UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2020

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination. Réflexions à propos de l'ATF 145 IV 294

Ludwiczak, Maria

How to cite

LUDWICZAK, Maria. Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination. Réflexions à propos de l'ATF 145 IV 294. In: forumpoenale, 2020, n° 2, p. 149–154.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:134231

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Maria Ludwiczak Glassey, Dr. iur., Chargée de cours à l'Université de Genève,
Chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel,
Enseignante à la Haute école de gestion ARC, Neuchâtel[1]

Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination

Remarques à propos de l'ATF 145 IV 294

Table des matières :

I. Introduction
II. La double incrimination en droit de l'entraide internationale
III. En particulier : s'agissant d'exportation de biens culturels
1. Droit applicable à l'entraide en matière pénale
2. Détermination du comportement incriminé faisant l'objet de la demande d'entraide
3. Recherche d'une disposition pénale suisse applicable
4. Analyse de l'art. 24 al. 1 let. d LTBC
a) Les éléments de fait : bien culturel et intention
b) Le caractère illicite de l'exportation
c) L'inscription dans l'inventaire fédéral
aa) Un bien propriété de la Confédération
bb) Un bien inscrit à l'inventaire fédéral
IV. Remarques conclusives

I. Introduction

En 2019, une affaire d'entraide judiciaire internationale en matière pénale avec l'Italie portant sur l'exportation de biens culturels a occupé les tribunaux suisses. Ils ont dû se prononcer sur la question de savoir si la Suisse devait restituer à l'État requérant, en vue de confiscation, un tableau, plus précisément une peinture à l'huile sur toile avec un cadre en bois doré attribuée à Léonard de Vinci et représentant le portrait d'Isabelle d'Este. Sur demande italienne, le tableau avait été localisé à Lugano puis séquestré en 2015. Suite à la condamnation de A., propriétaire du tableau, pour exportation illicite de l'œuvre du territoire italien, l'Italie a demandé sa restitution en application d'une décision de confiscation passée en force[2]. Le Tribunal pénal fédéral[3] (TPF) a ordonné la remise, mais le Tribunal fédéral[4] (TF) a cassé la décision au motif que la condition de la double incrimination faisait défaut.

C'est l'occasion de revenir sur la condition de la double incrimination (appelée aussi double punissabilité), essentielle en droit de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (II.), puis de questionner sa portée plus particulièrement en matière d'exportation de biens culturels en analysant l'arrêt rendu par le TF (III.).

II. La double incrimination en droit de l'entraide internationale

L'une des conditions essentielles posées par le droit de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale est la double incrimination. En effet, lorsque l'acte sollicité par l'État requérant implique l'usage de la contrainte – notamment lorsque l'État étranger demande à la Suisse de lui restituer un objet aux fins de confiscation selon l'art. 74*a* de la Loi fédérale sur l'entraide internationale ne matière pénale (EIMP)[5] – la condition de la double incrimination doit être remplie à défaut de quoi l'entraide ne peut être accordée. La double incrimination est prévue en droit international liant la Suisse à l'art. 5 par. 1 let. a de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du

1 L'auteure tient à remercier M. Daniel Caicedo Lattion et Mme Romane Guillo, stagiaires académiques à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour leurs recherches approfondies ainsi que Me Marie Boillat Pfammatter pour les enrichissantes discussions.

2 Une première demande avait été rejetée au motif que la décision de confiscation n'était pas définitive (TPF, 23.12.2016, RR.2016.181).

3 TPF, 4.9.2018, RR.2018.182.

4 ATF 145 IV 294, SJ 2019 I 381 (rés.). Le cas a été renvoyé au TPF pour nouvelle décision dans le sens des considérants (TPF, 24.6.2019, RR.2019.117).

5 RS 351.1.

20 avril 1959 (CEEJ)[6] et à l'art. X de l'Accord complétant la CEEJ conclu entre la Suisse et l'Italie (Accord CEEJ CH-I)[7]. En droit suisse interne, la condition est prévue à l'art. 64 al. 1 EIMP d'après lequel les mesures impliquant « la contrainte prévue par le droit de procédure ne peuvent être ordonnées que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse ».

