UNIDROIT 1989
Study LXX - Doc. 16
(Original: English/French)

U n i d r o i t

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY

OBSERVATIONS

relating to the preliminary draft Convention
on the restitution and return of cultural objects

(Study LXX - Doc. 15)

Rome, December 1989

1. At its 68th session, held in Rome in April 1989, the Governing Council of Unidroit decided, after being informed by the Secretariat of the work accomplished by the study group on the international protection of cultural property, to accord priority status to this item on the Work Programme for the forthcoming triennial period in view of the considerable interest which the subject had aroused.

2. Following the second session of the study group, held in Rome from 13 to 17 April 1989, the Secretariat prepared a new version of the preliminary draft Convention on the restitution and return of cultural objects in the light of the discussions of the study group (Study LXX - Doc. 15). Since the group was unable to agree on the principle of the restitution of a cultural object stolen from the dispossessed person or on the question of the compensation to be awarded to the possessor in such cases, matters which are dealt with in Articles 2 and 3 of the preliminary draft, these two articles have been presented in alternative versions. One of these contemplates the restitution of the object in certain cases, subject possibly to the payment of compensation, while the other makes provision for automatic restitution with reimbursement of the possessor unless he fails to prove that he had taken all the precautions normally taken in the acquisition of such objects.

3. The Secretariat requested the members of the group and the observers to submit any comments which they might wish to make on the revised preliminary draft Convention so as to facilitate the work of the group at its third session which will be held in Rome from 22 to 27 January 1990. This document contains the observations which have so far reached the Secretariat.

Professor Jean CHATELAIN
Member of the study group

1 - TITRE

1) Je n'y insiste pas spécialement, en indiquant simplement que:

a) Les termes "restitution et retour" me paraissent tout à fait justifiés puisqu'ils expriment bien la dualité des hypothèses traitées dans les articles 2 et 3 d'une part, et 4 d'autre part, du texte. Il est bien possible que la langue anglaise englobe les deux sous le même temps de "recovery", mais ce n'est pas une raison suffisante pour retirer au titre proposé en français une clarté que ne donnerait pas le texte anglais.

b) La querelle sur les mots "bien culturel" ou "objet culturel" me paraît un peu vaine puisque, de toutes façons, on précise bien à l'article 1 ce qu'on vise "au sens de la présente convention, objets corporels, etc...". Pour ma part, je considère cependant que le terme "bien culturel" est aujourd'hui entré dans la pratique internationale courante, et je ne vois pas l'avantage d'adopter un autre vocabulaire. Il est d'ailleurs évident que les problèmes de retour et de restitution ne se posent que pour les biens qui ont fait l'objet d'un transfert, et qui sont donc devenus des biens mobiliers, même si c'étaient à l'origine des fragments arrachés d'un immeuble. L'utilisation du terme "bien culturel" me paraît donc commode et insusceptible de la moindre équivoque.

II - LA RESTITUTION - ARTICLES 2 ET 3 (Note)

C'est sans doute le point essentiel de la convention. Il touche en effet au problème fort important et difficile à la fois de la conciliation entre deux intérêts également légitimes: celui du propriétaire dépossédé par le vol, et celui de l'acquéreur de bonne foi de l'objet volé.

A mon sens, et malgré la dualité apparente des grands systèmes de droit, tous le résolvent en fait par des compromis. On pose comme fondamentale une priorité: protection du propriétaire (common law) ou protection de l'acquéreur (droit italien), puis on y apporte des exceptions plus ou moins importantes pour faire une place à l'autre principe.

Note - Le problème de la restitution est assez difficile à résoudre pour se limiter à le résoudre dans le cas le plus simple qui est celui du vol. Le vol est connu et réprimé dans tous les systèmes de Droit. Il serait à mon sens fort imprudent d'étendre l'application de la loi uniforme à des cas moins précis et réglés différemment suivant les pays, tels que ceux de la dépossession par abus de confiance, escroquerie, tromperie, etc ...

C'est ce à quoi s'efforce, là encore, le Comité d'Experts, mais il ne me paraît pas avoir épuisé, dans les deux variantes proposées, toute la gamme des compromis possibles. Il est bien entendu qu'il ne s'agit pas de se perdre dans toutes les subtilités concevables, mais on peut peut-être obtenir plus facilement un accord global en prévoyant certaines nuances. C'est dans cet esprit que je passe en revue quelques-uns des points sur lesquels le compromis peut porter.

a) - Choix du principe de base

Il est apparemment le même dans les deux variantes 1 et 2. Dans les deux cas, on opte en première apparence pour la priorité accordée à la restitution sur la protection de l'acquéreur de bonne foi, mais à y voir de plus près on n'est pas loin de faire une opposition beaucoup plus nette entre les deux.

