

UNIDROIT 1990

Etude LXX - Doc. 19

(Original: français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES BIENS CULTURELS

Avant-projet de Convention d'Unidroit
sur les biens culturels volés ou illicitement exportés
approuvé par le comité d'étude d'Unidroit
sur la protection internationale des biens culturels

avec

RAPPORT EXPLICATIF

(préparé par le Secrétariat)

Rome, août 1990

AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT
SUR LES BIENS CULTURELS VOLES OU ILLICITEMENT EXPORTES
(approuvé par le comité d'étude d'Unidroit sur la protection internationale
des biens culturels à sa 3^{ème} session le 26 janvier 1990)

CHAPITRE I - CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITION

Article premier

La présente Convention s'applique aux demandes de restitution de biens culturels volés ainsi qu'aux demandes visant au retour de biens culturels exportés du territoire d'un Etat contractant en violation de sa législation en matière d'exportation.

Article 2

Au sens de la présente Convention, le terme "bien culturel" désigne tout objet corporel revêtant une importance culturelle, notamment artistique, historique, spirituelle ou rituelle.

CHAPITRE II - RESTITUTION DES BIENS CULTURELS VOLES

Article 3.

1) Le possesseur d'un bien culturel volé est tenu de le restituer.

2) Toute demande de restitution d'un bien culturel volé doit être introduite dans un délai de trois ans à compter du moment où le demandeur a connu ou aurait dû raisonnablement connaître l'endroit où se trouvait le bien ou l'identité du possesseur, et dans tous les cas, dans un délai de trente ans à compter du moment du vol.

Article 4

1) Le possesseur d'un bien culturel volé qui est tenu de le restituer a droit au paiement, au moment de la restitution, d'une indemnité équitable par le demandeur sous réserve que le possesseur prouve qu'il a exercé la diligence requise lors de l'acquisition.

2) Pour déterminer si le possesseur a exercé une telle diligence, il sera tenu compte des circonstances pertinentes de l'acquisition, y compris la qualité des parties et le prix payé, ainsi que du fait que le possesseur a consulté un registre accessible de biens culturels volés qu'il aurait pu raisonnablement consulter.

3) Est assimilé au comportement du possesseur celui de son prédécesseur dont il a acquis le bien culturel par héritage ou autrement à titre gratuit.

CHAPITRE III - RETOUR DES BIENS CULTURELS ILLICITEMENT EXPORTES

Article 5

1) Lorsqu'un bien culturel a été exporté du territoire d'un Etat contractant (l'Etat demandeur) en violation de sa législation en matière d'exportation, cet Etat peut demander au tribunal ou à toute autre autorité compétente d'un Etat en vertu de l'article 9 (l'Etat requis) que soit ordonné le retour du bien dans l'Etat demandeur.

2) Toute demande introduite en vertu du paragraphe précédent doit être accompagnée, pour être recevable, des précisions permettant à l'autorité compétente de l'Etat requis d'apprécier si les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies et doit contenir toute information utile sur la conservation, la sécurité et l'accessibilité du bien culturel après son retour dans l'Etat demandeur.

3) Le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis ordonne le retour du bien culturel dans l'Etat demandeur lorsque cet Etat prouve que l'exportation du bien de son territoire porte une atteinte significative à l'un ou l'autre des intérêts suivants:

- a) la conservation physique du bien ou de son contexte,
- b) l'intégrité d'un bien complexe,
- c) la conservation de l'information, par exemple de nature scientifique ou historique, relative au bien,
- d) l'usage du bien par une culture vivante,
- e) l'importance culturelle particulière du bien pour l'Etat demandeur.

Article 6

Lorsque les conditions du paragraphe 3 de l'article 5 sont remplies, le tribunal ou l'autorité compétente ne peut refuser d'ordonner le retour du bien culturel que s'il estime que ce bien présente, avec la culture de l'Etat requis ou d'un autre Etat, un lien aussi étroit ou plus étroit qu'avec celle de l'Etat demandeur.

Article 7

Les dispositions de l'article 5 ne s'appliquent pas:

- a) lorsque le bien culturel a été exporté du vivant de la personne qui l'a créé ou au cours d'une période de cinquante ans après le décès de cette personne; ou
- b) lorsqu'aucune demande de retour du bien n'a été introduite devant un tribunal ou toute autre autorité compétente en vertu de l'article 9 dans une période de cinq ans à compter du moment où l'Etat demandeur a connu ou aurait dû raisonnablement connaître l'endroit où se trouvait le bien ou l'identité du possesseur, et dans tous les cas, dans une période de vingt ans à compter de la date de l'exportation du bien, ou
- c) lorsque l'exportation du bien en question n'est plus illicite au moment où le retour est demandé.

Article 8

1) Lors du retour du bien culturel, le possesseur peut exiger de l'Etat demandeur le paiement concomitant d'une indemnité équitable, à moins que le possesseur n'ait su ou dû savoir, au moment de l'acquisition, que le bien devait être ou avait été exporté en violation de la législation en matière d'exportation de l'Etat demandeur.

2) Lors du retour du bien culturel, le possesseur peut décider, en lieu et place de cette indemnité, de rester propriétaire du bien ou de le transférer à titre onéreux ou gratuit à une personne de son choix résidant dans l'Etat demandeur et présentant les garanties nécessaires. Dans ces cas, le bien ne peut pas être confisqué ni faire l'objet d'une autre mesure ayant les mêmes effets.

3) Les dépenses découlant du retour du bien culturel conformément au présent article incombent à l'Etat demandeur.

4) Est assimilé au comportement du possesseur celui de son prédécesseur dont il a acquis le bien par héritage ou autrement à titre gratuit.

CHAPITRE IV - DEMANDES ET ACTIONS

Article 9

1) Le demandeur peut introduire une action en vertu de la présente Convention devant les tribunaux ou toutes autres autorités compétentes soit de l'Etat où réside habituellement le possesseur du bien culturel, soit de l'Etat où se trouve le bien culturel.

2) Toutefois, les parties peuvent convenir de soumettre leur différend à une autre juridiction ou à l'arbitrage.

CHAPITRE V - DISPOSITIONS FINALES

Article 10

La présente Convention s'applique seulement lorsqu'un bien culturel a été volé, ou exporté du territoire d'un Etat contractant en violation de sa législation en matière d'exportation, après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat contractant dont les tribunaux ou autres autorités compétentes ont été saisis d'une demande de restitution ou visant au retour d'un tel bien.

Article 11

Chaque Etat contractant conserve la faculté pour les demandes introduites devant ses tribunaux ou autorités compétentes:

a) visant la restitution d'un bien culturel volé:

- i) d'étendre les dispositions du Chapitre II à des actes délictueux autres que le vol par lesquels le demandeur a été dépossédé du bien;
 - ii) d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet d'étendre la période durant laquelle la demande de restitution du bien peut être introduite en vertu du paragraphe 2 de l'article 3;
 - iii) d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet de priver le possesseur de son droit à indemnité même lorsque celui-ci a exercé la diligence requise mentionnée au paragraphe 1 de l'article 4.
- b) visant au retour d'un bien culturel exporté du territoire d'un autre Etat contractant en violation de la législation en matière d'exportation de cet Etat:
- i) de tenir compte d'autres intérêts que ceux qui sont visés au paragraphe 3 de l'article 5;
 - ii) d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet d'appliquer les dispositions de l'article 5 dans des cas qui sont exclus par les dispositions de l'article 7.
- c) d'appliquer la Convention nonobstant le fait que le vol ou l'exportation illicite du bien culturel ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet Etat.

RAPPORT EXPLICATIF

(préparé par le Secrétariat d'Unidroit)

I

HISTORIQUE DE L'AVANT-PROJET DE CONVENTION

1. Les origines de la décision prise par le Conseil de Direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) à sa 65^{ème} session, tenue en avril 1986, d'inclure le sujet de la protection internationale des biens culturels dans le Programme de travail de l'Institut pour la période triennale 1987 à 1989⁽¹⁾, remontent au début des années 1980 lorsque certaines organisations internationales, en particulier l'Unesco, exprimèrent leur intérêt, dans le cadre de leurs propres travaux sur les biens culturels, à l'égard du projet de loi uniforme d'Unidroit sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels de 1974 (LUAB).

2. Ce projet a suscité l'intérêt de l'Unesco relativement à sa Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels, et plus particulièrement à une disposition importante de droit privé, à savoir l'article 7 b) ii) qui dispose:

"Les Etats parties à la présente Convention s'engagent:

...

ii) A prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer à la requête de l'Etat d'origine partie à la Convention tout bien culturel ainsi volé et importé après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard des deux Etats concernés, à condition que l'Etat requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ce bien..."

3. En vue de clarifier, et si possible d'améliorer la façon dont cette disposition doit s'appliquer, l'Unesco a demandé à Unidroit de réaliser une étude sur la protection internationale des biens culturels à la lumière notamment du projet LUAB de 1974 et de la Convention de l'Unesco de 1970. Cette étude fut confiée à Mme Gerte Reichelt, Univ. Dozent à l'Institut de droit comparé de Vienne. Dans cette étude⁽²⁾, Mme Reichelt a fait

(1) Voir Rapport sur la 65ème session du Conseil de Direction, p. 22 (UNIDROIT 1986, C.D. 65 - Doc. 18).

(2) Voir UNIDROIT 1986, Etude LXX - Doc. 1.

une analyse des deux instruments internationaux, puis elle s'est penchée sur le concept de biens culturels, leur définition et sur la notion de "protection" dans ce domaine. Elle a ensuite classé en trois groupes les cas de jurisprudence relatifs au problème de l'acquisition de bonne foi des objets culturels et de leur protection, et a pour finir examiné quelques aspects de droit civil, de droit international privé et de droit public de la protection internationale des biens culturels, et donné des recommandations dans ces domaines à intégrer dans un futur instrument. Cette étude fut soumise en 1987 au Conseil de Direction d'Unidroit et à l'Unesco.

4. Le Conseil de Direction d'Unidroit décida alors, au cours de sa 66^{ème} session en 1987⁽³⁾, de maintenir le sujet de la protection internationale des biens culturels au Programme de travail sans priorité, et d'autoriser le Secrétariat à poursuivre sa collaboration avec l'Unesco en vue de la réalisation d'une étude plus détaillée sur les problèmes en cause. L'Unesco demanda en effet à Unidroit une deuxième étude en la matière avec référence en particulier aux règles de droit privé concernant le transfert de propriété des biens culturels et tenant compte des observations faites sur la première étude⁽⁴⁾. Celle-ci fut à nouveau confiée à Mme Gerte Reichelt qui, après avoir donné une vue d'ensemble du transfert de propriété sous l'angle du droit comparé, a examiné un moyen de prévoir une protection efficace des biens culturels, à savoir l'application de règles impératives qui traduisent des considérations d'ordre politique en concepts juridiques. Une telle approche était nouvelle et pouvait prendre la forme de la reconnaissance des droits étrangers régissant l'exportation des biens culturels. L'important était par conséquent de reconnaître l'effet combiné du droit civil, du droit international privé et du droit public en prévoyant une solution globale au problème complexe de la protection internationale des biens culturels.