En application du principe de la confiance internationale, la Suisse comme État requis n'a pas à vérifier si les faits sont constitutifs d'une infraction en droit de l'État requérant et peut se fier aux déclarations de celui-ci[8], en particulier aux éléments figurant dans la demande d'entraide qui doit faire état de ladite qualification (art. 28 al. 2 let. c EIMP).

La description des faits figurant dans la demande d'entraide doit être suffisamment claire pour permettre à la Suisse de se prononcer sur la réalisation de la condition de double incrimination au regard du droit suisse, sans toutefois qu'un exposé complet et exempt de lacunes ne soit exigé[9], en particulier lorsque la demande est présentée en cours de procédure pénale aux fins d'éclairer certains aspects encore irrésolus. En cas de demande de restitution adressée à la Suisse sur la base de l'art. 74*a* EIMP suite à une décision définitive de confiscation, c'est à l'aune des faits définitivement retenus au terme de la procédure pénale dans l'État requérant que l'analyse doit avoir lieu[10]. Les autorités suisses sont liées par l'état de fait exposé dans la demande, à moins qu'il contienne des « erreurs, lacunes ou contradictions évidentes et immédiatement établies » qui feraient apparaître la démarche de l'État requérant comme un abus manifeste[11].

L'examen de la double incrimination a lieu comme si l'on envisageait une procédure pénale basée sur un état de fait analogue[12]. Il s'agit donc de se demander si l'état de fait, tel qu'il s'est déroulé dans l'État requérant et qu'exposé dans la demande d'entraide, réaliserait, *prima facie*, les conditions d'une infraction en droit pénal suisse[13]. La réalisation des seuls éléments constitutifs des infractions prévues par le droit suisse – que ce soit le CP ou le droit pénal accessoire – doit être analysée. En effet, l'art. 35 al. 2 let. a EIMP régissant l'extradition mais applicable par analogie[14], prévoit qu'il n'est pas tenu compte « des conditions particulières de ce droit en matière de culpabilité et de répression », à savoir par exemple les conditions objectives de punissabilité ou les formes particulières d'intention[15]. Lors de l'analyse, l'autorité suisse d'exécution de l'entraide ne peut pas interpréter la disposition légale plus largement que ne le ferait le juge pénal national. Les règles d'interprétation doivent elles aussi être appliquées de la même manière, en particulier la recherche du sens véritable de la loi[16].

L'analyse ayant lieu *in abstracto*, il ne s'agit pas de se demander si une peine pourrait concrètement être infligée[17]. Le principe de la double incrimination ne consiste pas non plus à vérifier l'identité des normes. En d'autres termes, les faits n'ont pas à revêtir, en droit de l'État requérant et en droit suisse, la même qualification juridique. Ils n'ont pas à être punissables de peines équivalentes dans les deux droits[18].

L'analyse de l'incrimination en droit suisse doit avoir lieu *mutatis mutandis* : une transposition, voire une adaptation des faits peut à notre sens être nécessaire[19]. À titre d'exemples, nous pouvons citer les cas suivants. Lorsque l'état de fait réprimé par hypothèse au Royaume-Uni consiste en la conduite dans cet État d'un véhicule automobile sur le côté droit de la chaussée, il s'agira de considérer les faits comme une conduite du mauvais côté de la chaussée, ou, en d'autres termes, remplacer « conduite à droite » par « conduite à gauche » pour les besoins de l'analyse de la double incrimination en droit suisse[20]. Ce type d'adaptation permet de prendre en considération les différences existant entre les systèmes juridiques des États, tout en tenant compte de l'application territoriale du droit pénal.

Une transposition est également nécessaire lorsque la disposition pénale considérée mentionne une nationalité[21].

