

Esquisse d'un droit de l'art au Québec

Mémoire soumis par

François Le Moine

pour l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)

Décembre 2019

Sous la direction du Professeur Pierre-Emmanuel Moyse

Centre des politiques en propriété intellectuelle
Faculté de droit
Université McGill

Mes remerciements sincères vont aux nombreuses personnes
qui m'ont accompagné dans la rédaction de ce mémoire,
et plus largement qui m'ont encouragé
à me lancer en droit de l'art.

Tout particulièrement, je tiens à remercier Claudette van Zyl,
Louise Cantin et Pierre-Emmanuel Moyse
sans qui ce travail n'aurait pas vu le jour.

Table des matières

Table des tableaux.....	5
Table des illustrations.....	5
Abréviations juridiques.....	6
Abréviations d'institutions.....	7
L'enfance du droit de l'art.....	8
Première partie : Authenticité et attribution	24
Section 1 Un problème central.....	24
Section 2 La qualification juridique du faux.....	31
A. Une erreur sur l'objet de la prestation.....	31
B. Le fardeau de preuve et le rôle du tribunal	39
1) Fardeau de preuve	39
2) Rôle du tribunal.....	41
3) Une expertise commune ?	44
Section 3 Problèmes intermédiaires.....	46
A. L'élément secondaire	48
1) Éléments subjectifs	48
2) Éléments objectifs.....	51
B. L'attribution incertaine	54
C. Les changements d'attribution	58
Section 4 L'authentification.....	61
A. La crise de l'expertise	61
B. Le régime juridique québécois.....	64
1) Une obligation de réponse ?.....	64
2) Responsabilité extracontractuelle ou contractuelle?	65
3) La faute de l'expert	66
Seconde partie – La provenance.....	72
Section 1 Bien mal acquis ne profite jamais ?	72
Section 2 La prescription acquisitive.....	77
Section 3 L'impossibilité d'agir.....	85
Section 4 Vente du bien volé	88
Troisième partie – Valeur et évaluation.....	90
Quatrième partie – Les objets sacrés	95
Cinquième partie – Commerce international et fiscalité.....	103
Section 1 UNESCO 1970.....	103
Section 2 Le contrôle des importations.....	109

1) Les restitutions	109
2) Dispositions pénales.....	110
Section 3 Le contrôle des exportations	113
A. Intérêt exceptionnel et importance nationale	114
B. Les licences d'exportation	121
1) La Nomenclature.....	121
2) L'octroi des licences d'exportation.....	123
3) La saga David / Chagall.....	130
4) Dispositions pénales.....	133
C. La fiscalité.....	134
1) Une mesure de contrôle des exportations	134
2) Les organismes désignés.....	138
L'anamorphose ponctuelle.....	141

Table des tableaux

Tableau 1 :	La vente de la collection Barbier-Mueller	108
Tableau 2 :	Processus d’octroi des licences d’exportation définitives	125
Tableau 3 :	Source de financement des œuvres entrées dans les collections du MBAM (2014-2018) et du MAC (2012-2017).....	136
Tableau 4 :	Exemple illustrant les avantages fiscaux pour un particulier qui souhaite se départir d’un bien culturel	139

Table des illustrations

Illustration 1 :	Bannière de la paix du Pacte Roerich (1935).....	10
Illustration 2 :	Bouclier bleu de la Convention La Haye 1954	11
Illustration 3 :	Raphaël, <i>La Transfiguration</i> [1518-1520]	17
Illustration 4 :	Pierre Paul Rubens, <i>Le Massacre des Innocents</i> [1611-12]	25
Illustration 5 :	Rembrandt, <i>Philosophe en méditation</i> [1632]	27
Illustration 6 :	Zang Daqian, <i>Boire et chanter au pied des Montagnes Précieuses</i> [date inconnue].....	30
Illustration 7 :	Hochet de chaman haïda [1800-1830]	38
Illustration 8 :	Norval Morrisseau (?), <i>Spirit Energy of Mother Earth</i> [date inconnue].	44
Illustration 9 :	Jean-Honoré Fragonard, <i>Le Verrou</i> [1774-1778]	56
Illustration 10 :	Nicolas Poussin, <i>Olympos et Marsyas</i> [circa 1626-1628]	58
Illustration 11 :	Andy Warhol, <i>Red Self Portraits</i> [1964]	62
Illustration 12 :	John Singer Sargent (?), <i>Portrait de Claude Monet</i> [date inconnue]	70
Illustration 13 :	Jan Davidszoon de Heem, <i>Vanita</i> [c. 1650].....	72
Illustration 14 :	Fragment de bas-relief perse représentant un soldat [530-518].....	80
Illustration 15 :	Maqbool Fida Husain, <i>Les Otages</i> [1979-1980].....	81
Illustration 16 :	Jacques Leblond dit Latour, <i>Saint Michel terrassant le dragon</i> [1695-1705]	96
Illustration 17 :	Constantin Brâncuși, <i>Oiseau dans l'espace</i> [1892].....	103
Illustration 18 :	Exemples de textiles traditionnels rendus par le Canada à la Bolivie dans la foulée de l’affaire Yorke	111
Illustration 19 :	Gustave Caillebotte, <i>Iris bleus, jardin du Petit Gennevilliers</i> [1892] ..	115
Illustration 20 :	Otto Dix, <i>Portrait de l’avocat Hugo Simons</i> [1925].....	129
Illustration 21 :	Jacques-Louis David, <i>Saint Jérôme entendant les trompettes du Jugement dernier</i> [1779].....	130
Illustration 22 :	Marc Chagall, <i>La Tour Eiffel</i> , [1929]	132

Abréviations juridiques

(a.)C.p.c.	<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ c C-25.
C.c.B.-C.	<i>Code civil du Bas-Canada</i> , LQ 1980, c 39.
C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i> , c CCQ-1991.
Commission	Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels.
C.p.c.	<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ c C-25.01.
GATT	<i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce</i> (Genève, 30 octobre 1947, 55 RTNU 194, entrée en vigueur le 1er janvier 1948, le Canada est membre à cette date).
IE / IN	Intérêt exceptionnel et importance nationale (para 11(1) LEIBC).
La Haye 1954	<i>La Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé</i> (La Haye, 14 mai 1954, 249 RTNU 216 ; en vigueur le 7 août 1956 ; adhésion du Canada le 11 décembre 1998).
LEIBC	<i>Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels</i> , (L.R.C. (1985), ch C-51).
L.p.c.	<i>Loi sur la protection du consommateur</i> , RLRQ c P-40.1.
Nomenclature	<i>Nomenclature des biens culturels canadiens à exportation contrôlée</i> , CRC, c 448 (décret pris en application de la LEIBC).
Règlement	<i>Règlement sur l'exportation de biens culturels</i> , CRC, c 449.
UNESCO 1970	<i>Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels 1970</i> (Paris, 14 novembre 1970, 823 RTNU 249 ; en vigueur 24 avril 1972 ; approbation par le Canada le 28 mars 1978).
UNIDROIT 1995	<i>Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés</i> (Rome, 24 juin 1995, 2421 UNTS 457 ; en vigueur le 1er juillet 1998 ; le Canada n'est pas partie à cette convention).

Abréviations d'institutions

MAC	Musée d'art contemporain de Montréal.
MBAC	Musées des beaux-arts du Canada (Ottawa).
MBAM	Musées des beaux-arts de Montréal.
MBAO	Musées des beaux-arts de l'Ontario.
MCQ	Musée de la civilisation (Québec).
MNBAQ	Musée national des beaux-arts du Québec (Québec).
Pointe-à-Callière	Pointe-à-Callière, cité d'archéologie et d'histoire de Montréal

L'enfance du droit de l'art

- [1] Pourquoi faudrait-il s'intéresser au droit régissant les œuvres d'art ? Est-ce même une discipline ? Le droit ne reconnaît pas, de prime abord, de régime spécifiquement applicable aux peintures ou aux sculptures. Les qualités esthétiques ou l'importance historique ne sont en effet pas suffisantes pour détacher l'œuvre du droit commun, tout comme, jusqu'à récemment, la sensibilité ne permettait de soustraire les animaux à la catégorie de biens¹. Le *Code civil du Québec* range un Phidias, un Chardin ou un Marc-Aurèle Fortin dans la même catégorie que n'importe quel autre objet mobilier de notre quotidien. Et pourtant. Il serait hasardeux de reléguer l'objet d'art à une simple sous-catégorie du droit des biens ou des obligations. Certaines questions, comme celle de la provenance ou de l'attribution, se posent avec une acuité particulière pour les objets culturels. Et même si le droit commun s'applique aux œuvres d'art, un grand nombre de règles particulières viennent compléter le régime juridique, que ce soit pour les objets sacrés, le commerce international ou les prêts temporaires. Plus qu'un ensemble cohérent, le droit de l'art doit plutôt être conçu comme une série d'exceptions, de précisions ou de compléments au droit commun, lorsque ce dernier ne peut saisir adéquatement l'importance ou la spécificité de l'œuvre.
- [2] Surtout, et pour reprendre Krzysztof Pomian, « Toute œuvre d'art, quel que soit son statut juridique actuel, a virtuellement un caractère public² ». Le statut de l'œuvre d'art ou du bien historique peut difficilement être restreint à sa seule dimension privée. Il s'agit d'objets qui constituent des témoignages sur l'histoire d'une communauté, qui font partie intégrante de son identité. *La Liberté guidant le peuple* ou la Cloche de la liberté à

¹ Art. 898.1 C.c.Q. adopté en 2015.

² Krzysztof Pomian, « Forum de l'UNESCO sur la Mémoire et l'universalité, Siège de l'UNESCO, Paris, 5 février 2007 » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011 à la p 48.

Philadelphie rappellent les luttes politiques en France et aux États-Unis pour l'émancipation politique ; le trésor de Wawel fut un symbole d'unité et d'espoir en Pologne durant les heures sombres ; alors que *Guernica* demeure comme un témoignage des horreurs du fascisme espagnol et de la lutte pour la démocratie. L'absence d'un objet central à l'histoire d'une communauté – les Frises du Parthénon en Grèce, les Bronzes du Bénin au Nigéria ou les innombrables objets sacrés enlevés aux peuples autochtones – demeure une blessure qui rappelle aux membres de la communauté les injustices passées. Plus près de nous, Anne Hébert résume au mieux, en écrivant au sujet de l'un de nos plus grands artistes qu'il permet tout simplement de mieux nous comprendre :

La transfiguration a eu lieu. Un grand peintre a pris notre pays natal et l'a fait passer au crible de son cœur singulier.

Québec, Île-aux-Coudres, Montmorency, Charlevoix, Baie Saint-Paul, Plaines d'Abraham, l'Islet, la Gaspésie, les Cantons de l'Est, Blue Bonnets, Lac des Manitous. [...]

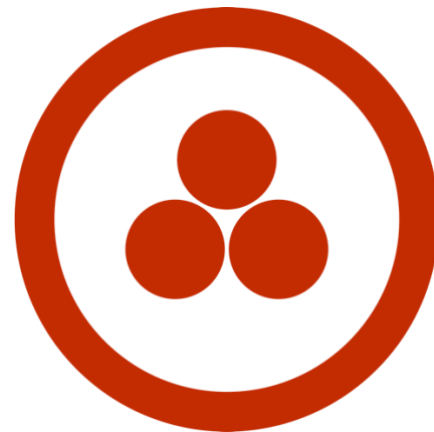
L'œuvre de Jean Paul Lemieux, si particulière et personnelle qu'elle soit, n'en demeure pas moins la meilleure introduction, la plus précise, la plus exacte, la plus rêveuse et la plus poétique à notre pays, immense et désert, habité, de-ci, de-là par des créatures éprouvant la vie et la mort, dans l'étonnement des premiers jours du monde³.

- [3] Toute tentative d'établir un régime juridique pour une œuvre d'art devra forcément prendre en compte son importance culturelle, historique et symbolique. Cette prise en compte ne provient pas d'une iconodulie fétichiste ou d'une proskynèse rituelle du juriste esthète devant un chef d'œuvre. Elle découle de la simple constatation qu'à travers les âges et les cultures, certains objets occupent une place très particulière dans la vie des peuples. Cette place doit se refléter dans le traitement juridique de l'œuvre, qui ne pourra être préservé, acquis ou exporté exactement selon les mêmes règles qu'un bien de consommation.

³ Anne Hébert, « Préface » dans *L'univers de Jean-Paul Lemieux*, [1996], Québec, Presses de l'Université Laval, 2015 aux pp XIII-XIV.

[4] Il est nécessaire de spécifier ce que nous entendons par droit « de l'art ». Cet intitulé ne va pas de soi d'autant plus que d'autres disciplines pourraient vouloir revendiquer le vocable. Pris dans un sens large, l'art peut faire autant référence aux beaux-arts qu'au théâtre, à la danse ou à la musique. Cette étude porte plus précisément sur les biens mobiliers matériels qui ont une valeur artistique ou culturelle, concrètement, les objets que l'on retrouverait traditionnellement dans les musées consacrés aux beaux-arts ou aux civilisations, soit des peintures, des dessins, des sculptures, des lithographies, des objets sacrés, ethnologiques ou archéologiques.

[5] Le droit international connut maintes tergiversations terminologiques pour qualifier ces objets. En 1899 et 1907, les premières mesures de protection en droit international visaient les « œuvres d'art », sans plus de précisions⁴. Après la Première Guerre mondiale, le Traité du Trianon permit à la Hongrie de revendiquer son « patrimoine intellectuel » détenu dans les collections des Habsbourg⁵. Le Pacte Roerich de



**Illustration 1 : Bannière de la paix
du Pacte Roerich (1935)**

1935 protégea quant à lui le « patrimoine de la culture des peuples⁶ » alors que le texte du

⁴ *Règlement de la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 32 Stat 1803, 1 Bevans 247, 29 juillet 1899, art 56 (adopté le 29 juillet 1899, en vigueur 4 septembre 1900); *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 36 stat 2277, 1 Bevans 631, 18 octobre 1907, art 56 du règlement (adopté le 18 octobre 1907, en vigueur: 26 janvier 1910).

⁵ Hans Tietze, « L'Accord austro-hongrois sur la répartition des collections de la Maison des Habsbourg » (1933) 23-24 *Museion* 92.

⁶ *Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques*, (1936) CLXVII RTSN 290, 15 avril 1935 (adopté le 15 avril 1935, en vigueur 26 août 1935) [Pacte Roerich].

GATT de 1947 employa le l'expression de « trésors nationaux⁷ ».



Illustration 2 : Bouclier bleu de la Convention La Haye 1954

[6] C'est à partir de la Convention de La Haye 1954 – la grande convention internationale qui protège les biens culturels en temps de conflits armés – que commença à s'imposer l'expression de « bien culturel », catégorie ouverte qui rassemble biens immobiliers et mobiliers. Ces derniers comprennent « 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-dessus⁸ ».

[7] L'expression « bien culturel » fut reprise dans la principale convention internationale qui régit le commerce en temps de paix. La Convention UNESCO 1970 propose une définition extensive des biens culturels, qui ajoute, en plus de préciser la définition des objets artistiques, archéologiques, historiques ou scientifiques compris dans la définition de La Haye 1954, d'autres catégories comme les objets de zoologie, botanique, minéralogie, anatomie, paléontologie, ethnologiques ou les instruments de musique anciens⁹. Cette terminologie de « bien culturel » est à nouveau employée dans la Convention

⁷ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce originel (GATT de 1947)*, 55 RTNU 194, 30 octobre 1947, art XX (f).

⁸ *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 249 RTNU 216, 14 mai 1954, art 1 (en vigueur le 7 août 1956). Il s'agit de la principale convention internationale pour protéger le patrimoine culturel durant les conflits armés.

⁹ *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels 1970*, 823 RTNU 232, 14 novembre 1970, art 1 (en vigueur le 24 avril 1972).

UNIDROIT 1995, de même que dans les lois québécoise¹⁰ et canadienne¹¹ et par les autres législateurs francophones : France¹², Belgique¹³ et Suisse¹⁴.

[8] Ainsi, les trois principales conventions internationales qui régissent le domaine – La Haye 1954, UNESCO 1970 et UNIDROIT 1995 – emploient le vocable de « bien culturel ». Cette expression a l'avantage supplémentaire, par rapport au terme « art » de ne pas plaquer une conception occidentale de l'art à des cultures qui méconnaissent le concept.

[9] Après ces développements, pourquoi avoir opté pour le titre « droit de l'art » plutôt que « droit des biens culturels » ? La première option a été retenue car elle offre trois avantages. D'abord, l'expression « droit de l'art », hors des cercles juridiques ou académiques, permet à un public large de comprendre assez intuitivement ce qui est jeu. Les expressions « monde de l'art » ou « marché de l'art » étant d'ailleurs généralement associées aux beaux-arts. Ensuite, l'expression « bien culturel » donne la prééminence au terme « bien » sur le « culturel », mettant l'emphasis sur la matérialité, refoulant par là même l'œuvre d'art à la sous-catégorie du droit des biens. Or, ce n'est pas là le caractère essentiel de l'œuvre d'art. Cette matérialité n'est que le support pour permettre de transmettre la subjectivité du créateur, pour créer un lien entre les publics, à travers les civilisations et les âges ; le caractère déterminant de l'œuvre d'art est sa portée symbolique – voire spirituelle ou sacrée – qui est sans commune mesure avec la somme des éléments physiques, matériels, qui la

¹⁰ *Code de procédure civile*, RLRQ c C-2501, art 697. Par contre, la *Loi sur le patrimoine culturel*, RLRQ c P-9.002 a remplacé en 2011 la *Loi sur les biens culturels*, RLRQ c B-4 et traite désormais de « biens patrimoniaux », qui englobent tant les meubles que les immeubles.

¹¹ *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, LRC 1985, c C-51.

¹² *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, 94-679 (France), 10 août 1994, art 41.

¹³ *Code judiciaire*, (Belgique), art 1412ter. Le commentaire de la Ministre cite cet article comme source l'article 697 C.p.c. Cette référence est à la fois surprenante et inexpliquée.

¹⁴ *Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels*, 4441, 20 juin 2003, art 10-13.

composent. En somme, l'expression droit de l'art permet d'aller directement à l'essentiel. Finalement, l'intitulé *droit de l'art* permet à cette étude de s'insérer dans le sillon d'une tradition académique déjà bien tracée tant dans la tradition continentale¹⁵ qu'anglo-saxonne¹⁶. Ceci étant, et malgré cette préférence quant au titre, l'expression « bien culturel » sera largement employée dans la présente étude, surtout lorsqu'il sera fait référence à des objets qui s'insèrent mal dans la définition occidentale de l'art.

- [10] Une part surprenante des énergies de la critique artistique depuis le début du XX^e siècle s'est attardée à déterminer si de nouvelles expressions artistiques – notamment un urinoir signé, des reproductions de boîtes de conserve portant une marque de commerce, puis l'utilisation de boîtes de conserve pour y emmagasiner les excréments d'un artiste – pouvaient se voir décerner le titre d'art. Cela a contribué à braquer les projecteurs sur des artistes qui lancent à dessein des idées spectaculaires, idéalement choquantes, et surtout aisément compréhensibles. Quoi que l'on pense de ces expériences bigarrées, ce texte n'a pas pour ambition d'esquisser la frontière entre ce qui est à l'intérieur et ce qui est à l'extérieur du domaine artistique. Nous tiendrons simplement pour acquis que certains objets – une statuette Nok, un Rembrandt ou un Zhang Daqian – appartiennent incontestablement à la catégorie d'art ou de bien culturel, et qu'ils méritent en conséquence un traitement juridique qui reflète leur importance.
- [11] Il convient de différencier le droit de l'art de deux domaines limitrophes : le droit de la

¹⁵ Par exemple, le centre de l'Université de Genève spécialisé sur la question est un centre de « droit de l'art ». Il en va de même pour le centre de Lyon, l'« Institut Art & Droit ».

¹⁶ L'ouvrage de référence aux États-Unis : Ralph E Lerner et Judith Bresler, *Art law: the guide for collectors, investors, dealers, & artists* (4^e éd.), 3^e éd, New York, 2012. Alors que le principal centre d'étude au Royaume-Uni est l'Institute for Art Law qui publie le journal *Art, Antiquity and the Law*. Par contre, on rencontre également l'intitulé *Law, Ethics and the Visual Arts* pour le manuel de J.-H. Merryman.

culture et le droit d'auteur.

[12] Le droit de la culture s'intéresse à la préservation de la diversité des expressions culturelles, surtout en lien avec la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* de 2005¹⁷ ou la protection de la culture dans les ententes de commerce international. Le droit de la culture envisage également le droit en tant que liberté fondamentale, tant pour ce qui est de la liberté de création que pour ce qui est du libre accès à la vie culturelle. Ces droits sont, en droit international, notamment enchâssés dans les trois principaux textes de protection des libertés fondamentales, soit la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁹, et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁰. À part des dispositions générales pour la liberté d'expression, ces droits ne font cependant pas l'objet de protection constitutionnelle canadienne ou québécoise.

[13] Quant au droit d'auteur, beaucoup plus largement étudié, il prend pour point de départ les droits du créateur sur son œuvre, et se consacre essentiellement à la reproduction de l'œuvre. En effet, un artiste qui crée une toile détient les droits de propriété sur la toile, et il peut également autoriser la reproduction de son œuvre, par exemple sur des affiches. Il y aura alors deux régimes juridiques qui cohabitent : le tableau original est régi par le droit de l'art, et donc essentiellement le droit privé québécois, alors que la reproduction est régie par la *Loi sur le droit d'auteur*. Libre à l'artiste de vendre la toile et de conserver son droit

¹⁷ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 2440 RTNU 311, 20 octobre 2005 (en vigueur le 18 mars 2007).

¹⁸ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Assemblée générale, résolution 217 (III) A, 10 décembre 1948, art 27.

¹⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171, 16 décembre 1966, art 27 (en vigueur le 23 mars 1976).

²⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 RTNU 3, 16 décembre 1966, art 15 (en vigueur le 3 janvier 1976).

d'auteur ou d'autoriser des reproductions tout en gardant la propriété de la toile vu qu'il s'agit de droits différents, quoique complémentaires. Il demeure que la limite n'est pas toujours clairement établie entre le droit de l'art et le droit d'auteur, comme en témoignent des chevauchements lorsque l'on traite du droit d'un artiste à l'intégrité de son œuvre, du droit d'exposition ou du droit de suite²¹.

[14] Même si l'on ne saurait ériger une barrière trop rigide entre ces domaines du droit, il demeure que le droit de la culture et le droit d'auteur traitent plus volontiers, de droits fondamentaux, de biens immatériels et de reproduction. La particularité du droit de l'art, sa dominante, est son attention au régime qui régit l'œuvre dans sa matérialité, et donc dans sa spécificité et sa fragilité.

[15] Le Québec est dans l'enfance du droit de l'art, largement en retrait de l'émergence, depuis les années 1970, d'un corpus de doctrine et de jurisprudence sur le sujet en Europe et aux États-Unis.

[16] Les premiers écrits concernant la protection des œuvres d'art remontent bien avant les années 1970. Polybe s'indignait déjà des pillages des armées romaines et plaidait pour que les arts fussent épargnés lors des conquêtes militaires²² ; Cicéron dénonça Verrès notamment pour les pillages en Sicile²³ ; alors que Phèdre se plaignait que les artistes

²¹ Par ailleurs, d'autres questions appellent à une confrontation des domaines : doit-on par exemple considérer que les mêmes critères s'appliquent pour définir un auteur au sens du droit d'auteur et celui pour les fins d'un certificat d'authentification ? La jurisprudence française semble trancher par la négative, notamment après l'affaire Spoerri (Cass. civ. 1er, 15 novembre 2005, n°03-20597); voir à ce sujet : Victor Serezal, *L'authenticité des œuvres d'art et le droit des contrats*, Université Panthéon-Assas Paris II, 2010 aux pp 60-70.

²² Polybe, *Histoires*, Livre V, chapitre 3 et Livre IX, fragment 3.

²³ Dans les *Verrines*. Voir à ce sujet : Margaret Miles, *Art as Plunder: The Ancient Origins Of Debate About Cultural Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

romains vendaient de faux Praxitèle²⁴. Plus tard, Vattel s'opposera à Grotius²⁵ et arguera que les « ouvrages respectables par leur beauté » devraient être protégés :

Pour quelque sujet que l'on ravage un pays, on doit épargner les édifices qui font honneur à l'humanité, et qui ne contribuent point à rendre l'ennemi plus puissant, les temples, les tombeaux, les bâtiments publics, tous les ouvrages respectables par leur beauté. Que gagne-t-on à les détruire ?

C'est se déclarer l'ennemi du genre humain que de le priver de gaieté de cœur de ces monuments des arts, de ces modèles du goût²⁶.

[17] C'est véritablement avec la Révolution française que, en droit de l'art comme dans tant d'autres domaines, nombre de questions fondamentales furent formulées et débattues. Des voix s'élevèrent contre le vandalisme à l'encontre des monuments de l'Ancien Régime²⁷, contre le déplacement de sculptures depuis les églises vers les musées nouvellement créés²⁸, ou contre les pillages des armées révolutionnaires²⁹, qui ramenaient à Paris les trésors des conquêtes, comme la *Transfiguration* du Raphaël (voir illustration) cédée par le Pape à la France après le Traité de Tolentino (1797) qui devint l'une des pièces maîtresses du Musée Napoléon.

²⁴ Phèdre, *Fables*, liv V (prologue).

²⁵ Hugo Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, [1625], traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867 tome 3, livre III, chap. IV, sect. 3, p. 91 et tome 3, livre III, chap. VI, sect. 2, p. 127-129.

²⁶ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains.*, 1758, tome II, livre III, chap. IX, § 168.

²⁷ Henri Grégoire, « Rapport sur les destructions opérées par le vandalisme et sur les moyens de le réprimer » dans *Rapports de Henri Grégoire*, [An II et III /1794], Caen, Massif, 1867. Voir également : Joseph Sax, « Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbe Grégoire and the Origins of an Idea » 88:5 Mich Law Rev 1142.

²⁸ François-René de Chateaubriand, *Génie du christianisme*, [1802], Paris, Garnier, 1828 quatrième partie, livre II, chapitre VIII, page 406.

²⁹ Quatremère de Quincy, « Lettres au général Miranda sur le préjudice qu'occasionnent le déplacement des monuments de l'art de l'Italie et la spoliation de ses collections » dans *Lettres sur l'enlèvement des ouvrages de l'art antique à Athenes et à Rome*, [1796], Paris, A Le Clere et Cie, 1836.

[18] Après la seconde abdication de Napoléon, les Alliés forcèrent la restitution de l'essentiel des œuvres prises pendant la Révolution et sous Napoléon, sans pourtant formaliser ces restitutions dans le Traité de Vienne. Durant tout le XIX^e siècle, un débat perdura sur la licéité de l'action des Alliés³⁰. Peu à peu, l'idée s'imposa que les œuvres d'art forment une exception aux règles de la guerre, et qu'elles doivent être protégées contre les destructions et les pillages. Cette solution sera finalement consacrée dans les Conventions de La Haye de 1899³¹ et de 1907³², premières conventions qui codifièrent le droit de la



**Illustration 3 : Raphaël,
La Transfiguration [1518-1520]
 huile sur bois, 405 × 278 cm,
 Musées du Vatican**

guerre entre les puissances européennes. Il est cependant intéressant de constater que même lors des procès de Nuremberg, les destructions et pillages d'œuvres d'art furent rangées au chapitre des « Pillage des biens culturels publics et privés », avec notamment les prises d'équipement industriels, de fromage ou de vin³³.

[19] Après la Seconde Guerre mondiale, le droit se précise en réaction à la vague de pillages et

³⁰ Xavier Perrot, « La restitution des œuvres d'art en 1815 vue par la doctrine internationaliste du XIX^e siècle. La victoire du moralisme sur le légalisme » dans *Mélanges en hommage à Claude Bontems*, Paris, L'Harmattan, 2013, 345-359.

³¹ *Règlement de la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, supra note 4, art 56.

³² *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, supra note 4, art 27 et 56.

³³ Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international : Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946. Tome I, Documents officiels*, Nuremberg, 1947.

de destructions culturelles sans précédent que connut l'Europe³⁴. L'UNESCO fut fondée en 1945 et elle parraina l'adoption de la Convention de La Haye 1954, première convention portant spécifiquement sur la protection des biens culturels en temps de guerre. Ce traité fut suivi d'UNESCO 1970, traitant du commerce international des biens culturels en temps de paix. Quant à la Convention du patrimoine mondial de 1972, elle permit d'identifier et de mettre en valeur dans chaque États les lieux qui ont une importance culturelle de premier ordre.

[20] En parallèle de ce mouvement en droit international, le droit interne de fut pas en reste. On recense certaines causes célèbres qui alimentent la réflexion sur les liens entre art et droit : un procès en 1787 à Londres concernant l'authenticité d'un Poussin³⁵ ; une restitution de biens culturels saisis par la marine britannique lors du conflit anglo-américain de 1812³⁶ ; ou le procès Brancusi en 1928 pour déterminer si l'œuvre de l'artiste pouvait être qualifiée d'art³⁷. De plus en plus de pays se dotent par ailleurs de dispositions pour protéger leur patrimoine. Les questions de protection du patrimoine se médiatisèrent, que ce soit lors de campagnes internationales pour sauver des lieux emblématiques du patrimoine mondial – les Temples d'Abou Simbel ou Venise – ou pour demander la restitution de biens détenus dans certaines collections occidentales, telles les Frises du Parthénon, les collections issues des empires coloniaux, ou plus tard, les têtes du Zodiaque de l'ancien Palais d'Été de

³⁴ Pour les destructions du Ille Reich, voir notamment : Lynn Nicholas, *Le pillage de l'Europe: les œuvres d'art volées par les nazis*, traduit par Paul Chemla, Paris, Seuil, 1995; Hector Feliciano, *Le musée disparu: enquête sur le pillage d'œuvres d'art en France par les nazis*, Paris, Gallimard, 2008. Pour les Soviétiques, voir : « Spoils of War v. Cultural Heritage: The Russian Cultural Property Law in Historical Context » (2010) 17:2 Int J Cult Prop 135.

³⁵ Pierre Rosenberg, « À propos de Poussin » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 aux pp 8-9.

³⁶ *The Marquis de Somerueles*, Nova Scotia Stewart's Vice-Admiralty Reports 482 (1813) .

³⁷ *Brancusi c United States*, 54 TreasDec 428 (CustCt 1928) .

l'Empereur de Chine.

[21] Ainsi, si les questions juridiques et politiques en lien avec les œuvres d'art sont anciennes, le changement qui s'opère dans les années 1970 est l'émergence d'un champ d'étude portant spécifiquement sur le droit de l'art. Alors que Polybe ou Vattel mentionnent les œuvres d'art au milieu d'une foule de considérations, alors que le règlement d'application de La Haye 1907 consacra seulement deux dispositions aux œuvres d'art, la démultiplication de textes portant spécifiquement sur les biens culturels justifie dorénavant une doctrine spécialisée sur les œuvres d'art.

[22] Aux États-Unis, le pionnier incontournable de la discipline est John Henry Merryman : « No single individual did more to establish the field of art law, and I'm not sure any work on art or cultural heritage law can be written without accounting for his groundbreaking scholarship³⁸ ». Merryman avait déjà acquis une solide réputation comme professeur de droit comparé lorsqu'il enseigna le premier cours sur le sujet en 1971 à l'Université de Stanford³⁹. Il est le co-auteur en 1979 de la première édition du manuel *Law, Ethics and the Visual Arts* et publia de nombreuses études sur les questions de droit privé, d'éthique et de gouvernance des musées⁴⁰. Il est également l'auteur d'articles qui demeurent des références, et dans lesquels il se montre à contre-courant d'idées dominantes, en particulier une critique de la Convention UNESCO 1970⁴¹ et des arguments grecs prônant la restitution des frises du Parthénon⁴². En plus de Stanford où Merryman était professeur, la

³⁸ Derek Fincham, « John Henry Merryman and Art Law » (6 août 2015), en ligne : Illicit Cultural Property <<http://illicitculturalproperty.com/john-henry-merryman-and-art-law/>> (consulté le 3 juin 2019).

³⁹ Voir : Albert E Elsen, « Founding the Field of Art Law » (1987) 39:5 Stanford Law Rev 1086.

⁴⁰ *Ibid* aux pp 1089-1091.

⁴¹ *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, 1037 RTNU 174, 16 novembre 1972 (adoptée le 16 novembre 1972, en vigueur le 17 décembre 1975).

⁴² John Henry Merryman, « Thinking about the Elgin Marbles » (1985) 83:8 Mich Law Rev 1880.

discipline est aujourd'hui enseignée dans de nombreuses universités, en particulier dans la région de New York et à De Paul (Chicago).

[23] En Europe, plusieurs centres d'études se consacrent à ces questions, que ce soit le Centre universitaire du droit de l'art (Université de Genève), l'Institut Art & Droit (Lyon) ou, au Royaume-Uni, l'Institute of Art and Law. On compte également de nombreuses universités qui offrent des diplômes supérieurs en droit et en art, notamment dans les universités françaises (Paris 1 : Panthéon-Sorbonne et Paris 2 : Panthéon-Assas). Cette formation conjointe est d'autant plus importante que la réglementation française exige que le commissaire-priseur soit diplômé en droit et en histoire de l'art. Certaines maisons de vente offrent également des cours. Un corpus de doctrine s'est constitué, et certaines affaires célèbres du droit de l'art font même partie de l'enseignement général du droit, comme la célèbre affaire Poussin sur laquelle nous reviendrons, qui a fait jurisprudence concernant l'erreur, en droit des obligations.

[24] Alors que les questions de droit international public ou de droit privé avaient dominé un temps, de nouveaux thèmes émergent depuis les années 1990, qui coïncident avec la complexification du domaine, l'émergence de nouveaux contentieux et le développement spectaculaire de la jurisprudence. On étudie le renouveau de droit pénal international⁴³ ; les pillages archéologiques⁴⁴ ; la résolution des différends et les restitutions⁴⁵, en particulier issus de la période coloniale⁴⁶, de la Seconde Guerre mondiale, des différends qui

⁴³ Voir notamment : Vittorio Mainetti, « De Nuremberg à La Haye: l'émergence des crimes contre la culture et la pratique des tribunaux internationaux » dans *Le patrimoine culturel, cible des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 151-182.

⁴⁴ Duncan Chappell et Stefano Manacorda, dir, *Crime in the Art and Antiquities World*, Springer, 2011.

⁴⁵ Par exemple : Lyndel V Prott, *Témoins de l'histoire: recueil de textes et documents relatifs au retour des objets culturels*, Paris, Unesco, 2011.

⁴⁶ Felwine Sarr et Bénédicte Savoy, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain*, 2018.

continuent d'animer l'actualité internationale⁴⁷, ou en lien avec le patrimoine autochtone ; les investissements et l'arbitrage⁴⁸ ; les immunités lors d'expositions temporaires⁴⁹ ; le droit privé international⁵⁰ de même que le patrimoine subaquatique⁵¹. On identifie également que certains débats issus d'autres disciplines ont alimenté la réflexion en droit des arts, comme par exemple le droit (ou le devoir) d'ingérence humanitaire⁵².

