au moyen d'un Décret royal²⁶.

Ainsi, il est indiqué que la compétence sera celle de l'État dans trois cas: a) Dans les cas où l'intervention de l'État est nécessaire pour la lutte contre l'exportation illicite et la spoliation des biens du Patrimoine Historique Espagnol; b) S'il s'agit de biens dont la gestion correspond à l'Administration de l'État; c) S'il s'agit de biens relevant du Patrimoine National²⁷. Pour tous les autres cas, la compétence relève des Communautés Autonomes qui l'auront pris en charge conformément aux statuts²⁸.

15. L'on pourrait considérer que le fait d'attribuer aux Communautés Autonomes la compétence d'inclure les biens culturels dans les catégories de protection de la LPHE pourrait permettre d'avoir des catégories uniques de protection (biens d'intérêt culturel et biens de l'Inventaire Général des Biens Meubles). L'on éviterait ainsi que les Communautés Autonomes, vis-à-vis de la compétence de l'État, créent leurs propres catégories de protection, quand il existe déjà des *biens d'intérêt culturel* du Patrimoine Historique Espagnol aux côtés des *biens d'intérêts relevant des Autonomies*²⁹.

Le problème est que, malgré le prononcé du Tribunal Constitutionnel (*Tribunal Constitucional*),

²¹ La défense du Patrimoine Culturel, Artistique et Monumental contre l'exportation illicite, des musées, des bibliothèques et archives dont l'État est titulaire, sous réserve de sa gestion de par les Communautés Autonomes. Vid. J. A. ALONSO DE ANTONIO, «Artículo 149.1.1ª, 4ª, 5ª, 7ª, 10ª a 32ª, 2 y 3. Sistema de distribución de competencias», in O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. XI, 1999, pp. 255-320; R. ENTRENA CUESTA, «Artículo 149», in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 2.566-2.572; J. I. ERKOREKA GERVASIO, «Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149.1.28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental», *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 41, 1995, pp. 124-125; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, op. cit. pp. 205 et 240.

²² Sous réserve des compétences correspondant aux autres pouvoirs publics, il relève des devoirs et attributions essentiels de l'Administration de l'État (...) de garantir la conservation du Patrimoine Historique Espagnol, ainsi que de promouvoir l'enrichissement de celui-ci et d'encourager et de protéger l'accès de tous les citoyens aux biens qui en font partie. De la même manière, et conformément aux dispositions de l'art. 149.1.28 de la Constitution, l'Administration de l'État protégera lesdits biens face à l'exportation illicite et à la spoliation.

²³ Dans ce sens, l'on a recours à une formule «indeterminada y abstracta» (« indéterminée et abstraite »), vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, op. cit. p. 403.

²⁴ STC 31 janvier 1991 (RTC 1991/17). Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. pp. 54-60.

²⁵ Les biens intégrés dans le Patrimoine Historique Espagnol déclarés d'intérêt culturel en application de cette Loi ou moyennant un Décret Royal de manière individuelle, obtiendront bénéfice de protection et tutelle singulière.

²⁶ STC 31 janvier 1991 (RTC 1991/17). Voir : Fondement Juridique n° 10.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión Europea*, Madrid, 1994, pp. 25-26.

certaines Communautés Autonomes ont configuré une sorte de *Patrimoine Historique Autonómico*³⁰. En vue du règlement existant au niveau des Autonomies, l'on peut signaler l'existence des catégories de biens culturels suivantes³¹ :

- a) Biens appartenant aux catégories de protection de la LPHE, ayant été inclus dans celles-ci par l'État ou par les Communautés Autonomes, selon compétence.
- b) Biens ayant été inclus par les Communautés Autonomes dans des catégories de protection autonomiques, catégories que la Communauté en question a déclaré équivalentes aux catégories de la LPHE.
- c) Biens ayant été inclus par les Communautés Autonomes dans des catégories de protection autonomiques différentes des catégories de la LPHE.

16. Des trois alinéas susmentionnés, seul les biens compris dans les deux premiers doivent être considérés comme relevant du domaine de l'application de la Directive. Ainsi, les biens culturels que les Communautés Autonomes ont décidé d'inclure dans des catégories de protection non équivalentes à celles établies par l'État ne seront pas couverts par la Directive. Cela est dû à l'art. 1 de la Directive faisant référence, tel que nous l'avons vu, aux biens ayant été classifiés conformément à la législation ou aux procédures administratives nationales dans le cadre de l'art. 36 TFUE. Le régime exceptionnel que cette clause contemple et qui permet d'établir des restrictions à l'exportation, semble prévu pour les biens culturels de plus grande importance³². Ces biens sont les biens d'intérêt culturel et les biens de l'Inventaire Général des Biens Meubles, tel qu'il est dit dans l'art. 1.3. LPHE. Ainsi donc, seul ces deux catégories seront protégées face à l'exportation et à la spoliation³³. Cela dit, si une Communauté Autonome décide de ne pas inclure un bien dans les catégories de protection des biens de plus grande importance – c'est-à-dire, dans les catégories de l'État ou dans des catégories autonomiques équivalentes à celles établies par l'État – le dit bien ne sera pas protégé par la Directive, car il ne jouit pas de l'importance justifiant sa protection face à l'exportation³⁴.

B) L'appartenance aux catégories de l'Annexe, à une collection publique ou à l'inventaire d'une institution ecclésiastique

17. Les biens classifiés *patrimoine artistique, historique ou archéologique national* ne peuvent être protégés par la Directive s'ils ne réunissent pas une deuxième condition, qui se traduit en trois alternatives possibles: a) L'appartenance à l'une des catégories de son Annexe; b) l'appartenance à une collection publique; c) l'inclusion dans l'inventaire d'une institution ecclésiastique.

a) L'Annexe

18. L'Annexe de la Directive comprend plusieurs catégories de biens qui doivent réunir des conditions déterminées par rapport à leur ancienneté et/ou valeur économique³⁵. Quant à la valeur économique, il faut préciser, comme l'indique l'Annexe, qu'elle sera décidée au moment où la demande de restitution sera présentée et qu'elle correspondra à celle que le bien culturel a dans l'État membre à qui l'on fait la réclamation.

19. La doctrine a signalé à ce propos que des problèmes de coordination peuvent surgir entre les

³⁰ Concernant l'étude de différentes législations autonomiques, Cf. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, «El Derecho andaluz del Patrimonio Histórico en el vigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 2003, numéro extraordinaire 2, fascicule 2, pp. 341-346; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 57-59 ; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, *op. cit.* pp. 25 et suivantes.

³¹ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 60.

³² Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, *op. cit.* p. 95.

³³ *Ibidem.*

³⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 60.

³⁵ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, *op. cit.* p. 92. Dans la Convention d'Unidroit de 1995, l'annexe n'exige aucune condition quant à la valeur économique. À cet égard, l'on a signalé que la valeur économique exigée par l'Annexe de la Directive semble nier la conception du bien culturel comme étant un bien avec valeur de civilisation, vid. M. CHITI, «Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario», *Beni culturali e Comunità Europea*, 1994, p. 148 ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, *op. cit.* p. 447.

législations nationales et les catégories de l'Annexe ; cela dit, il existe des cas où le bien culturel est classifié patrimoine artistique, historique ou archéologique national, mais ne se trouve pas inclus dans l'Annexe et inversement³⁶.