En effet, la variante 1, si elle pose le principe de la restitution, en limite très sérieusement l'efficacité puisqu'il suffit que l'acquéreur ait fait preuve d'une vigilance raisonnable pour en être exonéré. La nuance est donc bien subtile entre ce système et celui basé sur la protection du possesseur de bonne foi. En fait, il s'agit essentiellement d'un problème de preuve: Dans le droit libéral classique, la bonne foi se présume et c'est au revendiquant de démontrer la mauvaise foi de l'acquéreur. Dans la variante 1, c'est à cet acquéreur de démontrer sa bonne foi, mais il peut le faire dans des conditions assez souplement définies à l'article 2 - 1) a) (je reviendrai sur le point b) plus loin).

Dans la variante 2, l'option est beaucoup plus claire. Le principe est la restitution de l'objet volé. La démonstration de la bonne foi ouvre simplement pour l'acquéreur droit à indemnisation.

A mon sens, la variante 2 est, en tant que principe de base, inacceptable pour les pays d'économie libérale pour lesquels la garantie du commerce est essentielle. Or, tous les grands pays d'accueil des objets volés rentrent dans cette catégorie. Il me semble donc que la variante 2 n'a guère de chances d'être acceptée ou, en tous les cas, d'entrer réellement en pratique, au moins en tant que principe de base. On peut par contre lui faire une place pour des catégories de biens déterminés avec une précision suffisante; j'y reviendrai plus loin au point c).

b) - L'indemnisation du possesseur de bonne foi

C'est en réalité une garantie accessoire au cas où l'acquéreur est tenu à restituer l'objet. Son importance varie donc suivant que l'obligation de restituer est plus ou moins large.

C'est pourquoi l'obligation de restituer a du mal à trouver place réelle dans la variante 1, qui est en réalité basée sur la protection de l'acquéreur.

En effet, dans cette variante 1, ou bien l'acquéreur s'est comporté loyalement, il a pris les précautions raisonnables et il n'est pas alors tenu à restituer, et il n'y a pas de problème d'indemnisation; ou bien il a été léger, il n'a pas pris les précautions raisonnables et il est tenu de restituer, mais en même temps il perdra, au moins dans les 3/4 des cas imaginables, le droit à indemnisation prévu à l'article 3. Il faut en fait se presser l'esprit pour inventer des cas où il y aurait à la fois obligation de restituer et droit à indemnisation. Comme le dit très justement le rapport de présentation, cela revient à prévoir trois catégories d'hypothèses: acquéreur de mauvaise foi = restitution obligatoire; acquéreur de bonne foi = pas de restitution et donc pas d'indemnisation; et entre les deux acquéreurs douteux, pour lequel il y aura restitution et indemnisation.

La variante 2 est sur ce point, au moins du point de vue de la logique, très supérieure. En effet, l'article 2 impose en principe la restitution de l'objet volé à tout acquéreur, même de bonne foi. Il est donc alors parfaitement logique et sage de prévoir qu'il a droit à une indemnisation, à seule charge pour lui qu'il ait pris "les précautions normalement suivies" dans l'acquisition (article 3).

Dans les deux variantes, une des précautions à prendre pour justifier sa bonne foi est d'avoir consulté "tout registre accessible d'objets culturels volés ...". Je reste très réticent, dans l'état actuel des choses, à l'égard de cette formule. Je reste persuadé qu'en fait les registres existants ne portent mention que d'une petite minorité d'objets volés. Cela ne signifie pas qu'ils n'aient aucune utilité, mais ce sont encore des moyens rudimentaires de preuve qu'il serait très abusif de considérer d'ores et déjà comme essentiels. En fait, on risque, en leur accordant prématurément cette importance, de faciliter la preuve de sa bonne foi à l'acheteur douteux: il lui suffira d'avoir consulté un registre (lequel d'ailleurs?) où il a de fortes chances de ne pas voir mentionné l'objet acquis, pour acquérir une présomption sérieuse de bonne foi. Il faut à mon sens se défier des moyens matériels qui permettraient trop commodément de résoudre des problèmes aussi subtils que celui posé par la recherche de la bonne ou la mauvaise foi.

c) - Unité ou dualité de solutions

Les variantes 1 et 2 offrent un choix entre deux formules dont chacune reste unitaire. On adopte l'un ou l'autre système pour tous les biens culturels volés.

Or, on peut parfaitement concevoir deux formules conjointes, une plus souple pour l'ensemble des biens culturels qui serait la variante 1; l'autre plus sévère, pour certaines catégories de biens plus précisément et rigoureusement déterminées, qui serait la variante 2.

Bien entendu, cette dualité de solutions n'est possible que si elle est clairement exprimée et que la catégorie la plus sévèrement régie est très

précisément déterminée. Or, il existe dans la plupart des pays des systèmes de détermination "a priori" (je veux dire avant tout vol ou autre événement déplorable) des biens spécialement précieux pour la collectivité. Ils consistent en l'établissement, par des autorités compétentes, de listes d'objets d'intérêt public évident, soumis de ce fait à un régime juridique particulier. C'est le système en France de classement des monuments historiques, qu'on retrouve dans maints autres pays (ou encore le système de la domanialité publique, mais qui est moins précis).