5. Depuis la 65^{ème} session du Conseil de Direction, le Secrétariat de l'Unesco a informé le Secrétariat d'Unidroit que l'Unesco n'envisageait pas, du moins pour le moment, de préparer un nouvel instrument international traitant des aspects de droit privé de la protection internationale des biens culturels, Unidroit étant considéré comme un forum plus approprié pour une telle initiative. De plus le Secrétariat d'Unidroit a été informé que le Comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe avait décidé de ne pas procéder dans un avenir immédiat à des travaux visant à préparer un Protocole additionnel à la Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels.

(3) Voir Rapport sur la 66ème session du Conseil de Direction, p. 14 (UNIDROIT 1987, C.D. 66 - Doc. 20).

(4) Voir UNIDROIT 1988, Etude LXX - Doc. 4.

6. A sa 67^{ème} session, qui s'est tenue à Rome en juin 1988⁽⁵⁾, le Conseil de Direction a décidé, à la lumière des deux études de Mme Reichelt et des éléments nouveaux dont il avait eu connaissance, de donner un caractère prioritaire au sujet dans son Programme de travail, et de créer un comité d'étude sur la protection internationale des biens culturels chargé d'examiner les différents aspects du sujet sur la base des documents déjà existants, ainsi que la possibilité et l'opportunité d'établir des règles uniformes relatives à la protection internationale des biens culturels.

7. En dehors des deux études préliminaires, il s'agissait d'un document préparé par le Président d'Unidroit, M. Riccardo Monaco, et présentant les lignes générales pour une Convention de droit privé sur la protection internationale des biens culturels⁽⁶⁾. Ce document fournissait une liste très complète des problèmes auxquels il fallait faire face si une convention sur le sujet devait être envisagée, en mettant l'accent sur la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts des pays d'origine des biens culturels et ceux de ce que l'on appelle les pays importateurs. Le second document examiné par le Conseil de Direction à sa 67^{ème} session était un avant-projet de Convention sur la restitution d'objets culturels, présenté par M. Roland Loewe, membre du Conseil de Direction d'Unidroit. Ce texte, qui devait servir de base de discussion pour le comité d'étude, posait des règles de droit matériel, laissant de côté de façon intentionnelle certains problèmes tels que l'acquisition de bonne foi et la question du transfert de propriété, l'approche étant essentiellement pragmatique parce que fondée sur le concept du droit au paiement et de la restitution.

8. Le comité d'étude, dont la composition figure en ANNEXE ci-après, s'est réuni à Rome au cours de trois sessions, sous la présidence de M. Monaco, tenues respectivement du 12 au 15 décembre 1988, du 13 au 17 avril 1989 et du 22 au 26 janvier 1990⁽⁷⁾.

9. A la conclusion de sa troisième session, le comité d'étude a adopté l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, reproduit ci-dessus. Cet avant-projet a été ensuite soumis à l'examen du Conseil de Direction à sa 69^{ème} session, tenue à Rome du 23 au 26 avril 1990, qui autorisa le Secrétariat à transmettre l'avant-projet de Convention, avec le rapport explicatif aux Gouvernements,

(5) Voir Rapport sur la 67ème session du Conseil de Direction, p. 34 (UNIDROIT 1988, C.D. 67 - Doc. 18).

(6) Voir UNIDROIT 1988, Etude LXX - Doc. 2.

(7) Les rapports sur les trois sessions sont reproduits respectivement dans UNIDROIT 1989, Etude LXX - Doc. 10; UNIDROIT 1989, Etude LXX - Doc. 14 et UNIDROIT 1990, Etude LXX - Doc. 18.

organisations intéressées et experts reconnus en la matière en vue de solliciter leurs observations. Il décida également de convoquer une première session d'un comité d'experts gouvernementaux au printemps 1991 qui prendrait pour base l'avant-projet approuvé ainsi que les observations envoyées sur le texte et analysées par le Secrétariat d'Unidroit.

II

CONSIDERATIONS GENERALES

10. Il est aujourd'hui admis, à des nuances près, que le patrimoine contribue à l'identité nationale et que les bouleversements géopolitiques en cours, la construction d'ensembles supranationaux, la réémergence simultanée des particularismes régionaux rendent d'autant plus urgente la mise en valeur et la protection des biens culturels. Mais tout le monde n'est pas d'accord lorsqu'il s'agit du commerce international d'oeuvres d'art, dont l'essor après la deuxième guerre mondiale a été sensationnel et qui est devenu à l'heure actuelle le moyen par excellence d'appauvrissement du patrimoine culturel de certaines nations au profit d'autres. A ce sujet, on peut discerner deux tendances ou politiques généralement opposées. L'une souligne les avantages économiques et culturels résultant d'un commerce en principe libre, visant à permettre autant que possible à toutes les nations d'avoir accès au patrimoine culturel de l'humanité, et dont seuls les abus les plus évidents seraient à réprimer. Un système de libre-échange en matière d'art - dit-on - outre les avantages économiques qu'il procure, est également bénéfique et souhaitable au point de vue culturel car la circulation des oeuvres d'art à travers les frontières contribuera sans conteste à ce dialogue entre les cultures nationales où nombre de gens voient le principal élément propulseur de l'entente des peuples et finalement de la paix. Inutile de dire que cette politique recrute surtout ses adeptes dans les pays où le commerce d'art prospère, où abondent les capitaux en quête de placement - et l'on sait comme les investissements en matière d'art sont attractifs - et où au contraire les biens de culture sont relativement peu nombreux. A l'inverse, une politique restrictive de nationalisme culturel tendant au maintien dans le pays d'origine du bien culturel ou au retour du bien dans ce pays, qui ne manquera pas de séduire les nations riches en témoins de civilisation et de culture, et cependant pauvres en biens matériels.

11. La question de la protection internationale des biens culturels revêt donc une importance capitale, en particulier dans les pays où l'on trouve nombre de cultures différentes (sociétés tribales, mixtes...), et ce d'autant plus que le trafic illicite d'objets d'art augmente de façon

considérable et inquiétante. Ce trafic est aujourd'hui une forme de délinquance en plein développement en même temps qu'en pleine internationalisation. La perméabilité accrue des frontières interétatiques, par exemple entre pays de l'Europe de l'Ouest et demain entre pays de l'Europe toute entière, l'apparition de nouveaux marchés et de nouveaux clients dans les nouveaux Etats riches du monde, la facilité accrue des communications, sont pour lui des facteurs favorables, tout autant que l'extraordinaire hausse du prix des oeuvres d'art. Or ce phénomène a peu de chances de s'atténuer car les objets d'art coûtent toujours plus cher en raison de l'afflux d'argent sur le marché. En effet, l'argent licite est aujourd'hui doublé d'argent illicite en raison du lien toujours plus étroit qui existe entre le trafic des objets d'art et celui de la drogue. Si l'on trouve dans bon nombre de documents des Nations Unies le souhait que les pays d'origine permettent et encouragent le commerce licite des biens culturels, l'on ne trouve que très peu de politiques de ce genre. On constate au contraire des politiques de refus total d'exportation même pour des biens sans grande importance. Il convient véritablement d'insister sur la distinction entre commerce licite et commerce illicite, car il faut aujourd'hui faire face à de graves distorsions du commerce international. C'est pourquoi il est nécessaire d'encourager le commerce licite, car il s'agit du débouché normal du trafic illicite (par ce que l'on appelle traditionnellement le "blanchiment"); on retrouve en effet sur le marché licite beaucoup d'objets dont la provenance est douteuse à l'origine. Or il est évident que plus le trafic licite est difficile, plus le trafic illicite augmente, mais d'un autre côté, lorsque le trafic illicite n'a pas cessé, il est politiquement difficile de vouloir promouvoir le trafic licite. Les deux choses devraient se faire en même temps.

12. Cela étant, on aperçoit tout de suite l'extrême difficulté que pose le conflit d'intérêts qui se présente si l'on se place sur le plan national. Les Etats ont naturellement une tendance à y prendre la position plus favorable à la sauvegarde de leurs intérêts propres spécifiques. Pour arriver à une solution satisfaisante, il faut s'élever au dessus du plan où ces intérêts égoïstes se font valoir. Il faut tenir compte de tous les intérêts en compétition et essayer de trouver quelque part un point de juste équilibre. Et, en dehors du conflit d'intérêts existant entre Etats exportateurs et Etats importateurs, entre les producteurs et les consommateurs, la tâche est encore rendue plus difficile par le conflit d'intérêts entre les propriétaires d'origine et les acheteurs potentiels, entre le commerce et la sauvegarde du patrimoine.

13. Or les moyens humains et financiers disponibles semblent très insuffisants par rapport aux urgences reconnues. Les remparts législatifs ou réglementaires ne règlent pas tous les problèmes et résistent mal aux vagues financières qui agitent le marché de l'art rendant ces mesures un

peu dérisoires. Si le trafic illicite s'est internationalisé, il en a été de même pour les moyens mis en oeuvre pour lutter contre ce mal: sur le plan strictement juridique, on a vu se multiplier depuis trente ans des accords internationaux de portée plus ou moins large, traités bilatéraux, traités régionaux comme la Convention européenne de 1985 sur les infractions visant des biens culturels, enfin accords à vocation universelle dont les plus notoires sont les grandes conventions adoptées par l'Unesco et plus spécialement celle du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (ci-après dénommée "Convention de 1970"). Mais l'accueil fait par certains des signataires eux-mêmes à ces accords permet, tout autant que la persistance des trafics illicites eux-mêmes et le faible pourcentage d'objets retrouvés chaque année, de douter de leur efficacité, probablement en raison d'une surabondance d'objectifs visés.

14. C'est bien en raison de difficultés d'application posées par une disposition essentielle de droit privé de la Convention de l'Unesco de 1970, l'article 7 b) ii) (dont le texte figure au paragraphe 2 ci-dessus), que cet organisme avait fait appel à Unidroit. Cette disposition couvre l'hypothèse du vol et celle de l'exportation illicite des biens culturels, et prévoit la restitution d'un bien alors même qu'il est entre les mains d'un acquéreur de bonne foi. De surcroît, elle ne fixe aucune limite de temps à la restitution, mais prévoit une indemnité en faveur de l'acquéreur de bonne foi. Or cet article posait problème car certains Etats, notamment la Finlande et les Pays-Bas, ont indiqué que celle-ci présentait une certaine incompatibilité avec les dispositions de leurs législations nationales relatives à l'acquéreur de bonne foi.

15. Le comité d'étude d'Unidroit, aux travaux duquel l'Unesco participe en tant qu'observateur, s'est donc réuni en vue d'examiner la possibilité et l'opportunité d'établir des règles uniformes relatives à la protection internationale des biens culturels. Quant à la forme de ces règles, le comité a estimé que seule une convention internationale serait un véhicule efficace pour l'adoption de règles uniformes en la matière. Le souhait de ses membres a bien sûr été de concevoir autant que possible un instrument compatible avec les dispositions de la Convention de 1970, parce que s'il est vrai que sur les soixante-huit Etats qui ont déposé un instrument d'acceptation ou de ratification de cette Convention (les derniers en date étant l'Australie et la Chine), la plupart appartient à la catégorie des nations "exportatrices" et donc victimes du trafic illicite, il existe des exceptions remarquables comme le Canada ou les Etats-Unis d'Amérique, et il ne serait pas souhaitable politiquement d'établir un nouvel instrument qui pourrait gêner de nouvelles acceptations de la Convention de 1970.