20. Arrivé à ce point, il faut mentionner les *rapports* que la Commission a élaboré durant les dernières années vis-à-vis de l'application de la Directive 93/7/CEE. Plus concrètement, le *Troisième rapport* fait allusion aux propositions des États membres pour ajouter de nouvelles catégories à l'Annexe ou modifier les valeurs minimales des biens, quoique l'on souligne dans les conclusions qu'il n'existe aucun consensus à ce propos³⁷.

b) Les collections publiques et l'inventaire des institutions ecclésiastiques

21. Tel que le souligne l'art. 1 de la Directive, les collections publiques sont celles « qui appartiennent à un État membre, à une autorité locale ou régionale dans un État membre ou à un organisme situé sur le territoire d'un État membre et qui est défini comme bien public selon la législation dudit État membre; ou qui appartient ou est financé de manière significative par ledit État membre ou par une autorité locale ou régionale ». De plus, la collection doit figurer dans les inventaires des musées, archives et des fonds de conservation des bibliothèques.

Ce qui est important, c'est que le bien culturel fasse partie de la collection publique, sans trop tenir compte du fait qu'il puisse s'agir d'un bien public ou privé³⁸.

La protection des biens appartenant à des collections publiques se trouve justifiée parce que l'on reconnaît leur valeur artistique ou historique du fait même de leur appartenance à ladite collection³⁹.

2. L'exportation illicite

22. La Directive protège le bien culturel « qui est sorti de manière illégale du territoire d'un État membre. »⁴⁰. *Sortie illégale* veut dire celle qui se produit tout en transgressant l'une des normes suivantes:

a) La législation en matière de protection du patrimoine national. En ce qui concerne l'Espagne nous devons apporter une précision terminologique, puisque les biens du *patrimoine national* ne sont que l'un des types de biens inclus dans le Patrimoine Historique Espagnol. Il faut comprendre que la Directive fait allusion à la législation qui, dans chaque État membre, protège le patrimoine artistique, historique ou archéologique national⁴¹. Pour cela, nous ferons référence, pour l'Espagne, à la LHPE.

b) Les dispositions du *Règlement n° 116/2009, du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à l'exportation de biens culturels*⁴².

³⁶ Vid. A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», *op. cit.* p. 339. Or, pour l'éviter, l'art. 14.1 de la Directive permet aux États membres d'étendre l'obligation de restitution aux catégories de biens non contemplés dans l'Annexe, même si l'on a pas fait usage d'une telle prévision dans la *Ley 36/1994*, qui reproduit dans son art. 1 le contenu de l'Annexe de la Directive.

³⁷ Vid. *Troisième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 30 juillet 2009) COM (2009) 408 fin, p. 9.

³⁸ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 62.

³⁹ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁰ À ce propos, on doit tenir compte de la Disposition Additionnelle deuxième de la *Ley 36/1994*, qui stipule que: « En el supuesto y momento en que se atengan al cumplimiento de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales, la presente Ley será de aplicación a los países miembros del Espacio Económico Europeo no integrados en la Unión Europea, teniendo a todos los efectos la condición de Estados requirentes » (Dans le cas et au moment où l'on s'en tient à l'accomplissement de la Directive 93/7/CEE du conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels, la présente Loi sera appliquée dans les pays membres de l'Espace Économique Européen non intégrés à l'Union Européenne, ayant à toutes fins la condition d'États requérants). Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilicite...*, *op. cit.* p. 497.

⁴¹ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 73.

⁴² La Directive fait allusion au Règlement 3911/92, mais ledit Règlement a été objet d'une codification et se nomme actuellement *Règlement n° 116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à l'exportation de biens culturels* (DOUE n° L. 39, du 10 février 2009, pp. 1-7).

23. La sortie illicite doit avoir eu lieu, selon les indications de l'art. 13 de la Directive, après 1^{er} janvier 1993, bien qu'il soit permis aux États membres d'appliquer le régime de celle-ci aux sorties précédant la date susmentionnée (art. 14.2 de la Directive 93/7). Le législateur espagnol n'a pas fait usage de cette dernière prévision puisque, dans la Disposition Transitoire Unique de la *Ley 36/1994*, il est indiqué que la Loi est applicable aux sorties illicites du Territoire des États membres qui se seraient produites à partir du 1^{er} janvier 1993⁴³.

En outre, il se trouve couvert par la Directive dans le cas de sortie temporaire, qui devient illicite dès le moment où le bien n'est pas retourné dans le délai prévu, ou quand il y a dépassement quant à la condition relative à l'expédition temporaire⁴⁴.

A) La violation des normes nationales de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique

24. Concernant l'Espagne, tout en nous basant sur l'art. 5 de la LPHE, nous pouvons signaler que, en premier lieu, il existe une exportation illicite dès qu'il y a une sortie à caractère définitif de biens *d'intérêt culturel* et de biens appartenant au patrimoine Historique Espagnol qui, comme mesure préventive, ont été déclarés expressément, non exportables par l'Administration de l'État, en attendant de les inclure dans l'une des catégories de protection spéciale de la Loi (art. 5.3 LPHE)⁴⁵.

25. En deuxième lieu, il existe exportation illégale quand il y a sortie à caractère définitif, et sans qu'il y ait une autorisation formelle d'exportation, de biens du Patrimoine Historique Espagnol ayant une ancienneté supérieure à cent ans, de biens inclus dans l'Inventaire Général des Biens Meubles et ceux dont le dossier d'inclusion a été ouvert (art. 5.2 LPHE)⁴⁶.

B) La violation des normes communautaires d'exportation de biens culturels

26. Le *Règlement n° 116/2009* exige une autorisation d'exportation pour la sortie de biens culturels en dehors du territoire douanier de l'Union Européenne (art. 2.1). Ainsi, les frontières communautaires sont protégées tout en contrôlant les exportations, afin d'éviter le transfert illicite de biens culturels des États membres vers les États non communautaires⁴⁷.

27. Reste à signaler deux règles afin de déterminer l'État membre compétent pour la concession de ladite autorisation: a) En termes généraux, la compétence revient à l'État membre où le bien culturel en question se trouve de manière légale et définitive au 1^{er} janvier 1993 (art. 2.2a) R 116/2009); b)

⁴³ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea», *REDI*, 1995, vol. XLVII, p. 489.

⁴⁴ Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, op. cit. pp. 299-300, définissant le concept d'exportation et de sortie temporaire.

⁴⁵ Voir, entre autres, STS du 2 février 2000 (*RJ 2000\788*) ; STS du 7 mars 2007 (*RJ 2007\2591*), STS du 6 novembre 2007 (*RJ 2007\8176*) ; STS du 6 novembre 2007 (*RJ 2007\8177*) ; STS du 2 juillet 2008 (*RJ 2008\3341*) ; STS du 8 juillet 2008 (*RJ 2008\3424*) ; STS du 25 septembre 2008 (*RJ 2008\4576*) ; STS du 3 décembre 2008 (*RJ 2008\8057*). Bien qu'on ne le mentionne pas de manière expresse dans l'art. 5.3 LPHE, il existe d'autres catégories de biens non exportables: à caractère provisoire, les biens en passe d'être déclarés biens d'intérêt culturel (art. 11.2 LPHE); les biens meubles des institutions ecclésiastiques se trouvant inclus dans l'Inventaire Général – vu qu'il ne peuvent être vendus à des organismes publics, il existe une prohibition implicite d'exportation – (art. 28 LPHE); tous les biens du Patrimoine Historique Espagnol dont les propriétaires sont les Administrations publiques (art. 28.2) ; les biens du Patrimoine National, et ceux du Patrimoine archéologique (art. 44.1 LPHE). Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. pp. 39-40.