Pour ma part, je serais très partisan d'avoir côte à côte un système assez souple (variante 1) pour l'ensemble des biens culturels, et un autre beaucoup plus sévère pour des biens très précisément déterminés (variante 2), étant bien entendu encore une fois que plus la catégorie spécialement protégée sera réduite, plus la protection sera efficace, et plus la loi uniforme aura des chances d'être acceptée. Les protections juridiques sont comme les remparts et les forteresses, elles ne sont efficaces que pour protéger des points pas trop nombreux et bien choisis.

d) - La prescription

C'est un point fort important dans la pratique. Il me semble que plus un régime de protection est exceptionnel (par rapport au droit commun), plus il doit être limité dans le temps. C'est pourquoi j'incline à penser que le délai de 30 ans indiqué (entre crochets il est vrai) à l'article 2 (dans les variantes 1 et 2) est bien long. C'est là cependant un des points où il serait également possible de prévoir des délais de revendication différents pour les biens culturels ordinaires, et ceux inscrits sur des registres spéciaux.

III - LE RETOUR DES BIENS CULTURELS (ARTICLE 4)

L'hypothèse est ici celle d'une revendication basée sur la seule atteinte à la réglementation des exportations.

Je serais beaucoup plus bref car on est dans un domaine beaucoup plus "émotionnel" que rationnel, d'où la difficulté de prévoir des dispositions juridiques précises.

Ainsi, l'effort tenté à l'article 4 pour préciser les biens dont l'exportation illicite peut ouvrir droit à revendication est louable mais assez illusoire. Beaucoup de biens très récents (en principe exclus par l'article 4, 2, a)) peuvent être considérés dans tel Etat récent comme des biens culturels de première importance (ainsi une effigie du Président CEAUSESCU, ou un bouclier peint par une personnalité maorie reconnue, etc...) dont l'exportation justifierait une revendication.

De même, l'article 5 me paraît inspiré par des considérations très respectables mais assez illusoires. Comment un possesseur étranger privé pourrait-il imposer réellement à un Etat étranger, revendiquant un bien

culturel qu'il juge important, de le laisser une fois revenu sur son territoire entre les mains d'un propriétaire privé, à première vue assez négligent pour n'avoir pas pu en empêcher l'exportation.

IV - DISPOSITION FINALE

L'article 11 est de première importance. Le principe de la non-rétroactivité est fondamental et en logique juridique, et en pratique. Il faut veiller à ce que l'instauration d'un droit nouveau de la propriété des biens culturels n'aboutisse pas à la remise en cause de situations antérieures, établies valablement avant l'instauration de ce droit nouveau. Tout doute possible sur ce point rendrait très improbable la signature et encore plus la ratification de nombreux Etats. On en a déjà fait l'expérience avec la Convention U.N.E.S.C.O. de 1970, qui pose bien d'ailleurs le principe de la non-rétroactivité dans ses articles 3 et 7, mais avec insuffisamment de vigueur ou de clarté au gré de beaucoup d'Etats qui rechignent, notamment pour cette raison, à la ratifier. La note 25, placée sous l'article 11, ne peut à cet égard qu'inspirer des inquiétudes.

Bien entendu, on peut concevoir des revendications sur des biens exportés licitement à d'autres époques, par exemple à l'époque coloniale. Mais il ne s'agit plus alors de mettre fin à des situations illicites à l'origine, mais de réviser ces situations licites compte tenu de l'évolution des situations et des mentalités. Il faut se garder de confondre ces deux situations, qui sont par nature différentes.

Cultural Property Committee
International Bar Association
(Comments made at the meeting held in Strasbourg on October 3, 1989)

1. **Article 1(2)(a)**, last line. Query: would a lien qualify as a "real right"?

2. **Article 1(2)(b)**. Query: if sellers have a proprietary interest, shouldn't the Convention apply to them?

3. **Article 2, Alternative I paras. (1) et (1)(a)**. Comment: too vague; uses questionable terms; lacks concreteness; thirty years much too long.

4. **Article 2, Alternative II (2)**. Comment: thirty years much too long.

5. **Article 4(1)** line 1. Query: would "prohibition" include a judicial prohibition, an administrative prohibition, a legislative prohibition, one stipulated in a private transaction? Would it apply to specific prohibitions only or also to general prohibitions?

6. **Article 4(1)(b)(ii)**. Query: would a library be a "complex object"?

7. **Article 4(1)(b)(iii)**. Comment: clarify the concept, which is unclear as expressed.

8. **Article 4(1)(b)(v)**. Comment: must be made much more narrow and precise or it includes too much and undercuts the purpose -- "gives away the store."

9. **Article 5**. Query: should this apply only to possessors who are purchasers?