16. Quant au contenu matériel de l'instrument, les membres du comité ont été d'accord pour dire que tous les efforts devaient être faits pour répondre aux diverses préoccupations des différents groupes d'Etats, étant tous préoccupés d'une façon ou d'une autre par le commerce illicite croissant des oeuvres d'art. Pour qu'un texte soit réellement applicable et efficace, le comité d'étude a estimé que son objectif devait être limité, et c'est pourquoi il a choisi de traiter deux points: d'un côté les problèmes liés à une personne dépossédée, à la suite d'un vol, d'un bien culturel qu'elle possédait auparavant, et, d'un autre côté, les problèmes liés aux conséquences de l'enlèvement des biens culturels du territoire d'un Etat en violation d'une loi nationale prohibant ou imposant des conditions à l'exportation.

17. Le vol d'oeuvres ou d'objets d'art n'est pas un fait nouveau. Dès la plus haute antiquité, l'Egypte a connu les pilleurs de sépultures et rares sont les richesses qui ont pu échapper à la razzia permanente qui a sévi dans ce pays au cours des siècles. En France, la Renaissance doit beaucoup au butin des guerres d'Italie. Plus près de nous, au cours de la seconde guerre mondiale, la spoliation artistique entreprise par Hermann Goering a été évaluée à près de 1600 tableaux et oeuvres d'art diverses. En Europe, il faut rappeler qu'en 30 ans, au moins 100.000 objets d'art ont été volés en Italie et que 41.000 dont 21.000 peintures, ont été reconnus comme volés en République fédérale d'Allemagne⁽⁸⁾. Il s'agit donc d'un phénomène qui frappe à la fois les pays industrialisés et les pays en développement, mais dont l'appréciation quantitative est délicate en l'absence d'une méthode de saisie des données parfaitement adaptée aux vols de tels objets. La principale cause de difficulté tient à la définition de l'oeuvre d'art elle-même. Le problème essentiel auquel il faut faire face en matière de vol est celui du conflit d'intérêts entre une personne (habituellement le propriétaire) qui a été dépossédée d'un bien et l'acquéreur de bonne foi d'un tel bien. Or les divers systèmes juridiques abordent le problème de façon très différente et l'expérience d'Unidroit par rapport à la LUAB de 1974 avait amplement démontré la difficulté qu'il y avait à opérer un rapprochement entre les systèmes de *common law* qui ont pratiquement tous suivis de façon unanime la règle *nemo dat* et la plus grande partie des systèmes de droit civil qui, à des degrés différents, ont accordé une protection plus large à l'acquéreur de bonne foi de biens volés. Le comité a donc essayé de trouver ce qui pouvait constituer une règle uniforme minimum acceptable.

(8) Voir le rapport de M. Stoffelen sur la criminalité internationale, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Doc. 5617.

18. L'autre grand problème que traite le comité d'étude est celui de la sortie de biens culturels qui ont été transférés hors des frontières en violation de la réglementation de l'Etat exportateur. Presque tous les pays exercent sous une forme ou une autre un contrôle sur l'exportation de leurs biens culturels, mais il est difficile de savoir exactement le volume des oeuvres et objets exportés clandestinement. Les pays exportateurs, victimes du trafic illicite, sont surtout les pays en développement, en Amérique latine, en Afrique, en Océanie et en Asie, qui ont des richesses culturelles particulières et très recherchées et qui, d'autre part, n'ont que peu de moyens pour faire respecter une réglementation. Dans beaucoup de ces Etats les problèmes de contrôle sont aggravés par les luttes intestines ou par la guerre. Or ces actes d'appauvrissement du patrimoine culturel des pays en développement, riches en biens culturels, constituent une atteinte à la spécificité culturelle de ces pays et mènent à un "néo-colonialisme culturel". Par ailleurs, ce souci de préserver le patrimoine culturel national est partagé par un grand nombre d'Etats d'Europe occidentale qui, après avoir longtemps été des importateurs du patrimoine culturel d'autres Etats, sont désireux de protéger le leur. Mais les difficultés sont considérables et résultent de la méconnaissance par les pays importateurs de la réglementation propre aux pays exportateurs. Dans l'état actuel du droit international, les mesures de lutte contre l'exportation illicite de biens culturels prévues par les législations nationales sont inopérantes à cause de leur limitation territoriale. Ceci empêche toute possibilité de retour d'un bien culturel illicitement exporté. Il n'en serait autrement que si les Etats s'accordaient à reconnaître sur leur territoire une portée juridique à la réglementation des autres Etats, en en incriminant la violation. Le comité d'étude a en effet préconisé d'exiger des Etats qu'ils attribuent des effets positifs à l'ordre public étranger pour la catégorie *sui generis* des biens culturellement importants.

19. Dans ces conditions et étant donné le volume croissant du trafic de biens culturels, le but principal de la Convention future est d'établir un régime aussi clair et simple que possible pour régir la restitution des biens culturels volés à la personne dépossédée, et le retour d'un bien exporté en dépit d'une prohibition à l'Etat dont la législation a été violée.

20. Du point de vue de sa structure, l'avant-projet de Convention est composé de onze articles divisés en cinq chapitres:

- Chapitre I - Champ d'application et définition (articles 1 et 2)
- Chapitre II - Restitution des biens culturels volés (article 4)
- Chapitre III - Retour des biens culturels illicitement exportés (articles 5 à 8)
- Chapitre IV - Demandes et actions (article 9)
- Chapitre V - Dispositions finales (articles 10 et 11)

III

COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET DE CONVENTION

Titre

21. Le titre de l'avant-projet de Convention a subi quelques modifications au cours des travaux du comité, puisqu'il se lisait à l'origine "Avant-projet de Convention sur la restitution d'objets culturels", puis "Avant-projet de Convention sur la restitution et le retour d'objets culturels". Deux questions se sont posées au fil des sessions, celle de savoir si le comité voulait utiliser les termes de "restitution" et de "retour" dans le titre, et celle du choix entre l'expression "objets culturels" et "biens culturels".

22. Plusieurs membres du comité avaient attiré l'attention sur le fait que les termes "restitution" et "retour" pouvaient revêtir des sens différents. En effet, "restitution" en anglais ne signifie pas nécessairement restitution de l'objet, il peut s'agir d'une compensation financière, ce qui n'était pas ici l'intention. Par ailleurs le terme de "retour" a dans la Convention de l'Unesco de 1970 un sens très technique (transfert volontaire vers le pays d'origine), et, certains articles de l'avant-projet pouvant avoir une application purement nationale, le comité a estimé qu'il fallait éviter dans le titre d'utiliser une expression qui fasse penser qu'il ne s'agissait que de cas internationaux. Il avait été proposé d'utiliser une autre terminologie, mais le comité a finalement décidé de n'utiliser aucun de ces termes dans le titre, en laissant au préambule le soin de préciser davantage. Il lui a en outre semblé nécessaire d'introduire un nouvel article définissant le champ d'application de l'avant-projet de Convention (voir article premier).

23. La seconde question revenue plusieurs fois au cours des discussions du comité concernait le choix entre les termes "objets culturels" et "biens culturels". Les avis et les arguments étant divers, le comité a sur ce point distingué la version française de la version anglaise du texte. Pour la première, il a choisi d'utiliser les mots "biens culturels", termes juridiques repris par plusieurs réglementations nationales et internationales et adoptés par la majorité de la doctrine. Il a estimé que modifier cette terminologie créerait un fâcheux précédent et pourrait donner lieu à des conflits d'interprétation. Pour ce qui est de la version anglaise, l'expression "cultural objects" a été préférée à celle de "cultural property", apparue seulement récemment en *common law*.

CHAPITRE I - CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITION

Article premier

24. Cet article, qui présente le champ d'application de la future Convention, ne figurait pas dans les versions précédentes de l'avant-projet, et y a été introduit à la suite de la décision prise par le comité d'étude de supprimer les termes "restitution" et "retour" dans le titre. Il figure en tant qu'article premier car il a semblé logique au comité d'exposer d'abord le champ d'application de l'avant-projet, avant de définir les termes utilisés.

25. Le libellé souligne la distinction que le comité a voulu établir dans cet article entre le vol et l'exportation illicite. En effet, le texte parle de vol où qu'il ait été commis, sans s'intéresser à l'adhésion ou non de l'Etat à la Convention, alors que pour l'exportation illicite, il est précisé qu'il s'agit d'objets exportés du territoire d'un Etat contractant. Le motif de cette distinction est que le comité a estimé que le vol étant réprimé de façon générale, le lieu où il a été commis ne doit pas forcément se trouver dans un Etat contractant. Par contre, tous les pays n'ont pas adopté de réglementation en matière d'exportation, et le comité a voulu que l'Etat qui demande que l'on respecte ses propres règles en la matière soit partie à la Convention, ce qui inciterait les Etats à ratifier le texte pour pouvoir réclamer protection en vertu de celle-ci.

26. Il convient de signaler que l'avant-projet de Convention n'envisage pas seulement des situations internationales, mais également purement internes. Cette question, évoquée à plusieurs reprises au cours des sessions du comité d'étude, n'a cependant jamais fait l'objet d'une véritable discussion approfondie.

27. Il existait dans les versions précédentes de l'avant-projet, une disposition qui précisait le champ d'application matérielle de la future Convention et qui se lisait comme suit: "La présente Convention ne règle pas la question de la propriété des objets culturels ni celle d'autres droits pouvant les grever; toutefois le possesseur qui a été obligé de restituer l'objet culturel à la personne dépossédée ou qui, ... l'a rendu à l'Etat d'origine contre remboursement ne peut plus faire valoir la propriété ni un autre droit;". L'ensemble du comité, d'accord sur le fond de la disposition car il fallait empêcher qu'après la restitution ou le retour le possesseur ne puisse recommencer à affirmer ses droits, n'a pas réussi à s'accorder sur la rédaction, notamment en raison des difficultés que posent les termes de "propriété" et "droits réels" en *common law*, et a donc préféré supprimer la disposition. Il est bien clair cependant que

l'intention du comité n'était pas de régler le régime général de la propriété des biens mobiliers, mais seulement l'un de ses aspects, celui qui concerne les biens culturels. L'objet de la Convention est de régler, d'une autre manière que les schémas traditionnels, le cas de l'acquéreur de bonne foi, ce qui touche indiscutablement la propriété.

28. Cette même disposition, dans son alinéa 2, précisait que la Convention ne règle pas "la responsabilité des experts, des institutions de vente aux enchères et d'autres vendeurs de l'objet culturel." Cela a disparu dans le texte actuel, entre autres parce que la disposition ne se justifie plus car il n'est plus question d'expertise dans cette version du texte. En outre, les termes "autres vendeurs" ont posé problème en ce sens que dans certains systèmes juridiques, un commissaire-priseur n'est pas un vendeur et ne veut pas l'être, il n'est qu'un intermédiaire. D'autres personnes peuvent par ailleurs avoir un intérêt sur la chose, comme par exemple une personne qui a consenti un prêt garanti par une sûreté sur le bien. Ce type de responsabilité n'est donc pas couvert par la future Convention, mais il sera régi par la loi nationale applicable à l'opération.