⁴⁶ L'on inclut aussi dans cette section, les biens meubles ayant été objet d'importation légale vu que, à condition qu'ils ne soient pas classifiés d'intérêt culturel en vertu de l'art. 32.2 LPHE, ils peuvent être librement exportés durant les dix années qui suivent celle-ci, sans possibilité de refus de l'autorisation. Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, op. cit. p. 300 ; L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, op. cit. p. 43.

⁴⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único...*, op. cit. p. 84 ; R. CLERICI, «La circolazione delle opere...», op. cit. p. 42 ; A. GARDELLA, «La circolazione dei beni culturali...», op. cit. p. 328 ; K. SHORT, «Preventing the Theft and Illegal Export of Art in a Europe Without borders», *Va. J. Int'l. L.*, 1993, vol. 26, pp. 633-665 ; V. VITRANO, «Protecting Cultural Objects in an Internal Border-Free EC : the EC Directive and Regulation for the Protection and Return of Cultural Objects», *Fordham Int'l L. J.*, 1994, vol. 17, pp. 1164-1201.

Cependant, si après cette date le bien culturel est transporté vers un autre État membre, la compétence correspondra à l'État membre de sa nouvelle destination, lequel deviendra compétent dans l'une des situations suivantes: a) quand le bien est sorti de manière légale et définitive depuis un autre État membre; b) quand le bien a été importé vers un État membre depuis un État non communautaire; c) quand le bien a été réimporté d'un pays tiers vers lequel il a été légalement exporté depuis un État membre (art. 2.2.b) R 116/2009.

28. Le Règlement protège les *biens culturels* appartenant aux catégories de son Annexe⁴⁸. On doit refuser l'autorisation pour que lesdits biens soient exportés quand le bien culturel se trouve protégé par une législation nationale de protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique (art. 2.2, paragraphe troisième, R 116/2009)⁴⁹. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'art. 2.2, paragraphe deuxième du Règlement permet à l'État membre compétent de ne pas exiger d'autorisation lorsqu'il s'agit d'objets archéologiques de plus de cent ans d'ancienneté en provenance de fouilles et découvertes terrestres et sous-marines; de sites archéologiques ou de collections archéologiques sous certaines conditions⁵⁰.

III. La restitution du bien culturel

29. La Directive établit une procédure de *restitution*, qu'il faut comprendre comme un retour matériel du bien culturel vers le territoire de l'État membre requérant (art. 1.5)⁵¹.

1. Les personnes légitimées

30. La légitimation dans la procédure de restitution est déterminée par l'art. 5 de la Directive qui stipule que: « L'État membre requérant pourra introduire à l'encontre du possesseur, et en l'absence de celui-ci, du détenteur (...) une action de restitution du bien culturel. »

31. La légitimation active dans la procédure de restitution correspond ainsi à l'État membre requérant, c'est-à-dire, à celui qui s'est vu privé d'un bien culturel, sorti de son territoire de manière illicite (art. 1.3 Directive 93/7/CEE)⁵². Il n'y a pas de relevance à ce sujet que le bien culturel réclamé soit propriété publique ou privée. Cependant, il faut préciser que l'Espagne étant le pays requérant, le bien culturel réclamé sera dans tous les cas, un bien de sa propriété⁵³. Ceci découle de l'art. 29 LPHE, qui établit « 1. Pertencen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles »⁵⁴. Cela dit, comme l'État espagnol devient propriétaire du bien à partir de

⁴⁸ Vid. C. BISCARETTI DI RUFFIA, «Il Regolamento n. 3911/1992 del consiglio relativo all'esportazione di beni culturali ed il trattato sull'Unione Europea», *Dir. com. int.*, 1992, vol. 4, pp. 485-502.

⁴⁹ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte...*, *op. cit.* pp. 121-129.

⁵⁰ Art. 2.2, paragraphe deuxième, R 116/2009 : « (...) lorsque son intérêt archéologique ou scientifique est limité et qu'il ne s'agit pas d'un produit direct de fouilles, découvertes ou gisements archéologiques dans les États membres, et sa présence sur le marché ne viole pas la normative applicable ».

⁵¹ Pour un traitement détaillé des concepts de *restitution*, *retour* et *rapatriement*, W. W. KOWALSKI, «Claims for Works of Art and Their Legal Nature», in International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (ed.), *Resolution of Cultural Property Disputes. Papers emanating from the seventh PCA International Law Seminar May 23, 2003*, La Haya, 2004, pp. 33 et suivantes.

⁵² Tenir compte à ce sujet du contenu de la note de pied de page n° 36. Vid. G. CORDINI, «I beni culturali nell'Ordinamento dell'Unione Europea», in N. ASSINI / G. CORDINI, «I beni culturali e paesaggistici», Padua, 2006, p. 284 ; A. LANCIOTTI, «La restituzione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario», in Centro Internazionale di Studi Gentiliani, «Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale», Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006, Milán, 2008, p. 475 ; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, *op. cit.* p. 497 ; A. PAPA, «L'influenza del diritto internazionale...», *op. cit.* p. 502.

⁵³ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 54-60.

⁵⁴ Appartiennent à l'État les biens meubles intégrant le Patrimoine Historique Espagnol qui ont été exportés sans l'autorisation requise par l'art. 5 de cette Loi. Lesdits biens sont inaliénables et imprescriptibles. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, *op. cit.* p. 627.

son exportation illicite, et que l'exportation illicite justifie la réclamation du bien conformément aux dispositions de la Directive, l'État espagnol exerce ainsi l'action de restitution de la Directive d'un bien lui appartenant⁵⁵.

32. Tel que nous l'avons signalé ci-dessus, l'art. 5 de la Directive indique également qui se trouve légitimé passivement dans la procédure de restitution. Tel qu'il est établi dans cette clause, une demande de restitution sera introduite «(...) à l'encontre du possesseur et, en son absence, à l'encontre du détenteur (...)» La Directive établit dans son art. 1 que l'on peut considérer possesseur, la personne possédant un matériel faisant partie d'un bien culturel à son compte, alors que le détenteur détient un matériel du bien au compte d'autrui (respectivement, alinéas 6 et 7 de l'art. 1 de la Directive).

En tenant compte de l'art. 5 de la Directive, il y a lieu de considérer les situations suivantes:

a) À condition que l'État requérant connaisse l'identité du possesseur, la demande devra être introduite à l'encontre de celui-ci. Cette solution est déduite d'une interprétation littérale de l'art. 5 de la Directive. Il faut préciser ici que dans la *Ley 36/1994*, la possibilité d'agir en justice contre le possesseur et le détenteur semble se poser d'une manière *alternative*⁵⁶.

b) Si l'État requérant reconnaît la personne qui se trouve en possession du bien, mais ne connaît pas le type de possession – au compte d'autrui ou à son compte – il faut admettre qu'il faut d'agir en justice contre ladite personne.

c) Si l'État requérant connaît l'identité des deux personnes possédant le bien, mais ne détient pas le renseignement lui permettant de déterminer qui est le possesseur et qui est le détenteur, l'instance peut être présentée à l'encontre de n'importe lequel des deux ou contre les deux⁵⁷.

Aussi bien l'art. 5 de la Directive que l'art. 5 de la *Ley 36/1994* doivent être interprétés en tenant compte du fait que la régulation de la légitimation passive, qui est basée sur la découverte du bien entre les mains d'une personne, répond à l'idée de faciliter l'exercice de l'action de restitution⁵⁸.