[25] Au Canada, le domaine est confiné. L'essentiel des travaux provient du milieu universitaire de l'ouest du pays et porte sur le patrimoine autochtone. On peut citer en particulier l'apport de Robert K. Paterson⁵³ (Université de Colombie-Britannique) et de Catherine Bell⁵⁴ (Université d'Alberta). On recense par ailleurs un ouvrage sommaire sur le droit de l'art, en *common law*, datant de 1980⁵⁵. Au Québec, plus spécifiquement, la doctrine est rare et le premier cours universitaire sur le sujet date de 2015.

[26] Devant une forêt aussi immense, il faut bien commencer à se frayer des passages. La présente étude n'a pas l'ambition d'être exhaustive. À partir d'un corpus épars de doctrine et de jurisprudence, nous nous proposons d'étudier cinq questions qui sont particulièrement

⁴⁷ Bernard Duhaime et Camille Labadie, « Les Voyages des manuscrits de la mer morte » (2016) 24:2 *Théologiques* 183.

⁴⁸ Valentina Vadi, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁴⁹ Par exemple : Nout Van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, Leiden, Brill, 2012.

⁵⁰ Christa Roodt, *Private international law, art and cultural heritage*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015.

⁵¹ Sarah Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Patrick O'Keefe, *Shipwrecked Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage*, 2e éd, Crickadarn, Institute of Art and Law, 2014.

⁵² Joseph Fishman, « Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes » (2010) 35 *Yale J Int Law* 347.

⁵³ Voir notamment: Catherine E Bell et Robert K Paterson, *Protection of First Nations cultural heritage: laws, policy, and reform*, coll Law and society series, Vancouver, UBC Press, 2009. Ce dernier a également écrit sur les questions de commerce international des œuvres d'art.

⁵⁴ Catherine E Bell et Val Napoleon, *First Nations cultural heritage and law: case studies, voices, and perspectives*, Vancouver, UBC Press, 2008.

⁵⁵ Aaron Milrad et Ella Agnew, *The Art World, Law, Business and Practice in Canada*, Toronto, Merritt, 1980. Un ouvrage recense également les situations de criminalité envers les arts : Bonnie Czegledi, *Crimes Against Art*, Toronto, Carswell, 2010.

pertinentes pour comprendre le fonctionnement du monde de l'art, qui reprennent les principales questions qui se posent concernant une œuvre d'art : S'agit-il d'un faux ? Ou bien d'un tableau volé ? Le prix est-il juste ? Existe-t-il des restrictions quant à son commerce ? Est-il possible d'obtenir des avantages fiscaux en cas d'aliénation ?

[27] La première partie d'attachera donc à étudier le droit applicable aux œuvres pour lesquelles se posent des problèmes quant à leur authenticité ou leur attribution (p. 24). La seconde et la troisième partie porteront respectivement sur les questions de provenance (p. 72) et sur l'évaluation des œuvres d'art (p. 90). Ensuite, et bien qu'un objet d'art puisse être à commerce contrôlé pour plusieurs raisons – par exemple parce qu'il est composé de restes humains ou d'ivoire – la quatrième partie s'attardera au principal motif qui peut entraver en droit privé le commerce d'un bien culturel : sa destination sacrée (p. 95). Finalement, la cinquième et dernière partie d'attachera à expliciter le système de la LEIBC qui régit le commerce international des œuvres d'art de même que les incitatifs fiscaux pour encourager les dons aux institutions muséales (p. 103).

[28] Tout effort pour aborder ces questions sera forcément comparatif et prospectif. Comparatif, car c'est en étudiant les problèmes qui se sont posés ailleurs que l'on peut alimenter la réflexion. Les systèmes juridiques continentaux pourront en particulier donner nombre de réponses en droit privé. Prospectif, car en l'état actuel du droit, de nombreuses situations n'ont pas de réponse évidente. On pense au flou quant à la protection de l'expert ou le fardeau de preuve nécessaire lorsqu'un doute apparaît quant à l'authenticité d'un tableau.

[29] La présente étude a-t-elle un intérêt ? Est-elle bien de nature à aider les choses ? C'est souvent mauvais signe quand le droit s'en mêle, pourrait-on arguer, faisant ressortir l'incompatibilité essentielle entre l'art, terreau d'imagination, et la règle juridique aride.

En effet, un juge devrait-il s'aventurer dans les domaines traditionnellement réservés aux artistes et aux historiens de l'art ? Est-il outillé pour déterminer si les conservateurs d'une institution respectent leur mandat de collectionner des artistes qui ont contribué au développement de l'art canadien⁵⁶ ou d'énoncer quelle œuvre est d'« importance nationale » pour la préservation du patrimoine canadien⁵⁷ ? Déjà en 1903, Oliver Wendell Holmes mettait les juges en garde quant aux difficultés de s'aventurer trop avant sur ces terrains⁵⁸.

[30] Mais bien que l'arrimage du droit et des arts ne soit pas aisé, le monde de l'art ne peut pas vivre isolé des réalités légales. Qu'on le veuille ou non, le droit régit les activités des artistes, des marchands, des collectionneurs et des musées. Vu que le droit s'en mêle forcément, visons donc à comprendre comment il s'en mêle afin qu'il s'en mêle bien. Embryonnaire, éclaté, prospectif, nous nous proposons de faire le portrait de la situation actuelle pour favoriser l'épanouissement d'un droit qui prend en compte les intérêts des artistes, des collectionneurs, des marchands et des institutions muséales, bref, d'un droit qui soit sensible aux réalités du monde de l'art.

⁵⁶ *Re McMichael et al c Ontario*, 31 OR (3d) 196, 1996 CanLII 8233 (OC) ; *Re McMichael et al c Ontario*, 36 OR (3d) 163, 1997 CanLII 1565 (ON CA, 1997) .

⁵⁷ Voir : *Heffel Gallery Limited c Canada (Procureur général)*, 2018 CF 605 (Manson, j) ; *Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82 (Boivin, j.a) .

⁵⁸ « It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. » (*Bleistein c Donaldson Lithographing Co*, 188 US 239, 251 (1903) .

Première partie : Authenticité et attribution

Section 1 Un problème central

- [31] L'amateur de beaux-arts est tel l'homme décrit par Kant qui aime à déambuler dans un jardin. Il contemple la belle forme d'une fleur sauvage, d'un oiseau ou d'un insecte. Cependant, si « l'on avait abusé secrètement cet amoureux du beau en plantant dans la terre des fleurs artificielles [...] ou placé des oiseaux artistement sculptés sur des branches d'arbre, et si ensuite il avait découvert la supercherie, l'intérêt immédiat qu'il portait auparavant à ces objets disparaîtrait aussitôt⁵⁹ ». Tout doute sur l'attribution transforme en profondeur le regard que l'on porte sur l'œuvre ; on se détourne tout à coup d'une peinture que l'on admirait jusqu'alors. Et, à l'inverse, l'on ne saurait nier qu'apprendre qu'une toile quelconque fut réalisée par un maître la revalorise instamment. Dans le jugement esthétique, l'attribution prend souvent l'ascendant sur les qualités artistiques de l'œuvre.
- [32] Dans le monde de l'art, les questions d'authenticité et d'attribution sont capitales, difficiles et souvent embarrassantes. L'attribution d'une toile détermine la place de l'œuvre dans l'histoire de l'art et sa valeur sur le marché. Un simple doute peut faire la différence entre un accrochage sur les cimaises d'un musée et une relégation dans les réserves. Des doutes sérieux anéantissent la valeur de l'œuvre⁶⁰.
- [33] Deux réattributions récentes démontrent l'impact de l'évolution des connaissances sur la cote d'une œuvre. *Le Massacre des Innocents* – voir illustration, œuvre depuis donnée au MBO –, se vendit 500 000 £ en 2001. Il était alors attribué à un suiveur de Rubens.

⁵⁹ Emmanuel Kant, *Critique de la faculté de juger*, [1790], traduit par Alain Renault, Paris, GF Flammarion, 2015 au para 42.

⁶⁰ *Deluca and Vogeli c MacLaren Art Centre Inc*, 2016 ONSC 1428 aux paras 71-82; *Hearn c Maslak-McLeod Gallery Inc*, 2018 ONSC 2918 (appel en instance) au para 147.

L'année suivante, le même tableau désormais attribué à Rubens lui-même trouva preneur pour 49 M£⁶¹. Quant à *La destruction du temple de Jérusalem*, elle fut vendue pour 155 000 £ sous une attribution à Pietro Testa, artiste quelque peu oublié de la première moitié du XVII^e siècle. Quatre ans plus tard, et nouvellement attribué à Poussin, elle atteignit 4,5 M£⁶².



**Illustration 4 : Pierre Paul Rubens,
Le Massacre des Innocents [1611-12]
Huile sur toile, 142 × 182 cm, MBAO**

[34] L'existence de nombreux faux pour un artiste peut entacher durablement sa réputation et le regard porté sur son œuvre⁶³. Et les désaccords fréquents entre les spécialistes reconnus alimentent certes la recherche, mais provoquent l'incertitude chez les collectionneurs. Quoique la question des problèmes d'attribution fasse souvent les manchettes dans le domaine des beaux-arts, il s'agit également d'un sujet d'inquiétude en archéologie⁶⁴ et pour les objets issus des cultures du monde⁶⁵.

[35] L'attribution d'une œuvre d'art repose sur trois piliers : la connaissance du style, la

⁶¹ Sophie Vigneron, « L'authenticité d'une œuvre d'art. Comparaison franco-anglaise » (2004) 56:3 Rev Int Droit Comparé 625 à la p 626.

⁶² Anne-Laure Bandle, « "Sleepers" - la vente aux enchères d'œuvres d'art et d'objets de collection mal attribués sous le regard du droit suisse » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 à la p 53.

⁶³ C'est l'un des problèmes avec la mise au jour d'un réseau de contrefaçon de l'œuvre de Norval Morrisseau qui fait peser un doute sérieux sur ses œuvres. Sur le réseau de trafic, voir : *Hearn c Maslak-McLeod Gallery Inc*, supra note 60 aux paras 39-93; Jamie Kastner, *There are no Fakes*, 2019.

⁶⁴ Le problème est ancien : André Vayson de Pradenne, *Les fraudes en archéologie préhistorique : avec quelques exemples de comparaison en archéologie générale et sciences naturelles*, [1932], Grenoble, Jérôme Millon, 2019.

⁶⁵ Voir notamment : *Dufour c Mus*, 1996 CanLII 4527, REJB 1996-29087 (QC CS, Marcelin, j.c.s), appel rejeté sur requête (QC CA, 500-09-002347-961, 11 novembre 1996) .

recherche historique et l'analyse scientifique de l'objet. La connaissance du style demeure la pierre angulaire de l'expertise. Les historiens de l'art sont cependant épaulés par la recherche archivistique qui permet de retracer le contexte de création et l'histoire de l'œuvre. Quant aux technologies, et pour ne citer que quelques-unes, les rayons-x permettent de déceler les différentes étapes de la création de l'œuvre. La dendrochronologie⁶⁶ ou l'analyse des pigments⁶⁷ peuvent quant à elles déceler hors de tout doute certains faux.

[36] Le débat d'authentification demeure un débat d'initiés. Pierre Rosenberg explique : « le spécialiste, comme son nom l'indique, est spécialisé dans une école, en un artiste et son jugement ne vaut que dans sa spécialité. Il peut « être bon pour Poussin » - pardonnez-moi l'expression – sans pour autant l'être pour Caravage ou pour Rembrandt⁶⁸. » Ainsi, alors qu'un bon évaluateur pourra en général se prononcer sur la valeur des tableaux de différentes écoles et de différentes périodes étant donné que son expertise réside dans sa connaissance du marché de l'art et s'appuie sur la comparaison avec des ventes antérieures d'œuvres de l'artiste ou de la même école, l'authentification, par contre, nécessite une expertise particulière, pointue et poussée, de l'artiste sous étude. Pour un artiste important, on ne compte au mieux qu'une poignée de spécialistes crédibles pour procéder à une authentification.

[37] Mis à part certaines œuvres documentées depuis leur création ou, à l'autre extrême, des

⁶⁶ La dendrochronologie a par exemple permis de mettre de côté certains Bosch, réalisés après la mort du peintre : Frédéric Elsig, « L'attribution aujourd'hui » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 à la p 17.

⁶⁷ C'est en identifiant qu'il avait employé un pigment industriel inventé postérieurement à la date du tableau que Wolfgang Beltracchi fut démasqué (« Les peines prononcées contre Werner Spies infirmées en appel », *Le Journal des arts* (7 décembre 2015).)

⁶⁸ Rosenberg, *supra* note 35 à la p 3.

faux dont les méthodes ne peuvent correspondre à l'artiste copié, rien n'est jamais fixé en matière d'authentification⁶⁹. La connaissance d'un artiste peut évoluer significativement avec le temps, comme l'indique un expert :

[L]'obligation de résultat est impossible dans notre métier, impossible à remplir, à satisfaire. L'attribution a un caractère très subjectif en réalité. Un objet, comme un tableau, va être considéré comme une œuvre authentique, parce qu'il s'est fait un consensus autour d'elle, un consensus des historiens de l'art, des connaisseurs, mais ce consensus évolue avec le temps. Il n'est pas permanent, et n'est en aucun cas un rocher solide sur lequel s'appuyer⁷⁰.

- [38] Le Rembrandt Research Project, composé d'une série d'experts néerlandais, travailla pendant plusieurs décennies à l'établissement de son catalogue. Le Projet conclut qu'un peu plus de 300 tableaux sont de la main du maître, alors qu'on estimait le chiffre à plus du double au début du XX^e siècle⁷¹.



**Illustration 5 : Rembrandt,
Philosophe en méditation [1632]
huile sur bois, 28 × 34 cm, Louvre**

- [39] Devant cette incertitude, le marché reconnaît généralement qu'un spécialiste ou un comité fait autorité pour un artiste donné. Un comité est un regroupement, souvent des proches de l'artiste – famille, agents, assistants –, ou

⁶⁹ Dans des cas extrêmes, on peut même devoir contester les affirmations d'un artiste qui renie une partie de sa production. C'est le cas pour toute une partie de l'œuvre de Chirico (Serezal, *supra* note 21 à la p 8.) ou d'un tableau de Lucian Freud (Kate Lyons, « BBC says painting is by Lucian Freud despite his denials », *The Guardian* (17 juillet 2016).). Quant à Gerhard Richter, il exclut de son catalogue raisonné une période complète de son œuvre (1962-1968) (Alessandra Donati, « Le rôle de l'expert dans le marché des oeuvres d'art anciennes » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 à la p 85.

⁷⁰ Éric Turquin, « Le rôle de l'expert dans le marché des oeuvres d'art anciennes » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 à la p 28.

⁷¹ Le *Philosophe en méditation*, conservé au Louvre et longtemps attribué unanimement au peintre n'a pas été inclus dans la première version du catalogue du projet, avant d'être finalement réattribué dans le dernier opus du catalogue. Voir : Ernst van de Wetering, Stichting Foundation et Rembrandt Research Project, *A Corpus of Rembrandt Paintings VI*, Springer, 2014, n° 86, aux pp 523-524.

d'historiens de l'art reconnus⁷², qui prennent une décision collective sur l'authenticité des œuvres d'un artiste. Le comité a pour principale mission de préserver l'intégrité de l'œuvre de l'artiste. Règle générale, « [l]eur perspective n'est souvent pas marchande, mais artistique et historique ; leur motivation n'est pas commerciale, mais découle de la passion pour l'œuvre de l'artiste⁷³. »

[40] L'outil de prédilection pour établir l'authenticité d'une œuvre est le catalogue raisonné⁷⁴. Plus qu'une simple biographie, il s'agit d'une recension complète des œuvres d'un artiste, incluant une description de chacune des œuvres. C'est un outil de grande valeur pour la connaissance de l'artiste et pour assurer l'intégrité de son œuvre ; il est en effet beaucoup plus facile pour un faussaire de vendre un tableau lorsqu'il n'existe pas de recension fiable.

[41] Au Québec, le catalogue raisonné est un outil malheureusement peu employé⁷⁵. À notre connaissance, les seuls catalogues sont ceux de : Joseph Légaré⁷⁶, Cornelius Krieghoff⁷⁷, Horatio Walker⁷⁸, Joseph Saint-Charles⁷⁹, Paul-Émile Borduas⁸⁰, Charles Daudelin⁸¹, Jean

⁷² Richard Dormont, « What Is an Andy Warhol? », *The New York Review of Books* (22 octobre 2009), part 3.

⁷³ Hélène Dupin, « La place des comités d'artistes dans l'amélioration de la qualité des expertises et des ventes d'œuvres d'art - Point de vue français » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 à la p 110.

⁷⁴ La Cour d'appel de l'État de New York résume dans les grandes lignes le fonctionnement du catalogue raisonné : *Thome c Alexander & Louisa Calder Found*, 70 AD3d 88 (NY App Div 2009) aux pp 97-98.

⁷⁵ Marcel Huquet, « Le catalogue raisonné, outil méconnu » (1998) 42:171 *Vie Arts* 46.

⁷⁶ John Porter, Nicole Trudel et Jean Trudel, *Joseph Légaré, 1795-1855 : l'oeuvre : catalogue raisonné*, Ottawa, Musées des beaux-arts du Canada, 1978.

⁷⁷ Marius Barbeau, *Cornelius Krieghoff, pioneer painter of North America*, Toronto, The Macmillan Company of Canada Ltd, 1934.

⁷⁸ David Karel, *Horatio Walker*, Montréal, Fides, 1986.

⁷⁹ Marie-Josée Cousineau, *Catalogue raisonné des oeuvres de Joseph Saint-Charles*, Ottawa, Centre de recherche en civilisation canadienne-française, 1982.

⁸⁰ Il s'agit d'un catalogue électronique basé à l'Institut de recherche en Art canadien Gail and Stephen A. Jarislowsky à l'Université Concordia : <<http://borduascatalog.org/>>.

⁸¹ Catalogue électronique disponible sur le site <<http://www.charlesdaudelin.org/>>.

Paul Riopelle⁸², Frederick Bourchier Taylor⁸³ ou Marcel Barbeau⁸⁴. Cela fait malheureusement en sorte que nous n'avons pas de catalogue fiable pour plusieurs artistes importants.

[42] Dans ce contexte, la grande valeur de certains tableaux rend le marché de l'art particulièrement vulnérable aux faussaires. Le problème est ancien. De fausses sculptures grecques circulaient à Rome⁸⁵. À la Renaissance nombre de faux d'artistes populaires, tel Jérôme Bosch⁸⁶. Fait rare, quelques grands maîtres tel le jeune Michel-Ange⁸⁷, Bruegel L'Ancien⁸⁸, ou Zhang Daqian⁸⁹ ont produit des faux qui se voulaient des œuvres anciennes. Bien que criminel, le faussaire jouit d'une certaine estime – il a berné les riches et les puissants – et d'une grande indulgence de la part du système de justice. Comme nous le verrons, quelques affaires judiciaires au Québec impliquent des faux.

⁸² Yseult Riopelle, Michel Waldberg et Monique Brunet-Weinmann, *Jean Paul Riopelle: catalogue raisonné*, Tomes 1 à 4, Montréal, Hibou, 1999.

⁸³ Sophie Gironnay et Frederick Bourchier Taylor, *Frederick B. Taylor, graveur réaliste radical: monographie et catalogue raisonné*, Sainte-Foy, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1996.

⁸⁴ Ninon Gauthier, *Marcel Barbeau: échos et métamorphoses : catalogue raisonné des peintures 1944-1971 et catalogue raisonné des sculptures 1944-2000*, Université Paris IV-Sorbonne, Institut d'art et d'archéologie, 2004; Ninon Gauthier, *Échos et résonances dans l'œuvre de Marcel Barbeau: catalogue raisonné des dessins : 1954-1988*, Université Paris-Sorbonne, 1996.

⁸⁵ Justine Mitsuko Bonner, « Let Them Authenticate: Deterring Art Fraud » (2017) 24:1 UCLA Entertainment Law Rev 19 à la p 23.

⁸⁶ Elsig, *supra* note 66 à la p 14.

⁸⁷ Mitsuko Bonner, *supra* note 85 à la p 23.

⁸⁸ Elsig, *supra* note 66 à la p 14.

⁸⁹ Voir illustration. Tableau acquis par le Musée des beaux-arts de Boston en 1957 en pensant qu'il s'agissait d'une œuvre de Guan Tong (dynastie Song).

[43] Il convient évidemment de rappeler qu'alors qu'il n'existe qu'un seul original d'une toile – l'artiste pourra éventuellement peindre plusieurs toiles originales sur un même sujet – il peut y avoir plusieurs originaux pour les techniques qui permettent des reproductions à l'identique, comme les sérigraphies, les bronzes ou les photographies. Les critères pour définir l'originalité d'une œuvre ne peuvent recevoir de définition fixe. Ils évoluent selon que l'artiste travaille seul sur des médiums traditionnels, au sein d'un atelier, ou qu'il produise ce qu'il est convenu d'appeler des « *ready-made* ». Quant aux objets archéologiques ou ethnographiques, l'authenticité est plutôt définie par le lien avec une époque et une aire géographique. En somme, c'est aux spécialistes de définir les critères d'originalité, au cas par cas.

L'œuvre n'est pas
dans
le domaine public

**Illustration 6 : Zang
Daqian, *Boire et chanter
au pied des Montagnes
Précieuses* [date inconnue]
encre et couleurs sur soie,
218.2 × 90.2 cm, Musée
des beaux-arts de Boston**

[44] Juridiquement, l'authenticité pose un certain nombre de problèmes. Nous étudierons tour à tour le statut juridique du faux ; le traitement des erreurs d'attribution que l'on pourrait qualifier d'« intermédiaires » comme les erreurs sur l'année de création ou les réattributions; et finalement, nous reviendrons sur le régime légal qui encadre le travail des experts qui effectuent des authentications⁹⁰.

⁹⁰ Nous laisserons de côté l'aspect criminel du problème. Nous devons ici souligner le travail de Philippe Bensimon, criminologue, pionnier sur la question. Voir : Philippe Bensimon, *Les faux en peinture*, Montréal, Éditions Cursus universitaire, 2000; Philippe Bensimon, *Vrai ou faux?*, Montréal, Guérin, 2012. Voir également son roman : Philippe Bensimon, *Tableaux maudits*, Montréal, Triptyque, 2007.

Section 2 La qualification juridique du faux

A. Une erreur sur l'objet de la prestation

- [45] En droit civil québécois, comme en droit français⁹¹ ou en droit suisse⁹², le fait d'acheter un tableau que l'on croit être original mais qui se révèle être faux constitue une erreur, une atteinte au caractère libre et éclairé du consentement au sens de l'article 1400 C.c.Q.

Pothier définit l'erreur et donne le célèbre exemple d'une vente de chandeliers en cuivre :

[18] L'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue, & qui fait la substance de cette chose ; c'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté ; quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention fera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été, détruit mon consentement⁹³.

- [46] L'erreur est définie comme suit par la doctrine contemporaine :

[524] L'erreur est un hiatus, un écran qui s'intercale entre ce qui est et ce que l'on croit être. Elle consiste en un décalage entre le réel et la perception qu'une partie en a. Le contrat a été « conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité »⁹⁴.

- [47] L'erreur a pour conséquence qu'une volonté ne peut valablement se former :

[205] [...] Ces erreurs sont telles que, en théorie, elles ne permettent même pas au contrat de se former véritablement. Les volontés des parties sont sur deux courants de pensées parallèles, sans pouvoir se rejoindre. Les consentements des parties existent, mais chacun séparément, sans concorder sur l'un des éléments essentiels à la formation du contrat⁹⁵.

- [48] Le droit considère que l'attribution d'une toile à un artiste est une composante si essentielle

⁹¹ Vigneron, *supra* note 61 à la p 628.

⁹² Bandle, *supra* note 62 à la p 61.

⁹³ Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, tome premier, Paris et Orléans, Debure et Rouzeau-Montaut, 1764 à la p 28.

⁹⁴ Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2018 au para 524.

⁹⁵ Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 au para 205.

de l'œuvre, si déterminante dans le choix de l'acheteur, que le fait d'avoir acheté un faux est une erreur sur la substance, sur les qualités essentielles de l'œuvre⁹⁶ :

Lluelles et Moore :

[530] [...] la doctrine et la jurisprudence de France et du Québec ont fini par admettre, à côté de l'erreur sur la substance matérielle, l'erreur sur la substance intellectuelle, dite subjective. L'amateur d'art qui croyait acquérir, d'une galerie de renom, et pour un prix conséquent, un tableau authentique de Borduas, alors que la vente portait sur une très adroite reproduction, commettait une erreur sur la substance, non au sens matériel, mais au sens intellectuel de *qualité substantielle* : c'est en effet une authentique œuvre de ce peintre que le client de la galerie entendait acquérir et non une reproduction, même si le cadre, la toile et la peinture utilisée avaient la même composition matérielle⁹⁷.

Pineau, Burman et Gaudet :

[75] [...] Une personne achète une toile signée Renoir et il se révèle qu'il s'agit d'un faux : il y a erreur sur la substance, dans le sens de « qualités substantielles », erreur déterminante : l'acheteur a acquis cette toile parce qu'il croyait que Renoir en était l'auteur ; s'il avait connu la vérité, il n'aurait pas acheté. On pourrait aussi bien dire qu'il y a erreur sur la considération principale ou erreur sur un élément essentiel qui a déterminé le consentement⁹⁸.

[49] Ou, pour reprendre un exemple tiré d'une décision de la Cour de cassation rendue en 1913 :

« Un antiquaire qui achète des marquises Louis XV, se révélant être des bergères élargies et reconstituées, peut agir en nullité pour erreur sur une qualité substantielle de l'objet⁹⁹. »

[50] C'est donc bien la paternité de l'œuvre, le fait que l'objet ait une relation directe avec l'artiste, qui est généralement considérée en droit comme la qualité essentielle, la substance de l'œuvre et non la somme de ses éléments matériels, soit la toile, les pigments et le cadre. L'acheteur pourra en effet beaucoup plus facilement annuler une vente s'il appert que l'œuvre n'est pas de l'artiste escompté, que si ce dernier a peint sur de la jute et non sur

⁹⁶ *Affaire du Poussin (Olympos et Marsyas, Époux Saint-Arroman c Réunion des Musées nationaux)*, CA Versailles, 7 janvier 1987 .

⁹⁷ Lluelles et Moore, *supra* note 94 au para 530.

⁹⁸ Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001 au para 75.

⁹⁹ Vigneron, *supra* note 61 à la p 628. Voir également : *Affaire de la table à écrire Boulle*, Cass Civ 12, 20 octobre 2011 .

une toile.

- [51] La Cour supérieure annula ainsi sur la base de l'erreur la vente d'un faux Suzor-Côté¹⁰⁰ de même que de statues africaines prétendument anciennes¹⁰¹. En 1988, la Cour d'appel confirme un jugement qui cassait une transaction qui portait sur la vente de trois A.Y. Jackson qui se révélèrent être faux :

Le tribunal n'a aucune hésitation à déclarer la vente nulle parce qu'il y a eu absence totale de consentement quant à l'objet de cette vente, qui est différent de celui qui a été représenté à l'acheteur, soit des originaux des tableaux du peintre A.Y. Jackson. Il y eut donc erreur sur la substance de la chose qui a fait l'objet de ce contrat.

La vente est donc nulle de plein droit, de nullité absolue "ab initio" et les parties doivent être remises dans le même état qu'elles étaient avant la transaction¹⁰².

- [52] Fait intéressant, cette dernière décision portait en fait sur deux ventes successives. Pour la première, le vendeur avait clairement affirmé que les tableaux étaient des faux, alors que pour la seconde, ces mêmes tableaux avaient été identifiés par le vendeur comme étant des originaux. Seule la seconde vente fut frappée de nullité. Ainsi, l'erreur ne provient pas de la vente du faux en soi, mais de la croyance dans l'esprit du contractant qu'un faux est en fait un original. C'est cette fausse croyance qui provoque le vice de consentement¹⁰³.
- [53] Dans de nombreuses situations, l'acheteur peut présumer de l'authenticité. Il est normal que ce dernier tienne pour acquis qu'un marchand d'art vende des originaux, ou qu'un antiquaire vende des meubles anciens et non des répliques récentes¹⁰⁴. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il y a une différence de connaissance entre les parties, notamment

¹⁰⁰ *Guillemette c 135371 Canada inc*, REJB 1998-09010, 1998 CanLII 11915 (QC CS, Lemelin, j.c.s) au para 79.

¹⁰¹ *Dufour c Mus*, *supra* note 65 au para 47.

¹⁰² Texte intégral de la décision de l'honorable juge Jasmin de la Cour supérieure non publié (500-05-015626-813, 1984). Extrait cité in : *Leibovitz c Shore*, 1988 CanLII 424, EYB 1988-63085 (500-09-000020-859, QC CA) au para 7.

¹⁰³ *Ibid* au para 10.

¹⁰⁴ *Brown c Petit Musée Ltée*, EYB 2000-17150, 2000 CanLII 17311 (QC CQ, Marengo, j.c.q) .

lorsqu'un amateur achète d'un professionnel réputé, ou d'une galerie ayant pignon sur rue¹⁰⁵.

- [54] La vente de lithographies pose régulièrement problème. Il faut en effet différencier la lithographie qui est issue d'un long travail d'un maître artisan et qui est imprimée à un nombre limité d'exemplaire – les matrices étant ensuite détruites –, et la simple reproduction mécanique. Cette reproduction engage éventuellement un droit d'auteur, mais n'a pas de valeur artistique. Nous ne pouvons que souscrire à l'avis d'un expert dans un dossier de reproductions mécaniques :

[U]ne véritable lithographie ne peut être la simple reproduction imprimée d'un autre médium. Dès qu'un système mécanique de reproduction est utilisé (soit la photocopie par opposition à l'estampe gravée sur pierre par l'artiste), il ne s'agit plus d'art. Il déplore l'existence de la pratique des reproductions lithographiques signées par l'artiste, qu'il qualifie carrément d'escroqueries. Le fait de la signature et du numérotage ne donne aucune valeur à la reproduction, mais sert plutôt à mousser l'artiste, un peu comme quand un auteur signe et dédicace ses livres. L'affirmation sur les certificats qu'il s'agit de lithographies "originales" est en soi mensongère. C'est profiter de l'ignorance des gens du marché de l'art. La situation serait différente, explique-t-il, s'il s'agissait d'une estampe, comme Miro, Dali et Picasso en ont fait. La demanderesse, selon lui, a produit des estimations de quelque \$175,000 pour un produit qui a coûté \$2000 à imprimer et qui n'est pas une création artistique, l'artiste n'ayant rien fait d'autre que de signer les reproductions, ce qui n'ajoute pas de valeur à la reproduction. Il souligne que certaines estampes non signées de Picasso valent plus cher que d'autres, pourtant signées, et que la plupart des tableaux dans les musées ne sont pas signés. D'après lui, la signature sert surtout à rassurer les gens. Il qualifie les procédés de la demanderesse, comme étant plus payants que d'imprimer des faux billets, et comportant moins de risques¹⁰⁶.

- [55] Ainsi, nous estimons qu'une erreur sur la substance existe lorsqu'on représente à un acheteur qu'il fait l'acquisition d'une lithographie alors qu'il n'acquiert, en bout de ligne,

¹⁰⁵ *Dufour c Mus*, supra note 65 aux paras 30-31 et 38; *Lavoie c Centre canadien d'expertise des peintures ltée*, JE 92-76, EYB 1991-75150 (Anthime Bergeron, j.c.s), appel rejeté (QC CA, AZ-50073226, 1992) au para 43.

¹⁰⁶ *Maison d'oeuvres d'art Sheraton inc c Chamberland*, SOQUIJ AZ-92021654, EYB 1992-75614, JE 92-1821 (QC CS, Nicole Duval Hesler, j.c.s) au para 21. L'arrêt Thérberge portait sur pareilles reproductions mécaniques (*Thérberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, [2002] 2 SCR 336, 2002 SCC 34 .)

qu'une photocopie de qualité¹⁰⁷. À ce titre, nous estimons que dans le jugement d'où est tiré la citation de l'expert sur la différence entre la lithographie et la reproduction mécanique, la Cour supérieure a erré en traitant la vente de reproduction mécaniques sur la base du dol incident et de non l'erreur. Ce qui est en jeu lorsqu'un vendeur représente erronément qu'il vend des lithographies alors qu'il ne fait que vendre des reproductions mécaniques est plus fondamental que la simple valeur économique de l'œuvre¹⁰⁸. Il devrait d'ailleurs en aller de même lorsqu'un vendeur achète une lithographie qui ne devait être tirée qu'à un exemplaire donné, par exemple cinquante exemplaires, alors que le tirage est plus important.

- [56] L'article 1400 C.c.Q reconnaît trois types d'erreurs. Elles peuvent porter sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement :

Art. 1400. L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.

L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement.

- [57] Nous suivons ainsi Lluellas et Moore qui estiment que la vente du faux est à ranger dans la seconde catégorie, soit l'erreur sur l'objet de la prestation, héritière de l'erreur sur la substance de l'ancien code¹⁰⁹ :

[531] [...] À notre avis, dans la mesure où, dans les circonstances particulières d'un dossier, une qualité substantielle va de soi, comme le caractère constructible d'un terrain acheté pour y bâtir une maison, comme l'authenticité d'une œuvre d'art achetée d'une galerie, comme l'ancienneté d'un meuble acheté d'un antiquaire, ou comme le caractère privé et exclusif d'une terrasse attenante

¹⁰⁷ *Tremblay c Demers*, 1998 CanLII 11396 (QC CS, Côté, j.c.s), appel principal rejeté sur requête (QC CA, 1999, 500-09-007656-994) aux paras 71-72.

¹⁰⁸ *Maison d'oeuvres d'art Sheraton inc c Chamberland*, *supra* note 106.

¹⁰⁹ Art. 992 C.c.B.-C. Ce terme de substance était tiré du Code civil français, qui l'employa à l'article 1110 C.c. jusqu'à la réforme de 2016. On parle désormais de « qualités substantielles », aux articles 1132 et 1133.

à une unité de condominium, on devrait présumer qu'il s'agit d'une erreur du deuxième créneau [l'objet de la prestation], sans qu'il soit nécessaire pour la victime de l'erreur de prouver qu'elle recherchait effectivement cette qualité : il est en effet normal qu'un antiquaire s'attende à ce qu'un client se procure, au prix fort, une véritable antiquité ou que l'exploitant d'une galerie ne soit pas surpris par le désir de son client de se procurer une authentique toile, pour un prix en conséquence¹¹⁰.