Article 2

29. La délimitation de la catégorie des biens susceptibles d'être revendiqués est la question la plus fondamentale pour la portée d'une convention internationale relatives aux biens culturels, mais aussi l'une des plus délicate à résoudre. Les difficultés sont d'ailleurs multipliées s'agissant d'une convention internationale plutôt que d'une législation protectrice interne, puisqu'il est nécessaire de trouver une définition générale qui puisse tenir compte de la situation culturelle de chaque Etat et de ses besoins particuliers. Le bien culturel est défini à l'article 2 comme "tout objet corporel revêtant une importance culturelle, notamment artistique, historique, spirituelle ou rituelle." Après s'être posé la question de la nécessité d'une définition, le comité d'étude, répondant par l'affirmative, a donc opté pour une formule générale plutôt que de reprendre les techniques de l'énumération et de l'enregistrement qui avaient été proposées. Mais l'accent a été mis sur la difficulté, sinon l'impossibilité, de dégager de l'abstrait une définition objective des biens culturels, l'attribution d'une qualité culturelle à un bien étant le fruit d'un jugement de valeur.

30. Un membre a indiqué qu'il était important que le comité ait ainsi créé la catégorie des biens culturels, car si la Convention devait entrer en application, elle allait modifier des chapitres importants du droit civil sur la revendication des biens volés. Mais il a estimé que la définition retenue était trop générale, et que la solution n'était pas une

définition intellectuelle qui prétendrait tout absorber, mais une définition pratique visant à couvrir certaines catégories de biens culturels que l'on juge spécialement essentielles et auxquelles on veut accorder une protection spéciale. En effet, le droit conventionnel que l'on veut instaurer pour ces seuls biens déroge nécessairement au droit commun des biens en général que connaissent pratiquement tous les systèmes de droit, et une exception n'a de signification que si on en précise clairement la portée. Il a en outre fait remarquer que l'article 5 ne se prêtait pas à une telle critique, car le bien culturel y était défini indirectement, au paragraphe 3, par son importance. Il a insisté sur le fait que plus la catégorie spécialement protégée était réduite, plus la protection serait efficace et plus la loi uniforme aurait des chances d'être acceptée. Ce membre a également rappelé qu'il existe dans la plupart des pays des systèmes de détermination *a priori* (c'est-à-dire avant tout vol ou autre trafic illicite) des biens spécialement précieux pour la collectivité qui 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, que l'on retrouve dans maints autres pays (ou encore le système de la domanialité publique, mais qui est moins précis), et qu'il a proposé éventuellement de suivre.

31. Un autre membre du comité a vivement regretté l'absence de référence à un système juridique précis (renvoi au droit interne de l'Etat requis), et a proposé d'ajouter à la fin du texte "en vertu de la loi de l'Etat Partie où le bien était situé avant le déplacement", ce qui serait une aide pour le juge saisi d'une demande de restitution ou visant le retour d'un bien culturel qui saurait ainsi où l'objet doit être important pour être couvert par la future Convention. Mais cette proposition n'a pas été retenue, et on a laissé au juge le soin de décider, ce qu'il ne fera pas nécessairement selon son droit interne, en faisant remarquer par ailleurs que, puisque les législations nationales ne définissaient pas de façon plus précise que l'avant-projet ce qu'est un bien culturel, l'on n'apporterait rien en faisant référence à un droit ou à un autre, et que prétendre par le moyen d'une définition générale résoudre le problème de droit international privé de savoir quelle est la loi applicable à la qualification du bien culturel est une erreur, la définition n'ayant pas ce but.

32. Enfin une autre proposition visant à introduire dans la définition une date fixe ou mobile, en précisant par exemple qu'il devait s'agir d'un bien ayant plus de 20 ans d'âge, n'a pas été appuyée par le comité pour des raisons de simplicité et de politique rédactionnelle, ce dernier préférant laisser au juge une marge pour apprécier si le bien était important ou s'il l'est toujours encore.

33. Mais le choix du comité de ne pas avoir de définition plus détaillée a été dicté par un souci de simplicité et de compatibilité du texte de l'avant-projet avec celui de la Convention de 1970. Le comité a indiqué qu'il n'était pas possible de reprendre la définition de la Convention de l'Unesco de 1970 parce que les deux textes avaient des aspirations différentes, et qu'une liste de ce type posait trop de problèmes. L'on a par ailleurs fait remarqué que si une définition très longue des biens culturels figure dans son article 1er, la Convention de 1970 passe, lorsqu'il s'agit d'édicter dans son article 7 des dispositions pratiques, à une autre définition beaucoup plus restrictive: les "biens [qui] font partie de l'inventaire" d'"un musée ou [d']une institution similaire", l'Etat requérant devant faire la preuve de cette inscription à l'inventaire.

CHAPITRE II - RESTITUTION DES BIENS CULTURELS VOLES

Article 3

34. Dès l'origine des travaux sur le projet, le sentiment s'est imposé que le problème essentiel auquel il fallait faire face était celui de la conciliation entre deux intérêts également légitimes: celui de la personne (généralement le propriétaire) qui avait été dépossédée d'un bien à la suite d'un vol, et celui de l'acquéreur de bonne foi d'un tel bien. La deuxième étude de Mme Reichelt avait indiqué les façons très différentes d'aborder ce problème dans les divers systèmes juridiques tandis que l'expérience d'Unidroit par rapport au projet LUAB de 1974 avait amplement démontré la difficulté qu'il y avait à opérer un rapprochement entre les systèmes de *common law* qui ont pratiquement tous suivis de façon unanime la règle *nemo dat*, et la plus grande partie des systèmes de droit civil qui, à des degrés différents, ont accordé une protection plus large à l'acquéreur de bonne foi de biens volés. Or l'article 3 pose, dans son *paragraphe 1*, le principe général de la restitution des biens culturels volés, qu'ils soient de propriété publique ou privée, sans se préoccuper de la question de savoir si l'acquéreur de tels biens est de bonne ou de mauvaise foi ("Le possesseur d'un bien culturel volé est tenu de le restituer."). Cette question sera déterminante uniquement lorsqu'il s'agira d'examiner l'opportunité d'indemniser l'acquéreur (cf. article 4).

35. Ce principe a été consacré par le comité d'étude lors de sa dernière session où ce qui était alors l'article 2 se présentait sous la forme de deux variantes, aucun consensus n'étant apparu à la suite des deux premières sessions. La première variante se fondait sur l'hypothèse selon laquelle il n'y avait pas de restitution du bien volé dans tous les cas, à

savoir lorsque le possesseur pouvait prouver qu'il avait pris toutes les précautions normalement suivies dans l'acquisition d'un tel objet. La seconde variante envisageait au contraire le principe de la restitution automatique du bien par le possesseur de l'objet volé. Le comité a préféré accorder la priorité à la protection du propriétaire dépossédé par rapport à l'acquéreur, estimant qu'il s'agissait de la seule solution réaliste et dissuasive dans la lutte contre le trafic illicite de biens culturels. Un seul membre avait au contraire soutenu la formule basée sur la protection du possesseur, malgré la preuve difficile à administrer qu'elle contenait.

36. Face à ces solutions unitaires, un membre du comité avait indiqué que l'on pouvait concevoir une formule combinée, à savoir la Variante I plus souple pour l'ensemble des biens culturels, et la Variante II plus stricte pour certaines catégories précisément et rigoureusement déterminées. Mais le comité n'a pas retenu cette idée au motif qu'un tel système dualiste était trop complexe à mettre en oeuvre, et que la distinction qu'il fallait opérer entre les biens culturels risquait de limiter les biens couverts par la future Convention.

37. Il convient de remarquer qu'il n'est question dans cette disposition que du vol, alors que le projet, à l'origine, assimilait le vol au "détournement, escroquerie, appropriation dolosive d'un objet perdu ou tout autre acte pénalement réprimé considéré comme équivalent". Certains membres ont estimé qu'il fallait se limiter au seul vol, réprimé dans tous les systèmes de droit, et ne pas étendre l'application de la loi uniforme à des cas moins précis et réglés différemment suivant les pays. En effet, dans les systèmes de *common law*, en cas d'escroquerie ou d'autres actes criminels, par opposition au vol, l'acquéreur de bonne foi peut acquérir la propriété. D'autres membres, au contraire, ont voulu garder la référence aux "autres actes" afin de couvrir des actes englobés dans le concept de vol dans les systèmes de droit civil, mais qui ne le seraient pas par celui de "theft" dans les systèmes de *common law*. Le comité a finalement décidé de limiter l'application de la future Convention au seul vol, mais de garantir aux Etats la possibilité d'étendre son application aux autres actes délictueux (cf. lettre i) de l'alinéa a) de l'article 11). Il ressort par ailleurs des discussions du comité d'étude que c'est le tribunal saisi qui déterminera le caractère délictueux de l'acte, étant libre de choisir entre l'application directe de son propre droit, et l'application de ses règles de droit international privé pour déterminer la loi applicable.

38. Si le paragraphe 1 consacre le principe de la restitution du bien volé, il ne précise pas, dans sa version actuelle, la personne à laquelle il faut restituer, point qui avait été discuté au cours des travaux du comité d'étude, et soulevé à nouveau lors de la 69^{ème} session du Conseil de Direction. En vertu de cette disposition, le bien doit être restitué à la

personne qui en a été dépossédée, c'est-à-dire qui en avait la possession, concept clair et précis en droit civil. Il ne s'agit pas forcément du propriétaire, même si un membre a notamment signalé que dans son pays, le Nigéria, la restitution se ferait obligatoirement au propriétaire originaire, c'est-à-dire à la personne qui détenait le véritable titre de propriété avant le vol. Il convient de rappeler que, pour obtenir la restitution des biens volés, il y aurait un procès civil dans la majorité des cas, et si le tribunal décide que le demandeur a établi les faits, le bien lui sera restitué, qu'il s'agisse d'une banque titulaire d'une sûreté, d'un musée ou d'une galerie d'art à qui le tableau a été prêté, ou de toute autre personne.

39. Le *paragraphe 2* traite quant à lui du délai de prescription de l'action en restitution concernant les biens culturels volés. Après des divergences d'opinions sur la durée du délai qui, dans les versions précédentes, était de trente ans après la dépossession, et que certains voulaient plus court afin de respecter les exigences du marché de l'art, d'autres plus long pour tenir compte du facteur spéculatif (achat d'un bien culturel à titre d'investissement), le comité s'est mis d'accord, malgré les hésitations de certains, pour prévoir non plus un délai unique mais deux délais: un délai absolu de trente ans à compter du moment du vol et un délai relatif de trois ans à compter du moment où le demandeur a connu ou aurait dû raisonnablement connaître l'endroit où se trouvait le bien ou l'identité du possesseur. Cette solution permet par ailleurs un certain parallélisme avec l'exportation illicite pour laquelle le comité a également choisi deux délais. Il est utile ici de signaler que le comité a introduit une disposition permettant aux Etats qui le souhaitent d'accorder une protection plus large aux possesseurs dépossédés de biens culturels en appliquant leur loi nationale lorsque cela a pour effet d'étendre le délai limite pour introduire la demande de restitution du bien en vertu du *paragraphe 2* de l'article 3 (cf. lettre ii) de l'alinéa a) de l'article 11).