6 RS 0.351.1. Voir aussi la déclaration de la Suisse relative à cette disposition.
7 Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application, RS 0.351.945.41.
8 ATF 116 Ib 89, 94.
9 ATF 117 Ib 64, 88.
10 TPF 2017 103, 105 s.
11 ATF 142 IV 250, 258, JdT 2017 IV 98 ; ATF 133 IV 75, 79 ; ATF 132 II 81, 85 ; ATF 126 II 495, 501.
12 ATF 132 II 81, 90 s., SJ 2006 I 284 ; Ludwiczak Glassey, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018, N° 431. Voir aussi Capus, Strafrecht und Souveränität. Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2010, 434 ss. ; Raschèr/Bomio, in : Mosimann/Renold/Raschèr (édit.), Kultur, Kunst, Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Bâle 2009, 367, 473.
13 Heimgartner, in: Niggli/Heimgartner (édit.), BSK-IRSG, Bâle 2015, art. 64 n° 18; Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2001, n° 221.
14 ATF 116 Ib 89, 94 s.; Heimgartner (n. 13), art. 64 no 22.
15 Ludwiczak Glassey (n. 12), n° 434 et n° 879 et les références citées.
16 TF, 5.3.2001, 1A.325/2000, consid. 3; Moreillon (édit.), CR EIMP, Bâle 2004, Introduction générale n° 610.
17 Message à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition, 8 mars 1976, FF 1976 II 430, 448 ; ATF 136 IV 179, 180 ; TPF 2017 103, 106.
18 ATF 124 II 184, 188.
19 Dans ce sens aussi Heimgartner (n. 13), art. 64 n° 16.
20 À ce propos en matière de délégation de la poursuite, voir Ludwiczak, La délégation internationale de la compétence pénale, Genève/Zurich/Bâle 2013, n° 302–303.
21 ATF 145 IV 294, 304.

Les cas les plus parlants nous semblent être ceux concernant la corruption d'agents publics, pour laquelle il y a lieu de transposer la notion d'agent public de l'État requérant et la comprendre comme agent public suisse[22]. La transposition en matière de nationalité doit également avoir lieu dans l'autre sens : si la disposition pénale suisse considérée prévoit une exigence de nationalité suisse (du registre, de l'autorité, etc.), cette exigence doit être lue comme désignant la nationalité de l'État requérant pour les besoins de l'analyse de la double incrimination.

III. En particulier : s'agissant d'exportation de biens culturels

Afin de procéder à l'analyse de la double incrimination dans un domaine précis, en l'occurrence l'exportation des biens culturels, il s'agit tout d'abord de déterminer le droit applicable à l'entraide dans ce domaine (1.). Ensuite, il faut définir les faits qui vont faire l'objet de l'analyse, à savoir le comportement reproché dans l'État requérant, moyennant certaines éventuelles transpositions (2.) et identifier la disposition pénale pertinente en droit suisse (3.). Finalement, il faut en analyser les conditions, là-aussi en recourant au besoin aux transpositions nécessaires, et vérifier si elles sont remplies (4.)

1. Droit applicable à l'entraide en matière pénale

Il n'existe pas de textes internationaux spécifiques applicables en Suisse régissant l'entraide internationale en matière pénale s'agissant d'exportation de biens culturels. La Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels[23] (Convention UNESCO) est entrée en vigueur en Suisse le 3 janvier 2004. D'après son Préambule, « pour être efficace, la protection du patrimoine culturel doit être organisée tant sur le plan national qu'international et exige une étroite collaboration entre les États »[24]. Cependant, les dispositions de la Convention sont très générales et ne sont pas directement applicables[25].

Le TF fait d'importants développements[26] à propos de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République italienne concernant l'importation et le retour de biens culturels du 20 octobre 2006[27] (Accord CH-I), tout en précisant quelques considérants avant[28] que cet Accord ne trouve pas application faute pour le tableau attribué à Léonard de Vinci de tomber dans son champ d'application[29]. Hormis ce motif, il nous semble encore – et surtout – que l'Accord CH-I ne peut trouver application en l'espèce puisqu'il ne régit pas l'entraide judiciaire en matière pénale[30]. Cet Accord permet à un État partie d'intenter une « action en retour » auprès de l'autre État partie pour récupérer un bien culturel qui aurait été illicitement importé sur le territoire de cet autre État (art. III (1) Accord CH-I)[31]. L'action peut être introduite auprès des juges compétents de l'État partie où se trouve le bien culturel et ses modalités sont régies par le droit interne de cet État (art. III (2) et (3) Accord CH-I).

Quant à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)[32], elle renvoie à l'EIMP s'agissant de l'entraide[33] (art. 23 al. 4 LTBC). Les règles et principes exposés ci-dessus (*supra* I.) sont donc les seuls applicables.