- [58] Lorsqu'il est porté à croire qu'il achète un original – soit parce que cela fait l'objet d'une représentation explicite ou à cause des circonstances de la vente, par exemple dans une galerie – un acheteur n'a pas l'obligation d'effectuer une expertise sur l'authenticité avant la transaction. Il peut faire confiance à son cocontractant. Même si l'acheteur avisé s'informe avant une transaction importante, l'absence d'expertise indépendante par l'acheteur ou de recherches complémentaires ne saurait constituer une défense valable pour le vendeur s'il est poursuivi pour vente de faux¹¹¹. Par ailleurs, le vendeur qui est au courant de doutes sérieux quant à l'authenticité d'une œuvre doit divulguer ce fait à l'acheteur¹¹².
- [59] Que faire lorsqu'un vendeur croit de bonne foi, mais erronément, que son œuvre est un original ? Comme dans l'exemple des chandeliers tiré du traité de Pothier, ceci n'a aucun impact sur le recours de l'acheteur pour faire annuler la vente. Le vendeur garantit l'authenticité du bien. Peu importe qu'il sache que son œuvre d'art est un faux, qu'il ait un doute, ou qu'il soit convaincu qu'il s'agit d'un original, l'acheteur n'a de toute manière pas été en mesure de donner un consentement valide, et est en droit d'annuler la vente pour

¹¹⁰ Lluelles et Moore, *supra* note 94 au para 531. Voir également : Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 209. Voir aussi : Vincent Karim, *Les obligations*, 4e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2015 au para 988. Plus loin cependant, au para 993 du même ouvrage, Karim range la vente d'un faux Marc-Aurèle Fortin dans la troisième catégorie de l'article 1400 C.c.Q., soit un élément essentiel qui a déterminé le consentement. Nous estimons au contraire, à l'instar de Lluelles et Moore, que la paternité d'une œuvre doit aller de soi et porte donc bien sur l'objet même de la prestation, sa substance pour reprendre le vocable de l'ancien code.

¹¹¹ *Lavoie c Centre canadien d'expertise des peintures ltée*, *supra* note 105 au para 43.

¹¹² *Ibid* au para 46. Cette obligation découle du devoir général de renseignement du vendeur envers l'acheteur, compris dans les obligations de bonne foi (art. 1375 C.c.Q.).

recupérer le prix de vente¹¹³.

- [60] Seule l'erreur inexcusable pourrait constituer un motif de maintenir la validité d'une vente d'un faux¹¹⁴. L'erreur inexcusable résulte d'un comportement fautif ou négligent de la personne victime de l'erreur :

[1022] Pour déterminer si l'erreur invoquée est excusable et, par conséquent, constitue un vice de consentement justifiant la nullité du contrat, il faut, d'une part, appliquer le test d'une personne prudente et raisonnable et, d'autre part, tenir compte de ses connaissances générales et de son jugement pour déterminer si elle a été négligente¹¹⁵.

- [61] L'erreur inexcusable dans le domaine de l'art se pose en pratique peu souvent. On pourrait penser à un collectionneur chevronné ou à un marchand qui achèterait d'un particulier un tableau attribué à un maître pour une somme dérisoire sans qu'une preuve d'authenticité ou de provenance ne soit fournie. Dans un cas tiré de la jurisprudence, un marchand commit une erreur inexcusable en estimant qu'il effectuait un achat d'un meuble antique alors qu'il s'agissait de reproductions récentes d'un modèle ancien :

[8] Il est établi que M. Lehoux n'a jamais représenté à M. Languérand que les meubles qu'il lui vendait étaient des antiquités. Il ne saurait être question ici de fausses déclarations ou de représentations mensongères ou trompeuses. Le demandeur a examiné les meubles, a convenu d'un prix et les a achetés, croyant pouvoir les revendre rapidement à profit. [...]

[12] Dans le cas présent, l'erreur du demandeur est inexcusable. Il est commerçant et l'achat en litige est effectué dans le cadre de ses activités commerciales. Il a une occasion d'affaires et pense pouvoir réaliser un profit en achetant et revendant rapidement les meubles en litige.

[13] S'il n'a pas constaté que ces meubles ne sont pas aussi anciens qu'il le croyait, c'est qu'il ne les a pas examinés assez attentivement. Les photographies produites en preuve montrent suffisamment d'indices pour inciter un acheteur prudent à approfondir davantage son examen et s'assurer, si c'est là une considération essentielle pour lui, que les meubles qu'il achète sont

¹¹³ Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 219.

¹¹⁴ Lluelles et Moore, *supra* note 94 aux paras 540-542; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 215; Karim, *supra* note 110 aux paras 1018-1019.

¹¹⁵ Karim, *supra* note 110 au para 1022.

véritablement des antiquités, plutôt que des reproductions. Sans être un expert dans le domaine, M. Languérand est tout de même un connaisseur¹¹⁶.

[62] L'erreur inexcusable ne saurait être employée qu'exceptionnellement, dans un cas clair et après avoir analysé toutes les circonstances pertinentes¹¹⁷. C'est à la personne qui invoque que l'erreur de son cocontractant était inexcusable d'en faire la preuve¹¹⁸.

[63] L'erreur quant à l'authenticité du tableau permet la résolution de la vente, par le biais de l'article 1407 C.c.Q.¹¹⁹ Si l'erreur est la conséquence de représentations frauduleuses de la part du cocontractant, ce même article permet à la victime du dol de réclamer, en outre de la résiliation de la vente, des dommages-intérêts¹²⁰. Il en va de même de l'erreur provoquée par la négligence du cocontractant, en vertu des principes établis de la responsabilité civile¹²¹. La prescription de l'action est de trois ans à compter non pas de la vente, mais de la découverte de l'erreur¹²².

[64] Finalement, le droit de la consommation peut venir en aide à l'acheteur floué. La *Loi sur la protection du consommateur* s'applique à un contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son



**Illustration 7 : Hochet de chaman haïda
[1800-1830]**

**Aulne ou bouleau et autres matériaux,
25 x 13 x 13 cm, Fenimore Art Collection**

¹¹⁶ *Languérand c Lehoux*, 2004 CanLII 49074 (QC CQ, Thérout, j.c.q) aux paras 8, 12-13.

¹¹⁷ Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 215.

¹¹⁸ Lluellas et Moore, *supra* note 94 au para 545; Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 221.

¹¹⁹ On note que le Code ne prévoit pas de mécanisme de réduction du prix de vente pour l'erreur comme pour d'autres vices de consentement (Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 222.).

¹²⁰ Karim, *supra* note 110 au para 1028.

¹²¹ Lluellas et Moore, *supra* note 94 au para 596.

¹²² Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 222.

commerce¹²³. Par exemple, un individu qui se rend dans une galerie d'art pour acquérir un tableau pour son domicile peut se prévaloir de la protection de cette loi.

[65] La jurisprudence donne à ce titre l'exemple de la vente d'un hochet haïda, vendu par un antiquaire à un consommateur, comme datant de la fin du XIX^e siècle. Après enquête, il apparut qu'il s'agissait d'une copie récente d'un hochet détenu dans un musée de New York (voir illustration) et qu'il n'était pas certain que l'origine soit haïda. Sa valeur n'était donc pas de 10 000 \$US, le prix de vente, mais plutôt de l'ordre de 500 à 1 000 \$US. Le tribunal conclut que la valeur du hochet était exagérée et précisa qu'en vertu du droit commun, l'acheteur avait droit à la résolution de la vente pour erreur en vertu de l'article 1400 C.c.Q. Cependant, le contexte de la consommation favorise la tâche de l'acheteur. D'abord, il y a présomption d'exploitation du consommateur en raison de la disproportion dans les prestations¹²⁴. Ensuite, l'article 272 L.p.c. offre un large éventail de réparations, ce qui permit à l'acheteur d'obtenir, en sus de l'annulation de la vente et donc du remboursement du prix de vente, non seulement l'octroi de dommages-intérêts (ici, 2 000\$), mais également de dommages-intérêts punitifs (ici, 2 000\$) en raison des fausses représentations et de la mauvaise foi de l'antiquaire.

B. Le fardeau de preuve et le rôle du tribunal

1) Fardeau de preuve

[66] La question mérite d'être posée, car elle n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît. Le

¹²³ Art. 2. L.p.c. L'acquisition lors d'une vente aux enchères n'est pas toujours sujette à cette loi, vu les exceptions d'applications au *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-401, r 3. Voir : *Pacific National Leasing Corp c Rose*, 2001 CanLII 20657 (QC CA, Forget, j.c.a)

¹²⁴ *Brown c Petit Musée Ltée*, *supra* note 104 au para 35.

fardeau en matière civile est, on le sait, la prépondérance de la preuve. Mais que doit-on prouver exactement dans un procès où un vendeur estime de bonne foi, et expert à l'appui, avoir vendu un original alors que l'acheteur prétend qu'il s'agit d'un faux ? L'acheteur doit-il nécessairement faire la démonstration qu'il s'agit d'un faux ?

[67] Le droit français n'exige pas la démonstration que l'œuvre est un faux, mais celle qu'un doute important existe sur l'authenticité¹²⁵. Dans la mesure où l'erreur est, pour reprendre la définition employée plus haut, un « un hiatus, un écran qui s'intercale entre ce qui est et ce que l'on croit être », le fait qu'il existe un doute sérieux n'est-il pas effectivement un hiatus entre la croyance et la réalité ? L'acheteur qui achète un tableau original ne fait effectivement pas l'acquisition d'un tableau sur lequel un doute important existe. La jurisprudence française considère qu'il y a atteinte à l'intégrité du consentement, lorsqu'il y a « erreur sur la certitude de l'authenticité¹²⁶ », protégeant ainsi l'approche subjectiviste du consentement qui prédomine dans la tradition civiliste¹²⁷.

[68] La différence entre le fait de démontrer qu'il existe un doute sérieux sur l'authenticité et que l'œuvre n'est pas authentique est loin d'être anodine. Dans la récente décision concernant un tableau attribué Norval Morrisseau sur laquelle nous reviendrons, l'acheteur, en demande, souhaitait démontrer qu'il avait acheté un faux. Il réussit à démontrer que le marchand avait forgé une fausse provenance¹²⁸, son expertise concluait à un faux, et il réussit même à démontrer l'existence d'un réseau criminel qui mit sur le marché un grand nombre de tableaux du peintre. Le tribunal conclut que ce n'était pas suffisant pour

¹²⁵ Voir : Serezal, *supra* note 21 à la p 25ss.

¹²⁶ *Affaire du Mary-Cassatt*, Cass civ 1e, 13 janvier 1998 n°96-11881.

¹²⁷ Voir à ce sujet : Vigneron, *supra* note 61.

¹²⁸ Le fait qu'un marchand d'art donne une fausse provenance devrait être un élément de preuve important, alors que cela ne semble pas avoir ému le tribunal.

démontrer par prépondérance qu'il s'agissait d'un faux. Il y aurait ici à tout le moins un doute important sur l'authenticité.

- [69] La jurisprudence québécoise ne semble pas s'être attardée à la question du fardeau de preuve applicable, car les faits des principales décisions sur le sujet démontraient assez évidemment que l'on avait affaire à des faux. Cependant, dans le cas d'une preuve contradictoire solide, un tribunal pourrait être appelé à confirmer sur quoi le fardeau de la preuve devrait porter¹²⁹.

2) Rôle du tribunal

- [70] Les procès qui portent sur des questions d'authentification placent le juge dans la situation difficile d'évaluer l'authenticité d'une œuvre. Qui le juge doit-il croire ? Le problème était déjà posé lors du procès à Londres sur l'authenticité d'un Poussin de 1787 : « qui est le plus à même de juger de la véracité d'une attribution ? Les peintres qui se prononcent avec leur expérience de peintre ou bien les marchands de tableaux, les amateurs et les experts qui jugent avec leur connaissance de l'œuvre de Poussin¹³⁰ ? ». Plus récemment, la Cour d'appel de New York indiqua que le juge est aujourd'hui encore placé face à une situation délicate :

Since art authentication involves the exercise of the expert's informed judgment, it is highly subjective, and even highly regarded and knowledgeable experts may disagree on questions of authentication [...].

Simply put, determinations of the authenticity of art work are complex and highly subjective assertions of fact. As such, disputes concerning authenticity are particularly ill-suited to resolution by declaratory judgment. The law cannot give an art owner a clear legal right to a declaration of authenticity when such a declaration by definition will not be definitive¹³¹.

¹²⁹ Voir aussi Lavoie où une vente est annulée en raison de l'absence de la divulgation des doutes sur l'authenticité par le vendeur : *Lavoie c Centre canadien d'expertise des peintures Itée*, *supra* note 105.

¹³⁰ Rosenberg, *supra* note 35 à la p 9.

¹³¹ *Thome c Alexander & Louisa Calder Found*, *supra* note 74 à la p 99.

[71] Cependant, l'excès de prudence n'est pas toujours de mise. Dans le dossier *Lavoie*, la Cour supérieure refusa de se prononcer sur l'authenticité de deux tableaux attribués à Marc-Aurèle Fortin :

[12] [...] Nous croyons, avec respect, que c'est là une mauvaise conception du rôle de la Cour, car alors c'est le soussigné qui deviendrait l'EXPERT et qui décernerait LE certificat d'authenticité, certificat qui dorénavant constituerait le "passeport" permanent de ces tableaux. Plus personne à l'avenir ne pourrait contester et ce serait un juge, amateur de tableaux mais profane en la matière, qui serait devenu l'EXPERT¹³².

[72] Dans ce dossier, la demande portait sur la résiliation de la vente de deux tableaux attribués à Marc-Aurèle Fortin. La Cour observa notamment que l'expertise en matière artistique est moins scientifiquement fiable que dans le cas d'un ingénieur ou d'un neurochirurgien¹³³. Ceci eut pour résultat que la Cour supérieure invalida uniquement la vente de l'un des tableaux étant donné que pour ce tableau seulement, des tiers avaient exprimé au vendeur des doutes sur son authenticité. Quant au second tableau, la Cour refusa de résilier la vente : « Ici, il faut répéter qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de tirer une conclusion qui, comme nous l'avons déjà dit, équivaldrait à décerner un certificat d'authenticité¹³⁴. »

[73] Avec égards, la Cour se méprend sur son rôle dans un différend portant sur l'authenticité. Il est évident qu'une preuve à l'effet que le vendeur savait qu'il y avait un doute sérieux sur l'authenticité est un élément fort pour entacher sa crédibilité. Ceci étant, en présence d'une preuve contradictoire sur l'authenticité d'une œuvre, la Cour doit se demander si la partie a rempli son fardeau de preuve. Ce jugement de la Cour n'a cependant pas une portée aussi extravagante que l'écrit la Cour ; il demeure du domaine juridique. Il permet de trancher le litige entre les parties, mais ne constitue pas *la* vérité sur l'œuvre en ce qui

¹³² *Lavoie c Centre canadien d'expertise des peintures ltée*, supra note 105 au para 12.

¹³³ *Ibid* aux paras 25-26.

¹³⁴ *Ibid* au para 38.

concerne le marché de l'art, un « passeport permanent » pour le tableau selon l'expression employée par le juge¹³⁵. Les experts du marché de l'art, au fil de l'évolution des connaissances, pourront toujours à une date ultérieure remettre en cause les conclusions du juge. Le dossier de la Cour pourra certes constituer un élément pertinent, mais ce n'est en aucun cas déterminant sur le jugement postérieur de l'histoire de l'art. Pour reprendre la Cour d'appel de New York, qu'il est utile de citer au long :

[I]n our legal system, courts have neither the education to appropriately weigh the experts' opinions nor the authority to independently gather all available appropriate information; we can only base our conclusions on the evidence the parties choose to present to us, and our findings as to a party's entitlement to relief are generally made according to a preponderance of the evidence standard. So, any declaratory judgment of authenticity a court issued would amount to a statement that the preponderance of the evidence submitted to it supported a finding that the work at issue was genuine. Even if we considered declaratory relief to be proper in this context, such a limited determination would, in any event, be of no value. Indeed, it would be similar to a mere advisory opinion.

This is not to say that courts do not address the issue of authenticity. Courts are often required to issue findings as to art works' authenticity as an element of claims, such as those brought by dissatisfied buyers, seeking money damages from sellers or appraisers, or rescission of art sales. However, in these actions, the relief awarded by the court binds only the parties to the transaction, and does not attempt to affect the art market generally. Although it is possible for a court's pronouncement regarding a work's authenticity to have an impact on the work's market value, any such impact would be an incidental effect of the decision rather than its central purpose¹³⁶.

[74] La démarche à favoriser nous semble être celle employée récemment par la Cour supérieure de l'Ontario, dans l'affaire du faux Norval Morrisseau que nous avons d'invoqué (voir illustration). La Cour supérieure de l'Ontario n'a pas hésité à analyser en détail l'expertise en authenticité, allant jusqu'à débattre des présupposés théoriques employés par l'expert¹³⁷.

¹³⁵ *Hearn c Maslak-McLeod Gallery Inc*, *supra* note 60 au para 148.

¹³⁶ *Thome c Alexander & Louisa Calder Found*, *supra* note 74 au para 101.

¹³⁷ La Cour se lance dans un véritable travail de critique des théories d'histoire de l'art. Le juge tempère ainsi l'approche basée sur les travaux de Giovanni Morelli – théoricien du XIX^e siècle – en employant les textes de De Man, Ginzburg ou de Derrida. Voir : *Hearn c Maslak-McLeod Gallery Inc*, *supra* note 60 aux paras 118-120.

Surtout, la Cour indique que le jugement ne constitue pas une vérité intemporelle, mais le résultat de l'analyse de la preuve au regard du fardeau applicable :

[148] I say this in order to emphasize that while Hearn, like many litigants, has come to court seeking to establish the 'truth', that is not always attainable in the lay person's sense. Truth in law is a relative concept, not a certain one. As Baroness Hale has explained, "In our legal system, if a judge finds it more likely than not that something did take place, then it is treated as having taken place... Sometimes the burden of proof will come to his rescue: the party with the burden of showing that something took place will not have satisfied him that it did": *Re B (A Child)* [2008] UKHL 35, at para 32. In other words, what the court seeks as truth is a measure of probabilities. The Plaintiff has the burden of satisfying the court that, on the balance, the painting is a fraud. Otherwise, legally speaking, it is not. [...]

[158] *Spirit Energy of Mother Earth* has not been proved to be a forged or fake Morrisseau. From the law's point of view, it is therefore a real Norval Morrisseau painting¹³⁸.

L'oeuvre n'est pas
dans
le domaine public

**Illustration 8 : Norval
Morrisseau (?), *Spirit Energy of
Mother Earth* [date inconnue]
Acrylique sur toile, 167 x 167cm,
coll. Kevin Hearn**

[75] Lorsque l'authenticité doit être tranchée pour vider le débat entre les parties, le tribunal, malgré la difficulté de l'exercice, doit forcément se prononcer. Cependant, un tribunal aura raison de faire preuve de prudence et de ne pas trancher la question lorsque la détermination de l'authenticité n'est pas nécessaire pour résoudre la question en litige entre les parties ; comme lorsque le tribunal doit décider si l'acheteur était au courant d'un doute sur l'authentification de l'œuvre¹³⁹.

3) Une expertise commune ?

[76] La Cour d'appel de New York remarque qu'il est plus difficile pour les tribunaux qui ont affaire à une preuve contradictoire de se prononcer sur les questions d'authenticité, citant

¹³⁸ *Ibid* aux paras 148-158.

¹³⁹ Voir : *Girard c 9205-3800 Québec inc.*, [2012] 2012 QCCQ 12737 (Breault, j.c.q) aux pp 97-110.

en exemple la France où la Cour nomme un expert¹⁴⁰. Le *Code de procédure civile*, depuis la réforme de 2016, impose l'expertise commune, à moins que les parties démontrent qu'elle n'est pas appropriée¹⁴¹. Concernant l'expertise sur l'authenticité, le tribunal d'arbitrage en art, récemment fondé à La Haye, exige qu'un expert unique se prononce sur les questions d'expertise scientifique ou de provenance, alors qu'un débat contradictoire peut avoir lieu entre des experts sur la question du style de l'artiste (le *connoisseurship*)¹⁴². Il nous semble que l'expert unique devrait toujours être privilégié en matière scientifique et pour les recherches de provenance. Cependant, pour le style, et selon les situations (valeur en litige, nombre d'experts reconnus sur l'artiste), le tribunal pourrait soit opter pour un expert unique, soit préférer entendre plusieurs experts reconnus sur un artiste, car il pourrait être bénéfique de confronter différentes opinions reconnues.

¹⁴⁰ *Thome c Alexander & Louisa Calder Found*, *supra* note 74 à la p 101.

¹⁴¹ *Code de procédure civile*, *supra* note 10, art 148, al. 4.

¹⁴² Voir : Netherlands Arbitration Institute, *Court of Arbitration for Art Arbitration Rules*, 1 janvier 2019, art 28, al. 7.

Section 3 Problèmes intermédiaires

[77] Le faux est en quelque sorte la question qui est la plus facile à qualifier. Les parties peuvent avoir une foule d'autres reproches concernant l'œuvre visée par une transaction. Il s'agit de problèmes que l'on qualifiera d'« intermédiaires ». Que faire lorsqu'une toile a été attribuée à un peintre du XVII^e siècle et qu'elle se révèle être d'un autre peintre de la même époque ? Lorsque les spécialistes ne peuvent conclure qu'il s'agit de l'œuvre de la main d'un maître, de l'un de ses élèves ou de peintres de son entourage ? Lorsqu'un tableau est bien de l'artiste voulu, mais se révèle avoir été peint dix ans après la date publicisée ? Lorsqu'un meuble d'époque n'est pas du matériau voulu ? Ces situations sont courantes et font parties des réalités du marché de l'art. Dans certains cas, le problème n'est pas assez important pour mériter réparation alors que dans d'autres situations, les tribunaux pourront intervenir.

[78] Il est d'abord utile de préciser les différents degrés d'attribution employés par les spécialistes¹⁴³ :

- « **Œuvre de** » : il s'agit de l'affirmation d'attribution la plus forte, qui ne laisse planer aucun doute quant à l'authenticité.
- « **Attribué à** » indique qu'il s'agit d'une œuvre contemporaine à l'artiste et qu'il y a de fortes présomptions que l'œuvre soit de cet artiste, bien que la preuve complète n'ait pas été apportée¹⁴⁴.
- « **De l'atelier de** » signifie que l'œuvre a un haut degré de proximité avec l'artiste, et qu'elle a été réalisée dans son atelier, sous sa direction.
- « **Du cercle de** » signifie que l'œuvre fut réalisée par un artiste non identifié, mais qui travailla en proximité avec l'artiste cité.
- « **Maître de** » est employé pour un artiste dont on ne connaît pas l'identité, et

¹⁴³ Nous prenons ici pour point de départ l'arrêt dit Marcus, qui reprend la typologie généralement en vigueur dans le marché : *Décret n°81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection*. Voir également : François Duret-Robert, « L'authenticité des œuvres d'art dans la pratique du marché de l'art » dans Marc-André Renold, Pierre Gabus et Jacques De Werra, dir, *L'expertise et l'authentification des œuvres d'art*, coll Études en droit de l'art, n°19, Genève, Schulthess, 2007.

¹⁴⁴ *Affaire du Delacroix*, Civ 1^{re}, 16 décembre 1964, Bull civ I, no 575 (Cour de cassation) .

que l'on peut seulement rattacher à certaines de ses œuvres.

- « **École de** » révèle une assez grande incertitude : elle permet de qualifier l'œuvre par rapport à l'histoire de l'art, sans beaucoup plus de précisions. On indiquera ainsi « école flamande » ou « école néerlandaise ».
- « **Dans le goût de** », « **d'après** » ou « **à la manière** » n'offrent aucune garantie particulière et sont essentiellement descriptifs. Il peut s'agir d'une œuvre significativement postérieure à l'œuvre de l'artiste identifié. Ces indications sont généralement employées pour les œuvres pour lesquelles l'on ne dispose pas d'éléments concrets d'attribution.

[79] Il est possible de diviser les problèmes intermédiaires en trois grandes catégories : les erreurs sur les éléments secondaires, par exemple une œuvre qui est de l'artiste voulu mais qui n'est pas réalisée pendant l'année publicisée ; ensuite, les ventes qui ont lieu alors que l'attribution est incertaine ; et finalement, les attributions qui font l'objet de changements dans le temps.

A. L'élément secondaire

1) Éléments subjectifs

[80] Règle générale, le droit privé ne permet pas de résiliation consécutive à une erreur sur un élément secondaire malgré son intérêt pour l'acheteur ; il s'agit alors d'une erreur indifférente¹⁴⁵. Un tribunal français a ainsi jugé que l'on ne pouvait annuler la vente d'un Delacroix simplement parce qu'il n'avait pas orné la chambre de l'artiste :

Si une personne désire acheter un tableau, peint par Delacroix qui se trouvait suspendu à la tête du lit du peintre, elle doit spécifier au moment de son achat, que cette qualité particulière est celle qu'elle recherchait, car celle-ci n'est pas objectivement déterminable. En l'espèce, l'adjudicataire n'a pas prouvé que telle était la qualité recherchée, les juges du fond ont donc refusé l'annulation de la vente au motif que « il est indubitable que ce qu'il y a d'essentiel dans le portrait litigieux, c'est d'être une œuvre prestigieuse d'un maître génial ; que peu importe que le tableau ait été à la tête du lit de l'artiste ou dans son atelier¹⁴⁶. »

[81] Dans certaines situations, une erreur sur un élément secondaire peut néanmoins être déterminante. Prenons l'exemple de la vente d'un Suzor-Coté, original, vendu au prix du marché, le portrait d'une dame identifiée comme Madame X. Des recherches subséquentes démontrent que ce n'est pas Madame X, mais bien Madame Y qui est représentée. Il s'agit d'un élément somme toute secondaire. Les collectionneurs et les musées sont intéressés par l'œuvre de l'artiste en raison des qualités de sa touche, et de sa lumière ; l'identité du modèle est secondaire. Mais imaginons que la toile ait été achetée par l'arrière-petit-fils de Madame X précisément pour cette raison, heureux d'orner son domicile avec le portrait de son aïeule. Il s'agit de situation où « la qualité de l'objet de la prestation recherchée sort un peu de ce qui est normalement prévu. [...] Il s'agit en fait de la caractéristique

¹⁴⁵ Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 98 au para 74.

¹⁴⁶ Vigneron, *supra* note 61, n 14 (p. 628-629). Exemple tiré de T. civ. Seine, 8 déc. 1950, D. 1951. 50 ; Gaz. Pal. 1951. 1. 153. Voir un exemple semblable : Lluellas et Moore, *supra* note 94 au para 536.

subjectivement essentielle¹⁴⁷. ».

- [82] On pourrait aussi penser à d'autres motifs tel un meuble acquis parce que fabriqué par un ébéniste du village natal de l'acheteur ou la toile représentant un lieu important de son lieu de jeunesse. Ou, pour reprendre d'autres exemples tirés de la jurisprudence, l'achat d'un bas-relief devant reproduire un tableau de Rubens conservé à la cathédrale d'Anvers ; un collier qui devait avoir été porté par une actrice célèbre ; ou l'achat de candélabres décrits comme devant appartenir au culte hébraïque¹⁴⁸. Afin de préserver la sécurité des transactions, le tribunal sera bien prudent avant d'annuler une transaction pour pareils motifs.
- [83] L'acheteur aura alors un fardeau de preuve plus lourd que pour un faux. Il devra démontrer qu'il s'agissait d'un « élément essentiel qui a déterminé le consentement », troisième situation qui permet à l'acheteur de se prévaloir de l'article 1400 C.c.Q. Si l'on peut présumer que l'on achète un original dans une galerie d'art et que l'absence d'authenticité est, en soi, suffisante pour permettre d'annuler la vente, l'acheteur doit dans ce cas convaincre que cet élément secondaire fut déterminant à l'achat et qu'il le porta à la connaissance du vendeur, ou à tout le moins, que le vendeur ne pouvait ignorer ce motif¹⁴⁹.
- [84] Bien évidemment, la subjectivité de chaque collectionneur est déterminante sur le choix des œuvres de sa collection. Cependant, lorsqu'un collectionneur veut acquérir une œuvre pour un motif qui sort de l'ordinaire, à ce point personnel qu'il ne peut être deviné par le cocontractant à moins d'être explicité, il doit en informer le vendeur et s'assurer que ce fait

¹⁴⁷ Karim, *supra* note 110 au para 992 (art. 1600 C.c.Q.).

¹⁴⁸ Exemple cité : Jacques Ghestin et Yves-Marie Serinet, « Erreur » dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 au para 309.

¹⁴⁹ Lluellas et Moore, *supra* note 94 au para 536.

figure dans le champ contractuel¹⁵⁰. Il va également de soi que le fait de ne plus aimer un tableau après son achat ne peut constituer un motif d'annulation de la vente à moins d'une condition explicite¹⁵¹ ; il s'agirait alors cependant plutôt d'une vente à l'essai¹⁵².

[85] On note que les motifs d'annulation de vente ne se limitent pas aux propriétés physiques de l'œuvre, à sa paternité ou à son histoire. Toute fausse représentation déterminante pour la conclusion du contrat peut, en principe, justifier l'annulation d'une vente. Par exemple, un tribunal accepte d'annuler la vente d'une lithographie qui était accompagnée d'une représentation à l'effet qu'elle serait rapidement livrée alors que la production s'avère longue, et alors que la célérité de la livraison était déterminante pour l'acheteur, qui a besoin, en raison de ses finances, de les obtenir rapidement¹⁵³.

[86] L'ajout de conditions a cependant des limites. Dans le cadre de la vente effectuée en France d'une statue chinoise ancienne datant de la dynastie Tang, l'acheteur fit ensuite faire des expertises complémentaires qui ne permirent pas de déterminer avec certitude l'authenticité. Il s'agit ici d'une situation où l'acheteur ne peut normalement se prévaloir de l'erreur. Cependant, l'acheteur réussit à démontrer au tribunal que cette question de l'établissement *avec certitude* de l'authenticité était d'une grande importance au moment de donner son consentement, et qu'il s'agissait d'une condition contractuelle (qui tomberait au Québec sous l'emprise de la troisième situation de l'article 1400 C.c.Q.). La vente fut donc annulée pour cause d'erreur¹⁵⁴. Même si ce raisonnement pourrait en principe être

¹⁵⁰ Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 98 au para 77.

¹⁵¹ Pothier, *supra* note 93 aux pp 28-29.

¹⁵² Art. 1744 C.c.Q.

¹⁵³ *Gadoury c 135371 Canada inc*, REJB 1997-02917 (QC CS, Carrière, j.c.s), Décision confirmée : 135371 Canada inc c Gadoury, 1999 CanLII 13454 (QC CA, 500-09-004530-978, Chamberland, j.c.a) aux paras 76-85.

¹⁵⁴ *Affaire de la statue chinoise de l'ère Tang*, Cass civ 1e, 26 février 1980, n° 78-15631 .

adopté par les tribunaux québécois, nous sommes d'avis qu'il est très rarement possible d'établir avec certitude l'authenticité d'une pièce – et notamment pour une pièce plus que millénaire –. L'authenticité est le résultat d'un consensus entre les experts, et non d'une preuve scientifique absolue. Pareille clause devrait donc être qualifiée de condition impossible. Le collectionneur doit accepter que l'incertitude est constitutive du monde de l'art. Le bon marchand ou le collectionneur avisé effectue ses vérifications et minimise ses risques ; il ne les élimine pas.

[87] Finalement, on note que les protections de l'acheteur sont plus importantes dans un contexte de consommation étant donné qu'un « bien ou un service fourni doit être conforme à la description qui en est faite dans le contrat¹⁵⁵. » De plus, l'article 215 L.p.c. prohibe une série de pratiques commerciales, dont le fait de faire des fausses représentations (art. 219 L.p.c.). Les tribunaux ont ainsi accepté de résilier la vente d'un gramophone du début du XX^e siècle qui n'était pas de marque Pathé, tel que publicisé par un antiquaire¹⁵⁶. Pareille annulation aurait été plus difficilement concevable sous le régime de droit commun si cette condition n'était pas explicitement entrée dans le champ contractuel.

2) Éléments objectifs

[88] Comme nous l'avons énoncé plus haut, une erreur sur un élément secondaire peut également provenir d'une imprécision dans la description de l'objet au moment de la vente. On peut analyser la question en prenant l'exemple de la vente d'une statue de Sésostri III, datant d'entre 1878 et 1843, à l'hôtel Drouot en 1998. L'acquéreur fit ensuite faire des recherches complémentaires, et s'aperçut que cette statue était postérieure, datant d'entre

¹⁵⁵ Art. 40 L.p.c. On ajoute que les fausses représentations font énumérées comme pratiques commerciales interdites, voir art. 215 et 219 L.p.c.

¹⁵⁶ *Juneau c Galerie Ma p'tite folie*, 2011 QCCQ 12645 (Bond, j.c.q) .

1850 et 1720¹⁵⁷.

[89] La Cour de cassation trancha que l'acheteur pouvait annuler la vente sur la base de l'erreur sur la substance parce que la période de réalisation était postérieure à celle publicisée, sans avoir à démontrer qu'il s'agissait d'un élément déterminant au moment de l'achat¹⁵⁸. Il faut préciser que la réglementation en France est sévère : le vendeur doit garantir que l'œuvre vendue appartient à la période historique publicisée¹⁵⁹.

[90] En l'absence de dispositions législatives aussi spécifiques, le droit québécois serait vraisemblablement moins sévère pour le vendeur. Une erreur d'attribution somme toute mineure – on parle ici de quelques décennies, alors que la statue est vieille de 4 000 ans – ne donnerait probablement pas droit à une résolution automatique de la vente sous le second critère de l'article 1400 C.c.Q. Il s'agirait donc d'une erreur indifférente, à moins que l'acheteur démontre que l'exactitude de la période historique constituait un « élément essentiel qui a déterminé le consentement ». Évidemment, dans un contexte de consommation, l'acheteur serait largement aidé par les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* concernant les fausses représentations que nous avons invoquées plus haut.

[91] En l'absence de dispositions législatives spécifiques, on pourrait également considérer que le droit québécois qualifierait d'erreur indifférente une erreur dans l'identification du médium ou matériau employé. Il en va de même d'une erreur mineure sur la provenance

¹⁵⁷ Il y avait également des doutes quant à l'authenticité qui avaient été cachés à l'acheteur. L'acheteur ne put cependant démontrer des doutes suffisants sur l'authenticité lors des procédures. Nous laisserons donc ce point de côté.

¹⁵⁸ *Affaire du Sésostris III*, Cass 1e Civ, 27 février 2007 .

¹⁵⁹ *Décret n°81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'oeuvres d'art et d'objets de collection*, *supra* note 143, art 2.

d'un objet archéologique. Alors qu'une erreur quant au pays d'origine devrait être qualifiée d'erreur sur la qualité substantielle, un vase ou une statue qui provient bien de la région publicisée, mais d'une zone située à quelques kilomètres ne devrait pas être de nature à invalider la vente. On pourra alors seulement retenir l'erreur fait qu'un matériau noble est beaucoup moins précieux qu'escompté, ou si l'origine précise distingue significativement l'objet par rapport à ceux trouvés dans les environs, comme par exemple une statuette Tanagra ou des objets provenant de l'archipel Haïda Gwaii¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Voir aussi : Bandle, *supra* note 62 à la p 56.

B. L'attribution incertaine

[92] Il peut tout à fait arriver que, au moment de conclure la transaction, l'attribution soit incertaine, et ce en toute connaissance de cause des cocontractants. Le contractant s'engage alors en espérant que l'avenir lui donnera raison. L'incertitude fait partie du champ contractuel. Il s'agit alors d'un contrat aléatoire, au sens de l'article 1382 C.c.Q. : « Chacune des parties s'oblige dans l'espoir de recevoir un avantage. N'étant pas déterminé, cet avantage peut cependant s'avérer être inférieur ou supérieur à celui désiré¹⁶¹. » Le prix de l'œuvre reflète normalement l'existence de ce doute.