Article 4

40. Les dispositions de l'article 4 prévoient l'indemnisation du possesseur, tenu de restituer le bien culturel en vertu de l'article précédent, à condition qu'il prouve avoir pris certaines précautions lors de l'acquisition. C'est donc, comme on l'a rappelé plus haut, au moment de l'examen de l'opportunité d'indemniser l'acquéreur que la question de la bonne foi de ce dernier devient déterminante. Mais l'un des grands mérites de l'avant-projet initial était justement d'avoir évité toute définition de la bonne foi ou même d'y faire référence, tout en fixant l'attention sur le concept de possession plutôt que sur celui de propriété.

41. Ce "droit au paiement" constitue une solution intermédiaire entre les extrêmes d'une protection illimitée de l'acquisition de bonne foi *a non domino* et le refus d'une quelconque protection: l'élaboration de nouveaux projets de loi démontre une certaine tendance à recourir plus souvent à cette institution juridique, appliquée de façon très différente dans les divers systèmes juridiques. En introduisant un tel droit, l'avant-projet aspire à ce que tous les systèmes qui prévoient l'acquisition de bonne foi *a non domino* sans admettre le droit au paiement, en reconnaissent l'importance pour la protection des biens culturels et l'intègrent dans leur législation.

42. Une fois admis le principe d'une indemnisation, se pose la question importante de sa détermination, or l'indemnité prévue au *paragraphe 1* est qualifiée d'"équitable", sans indication précise de montant. Dans la première version de l'avant-projet, il était question de rembourser le prix d'achat ou une valeur qui corresponde à la valeur actuelle du bien pour éviter que le possesseur ne se livre à des spéculations. Puis, dans une version successive, ce montant était devenu un maximum permettant ainsi au juge d'allouer une somme équitable tenant compte des possibilités financières et de l'éventuelle assurance de la personne dépossédée. Enfin, la version actuelle prévoit le versement d'une indemnité équitable à fixer en fonction des circonstances du cas d'espèce, sans autre précision.

43. L'expression "indemnité équitable" n'a cependant pas fait l'unanimité au sein du comité d'étude, et a également été critiquée par certains membres du Conseil de Direction. En effet, un membre du comité a estimé qu'il fallait garder un plafond à l'indemnité afin d'éviter la spéculation, et ne pas laisser au juge une marge d'appréciation aussi grande en utilisant un terme aussi peu précis, alors que les notions de prix d'achat, éventuellement majoré d'intérêts, et de valeur actuelle étaient bien implantées et ne posaient pas de problème en pratique. Ce membre a en outre craint que, sans plafond, l'on compromette les chances de la personne dépossédée de pouvoir récupérer son bien, par manque de ressources financières. Il avait alors en particulier à l'esprit la situation économique des pays en développement, et leur préoccupation de ne pouvoir obtenir la restitution des biens, faute de pouvoir payer l'indemnité. Mais le comité, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'une préoccupation légitime et compréhensible, n'a pas adopté ce point de vue, estimant que la notion d'indemnité équitable, qui a l'avantage d'être une norme universelle, pose une limite très stricte et permet déjà de tenir compte des moyens financiers des pays en développement. L'on a estimé que la référence spécifique au prix payé ou à la valeur commerciale encouragerait le juge à donner trop de poids à ces éléments dans la détermination de ce qui est équitable, et préféré laisser à l'appréciation du juge le soin d'arriver au même résultat. L'on peut également rappeler qu'en droit international public, dans le

cadre de l'indemnité en cas de nationalisation, le juge applique depuis longtemps cette notion avec l'idée qu'il s'agit d'une somme inférieure, et parfois de beaucoup, à la valeur commerciale actuelle.

44. Pour obtenir l'indemnité, au moment de la restitution, il faut prouver la diligence requise exercée lors de l'acquisition du bien, et le texte précise que cette preuve appartient au possesseur. Il convient de dire quelques mots du fardeau de la preuve dans cette disposition car les hypothèses ont varié au cours des sessions du comité d'étude, et la question de la preuve s'est posée à plusieurs reprises. En effet, le comité avait dans un premier temps choisi la solution de la restitution non automatique en cas de vol, et dans ce cas, pour ne pas avoir à restituer le bien, le possesseur devait prouver qu'il avait pris toutes les précautions nécessaires. Or, pour ne pas avoir à rembourser le possesseur tenu de restituer, il appartenait à la personne dépossédée de prouver que le possesseur avait acquis le bien en sachant qu'il avait été volé, ou qu'il aurait dû au moins avoir des doutes à cet égard. Le comité avait alors estimé qu'il serait préférable de faire peser la charge de la preuve sur le possesseur plutôt que sur la personne dépossédée, bénéficiant également de la sorte du soutien des compagnies d'assurance si la preuve appartenait à celui qui clame sa bonne foi. Puis le comité avait envisagé la restitution automatique, sans toutefois revenir sur la question de la preuve. La version actuelle du texte est claire à ce propos, il appartient à l'acquéreur de bonne foi de prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires.

45. Toutefois, afin de prendre en compte les systèmes de *common law* dans lesquels l'indemnité n'est normalement pas accordée au possesseur de bonne foi d'un bien volé qui n'acquiert pas la propriété du bien, l'avant-projet permet à chaque Etat contractant, pour les demandes introduites devant ses tribunaux ou autorités compétentes visant la restitution d'un bien culturel volé, d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet de priver le possesseur de son droit à indemnité même lorsque celui-ci a exercé la diligence requise mentionnée au présent paragraphe (cf. lettre iii) de l'alinéa a) de l'article 11).

46. Le principe du droit à indemnisation en cas de bonne foi étant acquis, le *paragraphe 2* précise quelques éléments à prendre en considération dans la détermination de la diligence requise exercée par le possesseur. Cette disposition reprend les paragraphes 2 et 3 de l'article 7 du projet LUAB de 1974, modifiés comme il convient pour tenir compte des caractéristiques particulières des biens culturels, et sans utiliser le terme de bonne foi. La formule longue et détaillée du projet LUAB n'a pas été retenue afin de ne pas compliquer la compréhension du texte et son interprétation. Ce paragraphe ne parle que des "circonstances pertinentes

de l'acquisition, y compris la qualité des parties et le prix payé", laissant au juge la liberté d'apprécier tous les autres éléments qu'il estimerait pertinents. Parmi ceux-ci figurent également les autres éléments des paragraphes 2 et 3 de l'article 7 de la LUAB, à savoir la nature du bien, la qualité du négoce du disposant, les circonstances particulières connues de l'acquéreur concernant l'acquisition du bien par le disposant (provenance du bien), les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et les stipulations qu'il comporte.

47. Dans la détermination de la diligence requise figure également la consultation par le possesseur d'un registre accessible de biens culturels volés. Le fait pour tout acquéreur de consulter un tel registre est une précaution supplémentaire qui lui est demandée de prendre, mais cela ne signifie pas que pour que l'acquéreur soit protégé, le bien doit être inscrit dans un registre. L'existence et l'accessibilité des registres ont suscité certaines craintes au sein du comité dont l'attention a été attirée au cours des discussions sur l'inefficacité des registres de biens culturels volés existants à l'heure actuelle, malgré les initiatives très sérieuses entreprises par Interpol, la Lloyds de Londres ou l'International Foundation for Art Research par exemple. En ce qui concerne l'accessibilité, le développement des télécommunications dans les années à venir devrait en faire un postulat. Par ailleurs, le registre d'Interpol est basé sur une sélection pour être efficace et n'enregistre ainsi que 1% des vols d'oeuvres d'art, avec la conséquence qu'aucun pays n'arrive à avoir une liste totalement à jour. En outre, il convient d'évoquer le problème des fouilles clandestines, puisque les biens provenant de telles fouilles ne figurent évidemment sur aucun registre, et les acquéreurs utilisent cet argument pour revendiquer leur bonne foi. Le comité a enfin souligné, toujours à propos du registre, qu'il est important d'indiquer la nature ou la qualité de l'acquéreur, car s'il s'agit d'un antiquaire par exemple, cet élément de détermination de sa bonne foi aura plus de poids.

48. Enfin, le *paragraphe 3* assimile "au comportement du possesseur celui de son prédécesseur dont il a acquis le bien culturel par héritage ou autrement à titre gratuit". Il s'agit ici d'assimiler la situation de l'acquéreur à titre gratuit à celle de l'acquéreur à titre onéreux, et il est bien clair, afin d'éviter toute fausse interprétation, qu'il ne s'agit pas d'un intermédiaire. Deux situations différentes relatives à ce paragraphe ont été distinguées. La première est celle des héritiers "innocents" d'un possesseur de mauvaise foi qui sont dans ce cas et en vertu du présent paragraphe, censés être de mauvaise foi. La seconde situation est celle, plus rare, où les héritiers d'un possesseur de bonne foi savent que le bien a été volé, et, dans ce cas, les héritiers prennent la place du défunt selon tous les principes du droit successoral, et sont de bonne foi. Il se peut, a-t-on souligné, que dans quelques cas très rares les résultats

soient contestables, mais le but d'un tel texte n'est pas de s'occuper de cas marginaux. Il convient par ailleurs de noter, comme l'a fait remarquer un membre du comité, que l'introduction à l'article précédent d'un délai de trois ans pour intenter une action en justice lorsque le lieu où se trouve l'objet a été découvert, et l'assimilation du comportement du possesseur à celui de son prédécesseur, impliquent que, dans ce cas précis, il en soit de même pour le successeur de la personne dépossédée: ainsi le délai de trois ans court à compter du moment où la personne dépossédée a découvert le lieu où se trouvait le bien, et non à compter du moment où son successeur est entré en possession de la succession.

CHAPITRE III - RETOUR DES BIENS CULTURELS ILLICITEMENT EXPORTES

Article 5

49. Cet article concerne plus spécifiquement le retour d'un bien culturel exporté en violation d'une prohibition, alors que les articles précédents étaient relatifs au vol. Si le problème principal en matière de vol de biens culturels était celui de l'acquéreur de bonne foi, il s'agit pour l'exportation illicite de la mesure dans laquelle les Etats seraient prêts à reconnaître le droit public étranger. Le comité d'étude dans son ensemble était d'accord pour dire que l'on ne gagnerait rien à poursuivre la querelle doctrinale de savoir si le droit étranger est en fait appliqué ou reconnu, ou s'il est simplement pris en considération, et qu'il serait préférable, pour des raisons politiques aussi bien que pratiques, de traiter la violation d'une prohibition d'exportation ou l'exigence d'une permission pour les biens culturels comme un fait à partir duquel certaines conséquences juridiques pourraient survenir dans des circonstances données. Il convient à cet égard de noter l'évolution de la pensée juridique qui a trouvé une expression dans des textes tels que l'article 7 de la Convention des Communautés européennes de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'article 19 de la loi suisse sur le droit international privé, ainsi que dans la jurisprudence de certains pays qui indiquait une volonté d'être plus libéral dans certaines circonstances en prenant en considération les règles de droit impératives d'un autre Etat. Cependant, le comité a établi cette disposition inspiré par la conviction que le fait de donner effet au droit public étranger par les tribunaux d'un autre Etat représente une exception au droit et à la pratique de la plupart des Etats et que toute exception doit être extrêmement limitée si l'on souhaite donner à la future Convention des chances de succès. Le comité est conscient du caractère très innovateur de l'avant-projet, et en particulier de cette disposition, mais il a estimé que sans une solution de ce genre il

serait impossible de régler le problème de l'exportation illicite des oeuvres d'art.