2. Documents à joindre à l'instance

33. Tel que l'indiquent les art. 5 de la Directive et 7 de la *Ley 36/1994*, pour que l'instance soit admise il y a lieu de joindre les documents suivants:

a) un document dans lequel se décrit le bien objet de la réclamation et dans lequel il est certifié qu'il s'agit bien d'un *bien culturel*, et

b) une déclaration des autorités compétentes de l'État membre requérant sur le fait que la *sortie* du bien culturel de son territoire s'est faite de manière illégale.

Selon les indications de la *Ley 36/1994* dans son art. 7.2, l'omission des deux documents mentionnés ci-dessus, donnera lieu à ce que le juge se prononce d'office contre l'admission de la requête et sans audience des parties. Notre point de vue coïncide avec les critiques qualifiant cette prévision de trop rigoureuse⁵⁹.

34. Il correspond à l'État membre requérant de certifier que le bien culturel remplit les conditions afin que sa restitution soit recevable en vertu de la Directive⁶⁰. Ceci se traduit par la justification de deux points:

a) La classification du bien, avant ou après la sortie illicite du territoire de l'État membre requérant, en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» et

⁵⁵ L'art. 29 LPHE, dans son alinéa troisième, contemple la possibilité, une fois le bien culturel du Patrimoine Historique Espagnol récupéré, que le titulaire précédant récupère la propriété en cas de perte ou de soustraction. Mais ladite clause n'est pas applicable dans le domaine de la procédure de restitution de la Directive, mais c'est possible, avec caractère ultérieur, recourir à une procédure civile contentieuse en ce qui concerne la détermination de la propriété du bien. Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 265-266.

⁵⁶ Art. 5 *Ley 36/1994*: «Estarán legitimados pasivamente únicamente quienes tuvieren la posesión o la simple tenencia del bien reclamado». Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 104.

⁵⁷ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, «El comercio del arte...», *op. cit.* p. 112.

⁵⁸ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, *op. cit.* pp. 456-457.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 496 (note 396).

⁶⁰ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 66.

b) Le fait d'appartenir à l'une des catégories de l'Annexe ou, de manière alternative, l'inclusion dans une collection publique ou inventaire d'institution ecclésiastique.

35. Les mécanismes de classification du bien en tant que «patrimoine artistique, historique ou archéologique national» varient en fonction du système existant dans l'État membre requérant⁶¹. Lorsque l'Espagne est l'État requérant, nous devons tenir compte du fait qu'il existe dans notre pays une définition générique des biens intégrant le Patrimoine Historique Espagnol exposée dans l'art. 1.2 LPHE et qui, selon les cas, est combinée avec une déclaration catégorique d'inclusion dans ledit Patrimoine⁶².

Si dans l'État membre requérant il existe une liste de biens intégrant son «patrimoine artistique, historique ou archéologique», cet État pourra le présenter conjointement avec la demande de restitution⁶³. Dans le cas des États membres n'ayant qu'une définition générale de «patrimoine artistique, historique ou archéologique» le problème est plus complexe : tel qu'il est promulgué par la doctrine, nous considérons alors qu'il serait recommandable de présenter la demande de restitution en y joignant un acte de motivation de l'autorité compétente de l'État membre requérant, moyennant lequel il sera mentionné que le bien culturel est inclus dans son patrimoine⁶⁴.

36. Afin de justifier le fait que la sortie du bien culturel de l'État membre requérant s'est produite de manière illicite, la *Ley 36/1994* exige que l'on précise si le fait de l'illégalité est déterminé par la violation de la normative communautaire d'exportation de biens culturels (R 116/2009) ou des normes nationales de protection du patrimoine. Dans le premier cas, l'on doit accrédi-ter que le bien culturel requerrait une autorisation d'exportation en vertu du Règlement et que celle-ci n'a pas été établie. Dans le deuxième cas, nous devons nous rapporter à nouveau à la manière dont est réglée l'exportation de biens culturels dans l'État membre requérant. Ainsi, dans le cas où le bien se trouverait inclus dans une liste de biens non exportables, il faudra joindre ladite liste afin de justifier le fait que le bien se trouve hors de l'État membre requérant⁶⁵. Par contre, s'il s'agit d'un bien dont la sortie exige la concession d'une autorisation, l'État membre devra joindre une dénégation de celle-ci ou alléguer que les démarches de réclamation n'ont pas été initiées⁶⁶.

En outre, si l'illégalité ne s'est pas produite avec la sortie illicite du bien, mais à cause de l'inaccomplissement des conditions d'une expédition temporaire, la Loi exige de préciser si l'on n'a pas respecté l'obligation de retour ou s'il s'agit d'autre chose.

37. Concernant le cas de la *campana de la Santa María (cloche de la Sainte Marie)*, il fallait préciser en premier lieu, si la cloche était un bien culturel inclus dans le domaine d'application de l'art. 1 de la *Ley 36/1994*. Tout en se basant sur les rapports d'expertise présentés et sur les déclarations et explications réalisées, on a admis qu'il s'agissait d'une cloche de plus de 100 ans, datant tout au plus du XVIII^e siècle⁶⁷. Selon le Jugement, et conformément aux dispositions du *Decreto Lei 164/97*, tous les biens meubles ou immeubles et zones adjacentes témoins de la présence humaine, dont la valeur est historique artistique ou scientifique, font partie du patrimoine culturel sous-marin portugais⁶⁸. Et, en vertu du *Decreto Lei 416/1970*, ainsi que des Décrets qui l'ont remplacé au fur et à mesure, les objets trouvés dans la mer sans propriétaire connu, dont les restes de naufrages de navires, s'ils ont un intérêt du point de vue scientifique pour l'État, seront considérés de sa propriété⁶⁹.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ladite déclaration expresse existe, par exemple, dans le cas des *biens d'intérêt culturel*.

⁶³ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 66.

⁶⁴ *Ibidem*. M. FRIGO, «*La circolazione internazionale...*», *op. cit.* pp. 56-57.

⁶⁵ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», p. 50.

⁶⁶ *Ibidem*. A. MATTERA, «La libre circulation...», *op. cit.* p. 27.

⁶⁷ Vid. SAP (Section 9) de Madrid du 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Quatrième.

⁶⁸ *Ibidem*. Fondement Juridique Cinquième. Art. 1 *Decreto-Lei* n° 164/97, de 27 junio, *Diário da República*, I Série A, n° 146, du 27 juin 1997 : «O património cultural subaquático é constituído por todos os bens móveis ou imóveis e zonas envolventes, testemunhos de uma presença humana, possuidores de valor histórico, artístico ou científico, situados, inteiramente ou em parte, em meio subaquático, encharcado ou húmido: a) No mar territorial, seus leitos e margens (...)»

⁶⁹ SAP (Section 9) de Madrid du 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Cinquième.

38. Enfin, pour accrédi-ter que la sortie du bien s'est produite de manière illicite, il est souligné dans l'art. 7 de la *Ley 36/1994* qu'il faudra préciser si l'illégalité est déterminée « por infracción de la legislación en materia de Patrimonio Histórico Español » ou par la normative communautaire. Tel que le montre, avec succès, le Jugement de l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*), ladite clause doit être interprétée dans le sens où la sortie est illicite non pas selon la législation en matière de Patrimoine Historique Espagnol, mais, de manière générique, selon la législation de l'État membre requérant⁷⁰. Dans le cas qui nous intéresse, la législation de l'État membre requérant est l'Ordre juridique portugais.