2. Détermination du comportement incriminé faisant l'objet de la demande d'entraide

L'Italie a condamné A., propriétaire du tableau attribué à Leonard de Vinci, à un an et deux mois de peine privative de liberté pour avoir illicitement exporté du territoire italien un bien culturel. L'exportation a eu lieu vers la Suisse. Ce dernier élément vient compliquer, à tort selon nous, le raisonnement du TF[34]. En effet, en application des règles et principes exposés *supra*, il s'agit d'analyser la question comme si la procédure pénale, pour les mêmes faits, était conduite par les autorités suisses. Or les faits reprochés à A. – donc aussi ceux fondant la demande de restitution aux fins de confiscation – étaient d'avoir *exporté* le tableau de l'État où la procédure pénale avait lieu. Ainsi, la question de savoir dans quel État le tableau a été importé n'a aucune importance.

S'agissant de l'attribution du tableau à Leonard de Vinci, il sied de transposer cet élément et le comprendre comme « un tableau attribué à un peintre d'importance nationale » pour la Suisse.

La seule question est donc celle de savoir si l'exportation par A. du tableau attribué à un peintre d'importance nationale aurait été qualifiée d'illicite si elle avait eu lieu *depuis*

22 Voir ATF 132 II 81, 90 s. ; ATF 129 II 462, 465.
23 RS 0.444.1.
24 Voir aussi art. 2 Convention UNESCO.
25 Message relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (Message LTBC), 21 novembre 2001, FF 2002 505, 524.
26 ATF 145 IV 294, 307 ss. et 311.
27 RS 0.444.145.41.
28 ATF 145 IV 294, 300.
29 L'art. I (2) Accord CH-I renvoie à l'Annexe, qui ne couvre pas le tableau en cause.
30 Dans ce sens Boillat, Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, Zurich 2012, N 838. Voir aussi Foëx, in : Renold/Gabus/De Werra, Criminalité, blanchiment et nouvelles règlementations en matière de transfert de biens culturels, Genève 2006, 17, 26 ss.
31 À propos des mesures prévues, voir Message LTBC, 526 ; Foëx (n. 30), 26 ss.
32 RS 444.1.
33 Voir aussi Message LTBC, 565.
34 ATF 145 IV 294, 305 ss. puis 310 s.

la Suisse. À cette fin, il sied de déterminer s'il existe une disposition en droit suisse qui réprime un tel comportement.

3. Recherche d'une disposition pénale suisse applicable

La Convention UNESCO, bien que traitant de l'exportation illicite de biens culturels (art. 7 let. b) et imposant aux États de frapper de sanctions toute personne responsable d'une infraction en lien avec une telle exportation (art. 8), n'est pas directement applicable[35] et ses dispositions ne sauraient à elles seules constituer une base légale pour réprimer l'exportation illicite de biens culturels.

Suite à la ratification de la Convention UNESCO, la Suisse a adopté la LTBC qui règlemente l'exportation de biens culturels et incrimine leur violation. Ainsi, pour déterminer si les faits reprochés à A. et, partant, fondant la demande de restitution aux fins de confiscation, sont constitutifs d'une infraction en droit suisse, seule la LTBC trouve application[36].

4. Analyse de l'art. 24 al. 1 let. d LTBC

L'exportation est incriminée par l'art. 24 al. 1 let. d LTBC. D'après cette disposition, est passible [d'une peine privative de liberté d']un an au plus ou d'une amende de 100 000 francs au plus quiconque, intentionnellement […] exporte illicitement des biens culturels inscrits dans l'inventaire fédéral […] ».

Les quatre éléments constitutifs dont il faut analyser la réalisation sont :

- Un bien culturel
- L'inscription du bien dans l'inventaire fédéral
- L'exportation illicite
- L'intention

a) Les éléments de fait : bien culturel et intention

S'agissant des premier et dernier éléments à savoir le caractère culturel du bien en question et l'intention, il s'agit là d'une analyse factuelle que l'autorité compétente en matière d'entraide n'a pas à faire : elle doit se fier aux indications fournies par l'État requérant. En particulier, il n'y a pas lieu de tenir compte du fait que A. remet en cause l'authenticité du tableau. Puisqu'il est vraisemblable que le tableau soit authentique ou à tout le moins qu'il ait une importance significative pour la culture de l'État requérant, cet argument doit être soulevé devant les autorités italiennes du fond et non les autorités suisses de l'entraide[37].