[93] Dans pareilles circonstances, et dans la mesure où les cocontractants sont de bonne foi et ont divulgué l'ensemble des informations pertinentes, on ne saurait ultérieurement annuler la vente lorsque l'attribution se précise :

Si, lors de la vente d'un tableau dont on espère qu'il est de Borduas, la paternité de l'œuvre est douteuse dans l'esprit des deux contractants, qui décident néanmoins de passer le marché, la découverte plus tard qu'il s'agissait d'un faux Borduas ne permettra pas à l'acheteur d'obtenir la nullité du contrat. Inversement, la découverte qu'il s'agissait d'un authentique Borduas ne permettra pas l'annulation à la demande du vendeur. Dans un cas comme dans l'autre, les parties ont accepté de courir un risque sur l'authenticité de la toile : elles ont conclu un contrat aléatoire. L'acceptation d'un risque est antinomique de la notion d'erreur¹⁶².

[94] La jurisprudence québécoise donne l'exemple d'une transaction sur des œuvres douteuses de Keith Haring. Une partie se plaint ultérieurement qu'elle n'est pas en mesure de faire authentifier les toiles, alors qu'elle avait les informations utiles au moment de la transaction, et savait qu'il s'agissait d'une transaction risquée. Le tribunal refusa d'intervenir :

[162] Deuxièmement, la problématique de l'authentification des œuvres de Haring se trouvant au Québec était connue et discutée parmi les personnes

¹⁶¹ Karim, *supra* note 110 au para 609.

¹⁶² Lluelles et Moore, *supra* note 94 au para 565.

impliquées dans cette aventure commerciale. Le Tribunal considère que le demandeur ne pouvait pas dans les circonstances ne pas savoir que les tableaux et autres œuvres de Haring comportait un risque et qu'ils devaient nécessairement faire l'objet d'un processus d'authentification avant d'être revendus¹⁶³.

[95] Même si le tribunal ne le spécifie pas, le fait que les ventes aient été effectuées à une fraction du prix des œuvres authentiques de Keith Haring est une indication importante pour démontrer que les cocontractants prenaient un risque quant à l'authenticité¹⁶⁴.

[96] La description de l'œuvre au moment de la vente est extrêmement importante pour déterminer si un doute existe quant à l'authenticité. La Cour de cassation jugea qu'un acheteur aurait dû conclure que des mentions « signé Courbet » et « attribué à Courbet » rendait l'attribution vraisemblable mais laissait planer un doute sur la paternité, et qu'il ne pouvait en conséquence demander la nullité de la vente après que des expertises subséquentes aient conclu que le tableau n'était pas du maître¹⁶⁵.

[97] Le vendeur, le marchand et la maison de vente prennent donc un risque lorsqu'ils n'indiquent pas clairement au moment de la vente qu'un doute existe sur la paternité de l'œuvre. C'est précisément ce que reprocha la Cour d'appel de Versailles au vendeur lors l'affaire Poussin que nous allons détailler plus loin. L'œuvre, vraisemblablement un Poussin, fut vendue comme appartenant à l'École du Carrache. Le fait que la description n'ait pas même envisagé qu'il pouvait s'agir d'une toile d'une autre école empêche de qualifier le contrat d'aléatoire, provoquant l'annulation de la vente :

[L]e tableau vendu le 21 février 1968 était décrit dans le catalogue : "Carrache (École des), Bacchanale. Toile agrandie; haut. 1,03 m, larg. 0,89 m" ; que dans cette description qui fixe ainsi la nature de la chose, objet du contrat, ne figure aucune allusion à l'existence d'une possible attribution de l'œuvre à Nicolas Poussin, voire même à son école, à son style ou à sa manière, alors qu'il est

¹⁶³ *Girard c 9205-3800 Québec inc*, *supra* note 139 aux paras 157-165.

¹⁶⁴ Voir également : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 98 au para 83.

¹⁶⁵ *Affaire du Delacroix*, *supra* note 144.

pourtant d'usage, lorsqu'une incertitude subsiste sur la paternité d'une œuvre d'art, d'employer des formules telles que « signé de... attribué à... école de... style... genre... manière... »; qu'en l'absence de telles mentions, la seule indication « Ecole des Carrache » à laquelle il n'est pas contesté que Nicolas Poussin n'a jamais appartenu, est exclusive d'une attribution à ce dernier et ne laisse subsister aucun aléa ;¹⁶⁶

[98] La jurisprudence est tout aussi sévère envers le vendeur qui est partie à un contrat aléatoire. Le célèbre *Verrou* de Fragonard fut vendu en 1933 comme étant « attribué à » Fragonard. Des experts confirment plus tard son authenticité et les vendeurs tentent de faire casser la transaction de 1933. La Cour de cassation déboute les vendeurs étant



**Illustration 9 : Jean-Honoré Fragonard,
Le Verrou [1774-1778]
huile sur toile, 73 x 93 cm, Musée du Louvre**

donné que la mention « attribué à » laisse planer un doute, mais n'exclut pas l'attribution. Cet aléa ne peut donc permettre de recours sur l'erreur¹⁶⁷, et le tableau demeure sur les cimaises du Louvre.

[99] Le contrat aléatoire en matière d'art peut rapporter gros, mais demeure très risqué. Plus le risque d'attribution est élevé, plus il exige une connaissance de l'artiste visé, de l'état du marché, de même qu'une confiance en son cocontractant, ou une solide expertise. Le contrat devrait alors être rédigé spécifiquement pour l'œuvre qui fait l'objet de la transaction et mentionner l'ensemble des informations disponibles sur l'authenticité et la provenance, de même que la nature des doutes qui existent sur l'authenticité. Quoique

¹⁶⁶ *Affaire du Poussin (Olympos et Marsyas, Époux Saint-Arroman c Réunion des Musées nationaux)*, supra note 96.

¹⁶⁷ *Affaire du Fragonard*, Civ 1re, 24 mars 1987, D 1987 (Cour de cassation) .

parfaitement licite, il s'agit d'un terrain dangereux pour l'amateur et devrait demeurer l'apanage des spécialistes.

C. Les changements d'attribution

[100] Il arrive régulièrement qu'après une vente, l'opinion des experts change concernant une œuvre. Une attribution à un maître fait place à l'attribution à son élève ou son cercle. Inversement, on estime que l'œuvre est d'une importance bien plus significative qu'originellement escompté. Pareille réattribution change la place de l'œuvre dans l'histoire de l'art, et a des conséquences sur sa valeur.

[101] Le droit québécois n'offre pas d'illustration de cette situation. Nous devons donc nous reporter à la jurisprudence française pour l'aborder, et en particulier à la célèbre affaire Poussin, déjà brièvement invoquée plus haut. En 1968, le tableau alors intitulé *Bacchanale*, en fort mauvais état, est vendu avec l'attribution « Carrache (école de) » à l'hôtel Drouot. La Réunion des monuments nationaux le préempta pour le Louvre¹⁶⁸, qui l'exposa comme un authentique Poussin sous le titre



**Illustration 10 : Nicolas Poussin,
Olympos et Marsyas [circa 1626-1628]
huile sur toile, 102,5 × 89,5 cm,
collection particulière**

Olympos et Marsyas, et ce bien que les experts demeuraient divisés. Après des années de procédures qui donnèrent lieu à trois décisions d'appel et deux en cassation, la Cour d'appel de Versailles finit par conclure que le vendeur n'avait pas pu donner son consentement à la vente, étant donné que l'opinion sur l'œuvre reçue avant sa vente ne laissait pas entrevoir qu'il pouvait d'agir d'un Poussin :

¹⁶⁸ Il s'agit d'un mécanisme en vertu duquel, dans certains pays comme la France, l'État ou une institution publique peut se substituer au dernier enchérisseur lors d'une vente publique.

[L]es époux Saint-Arroman, en croyant qu'ils vendaient une toile de l'Ecole des Carrache, de médiocre notoriété, soit dans la conviction erronée qu'il ne pouvait s'agir d'une œuvre de Nicolas Poussin, alors qu'il n'est pas exclu qu'elle ait pour auteur ce peintre, ont fait une erreur portant sur la qualité substantielle de la chose aliénée et déterminante de leur consentement qu'ils n'auraient pas donné s'ils avaient connu la réalité ;¹⁶⁹

[102] La question au centre des débats n'est donc pas de déterminer si l'œuvre est un Poussin ou non. Le tribunal n'eut pas à trancher cette question. Il dut plutôt se demander si, au moment de la vente, il y avait une certitude que l'œuvre n'était pas un Poussin. Si l'expert et le vendeur avaient laissé planer un doute qu'il pouvait s'agir d'un tableau du Poussin et que les propriétaires avaient néanmoins choisi de s'en départir, ces derniers n'auraient pas pu subséquemment se plaindre que le Louvre l'exposât comme un Poussin. Une seconde affaire portant sur un Poussin – la *Fuite en Égypte* – vint renforcer cette jurisprudence. La Cour de Cassation estima en effet que le tableau vendu avec l'attribution « atelier de Poussin », alors que plusieurs spécialistes pensaient désormais qu'il s'agissait d'une œuvre du maître, pouvait faire l'objet annulation¹⁷⁰.

[103] Mais si l'on comprend la frustration des vendeurs dans les deux affaires Poussin lorsqu'ils découvrent que la toile qu'ils viennent de vendre pourrait avoir une attribution plus prestigieuse et partant, une valeur plus importante, ces décisions ne sont pas sans causer un certain malaise. Le droit intègre mal que l'histoire de l'art est un domaine où les certitudes sont rares, et où le savoir est appelé à évoluer substantiellement avec le temps. Ainsi, en matière d'art, les attributions ont une part irréductible d'aléatoire. Les experts comme les collectionneurs le savent. Il est évident que des erreurs d'attribution importantes dues au dol ou que la vente de faux doivent être sanctionnées. Mais en va-t-il vraiment de même

¹⁶⁹ *Affaire du Poussin (Olympos et Marsyas, Époux Saint-Arroman c Réunion des Musées nationaux)*, supra note 96.

¹⁷⁰ *Deuxième affaire du Poussin (La Fuite en Égypte)*, Cass 1re civ, 17 septembre 2003 .

pour une réattribution à l'intérieur d'une école ou d'une erreur de quelques années ? Et ce, même dans les cas où les expertises subséquentes ne concluent pas, mais permettent seulement d'émettre un doute important sur l'attribution au moment de la vente ? Dans l'équilibre que le droit privé cherche à trouver entre la stabilité des transactions et la protection des cocontractants, les décisions Poussin penchent très loin en faveur de ces derniers, quitte à introduire une logique juridique qui va à l'encontre de l'indétermination constitutive du monde de l'art ; et pire, qui tend à mettre au frein aux recherches historiques. Après tout, le droit ne devrait-il pas encourager le travail de ceux qui prennent des risques en achetant des œuvres à l'attribution douteuse, qui les restaurent et les documentent¹⁷¹ ? Lorsque nous sommes aux prises avec des doutes ou des réattributions, et étant donné que le droit civil reconnaît de toute manière aux cocontractants un devoir d'information et de bonne foi, et qu'il offre des protections contre le dol, une place plus grande pourrait être accordée à l'aléa, ce qui refléterait mieux les dynamiques du marché de l'art et inciterait au développement des connaissances.

¹⁷¹ Voir à ce sujet : Bandle, *supra* note 62.

Section 4 L'authentification

A. La crise de l'expertise

- [104] La personne, le comité ou la fondation qui peut dire si un tableau est un original est un agent hors du commun tant pour l'histoire de l'art que pour le marché¹⁷². L'authentificateur n'est normalement pas impliqué dans la vente ou l'achat de tableau. Pourtant, son avis aide à compléter les connaissances sur un artiste ou un mouvement et a des conséquences considérables sur la valeur des œuvres examinées. Son avis détermine en partie le nombre d'œuvres d'un artiste sur le marché, ainsi que sa cote.
- [105] Pourtant, il s'agit d'un travail fort difficile vu la grande évolution des connaissances sur un artiste au fil du temps. S'il fallait trouver une œuvre pour illustrer l'expertise en art, nous devrions chercher bien plus du côté du mouvement et des jeux d'illusions de la peinture baroque que des calmes certitudes de l'art de la Renaissance. La question du régime légal applicable à l'authentificateur est aujourd'hui l'un des sujets les plus épineux du monde de l'art. Avec la prolifération des faux, de nombreux collectionneurs déçus des résultats de l'authentification ont pour réflexe de poursuivre l'authentificateur. Les poursuites sont en nette augmentation depuis les années 1980, en particulier depuis les années 2000.
- [106] Éric Turquin, expert français en art, explique que pour un chiffre d'affaires équivalent, le coût de son assurance en responsabilité professionnelle a été multiplié par trente entre 1987 et 2017¹⁷³. Il continue :

Avec la judiciarisation, un phénomène très général qui nous vient des États-Unis, la tentation est très forte de poursuivre la maison de vente ou l'expert à

¹⁷² Sur le marché primaire, il est coutumier pour la galerie d'art qui représente l'artiste d'émettre des certificats d'authenticité pour les œuvres concernées. Nous nous attacherons moins à ce cas de figure qui pose beaucoup moins de difficultés étant donné que pareils certificats font l'objet de moins de contestation en raison du lien direct qui existe entre le galeriste, l'artiste et l'œuvre.

¹⁷³ Turquin, *supra* note 70 à la p 24.

qui on a quelque chose à reprocher. Cette judiciarisation s'explique aussi par la hausse de la valeur des objets d'art. Depuis les années 1980, il y a eu une hausse vraiment très importante de la valeur des objets, avec des phénomènes de spéculation, surtout dans les années 1980, très importants, suivi de chutes spectaculaires. Ces retournements de marché encouragent les actions judiciaires, parce que quand vous avez acheté un objet à un prix X, de 100'000 euros, si le marché se retourne, qu'il ne vaut plus que 20'000 euros, vous allez chercher par tous les moyens à casser la vente qui vous a rendu propriétaire de cet objet. C'est ce qui va rendre les clients beaucoup plus agressifs¹⁷⁴.

[107] Les États-Unis traversent effectivement une crise sans précédent de l'expertise en authentification. On y dénombre un très grand nombre de poursuites. Même si peu de dossiers entraînent une condamnation de l'expert¹⁷⁵, les coûts humains et financiers en défense sont dissuasifs. Plusieurs fondations refusent désormais de se prononcer sur l'authenticité de certaines œuvres, par exemple celles de Jean-Michel Basquiat¹⁷⁶, Keith Haring¹⁷⁷, Roy Lichtenstein¹⁷⁸, Jackson Pollock¹⁷⁹ ou Andy Warhol¹⁸⁰. Conservateurs et professeurs évitent désormais de

L'oeuvre n'est pas
dans
le domaine public

**Illustration 11 : Andy Warhol, *Red Self Portraits* [1964]
Sérigraphie sur toile**

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Mitsuko Bonner, *supra* note 85 à la p 44.

¹⁷⁶ The Estate of Jean-Michel Basquiat, *Notification from Authentication Committee*, janvier 2012, en ligne : <<http://www.basquiat.com/faq.htm>> (consulté le 12 juin 2019).

¹⁷⁷ The Keith Haring Foundation, *Authentication*, septembre 2012, en ligne : <http://www.haring.com/kh_foundation/authentication> (consulté le 12 juin 2019). Pour une affaire portant sur de faux Haring, voir : *Girard c 9205-3800 Québec inc*, *supra* note 139.

¹⁷⁸ Patricia Cohen, « In Art, Freedom of Expression Doesn't Extend to 'Is It Real?' », *New York Times* (19 juin 2012); Eileen Kinsella, « A matter of opinion », *ArtNews* (28 février 2012).

¹⁷⁹ The Pollock-Krasner Foundation, Inc, *General FAQ*, en ligne : <<http://pkf.org/general-faq/>> (consulté le 13 juin 2019).

¹⁸⁰ The Andy Warhol Foundation, *Statement from the Board of Directors*, octobre 2011, en ligne : <https://warholfoundation.org/legacy/authentication_procedure.html> (consulté le 12 juin 2019). La fondation Warhol a été la cible de nombreuses critiques et d'un cas très médiatisé concernant l'authentification d'un *Red Self Portrait* (voir illustration). À ce sujet : Swift Edgar, « Standing by Your Man Ray: Troubles with Antitrust Standing in Art Authentication Cases » (2014) 37:2 Columbia J Law Arts 247.

donner des avis à l'extérieur de leur propre institution¹⁸¹.

[108] Ce refus des spécialistes d'authentifier des œuvres met en danger les connaissances sur l'histoire de l'art, contribue à miner l'intégrité du marché, et favorise l'activité de marchands frauduleux¹⁸². L'exemple canadien le plus frappant est celui de Norval Morrisseau. À la fin de sa vie, il voulut la constitution de la *Norval Morrisseau Heritage Society* qui devait surveiller la démultiplication des faux sur le marché. Cette entité refuse pourtant depuis d'authentifier les œuvres qui lui sont soumises en raison des risques de litiges¹⁸³. Or, le système juridique devrait offrir les protections légales nécessaires pour que les spécialistes se prononcent de manière indépendante, sans craindre les poursuites judiciaires, avec leur lot d'ennuis et leurs coûts importants.

[109] Pour décourager les poursuites, l'État de New York proposa en 2016 un projet de loi pour mieux protéger les authenticateurs. Sans donner une immunité absolue, cette proposition augmentait le fardeau initial, le fardeau de preuve, et elle permettait à l'authenticateur de récupérer les coûts de sa défense en cas de victoire¹⁸⁴. La proposition n'a cependant pas été adoptée par la Chambre des représentants de l'État.

¹⁸¹ Mitsuko Bonner, *supra* note 85 aux pp 32-33.

¹⁸² *Ibid* aux pp 21 et 35.

¹⁸³ *Hearn c Maslak-McLeod Gallery Inc*, *supra* note 60 au para 56.

¹⁸⁴ Senate Bill S1229 (New York, législature 2015-2016). Voir à ce sujet : Anne-Sophie Nardon, *La responsabilité des comités en droit américain*, Institut national d'histoire de l'art (Paris), Les comités d'artistes, approches juridiques, 11 mai 2016.

B. Le régime juridique québécois

- [110] Quelle est la responsabilité de l'authentificateur au Québec ? On pourrait être tenté de le poursuivre dans deux situations : lorsque l'expert déclare qu'un tableau n'est pas un original et qu'il encourt une poursuite de son propriétaire ; ou lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'une expertise contredite plus tard par d'autres experts, provoquant ainsi une perte financière pour le collectionneur qui a acheté sur la base du premier avis.
- [111] Il faut d'emblée préciser que le droit québécois, contrairement au droit français, ne reconnaît pas de statut d'expert particulier et qu'aucun ordre professionnel encadre la pratique. Toute personne, sans exigence préalable de qualification, peut donc se présenter comme étant un expert¹⁸⁵. De plus, la jurisprudence québécoise n'a pas encore eu à se prononcer sur une question de responsabilité d'authentificateur, ou d'un auteur de catalogue raisonné.
- [112] Pour éviter de se retrouver dans une situation où les authentificateurs ne pourraient plus travailler en raison des craintes de poursuites, le régime légal pour l'authentification devrait encourager la libre expression de l'avis de l'expert, et engager sa responsabilité seulement dans des cas exceptionnels.

1) Une obligation de réponse ?

- [113] D'abord, nous estimons qu'une personne qui travaille sur l'œuvre d'un artiste ne devrait avoir aucune obligation de se prononcer sur une demande d'authentification ou d'octroyer un certificat d'authenticité, et ce, peu importe l'importance économique du renseignement

¹⁸⁵ Lavoie c Centre canadien d'expertise des peintures ltée, supra note 105.

pour la personne qui fait la demande¹⁸⁶. Les tribunaux français et américains ont statué qu'une cour ne pouvait ordonner à l'auteur d'un catalogue raisonné d'inclure une œuvre dans l'ouvrage :

Cour de Cassation, Première chambre civile :

ALORS QUE la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère fautif que dans les cas expressément déterminés par la loi ; qu'en jugeant que Madame A... s'était rendue coupable d'une faute en n'insérant pas le tableau litigieux, appartenant à Monsieur X..., dans le catalogue raisonné des œuvres de Y..., la Cour d'appel a violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁷.

Cour d'appel de l'État de New York :

[T]he creation of a catalogue raisonné is a voluntary act, and neither its issuance nor its contents are controlled by any governmental regulatory agency. [...] Assuming the truth of plaintiff's assertion that the Foundation has been accepted by the art world as the body to create an authoritative Calder catalogue raisonné, that fact alone does not give a court the right to dictate what the Foundation will include in that catalogue, just as no court has the authority to compel a scholarly author of a treatise on Calder to include a listing or discussion of a particular work¹⁸⁸.

[114] Nous estimons que la liberté d'expression de l'expert doit ici primer et qu'on ne saurait astreindre un spécialiste qui ne souhaite pas se prononcer à réaliser un quelconque travail ou à inclure une œuvre dans un catalogue qu'il compile volontairement. Par ailleurs, rien ne semble obliger un comité à émettre une réponse catégorique. Sans émettre un certificat d'authenticité ou qualifier une œuvre de faux, un comité peut tout à fait expliquer qu'un doute subsiste sur l'authenticité¹⁸⁹.

2) Responsabilité extracontractuelle ou contractuelle?

¹⁸⁶ Sur le fait qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur une demande de renseignement en droit québécois : *BNP Paribas (Canada) c Ikea Property Limited*, 2005 QCCA 297, JE 2005-712 (opinion majoritaire, Doyon, j.c.a) au para 118.

¹⁸⁷ *Affaire du catalogue Metzinger*, Cass Civ 1e, 22 janvier 2014 . La Cour de cassation justifie ses conclusions en citant l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme* qui garantit la liberté d'expression.

¹⁸⁸ *Thome c Alexander & Louisa Calder Found*, *supra* note 74 à la p 98.

¹⁸⁹ Hélène Dupin, *La responsabilité des comités en droit français*, Institut national d'histoire de l'art (Paris), Les comités d'artistes, approches juridiques, 11 mai 2016 à la p 46.

[115] Quel est le lien juridique entre la personne qui accepte de se prononcer sur l'authentification d'une œuvre et le propriétaire de l'œuvre qui lui fait cette demande ? L'analyse doit être effectuée au cas par cas. Lorsqu'un authenticateur accepte volontairement de donner des informations concernant un tableau, comme par exemple dire qu'il s'agit de toute évidence d'un faux, l'on se situe vraisemblablement à l'extérieur des relations contractuelles. En effet, la Cour d'appel du Québec jugea que le simple fait de répondre à une demande d'information à titre gratuit (et malgré une clause d'exonération de responsabilité dans la réponse), sans aucune obligation de le faire, ne crée pas d'obligations contractuelles¹⁹⁰. Dans ce cas, la responsabilité de l'authenticateur doit s'analyser sous le prisme de la responsabilité extracontractuelle. Une responsabilité extracontractuelle est tout aussi envisageable si un tiers estimait qu'il avait subi un dommage en raison de l'expertise.

[116] Si, par contre, l'expert était un professionnel qui effectuait l'authentification à titre onéreux et selon une entente détaillée, il s'agirait d'une responsabilité contractuelle. En l'absence de dispositions plus directement applicables, le contrat d'authentification serait vraisemblablement qualifié de contrat de service. La personne ou le comité qui réalise l'authentification est ainsi tenu d'agir de bonne foi¹⁹¹, au mieux des intérêts de propriétaire, et ce avec prudence et diligence¹⁹².

3) La faute de l'expert

[117] Que les obligations soient de nature contractuelle ou extracontractuelle, toute poursuite devra démontrer à la fois une erreur quant au résultat de l'expertise et une faute commise

¹⁹⁰ *BNP Paribas (Canada) c Ikea Property Limited*, *supra* note 186 aux paras 64-81.

¹⁹¹ Art. 1375 C.c.Q.

¹⁹² Art. 2100 C.c.Q.

par l'expert¹⁹³. La faute est ainsi définie :

1-164 [...] Est en faute quiconque a un comportement contraire à celui auquel on peut s'attendre d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. L'erreur de conduite est donc appréciée par rapport à la norme générale d'un comportement humain socialement acceptable, même si toute transgression de la norme sociale n'est pas constitutive de faute civile¹⁹⁴.

[118] Il est évidemment préférable pour l'expert de se protéger en faisant signer une clause d'exonération de responsabilité, ce qui permettrait de l'exonérer en cas de faute, mais non en cas de faute lourde ou intentionnelle¹⁹⁵. Mais l'expert devrait également spécifier, dès la formation du contrat, la nature des services qui doivent être offerts, afin que le cocontractant effectue une expertise en connaissance de cause, et qu'il soit conscient des limites inhérentes à l'exercice. L'expert ne peut qu'émettre une opinion. Il ne peut donner de garantie quant aux qualités substantielles de l'œuvre.

[119] Nous estimons que la responsabilité de l'expert pourrait être retenue dans trois situations : pour la personne non qualifiée qui n'a pas les compétences nécessaires pour réaliser l'expertise, en cas de faute dans l'exécution de l'expertise, ou lorsque l'expert n'agit pas dans les meilleurs intérêts du propriétaire de l'œuvre.

[120] **La personne non qualifiée** - Il est évident qu'une personne ne devrait accepter d'effectuer une expertise que lorsqu'elle est qualifiée pour le faire. Il ne s'agit pas ici d'une question de formation académique ; les personnes les mieux placées pour authentifier les œuvres d'un peintre dans les années qui suivent son décès sont souvent les membres de sa famille ou ses proches. Il s'agit plutôt de s'assurer que l'expert a suffisamment de connaissances de l'œuvre de l'artiste pour que son opinion ait une valeur, que ce soit en raison de ses

¹⁹³ Lluelles et Moore, *supra* note 94 au para 104.

¹⁹⁴ Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La Responsabilité civile*, 8e éd, 1, Cowansville, Yvon Blais, 2014 aux paras 1-164.

¹⁹⁵ Sur la notion de faute lourde, voir : Karim, *supra* note 110 au para 3322.

connaissances techniques, de sa formation en histoire de l'art, de ses connaissances de la biographie de l'artiste, ou plus simplement parce que la personne a bien connu l'artiste et a suivi le développement de son œuvre.

[121] La responsabilité d'un authenticateur incompetent qui n'apporte pas d'éléments qui seraient de nature à améliorer la connaissance sur l'œuvre devrait être retenue. Nous ne visons évidemment pas ici les experts qui sont employés par les maisons de vente ou qui effectuent régulièrement des expertises sur un grand nombre d'œuvres. Leur avis n'aura peut-être pas le même poids que celui d'un comité ou de l'expert reconnu sur un peintre, mais cela n'empêche pas ce généraliste de donner son opinion. Cependant, en cas de vente d'une œuvre de grande valeur, ce généraliste devrait consulter l'autorité reconnue sur l'artiste concerné.

[122] **La faute** - En pratique, la responsabilité pour faute de l'authenticateur devrait être retenue uniquement dans des cas exceptionnels. Comme nous l'avons déjà mentionné, les divergences d'opinion et de technique d'évaluation entre les experts et l'évolution des connaissances à travers le temps, font en sorte que l'on ne saurait retenir qu'un expert a commis une faute parce que l'on estime qu'il a accordé trop ou trop peu d'importance à un aspect de l'analyse. L'expert peut en effet considérer et évaluer à sa guise une foule d'éléments, comme par exemple la signature, le médium, le thème, un détail de l'œuvre, le lien avec d'autres tableaux de l'artiste ou des œuvres contemporaines, ou tout autre élément intrinsèque à l'œuvre ou extrinsèque comme une correspondance contemporaine. Il s'agit là du domaine d'appréciation souverain de l'expert.

[123] De manière générale, un expert en authentification ne saurait avoir qu'une obligation de

moyen, et non de résultat¹⁹⁶. C'est la position du droit suisse¹⁹⁷ et du droit français :

[E]n ce domaine, les spécialistes mêmes les plus compétents ne peuvent rendre un avis qu'en l'état des connaissances au moment où ils se prononcent car il y a dans l'authentification des œuvres d'art un aléa intrinsèque lié à l'histoire de l'art et à l'histoire de chaque artiste, comme à l'appréciation humaine du spécialiste nonobstant son sérieux, ses connaissances et son expérience¹⁹⁸.

[124] On pourrait seulement envisager une obligation de résultat pour certains aspects très précis de l'expertise, comme pour une analyse technique objective, par exemple une dendrochronologie¹⁹⁹. Par contre, en matière stylistique ou pour les recherches de provenance dans les archives, on ne saurait astreindre un expert à une obligation de résultat.

[125] La notion de faute doit également être envisagée au regard du mandat précis :

[L]es méthodes utilisées doivent être proportionnées au but visé. Ainsi, le degré de diligence ne sera pas le même lorsqu'un expert, historien de l'art non spécialisé, est requis de fournir, à bref délai et à bas prix, une estimation approximative d'une œuvre, que lorsqu'un expert reconnu comme étant spécialiste d'un artiste majeur, et touchant des honoraires en conséquence, est requis de certifier son authenticité dans le cadre d'une vente et de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à cette expertise²⁰⁰.

[126] Ainsi, lorsqu'un expert sérieux réalise un travail de manière diligente, on ne peut lui reprocher que d'autres experts soient majoritairement contre son avis, ou encore qu'il n'ait pas anticipé les évolutions de l'histoire de l'art.

[127] Finalement, un conflit d'intérêt peut exister entre la personne qui demande l'authentification et l'expert. Ce problème peut se poser lorsque qu'un expert en authentification – ou les membres d'un comité fait également le commerce des œuvres de

¹⁹⁶ Voir : Lluellas et Moore, *supra* note 94 au para 103.

¹⁹⁷ Joëlle Becker, « Avis d'experts: la responsabilité des experts et sa limitation au regard du droit suisse » dans Anne Laure Bandle et Frédéric Elsig, dir, *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques*, Schulthess Verlag, coll Etudes de droit de l'art, n°27, Zürich, 2018 aux pp 35-37.)

¹⁹⁸ Dupin, *supra* note 189 à la p 47.

¹⁹⁹ Becker, *supra* note 197 aux pp 34 et 36.

²⁰⁰ *Ibid* à la p 39.

l'artiste – fait passer ses intérêts personnels avant ceux de la personne qui demande une expertise en authenticité²⁰¹. Il en va évidemment de même pour une expertise de complaisance qui est effectuée par une personne dans le but de faciliter une transaction²⁰². Il est d'ailleurs évident qu'un expert ne saurait être rémunéré à commission pour le travail qu'il effectue – c'est-à-dire qu'il touche plus s'il émet un certificat et qu'une transaction a lieu.

[128] **Le conflit d'intérêt** - Nous pouvons également illustrer cette situation par la très particulière affaire du Portrait de Monet²⁰³. Daniel Wildenstein acheta de Paulette Howard-Johnston pour la société Wildenstein un portrait de Monet, attribué à Sargent. Des doutes subséquents sur l'authenticité menèrent à une entente entre les parties. L'acheteur garda le tableau, mais obtint une réduction du prix de vente de moitié et promit de donner le tableau à un musée. Au bout de dix ans, non seulement le portrait n'était pas donné à un musée, mais il apparaissait désormais comme étant un autoportrait de Monet dans le catalogue raisonné

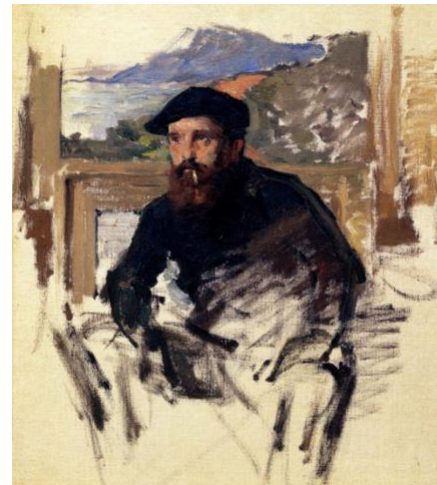


Illustration 12 : John Singer Sargent (?), Portrait de Claude Monet [date inconnue] Huile sur toile

dont l'auteur est nul autre que... Daniel Wildenstein ; ce qui démultipliait sa valeur. Après de longues procédures, la Cour de Cassation finit par frapper de nullité et la vente et la

²⁰¹ C'est l'un des reproches récurrents à l'encontre du Andy Warhol Art Authentication Board. Voir : Edgar, *supra* note 180 à la p 248ss.

²⁰² *Guillemette c 135371 Canada inc*, *supra* note 100 au para 43.

²⁰³ Voir les détails factuels : Serezal, *supra* note 21 aux pp 21-22.

transaction sur la base de l'erreur²⁰⁴.

- [129] Mais mis à part des situations relativement exceptionnelles, les personnes qui travaillent pour établir l'authenticité d'œuvres ou qui rédigent les catalogues raisonnés effectuent une tâche souvent ingrate bien qu'absolument essentielle pour l'histoire de l'art. Le droit doit accorder une large protection à ces activités.

²⁰⁴ *Affaire du Monet par Sargent*, Cass, Civ 1e, 28 mars 2008 .

Seconde partie – La provenance

Section 1 Bien mal acquis ne profite jamais ?

- [130] Au moment de conclure une transaction portant sur une œuvre d'art, et après avoir obtenu des garanties sur son l'authenticité, encore faut-il s'assurer que le vendeur en soit le véritable propriétaire. Les vols d'œuvres d'art ne sont ni l'apanage de campagnes de pillages des régimes totalitaires²⁰⁵ ni, en période de paix, réservés à quelques excentriques fortunés comme le laisseraient croire certains films hollywoodiens. Étant donné leur grande valeur et la facilité avec laquelle elles peuvent être transportées, les œuvres d'art sont fréquemment l'objet de vols, souvent liés à la grande criminalité :

[L]e vol d'œuvres d'art est en croissance depuis les années 1970 et il est principalement dirigé par plusieurs groupes criminels (mafias italiennes, russes, colombiennes, groupes de motards). Ces groupes criminels organisés utilisent les œuvres d'art soit comme monnaie d'échange entre eux, soit pour blanchir l'argent criminellement obtenu²⁰⁶.

- [131] À Montréal, entre 1990 et 2008, on recensa en moyenne 350 vols d'œuvres d'art par année. Les taux de récupération sont faibles et avoisinent les 8% internationalement ; et entre 10% et 15% au Canada. La majorité des œuvres sont récupérées lors de perquisitions au sein de groupes criminels organisés²⁰⁷. Le plus important vol



**Illustration 13 : Jan Davidszoon de Heem,
Vanita [c. 1650]
Huile sur bois, 32,5 x 41,8 cm, MBAM
(volé en 1972)**

²⁰⁵ Concernant les pillages nazis, il faut mentionner au Québec l'immense travail réalisé par le projet de restitution Max Stern basé à l'Université Concordia qui a réussi à retracer de nombreuses toiles qui avaient appartenu au marchand avant la spoliation des œuvres de sa galerie de Düsseldorf et son exil forcé. On peut par ailleurs se reporter au documentaire qui retrace l'histoire de la restitution de deux Klimt à la famille Jorisch : Édith Jorisch, *L'Héritier*, documentaire 2017.

²⁰⁶ Alain Lacoursière, *Rapport d'expertise*, dossier de cour 500-17-094773-168 (23 mars 2017) à la p 3.

²⁰⁷ *Ibid.*

d'œuvres d'art de l'histoire québécoise, soit l'enlèvement spectaculaire de dix-huit œuvres – dont un Rembrandt, deux Millet et un de Heem (voir illustration) – au Musée des beaux-arts de Montréal de 1972, demeure non élucidé.