Ridha FRAOUA
Member of the study group

Titre

A mon sens, la distinction entre ces deux termes est directement liée à l'existence ou non d'une obligation juridique de restitution. Autrement dit, par retour, il faut entendre le transfert volontaire de biens culturels à leur pays d'origine. Tandis que la restitution présuppose l'application d'une norme juridique créant l'obligation de restitution. Ainsi, le retour est une décision unilatérale du détenteur, qu'il soit un particulier ou un Etat, dépourvue de portée juridique. Elle est généralement précédée de négociations diplomatiques; alors que la restitution est la conséquence juridique d'un comportement considéré comme étant illicite par une norme de droit international. L'obligation de restituer a, donc, toujours pour source un fait internationalement illicite. L'utilisation du terme "restitution", en cas de vol de biens culturels (Cf. art. 2), et du terme "retour", en cas d'exportation illicite de tels biens (Cf. art. 4) n'est pas justifiée et prête même à confusion dans la mesure où le terme "retour" a toujours été utilisé, jusqu'à présent, dans le sens d'un transfert volontaire vers le pays d'origine (voir, par exemple, les travaux du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale).

Dès lors, il convient, à mon avis, de se limiter à l'utilisation du terme "restitution" aussi bien pour les cas de vol que d'exportation illicite. Cela éviterait tout ambiguïté et entraînerait une simplification du texte de l'avant-projet de convention. Toutefois, étant donné l'effet non-rétroactif dudit avant-projet, on pourrait y introduire, en lieu et place de l'article 10, des dispositions légales destinées à encourager

et à promouvoir le retour des biens culturels qui n'entrent pas dans le champ d'application temporel de la convention. Dans ce cas, le présent titre peut être maintenu tel quel. Dans le cas contraire, il faudrait supprimer le mot retour.

En outre, le remplacement de l'expression "biens culturels" par celle de "objets culturels" n'est pas pertinente. La notion de biens culturels a été introduite pour la première fois, à ma connaissance, dans la Convention de La Haye de 1954 et a été reprise par plusieurs réglementations nationales et internationales (voir, à titre d'exemple, la Convention de 1985 du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels) et adoptée par la majorité de la doctrine. Modifier cette terminologie consacrée créerait un fâcheux précédent et pourrait donner lieu à des conflits d'interprétation .

Vu ce qui précède, je propose de modifier le titre de l'avant-projet de convention comme suit:

Variante I "Avant-projet de convention sur la restitution et le retour de biens culturels"

Variante II "Avant-projet de convention sur la restitution de biens culturels"

Article 2

A mon sens, la préférence doit être donnée à la variante II de cette disposition. Elle consacre le principe général de la restitution des biens culturels volés sans se préoccuper de la question de savoir si l'acquéreur de tels biens est de bonne ou de mauvaise foi. Cette question sera uniquement déterminante lorsqu'il s'agira d'examiner l'opportunité d'indemniser l'acquéreur. En effet, il importe, dans un premier temps, de consacrer le principe général de la restitution des biens culturels volés, qu'ils soient de propriété publique ou privée. Ain-

si, la priorité doit être donnée à la protection du propriétaire dépossédé (Etat d'origine ou particulier résidant dans ledit Etat) par rapport à l'acquéreur.
De plus, cette variante présente le double avantage de rendre les acquéreurs encore plus vigilants, étant donné la conséquence juridique de l'acquisition de biens culturels volés (restitution), et de protéger ces acquéreurs lorsqu'ils sont eux-mêmes victimes d'un vol. Elle a également le mérite de la simplicité.

Quant à la variante I, elle est inacceptable notamment en raison de sa complexité, de la difficulté d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur et, surtout, de la moindre protection qu'elle apporte, aux pays victimes du trafic illicite, par rapport à la Convention de l'Unesco de 1970 (Cf. art. 7 b (ii).

Article 3

Là aussi, la préférence doit être donnée à la variante II de cette disposition. L'indemnité doit être limitée à l'acquéreur de bonne foi. Etant bien entendu que ce dernier doit apporter la preuve de sa bonne foi.

S'agissant du montant de l'indemnité, elle doit être équitable. Il faut, à mon sens, laisser une certaine liberté d'appréciation à l'autorité chargée de fixer l'indemnité. Celle-ci ne saurait, cependant, inclure les intérêts échus depuis le moment de l'achat. Faute de quoi, on renforcerait la tendance actuelle qui tend à faire du bien culturel un objet de spéculation. Par ailleurs, la notion d'indemnité équitable est connue par tous les systèmes juridiques et n'entraîne pas des difficultés d'application particulières.

Ainsi, avec les variantes II des articles 2 et 3, nous aurons un système juridique de restitution des biens culturels volés qui est simple, logique, cohérent, d'application aisée et équilibré.