b) Le caractère illicite de l'exportation

S'agissant du caractère illicite de l'exportation, celui-ci est réalisé si un bien culturel inscrit à l'inventaire fédéral fait l'objet d'une exportation définitive (art. 3 al. 2 let. c LTBC) ou d'une exportation temporaire sans l'autorisation du service spécialisé (art. 5 al. 1 LTBC). La question de la réalisation de la double incrimination revient donc à se demander comment il faut comprendre l'exigence de l'inscription à l'inventaire fédéral.

c) L'inscription dans l'inventaire fédéral

L'inscription dans l'inventaire fédéral est précisée à l'art. 3 al. 1 LTBC, d'après lequel « [l]es biens culturels qui sont la propriété de la Confédération et revêtent une importance significative pour le patrimoine culturel sont inscrits dans un inventaire fédéral ». Au moyen de la transposition effectuée ci-dessus (*supra* III.2.), nous avons admis que le tableau a bien une importance pour l'État suisse. Doivent encore être abordées les conditions du bien propriété de la Confédération (aa) et inscrit à l'inventaire fédéral (bb).

aa) Un bien propriété de la Confédération

Reprenant la position de Boillat[38], le TF estime qu'il peut être fait abstraction de la condition liée à la propriété de la Confédération. Il explique en effet que *« [i]n presenza di un bene culturale iscritto in un inventario la questione della proprietà, statale o privata, dello stesso non parrebbe costituire di per sé un elemento decisivo sotto il profilo della doppia punibilità, ritenuto inoltre che, sempreché i privati ne diano il loro consenso, anche beni di loro proprietà possono essere per esempio iscritti negli elenchi dei Cantoni »*[39].

Nous ne nous rallions pas à cette position. Il est certes exact d'affirmer que les personnes privées propriétaires de biens culturels peuvent consentir à les inscrire dans un inventaire cantonal, qui peut être relié à l'inventaire fédéral, ce afin de faciliter les contrôles aux frontières (art. 4 al. 1 LTBC). Toutefois, la liaison à l'inventaire fédéral dont il est question à l'art. 4 LTBC n'a, à notre avis, pas pour conséquence qu'une éventuelle violation d'une disposition de droit cantonal deviendrait constitutive d'une infraction au droit fédéral et, par conséquent, serait couverte par l'art. 24 LTBC. En effet, tant les conditions de l'inscription au registre cantonal que les conséquences attachées au non-respect des règles y liées sont du ressort des cantons[40]. En d'autres termes, si un particulier consent à inscrire son bien culturel dans un inventaire cantonal, lié ou non à l'inventaire fédéral, et qu'une exportation illicite intervient, le comportement pourra cas échéant être constitutif d'une infraction de droit cantonal et c'est à ce droit qu'il faudra se référer pour déterminer si tel est le cas.

35 Message LTBC, 524.
36 Voir toutefois *infra*, note 41.
37 ATF 145 IV 294, 302 s.
38 Boillat (n. 30), nº 802–805.
39 ATF 145 IV 294, 304.
40 À ce sujet, voir Message LTBC, 525 ; Office fédéral de la culture, Transfert international de biens culturels, Convention de l'UNESCO de 1970 et Convention d'Unidroit de 1995, Rapport du groupe de travail, Berne 1998, 53.

Or il ne faut pas perdre de vue que l'analyse qui nous occupe ici concerne la recherche d'une disposition légale de droit suisse qui réprimerait le comportement de A. Dans l'analyse de la double incrimination, il ne peut être fait appel au droit cantonal[41], mais uniquement au droit fédéral suisse. En effet, dans le cas contraire, il serait impossible de déterminer au droit pénal de quel canton il faudrait se référer (nous rappelons ici que le fait que le tableau se trouve au Tessin ne créé pas le rattachement recherché, puisqu'il s'agit du canton « d'arrivée » et non de « départ » de l'exportation. La réflexion doit être la même que si le tableau avait été exporté vers un État autre que la Suisse).