50. La structure de l'article 5, modifiée au cours des travaux, trace les phases de l'opération de retour au plan pratique et rend sa présentation plus logique: le premier paragraphe concerne la demande introduite par un Etat, le deuxième est relatif à la recevabilité de cette demande (examen préliminaire sur la base de certaines informations), et le troisième expose la liste des intérêts auxquels l'exportation doit porter une atteinte significative.

51. Le *paragraphe 1* expose que lorsqu'un bien culturel a été exporté du territoire d'un Etat contractant en violation de sa législation en matière d'exportation, cet Etat peut demander au tribunal ou à toute autre autorité compétente d'un Etat en vertu de l'article 9 de l'avant-projet de Convention que soit ordonné le retour du bien dans l'Etat demandeur. Le problème de la preuve de la violation de la législation en matière d'exportation s'est posé en raison du silence à ce propos dans la disposition. L'idée à l'origine était de ne pas introduire de règle de preuve parce qu'il est extrêmement difficile pour un Etat de prouver que la prohibition d'exporter a été violée par un acte qu'il ignorait; il appartiendrait par conséquent au juge de décider s'il y avait eu violation.

52. Il convient également de noter que la demande visant au retour du bien culturel doit être introduite devant un tribunal ou une autre autorité compétente de l'Etat requis. L'expression "autre autorité compétente" a été insérée dans le libellé de ce paragraphe au motif que dans certains pays, ce n'est pas seulement un tribunal qui peut trancher un litige relatif à un bien culturel, le gouvernement peut créer un tribunal spécial à cet effet, et c'est pourquoi le comité n'a pas souhaité limiter l'autorité qui peut rendre une décision sur le retour d'un bien culturel. On notera par ailleurs que l'une des nouveautés du texte est de donner compétence à un tribunal national pour ordonner le retour d'un bien culturel qui n'a pas été volé.

53. Au cours des travaux du comité, plusieurs membres avaient eu le souci de prévoir des circonstances dans lesquelles l'Etat requis pourrait refuser d'accéder à la demande de retour du bien ou subordonner ce retour à des conditions non pécuniaires. Le *paragraphe 2* pose ainsi des conditions de recevabilité de la demande de retour, sous la forme d'un examen préliminaire basé sur certaines informations que doit fournir l'Etat demandeur. Il ne s'agit en aucune façon de poser des obstacles au retour, mais de protéger le bien et de renforcer la demande pour qu'elle soit crédible (donner des garanties que le bien sera conservé et non réexporté), ce qui est tout à fait conforme à la philosophie de l'ensemble de l'avant-projet qui est de

protéger les biens culturels et non pas les intérêts d'un Etat. Par ailleurs, en raison de l'abîme qui existe entre la volonté politique de protéger les biens culturels et la volonté de les récupérer, une telle disposition devrait constituer une aide précieuse pour les autorités qui, à l'intérieur des pays exportateurs, sont chargées de la protection des biens culturels. En fait, cette disposition a un double but: tout d'abord, de protéger le bien culturel à travers l'engagement moral exigé de l'Etat demandeur, et deuxièmement, grâce à cet engagement, on enlève un argument à l'Etat requis de s'opposer au retour.

54. Mais, lorsque la demande est considérée recevable, le retour du bien est encore subordonné à des conditions. Dans les versions précédentes du texte figurait une condition pécuniaire, à savoir qu'il suffisait à l'Etat demandeur de prouver que le bien avait une valeur de plus de X (somme à déterminer), pour que le retour soit ordonné. Cela permettait, de l'avis de ceux qui souhaitaient le maintien de cette condition, de simplifier la preuve de l'Etat demandeur. Mais, après que certains doutes aient été exprimés à propos de cette condition, comme solution cumulative ou alternative, le comité a finalement décidé de la supprimer, en gardant notamment à l'esprit les objections de ceux qui ont estimé qu'une condition pécuniaire de ce type pouvait être considérée comme offensante pour certaines cultures, en particulier lorsqu'il s'agit d'objets rituels.

55. La solution alternative au critère monétaire, seule retenue dans la version actuelle du texte et qui figure au *paragraphe 3* de l'article 4, prend la forme d'une liste d'intérêts auxquels l'exportation illicite doit porter atteinte pour que le tribunal ordonne le retour du bien dans l'Etat demandeur. Le but de ce paragraphe est extrêmement important, en ce que l'on envisage un changement dans la pratique universelle des Etats en les obligeant à reconnaître et à appliquer les lois de contrôle d'exportation d'un Etat étranger. Mais, pour faire accepter cette exception à la règle pour la catégorie des biens culturels, le comité a estimé qu'il fallait présenter une description raisonnable des situations dans lesquelles il serait opportun de leur demander d'appliquer des dispositions étrangères que ces pays n'appliqueraient pas autrement. Ce sont justement ces situations que décrit le *paragraphe 3*.

56. Ces situations se présentent sous la forme d'une liste qui a le mérite de la clarté, mais au cours des travaux certains avaient proposé d'en modifier la structure afin de n'avoir qu'une seule phrase pour une raison de cohérence avec la technique rédactionnelle utilisée à l'article précédent, et pour une raison de politique de présentation, parce que la liste semble accorder la même importance à toutes les situations alors que ce n'est pas le cas dans la pratique. L'Etat demandeur doit donc apporter la preuve que l'exportation du bien de son territoire a entraîné une

atteinte significative à l'un ou l'autre intérêts mentionnés, qui sont au nombre de cinq. L'*alinéa a)* parle de conservation physique du bien ou de son contexte, et l'*alinéa b)* d'intégrité d'un bien complexe. Le troisième intérêt, qui figure à l'*alinéa c)*, auquel l'exportation doit porter une atteinte significative est la conservation de l'information relative au bien, celle-ci étant importante pour la culture de toute l'humanité et non seulement pour celle de l'Etat demandeur. L'expression "par exemple de nature scientifique ou historique" a été introduite afin de tenir compte du problème des fouilles clandestines dans les sites archéologiques, pour qu'un bien issu de telles fouilles soit considéré *ipso facto* comme faisant partie de la catégorie décrite par cet alinéa. Puis le texte évoque, à l'*alinéa d)*, l'usage du bien par une culture vivante, voulant ainsi reconnaître et honorer toute culture vivante, sans distinction.

57. L'*alinéa e)* quant à lui permet à l'Etat demandeur d'obtenir le retour d'un bien dont l'exportation porte une atteinte significative en raison de l'importance culturelle particulière du bien pour l'Etat demandeur. Ce texte a posé davantage de problème au comité dont certains membres ont estimé qu'il laissait au juge un pouvoir d'appréciation trop large. Une proposition visant à donner des éléments d'appréciation de l'importance du bien avait été faite mais, pour des raisons de cohérence de la rédaction avec l'article précédent où le juge avait un certain degré d'appréciation, ces éléments ne figurent pas dans le libellé actuel. Il convient toutefois de signaler ces éléments: l'importance culturelle particulière du bien pour l'Etat demandeur doit s'apprécier compte tenu de l'ampleur et de la richesse des éléments existants de son patrimoine, qu'ils soient de propriété publique ou privée, et du degré de rareté du bien. En ce qui concerne le terme "particulière" qui qualifie l'importance, il a été choisi parmi d'autres comme "grande" ou "exceptionnelle", parce qu'il signifie que même si le bien en question n'est pas exceptionnel en lui-même, il est important dans le cas considéré et justifie la demande de retour. Le choix du terme "outstanding" pour la version anglaise n'a pas été aussi unanime.

58. Il convient enfin de noter que la liste des intérêts auxquels l'exportation doit porter une atteinte significative n'est pas exhaustive et limitative, en ce sens que la lettre i) de l'*alinéa b)* de l'article 11 prévoit que chaque Etat contractant conserve la faculté pour les demandes introduites devant ses tribunaux ou autorités compétentes visant au retour d'un bien culturel exporté du territoire d'un autre Etat contractant en violation de la législation en matière d'exportation de cet Etat de tenir compte d'autres intérêts que ceux visés au paragraphe 3 de l'article 5.

59. Un membre du comité d'étude a soumis une proposition visant à insérer une nouvelle disposition dans le Chapitre III dont voici le texte: "Un Etat sera considéré comme procédant en vertu de l'article 5, à moins

qu'il n'établisse que le bien a été volé dans un musée ou un monument public civil ou religieux, ou une institution similaire, et que le bien faisait partie de l'inventaire de cette institution au moment où le vol invoqué a été commis". Le but d'une telle disposition est d'éviter qu'un Etat ne recourt systématiquement à la demande de restitution pour vol, parce que les conditions lui paraissent moins rigoureuses, alors qu'il devrait faire une demande visant au retour du bien illicitement exporté. Ce membre a par ailleurs donné comme exemple les lois de certains Etats qui tendent à confisquer un bien s'il est exporté en violation des règles en matière d'exportation, permettant ainsi à l'Etat de se présenter devant une juridiction étrangère avec le statut de propriétaire de l'objet qui intenterait une action pour récupérer son bien.

60. Ce membre a en outre signalé que ce problème avait été longuement examiné par le comité qui avait rédigé la Convention de l'Unesco de 1970 et le résultat de leurs efforts était l'article 7 b) (i). Il a insisté pour qu'une telle disposition soit introduite dans le projet puisqu'elle figurait déjà dans les principaux textes relatifs au vol et à l'exportation illicite, qu'elle avait déjà été examinée avec soin au plan international, et qu'il apparaissait souhaitable d'éviter tout conflit avec les dispositions de la Convention de l'Unesco de 1970, dans la mesure où il s'agit de problèmes tout à fait analogues.

61. Mais la majorité des autres membres du comité a accueilli cette proposition, présentée à un stade avancé des travaux, avec un certain scepticisme en raison notamment de son caractère très politique. Divers arguments ont été avancés, parmi lesquels le fait qu'un tel texte constituait une sorte de définition qui introduirait une distinction entre différentes catégories de biens culturels (ceux volés dans des musées) que le comité avait voulu éviter par l'adoption d'une définition très large, ou encore que cette question faisait partie du pouvoir discrétionnaire du juge qui devait déterminer si les conditions étaient remplies dans un cas ou dans un autre. Le comité a cependant décidé de renvoyer la discussion sur cette proposition à un stade ultérieur des travaux.