Article 4

1er alinéa

Lettre a

Je suis en faveur de la suppression de cette lettre a qui fait référence à la valeur pécuniaire du bien culturel à restituer. Il est, en effet, inadmissible de faire dépendre la restitution d'un bien culturel de sa valeur pécuniaire. Un tesson peut, par exemple, avoir une importance scientifique justifiant sa restitution sans avoir pour autant une certaine valeur pécuniaire. D'autre part, et malgré les apparences, il n'est pas toujours facile, pour l'autorité d'application, d'apprécier la valeur pécuniaire d'un bien culturel. D'autant plus que cette valeur est sujette à caution. Toutefois, en cas de maintien du critère de la valeur pécuniaire, il conviendrait, alors, de maintenir, à la fin de la lettre a, le mot "ou" qui permettrait à l'Etat demandeur de choisir entre ce critère et ceux énumérés sous la lettre b. On éviterait, ainsi, de donner au critère de la valeur pécuniaire une importance prédominante.

Lettre b (v)

Ce critère me paraît trop restrictif et manque de précision. C'est pourquoi, je propose de le modifier comme suit:

"L'identité culturelle nationale eu égard à l'importance culturelle du bien pour l'Etat demandeur".

Article 5

L'indemnité en cas d'exportation illicite d'un bien culturel ne doit être accordée qu'à l'acquéreur de bonne foi d'un tel bien. L'acquéreur de mauvaise foi doit restituer le bien en question et n'a droit à aucune indemnité. L'indemniser reviendrait à

encourager le trafic illicite des biens culturels. Car, n'encourant aucun risque, cet acquéreur ne prendrait plus les précautions normalement suivies lors de l'acquisition de biens culturels. Aussi, il conviendrait de modifier cette disposition comme suit:

"Le possesseur d'un bien culturel qui, en l'exportant ou en l'acquérant, **ne savait pas ou n'aurait pas dû savoir** qu'il avait été exporté en violation d'une prohibition...".

Par ailleurs, l'idée qui consiste à donner à l'acquéreur de bonne foi la possibilité de choisir, en cas de restitution, entre plusieurs arrangements me paraît séduisante et mérite donc d'être retenue.

Je suis également favorable au maintien de la dernière phrase de la présente disposition. Elle renforce la crédibilité des Etats demandeurs et démontre, s'il en est encore besoin, que l'objectif fondamental n'est pas un nationalisme culturel de mauvais aloi, mais la protection du patrimoine culturel et surtout le maintien sur le territoire national des biens culturels les plus représentatifs de l'identité culturelle nationale. De plus, l'Etat demandeur peut toujours réagir et confisquer le bien culturel en question lorsqu'il fait l'objet d'une tentative d'exportation frauduleuse.

Article 6

Je suis favorable à la suppression de cette disposition relative à l'ordre public. En effet, l'Etat qui adhère à la convention l'intègre dans son ordre juridique interne. Il ne peut, dès lors, plus s'opposer à l'application d'une disposition légale qui ferait désormais partie intégrante de son droit interne. Ainsi, chaque fois que les conditions juridiques prévues par la convention seraient remplies, l'obligation de restituer devrait être appliquée et ne saurait dépendre du recours ou non à la réserve de l'ordre public. C'est pourquoi, il faut rejeter l'idée, avancée par certains membres du Comité, selon laquelle

l'obligation de restitution ne serait pas applicable dans certains cas bien limités. Le champ d'application de la convention est très limité: l'obligation de restitution ne s'applique qu'en cas de vol ou d'exportation illicite de cer tains biens culturels bien définis. La reconnaissance de la réserve de l'ordre public affaiblirait encore la portée juridique de l'obligation de restitution et diminuerait encore les chances de ratification de la convention par les Etats exportateurs.

Article 7

La suppression de l'article 4, 1er alinéa, lettre a, entraînerait nécessairement la suppression de cette disposition.

Article 8

Pour l'évaluation de la valeur d'un bien culturel à restituer, il faudrait tenir compte non seulement du prix pratiqué pour des biens comparables au lieu où ce bien se trouve, mais également de la capacité financière du propriétaire dépossédé ou de l'Etat requérant. Faute de quoi, l'obligation de restitution serait rarement appliquée. Car, il s'avère que les Etats qui demandent la restitution de leurs biens culturels volés ou exportés illicitement sont économiquement faibles et n'ont donc pas les moyens financiers nécessaires pour indemniser totalement l'acquéreur de bonne foi et rembourser, par exemple, le prix obtenu lors de ventes aux enchères. D'où, d'ailleurs, mon opposition à l'introduction de ce dernier critère dans la présente disposition. D'autant plus, que les prix pratiqués, lors de ces ventes aux enchères, sont surfaits et ne correspondent plus à la valeur artistique ou esthétique du bien culturel qui est alors devenu une valeur-refuge (voir, à titre d'exemple, les prix de vente de deux oeuvres de Van Gogh, les" Tournesols" et les "Iris", respectivement deux cent millions et trois cent trente millions de francs français).