Et comme, aussi bien en vertu de la *Lei 13/1985* que de la *Lei 107/2001*, il est important que toute sortie soit autorisée par le Ministère de la Culture ou bien communiquée à l'autorité compétente, et il n'est attesté qu'aucune des deux ne s'est produite dans ce cas, on a considéré que, en application de la *Ley 36/1994*, la sortie de la cloche du territoire portugais s'était produite de manière illicite⁷¹.

3. Le Tribunal compétent face à la demande de restitution

39. La compétence judiciaire internationale est déterminée par l'art. 5 de la Directive et l'article 2 de la *Ley 36/1994*. Ladite clause établit que « l'État membre requérant pourra présenter (...) auprès des tribunaux compétents de l'État membre requis, une action de restitution du bien culturel ».

Selon l'art. 1.4. de la Directive, l'État membre requis est l'État dans lequel se trouve le bien après sa sortie illicite d'un autre État membre. Nous pouvons donc signaler que la Directive contemple le *forum rei sitae*⁷². Et bien que dans l'art. 5 de la Directive l'on emploie l'expression « pourra entamer », l'on ne contemple pas dans la norme communautaire d'autres forums à caractère alternatif. Ainsi, les tribunaux de l'État requérant sont les seuls à être compétents⁷³. L'avantage principal de ce forum se trouve dans le fait que, comme le bien culturel se trouve dans un État où les tribunaux connaissent la réclamation, une fois la restitution arrêtée, il n'y a pas lieu d'avoir recours aux mécanismes de validité extra territoriale de décisions pour l'exécution de la résolution.

La *Ley 36/1994* souligne que, si l'Espagne est l'État membre requis, les tribunaux espagnols compétents seront ceux de l'ordre juridictionnel civil (art. 2 *Ley 36/1994*).

4. Délais de prescription

40. La Directive contemple deux délais de prescription pour l'exercice de l'action de restitution⁷⁴.

a) Un délai *relatif* d'une année à partir de la date où l'État membre requérant a eu connaissance du lieu où se trouve localisé le bien culturel et de l'identité du possesseur ou du détenteur de celui-ci. Dans les

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*. Vid. *Lei 107/2001*, du 8 septembre, *Diário da República*, Série I-A, n° 209, du 8 septembre 2001. Art. 64.1 : « A exportação e a expedição temporárias ou definitivas de bens que integrem o património cultural, ainda que não inscritos no registo patrimonial de classificação ou inventariação, devem ser precedidas de comunicação à administração do património cultural competente com a antecedência de 30 dias. » Art. 65.2 : « A exportação e expedição temporárias de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, apenas pode ser autorizada, por despacho do membro do Governo responsável pela área da cultura, para finalidades culturais ou científicas, bem como de permuta temporária por outros bens de igual interesse para o património cultural. » Art. 65.3 : « A exportação e expedição definitivas de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, pertencentes ao Estado, apenas podem ser autorizadas, a título excepcional, pelo Conselho de Ministros, para efeito de permuta definitiva por outros bens existentes no estrangeiro que se revistam de excepcional interesse para o património cultural português. » Art. 66.1 : « Dependem de autorização ou licença da administração do património cultural a exportação e a expedição definitivas ou temporárias de bens classificados como de interesse público, ou em vias de classificação como tal. »

⁷² Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, « Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPr. », *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, 2001, n° 19, p. 230.

⁷³ Vid. J. M. A. MAGÁN PERALES, « *La circulación ilícita...* », *op. cit.* p. 455. La Directive s'éloigne ainsi de la ligne suivie en matière de compétence judiciaire internationale par la Convention d'Unidroit de 1995, qui contemple des forums additionnels. Art. 8 de la Convention d'Unidroit de 1995 : « 1. Toute demande basée sur les chapitres II et III pourra être présentée auprès des tribunaux ou autres autorités compétentes de l'État Contractant où se trouve le bien culturel ; des tribunaux ou autres autorités compétentes pouvant connaître en outre le litige en vertu des normes en vigueur dans les États Contractants. 2. Les parties pourront convenir de soumettre le litige à n'importe quel tribunal ou autre autorité compétente, ou à arbitrage. »

⁷⁴ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 112.

conclusions du *Deuxième Rapport* que la Commission a élaboré quant à l'application de la Directive 93/7/CEE, l'on indiquait, parmi les améliorations possibles qui pourraient être introduites dans le régime de restitution, l'élargissement du délai d'une année⁷⁵. Cette idée est aussi recueillie dans les conclusions du *Troisième Rapport* de la Commission, indiquant que «tous les États membres sont d'accord sur le fait que le délai actuel d'une année limite l'efficacité de la Directive, à cause de sa brièveté, et qu'il faudrait l'élargir»⁷⁶.

b) Dans tous les cas, cela dit, même si l'on n'arrive jamais à connaître les circonstances précédentes, il existe un *délai absolu* de trente ans à partir de la date de sortie illicite du bien culturel de l'État requérant.

41. Pour ce qui est du *délai absolu*, il faut tenir compte du fait qu'il existe une exception quand il s'agit de biens appartenant à des collections publiques et de biens ecclésiastiques. Selon les dispositions de l'art. 7.1 de la Directive, «dans les États membres où ils sont soumis à un régime spécial de protection selon la loi nationale, l'action de restitution prescra dans un délai de 75 ans, à l'exception des États membres où l'action est imprescriptible ou dans le cadre d'accords bilatéraux entre les États membres où est établi un autre délai dépassant 75 ans».

42. En ce qui concerne les délais de prescription dans le cas de *la campana de la Santa María (cloche de la Sainte Marie)*, il faut faire une distinction entre le prononcé du Jugement de Première Instance (*Juzgado de Primera Instancia*) et celui de l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*).

43. Le Jugement de Première Instance (*Juzgado de Primera Instancia*) a signalé que le délai de prescription pour l'exercice de l'action de restitution était écoulé. Dans ce sens, le Tribunal a considéré que la République portugaise avait eu connaissance du lieu où se trouvait la cloche et aussi de l'identité du possesseur le 13 novembre 2002⁷⁷. Il est indiqué dans le jugement que ces informations étaient connues à l'échelle publique et internationale, puisque les possesseurs n'avaient pas agi de manière clandestine. En plus de l'apport de documents et des déclarations réalisées, le Tribunal considère, comme confirmant la date mentionnée, que la République portugaise a commencé à mener des actions pour tenter de récupérer la cloche à partir de cette date⁷⁸.

Le Tribunal a également signalé que la République portugaise n'avait réalisé aucune démarche administrative visant à classer le bien comme étant «culturel», au cours de l'année du dépôt de la cloche auprès du Ministère de Culture⁷⁹. En outre, la demande ne disposait pas des documents exigés pour l'admission de l'instance lors de sa présentation⁸⁰.

Comme la République portugaise n'a pas exercé l'action de restitution dans le délai d'une année à dater du 13 novembre 2002 – la demande a été présentée le 16 février 2004 – il a été considéré, en première instance, que le délai de prescription était écoulé.

44. En faisant appel du Jugement de première instance, la République portugaise a allégué en motif du recours que le délai de prescription était à compter du 17 février 2003 et non du 13 novembre 2002.

L'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*) signale, en se basant sur une jurisprudence réaffirmée, que l'exception de prescription est basée sur le principe de sécurité juridique, basée à son tour sur la présomption d'abandon de droits⁸¹. Ceci veut dire que l'exception de prescription doit être l'objet

⁷⁵ Voir *Deuxième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 21 décembre 2005) COM (2005) 675 fin.