- [132] Les tribunaux commencent d'ailleurs à reconnaître l'ampleur de la criminalité en lien avec les biens culturels, et donc à traiter avec plus de suspicion les œuvres pour lesquelles il existe des inconnus ou autres problèmes dans la chaîne des titres de propriété ou un doute quant à la provenance :

[35] There is a dark side to the confidentiality surrounding the identity of an auctioneer's principal. The public and the law have increasingly come to recognize the potential for abuse by criminals of works of art, and of those who deal in them (consciously or unconsciously), for money laundering, and for disposing of the proceeds of crime. The less the legal risks involved in committing a work for auction, the more attractive the market in works of art and manuscripts becomes for criminals. The policy of the law, both in this jurisdiction and elsewhere, is to look more sceptically than would have been thought proper in the past upon those who have very valuable property for which they give no provenance²⁰⁸.

- [133] Tous les acteurs du monde de l'art doivent se soucier de cette question de la provenance.

Pour l'achat d'œuvres plus anciennes, l'acheteur avisé obtient des informations sur les différents propriétaires successifs.

- [134] Bien que la présente partie souhaite analyser le droit applicable aux œuvres volées en droit québécois, il faut garder à l'esprit qu'alors que le droit civil et la *common law* arrivent souvent à des solutions relativement similaires, nous touchons ici à l'une des plus importantes différences entre le droit privé des deux traditions²⁰⁹. Bien évidemment, il ne s'agit ni dans un cas ni dans l'autre de reconnaître un titre de propriété au voleur ou au

²⁰⁸ *Rachmaninoff c Sotheby's*, [2005] EWHC 258 (QB) au para 35.

²⁰⁹ John Henry Merryman, « The Good Faith Acquisition of Stolen Art » [2007] 1025515 *Stanf Public Law Work Pap* à la p 1; Marc-André Renold, « Œuvres d'art volées : l'omniprésente question de la bonne foi » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011 aux pp 331-332.

receleur. La difficulté se pose lorsqu'une personne se trouve en possession d'une œuvre volée²¹⁰. Deux personnes peuvent alors faire valoir des droits : le propriétaire d'origine et l'acquéreur subséquent qui est en possession de l'œuvre. Face à ce problème, et au risque de trop résumer, on peut affirmer que le droit civil favorise plus volontiers l'acquéreur subséquent²¹¹ alors que la *common law* répugne à déposséder le premier propriétaire et n'admet l'équivalent de la prescription acquisitive (*adverse possession*) qu'en matière immobilière (*real property*)²¹².

[135] On pourrait penser qu'il s'agit, généralement, d'une différence mineure. Les biens mobiliers tendent à perdre leur valeur avec le temps, et leur sort a un intérêt limité pour la justice. Les enjeux sont cependant beaucoup plus élevés pour les objets culturels. L'Europe continentale et les pays anglo-saxons traitent ainsi très différemment les réclamations en lien avec les spoliations de la Seconde Guerre mondiale ; en somme, il est plus difficile de récupérer une œuvre spoliée qui s'est retrouvée dans un pays civiliste. Toute intervention rétroactive y est par ailleurs beaucoup plus délicate. La prescription acquisitive fait partie du droit substantiel et change la propriété de l'œuvre. Il est donc difficile d'enlever rétroactivement un droit de propriété obtenu par prescription acquisitive après la Seconde Guerre mondiale. Par contre, la *common law* aborde la question sous l'angle de ce que l'on appellerait en droit civil la prescription extinctive, les *limitations*, qui sont du domaine procédural²¹³. Il est donc plus aisé de modifier les périodes de *limitations*, ce qui n'affecte

²¹⁰ Art. 927 C.c.Q.

²¹¹ Sur les raisons qui poussent le législateur à donner une protection au possesseur, voir : Pierre Martineau, *La prescription*, coll Traité élémentaire de droit civil, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977 aux pp 45-48.

²¹² Bruce Ziff, *Principles of property law*, 7e édition, Toronto, Thomson Reuters, 2018 aux pp 161-175.

²¹³ *Ibid* aux pp 174-175. Dans ce passage, l'auteur est d'ailleurs critique de la règle de la *common law* qui semble impliquer que la propriété peut à jamais être entre les mains du propriétaire d'origine alors qu'il a irrémédiablement perdu son droit d'action.

pas les droits de propriété.

[136] Pour tenter de dénouer les cas irrésolus de spoliations des biens juifs durant la Seconde Guerre mondiale, les principes issus de la Conférence de Washington de 1998 encouragent les différents États à trouver des solutions « justes et équitables »²¹⁴. Cela a par exemple entraîné la création en 2001 aux Pays-Bas du *Restitutiecommissie* qui peut juger en équité, ou la suspension de toutes les périodes de *limitations* aux États-Unis entre 2016 et 2026²¹⁵, ce qui, comme nous l'avons vu, n'affecte que les droits procéduraux et non les droits substantiels.

[137] Le problème est cependant beaucoup plus vaste que la seule question des œuvres spoliées durant la Seconde Guerre mondiale. L'effort le plus ambitieux pour trouver une solution générale en droit privé à la question des vols de biens culturels est la Convention UNIDROIT 1995²¹⁶. Cette convention traite à la fois du commerce international illicite et des biens volés. Elle est le résultat d'un vaste compromis international pour tenter de trouver une solution qui puisse être acceptable dans l'ensemble des systèmes de droit et qui soit efficace pour endiguer la criminalité liée aux œuvres d'art. Les négociations ont duré six ans et ont impliqué les délégations de soixante-dix États.

[138] UNIDROIT 1995 accorde la priorité absolue à la restitution de l'objet (art. 3), mais donne droit à une indemnité au possesseur « à condition qu'il n'ait pas su ou dû raisonnablement savoir que le bien était volé et qu'il puisse prouver avoir agi avec la diligence requise lors

²¹⁴ *Principes de la Conférence de Washington applicables aux œuvres d'art confisquées par les nazis*, 3 décembre 1998.

²¹⁵ *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*, 114-308 (16 décembre 2016).

²¹⁶ *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, 2421 RTNU 457, 1 juillet 1998. Voir : Secrétariat d'UNIDROIT, *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, Rev dr unif 2001-3; Pierre Lalive, « Une convention internationale qui dérange : La Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011.

de l'acquisition » (art. 4). Ce même article spécifie :

Art. 4 (4). Pour déterminer si le possesseur a agi avec la diligence requise, il sera tenu compte de toutes les circonstances de l'acquisition, notamment de la qualité des parties, du prix payé, de la consultation par le possesseur de tout registre relatif aux biens culturels volés raisonnablement accessible et de toute [sic] autre information et documentation pertinentes qu'il aurait pu raisonnablement obtenir et de la consultation d'organismes auxquels il pouvait avoir accès ou de toute autre démarche qu'une personne raisonnable aurait entreprise dans les mêmes circonstances.

[139] À l'heure actuelle, 47 États ont adhéré à la Convention UNIDROIT 1995 ; le Canada n'y est pas partie. Étant donné que la convention nécessiterait une uniformisation du droit privé, une adhésion devrait se faire avec le consentement des provinces. Malgré les difficultés de l'entreprise, l'application d'UNIDROIT 1995 au Canada permettrait de préserver les règles générales de droit privé de chacune des provinces, tout en adoptant pour les biens culturels des règles uniformes, internationalement reconnues et bien adaptées pour endiguer la criminalité et favoriser les restitutions²¹⁷. En l'absence de régime adapté aux biens culturels, nous traiterons du régime de droit commun qui régit la provenance : la prescription acquisitive, l'impossibilité d'agir et les dispositions du droit de la vente qui traitent de la vente des biens volés.

²¹⁷ Ceci étant, alors qu'aucune disposition n'a été prise pour lutter contre les vols d'œuvres d'art qui peuvent avoir des conséquences à très long terme, le législateur québécois a jugé opportun d'accorder une protection spéciale aux propriétaires de véhicules volés (art. 321, 323.1 et 338.1 L.p.c.).

Section 2 La prescription acquisitive

- [140] La prescription acquisitive, de même que l'impossibilité d'agir dont il sera question à la section suivante, sont deux concepts dont l'interprétation permet de délimiter les droits des propriétaires d'origine et des acquéreurs subséquents. Comme l'indique Pierre Martineau, la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir la propriété d'un objet lorsque le véritable propriétaire a démontré une négligence et n'a pas réclamé son bien alors qu'un autre se comportait comme son propriétaire :

La prescription acquisitive [...] constitue un véritable mode d'acquisition de la propriété et elle a pour effet de rendre propriétaire une personne qui ne l'était pas. [...]

Quant au propriétaire dépouillé de son droit par l'effet de la prescription au profit d'un possesseur possiblement de mauvaise foi, le moins qu'on puisse dire c'est qu'il n'a pas fait preuve de diligence pour protéger et conserver son droit. Pendant de nombreuses années, la loi a continué, même s'il n'avait plus la possession, de lui reconnaître son droit et de mettre à sa disposition les moyens de le faire valoir. Il a bénéficié d'un délai suffisamment long pour voir à la protection de ses intérêts; il pouvait, en agissant dans ce délai, empêcher la prescription de se réaliser, et ainsi éviter de perdre son droit; s'il ne l'a pas fait, il a démontré une négligence et, de ce fait, ne mérite plus la protection de la loi²¹⁸.

- [141] La personne qui a sous son contrôle un bien mobilier qui n'est pas sa propriété en a soit la détention, soit la possession. Seule la possession permet d'acquérir la propriété d'un objet par le passage du temps²¹⁹. L'article 922 C.c.Q. liste les quatre attributs que doit revêtir la possession : elle doit être paisible, continue, publique et non équivoque. Ainsi, la personne qui détient une œuvre à la suite d'un prêt²²⁰ – et même si cette détention se prolonge – est un détenteur et ne peut invoquer les effets de la prescription acquisitive. Il en va évidemment de même pour un voleur d'un bien, et pour le receleur, qui ne peuvent jamais

²¹⁸ Martineau, *supra* note 211 aux pp 16-18. Voir également : Élise Charpentier, « Acquisition par prescription » dans *Biens et publicité des droits*, coll JurisClasseur Québec, 2015 au para 3.

²¹⁹ Art. 2913 C.c.Q.

²²⁰ *Cefis c Société de gestion Acmon ltée*, 1997 CanLII 8034 (QC CS, Grenier, j.c.s) aux paras 30-38.

invoquer la possession pour acquérir titre : « Le voleur, le receleur et le fraudeur ne peuvent invoquer les effets de la possession, mais leurs ayants cause, à quelque titre que ce soit, le peuvent s'ils ignoraient le vice²²¹. »

- [142] Être de mauvaise foi ne fait cependant pas échec à la prescription acquisitive. La possession d'un possesseur de mauvaise foi doit cependant perdurer pendant une période de dix ans²²². Dans les faits, il est de toute manière extrêmement difficile de démontrer la mauvaise foi d'une personne qui détient une œuvre d'art depuis une longue période. Étant donné que la bonne foi se présume, les éléments de preuve manquent souvent pour contrer les versions narrées devant un tribunal à l'effet qu'un tableau de valeur volé aurait été trouvé dans une commode²²³, ou qu'une œuvre qui valait au moins 25 000 \$US aurait été obtenue gratuitement d'un généreux inconnu²²⁴. Ce problème n'est pas l'apanage exclusif de notre jurisprudence, si bien que : « [c]ertains commentateurs commencent à se demander si, dans des domaines comme celui des vols d'œuvres d'art, la présomption de bonne foi a encore réellement un sens²²⁵. » À ce titre, le renversement du fardeau de la preuve opéré par l'article 4 d'UNIDROIT 1995 est infiniment préférable : pour obtenir une compensation, c'est au possesseur d'un bien volé de démontrer qu'il a fait preuve de diligence au moment de l'acquisition.

- [143] Dans les cas d'œuvres d'art volées, des quatre critères de la possession, celui qui est le plus

²²¹ Art. 927 C.c.Q.

²²² Art. 2917 et 2919 C.c.Q. Il est à noter que le point de départ pour la prescription triennale lorsque le possesseur est de bonne foi est la dépossession et non le moment où le possesseur en prend possession. Nous estimons cependant que ce point de départ doit être suspendu tant que le propriétaire est dans l'impossibilité d'agir; à ce sujet, voir la section suivante.

²²³ *Joyal c Boka*, 500-05-006757-841 (QC CS, 1987, Belleville, j.c.s, dossier réglé hors cour alors que l'appel était pendant : 500-09-001523-877) aux pp 6-7.

²²⁴ *White c Galerie Samuel Lallouz inc*, 2018 QCCS 874 (Mayer, j.c.s, dossier pendant devant la Cour d'appel: 500-09-027468-180) aux paras 32-33.

²²⁵ Renold, *supra* note 209 aux pp 335-336.

litigieux est la publicité. Le fait de cacher pendant une longue période une œuvre d'art volée ne peut fonder un titre de propriété. Pour être qualifiée de publique, la possession doit être effectuée au grand jour, de manière à ce qu'elle puisse être connue de la personne à qui on veut l'opposer :

Pierre Martineau :

Pour que la possession soit publique, il suffit qu'elle ait été exercée de manière à pouvoir être connue, non pas nécessairement de tout le monde, mais de celui à qui on l'oppose²²⁶.

Pierre-Claude Lafond :

549 - [...] les actes de possession sont obligatoirement posés au grand jour, de façon à ce que les tiers considèrent le possesseur comme le véritable propriétaire ou le titulaire du droit réel. [...]

551 - Toutefois, la possession n'a pas à être effectivement connue du véritable propriétaire. Il suffit qu'elle ne soit pas exercée furtivement, de façon à ce qu'elle ne puisse pas être connue de celui, au préjudice de qui elle a lieu²²⁷.

Sylvio Normand :

La possession ne saurait s'exercer dans la clandestinité. Elle se manifeste ouvertement et publiquement « au su et vu de tous ceux qui ont voulu voir et savoir et spécialement au su du défendeur auquel elle est opposée ». Le caractère public de la possession ne doit pas laisser de doute²²⁸.

[144] La question de la publicité doit donc être analysée selon les circonstances de chaque affaire.

En somme, dans les circonstances précises, quel acte de publicité a été posé ou aurait dû être posé pour permettre au propriétaire diligent d'avoir connaissance de la possession et de faire valoir ses droits ? Pour les œuvres d'art, le fait d'exposer publiquement une œuvre dans une galerie d'art ou dans un musée, que le tableau soit le sujet d'une conférence de presse, ou de mettre en vente un tableau devrait normalement constituer aujourd'hui – à une époque où internet rend facilement accessibles ces informations – un acte de publicité,

²²⁶ Martineau, *supra* note 211 à la p 89.

²²⁷ Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2007 aux paras 549 et 551, à la p 218.

²²⁸ Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 341.

qui permet au propriétaire de localiser l'œuvre et de la revendiquer. Quelques situations ou décisions illustrent ces principes.

[145] En 2011, un bas-relief perse fut volé au MBAM qui l'avait reçu en don dans les années 1950 et l'avait exposé depuis. Après le vol, la sculpture fut retrouvée en Alberta dans un appartement qui contenait de grandes quantités de drogues. Étant donné que le MBAM



Illustration 14 : Fragment de bas-relief perse représentant un soldat [530-518] grès, 21 x 20,5 x 3 cm

choisit de conserver le paiement de l'assurance, la compagnie d'assurance vendit le bas-relief à une galerie britannique qui l'exposa à New York. Il fut saisi par les autorités, qui soupçonnaient un pillage archéologique au début du XX^e siècle²²⁹. Même si un problème de titre de propriété existait avant son acquisition, il est évident que le MBAM se comporta pendant plusieurs décennies de bonne

foi et comme le véritable propriétaire. Même si les tribunaux n'eurent finalement pas à se prononcer sur le fond de l'affaire, l'exposition du bas-relief au musée remplissait sans le moindre doute le critère de publicité. Si tant est que le MBAM ne fût pas le propriétaire du bas-relief au moment de l'acquisition dans les années 1950, il en serait à tout le moins devenu le propriétaire par prescription acquisitive.

[146] À l'opposé de cet exemple, on peut prendre le dossier des manuscrits de partitions du

²²⁹ *Axa Art Insurance et Montreal Museum of Fine Arts*, 2017 QCCS 5370 (Barin, j.c.s) ; *Axa Art Insurance c Montreal Museum of Fine Arts*, 2018 QCCS 2372 (Barin, j.c.s) . Voir le commentaire : Alexander Herman et Holly Woodhouse, « New York seizure of a “recovered” Persian artefact » (28 novembre 2017).

compositeur André Mathieu, disparus peu avant son décès. Sa veuve les chercha pendant de nombreuses années. C’est finalement la mère du compositeur qui les avait prises et gardées chez elle, sans jamais révéler qu’ils étaient en sa possession. Appelée à trancher la question du droit de propriété, la Cour supérieure rejeta l’argument de la belle-mère à l’effet que la possession lui avait octroyé un droit de propriété, vu que cette possession n’était pas « apparente à tout le monde » :

[39] Ici, non seulement n’y a-t-il pas eu tradition réelle, mais il n’y a jamais eu possession publique par le donataire. Le Tribunal citera encore une fois Mignault, à la page 152 de son *Traité de Droit Civil* :

La possession du donataire ne doit pas être équivoque, *puisque la loi exige qu'elle soit publique*, i.e. apparente pour tout le monde; cette possession doit être exclusive de la possession d'un autre.

(Les soulignements sont du Tribunal)²³⁰

[147] Plus difficile est le dossier du tableau *Les Otages* de M.F. Husain²³¹ – peint lors de la crise de l’ambassade américaine à Téhéran – disparu dans les années 1990 avant de resurgir sur le marché en 2016. Au moment de sa remise en vente en 2016, son propriétaire d’origine réagit rapidement et demanda sa restitution. Le possesseur, qui aurait obtenu ce tableau de son père qui l’aurait lui-même acquis d’un don d’un

L’oeuvre n’est pas
dans
le domaine public

**Illustration 15 : Maqbool Fida Husain, *Les Otages* [1979-1980]
huile sur toile, 115,9 x 307,9 cm, collection privée**

inconnu et sans aucune documentation, l’avait gardé plus de dix ans dans sa chambre à

²³⁰ *Mathieu c Le Reste*, EYB 1987-7876, JE 87-882 (Piché, j.c.s) .

²³¹ L’auteur de ce texte se doit de préciser qu’il a représenté deux des parties impliquées dans le jugement de la Cour supérieure et qu’il comparaît également comme avocat-conseil dans le dossier pendant devant la Cour d’appel du Québec.

coucher avant de le mettre en vente. Durant ces années, des amis qui avaient visité sa maison avaient vu le tableau, qui pouvait également être aperçu des passants dans une rue résidentielle. Le propriétaire d'origine et l'acquéreur réclamèrent donc tous deux la propriété du tableau. La Cour supérieure donna raison à l'acquéreur, en déclarant que les conditions de l'article 922 C.c.Q. étaient remplies, et en particulier que la possession était publique :

[80] The Court considers that there was nothing clandestine or surreptitious about Mr. White's possession of the Painting. It was public in so much as he did not hide it. It could be seen by all visitors, friends and family in his apartment: "*au vu et au su de tous*". He recalls that over the years several friends made unflattering comments about it. Nor was it concealed in the basement. Since 2012, it was visible to passersby from Bannantyne Avenue as it was hung on the bedroom wall next to the picture window facing the street²³². [nos soulignements]

[148] Le raisonnement surprend. En effet, le libellé de l'article 922 C.c.Q. n'exige pas une absence de clandestinité, mais bien une publicité. Selon le sens usuel des mots, le contraire de « public » n'est pas « clandestin », mais bien « privé »²³³. Or, on imagine difficilement un endroit plus privé que la chambre à coucher. En effet, comment le propriétaire d'origine, malgré sa diligence, pouvait-il localiser le tableau avant qu'il ne soit vendu sur le marché ? Le droit réclame-t-il vraiment qu'un propriétaire victime d'un vol se promène dans les rues d'un quartier résidentiel et qu'il regarde dans les chambres à coucher pour voir s'il peut y discerner sa toile ? La prescription doit encourager la paix sociale et pénaliser le propriétaire indolent. Elle ne saurait se transformer en un instrument d'usurpation du propriétaire qui n'a pas la possibilité effective de faire valoir ses droits, et encore moins

²³² *White c Galerie Samuel Lallouz inc*, *supra* note 224 au para 80.

²³³ Il ne semble pas que le qualificatif de « vice de clandestinité » trouvé en doctrine soit à cet effet le bon terme, car il amoindrit le fardeau de preuve de celui qui réclame la propriété d'une œuvre volée. Ce dernier ne devrait pas avoir à démontrer l'absence de clandestinité, mais bien la publicité (voir : Martineau, *supra* note 211 aux pp 89-91.)

inciter au voyeurisme. Évidemment, la situation serait autre si le propriétaire d'origine ne s'était pas manifesté lors de la vente publique. Si l'acheteur avait été de bonne foi, aucune contestation n'aurait été possible trois ans après la vente.

[149] L'affaire des *Otages* n'est pas sans rappeler le jugement *Joyal c. Boka*, rendu sous l'empire de l'ancien code. Le demandeur avait été victime du vol d'un tableau néerlandais du XVIII^e siècle. Plusieurs années plus tard, le défendeur Boka²³⁴ – qui l'avait acquis d'un antiquaire qui l'aurait trouvé dans une commode – donna une conférence de presse car il pensait avoir découvert un Rembrandt. Le demandeur réagit immédiatement et réclama le tableau. Le tribunal jugea que le défendeur avait eu le tableau pendant plus de trois ans et que la prescription acquisitive jouait en sa faveur²³⁵.

[150] Dans ce dernier dossier, comme pour *Les Otages*, la Cour supérieure appliqua selon nous les dispositions de la prescription acquisitive sans tenir compte de leur finalité. Les critères de la possession, et notamment la publicité, doivent être appliqués contextuellement afin que cette institution serve à pénaliser le propriétaire négligent qui ne réagit pas lorsqu'il y avait péril pour son titre de propriété : comme le propriétaire d'un terrain qui regarde, bras ballants, son voisin se stationner pendant une décennie chez lui, ou encore celui qui laisse une galerie exposer et mettre en vente sa toile disparue. Or, dans les deux décisions que nous venons d'invoquer, les propriétaires dépossédés ne firent pas preuve de négligence. Ils réagirent au premier véritable acte de publicité, dès que le tableau réapparut, soit dans

²³⁴ Il semble que ce soit le même Georges Boka qui signa par ailleurs des certificats d'authenticité de complaisance pour un Suzor-Côté qui s'avéra être un « faux évident » (*Guillemette c 135371 Canada inc, supra* note 100 au para 43.), qui vendit des faux Keith Haring (*Girard c 9205-3800 Québec inc, supra* note 139.) et dont les propres créations se retrouvèrent mêlées aux fraudes de la Galerie Mayfair (*Gadoury c 135371 Canada inc, supra* note 153.) et de la Galerie Or du temps (*Tremblay c Demers, supra* note 107.).

²³⁵ *Joyal c Boka, supra* note 223 à la p 11.

un article de journal ou dans une maison de vente. Pour la première fois dans l'appel du dossier des *Otages*, la Cour d'appel sera prochainement invitée à se prononcer pour la première fois sur l'interprétation de la publicité en matière mobilière. Le maintien de la décision de la Cour supérieure rendrait extrêmement difficile la tâche d'un propriétaire qui souhaiterait récupérer une œuvre d'art volée ou disparue.

Section 3 L'impossibilité d'agir

- [151] La prescription acquisitive a pour objectif de récompenser un possesseur qui se comporte en véritable propriétaire lorsque le propriétaire légal ne se soucie pas de son droit de propriété. Il serait donc inéquitable de faire courir une prescription à l'encontre d'un propriétaire qui n'est pas en mesure de revendiquer ses droits. L'article 2904 C.c.Q. consacre donc le principe que la prescription ne peut courir contre la personne qui est dans l'impossibilité d'agir²³⁶ :

Céline Gervais :

L'impossibilité en fait d'agir est également une cause de suspension de la prescription, tel que prévu par l'article 2904 C.c.Q. Outre que ce motif de suspension tire son origine d'un lointain principe de droit, elle est supportée par des motifs de logique et d'équité. Il est contraire à tout esprit de justice que d'opposer des délais à une personne qui est dans une situation où elle ne dispose pas de tous ses moyens pour agir²³⁷.

Julie McCann :

Le droit commun reconnaît ici l'existence de situations factuelles, auxquelles sont soumises certaines personnes pour lesquelles il serait inéquitable de laisser le temps faire disparaître un droit d'action²³⁸.

- [152] Il nous semble donc que la personne qui a confié une œuvre d'art à un tiers et qui n'a pas de motif de suspecter que ce dernier ne l'a plus en sa possession est dans l'impossibilité d'agir jusqu'à ce qu'elle découvre ce qui est advenu de l'œuvre. Il en va de même pour le propriétaire d'un tableau volé qui ne peut savoir où se trouve son œuvre.
- [153] Par exemple, dans un dossier portant sur une bible rare, le père de la demanderesse avait prêté dans les années 1970 cette bible à une synagogue. En 2003, la demanderesse – qui

²³⁶ Le *Code civil du Québec* est ici moins sévère que son prédécesseur. L'article 2232 C.c.B.-C. parlait d'« impossibilité absolue » d'agir. Pour un portrait d'ensemble de la situation sous l'ancien code, voir : Martineau, *supra* note 211 aux pp 215-224.

²³⁷ Céline Gervais, *La prescription*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 à la p 159.

²³⁸ Julie McCann, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 145. Voir également : Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 194 au para 1332, aux pp 1165-1167; Geneviève Cotnam, « Incidents de la prescription: renonciation, interruption et suspension » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Preuve et prescription*, 2015 au para 47.

vérifiait de temps à autre que la bible y était toujours conservée – constata que l’ouvrage avait disparu et qu’il avait été vendu à New York à une date inconnue par le défendeur qui en avait la garde. Une demande en justice fut déposée en 2006, un peu moins de trois ans après la découverte des agissements du défendeur. Le tribunal jugea qu’il n’y avait pas prescription de l’action, la demanderesse étant dans l’impossibilité d’agir jusqu’à la découverte des agissements du défendeur et qu’elle soit donc en possession de tous les éléments nécessaires pour instaurer un recours²³⁹.

[154] Dans le dossier des *Otages* que nous avons invoqué plus haut, la Cour supérieure trancha que l’impossibilité d’agir ne s’appliquait pas en matière de prescription acquisitive mobilière²⁴⁰. Or, la distinction opérée par la Cour supérieure entre l’impossibilité d’agir en matière de prescription acquisitive mobilière et les autres types de prescription n’est pas présente en doctrine²⁴¹ et semble aller à l’encontre de l’économie du code. L’article 2904 C.c.Q. qui traite de l’impossibilité d’agir est situé dans les dispositions générales sur la prescription. Ces dispositions générales s’appliquent aux deux titres suivants qui traitent respectivement de prescription acquisitive et de prescription extinctive, tant en matière mobilière qu’immobilière. Rien ne laisse donc présager que le législateur voulut écarter l’application de l’impossibilité d’agir en matière de prescription

²³⁹ *Malamud (Succession de) c Zirkind*, 2008 QCCQ 536 (Gouin, j.c.q) . Pour des exemples d’application dans d’autres domaines, voir : *Gaz Métro c Araujo*, 2009 QCCS 3, (Mainville, j.c.s, appel rejeté : *Araujo c Société en commandite Gaz Métro*, 2011 QCCA 307, demande d’autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée : *Uri Sagman et al c Société en commandite Gaz Métro*, 2011 CanLII 62453) aux paras 53-58; *Dionne c Gatineau (Ville de)*, 2007 QCCQ 7614 (Laurin, j.c.q La Cour a donné raison aux demandeurs sur l’impossibilité d’agir, mais a finalement rejeté leur recours; la Cour d’appel n’a pas remis en cause la conclusion sur l’impossibilité d’agir et a accueilli l’appel pour donner raison aux demandeurs : *Dionne c Gatineau (Ville de)*, 2010 QCCA 915) au para 28; *Joncas réfrigération unique inc c Martin*, [1989] RDJ 155, 1989 CanLII 794 (CA, Dubé, j.c.a) aux pp 17-18.

²⁴⁰ *White c Galerie Samuel Lallouz inc*, *supra* note 224 aux paras 87-91.

²⁴¹ Lafond, *supra* note 227 au para 2639, à la p 1131; Martineau, *supra* note 211 aux pp 215-224.

acquisitive mobilière. Commentant la décision, Denys-Claude Lamontagne écrit d'ailleurs : « le tribunal ajoute que la suspension ne s'applique pas à la prescription acquisitive mobilière – ce qui nous paraît aller à l'encontre des articles 2904 à 2906 C.c.Q., qui visent autant les meubles que les immeubles²⁴². » Cette question de l'application de l'impossibilité d'agir en matière de prescription acquisitive mobilière est l'autre question pendante devant la Cour d'appel dans ce dossier. Comme pour la prescription acquisitive, nous estimons qu'un juste équilibre devrait être trouvé entre les droits du propriétaire dépossédé et ceux de l'acquéreur subséquent, conformément à l'économie du *Code civil du Québec*.

²⁴² Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 8e édition, Montréal, Yvon Blais, 2018 au para 724, note 47. Il est d'ailleurs surprenant que l'impossibilité d'agir n'ait pas fait l'objet d'une analyse dans la décision Boka étudiée plus haut, étant donné que le propriétaire d'origine ne pouvait pas revendiquer son bien avant que le défendeur ne publicise sa possession lors d'une conférence de presse (*Joyal c Boka*, *supra* note 223 à la p 5.)

Section 4 Vente du bien volé

- [155] Finalement, il faut mentionner que le droit de la vente comporte des dispositions spécifiquement sur la vente du bien d'autrui, aux articles 1713 à 1715 C.c.Q. En effet, le vendeur doit, au moment de la vente, garantir qu'il transfère le droit de propriété sur l'objet²⁴³. En conséquence lorsqu'une vente porte sur le bien d'autrui, tant le véritable propriétaire que l'acheteur²⁴⁴ peuvent demander que la vente soit frappée de nullité et que l'œuvre soit rendue au propriétaire, et ce, tant et aussi longtemps que l'acheteur ne peut lui opposer une prescription acquisitive valable²⁴⁵. Dans pareil cas, l'acheteur pourra bien entendu réclamer au vendeur la restitution du prix de vente²⁴⁶, de même que des dommages-intérêts²⁴⁷.
- [156] Le droit commun donne cependant une protection importante à l'acheteur lorsqu'il est de bonne foi et qu'il a acquis l'œuvre dans le cours des activités d'une entreprise. L'article 1714 C.c.Q. lui permet alors d'exiger le remboursement du prix de vente²⁴⁸. Pour évaluer la bonne foi de l'acheteur, il ne s'agit pas seulement de s'interroger sur ce qu'il savait au moment de la vente, mais également sur les circonstances dans lesquelles cette vente s'est déroulée :

[La] connaissance directe n'est pas indispensable à la mauvaise foi : il faut tenir compte de toutes les circonstances entourant la vente. Ainsi, un certain nombre d'indices doivent alerter l'acheteur sur le fait qu'il pourrait s'agir d'un bien volé : numéro de série effacé ou modifié, prix demandé inférieur à la valeur

²⁴³ Art. 1716 C.c.Q. Voir : Pierre-Gabriel Jobin et Michelle Cumyn, *La vente*, 4e édition, Montréal, Yvon Blais, 2017 au para 55.

²⁴⁴ *Ibid* au para 62.

²⁴⁵ Art. 1714 C.c.Q. Voir : Denys-Claude Lamontagne, *Droit de la vente*, 4e édition, Montréal, Yvon Blais, 2019 au para 113; Jobin et Cumyn, *supra* note 243 aux paras 59 et 66.

²⁴⁶ Jobin et Cumyn, *supra* note 243 au para 64.

²⁴⁷ *Ibid* au para 65.

²⁴⁸ *Ibid* aux paras 67-69. Pour voir l'applications des dispositions du C.c.B.-C., voir : *Forbes c Desaulniers*, [1992] RL 250, 1991 CanLII 3112 (QC CA, Chevalier, juge ad hoc) .

marchande du bien, paiement en argent liquide, circonstances louches entourant la vente.

Généralement, l'acheteur doit effectuer certaines démarches pour vérifier si son vendeur est véritablement propriétaire ; s'il a des doutes sérieux sur le titre de propriété de son vendeur, il doit alors au moins tenter d'obtenir des éclaircissements sur ce titre et, s'il n'a pas obtenu d'explications satisfaisantes, il sera jugé de mauvaise foi. Assez souvent, l'inexpérience ou la faible instruction de l'acheteur excuse l'omission de vérifier le titre du vendeur, omission qui n'est pas pardonnée à un professionnel dans le domaine dans les mêmes circonstances. Il ne faut toutefois pas assimiler à de la mauvaise foi une simple négligence de l'acheteur : seuls la négligence grossière, la faute lourde ou l'aveuglement volontaire de l'acheteur permettent d'exclure sa bonne foi²⁴⁹.

- [157] En pratique, il sera alors préférable pour le propriétaire d'intenter un recours à la fois contre le vendeur et l'acheteur :

En instituant son recours en nullité et en revendication du bien, le propriétaire doit poursuivre non seulement l'acheteur, mais aussi l'autre partie au contrat attaqué, le vendeur. Dans le cas où le propriétaire est tenu de rembourser à l'acheteur le prix qu'il a payé, le propriétaire et le vendeur sont condamnés *in solidum*, la responsabilité du propriétaire étant subsidiaire à celle du vendeur (de sorte que le propriétaire soit condamné à rembourser le prix seulement si le vendeur ne l'a pas fait dans les 30 jours du jugement, par exemple)²⁵⁰.

- [158] Évidemment, le véritable propriétaire peut également poursuivre l'acheteur ou toute personne responsable de la vente de son bien selon les principes de la responsabilité civile²⁵¹.

²⁴⁹ Jobin et Cumyn, *supra* note 243 au para 68. La Convention UNIDROIT opérerait ici un salutaire renversement du fardeau de la preuve : c'est à l'acheteur de démontrer qu'il a pris les dispositions nécessaires au moment de l'acquisition (art. 4, UNIDROIT 1995).

²⁵⁰ *Ibid* au para 70.

²⁵¹ Lamontagne, *supra* note 245 au para 113.