Vu ce qui précède et en cas de maintien du critère de la valeur pécuniaire, je propose la modification de l'article 8, 1er alinéa, comme suit:
"Pour l'évaluation de la valeur d'un bien culturel, il sera tenu compte du prix pratiqué pour des biens comparables au lieu où le bien se trouve et **de la capacité financière du propriétaire dépossédé**".

Article 11

Afin de ne pas créer une situation de fait accompli et de donner plus d'effet à l'article 10, qui laisse la porte ouverte à une extension du champ d'application matériel et temporel de la convention, il conviendrait de réserver explicitement l'application dudit article, avant de déclarer la non-rétroactivité de cette convention. Celle-ci aurait alors un effet rétroactif "facultatif".

En conséquence, je propose de modifier la présente disposition comme suit:

"**Sous réserve de l'article 10**, la présente Convention..."

Plusieurs observations de nature rédactionnelle ne méritent pas d'être mentionnées ici et seront, le moment venu, communiquées directement au comité de rédaction qui sera vraisemblablement institué au cours de la troisième session du Comité d'experts.

(Translated from Italian)

Aldo PEZZANA CAPRANICA DEL GRILLO
Permanent Observer of the S.M.O.M.
Member of the study group

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous communiquer les observations suivantes sur l'avant-projet de Convention internationale sur la protection du patrimoine culturel.

L'**article 2** prévoit deux variantes -

Les variantes I et II établissent pour l'essentiel un renversement de la charge de la preuve que le soussigné avait déjà prévu et demandé.

Avec la variante I le possesseur d'un objet volé ou qui a fait l'objet d'un acte pénalement réprimé doit le restituer s'il n'apporte pas la preuve que a) il a pris toutes les précautions pour s'assurer de la nature et de la provenance de l'objet et b) il a consulté tous les registres d'objets culturels.

Avec la variante II le possesseur de l'objet en question est dans tous les cas obligé de restituer.

Dans les deux cas l'action est prescrite après une période de trente ans. Je considère que la première variante est préférable, parce que la seconde semble aller au delà du renversement de la charge de la preuve et introduit une forme de responsabilité objective, difficilement acceptable pour de nombreux Etats.

Le délai de trente ans de l'action en restitution suscite de grandes perplexités. De nombreux systèmes juridiques prévoient des délais plus brefs.

L'Italie, par exemple, (où l'on trouve la plus grande partie des biens ayant un intérêt culturel de l'Ordre souverain) prévoit pour les actions en restitution un délai de prescription décennal et, pour l'usucapion (dont les règles devraient régir la matière en question) un délai maximum de vingt ans.

J'estime par conséquent qu'il serait préférable, afin également de ne pas créer des problèmes de constitutionalité pour inégalité de traitement dans les Etats qui devront ratifier la Convention, de réduire le délai à vingt ans.

L'**article 3** prévoit, dans les deux variantes, un remboursement équitable en cas de restitution.

Dans la variante I le remboursement est soumis à la condition que le possesseur ne savait pas, en acquérant l'objet, qu'il y avait eu un acte pénalement réprimé ou dans des circonstances dans lesquelles un acquéreur raisonnable aurait dû au moins avoir des doutes à cet égard, en d'autres termes, qu'il ait été de mauvaise foi ou en position de faute grave.

Dans la variante II, la condition du remboursement est que le possesseur prouve qu'il a pris les précautions normalement suivies dans l'acquisition d'un tel objet.

J'estime que, quelle que soit la variante choisie, il faudrait adopter pour le droit au remboursement équitable la première solution, parce qu'elle s'écarte de façon moins radicale du principe actuellement accepté dans la plus grande partie des systèmes juridiques, selon en matière de meubles, la possession de bonne foi vaut titre.

L'article 4 décrit les conditions pour le retour d'un objet culturel exporté en violation des règles qui interdisent l'exportation du bien en dehors du territoire de l'Etat sur lequel il se trouvait.

Parmi les conditions, toutes équitables, la v) prévoit l'importance "grande" ou "exceptionnelle" pour l'Etat demandeur: à mon avis, le terme "grande" est préférable.

Par ailleurs, il faudrait exprimer plus clairement ce qui est dit à la condition i) à propos de la "conservation physique de l'objet ou de son contexte": un objet est souvent beaucoup plus important dans le milieu où et pour lequel il a été créé, plutôt qu'ailleurs.

L'article 5 contient des dispositions accessoires pour le retour dans le cas mentionné à l'article précédent. Il s'applique dans la pratique chaque fois que le possesseur d'un objet exporté en violation de règles de droit public est de mauvaise foi ou tout au moins en faute; il peut dans ce cas choisir: d'être indemnisé, de rester propriétaire de l'objet retourné, ou de le transférer, contre rémunération ou gratuitement, à une personne de son choix se trouvant dans l'Etat demandeur, celui-ci s'obligeant à ne pas confisquer le bien par la suite (il existe encore des divergences d'opinions au sein du Comité à cet égard).