⁷⁶ Voir *Troisième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 30 juillet 2009) COM (2009) 408 fin, p. 9.

⁷⁷ SJPI n° 39 (Madrid) 6 mars 2006, Fondement Juridique Quatrième. Concernant le régime de prescription dans le Régime Juridique espagnol, vid. L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003.

⁷⁸ Vid. SJPI n° 39 (Madrid) 6 mars 2006, Fondement Juridique Quatrième.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Vid. SAP (Section 9) Madrid, 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Troisième, et la jurisprudence qui y est mentionnée.

d'un traitement restrictif, de telle manière que, en cas d'indétermination ou de doute concernant la date initiale du délai, la partie à qui revient le droit ne subisse aucun préjudice, si ce n'est celle prétendant son extinction⁸².

L'*Audience Provincial* a tenu compte du fait que, en conséquence d'une commission rogatoire internationale émise par le Ministère Public du Portugal, un Jugement d'Instruction (*Juzgado de Instrucción*) de Madrid a rendu un arrêt de suspension de vente aux enchères prévue le 9 décembre 2002, tout en accordant l'intervention de la cloche, pour sa remise aux autorités portugaises. Ladite intervention n'a pas pu avoir lieu vu que la vente aux enchères a été reportée à une date ultérieure. L'enquête de la police a alors été reprise afin de vérifier où se trouvait la cloche. Quelque temps plus tard, soit le 28 janvier 2003, un arrêt a été rendu pour la suspension de la vente aux enchères qui allait se tenir le 20 février 2002, tout en accordant l'intervention de la cloche. Ceci s'est produit le 17 février 2003.

Selon l'*Audience Provincial* (*Audiencia Provincial*), l'importance réside dans le moment où l'on a connu de manière concrète et précise, aussi bien le lieu où se trouvait la cloche que, le cas échéant, les personnes possédant celle-ci («conocimiento concreto y preciso, tanto del lugar donde se encontraba la campana, como en su caso de las personas poseedoras de la misma») ⁸³. Pour cela, elle a estimé que la date du délai de prescription était à compter du 17 février 2003.

5. Le prononcé du tribunal

45. S'il est avéré que le bien réclamé par l'État requérant est un *bien culturel* en application de la Directive et que sa *sortie* s'est faite de manière *illicite*, le tribunal compétent ordonnera la restitution du bien à l'État membre requérant (art. 8 Directive 93/7/CEE et de la *Ley 36/1994*)⁸⁴.

46. L'*Audience Provincial* (*Audiencia Provincial*) a considéré que ces points ont été justifiés dans le cas de la *campana de la Santa María (cloche de Sainte Marie)* et a ordonné le retour de celle-ci au Portugal.

47. Dans le cas où la restitution est ordonnée, le possesseur du bien culturel se verra privé de celui-ci. Pour cela, le tribunal doit évaluer s'il convient de lui concéder une *indemnisation*.

Si l'indemnisation a lieu, son paiement correspondrait à l'État requérant (art. 9, paragraphe quatre, Directive 93/7/CEE et art. 9.1 de la *Ley 36/1994*). Le paiement devra se faire au moment de la restitution (art. 9, paragraphe quatre, Directive 93/7/CEE). À cet effet, la *Ley 36/1994* précise que le moment important est celui de la signature du jugement de restitution, ce qui fait que le montant doit être consigné auprès du tribunal compétent comme condition préalable à l'exécution du jugement.

Ladite indemnisation, dans le cas où elle serait recevable, sera concédée au *possesseur*, qui, tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, est la personne qui détient la possession du bien culturel à son compte (art. 1.6 Directive 93/7/CEE). C'est sur ce point que prend de l'importance la distinction entre possesseur et détenteur. Avec l'indemnisation, l'on prétend atteindre un équilibre entre les intérêts du propriétaire original et le tiers qui a payé un prix pour l'acquisition du bien, soit le possesseur et non le détenteur⁸⁵.

48. La concession de ladite indemnisation n'aura lieu que si le possesseur a agi avec *diligence* au moment de l'acquisition du bien (art. 8 Directive 93/7/CEE)⁸⁶. Il faut signaler sur ce point que l'article 8 de la *Ley 36/1994* dispose que le possesseur recevra l'indemnisation mentionnée s'il a agi avec la diligence et la bonne foi adéquates («ha actuado con la diligencia y buena fe debidas»). Comme les États membres utilisent différentes significations du terme *bonne foi* dans leurs législations internes, l'usage

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ À prendre en compte : en règle générale, concernant la Directive – mais aussi la *Ley 36/1994* – la sortie illicite doit avoir eu lieu après le 1^{er} janvier 1993 (art. 13 et Disposition Transitoire Unique, respectivement).

⁸⁵ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 119.

⁸⁶ Si le possesseur reçoit le bien sous forme de donation ou de succession, il ne pourra pas bénéficier d'un régime plus avantageux que celui de la personne qui le lui a concédé (art. 9, alinéa troisième, Directive 93/7/CEE).

de cette notion dans les normes de transposition a déjà fait l'objet de critique dans le *Premier Rapport* que la commission a élaboré concernant l'application de la Directive 93/7/CEE⁸⁷.

49. La charge de la preuve de la diligence susmentionnée sera déterminée par la législation de l'État membre dont les tribunaux connaissent l'affaire (art. 9, alinéa deuxième, Directive 93/7/CEE)⁸⁸.

50. Dans le cas où la restitution du bien est arrêtée, l'État membre requérant devra payer les frais de l'exécution de la résolution de retour ainsi que ceux dérivant des mesures qui, dans le cadre de la coopération entre États membres, auraient été adoptés par les autorités pour la conservation matérielle du bien (art. 10 Directive 93/7/CEE)⁸⁹.

51. Il est évident que le fait que l'indemnisation et les frais mentionnés soient financés par l'État membre requérant n'est pas une solution satisfaisante. Pour cela, l'État membre requérant conservera le droit de réclamer le remboursement des montants payés aux personnes responsables de la sortie illicite du bien (art. 11 Directive 93/7/CEE).

52. Revenons au cas qui nous intéresse. Une fois ordonné le retour de la cloche au Portugal, il fallut examiner s'il y avait lieu de réclamer une indemnisation quelconque au possesseur de celle-ci. Concernant l'indemnisation contemplée dans l'art. 8 de la *Ley 36/1994*, l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*) précise, en premier lieu, qu'en cas d'autorisation, l'indemnisation ne peut être concédée qu'au possesseur du bien culturel et non à n'importe quel tiers prétendant avoir un droit quelconque sur celui-ci, sous réserve des relations internes pouvant dériver des contrats et accords que le possesseur du bien ait pu établir avec des tiers («sólo procede a favor del poseedor del bien cultural, no a favor de cualquier tercero que pretenda tener algún derecho sobre el bien, sin perjuicio de las relaciones internas que puedan derivarse de los contratos y acuerdos que el poseedor del bien pueda haber celebrado con terceros»)⁹⁰. Ainsi donc, bien qu'au moment de son intervention la cloche se trouvait entre les mains de la société de vente aux enchères, il n'y a pas eu lieu d'octroyer à ce détenteur matériel une indemnisation quelconque en vertu de la *Ley 36/1994*⁹¹.