Troisième partie – Valeur et évaluation

- [159] Après « s’agit-il d’un authentique ? » et « est-ce une œuvre volée ? », la troisième grande inquiétude de l’acheteur au moment d’effectuer une acquisition est « cette œuvre vaut-elle véritablement le prix payé ? ». Cette question est juridiquement plus simple que celle de l’authenticité, mais mérite néanmoins quelques précisions.
- [160] Les prix des œuvres d’art peuvent se révéler extrêmement fluctuants. Ils sont établis en fonction de ventes comparables, sur la base d’un ensemble de facteurs, comme par exemple : l’identité de l’artiste, le titre, l’année de réalisation, le médium, l’état de l’œuvre, l’existence d’un doute sur l’authenticité ou la provenance, la disponibilité d’œuvres équivalentes sur le marché ou le nombre des copies de l’œuvre pour les sculptures ou les lithographies²⁵².
- [161] L’erreur quant à l’attribution d’une œuvre influe évidemment sur sa valeur. Mais cet impact économique est la conséquence d’une erreur plus fondamentale qui porte sur la substance même du tableau²⁵³. Les conséquences de ces problèmes d’authentification ont déjà été étudiées²⁵⁴. La présente section traite d’une erreur qui est purement de nature économique : un acheteur acquiert un Pellan qui se révèle bien être un Pellan et toutes les autres informations fournies par le vendeur sont exactes. Cependant, le prix payé était largement exagéré. Le vendeur dispose-t-il d’un recours ?
- [162] La réponse, *a priori*, n’est pas rassurante pour l’acheteur. Alors que, comme nous l’avons

²⁵² Voir notamment : *Gadoury c 135371 Canada inc*, *supra* note 153 aux paras 8, 49 et 51.; *Guillemette c 135371 Canada inc*, *supra* note 100 aux paras 28-29; *Périllat c Laroche*, 2012 QCCS 3201, SOQUIJ AZ-50872754, 2012EXP-2827, JE 2012-1495 au para 116.

²⁵³ Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 216; *Affaire du Poussin (Olympos et Marsyas, Époux Saint-Arroman c Réunion des Musées nationaux)*, *supra* note 96.

²⁵⁴ Voir *supra*, Première partie : Authenticité et attribution, aux pp. 23 et suivantes.

vu, l'erreur sur l'authenticité du tableau permet une résolution de la vente étant donné qu'un consentement n'a pu être valablement donné, le Code ne reconnaît une erreur sur le prix, soit une erreur de nature purement économique – la lésion – comme cause de résiliation d'une vente entre des majeurs aptes²⁵⁵ :

[46] Le demandeur ne peut faire annuler les ventes au seul motif qu'il a payé trop cher les tableaux. Une simple erreur économique n'est pas cause de nullité, car si elle devait être retenue comme cause d'annulation d'un contrat, elle équivaldrait à lésion qui n'est pas, pour les majeurs, cause de restitution, sauf les cas expressément prévus par la loi²⁵⁶.

[163] En clair, l'acheteur doit faire preuve de diligence lorsqu'il procède à un achat et ne peut s'en prendre qu'à lui-même lorsqu'il paie trop cher. S'il peut se fier à son cocontractant concernant l'authenticité de l'œuvre, l'acheteur doit faire preuve d'une grande prudence quant au prix. Comme avant d'effectuer tout autre achat, l'acheteur devrait s'informer, par exemple en consultant le répertoire des ventes antérieures de l'artiste ou les évaluations des maisons de vente pour des œuvres équivalentes. Pour un achat plus important, il est préférable d'avoir recours à l'évaluation d'un tiers, spécialisé dans le domaine, afin de minimiser les risques d'effectuer une mauvaise affaire. Ce principe souffre toutefois deux exceptions : le dol et le régime du droit de la consommation.

[164] L'acheteur est en droit de demander la résolution d'une vente lorsqu'il est victime d'une fraude – le dol – tel que prévu à l'article 1401 C.c.Q. Le dol dépasse l'erreur innocente et se caractérise par des « manœuvres effectuées volontairement pour induire en erreur le cocontractant et l'inciter à contracter²⁵⁷ », ou pour reprendre Lluellas et Moore :

602. « Malveillance consciente et voulue destinée à faire croire vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai », « exploitation malicieuse de la bonne foi » du contractant éventuel, le dol ne doit pas être confondu avec le boniment, l'enflure

²⁵⁵ Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 95 au para 216; Karim, *supra* note 110 au para 1003.

²⁵⁶ *Guillemette c 135371 Canada inc*, *supra* note 100 au para 46.

²⁵⁷ *Tremblay c Demers*, *supra* note 107 au para 70.

verbale et enthousiaste —le « pieux mensonge »—, qui consiste à vanter excessivement les qualités d'un produit ou d'un service : du moment que le boniment n'a pas pour but de tromper le contractant éventuel, et n'a pour effet que d'enjoliver la réalité, sans que l'essentiel des attentes du contractant ne se trouve contrariées, nous avons affaire à ce que notre tradition convient d'appeler le « bon dol » —le « *bonus dolus* », naturellement dépourvu de sanctions: pour reprendre l'image savoureuse d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, « affirmer : « mon cheval est le meilleur de la région », ce n'est pas du dol si c'est faux, mais il en serait autrement d'affirmer qu'il n'a jamais perdu de courses ». Il incombe donc au contractant de faire la part des choses²⁵⁸.

[165] Même si les cas de dol justifiant l'annulation d'une vente sont assez rares dans notre jurisprudence, on recense une série de décisions conséquentes à des fraudes de type Ponzi durant les années 1990. Ces fraudes orchestrées par quelques galeries ont affecté plus d'un millier de clients et des milliers de transactions²⁵⁹.

[166] Le schéma était pour l'essentiel le suivant²⁶⁰. La galerie propose à un collectionneur néophyte d'avancer les sommes pour acquérir des tableaux comme des valeurs d'investissement. Il s'agit, au début, de sommes relativement modestes, de l'ordre de 1 000 \$. Les acquisitions sont effectuées à un pourcentage de la valeur réelle et la galerie simulait des reventes à plein prix à des tiers, permettant au client d'obtenir un profit rapidement. Dans les faits, ces tableaux ne sont pas vendus à des tiers, mais achetés par la galerie dans le but de gagner la confiance du collectionneur. À chaque transaction la galerie invite le collectionneur à réinvestir les montants obtenus de même qu'un montant supplémentaire, pour acquérir des tableaux toujours plus dispendieux. Après plusieurs transactions conclues, le client, en confiance, accepte d'investir des sommes plus

²⁵⁸ Lluelles et Moore, *supra* note 94 au para 602. Karim élargit cependant les causes d'annulation pour des raisons économiques, « lorsque les faits ayant contribué à cette erreur sont en partie accomplis ou imputables à l'autre contractant bien que ces faits ne soient pas suffisants pour conclure à un dol. Voir : Karim, *supra* note 110 au para 999.

²⁵⁹ Tremblay c Demers, *supra* note 107 aux paras 55 et 86.

²⁶⁰ Voir la description du *modus operandi* dans : *Ibid* aux pp 7-25, 30-38 et 59-77; Guillemette c 135371 Canada inc, *supra* note 100 au para 4 à 24; Gadoury c 135371 Canada inc, *supra* note 153 aux paras 5-7.

importantes – de l’ordre de dizaines de milliers de dollars. À ce moment, la galerie cesse de « vendre » les tableaux. Le client se retrouve donc à avoir investi des sommes importantes, et n’est en fait que propriétaire de tableaux qui sont soit grossièrement surévalués, soit des faux.

[167] Nous dépassons ici largement la simple lésion, ou erreur économique. Il s’agit là d’une « ruse habile et bien combinée²⁶¹ » pour gagner la confiance des clients et pour leur soutirer de l’argent. Ces ruses furent à juste titre qualifiées de dols par la Cour supérieure. Comme le permet l’article 1407 C.c.Q, la Cour annula l’ensemble des ventes effectuées pour des prix trop élevées²⁶², ou ordonna un remboursement des sommes trop payées²⁶³. En outre, la victime du dol peut obtenir des dommages-intérêts²⁶⁴.

[168] Fait exceptionnel et en raison de la gravité des faits, les tribunaux tinrent personnellement responsables les dirigeants des galeries concernées soit par soulèvement du voile corporatif²⁶⁵ ou pour les gestes qu’ils ont posés²⁶⁶. En plus des procès civils, on note que

²⁶¹ *Tremblay c Demers*, *supra* note 107 au para 71.

²⁶² *Guillemette c 135371 Canada inc*, *supra* note 100 aux pp 74-78. On note que les ventes de faux sont également annulées sur la base de l’erreur, traitée plus haut dans ce texte. Étant donné la difficulté de s’acquitter de son fardeau de preuve en pareille situation, d’autres clients perdirent leur procès : *Gadoury c 135371 Canada inc*, *supra* note 153 aux paras 65-69. (jugement confirmé : *135371 Canada inc c Gadoury*, 1999 CanLII 13454 (QC CA, Chamberland, j.c.a) .).

²⁶³ *Tremblay c Demers*, *supra* note 107 aux pp 98-104.

²⁶⁴ Karim, *supra* note 110 au para 1028.

²⁶⁵ Le soulèvement visait la Galerie Mayfair pour tenir responsable son dirigeant Pierre-Antoine Tremblay (*Guillemette c 135371 Canada inc*, *supra* note 100 aux pp 81-86.)

²⁶⁶ Responsabilité personnelle de François Demers et d’André Laporte, dirigeants de la Galerie l’Or du Temps (*Tremblay c Demers*, *supra* note 107 au para 78 à 97.). Sur ce sujet, voir généralement : Karim, *supra* note 110 aux paras 1113-1116. Dans une autre cause traitant de la relation entre un artiste et une galerie, la responsabilité personnelle du dirigeant d’une galerie est retenue en même temps que celle de la galerie étant donné que les échanges entre l’artiste et le dirigeant ne permettaient pas de déterminer s’il s’agissait d’une relation avec la personne physique ou la personne morale : *Fortier c Gestion B Brisson et Associés*, 2006 QCCS 2698 (Julien, j.c.s) aux paras 153-158.; décision confirmée : *Gestion B Brisson et Associés inc c Fortier*, 2008 QCCA 254 au para 11.

pareilles fraudes peuvent également donner lieu à des condamnations criminelles²⁶⁷ de même que des condamnations par le Bureau de décision et de révision de l'Autorité des marchés financiers²⁶⁸.

- [169] Le second tempérament au principe qu'il n'est pas possible d'annuler une vente pour un motif économique provient du droit de la consommation. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que le consommateur peut demander la nullité d'un contrat ou la réduction des obligations « lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante²⁶⁹. » Ainsi :

La disproportion doit être sérieuse pour que le tribunal intervienne et elle s'apprécie au moment de la formation du contrat. Le tribunal examine s'il y a disproportion et si cette dernière est considérable au point de léser gravement le consommateur. Si la réponse est affirmative, le tribunal doit reconnaître qu'il y a exploitation.

L'effet de la présomption est de renverser le fardeau de la preuve de telle sorte que c'est au commerçant d'établir qu'il n'a pas exploité le consommateur et que la prestation exigée était justifiée²⁷⁰.

- [170] Dans l'exemple du hochet haïda dont nous avons traité plus haut²⁷¹, le tribunal, en plus de conclure qu'il y eut erreur sur la substance, conclut aussi à l'exploitation économique : l'on avait vendu pour 10 000 \$US un objet qui n'en valait pas plus de 1 000 \$US.

²⁶⁷ Voir plus récemment : Sûreté du Québec, *Communiqué : Fraude estimée à près de 2 millions de dollars – Deux arrestations*, 3 décembre 2015.

²⁶⁸ Voir notamment : *Autorité des marchés financiers c Galerie Les Règles de l'art*, 2016 QCBDR 10 ; *Autorité des marchés financiers c Galerie Les Règles de l'art*, 2017 QCCQ 11948 .

²⁶⁹ Art. 8 et 9 L.p.c. Voir : Lluellas et Moore, *supra* note 94 aux pp 855-878.

²⁷⁰ Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2011 au para 52.

²⁷¹ Voir *supra*, p. 37.

Quatrième partie – Les objets sacrés

- [171] Sculptures, tableaux d'autel, objets liturgiques : de nombreuses œuvres exposées aujourd'hui dans nos musées étaient à l'origine destinées au culte. La critique qu'adressa Chateaubriand à Alexandre Lenoir, fondateur du Musée des Monuments français ouvert durant la Révolution pour abriter des objets issus de la nationalisation des biens du clergé, rappelle à quel point cette translocation ne va pas de soi. Elle sort l'œuvre de son contexte, transforme son interprétation et marque le triomphe de l'histoire de l'art sur le sacré :

On a sans doute de grandes obligations à l'artiste [Alexandre Lenoir] qui a rassemblé les débris de nos anciens sépulcres ; mais quant aux effets de ces monuments, on sent trop qu'ils sont détruits. Resserrés dans un petit espace, divisés par siècles, privés de leurs harmonies avec l'antiquité des temples et du culte chrétien, ne servant qu'à l'histoire de l'art, et non à celle des mœurs et de la religion ; n'ayant pas même gardé leur poussière, ils ne disent plus rien ni à l'imagination ni au cœur²⁷².

- [172] Traditionnellement, le droit civil n'a pas traité les objets servant au culte au même titre que n'importe quel autre objet. Lointains descendants des *res divini juris*²⁷³ du droit romain, certaines dispositions du *Code civil du Bas-Canada* portaient sur les « choses sacrées », qui font plus généralement partie des choses hors commerce, objets qui ne peuvent faire l'objet ni d'obligation ni de prescription :

Art. 1059. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une obligation.

Art. 1486. Peut être vendue toute chose qui n'est pas hors du commerce, soit par sa nature ou sa destination, soit par une disposition spéciale de la loi.

Art. 2217. Les choses sacrées, tant que la destination n'en a pas été changée autrement que par l'empiètement souffert, ne peuvent s'acquérir par prescription.

²⁷² de Chateaubriand, *supra* note 28 quatrième partie, livre II, chapitre VIII, page 406.

²⁷³ Voir : Jean Goulet, « Un requiem des choses sacrées : un commentaire sur la disparition des choses sacrées au Code civil du Québec » dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p 389.

Les cimetières, considérés comme chose sacrée, ne peuvent être changés de destination de manière à donner lieu à la prescription, qu'après l'exhumation des restes des morts, choses sacrées de leur nature.



**Illustration 16 : Jacques Leblond dit Latour, *Saint Michel terrassant le dragon* [1695-1705]
Noyer cendré polychrome et doré,
161 x 98,8 x 56 cm, MNBAQ**

[173] Ces articles furent au centre d'une importante affaire, celle du trésor de la paroisse de L'Ange-Gardien²⁷⁴. Située sur la Côte-de-Beaupré, érigée canoniquement en 1678, il s'agit de l'une des plus anciennes paroisses de la Nouvelle-France. Elle disposait d'un magnifique trésor d'argenterie et d'œuvres liées au culte datant du XVIII^e et du XIX^e siècles²⁷⁵, dont certaines pièces réalisées par des artistes et artisans de renom, dont François Ranvoyzé, François Baillairgé ou Jacques Leblond dit Latour²⁷⁶.

[174] Dans la foulée de Vatican II, de nouveaux objets liturgiques furent acquis pour célébrer la messe et le trésor de la paroisse fut disséminé. En 1962 et 1963, le curé vendit le trésor en l'espace de quelques mois à un antiquaire et ce, sans avoir obtenu l'autorisation des marguilliers de la paroisse ou de l'évêque du diocèse. Comme le rappelle la juge L'Heureux-Dubé, il ne s'agit pas là d'un cas exceptionnel :

²⁷⁴ *Fabrique de la paroisse de L'Ange-Gardien c PG du Québec*, SOQUIJ AZ-80021048, JE 80-64 (QC CS, Bernier, j.c.s, appel rejeté SOQUIJ AZ-87011222, JE 87-657, 1987 CanLII 638, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (17 décembre 1987)) . Voir également le différend qui entoura la vente d'une lampe en argent de François Ranvoyzé de la paroisse Notre-Dame-du-Bonsecours de l'Islet (Luc Noppen et Lucie Morisset, *Les églises du Québec : un patrimoine à réinventer*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005 aux pp 165-167.)

²⁷⁵ En l'occurrence : deux calices, deux encensoirs, deux navettes, un bénitier, deux burettes, des ampoules pour les Saintes Huiles, une aiguière baptismale, un crucifix, dix-huit chandeliers, six statues, une porte de tabernacle ainsi que celle des fonts baptismaux, un tambour sculpté de colonnes et des vêtements sacerdotaux.

²⁷⁶ Voir illustration d'une statue de cet artiste qui était dans l'église de l'Ange-Gardien et qui est aujourd'hui au MNBAQ, mais qui ne faisait pas partie des objets en litige.

1920-1970, cinquante années pendant lesquelles les québécois ne se sont pas souciés de la conservation de leur patrimoine national. Cinquante années pendant lesquelles, en particulier, les précieux objets d'art sacré qui ornaient nos églises anciennes ont été écoulés pour se retrouver entre les mains de collectionneurs avertis et de musées nationaux et internationaux²⁷⁷.

[175] Après le départ du curé prodigue, la fabrique tenta de récupérer le trésor, désormais entre les mains de collectionneurs privés et des actuels MNBAQ et MBAC. La fabrique plaida que le curé n'avait pas le pouvoir d'aliéner les objets et que les ventes réalisées par le curé étaient nulles, en raison du caractère sacré des objets.

[176] La Cour supérieure confirma d'abord que les choses sacrées étaient bel et bien hors commerce²⁷⁸. Puis, les choses sacrées n'étant pas définies dans l'ancien code (mis à part qu'elles incluaient nommément les cimetières), la Cour jugea qu'on devait également inclure les choses « destinées au culte et qu'elles demeurent telles tant que leur destination n'a pas été changée par l'autorité ecclésiastique compétente²⁷⁹ » ; et ce, pour l'ensemble des religions.

[177] Vu que le droit civil ne définit pas ce qu'il faut entendre par un objet qui doit être dédié au culte pour une religion en particulier, les tribunaux civils doivent se reporter aux prescriptions de la religion concernée :

Il n'y a rien qui s'oppose, bien au contraire, à ce que le législateur ait entendu pour ce qui est des dispositions relatives au culte, qu'on s'en rapporte aux règles qui régissent ces cultes, fut-ce le droit canon pour la religion catholique-romaine, la Torah pour le judaïsme, le Coran pour la foi musulmane, etc...²⁸⁰

[178] Les défendeurs ne purent invoquer le fait que les objets n'étaient pas employés pour le

²⁷⁷ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*, SOQUIJ AZ-87011222, JE 87-657, 1987 CanLII 638 (L'Heureux-Dubé, j.c.a, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (17 décembre 1987)) (QC CA) à la p 1.

²⁷⁸ *Fabrique de la paroisse de L'Ange-Gardien c PG du Québec*, *supra* note 274 à la p 80ss.

²⁷⁹ *Ibid* à la p 88.

²⁸⁰ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*, *supra* note 277 à la p 10.

culte au moment de l'aliénation – ils étaient en effet dans les réserves – ou qu'ils avaient une valeur artistique :

Enfin le fait que ces biens en plus d'être choses sacrées étaient aussi objets d'art ne change absolument rien à la solution du problème. Ce ne saurait être là moyen de justifier que la demanderesse puisse, sous un tel prétexte, en être dépouillée²⁸¹.

- [179] Fait intéressant, la Cour supérieure donna une interprétation extrêmement large de ce qu'il fallait entendre par ce qui était dédié au culte. En effet, les revendications de la fabrique ne portaient pas uniquement sur les objets liturgiques nécessaires à la célébration de la messe catholique. La Cour annula également la vente de nombreuses sculptures qui décoraient l'église, par exemple une madone ou un Saint-Jean-Baptiste. C'est donc dire que sont considérés hors commerce à la fois les objets nécessaires au culte, mais également les œuvres qui ornent ces lieux de culte²⁸². Au final, la Cour supérieure jugea, et la Cour d'appel confirma par la suite, que l'ensemble du trésor devait être restitué à la paroisse.
- [180] On pourrait certes estimer que la paroisse s'en tira à bon compte vu que l'Église catholique vendit, pendant cette période, bon nombre d'objets acquis grâce aux contributions des paroissiens, sans que la préservation du patrimoine soit un souci prépondérant. Mais plus intéressant pour nous est la question de savoir si cette décision est toujours applicable aujourd'hui. En effet, et le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code de procédure civile* en vigueur au moment des faits et du jugement furent depuis remplacés.
- [181] L'expression « choses sacrées » n'apparaît pas dans le *Code civil du Québec*. On ne retrouve plus que l'article 2876 C.c.Q. qui édicte l'absence de prescription sur ce qui est

²⁸¹ *Fabrique de la paroisse de L'Ange-Gardien c PG du Québec, supra* note 274 à la p 107.

²⁸² Il aurait été préférable que cet élément fasse l'objet de plus amples développements. Étant donné que les objets sacrés sont une exception au principe général voulant que les biens sont dans le commerce, on voit difficilement comment cette exception pourrait recevoir une interprétation large.

« hors commerce », sans plus de précisions sur ce que renferme cette catégorie. La réforme a-t-elle sonné le glas des choses sacrées ? Certains se posent la question sans pour autant trancher²⁸³ alors que d'autres estiment que les « choses sacrées » existent toujours, en particulier en raison du principe de licéité prévue à l'article 1373 C.c.Q. qui comprendrait la prohibition d'obligations portant sur des choses hors commerce, y compris les biens sacrés. En somme, l'article 1373 C.c.Q. inclurait implicitement l'article 1059 C.c.B.-C.²⁸⁴. Mais alors que la règle générale veut que les biens soient dans le commerce, et en l'absence de dispositions explicites, est-il possible de faire reposer une exception au caractère commercial sur un texte abrogé qui aurait, en quelque sorte, acquis un caractère coutumier ? D'aucuns pourraient se demander pourquoi le droit contemporain continuerait d'accorder un privilège aussi exorbitant à certaines associations – églises et cultes divers – , alors que l'on pourrait plus volontiers juger que ce qui est sacré pour les jeunes générations ne sont plus les objets de culte, reliques du monde d'antan habité par le surnaturel, mais bien le monde naturel, si maltraité par l'homme.

[182] La thèse du maintien de l'existence des choses sacrées dans notre droit est étayée par le libellé du nouveau *Code de procédure civile*. En effet, dans *L'Ange-Gardien*, la Cour d'appel avait assimilé les « choses sacrées et autres objets de cultes » de l'article 553 al. 1 (1) (a) C.p.c. aux « objets sacrés » du *Code civil du Bas-Canada*²⁸⁵. Or,

²⁸³ Goulet, *supra* note 273; Normand, *supra* note 228 à la p 79. Goulet note que l'article 24 de *la Loi sur les fabriques*, RLRQ c F-1, qui mentionne les choses hors commerce doit, pour avoir un sens, faire références aux choses sacrées.

²⁸⁴ Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 98, n^{os} 134 (pp. 281-282); Lluellas et Moore, *supra* note 94, sect 1049.27; Lamontagne, *supra* note 242 au para 27.

²⁸⁵ *Prévost c Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*, *supra* note 277 à la p 5. Tant le juge Malouf que la juge L'Heureux-Dubé font référence à l'article 553.1 (a.)C.p.c., cette dernière le citant même au long. Il s'agit à l'évidence d'une coquille. Cet article porte sur les objets d'art, sacrés ou non, qui sont prêtés temporairement au Québec pour être exposés publiquement, soit l'actuel art. 697 C.p.c. En analysant la portée des dispositions qui ont trait aux choses sacrées, les juges font de toute évidence référence

le nouveau *Code de procédure civile* a maintenu exactement le même libellé, et continue de déclarer insaisissables les « choses sacrées et autres objets de cultes »²⁸⁶, ce qui suggère que cette catégorie existe toujours dans notre droit.

[183] Admettant que l'on puisse toujours juridiquement qualifier certains objets de sacrés, quel serait l'intérêt contemporain de *L'Ange-Gardien* ? D'abord, on remarque que nombre d'objets ayant déjà eu une destination sacrée passent régulièrement dans les maisons de vente : objets du culte catholique, icônes orthodoxes, statues bouddhistes ou hindoues. Un acheteur avisé devrait effectuer une enquête ou obtenir une garantie de la part du vendeur ou de l'intermédiaire concernant le statut de l'objet.

[184] Mais il est peut-être un domaine où le précédent de *L'Ange-Gardien* pourrait s'avérer particulièrement fécond : celui des objets autochtones qui sont aujourd'hui hors des communautés d'origine. Le problème du statut de ces objets – parfois acquis par la contrainte ou du moins sans l'assentiment de la communauté – reste entier.

[185] La récente Commission vérité et réconciliation canadienne avait pour mandat de faire la lumière sur l'histoire des pensionnats autochtones. Elle souligne au passage à quel point ces écoles – ainsi que les lois en vigueur à l'époque – ont permis d'acculturer les peuples autochtones en les coupant de leurs traditions culturelles : « Des chefs spirituels sont persécutés, des pratiques spirituelles sont interdites et des objets ayant une valeur spirituelle sont confisqués et détruits²⁸⁷ ».

à l'article 553 al. 1 (1) C.p.c. qui traite des vases sacrés et objets servant au culte, soit l'actuel art. 696 al. 1 (1) C.p.c.

²⁸⁶ Art 553 al. 1 (1) (a) C.p.c et Art. 696 al. 1 C.p.c. Voir : Denis Ferland et Benoît Émery, dir, *Précis de procédure civile du Québec*, 5e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, sect 696.

²⁸⁷ *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la commission de vérité et réconciliation du Canada*, IR4-7/2015F-PDF, Ottawa, 2015 à la p 1.

[186] On voit difficilement comment on pourrait encourager les communautés autochtones à se réapproprier leurs cultures traditionnelles si les objets culturels qui sont au centre de nombres de ces pratiques sont irrémédiablement hors du contrôle des communautés. Les pratiques culturelles, et en particulier les cérémonies sacrées, ont besoin de la présence d'objets physiques. L'immatériel prend appui sur le matériel. La revalorisation des pratiques culturelles et la restitution des biens culturels sont d'ailleurs, et à juste titre, abordées ensemble dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* :

Article 11

1. 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.

2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces — qui peuvent comprendre la restitution — mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

[187] Mis à part des observations générales, la question du sort des biens culturels est laissée de côté par le rapport de la Commission vérité et réconciliation. La seule recommandation — ou « appel à l'action » pour reprendre l'anglicisme employé dans le rapport — concernant les musées porte sur la présentation et la représentation des autochtones dans les institutions, et non sur le rapatriement de certains objets :

Nous demandons au gouvernement fédéral de fournir des fonds à l'Association des musées canadiens pour entreprendre, en collaboration avec les peuples autochtones, un examen national des politiques et des pratiques exemplaires des musées, et ce, dans le but de déterminer le degré de conformité avec la

- [188] Depuis, un député fédéral a proposé un projet de loi pour mettre en place une stratégie sur « le rapatriement de restes humains et de biens culturels autochtones²⁸⁹ », adopté par la Chambre des Communes, mais pas encore par le Sénat. Même s'il était voté, ce projet de loi est dépourvu de mesures contraignantes.
- [189] Il est évidemment souhaitable qu'un processus politique gouverne la question du rapatriement des biens culturels autochtones, après que l'ensemble des parties concernées – communautés autochtones, institutions publiques, collections privées et universités – aient été consultées et parviennent à un consensus. Mais si des communautés autochtones décidaient d'opter pour la voie judiciaire, l'emploi de l'argument de l'extra-commercialité pourrait constituer une avenue intéressante. Les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel dans le dossier *L'Ange-Gardien* indiquent clairement que les biens rattachés à l'ensemble des cultes peuvent s'en prévaloir. Alors qu'il peut s'avérer difficile après des décennies de démontrer par le biais du droit des obligations qu'une transaction n'a pas été volontaire, un argument centré sur le caractère extra-commercial des objets sacrés pourrait considérablement simplifier le fardeau de la preuve, et ainsi offrir des chances de succès à une communauté souhaitant revendiquer un objet ayant servi aux pratiques culturelles traditionnelles.

²⁸⁸ *Ibid* à la p 272.

²⁸⁹ Projet de loi C-391, 1re session, 42e législature.

Cinquième partie – Commerce international et fiscalité

Section 1 UNESCO 1970

[190] Ce n'est pas parce que l'on est propriétaire d'un Krieghoff ou d'un Riopelle que l'on peut librement le décrocher de sa salle à manger à Québec pour l'amener dans sa maison estivale en France ou le vendre à New York. En raison de leur importance ethnologique, historique ou artistique pour l'ensemble de la communauté, de nombreux États réglementent le commerce des objets culturels. Nous étudierons tour à tour le régime international mis en place par l'UNESCO en 1970, puis son application au Canada par le biais de la *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*.

[191] Tout au long du XIX^e et jusqu'au début du XX^e siècle, le commerce international des œuvres d'art est demeuré relativement libre. En 1928, dans le célèbre dossier Brancusi²⁹⁰, le sculpteur défendit avec succès que sa sculpture *Oiseau dans l'espace* était un objet d'art et non un produit manufacturé. Cette victoire est restée dans les annales judiciaires comme étant une formidable victoire pour la reconnaissance de l'art d'avant-garde. Si cette cause fut plaidée, c'est bien qu'à l'époque, les œuvres d'art n'étaient pas



**Illustration 17 : Constantin Brâncuși, *Oiseau dans l'espace* [1892]
marbre et bronze, 15 x 140 cm, Museum of Modern Art**

²⁹⁰ *Brancusi c United States*, supra note 37.

sujettes aux droits de douane alors qu'une taxe était imposable aux produits manufacturés. En d'autres termes, le commerce de l'art était alors plus libéralisé que le commerce des produits industriels. Le mouvement s'est depuis largement inversé. Depuis la Seconde Guerre mondiale, et alors que le commerce international des produits et des services fit l'objet d'une déréglementation en plusieurs étapes sous l'égide du GATT et de l'OMC, de plus en plus de pays renforcent le contrôle des exportations des biens culturels. On note d'ailleurs que la protection des « trésors nationaux » constitue, depuis le premier texte du GATT en 1947, l'une des exceptions au système du GATT²⁹¹.

[192] De plus, et avec les mouvements de décolonisation, de nombreux pays réclamèrent la restitution du patrimoine acquis durant les périodes de domination étrangère²⁹². Les pays les plus pauvres voulurent également réglementer le commerce international, vu qu'un libre marché rendait plus difficile la rétention des biens culturels en raison de la richesse des collectionneurs des pays plus développés²⁹³.

[193] En 1970, pour tenter de trouver une solution internationale, la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels 1970* (« **UNESCO 1970** ») fut adoptée sous l'égide de l'UNESCO. Le but était clair :

Art. 2. Les Etats parties à la présente Convention reconnaissent que l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels constituent l'une des causes principales de l'appauvrissement du patrimoine culturel des pays d'origine de ces biens, et qu'une collaboration internationale

²⁹¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce originel (GATT de 1947)*, supra note 7, art XX (f).

²⁹² Amadou-Mahtar M'Bow, « Pour le retour, à ceux qui l'ont créé, d'un patrimoine culturel irremplaçable » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011 aux pp 31-33.

²⁹³ On estime par exemple qu'aujourd'hui, de 90 à 95% du patrimoine culturel de l'Afrique sub-saharienne serait hors de l'Afrique (Alain Godonou, « Forum de l'UNESCO sur la Mémoire et l'universalité, Siège de l'UNESCO, Paris, 5 février 2007 » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011 à la p 63.)

constitue l'un des moyens les plus efficaces de protéger leurs biens culturels respectifs contre tous les dangers qui en sont les conséquences²⁹⁴.

- [194] Le mécanisme d'UNESCO 1970 est relativement simple. La convention rend illégale l'importation par un État partie d'un bien culturel qui fut exporté illégalement d'un autre État membre :

Art. 3. Sont illicites l'importation, l'exportation et le transfert de propriété des biens culturels, effectués contrairement aux dispositions prises par les États parties en vertu de la présente Convention.

- [195] Le passage important de cet article est l'expression « par les États parties ». En somme, il n'existe pas, au plan international, de liste de biens culturels qui sont à commerce restreint. C'est à chaque État de définir la politique qui doit régir ses exportations. Alors que des pays traditionnellement victimes de pillages comme la Grèce ou l'Égypte vont rendre quasi-impossible toute exportation de leur patrimoine, d'autres États comme les États-Unis optent pour des contraintes minimales. Ainsi, si une personne tentait d'importer dans un État membre une statuette d'un vieux temple indien dans un pays adhérant à UNESCO 1970, cette importation serait illégale si elle est issue d'un pillage et d'une exportation illicite récente de l'Inde. Par contre, étant donné que les États-Unis ne restreignent pas les exportations de biens culturels indiens, rien n'empêcherait l'importation dans un État membre de cette même statuette indienne si elle se trouvait depuis le début du XX^e siècle aux États-Unis et qu'elle venait d'être récemment réexportée des États-Unis vers cet État membre.

- [196] Si ce grand compromis fut possible, c'est que la Convention UNESCO 1970 vallait seulement pour l'avenir. Rien n'oblige donc à restituer un objet culturel importé avant son

²⁹⁴ Il est curieux que les objectifs de la convention soient énoncés dans un article et non dans le préambule. Voir également : *R c Yorke*, 1998 NSCA 58 au para 2.

entrée en vigueur²⁹⁵ ; la question des acquisitions occidentales datant du XIX^e et du début du XX^e siècle reste donc entièrement en suspens.

[197] La difficulté principale d'UNESCO 1970 réside dans son application. Il est fort difficile pour un agent douanier qui détient rarement une formation spécialisée de déterminer si une œuvre peut entrer légalement dans les frontières. Avec l'aide de spécialistes, les services douaniers doivent élucider s'il s'agit d'un objet authentique, si le certificat d'exportation présenté est valable, quel a été le trajet de l'œuvre ou quelles sont les restrictions exactes dans le pays d'origine. Peu de pays ont mis en place les ressources nécessaires pour appliquer efficacement UNESCO 1970. Le Canada fait partie des pays qui appliquent mal la convention :

Canadian interest in the whole problem was strong under the Liberal government of the 1970s, but seems largely to have evaporated since that period. Material continued to arrive in Canada, especially Montréal, and the Investigation Service of Customs tried to handle what it could, but the traffic through the city's large international port is of such dimensions that in the early years of this millennium it was estimated that less than one in every eighty containers could be properly examined. The situation was compounded by the quantities of material arriving by international mail and by air-freight. In short, inadequate funding and insufficient personnel rendered the task overwhelming, a common excuse for governmental inaction.

Nonetheless, several successes were achieved by investigators, and for a brief while there were officers specializing in questions of cultural property. Unfortunately the tragic events of 9/11/01 led to an almost paranoid preoccupation in the United States with the control of immigration. Canada was increasingly drawn into this American preoccupation by pressure from our neighbour. In this context Canada Customs was merged with Canadian Immigration Service in December 2003 to create a new force named the Canadian Border Services Agency, and, as a result, customs officers became increasingly involved in immigration matters rather than such questions as protection of cultural goods. Shortage of funding and lack of trained and

²⁹⁵ Les tentatives pour en venir à un accord rétroactif ont échoué. Voir : Lyndel V Prott, « Histoire et développement des processus de récupération du patrimoine culturel » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011 aux pp 13-14. Pour une application pratique au Canada d'un bien exporté du pays d'origine avant l'entrée en vigueur d'UNESCO 1970 et importé au Canada après son entrée en vigueur, voir : *R c Heller*, (1983) 27 Alta LR (2d) 346 ; confirmé en appel sur cet élément : *R c Heller*, (1984) 30 Alta LR (2d) 130 (ABQB) ; appel rejeté : *R c Heller*, (1984) 13 WCB 88 (ABCA) . Aucune accusation ne fut retenue contre l'importateur dans ce dossier.

experienced personnel played an increasing role in further reducing the effectiveness of our agents in observing Canada's obligations under the UNESCO convention²⁹⁶.