Article 6

62. Cet article précise que même lorsque les conditions de l'article 5 sont remplies, il existe une autre situation dans laquelle le retour pourra néanmoins être refusé, à savoir lorsque le bien revendiqué présente avec la culture de l'Etat requis ou d'un autre Etat un lien aussi étroit ou plus étroit qu'avec celle de l'Etat demandeur. Il établit donc une exception au principe fondamental posé par l'article précédent. La formule négative utilisée ("ne peut refuser ... que"), que l'on retrouve dans les

Conventions de La Haye, se justifie par le souci à l'origine de limiter les motifs de refus, et par le choix politique du comité en définitive de n'en prévoir qu'un seul, et ce dans une clause séparée.

63. Dès le début des travaux du comité, l'on avait noté qu'il pouvait exister des situations exceptionnelles, par exemple une prohibition d'exportation liée aux créations d'un groupe ethnique particulier au sein de l'Etat demandeur, dans lesquelles les tribunaux de l'Etat requis trouveraient offensant pour des raisons d'ordre public de reconnaître de quelque façon que ce soit la prohibition. Mais on n'a pas souhaité faire de référence expresse à l'ordre public pour ne pas compromettre la ratification de la future Convention par certains Etats, et parce que même si le terme ne figurait pas dans le texte, il pourrait être invoqué de toute façon comme clause de réserve. L'exemple de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants a été avancé où le même type de problème se posait et où, sans mentionner expressément l'ordre public, des dispositions précises avaient été prises pour les cas visés par la Convention (grave risque d'un danger physique ou psychique pour l'enfant, ou s'il se trouve dans une situation intolérable).

64. Puis l'expression "lien aussi étroit ou plus étroit" a été introduite dans le texte, mais l'idée n'était pas neuve puisqu'un libellé similaire figurait dans une version précédente de l'avant-projet en tant que cas dans lequel l'article 5 ne s'appliquait pas (cf. Etude LXX - Doc. 11, alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 4). Il s'agit d'un concept de droit international privé, qui est en principe une technique de choix de la loi applicable, utilisé comme moyen d'évaluer un intérêt majeur ou mineur. Il appartiendra au tribunal ou à l'autorité compétente de l'Etat requis d'apprécier ce lien aussi étroit ou plus étroit en procédant à une évaluation comparative des intérêts culturels, alors qu'on lui demande déjà, à l'article 5, de mesurer l'intérêt de l'Etat demandeur.

Article 7

65. Au principe du retour dans l'Etat demandeur des biens qui en avaient été illicitement exportés, cet article pose trois exceptions. La première, prévue par l'*alinéa a)*, reflète l'idée de la non efficacité à l'étranger des prohibitions d'exportation concernant des biens exportés du vivant du créateur ou pendant une certaine période après son décès. L'ensemble du comité était d'accord sur le principe et, en dépit d'une proposition visant à envisager la mort de l'artiste comme terme, il l'a rejetée car elle constituerait une grave atteinte aux droits des créateurs en paralysant la transmission internationale du patrimoine artistique.

66. Si le principe était acquis, la durée de la période après le décès de l'artiste a cependant fait l'objet de longues discussions. Le texte à l'origine prévoyait une période de cinquante ans qui avait été calquée sur le droit d'auteur (Convention de Berne de 1886 et révisions successives) et que l'on retrouvait dans la plupart des lois relatives à la propriété artistique. On a avancé comme argument qu'une telle période permettrait aux héritiers d'asseoir la réputation de l'artiste également à l'étranger, alors qu'un délai plus court constituerait une sorte de confiscation à leur égard. Mais ce délai est apparu trop long à certains qui ont fait remarquer que divers pays ne connaissaient pas de délai de ce type après le décès de l'artiste, ou avaient choisi un délai plus court, de vingt ans par exemple, et qu'envisager une période de cinquante ans risquait de faire disparaître toutes les oeuvres d'un artiste du pays. Le comité a cependant estimé que l'Etat d'origine avait dans ce cas la possibilité d'acheter les oeuvres de cet artiste pour les mettre dans ses musées ou prévoir des avantages fiscaux dans sa législation en cas de donation, et a finalement choisi d'exclure l'application de la future Convention lorsque l'exportation a eu lieu au cours d'une période de cinquante ans après le décès de l'artiste.

67. Sont également exclus de l'application de la future Convention les biens dont la demande visant au retour n'a pas été introduite devant un tribunal ou toute autre autorité compétente dans les délais, un relatif et un absolu, fixés à l'*alinéa b)* à cinq et vingt ans. Ces délais avaient été remis en question en vue d'un éventuel parallélisme avec le paragraphe 2 de l'article 3 qui prévoit deux délais de trois et vingt ans. Mais la majorité a estimé qu'un tel parallélisme ne se justifiait pas, les deux situations étant différentes. Pour le délai relatif, une période inférieure à cinq ans a été jugée trop courte pour qu'un Etat puisse établir qu'un bien avait été illicitement exporté de son territoire, notamment lorsqu'il était issu de fouilles clandestines. Quant au délai absolu, trente ans ont semblé trop longs et risquent de susciter les réticences de certains Etats importateurs qui pourraient refuser de reconnaître des réglementations d'exportation édictées très longtemps auparavant.

68. Quant aux points de départ des délais, ils sont les mêmes que dans le cas du vol, à savoir le moment où l'Etat demandeur a connu ou aurait dû raisonnablement connaître l'endroit où se trouvait le bien ou l'identité du possesseur pour le délai relatif de cinq ans, et la date de l'exportation du bien pour le délai absolu de vingt ans. Le comité est conscient de ce que pour le délai absolu, lorsque le bien exporté est issu de fouilles clandestines, l'Etat demandeur ne connaît pas la date de l'exportation, et, dans l'impossibilité d'améliorer le libellé de la disposition, il a convenu que ce problème deviendrait une question de preuve dans la procédure, à administrer par les deux parties.

69. Enfin, préoccupé du fait que les réglementations nationales en matière d'exportation changent, le comité a tenu à introduire dans le texte, comme condition pour qu'une suite favorable soit donnée à la demande de retour, une disposition précisant que la législation en matière d'exportation devait être la même au moment où le bien quittait le territoire de l'Etat demandeur, qu'au moment où la procédure avait lieu. C'est ce qu'il fit à l'*alinéa c)* en précisant que les dispositions de l'article 5 ne s'appliquent pas lorsque l'exportation du bien en question n'est plus illicite au moment où le retour est demandé. Cette solution couvre le cas du conflit de lois dans le temps, et évite qu'une prohibition levée ne continue à produire des effets. Un membre s'est cependant opposé à l'introduction d'une telle disposition.

70. Si toutefois un Etat contractant a, dans sa loi nationale, des normes qui ont pour effet d'appliquer les dispositions de l'article 5 dans des cas qui sont exclus par celles de l'article 7, le projet de Convention permet à celui-ci de les appliquer aux demandes introduites devant ses tribunaux visant au retour du bien illicitement exporté, en vertu de la lettre ii) de l'*alinéa b)* de l'article 11.

Article 8

71. Le Chapitre III de l'avant-projet a été structuré de façon logique: il établit en premier lieu le principe fondamental du retour dans l'Etat demandeur des biens illicitement exportés ainsi que la procédure à suivre pour l'obtenir, puis l'article 8 prévoit ce qui se passe après le retour du bien dans l'Etat demandeur, à savoir la possibilité pour le possesseur d'obtenir une indemnité équitable ou d'exercer un choix différent, et se présente actuellement sous la forme de quatre paragraphes, mettant bien en valeur les différentes idées exprimées.

72. Le *paragraphe 1* établit le principe selon lequel le possesseur d'un bien illicitement exporté peut exiger de l'Etat demandeur le paiement d'une indemnité équitable, à moins qu'il n'ait su ou dû savoir, au moment de l'acquisition, que le bien devait être ou avait été exporté en violation de la législation en matière d'exportation de l'Etat demandeur. La question s'est posée au cours des sessions du comité de savoir qui devait, du possesseur ou de l'Etat demandeur, prouver ce dont le possesseur avait connaissance, les avis étant partagés. En fait, le problème a été résolu en ce sens qu'une telle preuve avait déjà été apportée à l'article précédent par l'Etat demandeur, et qu'elle n'est donc plus nécessaire dans cet article, qui ne traite plus que de l'indemnité.

73. On retrouve dans ce paragraphe l'expression "indemnité équitable" déjà utilisée dans le paragraphe 1 de l'article 4 à propos du vol, mais pour l'exportation illicite certains ont estimé que l'on ne pouvait pas imposer au possesseur de bonne foi d'un bien auparavant illicitement exporté un calcul d'après l'équité. Plusieurs membres du comité ont été d'avis qu'il fallait indemniser le possesseur intégralement, et donc lui rembourser le prix payé. Toutefois, étant donné le coût extrêmement élevé que peuvent atteindre les oeuvres d'art et les possibilités financières limitées de certains Etats, et afin de ne pas encourager la spéculation, il a été convenu que le possesseur aurait droit, au moment du retour, au paiement concomitant d'une indemnité équitable, à déterminer par le juge en tenant compte des circonstances de l'espèce.

74. Par ailleurs, le texte de l'avant-projet prévoit d'autres choix possibles pour le possesseur tenu de retourner le bien culturel dans l'Etat demandeur, à la place de l'indemnité. En effet, le *paragraphe 2* permet au possesseur de rester propriétaire du bien ou de le transférer à titre onéreux ou gratuit à une personne de son choix résidant dans l'Etat demandeur. L'idée était que le résultat devait être un retour au *status quo ante*, mais l'on s'est inquiété de ce qu'ainsi on faciliterait la spéculation à propos de l'exportation illicite. En effet, si une personne avait la possibilité de retourner le bien à une autre personne, y compris celle qui l'avait illicitement exporté, on permettait à cette dernière de le réexporter à quelqu'un se trouvant dans un pays non partie à la Convention. C'est pourquoi le *paragraphe 2* exige de cette personne qu'elle présente "les garanties nécessaires". Ces garanties sont relatives à la protection, la conservation et la sécurité du bien, mais, en raison de divergences d'opinions sur la signification de ces termes, le texte n'y fait pas de référence expresse, mais il constitue un compromis, car s'il s'agit d'une question d'interprétation, l'on parle nécessairement des garanties relatives à l'objectif de la future Convention qui sont la protection, la conservation et la sécurité du bien culturel. Parmi les nombreuses personnes qui peuvent offrir ces garanties, il appartiendra au juge de choisir.

75. La dernière phrase de ce paragraphe reflète l'idée selon laquelle en cas de bonne foi du possesseur, l'Etat demandeur ne doit pas pouvoir confisquer le bien, sinon la ratification de la future Convention risquait d'être fortement compromise. En outre, l'Etat demandeur s'obligerait, en ratifiant la Convention, à respecter le choix offert au possesseur, choix qui serait ainsi juridiquement garanti. Si cela ne figurait pas dans la disposition, la personne obligée de retourner le bien choisirait toujours de se faire indemniser et si l'Etat demandeur ne pouvait pas payer l'indemnité, il n'y aurait pas de retour. Etant donné par ailleurs que la notion de confiscation n'est pas la même pour tous les pays, le comité a

ajouté l'expression "ni faire l'objet d'une autre mesure ayant les mêmes effets", que les juges n'avaient jamais eu de difficultés à interpréter dans le domaine des nationalisations par exemple.