53. Une fois déterminé le fait que, en cas d'indemnisation, celle-ci correspondrait au possesseur de la cloche, il fallut examiner si celui-ci avait agi avec diligence. Dans ce sens, il a été considéré qu'il n'avait pas agi de la sorte, ni au moment de l'acquisition de la cloche, ni, notamment, quand il avait été question de la transporter hors de l'État portugais⁹². Il a donc été déduit qu'il n'avait pas communiqué aux autorités portugaises qu'il était en possession de la cloche et qu'il n'avait demandé aucune autorisation pour son transfert, n'ayant même pas communiqué la sortie de celle-ci⁹³.

Ainsi, le cas de *la campana de la Santa María (Cloche de la Sainte Marie)* a été résolu par l'Audience Provinciale (*Audiencia Provincial*), avec ordre de retour de la cloche au Portugal, sans que le possesseur n'obtienne, en échange, une quelconque indemnisation.

IV. La propriété du bien culturel après la restitution

54. Une fois le mécanisme de restitution automatique de la Directive exposé, nous allons main-

⁸⁷ Voir *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social sur l'application du Règlement (CEE) n° 3911/92 du Conseil relatif à l'exportation de biens culturels et de la Directive 93/7/CEE du Conseil relative à la restitution de biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 25 mai 2000) COM (2000) 325 fin. Voir aussi le *Deuxième rapport sur l'application de la Directive 93/7/CEE du Conseil, relative à la restitution des biens culturels sortis de manière illicite du territoire d'un État membre* (Bruxelles, le 21 décembre 2005) COM (2005) 675 fin. Vid. M. E. VESCI, «I beni culturali», in N. LIPARI, *Tratato di Diritto Privato Europeo*, 2003, p. 480.

⁸⁸ Vid. M. E. VESCI, «I beni culturali...», *op. cit.* p. 477.

⁸⁹ En ce qui concerne la coopération entre les États membres, voir art. 4 de la Directive 93/7/CEE.

⁹⁰ Vid. SAP (Section 9) Madrid de 21 juillet 2008 (AC\2008\1598), Fondement Juridique Sixième.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

tenant aborder la disposition contenue dans son art. 12, agissant ultérieurement, c'est-à-dire, lorsque le bien culturel a été restitué à l'État membre d'origine.

1. L'art. 12 de la Directive

55. La Directive précise dans son art. 12 que « La propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'État membre requérant ». L'article 12 semble cohérent avec la position neutre de l'Union Européenne en ce qui concerne la régulation de la propriété (art. 345 TFUE, ex art. 295 TCE)⁹⁴.

56. La clause est applicable à la détermination de la propriété des biens culturels « après leur restitution ». Ainsi donc, pour que la propriété du bien culturel soit régie par la législation de l'État membre requérant, le bien doit avoir été restitué en vertu de la Directive⁹⁵. Ceci se manifeste dans le fait qu'il doit s'agir d'un *bien culturel* dans le sens de la Directive, qui est *sorti de manière illicite* du territoire d'un État membre dans le même sens et qu'il a été ordonné par les tribunaux de l'État requis son retour à l'État membre requérant.

Aussi, l'application de l'art. 12 de la Directive s'avère exclue dans les cas suivants⁹⁶:

- a) Biens culturels auxquels la procédure de restitution de la Directive ne peut être appliquée.
- b) Biens culturels dont le retour vers l'État membre requérant, malgré l'application de la procédure de restitution de la Directive, a été considéré comme étant non recevable par les tribunaux de l'État membre requis.

57. L'art. 12 de la Directive est une norme de conflit qui fait allusion à la législation de l'État membre requérant. Comme nous l'avons déjà dit, l'État membre requérant est l'État d'où est sorti de manière illicite le bien culturel (art. 1, alinéa troisième Directive 93/7/CEE). Ainsi donc, l'art. 12 de la Directive fait allusion à la *lex originis*⁹⁷. Mais il est important de revoir les critères utilisés par la norme communautaire pour la détermination de cette *lex originis*.

Le point de départ est celui qui est mentionné dans l'art. 1, alinéa troisième de la Directive. Tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, le bien doit être sorti du territoire de l'État requérant tout en violant la normative nationale ou communautaire de protection des biens culturels. Cela dit, la sortie illicite, en tant que règle générale, doit avoir eu lieu après le 1^{er} janvier 1993. En application de l'art. 12 de la Directive, on considère donc État d'*origine* l'État d'où le bien est sorti de manière illicite à partir de cette date, qu'il ait toujours été dans cet État ou non, y compris s'il est arrivé transporté depuis un autre État de manière légale ou illégale. Dans ce sens, l'importance donnée à la date de sortie illicite du bien peut être objet de critique, puisque cela peut mener à considérer que l'État d'origine est fonction de la permanence de celui-ci sur un territoire durant une période déterminée⁹⁸.

58. Une fois concrétisé ce qu'il faut comprendre par *lex originis* dans le domaine d'application de l'art. 12 de la Directive, il est important de déterminer si la référence à la législation de l'État membre requérant permet d'appliquer les normes de conflit dudit État. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir si le *renvoi* est admis. Si l'on considère la version espagnole de la Directive, la réponse est claire: la clause fait allusion à la législation *interne* de l'État membre requérant, donc le *renvoi* ne serait

⁹⁴ Art. 345 TFUE: «Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres». Vid. P. FRANZINA, «Considerazioni in merito al possesso nella prospettiva della "comunitarizzazione" delle norme sui conflitti di leggi», in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (dirs.), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, 2009, p. 252; M. FRIGO, *La circolazione internazionale...*, op. cit. p. 53; A. LANCIOTTI, «La restituzione...», op. cit. p. 477.

⁹⁵ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», op. cit. pp. 492-493; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property...», op. cit. p. 678.

⁹⁶ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, op. cit. p. 274.

⁹⁷ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS / M. VIRGOS SORIANO, «Law and Practice of the International Art Trade in Spain», in M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'œuvres d'Art*, 1988, pp. 333 et suivantes.

⁹⁸ Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», op. cit. p. 492. Les inconvénients que suscite un tel critère sont examinés par ledit auteur dans V. FUENTES CAMACHO, «El caso de la campana de la Santa María: un indiscutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *La Ley*, mercredi 31 mai 2006, pp. 2 et suivantes.

pas admissible. Or, il faut préciser ce point, car les versions de la Directive dans d'autres langues ne font pas allusion au terme de législation *interne*⁹⁹.

59. Nous considérons que, dans le cadre de l'art. 12 de la Directive, le *renvoi* n'est pas admissible¹⁰⁰. S'il était admissible, l'on devrait se rapporter à l'Ordonnance à laquelle font référence les normes de conflit de l'État membre requérant. Cela se manifeste habituellement en l'application de la règle *lex rei sitae*¹⁰¹. Et celle-ci ne permet pas – de manière générale – d'appliquer les normes de protections des biens culturels du pays d'origine, ce qui est le but de la Directive en prévision de l'art. 12¹⁰².

2. La Ley 36/1994

60. Pour terminer notre analyse de la Directive, nous devons faire référence à une question qui affecte la norme de transposition espagnole. Tel que nous l'avons vu tout au long de notre exposé, la *Ley 36/1994* contrôle l'action de restitution du bien culturel à l'État membre requis, mais ne contient aucune prévision relative à la propriété du bien culturel après sa restitution¹⁰³. Autrement dit, il n'y a aucune clause équivalente à l'art. 12 de la Directive.