- [198] D'aucuns considèrent qu'UNESCO 1970, en permettant à plusieurs pays d'empêcher toute exportation légale, a contribué à l'essor du commerce illégal pour les biens culturels²⁹⁷. Ce commerce vaudrait aujourd'hui entre 5 et 10 milliards de dollars annuellement.
- [199] La taille du marché illicite des biens culturels (et en particulier le marché des biens archéologiques) atteint aujourd'hui une taille gigantesque²⁹⁸. Loin d'être limités aux méfaits médiatisés de quelques organisations terroristes, des pillages archéologiques ont lieu sous toutes les latitudes, dans des pays en guerre comme dans des pays en paix. Les objets pillés n'ont aucune identification qui permettrait de retrouver les sites d'où ils proviennent, et n'ont donc pas d'intérêt pour les archéologues. Les sites pillés ne peuvent plus, quant à eux, faire l'objet de fouilles scientifiques. Ces pillages incontrôlés mettent en danger notre connaissance de civilisations entières.
- [200] Malgré l'ampleur du marché noir contemporain, UNESCO 1970 a quand même eu un certain effet dissuasif chez les collectionneurs. L'étude de la vente très publicisée de la collection Barbier-Mueller d'objets précolombiens qui se tint à Paris en 2013 démontre que les pièces importées avant 1970 se vendirent mieux que les pièces importées entre 1970 et 1997 (date à laquelle la France adhéra à UNESCO 1970), et beaucoup mieux que celles importées après 1997, pour lesquelles il y avait donc un doute important quant à la licéité

²⁹⁶ John Fossey, « Illicit Traffic in Antiquities: Some Canadian Experiences » dans Joris Kila et Marc Balcells, dir, *Cultural Property Crime*, Leiden, Brill, 2014 aux pp 207-208.

²⁹⁷ John Henry Merryman, « Two Ways of Thinking About Cultural Property » (1986) 80:4 Am J Int Law 831 aux pp 847-849.

²⁹⁸ Voir généralement : Laurent Flutsch et Didier Fontannaz, *Le pillage du patrimoine archéologique des razzias coloniales au marché de l'art, un désastre culturel*, Lausanne, Favre, 2010.

de leur présence sur le territoire français²⁹⁹ :

Tableau 1 : La vente de la collection Barbier-Mueller				
Provenance	Pré-1970	1970-1997	Post 1997	Total
Nombre d'objets	149	121	43	313
Vendus	81	54	9	144
Invendus	68	67	34	169
Vendus (%)	54%	45%	21%	46%

[201] Quoi qu'il en soit du débat entre partisans d'un renforcement ou d'une abolition d'UNESCO 1970, cette convention demeure aujourd'hui le principal texte international qui régit le commerce des œuvres en temps de paix. Au 1^{er} janvier 2018, 136 États y étaient parties, incluant le Canada ; c'est à partir de ce texte qu'il faut comprendre les mécanismes qui régissent les importations et les exportations de biens culturels au Canada.

[202] Afin d'adhérer et de transposer en droit interne la Convention UNESCO 1970, le Canada adopta en 1975 la LEIBC (*Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*). Cette loi a deux objectifs : prévenir l'importation au Canada de biens qui font l'objet d'un trafic illicite en vertu d'UNESCO 1970, et établir un contrôle sur l'exportation de biens culturels d'importance. Ce dernier objectif est réalisé par le truchement d'un double système de licences d'exportations et d'avantages fiscaux pour inciter les collectionneurs à donner aux institutions culturelles canadiennes³⁰⁰.

²⁹⁹ Valérie Boisvenue, *Le marché de l'art et le trafic illicite des biens culturels. Une étude de cas : la collection Barbier-Mueller*, Université de Montréal, 2015.

³⁰⁰ L'application de la LEIBC est une responsabilité partagée de Patrimoine Canada, de l'Agence des services frontaliers du Canada et de la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels (« Commission »), un tribunal administratif composé de dix membres spécialisés dans le domaine. Voir les articles 18 à 28 LEIBC pour les dispositions sur son fonctionnement. Plus généralement sur la LEIBC, voir : Duncan F Cameron, *Précisions sur la Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980; Ian Clark, « The Cultural Property Export and Import Act of Canada: A Progress Report » (1982) 1 Int'l J Mus Mgmt Curatorship 5; David A Walden, « Canada's Cultural Property Export and Import Act: The Experience of Protecting Cultural Property » dans *UBC Law Review* (numéro spécial: *Material culture in flux : law and*

Section 2 Le contrôle des importations

- [203] Les dispositions concernant les importations illicites au Canada sont à la fois d'une grande simplicité conceptuelle et d'une grande difficulté d'application. Comme nous l'avons vu plus haut, l'article 3 de la Convention UNESCO 1970 interdit l'importation dans un État partie d'un bien illicitement exporté d'un autre État partie. Ces obligations sont transposées en droit interne par le biais de l'article 37(2) LEIBC :

Art. 37(2) L'importation au Canada de biens culturels étrangers illégalement exportés d'un État contractant est illégale dès l'entrée en vigueur dans ces deux pays de l'accord conclu entre eux³⁰¹. [nos soulignements]

Les autorités canadiennes doivent donc, pour chaque bien culturel qui entre sur son territoire, établir si l'exportation était illégale en fonction des lois du pays d'où provient l'objet.

- [204] L'importation au Canada d'un bien illégalement exporté d'un État partie à UNESCO 1970 permet de mettre en œuvre deux mécanismes : la restitution du bien et la condamnation criminelle de la personne responsable de l'importation.

1) Les restitutions

- [205] Depuis l'adoption de la LEIBC, le Canada a effectué vingt et une restitutions de biens culturels à douze pays³⁰². Il s'agit d'un bilan bien maigre lorsque l'on compare ces résultats à l'ampleur du commerce illicite des œuvres d'art et des biens archéologiques.
- [206] Ces restitutions sont généralement effectuées à la suite d'une saisie policière ou

policy of repatriation of cultural property), 1995, 203; Jennifer Mueller et Kathryn Zedde, « The Cultural Property Export and Import Act and Canada's International Legal Obligations » (2012) 17:1 Can Crim Law Rev Can Droit Pénal 31.

³⁰¹ Voir les remarques du Secrétaire d'État Faulkner à ce sujet : *Débats de la Chambre des communes*, 30e lég., 1re sess., vol 3, Chambre des communes, 7 février 1975 à la p 3029.

³⁰² *Rapport annuel sur l'administration de la Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels 2014-2015*, CH1-31F-PDF, 2016 à la p 17.

douanière³⁰³. L'article 37 LEIBC permet également de demander à la Cour fédérale ou à une Cour supérieure une ordonnance de restitution, bien qu'à notre connaissance, ce mécanisme ne fut jamais employé.

2) Dispositions pénales

[207] Le paragraphe 37(2) et l'article 43 LEIBC créent une infraction criminelle pour toute personne qui tente d'importer un bien culturel en contravention de la LEIBC. Selon la Cour albertaine appelée à se pencher sur la première accusation d'importation illégale, cette infraction comporte cinq éléments constitutifs³⁰⁴ :

- 1) Un bien culturel étranger désigné comme tel par l'État d'origine est importé au Canada (voir para 37(1) LEIBC) ;
- 2) Il existe au moment de l'importation un accord entre le Canada et le pays d'origine pour contrôler le trafic des biens culturels³⁰⁵;
- 3) Le pays d'origine est un « État contractant » (au sens du para. 37(1) LEIBC) au moment de l'importation³⁰⁶ ;
- 4) L'accord est entré en vigueur avant l'importation au Canada du bien culturel ; et
- 5) Le bien culturel a été exporté illégalement du pays d'origine après l'entrée en vigueur de la Convention UNESCO 1970 au Canada, soit le 28 juin 1978.

[208] Il s'agit d'une infraction réglementaire à responsabilité stricte ; une fois les éléments factuels constitutifs de l'infraction prouvés, la Couronne n'a pas à démontrer de *mens rea*

³⁰³ David A Walden, « Le Canada rend des tissus anciens à la Bolivie » dans Lyndel V Prott, dir, *Témoins de l'Histoire*, UNESCO, Paris, 2011; Lauren Bursey, Alessandro Chechi et Marc-André Renold, « Case Note – Parrot Lady Sculpture – Canada and India » [2015] ArThemis Cent Droit Art Univ Genève.

³⁰⁴ *R c Heller*, *supra* note 295 aux paras 24-51. Les décisions subséquentes n'ont pas remis en cause l'énoncé des éléments constitutifs de l'infraction : *R c Heller*, *supra* note 295; Appel rejeté: *R c Heller*, *supra* note 295.

³⁰⁵ La Convention UNESCO 1970 est bien entendu un « accord », mais le Canada pourrait également opter pour la conclusion d'accords bilatéraux comme le font les États-Unis.

³⁰⁶ Ce troisième critère semble redondant avec le précédent étant donné qu'il sera forcément rempli lorsqu'un accord existe entre le Canada et l'État d'origine.

et l'accusé peut éviter une condamnation en démontrant une diligence raisonnable³⁰⁷. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse précisa qu'un touriste ayant malencontreusement acheté un bien archéologique dans un marché pourrait plus facilement plaider une défense de diligence raisonnable qu'un marchand de biens culturels³⁰⁸.

[209] L'application des dispositions de contrôle des importations par le Canada a produit assez peu de résultats. On recense une seule poursuite pénale d'importance. Sur la base d'informations obtenues des autorités américaines, les douanes canadiennes saisirent en 1988 plusieurs milliers d'objets textiles traditionnels en provenance de Bolivie au domicile de Roger Yorke, qui en faisait commerce.

[210] Le dossier Yorke démontre en fait la grande difficulté de ce genre de procédures criminelles. La poursuite eut besoin de faire entendre douze témoins lors du procès (incluant des spécialistes du système légal du pays d'origine et des



Illustration 18 : Exemples de textiles traditionnels rendus par le Canada à la Bolivie dans la foulée de l'affaire Yorke

spécialistes en textiles sud-américains) afin d'acquitter son fardeau de preuve³⁰⁹. Au bout

³⁰⁷ *R c Yorke sept*, 134 NSR (2d) 100 (NS SC, 1994) aux paras 14-19.; confirmé : 2019-12-10 21:47:00.

³⁰⁸ *R c Yorke*, *supra* note 294 aux paras 46-47.

³⁰⁹ *Ibid* au para 21.

d'une décennie de procédures et une dizaine de décisions³¹⁰, l'accusé fut finalement condamné à une amende de 10 000\$ et à une probation de deux ans³¹¹. Pendant ce temps, il avait fallu congeler les textiles... les autorités n'ayant pas l'habitude de conserver ce genre de biens³¹².

[211] Il s'agit donc de dossiers qui exigent des ressources importantes et des connaissances pointues, le tout pour des résultats assez modestes. La somme de 10 000\$ constitue en fait une peine extrêmement clémentielle étant donné que l'accusé lui-même a admis que ses textiles avaient une valeur de plusieurs centaines de milliers de dollars³¹³. En somme, il ne s'agit pas d'une peine suffisante pour dissuader un trafiquant qui voudrait s'adonner à ce genre de commerce.

³¹⁰ L'accusé tenta à trois reprises de se pourvoir en Cour suprême. Voir : *Yorke c R*, 106 NSR (2d) 361 (NS SC, 1991) .; *Yorke c R*, 106 NSR (2d) 371 (NS CA, 1991) .; *Yorke c R*, CSC 22645, 1991 .; *R c Yorke*, 112 NSR (2d) 240 (NS Co Ct, 1992) .; *R c Yorke*, 115 NSR (2d) 426, 77 CCC (3d) 529 (NS CA, 1992) .; *R c Yorke*, CSC, 23359, 1993 .; *R c Yorke sept, supra* note 307.; *R c Yorke*, 1996 CanLII 5380 ((NS SC, 1996)). *R c Yorke, supra* note 294.; *Yorke c R*, CSC 26508, 1998 .

³¹¹ *R c Yorke, supra* note 294 au para 24.

³¹² *Walden, supra* note 303 à la p 438.

³¹³ *R c Yorke, supra* note 294 au para 14.

Section 3 Le contrôle des exportations

- [212] Comme nous l'avons vu, la Convention UNESCO 1970 laisse peu de marge de manœuvre aux pays membres quant à la réglementation des importations, étant donné qu'il faut automatiquement contrôler les exportations illégales des autres pays membres. Cependant, chaque pays partie à la Convention, et donc le Canada, a le choix sur les mesures à prendre pour réglementer ses propres exportations de biens culturels :

[L]e gouvernement a été impressionné par le fait qu'un grand nombre d'objets, qui pourraient être considérés comme faisant partie de notre patrimoine national, ont été exportés par le passé parce que nous ne disposions pas des mesures nécessaires pour empêcher ces exportations. A mon avis, il est temps d'imiter d'autres pays et d'essayer de protéger de cette façon notre patrimoine national³¹⁴.

- [213] Le Canada aurait pu opter pour un marché fermé aux exportations comme l'Égypte, ou alors pour un marché ouvert, comme les États-Unis³¹⁵. Il choisit finalement la voie médiane, sur le modèle des lois du Royaume-Uni et de la France : l'exportation des biens culturels les plus importants furent contrôlés et des incitatifs fiscaux furent octroyés aux propriétaires qui souhaitaient donner leurs collections à des institutions canadiennes, ce qui incite ces propriétaires à garder les biens au Canada.
- [214] Comme nous le verrons, le système est chapeauté par un tribunal administratif, la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels (« Commission »). La Commission est composée de dix membres, soit un maximum de quatre membres issus des institutions qui conservent les biens culturels et un maximum de quatre membres choisis parmi marchands et collectionneurs d'art. Les autres membres, dont, le président,

³¹⁴ Maurice Lamontagne, *Débat du Sénat*, 30e parl., 1e sess., vol 1 (8 avril 1975) à la p 765.

³¹⁵ Aux États-Unis, la seule véritable limite aux exportations porte sur les objets autochtones : *Native American Graves Protection and Repatriation Act*, Pub L 101-601, 25 USC 3001 et seq, 104 Stat 3048.

sont des membres du public³¹⁶.

- [215] Avant de détailler le système des licences d'exportation et celui des incitatifs fiscaux, il convient de s'attarder à deux concepts essentiels de l'administration de l'ensemble de la loi : l'intérêt exceptionnel et l'importance nationale.

A. Intérêt exceptionnel et importance nationale

- [216] La LEIBC ne contrôle par le commerce international de l'ensemble des œuvres d'art. Il serait contre-productif de réglementer l'exportation, ou d'accorder un important avantage fiscal pour le don de croûtes et d'autres biens culturels d'intérêt moindre. Les deux critères essentiels pour l'administration de la LEIBC, l'IE/IN, sont mentionnés au paragraphe 11(1) LEIBC :

- a) présente un intérêt exceptionnel en raison soit de son rapport étroit avec l'histoire du Canada ou la société canadienne, soit de son esthétique, soit de son utilité pour l'étude des arts ou des sciences;
- b) revêt une importance nationale telle que sa perte appauvrirait gravement le patrimoine national.

- [217] Un bien culturel doit remplir les deux critères d'IE / IN avant que l'on contrôle son exportation. Il faut également que le critère d'intérêt exceptionnel soit rempli pour que le donateur puisse obtenir un avantage fiscal de la Commission³¹⁷. Il faut insister sur le caractère assez particulier de la loi canadienne : plus le critère d'intérêt exceptionnel est interprété largement, plus il y aura d'œuvres qui pourront être données à des institutions

³¹⁶ Art. 18 LEIBC.

³¹⁷ Entre l'entrée en vigueur de la LEIBC le 6 septembre 1977 et le 19 mars 2019, l'article 32 LEIBC exigeait que les œuvres répondent aux deux critères d'importance nationale et d'intérêt exceptionnel pour obtenir une certification fiscale. Cependant, et alors que le dossier Caillebotte était en délibéré devant la Cour d'appel fédérale, la Loi d'exécution du budget de 2019 retira le critère d'importance nationale en matière de certification fiscale (*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en oeuvre d'autres mesures*, 2019, c 29, art 48.).

muséales et obtenir une certification fiscale, mais plus il y aura également d'œuvres qui seront soumises à un contrôle d'exportation. Alors qu'à l'inverse, une interprétation stricte du critère permet des exportations plus libres, mais limite les dons. La Commission doit donc trouver un point d'équilibre dans l'interprétation du critère d'intérêt exceptionnel, afin de permettre aux systèmes de licences et à celui des dons de fonctionner en parallèle dans le but de protéger adéquatement les objets culturels qui ont une importance pour le pays³¹⁸.

[218] La Commission est le tribunal administratif chargé de l'interprétation de ces critères. Vu que les décisions de la Commission ne sont pas publiées, il faut se référer aux guides de Patrimoine Canada, et en particulier, au guide *L'intérêt exceptionnel et l'importance nationale*³¹⁹ de même qu'à la décision de la Commission dans le dossier des *Iris bleus, jardin du Petit Gennevilliers* de Caillebotte (voir illustration), vu que cette décision a été rendue publique en raison de sa contestation devant la Cour fédérale³²⁰.



**Illustration 19 : Gustave Caillebotte, *Iris bleus, jardin du Petit Gennevilliers* [1892]
huile sur toile, 55,2 x 46,3 cm, Richard Green Gallery**

³¹⁸ Cultural Property Export Permit Application #103095 - Request for Review *Iris bleus, Jardin du Petit Gennevilliers*, CCEEBC, 13 juillet 2017 aux paras 25, 27 et 30.

³¹⁹ Patrimoine Canada, *L'intérêt exceptionnel et l'importance nationale (IE/IN) - Préparer une justification efficace de l'IE/IN pour l'attestation de biens culturels par la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels*, 2013.

³²⁰ Ce dossier portait sur l'octroi d'une licence d'exportation pour le tableau de Caillebotte. Ce tableau était dans une collection particulière au Canada depuis plusieurs décennies. En 2016, la maison Heffel

- [219] Le critère d'intérêt exceptionnel est essentiellement un critère lié aux qualités de l'objet. En somme, l'œuvre est-elle d'une qualité suffisante pour justifier qu'elle fasse partie de nos collections muséales ?
- [220] Dans le dossier Caillebotte, la Commission détermina qu'une toile pouvait être d'intérêt exceptionnel sans pour autant constituer un chef-d'œuvre de l'artiste³²¹. La Commission prit en compte la notoriété de Caillebotte, son rôle important dans le groupe des impressionnistes, le regain d'intérêt dont il fait l'objet, la facture et la qualité de l'œuvre et compara la toile à des œuvres semblables qui trouvent dans les collections de grands musées³²². Ainsi, même si *Iris bleus* n'était pas un des chefs-d'œuvre de l'artiste, son intérêt était suffisant pour mériter la protection de la LEIBC.
- [221] Alors que l'intérêt exceptionnel est un critère d'évaluation de l'objet en tant que tel, l'importance nationale est un critère relatif. En effet, il faut déterminer si la perte de l'objet « appauvrirait gravement » le patrimoine canadien.
- [222] Même si les critères d'IE et d'IN doivent faire l'objet d'une analyse distincte, nous avons de la difficulté à souscrire à la taxinomie proposée dans *L'intérêt exceptionnel et*

le vendit lors d'une vente publique à la Richard Green Gallery basée à Londres. Heffel demanda donc une licence d'exportation pour l'expédier à l'acheteur (Hadani Ditmars, « Contested export of a Caillebotte painting raises questions about Canadian cultural law », *The Art Newspaper* (25 juin 2019).). L'expert-vérificateur consulté par le service des douanes refusa dans un premier temps de recommander qu'un permis soit émis, ce qui força Heffel à demander une révision de cette décision devant la Commission. Dans une décision unanime des sept membres présents, la Commission imposa un délai de six mois avant que le permis soit octroyé afin de permettre à des institutions canadiennes de l'acquérir. Cette décision fut cassée en révision judiciaire par la Cour fédérale et finalement restaurée par la Cour d'appel fédérale. Voir : *Cultural Property Export Permit Application #103095 - Request for Review Iris bleus, Jardin du Petit Gennevilliers*, supra note 318; *Heffel Gallery Limited c Canada (Procureur général)*, supra note 57; *Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited*, supra note 57. L'auteur de ce texte se doit de préciser qu'il a représenté les huit musées de même que la Thomas Fisher Rare Book Library (Université de Toronto) qui sont intervenus devant la Cour d'appel fédérale.

³²¹ *Cultural Property Export Permit Application #103095 - Request for Review Iris bleus, Jardin du Petit Gennevilliers*, supra note 318 au para 30.

³²² *Ibid* aux paras 22-37.

l'importance nationale, qui répartit ainsi l'analyse IE / IN :

- Intérêt exceptionnel : lien étroit avec l'histoire du Canada ou la société canadienne, qualités esthétiques, valeur pour l'étude des arts ou des sciences³²³.
- Importance nationale : provenance, importance du créateur, origine, authenticité, état, caractère complet, rareté, représentativité, valeur documentaire ou de recherche et association contextuelle.

[223] Le guide inclut donc dans l'importance nationale des qualités qui sont intrinsèques à l'œuvre, dont notamment l'authenticité, la provenance et l'état. Ces critères devraient selon nous relever de l'intérêt exceptionnel. Il est en effet évident qu'un faux (sauf circonstances très particulières) ne saurait être d'intérêt exceptionnel et qu'il ne devrait donc ni entrer dans une collection publique ni être à exportation contrôlée.

[224] Rien dans l'économie de la loi exige que les critères d'IE et d'IN soient d'égale complexité d'analyse, il suffit que le bien culturel remplisse les deux critères. Il semble donc que le critère d'intérêt exceptionnel soit le caractère prédominant, celui qui implique une analyse de la substance de l'objet. Le critère d'importance nationale garantit plutôt qu'un bien culturel d'intérêt exceptionnel ne soit pas indûment gardé au pays si l'on dispose déjà de plusieurs bien culturels semblables et de qualité comparable dans des collections publiques. Imaginons que les pays A et B emploient exactement les mêmes critères d'IE et d'IN et qu'ils doivent évaluer l'exportation d'un tableau peint par une artiste d'un pays tiers. Nous estimons que les spécialistes des deux pays devraient normalement analyser de la même manière le critère d'intérêt exceptionnel et en venir aux mêmes conclusions. Par contre, pour l'importance nationale, l'analyse varierait entre celle effectuée dans le pays A et dans

³²³ Il s'agit de l'énoncé employé au para 11(1) LEIBC.

le pays B, selon les collections publiques et privées respectives. C'est d'ailleurs sur cet aspect de l'analyse qu'insista récemment la Cour d'appel fédérale :

[L]e critère de l'« importance nationale » prévu à l'alinéa 11(1)b) permet d'évaluer l'effet qu'entraînerait l'exportation de l'objet, c'est-à-dire l'importance de l'objet pour le Canada. Par exemple, un tableau pourrait présenter un « intérêt exceptionnel », et satisfaire ainsi au critère prévu à l'alinéa 11(1)a) en raison de sa beauté (esthétique), mais ne pas revêtir une « importance nationale », car de nombreuses autres œuvres semblables du même artiste, en meilleur état, se trouvent au Canada³²⁴. [nous soulignons]

[225] Cette lecture est appuyée par les changements législatifs de 2019. En effet, étant donné qu'une œuvre peut désormais recevoir une certification fiscale de la Commission sur la seule base du critère d'intérêt exceptionnel, il est à notre avis difficile de concevoir que la Commission laisse tomber toute analyse concernant la provenance, l'authenticité ou l'état de l'objet avant d'accorder un avantage fiscal à un donateur.

[226] Ainsi, et de tous les critères cités dans le guide *L'intérêt exceptionnel et l'importance nationale* qui doivent servir à définir l'importance nationale, le seul aspect qui nous semble déterminant est celui de la rareté. Dans le cas du Caillebotte, le fait que la toile était le seul Caillebotte dans une collection publique canadienne est à notre sens suffisant pour que cette toile soit déclarée d'importance nationale et pour justifier de surseoir à l'octroi d'un permis d'exportation³²⁵. *A contrario*, et indépendamment des caractéristiques de la toile, si de nombreuses collections de toiles impressionnistes et de nombreux Caillebotte se trouvaient déjà au Canada, la provenance, l'état ou l'authenticité du Caillebotte n'auraient pas nécessairement permis de remplir le critère d'importance nationale.

³²⁴ *Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, supra* note 57 au para 37.

³²⁵ *Cultural Property Export Permit Application #103095 - Request for Review Iris bleus, Jardin du Petit Gennevilliers, supra* note 318 au para 44. Pour l'ensemble du raisonnement sur l'importance nationale, voir para. 38-46.

- [227] La raison pour laquelle le dossier Caillebotte fit ensuite l'objet d'une révision judiciaire en Cour fédérale, puis d'un appel en Cour d'appel fédérale, est que la Maison Heffel contesta le fait qu'une œuvre pouvait être d'« importance nationale » même si cette œuvre était dépourvue de lien avec le Canada.
- [228] La Cour fédérale fit droit à cet argument, en statuant que sauf exception, l'importance nationale devait inclure un lien direct avec le Canada « comme avoir été retrouvés au Canada, avoir été fabriqués au Canada, avoir été fabriqués par une personne ayant déjà résidé au Canada, ou autrement avoir un certain lien avec l'histoire du Canada ou un thème ou un sujet canadien³²⁶. » La Cour fédérale cassa ainsi la décision de la Commission et lui ordonna de statuer *de novo*³²⁷.
- [229] Cette décision de la Cour fédérale, qualifiée d'« onde sismique³²⁸ », provoqua immédiatement une « chute libre³²⁹ » des dons d'œuvres d'art internationales dans les musées. En effet, l'imposition d'un critère de lien direct avec le Canada voulait dire que les œuvres internationales pouvaient être très facilement exportées. Cependant, il serait dorénavant bien plus difficile d'obtenir une certification fiscale de la Commission pour les dons d'œuvres d'art internationales. Pour reprendre une lettre ouverte de neuf directeurs de musées publiée dans la foulée de la décision de la Cour fédérale :

[C]omment bâtir notre patrimoine commun en évaluant de manière très limitative la pertinence d'inclure les maîtres comme Rembrandt ou Chagall ? Les œuvres des artistes d'Afrique, des Amériques ou d'Asie ne seraient pas considérées comme exemplaires de notre histoire collective ? Comment exclure

³²⁶ *Heffel Gallery Limited c Canada (Procureur général)*, supra note 57 au para 21.

³²⁷ Voir notamment les commentaires suivants de la décision : Alexander Herman, « Court decision on Caillebotte export rocks the boat », *Institute of Art & Law* (4 septembre 2018); Sarah Hugounenq, « Vers une libéralisation du marché canadien ? », *La Gazette Drouot* (15 novembre 2018); Louise Brunet et Yves Bergeron, « Un jugement à contresens de l'histoire et de l'intérêt des Canadiens », *Vie des arts* n°252 (Automne 2018) 40.

³²⁸ Catherine Lalonde, « L'écosystème des musées canadiens secoué », *Le Devoir* (30 août 2018).

³²⁹ Caroline Montpetit, « Les musées contestent le jugement Manson », *Le Devoir* (21 novembre 2018).

d'emblée les cultures du monde de l'édification de notre société canadienne alors qu'elle se caractérise par sa diversité ? Devons-nous expliquer aux futures générations que les œuvres internationales pourraient être exclues de l'imaginaire canadien ? Une sculpture de Grèce ou d'Égypte ancienne ? Une collection de calligraphies japonaises ou chinoises ? Des œuvres contemporaines de Warhol ou de Basquiat ? [...]

Selon l'interprétation du juge Manson, la donation de Kenneth Thomson de sa collection d'objets d'art de la Renaissance à l'Art Gallery of Ontario et celle des tableaux hollandais du XVII^e siècle de Michal Hornstein au Musée des beaux-arts de Montréal — les deux donations les plus importantes de collections d'œuvres d'art à ce jour dans l'histoire canadienne — ainsi que la donation de Ben Weider des objets de Napoléon auraient pu être déclinées, engendrant une perte énorme pour notre patrimoine canadien en plus de porter atteinte au paysage culturel canadien³³⁰.

[230] La Cour d'appel fédérale, appelée à se pencher sur le jugement de la Cour fédérale, accueillit l'appel en jugeant raisonnable l'interprétation de la Commission : ni le libellé de la LEIBC, ni l'historique législatif, limitait l'application de l'importance nationale aux seuls biens culturels qui avaient un lien direct avec le pays³³¹. Cet arrêt eut pour conséquence directe de retarder l'exportation du Caillebotte afin qu'une institution canadienne puisse effectuer une offre pour l'acquérir. Mais surtout, les donateurs de biens culturels sans lien direct avec le Canada peuvent à nouveau obtenir une certification fiscale de la Commission. L'interprétation des critères d'IE / IN ayant été étudiés, nous nous attacherons à détailler comment sont octroyées les licences d'exportation et les certifications fiscales.

³³⁰ Lettre ouverte, « L'avenir des musées du pays est en jeu », *Le Devoir* (31 août 2018).

³³¹ *Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited*, *supra* note 57 aux paras 32-39. Des exemples précis provenant des débats législatifs étaient la position de la Commission validée par la Cour d'appel fédérale, et notamment l'exemple britannique d'un Titien qui ne put être exporté et qui fut finalement acquis par la National Gallery, vu son importance pour le Royaume-Uni, et ce malgré l'absence de lien entre l'artiste et le pays (Ian Clark, *Débat du Sénat, Comité sénatorial permanent de la santé, du bien-être et des sciences*, 30^e parl., 1^e sess., vol 1 (30 avril 1975) à la p 5:22.)

B. Les licences d'exportation

[231] Comme le souligne le Secrétaire d'État chargé de l'adoption de la LEIBC, le loi reprend assez largement les principes qui prévalent au Royaume-Uni en matière d'octroi des licences d'exportation :

En 1952, le gouvernement britannique publiait le rapport détaillé de la Commission Waverley dont le rôle était de chercher comment améliorer le contrôle des exportations. Voici quelques-unes de ses principales recommandations qui devraient, croyons-nous, inspirer au Canada la marche à suivre pour établir un système de contrôle. Premièrement, l'État se réserve le droit d'empêcher l'exportation d'objets d'une grande valeur dans certaines circonstances bien définies. Deuxièmement, dans tous les cas où l'on empêche l'exportation, on doit garantir au propriétaire de l'objet une offre d'achat à prix équitable. Troisièmement, le contrôle devra viser certaines catégories précises d'objets de valeur. Quatrièmement, en ce qui a trait aux objets importés depuis peu, il y aura une période pendant laquelle aucun contrôle ne viendra entraver le libre cours du commerce de ces objets. Cinquièmement, les offres d'achat, qui doivent respecter les conditions du contrôle des exportations, seront faites en fonction du prix du marché toutes les fois qu'il sera possible de les calculer selon le prix approximatif et équitable ayant alors cours. Sixièmement, on créera un fonds spécial dans le but de collaborer à l'achat des divers biens culturels déclarés d'importance nationale que l'on souhaite garder au pays³³².

[232] Pour savoir quels sont les objets « de grande valeur » qui font l'objet d'un contrôle, il faut se reporter à la Nomenclature.

1) La Nomenclature

[233] Pour qu'un bien culturel soit à exportation contrôlée, il doit entrer dans une des catégories de *Nomenclature des biens culturels canadiens à exportation contrôlée*, CRC, c 448, décret pris en application de l'article 4 de la LEIBC. La Nomenclature définit plusieurs catégories d'objets à exportation contrôlée :

- Groupe I – Objets trouvés sur ou dans le sol du Canada ou dans les eaux du Canada (minéralogie, paléontologie et archéologie)

³³² Intervention du Secrétaire d'État Hugh Faulkner (*Débats de la Chambre des communes, supra* note 301 à la p 3025.) Sur les licences d'exportation, voir généralement : *Guide d'exportation de biens culturels hors du Canada*, CH41-42F-PDF, Patrimoine Canada, 2017.

- Groupe II – Objets de culture matérielle ethnographique
- Groupe III – Objets militaires
- Groupe IV – Objets d’art appliqué et décoratif
- Groupe V – Objets relevant des beaux-arts
- Groupe VI – Objets scientifiques ou techniques
- Groupe VII - Pièces d’archives textuelles, pièces d’archives graphiques et enregistrements sonores
- Groupe VIII – Instruments de musique

[234] On note que si cette taxinomie constitue généralement une reformulation des catégories énoncées à l’article 1 de la Convention UNESCO 1970, le Canada ne choisit pas de restreindre l’exportation de l’ensemble des catégories d’UNESCO 1970, alors qu’il en avait pourtant la possibilité. Par exemple, alors que l’article 1(a) d’UNESCO 1970 énonce que les biens culturels comprennent des collections rares de zoologie, de botanique ou d’anatomie, ces catégories ne sont pas transposées en droit interne. Ainsi, le Canada devrait toujours interdire l’importation de collections rares de botanique illégalement exportée d’un autre pays partie à UNESCO 1970, mais l’exportation d’une collection rare de botanique depuis le Canada n’est pas contrôlée par la LEIBC.

[235] La protection de la Nomenclature est à géométrie variable. Dans certains cas, ce sont seulement les biens d’origine canadienne qui sont à exportation contrôlée. Le Groupe 1 protège uniquement les objets archéologiques trouvés au Canada. Pour les objets archéologiques étrangers, il n’existe pas de contrôle général et il faudrait que l’objet tombe précisément dans l’une de sections des autres groupes, par exemple, dans le groupe IV, un objet en or, un bijou ou des céramiques ayant une certaine valeur. Pour d’autres groupes, comme les beaux-arts, tant les œuvres canadiennes qu’internationales font l’objet d’une

protection, bien que les seuils minimaux de valeur de l'œuvre soient différents selon qu'il s'agisse d'une œuvre canadienne ou internationale. Pour une peinture ou une sculpture, l'exportation sera contrôlée à partir d'une valeur de 15 000\$ pour les artistes qui ont résidé sur le territoire qui constitue actuellement le Canada³³³, 20 000\$ pour les œuvres internationales qui ont un lien avec le Canada³³⁴, et 30 000\$ autrement³³⁵.

[236] On note que la Nomenclature exclut toute œuvre de moins de cinquante ans, ou toute œuvre dont le créateur est vivant. Cette exclusion générale a pour objectif d'empêcher de restreindre le commerce des œuvres contemporaines, et d'éviter que des artistes canadiens aient de la difficulté à vendre leurs œuvres à l'étranger : « nous ne devrions pas essayer d'exercer de contrôle sur les œuvres d'un artiste vivant, car ce serait porter atteinte au droit qu'il a de disposer de ses œuvres à son gré. Tout artiste devrait d'ailleurs être laissé libre de se faire une réputation internationale ; il devrait même y être encouragé³³⁶. »

[237] Le fait qu'un objet archéologique ou qu'une œuvre d'art tombe dans l'une des catégories de la Nomenclature ne signifie pas automatiquement que l'exportation sera interdite. Cependant, cela a pour conséquence qu'il est nécessaire d'obtenir une licence pour que l'objet sorte des frontières canadiennes.

2) L'octroi des licences d'exportation

[238] La LEIBC prévoit l'octroi de trois différents types de licences : générale, temporaire et

³³³ Groupe V, art. 2, Nomenclature.

³³⁴ Groupe V, art. 3, Nomenclature. Ce lien repose sur le fait que l'œuvre d'art a été commandée par une personne qui résidait sur le territoire qui constitue actuellement le Canada, illustre un thème canadien ou est lié à une personne ou à un événement canadien.