Ainsi, sur ce point nous aboutissons à la conclusion que, conformément au texte de l'art. 24 al. 1 let. d LTBC[42], seuls les biens dont la Confédération est propriétaire sont couverts par l'art. 24 LTBC, ce qui est conforme à la règle générale, rappelée au demeurant par le TF[43], selon laquelle, dans le cadre de l'analyse de la double incrimination, l'autorité suisse d'exécution de la demande d'entraide doit interpréter le droit suisse comme le ferait le juge pénal national suisse.

Le bien culturel doit donc être propriété de la Confédération. Tenant compte de la nécessaire adaptation pour les besoins de l'analyse de la double incrimination, il sied de lire « propriété de l'État requérant ». Tel n'est pas le cas en l'espèce, le tableau n'étant pas la propriété de l'État italien, mais celle de A. (qui a précisé qu'il était dans sa famille depuis des générations), *i. e.* une personne privée, ce que l'État requérant ne conteste pas. Le raisonnement aurait pu s'arrêter là : une des deux conditions cumulatives et, partant, nécessaires de l'art. 3 al. 1 LTBC n'étant pas donnée, l'art. 24 LTBC ne trouve pas application.

bb) Un bien inscrit à l'inventaire fédéral

Si l'on devait tout de même poursuivre le raisonnement comme le fait le TF, reste la condition de l'inscription à l'inventaire fédéral[44]. Par la même transposition dont il a déjà été question *supra*, la condition doit être comprise comme renvoyant à un inventaire italien[45]. Comme l'indique le TF renvoyant à l'opinion de Boillat[46], il ne s'agit pas d'être exagérément strict sur la notion d'inventaire : l'appellation et la forme peuvent varier, pour autant qu'il s'agisse d'un registre ou d'une liste. Au contraire, la seule autorisation d'exportation ne remplit pas cette condition.

Or, en l'espèce, l'Italie ne prétend pas que le tableau serait inscrit dans un quelconque registre[47]. L'exportation a été qualifiée d'illicite au regard du droit italien parce qu'une autorisation d'exportation faisait défaut, sans que le bien ne doive figurer dans un registre. Puisque la condition de l'inscription, dans l'État requérant, à un inventaire n'est pas remplie, l'art. 24 LTBC ne trouve pas application.

Le raisonnement du TPF était différent. D'après les juges de la Cour des plaintes, l'art. 24 LTBC doit être lu conformément à la Convention UNESCO dans laquelle il trouve son origine, et en particulier son art. 8 renvoyant à l'art. 6 let. a et b[48]. Il ressort en substance de ces dispositions que les États parties s'engagent à frapper de sanctions pénales ou administratives toute personne responsable d'une infraction à l'interdiction de sortir du territoire des biens culturels non accompagnés d'un certificat d'exportation. Le TPF concluait donc que la condition de la double incrimination était remplie puisque « *già solo il fatto di non dichiarare in Svizzera l'esportazione di un bene culturale (e quindi di non disporre del certificato d'esportazione) viola la normativa in questione* »[49].

Cette approche plutôt créative visant à déterminer la *ratio legis* n'a toutefois pas été suivie par le TF qui s'en est tenu à une compréhension stricte des termes de l'art. 24 LTBC. En l'absence d'une quelconque autre disposition suisse incriminant le comportement de A., la condition de la double incrimination n'était pas remplie et l'entraide n'avait pas à être accordée à l'Italie. Le TF a ainsi ordonné la levée du séquestre et la restitution du tableau à A.

IV. Remarques conclusives

En comparaison aux droits d'autres États, le droit suisse est restrictif s'agissant de la qualification d'exportation pénalement répréhensible. Ainsi, le simple fait, pour le propriétaire d'un bien culturel, d'exporter sans autorisation un tel bien est constitutif d'une infraction en Italie, mais non en Suisse. Bien au contraire : d'après la conception suisse, empêcher toute exportation d'un tel bien est une restriction grave du droit de la propriété et revient *de facto* à une expropriation[50]. Comme l'explique le TF, tel est le cas parce

41 Une exception pourrait éventuellement être envisagée si tous les cantons connaissaient exactement la même disposition pénale, avec les mêmes éléments constitutifs.

42 Voir Cassani, in : Renold/Gabus/De Werra, Criminalité blanchiment et nouvelles règlementations en matière de transfert de biens culturels, Genève 2006, 43, 53 ; Gabus/Renold, Commentaire LTBC, Genève/Zurich 2006, art. 24 nº 28 ss.