61. Face à cette situation, nous devons tenir compte de ce qui suit, concernant la régulation de la propriété des biens culturels en matière de Droit International Privé espagnol:

a) La norme de conflit générale est établie par l'art. 10.1 CC, stipulant que « La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles »¹⁰⁴.

b) La norme matérielle spéciale de l'art. 29 LPHE souligne que « Pertencen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles »¹⁰⁵.

62. Si l'on expose auprès des tribunaux espagnols la question de la propriété d'un bien culturel du Patrimoine Historique Espagnol exporté de manière illicite et, en vertu de la procédure de la Directive, sa restitution à l'Espagne, le tribunal appliquera l'art. 29 LPHE¹⁰⁶. Puisqu'il s'agit d'une *norme matérielle spéciale*, l'on appliquera ladite clause et non la norme de conflit générale de l'art. 10.1 CC. En vertu de l'art. 29 LPHE, il sera déterminé que le bien culturel appartient à l'État espagnol.

⁹⁹ Art. 12 Directiva (version française) : «La propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'Etat membre requérant». Art. 12 Directiva (version anglaise): «Ownership of the cultural object after return shall be governed by that law of the requesting Member State». Art. 12 Directiva (version italienne): «La proprietà del bene culturale dopo la restituzione è disciplinata dalla legge dello Stato membro richiedente». Art. 12 Directiva (version portugaise): «Após a restituição, a propriedade do bem cultural rege-se pela legislação do Estado-membro requerente».

¹⁰⁰ Vid. J. DE CEUSTER, «Les règles communautaires...», *op. cit.* p. 46 ; K. KREUZER, «La propriété mobilière en droit international privé», *RCADI*, 1996, vol. 259, p. 173.

¹⁰¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 742 ; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, 1993, p. 203 ; A. LANCIOTTI, «La restituzione...», *op. cit.* pp. 478-479 ; L. V. PROTT, «Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage», *RCADI*, 1989, vol. 217, p. 262 ; J. A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, *Les biens culturels...*, *op. cit.* pp. 327-328. Il est à préciser que, bien que le Droit espagnol soit applicable en tant que *lex originis*, la règle *lex rei sitae*, contenue dans l'art. 10.1 CC, se verrait exclue par l'application de l'art. 29 LPHE, comme *norme matérielle spéciale de Droit International Privé* (Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 742 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* pp. 221-222. Nous nous rapportons ici à l'analyse faite dans A. L. CALVO CARAVACA / C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, pp. 195-219.

¹⁰² Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* p. 276.

¹⁰³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ «Derechos reales...», *op. cit.* p. 745 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 231 ; V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994...», *op. cit.* p. 491.

¹⁰⁴ La possession, la propriété et autres droits sur des biens immeubles, ainsi que leur publicité, seront régis par la loi du lieu où ils se trouvent. La même loi sera applicable aux biens meubles.

¹⁰⁵ Appartiennent à l'État tous les biens meubles intégrant le Patrimoine Historique Espagnol exportés sans l'autorisation requise par l'art. 5 de cette Loi. Lesdits biens sont inaliénables et imprescriptibles. Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley 16/1985...», *op. cit.* pp. 1061-1063 ; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 221.

¹⁰⁶ Vid. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional...», *op. cit.* p. 231.

63. Le problème se pose lorsque les tribunaux espagnols connaissent un litige relatif à la propriété d'un bien relevant du patrimoine culturel d'un autre État membre qui a été exporté de manière illicite et restitué à l'État membre au patrimoine duquel appartient le bien culturel. Concernant la réclamation de la propriété présentée auprès des tribunaux espagnols, il y aura lieu d'appliquer l'art. 10.1 C.C., c'est-à-dire, la Loi du lieu où se trouve le bien¹⁰⁷. Selon la doctrine majoritaire à caractère général, il faut tenir compte de la Loi du lieu du bien au moment de son acquisition par un tiers¹⁰⁸. Ceci peut alors mener à ce que la propriété soit régie par une loi différente de celle de l'État membre requérant. Pour cela nous croyons que l'élément clef se trouve dans l'interprétation de l'art. 10.1 CC à la lumière de la normative communautaire¹⁰⁹. De cette façon, si, tel qu'on l'a vu, l'objectif de la Directive est bien l'application de la *lex originis*, il faut soutenir que, dans le cas de biens culturels illégalement exportés mais qui ont été restitués en vertu de la Directive, le tribunal espagnol appliquera la loi du pays dans lequel se trouvait le bien culturel – art. 10.1 C.C. – *avant qu'il ne soit illégalement exporté*¹¹⁰. Si l'on interprète l'art. 10.1 CC de cette manière, l'on arrive à la même solution à laquelle arriverait l'application de l'art. 12 de la Directive: la *lex originis*.

V. Conclusions

64. En Espagne, la normative communautaire de restitution de biens culturels a été objet de transposition à travers la *Ley 36/1994*. Ladite Loi s'applique aux biens culturels qui, ayant été exportés de manière illicite d'un État membre de l'Union Européenne, se trouvent en territoire espagnol. De même que la Directive, la Loi espagnole n'a pas inclus dans son domaine d'application, les biens exportés de manière illicite à partir du 1^{er} janvier 1993, le législateur espagnol n'ayant pas fait usage de la possibilité d'appliquer la norme de transposition à des sorties précédant ladite date.

65. L'État membre requérant se doit de certifier, afin que sa réclamation aboutisse, le fait qu'il s'agit d'un *bien culturel* et que sa *sortie* s'est faite de manière *illicite*. L'action de restitution doit être exercée dans le délai d'une année à partir de la date de la connaissance du lieu où se trouve le bien et l'identité du possesseur. De toutes manières, l'action prescrira dans un délai de trente ans à partir de la sortie illégale. Tel que nous l'avons vu avec le cas de la *campana de la Santa María (Cloche de la Sainte Marie)*, le calcul du délai de prescription sera déterminant pour le succès de la réclamation.

66. L'un des points où la transposition n'a pas été adéquate, depuis le *Premier Rapport* élaboré par la Commission, est l'inclusion du concept de « bonne foi », au moment d'évaluer s'il convient de concéder l'indemnisation au possesseur du bien culturel dont le retour a été ordonné. Vues les différences existant sur ledit concept au sein des législations internes des États membres, l'uniformité concernant l'application de la norme communautaire peut subir un préjudice.

67. Mais, dans le cas espagnol, ce qui attire sans doute le plus l'attention est le fait que la prévision contenue dans l'art. 12 de la Directive, relative à la loi applicable à la propriété du bien après sa restitution, n'a pas été transposée. Tel que nous l'avons exposé, quand on se dispute la propriété d'un bien inclus dans le cadre d'application de l'art. 12 Directive, l'une des solutions consisterait à interpréter la règle *lex rei sitae* du Système Juridique espagnol à la lumière de la normative communautaire, c'est-à-dire, en tant que loi du lieu où se trouve le bien culturel avant son exportation illégale.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 231-232.

¹⁰⁸ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales...», *op. cit.* p. 743.

¹⁰⁹ Vid. P. MENGOZZI, *Il Diritto Comunitario...*, *op. cit.* pp. 157-158. STJCE du 14 août 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec., p. 3.325.

¹¹⁰ Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción...*, *op. cit.* pp. 279-280. Concernant la possible interprétation de la règle *lex rei sitae* comme loi de situation du bien culturel avant son exportation illégale, quoique non appliquée, faute de transposition de l'art. 12 de la Directive dans le cas espagnol, voir, entre autres, CH. ARMBRÜSTER, «La revendication de biens...», *op. cit.* pp. 741-743.