³³⁵ Groupe V, art. 4, Nomenclature. C'est d'ailleurs la raison fondamentale pour laquelle la Cour fédérale a erré dans son analyse dans le dossier Caillebotte. Le législateur a lui-même déjà décidé dans quels cas un lien direct était nécessaire pour qu'un objet soit à exportation contrôlée. Cet aspect de l'analyse s'effectue donc par le biais de la Nomenclature, et non par le critère d'intérêt national.

³³⁶ Secrétaire d'État Faulkner, *Débats de la Chambre des communes*, *supra* note 301 à la p 3026.

définitive. La licence générale est donnée aux organisations qui font régulièrement le transport international des biens culturels. La licence temporaire est accordée pour un bien culturel qui doit séjourner pour une durée limitée à l'étranger. C'est à la licence définitive qu'il est utile de s'attarder, car comme son nom l'indique, elle est réservée aux œuvres qui pourraient ne jamais revenir sur le territoire.

[239] Le processus d'octroi des licences définitives est résumé au Tableau 2. D'abord, la personne qui désire obtenir la licence d'exportation doit en faire la demande à un agent de l'Agence des services frontaliers. Actuellement, seize bureaux de l'agence sont habilités à délivrer des licences pour l'exportation de biens culturels, quoiqu'un seul est situé au Québec, Place d'Youville, à Montréal³³⁷. L'agent délivre sur le champ une licence s'il est convaincu que l'un des motifs d'octroi automatique s'applique, soit notamment que le bien culturel est exclu de la Nomenclature, ou soit parce qu'il remplit l'un des critères de l'article 7 LEIBC. Ces critères sont que le bien culturel fut importé au cours des trente-cinq années précédentes sans avoir été auparavant exporté sous le couvert d'une licence³³⁸, qu'il a été prêté à un établissement ou à une administration sise au Canada par une personne qui était alors un non-résident³³⁹ ou qu'il sera à l'extérieur du Canada pour moins de cinq années, ce qui permet alors de se qualifier pour une licence d'exportation temporaire, octroyée automatiquement³⁴⁰.

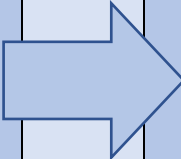
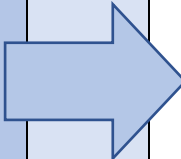
³³⁷ Agence des services frontaliers du Canada, *Mémoire D19-4-1*, 12 avril 2018.

³³⁸ Art. 7(a) LEIBC.

³³⁹ Art. 7(b) LEIBC.

³⁴⁰ Art 7(c) LEIBC et art. 12 et 13 du Règlement qui précise les conditions de sortie temporaire.

Tableau 2 : Processus d'octroi des licences d'exportation définitives			
Autorité	Octroi de licence ?	Motif	Disposition
Agent (Agence des services frontaliers)	Oui*	Le créateur du bien culturel est vivant ou l'objet fut créé il y a moins de cinquante ans.	8(2) LEIBC 2 Nomenclature
		Le bien culturel n'appartient pas à l'un des sept groupes de la Nomenclature ou n'a pas la valeur nécessaire.	8(2) LEIBC Nomenclature
		Le bien culturel fut importé il y a moins de trente-cinq ans, sans avoir été déjà exporté sous le couvert d'une licence.	7(a) LIEBC
		Bien culturel prêté à une institution canadienne par un non-résident.	7(b) LIEBC
		L'objet doit sortir du Canada pour une durée de moins de 5 ans.	7(c) LIEBC 12 et 13 Règlement
	Non	L'agent constate ou soupçonne que le bien culturel appartient à la Nomenclature et n'entre pas l'une des catégories ci-dessus.	8(3) LEIBC
Lorsque l'agent refuse la licence, il doit renvoyer sans délai l'examen à un expert-vérificateur			

Expert-vérificateur (spécialiste, souvent historien de l'art ou conservateur)	Oui*	Objet n'appartenant pas à la Nomenclature.	10 LEIBC
		L'objet appartient à la Nomenclature, mais (1) ne présente pas un intérêt exceptionnel ou (2) ne revêt pas une importance nationale.	11(1) et 11(2) LEIBC
	Non	L'objet : (1) appartient à la Nomenclature, (2) présente un intérêt exceptionnel et (3) revêt une importance nationale.	11(1), 11(3) et 13 LEIBC
 Dans les 30 jours de la réception d'un avis de refus de l'octroi d'une licence, la personne qui fait la demande de la licence peut demander à la Commission de réviser la décision (art. 29 LEIBC)			
Commission	Oui	L'objet appartient à la Nomenclature, mais (1) ne présente pas un intérêt exceptionnel ou (2) ne revêt pas une importance nationale.	29(3) et 29(4) LEIBC
		L'objet : (1) appartient à la Nomenclature, (2) présente un intérêt exceptionnel, (3) revêt une importance nationale, mais (4) la Commission ne juge pas possible qu'un établissement canadien offre dans les six mois un juste montant pour l'achat.	29(3) et 29(5)a) LEIBC
	Non Délai de 2 à 6 mois avec la délivrance de la licence	L'objet : (1) appartient à la Nomenclature, (2) présente un intérêt exceptionnel, (3) revêt une importance nationale et (4) la Commission juge possible qu'un établissement canadien offre dans les six mois un juste montant pour l'achat.	29(5)b) LEIBC
 La Commission fixe un délai de deux à six mois pour qu'une institution canadienne effectue une offre pour obtenir le bien culturel			

* Seul le Ministre du Patrimoine peut modifier, suspendre, annuler ou rétablir une licence émise par un agent ou un expert vérificateur.

Commission	Oui	Aucun établissement n'effectue une offre d'achat au comptant pour le bien culturel dans le délai imparti par la Commission.	30(4) LEIBC
	Licence inutile Achat du bien culturel	Un établissement effectue une offre d'achat refusée par le propriétaire. Ni l'établissement ni le propriétaire ne saisit la Commission pour établir le montant d'une juste offre au comptant.	NA
	Au moins trente jours avant la fin du délai fixé par la Commission, et après le refus d'une offre d'achat, l'établissement ou le propriétaire saisit la Commission pour qu'elle établisse le montant d'une offre au comptant (30(1), 30(2) et 30(3) LEIBC)		
Commission	Oui	L'établissement ne souhaite pas effectuer une offre au montant fixé par la Commission	30(5) LEIBC
	Licence inutile Achat du bien culturel	Le propriétaire et l'établissement acceptent de conduire la transaction selon le montant déterminé par la Commission	NA
	Non - délai de deux ans avant que l'on puisse refaire une demande de licence	Le propriétaire reçoit une offre mais ne souhaite pas vendre au prix fixé par la Commission	16 et 30(5) LEIBC

[240] Par contre, si l'agent constate ou soupçonne que l'objet appartient à la Nomenclature et qu'il n'est pas inclus dans l'une des catégories d'exonération mentionnées ci-haut, il doit renvoyer l'évaluation à un expert-vérificateur, spécialiste du domaine³⁴¹. En d'autres termes, l'agent peut effectuer des vérifications factuelles préliminaires, mais à partir du moment où l'objet semble *a priori* protégé, l'évaluation des qualités historiques ou artistiques de l'œuvre est l'apanage de l'expert-vérificateur.

[241] Lorsque l'expert-vérificateur est saisi par une demande de la part d'un agent, il doit vérifier si l'objet entre dans l'une des catégories de la Nomenclature. Si tel est le cas, il doit alors se demander si l'œuvre satisfait les critères d'intérêt exceptionnel et d'importance nationale dont nous avons déjà traités³⁴². Si le bien culturel n'entre pas dans la Nomenclature ou ne remplit pas les critères d'IE ou d'IN, il recommande à l'agent d'octroyer le permis³⁴³. Il doit également envoyer une copie de sa recommandation à la Commission et au Ministre du Patrimoine³⁴⁴. Si, par contre, l'expert-vérificateur estime que l'œuvre remplit les critères d'IE et d'IN du paragraphe 11(1) LEIBC, il recommande à l'agent, motifs à l'appui, de refuser l'octroi de la licence. Durant tout le processus décisionnel devant l'agent ou l'expert-vérificateur, le Ministre du Patrimoine peut suspendre, modifier ou annuler la licence³⁴⁵.

[242] Lorsque l'expert-vérificateur recommande qu'une licence ne soit pas émise, le demandeur dispose d'un délai de trente jours pour demander à la Commission de réviser la décision. La Commission doit alors se prononcer *de novo*³⁴⁶. Le demandeur peut donc, par exemple,

³⁴¹ Art. 8(3) LEIBC.

³⁴² Voir supra la sous-section « Intérêt exceptionnel et importance nationale », p. 119.

³⁴³ Art. 11(2) LEIBC.

³⁴⁴ Art. 10 et 11 (2) LEIBC.

³⁴⁵ Art. 15 LEIBC.

³⁴⁶ *Demande de permis d'exportation 103096 (Caillebotte)*, 2017 CCEEBC au para 17.

introduire une preuve d'historiens de l'art sur l'importance de l'œuvre qui fait l'objet de la demande. Dans sa décision, la Commission doit répondre à quatre questions : le bien culturel figure-t-il dans la Nomenclature ? Est-il d'intérêt exceptionnel ? Est-il d'importance nationale ? Et, finalement, un établissement canadien serait-il susceptible de faire une offre pour son acquisition ? Si la réponse à l'une de ces questions est non, la licence est émise sur le champ. Si la Commission répond affirmativement à toutes ces questions, la LEIBC ne donne pas à la Commission le droit d'empêcher l'exportation d'une œuvre³⁴⁷. La Commission peut alors cependant décréter un moratoire de deux à six mois avant que la licence soit émise, afin de permettre à un établissement canadien de faire une offre d'achat au comptant³⁴⁸. Si au bout du délai de deux à six mois, aucun établissement canadien n'a effectué d'offre d'achat, la licence est émise.

L'œuvre n'est pas
dans
le domaine public

Sinon, l'établissement ou le requérant peut demander à la Commission de fixer

**Illustration 20 : Otto Dix, *Portrait de l'avocat Hugo Simons* [1925]
tempera, 100,3 x 70,3 cm, MBAM**

un juste prix pour l'achat du tableau. Si le propriétaire refuse toujours de vendre au prix

³⁴⁷ *Ibid* au para 15.

³⁴⁸ Lorsque qu'un établissement arrive à amasser plus de 50% de la somme requise, il peut soumettre une demande pour une subvention au programme des subventions de biens culturels mobiliers : art. 35 LEIBC. Ce programme permet également de faire l'acquisition de biens culturels se trouvant à l'étranger.

indiqué par la Commission, il ne peut obtenir une licence d'exportation et ne peut refaire une demande pour obtenir une licence qu'après un délai de deux ans.

[243] Entre les années 1992-2005, environ 40% des œuvres qui étaient retenues pour un délai sont restées au Canada grâce à une acquisition par les institutions canadiennes³⁴⁹. On recense plusieurs œuvres importantes qui furent acquises par ce biais. On peut citer le magnifique portrait d'Hugo Simons par Otto Dix aujourd'hui au MBAM (voir illustration)³⁵⁰.

3) La saga David / Chagall

[244] Bien que le système des licences d'exportation ait globalement fonctionné adéquatement, il est utile de s'attarder à l'affaire David / Chagall, qui fit beaucoup de bruit en 2018, et qui, à notre avis, permet de mettre en lumière une faiblesse importante de l'économie de la LEIBC.

[245] Les demoiselles Cramaille donnèrent le *Saint-Jérôme* – réalisé par David en 1779 alors qu'il achevait sa formation à Rome – à la Fabrique de La Paroisse Notre-Dame-de-Québec en 1922 pour qu'il fût suspendu sur les murs de la Cathédrale de Québec (voir illustration). Bien que demeurant la propriété de la fabrique, le



**Illustration 21 : Jacques-Louis David, *Saint Jérôme entendant les trompettes du Jugement dernier* [1779]
huile sur toile, 174 x 124 cm, Fabrique de la Paroisse de Notre-Dame-de-Québec**

³⁴⁹ *Rapport cumulatif 1992-1993 à 2003-2004 et Raport annuel sur l'administration de la Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels 2004-2005*, CH4-99/2005, 2005 à la p 5.

³⁵⁰ *Ibid* aux pp 37, 55-56 et 58.

tableau fut plus tard confié au MCQ et est exposé depuis quelques années au MBAM. La fabrique, qui a besoin d'argent pour rénover la cathédrale ainsi que l'Église Notre-Dame-des-Victoires, annonça en 2016 qu'elle souhaitait se départir du David.

[246] Le MBAC déposa une offre, conditionnelle à la vente d'un Chagall (*La Tour Eiffel*, voir illustration)³⁵¹, entrée dans ses collections depuis plusieurs décennies. Le MBAC obtint un permis d'exportation du Chagall sur la recommandation d'un expert-vérificateur qui ne la jugea pas d'intérêt exceptionnel³⁵². On exporta donc le tableau afin qu'il soit vendu par la maison Christie's à Londres. L'annonce publique de l'opération fut effectuée alors que le tableau avait déjà quitté le pays.

[247] Devant la levée de boucliers du milieu culturel, le Ministère de la culture québécois obtint le classement du David en vertu de la *Loi sur le patrimoine culturel*, RLRQ c P-9.002, empêchant que l'œuvre sorte du Québec. Face à la tempête, le Conseil d'administration du MBAC rétropédala, annonça qu'il renonçait à vendre le tableau, et un mécène anonyme accepta de payer la pénalité pour l'annulation de la vente. Aucune sanction ne fut prononcée à l'encontre du directeur du MBAC, qui était en fin de mandat et qui fut depuis remplacé. Tout est bien qui finit bien ? Certes, le Chagall demeure à Ottawa et le David au Québec. La réaction de l'opinion publique est également un signe très positif quant à la volonté de préserver le patrimoine. Il est inutile d'insister sur les conséquences qui sont plutôt d'ordres politique et éthique pour le MBAC, qui aliéna un tableau majeur en cachette alors que sa propre politique insiste sur la transparence nécessaire dans ce genre

³⁵¹ Catherine Lalonde, « Un Chagall contre un David et deux églises », *Le Devoir* (2 avril 2018).

³⁵² Catherine Lalonde, « «La tour Eiffel» de Chagall restera finalement au pays », *Le Devoir* (27 avril 2018).

d'opérations³⁵³. Notre commentaire se bornera aux faiblesses de la LEIBC.

L'oeuvre n'est pas
dans
le domaine public

**Illustration 22 : Marc Chagall, *La Tour Eiffel*, [1929]
Huile sur toile, 100 x 81,8 cm, MBAC**

[248] L'expert-vérificateur dans l'affaire du Chagall conclut de manière surprenante que le tableau, l'une des plus belles œuvres du MBAC, n'était pas d'intérêt exceptionnel. Dans pareil cas, l'expert-vérificateur doit envoyer une copie à la Commission et au Ministre du

³⁵³ Musée des beaux-arts du Canada, *Politique d'aliénation*, 14 mars 2017, sect 7(d). Sur les problèmes de gouvernance du musée, voir : Leah Sandals, « Why the Chagall Debacle Still Matters, and What to Fix Now », *Canadian Art* (2 mai 2018).

Patrimoine, ce qui ne semble pas avoir été fait³⁵⁴. Mais même si l'avis avait été envoyé en bonne et due forme, rien ne permettait à la Commission d'intervenir³⁵⁵. En effet, la LEIBC prévoit seulement un appel à la Commission lorsque l'expert-vérificateur refuse d'octroyer un permis. Il serait infiniment préférable que la Commission dispose d'une courte période pour s'autosaisir d'un dossier lorsqu'elle reçoit une copie d'un avis de l'expert-vérificateur recommandant la délivrance d'une licence d'exportation alors qu'elle juge que le cas mérite une audition devant la Commission. Dans le cas du Chagall, et peu importe le résultat auquel la Commission serait arrivée, c'était bien à elle de se prononcer sur l'exportation d'une œuvre aussi importante. Il semble donc hasardeux de laisser, comme à l'heure actuelle, à un seul expert-vérificateur le pouvoir de décider de l'exportation d'un bien culturel, sans aucune procédure d'appel.

4) Dispositions pénales

[249] Finalement, il faut noter que comme l'importation illicite (voir p. 110), la LEIBC contient des dispositions concernant l'exportation illicite d'un bien culturel hors du Canada. Les éléments constitutifs de l'infraction sont les suivants³⁵⁶ :

- 1) L'accusé exporte ou a tenté d'exporter ;
- 2) Un bien culturel appartenant à la Nomenclature ;
- 3) Sans avoir de licence d'exportation.

[250] Il s'agit d'une infraction à responsabilité stricte, ce qui permet à l'accusé de soumettre une défense de diligence raisonnable³⁵⁷.

³⁵⁴ Michel Bellemare, « Délivrance du permis d'exportation du Chagall: un élément de la procédure n'aurait pas été respecté », *Journal de Montréal* (22 avril 2018).

³⁵⁵ La seule personne qui pouvait agir à ce moment était la Ministre du Patrimoine, qui refusa d'intervenir.

³⁵⁶ *R c Groulx*, 2004 CanLII 35502 (QC CS, 760-36-000346-042) .

³⁵⁷ *Ibid* au para 33.

C. La fiscalité

1) Une mesure de contrôle des exportations

- [251] Le second aspect de la politique de contrôle des exportations est le système de la certification fiscale. La LEIBC octroie des avantages fiscaux à un collectionneur qui désire donner une œuvre à une institution muséale. Mais pourquoi la LEIBC, loi de mise en œuvre de la Convention UNESCO 1970 sur le commerce international des biens culturels, s'occupe-t-elle de fiscalité ?
- [252] Une première raison, pragmatique, est que les dix membres de la Commission sont des spécialistes du domaine des arts. La Commission est donc la mieux placée pour s'assurer que le montant des crédits fiscaux demandés par les institutions est juste et que les œuvres données sont d'une qualité suffisante pour justifier l'octroi de deniers publics.
- [253] Plus fondamentalement, les incitatifs fiscaux sont certes une manière d'aider les musées, mais ils sont également intimement liés au contrôle des exportations, en donnant indirectement aux institutions canadiennes la possibilité d'obtenir des œuvres qui pourraient autrement être vendues sur le marché international. Incitatifs fiscaux et licences d'exportation sont des dispositions complémentaires qui permettent d'arriver à l'objectif du législateur de conserver au pays le patrimoine culturel³⁵⁸.
- [254] Pour défendre le projet de loi qui allait devenir la LEIBC, on cita à la Chambre des communes l'exemple de la collection Hirshhorn, érigée par un magnat de l'uranium, qui ne put être donnée au Canada faute de dispositions fiscales : « La ville de Washington dispose actuellement de l'un des plus grands musées d'art moderne, lequel lui a été légué par M. [Hirshhorn], un Canadien. Pourquoi ? Parce que nos lois fiscales à cette époque ne

³⁵⁸ *Art Gallery of Ontario c Canada (Commission d'examen des exportations de biens culturels)*, [1994] 3 CF 691 (Rothstein, j) (permission d'appel refusée, CSC, 21 septembre 2000, 27748) aux paras 8 et 9.

permettaient pas à ce collectionneur d'obtenir les exemptions qu'on lui offrait outre-frontière³⁵⁹. » Devant le Sénat, les incitatifs fiscaux furent ainsi décrits comme devant dissuader les exportations :

Ce sont des dispositions très importantes, qui encourageront fortement les particuliers qui possèdent des biens culturels d'une grande valeur, mentionnés ou non dans la nomenclature, à les vendre ou les céder aux établissements canadiens appropriés, au lieu d'essayer de les exporter. Ces stimulants ont été fort bien accueillis par les collectionneurs, les associations commerciales représentant les marchands d'objets d'art et d'antiquités, ainsi que les établissements chargés de conserver ces objets. Ils aideront considérablement à préserver et enrichir notre patrimoine national, à répartir nos biens plus équitablement entre les régions et à les rendre plus accessibles au public³⁶⁰.

[255] Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale, reprenant des extraits des débats parlementaires, renchérit :

Au moment où il soumit au Parlement son projet de Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels, le gouvernement du Canada a expliqué que « des stimulants sous forme de mesures fiscales à l'égard du don et de la vente de biens culturels à des établissements de conservation reconnus » seraient nécessaires « dans le but d'acheminer les trésors nationaux vers les établissements les mieux placés pour les conserver », et que les exemptions fiscales seraient « essentielles au fonctionnement du programme³⁶¹ ».

[256] Plus récemment, la Cour d'appel fédérale réaffirma l'importance des incitatifs fiscaux dans l'économie générale de la loi :

Les incitatifs encouragent les propriétaires à faire don de leurs biens culturels d'importance nationale ou à les vendre à des établissements désignés, ce qui empêche la ghettoïsation culturelle de nombre d'établissements canadiens en leur permettant d'acheter des œuvres d'art en vue de préserver le patrimoine culturel au profit des générations à venir. Les incitatifs fiscaux jouent donc un rôle crucial dans l'application du régime global établi par la Loi [...] ³⁶².

³⁵⁹ Intervention de Serge Joyal, *Journal des Débats de l'Assemblée nationale du 30 juin 1976*, 17, n° 57, Éditeur officiel du Québec, 1976 à la p 3035.

³⁶⁰ Maurice Lamontagne, Intervention de *Débat du Sénat*, *supra* note 314 à la p 763.

³⁶¹ *Whent c R*, [1999] FCJ No 1874, [2000] 1 CTC 329 (FCA, Sexton, j) (permission d'appel refusée, CSC, 21 septembre 2000) au para 1. Voir également : *Delisle c Ferguson*, 2006 CarswellOnt 8205 (Connolly, j) (ONSC) (WL) au para 4; note 350 à la p 9; Clark, *supra* note 300 à la p 13; Mueller et Zedde, *supra* note 300 à la p 34.

³⁶² *Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited, Canada (Procureur général) c Heffel Gallery Limited*, *supra* note 57 au para 57.

[257] Ces dispositions fiscales sont, au fil du temps, devenues une partie intégrante de la politique culturelle canadienne. Les musées disposent souvent de budgets d'acquisition restreints. Cette aide indirecte, soit la possibilité d'offrir aux donateurs des avantages fiscaux importants, est d'autant plus importante :

Il arrive que des biens culturels canadiens soient effectivement vendus à des établissements désignés, mais les fonds affectés à ce genre d'acquisitions sont limités et les principaux établissements culturels canadiens comptent plutôt sur la générosité des donateurs³⁶³.

Tableau 3 : Source de financement des œuvres entrées dans les collections du MBAM (2014-2018) et du MAC (2012-2017)							
MBAM		Œuvres acquises par achats		Œuvres acquises par dons			
				sans attestation de la Commission		avec attestation de la Commission	
		Nombre / Valeur		Nombre / Valeur		Nombre / Valeur	
	2014-2015	37	1 824 901 \$	191	963 416 \$	441	57 791 813 \$
	2015-2016	58	1 190 953 \$	395	2 114 641 \$	88	8 627 299 \$
	2016-2017	26	706 750 \$	138	1 071 371 \$	222	6 888 919 \$
	2017-2018	59	1 606 390 \$	718	1 423 849 \$	194	10 757 113 \$
	Total	180	5 328 994 \$	1442	5 573 277 \$	945	84 065 144 \$
	%	7%	6%	56%	6%	37%	88%
MAC		Œuvres acquises par achats		Œuvres acquises par dons			
		Nombre / Valeur		Nombre / Valeur			
	2012-2013	7	302 500 \$	56	2 994 300 \$		
	2013-2014	5	445 200 \$	13	1 794 645 \$		
	2014-2015	6	231 834 \$	33	1 762 553 \$		
	2015-2016	6	474 100 \$	76	1 818 030 \$		
	2016-2017	13	403 211 \$	15	197 050 \$		
	Total	37	1 856 845 \$	193	8 566 579 \$		
	%	16%	18%	84%	82%		

³⁶³ *Art Gallery of Ontario c Canada (Commission d'examen des exportations de biens culturels)*, supra note 359 au para 12. Voir également : note 350 à la p 4.

- [258] Le comparatif des budgets d'acquisitions et des œuvres reçues par le biais des certifications fiscales est très éloquent sur l'importance qu'ont pris les dons dans la politique d'acquisition des institutions. Pour prendre l'exemple du MBAM³⁶⁴ et du MAC³⁶⁵ (Tableau 3), les achats constituent la portion congrue des œuvres qui entrent dans les collections chaque année.
- [259] On note finalement que le régime des crédits fiscaux permet au gouvernement de simplifier l'octroi d'aide à des institutions qui dépendent d'une mosaïque de statuts juridiques et qui ont des liens très variables avec différents paliers de gouvernement. Pour ne prendre que l'exemple de quelques institutions montréalaises qui sont des organismes désignés (c'est-à-dire que des donateurs à ces institutions peuvent obtenir un certificat fiscal) : le MBAM est un musée privé constitué en vertu d'une loi spéciale³⁶⁶ ; le MAC est l'un des trois musées publics nationaux qui dépend d'une loi particulière³⁶⁷ ; le Musée McCord, Pointe-à-Callière et l'Institut culturel Avataq sont des OBNL constitués en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*³⁶⁸ ; le Centre canadien d'architecture est également un OBNL, mais constitué en vertu de la loi fédérale³⁶⁹ ; alors que la galerie de l'UQAM, le musée Redpath et la Galerie Leonard & Bina Ellen n'ont pas de personnalité juridique propre et

³⁶⁴ *Affidavit de Nathalie Bondil, directrice générale et conservatrice en chef du Musée des beaux-arts de Montréal*, Avis de requête des intervenantes proposées (dossier A-223-18, Cour d'appel fédérale), 19 octobre 2018 à la p 18. Il s'agit des dates de l'année fiscale du MBAM, qui va du 1er avril au 31 mars. Les œuvres données sont comptabilisées par rapport à la date du don, et non de l'émission du reçu fiscal.

³⁶⁵ *Affidavit de John Zeppetelli, directeur général et conservateur en chef du Musée d'art contemporain de Montréal*, Avis de requête des intervenantes proposées (dossier A-223-18, Cour d'appel fédérale), 19 octobre 2018 à la p 441.

³⁶⁶ *Loi sur le musée des beaux-arts de Montréal*, RLRQ c M-42.

³⁶⁷ *Loi sur les musées nationaux*, RLRQ c M-44.

³⁶⁸ RLRQ, c. C-38.

³⁶⁹ *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*, L.C. 2009, ch.23.

font partie intégrante de leurs universités respectives³⁷⁰. Il est ainsi beaucoup plus aisé d'octroyer des crédits fiscaux identiques aux donateurs, et ce peu importe l'institution à laquelle ils souhaitent donner, ce qui évite que l'essentiel des subventions culturelles fédérales échoit à quelques musées fédéraux³⁷¹.

2) Les organismes désignés

[260] Lorsqu'un particulier ou une entreprise souhaite donner une œuvre d'importance à un musée, il doit s'assurer que l'institution est un organisme désigné par Patrimoine Canada. C'est l'organisme désigné qui soumettra directement la demande d'attestation à la Commission.

[261] Un organisme désigné est une institution qui a fait la preuve qu'elle dispose de capacités de conservation à long terme des œuvres et qu'elle peut les rendre accessibles au public. L'établissement peut être de catégorie « A » et peut ainsi recevoir tout bien culturel provenant d'une classe de la Nomenclature, ou alors être de catégorie « B » et être seulement désigné pour une collection précise. Au 1^{er} août 2018, 54 institutions québécoises avaient une désignation de catégorie « A » pour au moins un groupe de biens culturels. On compte évidemment les principaux musées, mais également des universités, des municipalités, des bibliothèques ou la Cinémathèque québécoise.

[262] L'organisme désigné qui reçoit un don doit soumettre à la Commission un dossier qui justifie en quoi le bien est d'intérêt exceptionnel, et qui donne une évaluation de sa juste valeur marchande. Si la Commission est d'accord que le bien culturel est d'intérêt exceptionnel, elle remet un reçu pour sa juste valeur marchande. Cette certification donne

³⁷⁰ Le MAC, ainsi que le MNBAQ et le Musée de la civilisation sont régis par la *Loi sur les musées nationaux*, RLRQ c M-44.

³⁷¹ *Débat du Sénat*, *supra* note 314 aux pp 764-765.

deux avantages au donateur : le gain en capital sur l'œuvre ne sera pas imposé, et il peut obtenir une déduction fiscale pour la pleine valeur fiscale de l'œuvre. Ce crédit peut être reporté sur 5 années.

Tableau 4 : Exemple illustrant les avantages fiscaux pour un particulier qui souhaite se départir d'un bien culturel			
	Œuvre vendue sur le marché	Œuvres donnée	
		sans attestation	avec attestation
Revenu net du donateur	96 000 \$	96 000 \$	96 000 \$
Valeur de l'œuvre	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$
Reçu pour la valeur du don	-	10 000\$	10 000 \$
Coût de l'œuvre d'art	1 000 \$	1 000 \$	1 000 \$
Commission pour la vente	2 000 \$	-	-
Gain en capital sur l'œuvre d'art	7 000 \$	9 000 \$	8 000 \$
Portion imposable - gain en capital (50%)	3 500 \$	4 500 \$	-
Impôt sur le gain en capital ³⁷²	1 600 \$	2 056 \$	-
Crédit d'impôt fédéral ³⁷³	-	2 872 \$	2 872 \$
Crédit d'impôt provincial ³⁷⁴	-	2 990 \$	2 990 \$
Valeur totale de l'avantage	6 400 \$	3 806 \$	5 862 \$

[263] Le Tableau 4 compare l'avantage que reçoit un contribuable qui a acheté une œuvre pour 1 000 \$ et qui vaut maintenant 10 000 \$. Trois scénarios sont envisagés : soit il la vend sur le libre marché, soit il la donne à un organisme de bienfaisance sans obtenir de certification

³⁷² En 2019, le taux marginal d'imposition combiné au Québec et au fédéral pour la tranche de revenus entre 106 555\$ et 147 667 était de 45,710% (voir : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/impot/particuliers/foire-questions-particuliers/taux-imposition-canadiens-particuliers-annee-courante-annees-passees.html>, consulté le 4 juin 2019). La certification de la Commission exonère le contribuable de tout impôt sur le gain en capital.

³⁷³ Voir article 118.1 et para. 248(30)ss *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5e suppl). Dans le cas présent, il s'agit d'un crédit de 15% sur la première tranche de 200\$ et 29% sur le reste du montant. Pour les plus haut revenus, ce taux peut atteindre 33%. Voir également : Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, *Crédit d'impôt pour dons*, 2019.

³⁷⁴ Voir l'article 752.0.10.1ss *Loi sur les impôts*, RLRQ c I-3 pour le détail. Dans le cas présent, il s'agit d'un crédit de 20% sur la première tranche de 200\$ et 24% sur le reste du montant. Pour les plus haut revenus, ce taux peut atteindre 25,75 %. Au Québec, le don est majoré de 25%.

de la Commission, ou alors l'œuvre est certifiée par la Commission. Comme le montre le tableau, après avoir calculé les impôts et les différents avantages fiscaux, il est presque aussi avantageux de donner une œuvre et d'obtenir une certification (5 862 \$) que de la vendre sur le marché (6 400 \$). Par contre, le don à un organisme de bienfaisance est nettement moins avantageux (3 806 \$).

[264] Ces incitatifs fiscaux ont permis aux musées canadiens d'obtenir des œuvres d'art de première importance ces dernières décennies, alors que leurs budgets d'acquisitions auraient été insuffisants pour acheter directement ces œuvres. La faiblesse principale du mécanisme actuel est que les gouvernements semblent estimer que ces crédits fiscaux sont en soi suffisants et qu'ils constituent un équivalent adéquat, un remplacement à des budgets d'acquisition substantiels. Le don fiscal fait certes en sorte d'encourager les donateurs à être généreux envers les musées. Cependant, l'accroissement des collections muséales provient ainsi largement des collections privées ; le goût des collectionneurs prend l'ascendant sur celui des conservateurs dans le développement des collections. Si le musée constate un trou important dans ses collections, il lui est beaucoup plus difficile de pallier ce manque que s'il disposait des fonds nécessaires pour effectuer des acquisitions sur le marché. Pour que les collections de nos institutions soient cohérentes et que les conservateurs puissent avoir les moyens de les compléter, il est nécessaire qu'en plus des incitatifs fiscaux existants, les musées disposent de réels fonds d'acquisition.

L'anamorphose ponctuelle

- [265] Les célèbres *Ambassadeurs* de Hans Holbein ne révèlent leur sens que si l'observateur passe d'une vue d'ensemble éloignée – portait de jeunes hommes brillants, au fait des avancées de leur époque – à une observation au ras du tableau pour distinguer l'anamorphose du crâne, vanité qui transforme le sens de l'œuvre. Le juriste qui s'intéresse à l'art est pris dans un mouvement continu analogue. Alors que le droit commun convient parfaitement à de nombreuses situations qui impliquent des œuvres d'art, la particularité de l'œuvre oblige le juriste à prendre ses distances, ou à réaliser un patient travail de mise en perspective, afin de saisir adéquatement l'importance d'un objet qui transcende le lieu et l'époque.
- [266] La présente étude a abordé cinq situations qui commandent toutes une distance plus ou moins prononcée, une anamorphose plus ou moins poussée, du droit commun. La valeur est la situation dont il est le plus simple de rendre compte. L'acquéreur dépensier est dans la même situation que n'importe quel autre acheteur imprudent. Les règles générales et bien balisées de la lésion, du dol et du droit de la consommation sont amplement suffisantes.
- [267] L'authenticité est dans une position intermédiaire, et même réflexive. Les cas complexes posés par les attributions et les réattributions permettent de nourrir la réflexion du droit privé sur l'erreur. Quant à l'activité de l'expert, elle pose des problèmes encore inexplorés dans notre droit, qui va nécessiter un difficile arrimage entre le droit privé, la liberté d'expression et la recherche historique. Pour toutes les questions d'attribution, des aménagements sont nécessaires pour que la logique juridique, désireuse de certitudes, s'adapte aux changements et aux débats qui sont consubstantiels à l'activité de l'historien de l'art.

- [268] Les biens sacrés sont quelque peu à part, car ils constituent un droit d'exception à la fois vénérable quant à son ancienneté, bien que forcément mésadaptés aux réalités du monde de l'art lorsqu'un bien a une destination sacrée et présente des qualités esthétiques. Le régime des choses sacrées a cependant le mérite de rappeler que le concept même d'art, qui sous-tend notre discipline, est bien récent, et le résultat d'une transformation essentielle du rôle de l'œuvre dans le monde.
- [269] Il y a finalement la provenance et le commerce international. C'est ici que le juriste doit prendre ses distances du droit positif. Face à un droit inadapté, qui dérégule les échanges et qui peine à trouver un juste équilibre entre les revendications des propriétaires dépossédés et des acquéreurs subséquents, les conventions UNESCO 1970 et UNIDROIT 1995 sont des tentatives pour créer un système normatif dérogatoire, universel et adapté à l'importance des biens culturels. « Gardez-vous cependant d'imiter vos aînés, écrit Rodin dans son testament artistique. En respectant la tradition sachez discerner ce qu'elle renferme d'éternellement fécond. » C'est aussi la tâche du juriste qui s'intéresse à l'œuvre d'art et aux antiquités. Il doit toujours partir des règles générales. Mais le droit commun ne saurait l'étouffer. Il doit tracer son chemin lorsque des adaptations, voire même des transformations, sont nécessaires.