43 ATF 145 IV 294, 305, qui renvoie à TF, 5.3.2001, 1A.325/2000, consid. 3.

44 L'inventaire fédéral est disponible sur : https://www.bak.admin.ch/bak/fr/home/patrimoine-culturel/transfert-des-biens-culturels/inventaire-federal.html (consulté le 6.1.2020).

45 À ce propos, le regeste de l'ATF n'est pas clair, en tant qu'il indique que « La transposition en droit suisse effectuée, l'exportation du tableau hors de Suisse ne serait pas punissable, celui-ci ne figurant pas à l'inventaire fédéral, respectivement dans un inventaire italien ».

46 ATF 145 IV 294, 305 ; Boillat (n. 30), nº 566 ss.

47 ATF 145 IV 294, 304.

48 TPF, 4.9.2018, RR.2018.182, consid. 2.2.

49 TPF, 4.9.2018, RR.2018.182, consid. 2.2.

50 ATF 113 Ia 368 (décision Balli) ; Message LTBC, 546. A propos de l'arrêt Balli, voir Ayer, Droit de la construction 1988 82, 83 ss.

que la Suisse, à la différence notamment de l'Italie, fait partie des États « importateurs » et non « exportateurs » de biens culturels, de sorte que son approche est ainsi bien moins protectionniste[51].

Cette différence a pour conséquence que la Suisse refusera l'entraide, faute de double incrimination, à chaque fois que l'état de fait ne remplira pas les conditions restrictives de l'art. 24 al. 1 let. d LTBC, et en particulier l'inscription du bien culturel en cause dans un registre de l'État requérant. Même si, depuis l'entrée en vigueur de la LTBC, il est théoriquement possible d'accorder l'entraide en matière d'exportation de biens culturels[52], la portée pratique de cette évolution est très limitée. La double incrimination apparait ainsi comme un frein majeur à l'entraide judiciaire en matière d'exportation – pourtant qualifiée d'illicite par l'État de provenance – de biens culturels.

Mots-clés : entraide judiciaire internationale en matière pénale, double incrimination, exportation de biens culturels
Stichwörter: internationale Rechtshilfe in Strafsachen, doppelte Strafbarkeit, Ausfuhr von Kulturgütern

Résumé : L'une des conditions essentielles en droit de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale est la double incrimination. Cette condition s'applique y compris lorsque la demande étrangère de restitution aux fins de confiscation porte sur un bien culturel. En l'état actuel du droit suisse, un bien culturel exporté illicitement vers la Suisse ne peut être restitué à l'État de provenance aux fins de confiscation dans le cadre d'une procédure d'entraide en matière pénale que si l'État en question tient un registre et que le bien culturel y est inscrit. Tel est le cas parce que le droit suisse est très restrictif s'agissant de la qualification d'exportation pénalement répréhensible : certains comportements qualifiés comme tels à l'étranger – en l'occurrence le fait d'exporter sans autorisation un tableau attribué à Leonard de Vinci, constitutif d'une infraction en Italie – sont parfaitement licites en droit suisse.

Zusammenfassung: Eine der grundlegenden Voraussetzungen im Recht der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist die doppelte Strafbarkeit. Diese Voraussetzung ist auch anwendbar, wenn das ausländische Ersuchen um Rückgabe zu Einziehungszwecken ein Kulturgut betrifft. Nach der heutigen schweizerischen Rechtslage kann ein rechtswidrig in die Schweiz exportiertes Kulturgut dem Herkunftsland, im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens in Strafsachen und zu Einziehungszwecken, nur zurückgegeben werden, wenn der ersuchende Staat ein Register führt und das besagte Kulturgut darin aufgeführt ist. Die Erklärung liegt in der sehr restriktiven Begriffsbestimmung der strafbaren Ausfuhr durch das schweizerische Recht: gewisse im Ausland strafbare Handlungen – in casu, die nicht bewilligte Ausfuhr eines Leonardo da Vinci zugeschriebenen Gemäldes – sind nach schweizerischem Recht vollkommen legal.

51 ATF 145 IV 294, 307 et la référence citée.
52 Bomio, in : Renold, L'entraide judiciaire international dans le domaine des biens culturels, Genève/Zurich/Bâle 2011, 23, 26–27 et 38.