La situation n'est pas très claire lorsque le possesseur est de bonne foi: A mon avis, comme le suggère du reste la note 18, les règles devraient s'appliquer, de façon générale, à tous les cas de retour, en prévoyant en faveur de l'acquéreur de bonne foi le droit au remboursement du prix payé augmenté des intérêts au lieu du simple remboursement équitable, ainsi que la disposition relative à la non confiscation de la part de l'Etat, sur laquelle le comité a eu des doutes pour l'acquéreur de mauvaise foi ou en faute.

Je saisis l'occasion pour vous confirmer, Monsieur le Président, l'expression de ma plus haute considération.

Mrs Lyndel Vivien PROTT
Member of the study group

Title

1. The term "restitution" as used in the 1970 Unesco Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property means the repatriation of cultural property which has been in illicit trade after the date of entry into force of that Convention, and may be returned on request through diplomatic channels or litigation (depending on the implementing system set up by each State party to the 1970 Convention) It is not, under this Convention, restricted to recovery by litigation, nor is the property necessarily returned to its "owner" (its ultimate destination may be decided by the requesting State). The term "return" is used for material which has been expatriated, illicitly or not, before the entry into force of the Convention (generally cultural property expatriated in colonial situations). The same terminological meanings are adhered to in the title and the practice of the Unesco Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation since 1978. It would therefore be confusing to use these terms in another sense in the Unidroit draft. The term "recovery" is more neutral.

2. Apart from these considerations, "restitution" in English does not necessarily mean restitution of the object - it may mean monetary compensation and that is not the effect intended. To mean restitution of the object, the term would have to be "specific restitution" - but this has not been used in the 1970 Convention or in the practice of the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation. I note that the report of the discussions (para. 9 p. 4, l.8) is not clear on this point and perhaps has been wrongly transcribed.

Article 1 (1)

3. With respect to para. 14 of the report of the discussion (p.5), I would suggest the English text "a material object of artistic, historical, spiritual, ritual or other cultural significance". This text would overcome the problem raised and would apply more clearly to material in use by a living culture, such as that covered by Articles 4(1)(b)(iv) and (v).

Article 1(2)
4. Para. (a) of this article as at present drafted is ambiguous, since it is not clear whether "or who" refers to "possessor" or "person". (The French text, is I believe, clear on this point.) This could perhaps be resolved by rephrasing (see following para.)

5. With respect to the dilemma discussed in Art. 16 of the discussion paper this could be resolved by the phrasing:

> ...a possessor who has been obliged to restore [render, give up, hand over] to another person a cultural object in accordance with Article 2 or Article 4 ...

The same result could be obtained, but more clumsily by the phrasing:

> ...a possessor who has been obliged to restore [render, give up, hand over] to another person a cultural object in accordance with Article 2 or has been obliged to return it to the State of origin in accordance with Article 4 ...

6. With regard to para.(b) of this article, it has been suggested (para. 17 of the report on discussion) that this sub-paragraph be deleted. I would prefer to add a sentence and retain it:

> Such liability will be governed by the applicable national law of the transaction.

If this sentence is not added, or if the whole sub-section is deleted, then there should be a paragraph in the accompanying commentary which explains this point.

7. The discussion paper (para. 18) notes a clash between the present draft of this article and Art. 7(b)(ii) of the 1970 Unesco Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. I do not understand this point: I see no clash.

Alternatives I and II
8. I prefer Alternative II of Article 2 and 3. In particular it would be anomalous to treat the holder of illegally exported cultural property more harshly than the holder of stolen property. The present draft makes the handing over of illicitly exported goods mandatory in all cases notwithstanding good faith and Alternative I would thus give less protection in the case of theft than in the case of illegal export. The report of discussion does not seem to me here to be altogether clear: paras. 26 and 27

("reached a consensus") are not consistent with what is said in para. 49 ("no clear majority").

Article 2 (either alternative)

9. The phrase "sanctioned by the criminal law" is unfortunate since the word "sanction" can mean "allow" in English. Perhaps the phrasing "or other wrongful act by the law of the State..." would solve the problem.

10. Article 2 (3) (alternative I) and 2(2) (alternative 2) should, I think, speak of "specific restitution" in the English text, for the reasons set out in para.2 above.

Article 5

11. This article seems to me, as at present drafted, to have several problems. The phrase "retain ownership and possession" is confusing, since, if the bona fide acquirer remains outside the country of origin but has to send the object back to it, he is clearly losing actual "possession" although he may retain possession in the technical legal sense of constructive possession (where, for example, he places it in an immovable owned and controlled by him in the country of origin). I think it would be better to avoid this possible confusion. Several alternatives occur to me: we could simply use "ownership" and omit the reference to possession, or we could say "ownership and access" or we could speak of "ownership and qualified" possession (though this formulation leaves open the question of how the possession is qualified and by whom).

12. Secondly, if the object is being returned because of its significant cultural heritage value to the requesting State, and especially if that State has expended resources in achieving that return, it is reasonable for the State to require some kind of access to, if not possession of, the object.

13. Thirdly, the suggestion that the acquirer can give the object to a person of his choice, and the State undertakes not to interfere with his ownership of it, will simply legitimate a practice whereby an owner can illegally export for sale on the understanding that he will return the purchase price should the acquirer be obliged to return the object, provided that the purchaser exercises the option to return to the illegal exporter. This person would then be in a position to illegally export it again, this time to a country which has not become a party to a relevant international agreement. There would be no deterrent to a purchaser to refuse illegally exported goods if this becomes the case. A number of States have found it necessary to provide for special supervision, surrender to a museum or other custodial arrangements for cultural objects which have been the subject of attempts at illegal export. This is hardly an unreasonable action, especially if the costs of

retrieval are high and the owner of the object has already shown that he or she is prepared to flout the law. Giving the acquirer who is returning the object some options makes the return more palatable, but perhaps the safeguard should be that the person to whom he returns it has to be approved by the requesting State, or at any rate, must clearly not be the person responsible for the illegal export in the first place.

Article 6

14. I think that Article 6 should be suppressed since it is otiose. There is no reason, however, while the issue should not be discussed in the commentary.

Article 8

15. While I would prefer the suppression of Art. 8 (1) in its present form (since I agree with the body of opinion which that auction prices are not necessarily a good indication of value), I think there is good reason for keeping Art. 8(2). Cases have occurred where cultural objects, not of great value in themselves, but of great importance as part of a study collection, have been separated and exported and have thus destroyed the value of the collection. In its present form of drafting it is not related merely to commercial value, but is also applicable to heritage value.

Article 11

16. I would propose commencing this article with the words

> Except as provided in Article 10...

General

17. I have certain other comments and proposals to make but I think these would be more appropriately introduced at the next session when decisions are being taken on some of the outstanding matters before us.

18. I note that we did not have time to consider, at the second session of the study group, certain other matters which could possibly be included in the draft convention as a deterrent to illicit traffic, such as the recognition of foreign laws on inalienability and imprescriptibility, mandatory rules of law, the proper connecting factors to use in private international cases relating to items of the cultural heritage and the interpretation of "public policy" in systems of law which invalidate contracts on that ground.

These were the subject of some suggested draft articles of mine (Study LXX - Doc. 13, p.6) and, even if we do not have time to discuss them in detail at the third session, I think the time is here when we need to take a decision in principle as to whether we intend to deal with these additional questions or not in addition to the difficult issues of good faith which we have already accepted into the content of the draft convention.

Mrs Anne RAIDL
Director - Division of Cultural Heritage
(UNESCO)

"Nous avons examiné avec attention le compte rendu de la deuxième session du Comité d'étude et l'avant-projet de "Convention sur la restitution et le retour d'objets culturels". Ces documents illustrent l'importance du travail déjà effectué par le Comité d'étude. Des choix devant être opérés, au cours des prochaines sessions, entre les différentes variantes proposées dans l'avant-projet, je me permets de vous faire part de quelques remarques qui, loin de couvrir de façon exhaustive l'ensemble des questions à débattre, seront peut-être utiles aux membres du Comité.

D'une façon générale, un des soucis de l'Unesco, en participant à ces travaux, est de veiller à la complémentarité entre ces futures règles de droit privé et les dispositions des instruments existants, en particulier la Convention de l'Unesco de 1970. A cet égard, le système proposé à la variante II des articles 2 et 3 consacrés aux biens volés me paraît constituer un ensemble cohérent et équilibré consacrant le principe de la restitution et celui de l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi. Cette variante a le mérite de compléter, notamment en précisant ses dispositions de droit privé, l'article 7 de la Convention de 1970. Toutefois cette indemnisation n'est possible que si le propriétaire dépossédé ou l'Etat demandeur dispose des moyens financiers suffisants. Or le prix des oeuvres d'art a atteint des montants tellement considérables au cours de ces dernières années que même le prix d'achat payé par l'acquéreur de bonne foi, auquel il est fait référence dans plusieurs articles de l'avant-projet, pourrait être largement supérieur aux capacités financières du propriétaire dépossédé ou de l'Etat demandeur. le Comité d'étude veillera sans doute à définir des critères permettant au tribunal de fixer un montant raisonnable pour le remboursement. D'autre part, il conviendrait d'harmoniser la terminologie de l'avant-projet avec celle des instruments existants. A titre d'exemple, il serait plus judicieux d'employer les termes "biens culturels" utilisés dans les Conventions de l'Unesco et dans la Convention européenne plutôt que les termes "objets culturels"."