76. Le *paragraphe 3* quant à lui vise à mettre à la charge de l'Etat demandeur les dépenses liées au retour du bien culturel. Ce paragraphe n'a pas fait l'unanimité au sein du comité d'étude parce que certains ont considéré que ces dépenses étaient l'un des éléments dont le juge devait tenir compte pour le calcul de l'indemnité équitable. D'autres n'ont pas partagé cette opinion, tout en estimant que l'on peut trouver choquant d'exiger de l'Etat demandeur qu'il couvre les frais de retour si le possesseur choisit de transférer le bien à titre onéreux à une personne se trouvant dans l'Etat demandeur, et qu'il convient de distinguer deux cas. Le premier est celui dans lequel le bien culturel est retourné dans le pays d'origine contre indemnité: dans ce cas, les frais de retour ne sont pas couverts par l'indemnité, il s'agit de frais administratifs et matériels et non pas d'une compensation destinée à éviter de causer un préjudice à une personne de "bonne foi" (si elle ne l'était pas, elle ne pouvait pas prétendre à l'indemnité comme le prévoit le paragraphe 1). Le second cas est celui de bien transféré à une personne résidant dans l'Etat demandeur, et il est alors inutile de "punir" davantage cette personne. Un membre du comité s'est inquiété de ce qu'il pourrait ne pas être équitable de demander à l'Etat demandeur de payer les frais de retour, devant déjà payer une somme non indifférente comprenant les frais de procédure et l'indemnité. Le comité a finalement décidé de ne pas modifier le texte, estimant qu'un Etat qui demande le retour d'un bien culturel qu'il considère extrêmement important pour son patrimoine culturel serait prêt à payer tout ce qu'il faut pour en obtenir le retour, quitte cependant à se retourner contre la personne qui savait que le bien avait fait l'objet d'une exportation illicite.

77. Enfin, le *paragraphe 4* assimile au comportement du possesseur celui de son prédécesseur dont il a acquis le bien par héritage ou autrement à titre gratuit. Le comité a en effet estimé qu'il fallait le dire aussi expressément que pour le cas du vol (cf. paragraphe 3 de l'article 4).

CHAPITRE IV - DEMANDES ET ACTIONS

Article 9

78. Cet article précise quelles sont, au choix du demandeur, les instances compétentes pour décider des demandes visées à l'avant-projet de

Convention. Il se présente sous la forme de deux paragraphes: le premier prévoit le choix pour le demandeur de saisir soit les tribunaux de l'Etat où réside habituellement le possesseur, soit ceux où se trouvait le bien au moment de l'introduction de la demande. Il est cependant bien entendu que les compétences traditionnelles prévues par les législations nationales et les conventions internationales subsistent. Le deuxième prévoit la soumission du différend à une autre juridiction ou à l'arbitrage. Le comité d'étude a estimé que cet article, et notamment le choix qu'il offre au demandeur, était tout à fait satisfaisant, en raison de l'élément de souplesse qu'il apporte.

79. Le demandeur peut ainsi, en vertu du *paragraphe 1*, introduire sa demande de restitution de biens culturels volés ou sa demande visant au retour de biens culturels exportés du territoire d'un Etat contractant en violation de sa législation en matière d'exportation, devant "les tribunaux ou toutes autres autorités compétentes". Cette dernière expression a été introduite successivement car le comité d'étude est parti de la présomption, surtout dans le cadre du nouvel article 8, qu'une autre autorité pourrait avoir compétence.

80. La première compétence prévue par le *paragraphe 1* est donc celle des tribunaux de l'Etat de résidence habituelle du possesseur. Il convient de noter que de nombreuses Conventions se réfèrent au domicile et non pas à la résidence, mais dans le cas d'espèce, le comité d'étude a estimé que le choix de la résidence était préférable car le bien culturel est un objet mobile, et celle-ci se superposerait dans la plupart des cas aux situations classiques de compétence.

81. La deuxième compétence est celle des tribunaux de l'Etat de situation du bien culturel. Il s'agit ici de la création d'une compétence particulière conventionnelle, qui facilitera l'application de la future Convention, à peu près inconnue en matière de revendication mobilière des droits communs de compétence en Europe, et complètement ignorée des codifications sur la compétence actuellement existantes, et notamment de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et de la Convention de Lugano de 1988 portant le même titre. Le souci du comité d'étude a été, pour le cas particulier des biens culturels, de donner compétence aux tribunaux de l'Etat où le bien est situé, de façon à ce qu'un bien qui se trouve dans un Etat contractant puisse être retourné même si le possesseur a son domicile ou sa résidence ailleurs.

82. Le *paragraphe 2* permet quant à lui aux parties de soumettre leur différend à une autre juridiction ou à l'arbitrage. Le comité d'étude a estimé que le choix du for est une liberté procédurale essentielle et que

L'omission d'une telle disposition pouvait constituer un obstacle pour certains Etats à la ratification de la future Convention. En outre la prorogation du for est largement reconnue en droit international privé et ne pose pas de problèmes d'exécution, même si elle n'est pas souvent utilisée. L'arbitrage permet le respect du caractère confidentiel et l'on peut s'attendre à ce que la loi type de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international soit très largement acceptée, aussi par les pays en développement. Le recours à l'arbitrage ne pose pas de non plus de problèmes d'exécution car il dépend du consentement des deux parties et notamment de celle qui demande la restitution ou le retour.

CHAPITRE V - DISPOSITIONS FINALES

Article 10

83. Cet article fixe avec précision le champ d'application temporelle de l'avant-projet de Convention en prévoyant qu'il ne vise que les situations postérieures à l'entrée en vigueur de la Convention. Le bien culturel doit donc avoir été volé ou illicitement exporté d'un Etat contractant après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat contractant dont les tribunaux ont été saisis.

84. Le fait que cet article ne prenne en considération que les situations postérieures à l'entrée en vigueur de la future Convention n'a pas satisfait l'ensemble du comité d'étude dont certains membres auraient souhaité que la Convention ait des effets rétroactifs pour éviter qu'un acte illicite ne devienne licite parce que commis avant l'entrée en vigueur du texte, ce qui est une façon d'approuver des actes illégaux. Les autres membres, comprenant cette préoccupation très importante pour les pays en développement notamment, ont estimé que le fait de donner des effets rétroactifs à la future Convention rendrait les chances de faire accepter la future Convention par les Etats qui devaient restituer presque nulles. Ils ont ainsi préféré, pour des raisons de politique, essayer d'améliorer la situation pour l'avenir tout en reconnaissant qu'il existait des problèmes pour le passé encore à résoudre.

85. L'intention de cette disposition est d'édicter, par un processus d'éducation lent, des principes éthiques ou moraux pour l'échange de biens culturels et, en prévoyant pour l'avenir, l'attention des pays importateurs serait attirée sur les biens qui sont déjà sur leur territoire. Il a en outre été souligné que même si ce texte ne réglait que l'avenir, il aurait un effet important sur la pratique, notamment judiciaire, pour les biens précédemment volés ou illicitement exportés. Il existe de nombreux exemples

de Conventions de droit privé non ratifiées qui ont été considérées comme exprimant l'état actuel de l'ordre public ou de la moralité internationale, et servent de référence aux juges même dans les Etats qui ne les ont pas ratifiées (c'est par exemple le cas de la Convention de l'Unesco de 1970).

86. Le comité d'étude, tout en estimant que le libellé actuel de l'article 11 donnait satisfaction aux préoccupations de ceux qui se souciaient du passé et de ceux qui souhaitaient ne pas consacrer la pratique actuelle, a proposé de mentionner dans le Préambule que son intention n'était pas de reconnaître un fait accompli.

87. Enfin, si le comité n'a pas voulu poser le principe de la rétro-activité dans cet article, estimant que tout doute sur ce point rendrait très improbable la signature et encore plus la ratification de la future Convention par de nombreux Etats, il a fait référence à l'alinéa c) de l'article 11 à la possibilité pour un Etat dont les tribunaux ont été saisis de donner un effet rétroactif à la Convention en l'appliquant nonobstant le fait que le vol ou l'exportation illicite du bien culturel ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet Etat.

Article 11

88. Cet article établit une liste exhaustive des situations dans lesquelles un Etat contractant peut en fait appliquer sa loi nationale lorsque celle-ci serait plus favorable au demandeur que les dispositions de la Convention. La version précédente de cette disposition se présentait sous la forme d'une formule générale car il n'était pas possible d'unifier les systèmes et les traditions juridiques, et l'objectif de cet article était justement que de telles divergences ne soient pas significatives car on ne pouvait de toute façon pas aller en deçà de ce que prévoyait la Convention⁽⁹⁾.

89. Mais cette formule générale n'a pas emporté l'approbation générale par crainte qu'elle n'entraîne un traitement différencié et donc une application non uniforme des dispositions de la Convention. L'intention était que l'Etat requis puisse être plus libéral, c'est-à-dire plus favorable à la personne dépossédée ou à l'Etat dont les dispositions

(9) Le texte se lisait ainsi: "Tout Etat partie à la présente Convention peut accorder une protection plus étendue à une personne dépossédée d'un objet culturel ... ou aux droits d'un Etat demandeur ... soit en supprimant ou en diminuant le droit au remboursement du possesseur, soit d'une autre manière."

avaient été violées, et non pas d'obtenir une unification à laquelle il était impossible de déroger. Quelques membres ont estimé que cet article englobait des situations tout à fait différentes (celle du possesseur dépossédé et celle de l'Etat demandeur). Ils se sont demandés, en ce qui concernait ces deux situations, si un tel article ne permettait pas à tout Etat, parce que sa législation était plus favorable à l'un ou à l'autre, de bouleverser l'équilibre que le comité avait essayé d'établir entre des intérêts contradictoires, le texte ainsi rédigé pouvant donner lieu à différentes interprétations. Un autre membre a insisté sur le fait que cette disposition qui permettait à un Etat, d'un côté, de maintenir ses règles plus protectrices (ex: la restitution des biens volés n'entraîne pas d'indemnité en *common law* et aucun pays ne renoncerait à cela) et, d'un autre, d'aller au delà du minimum requis par la Convention de différentes façons (ex: le concept de vol est plus étroit en *common law* qu'en droit civil), mélangeait des considérations différentes et qu'une formule générale n'était pas assez claire (notamment ce que l'on entendait par "soit d'une autre manière"). Ils ont donc souhaité distinguer les différentes situations et non pas avoir une règle générale qui les couvrirait toutes ensemble.

90. Etant tous d'accord sur le principe posé par l'article 11, la formule générale a été abandonnée en faveur d'une disposition plus détaillée qui a notamment distingué les cas du vol et de l'exportation illicite, et a essayé de garder le plus possible d'unification dans le texte. La rédaction actuelle contient donc une liste exhaustive des points où un Etat contractant peut accorder une protection plus étendue soit à la personne dépossédée, soit à l'Etat demandeur. Pour ce faire, l'article a été divisé en trois alinéas: le premier relatif au vol, le deuxième relatif à l'exportation illicite et le dernier relatif à une extension temporelle possible du champ d'application de la Convention. Le libellé de la phrase introductive de l'article a été choisi afin de bien rendre l'idée selon laquelle chaque Etat peut aller plus loin que la Convention en étendant ses propres obligations, mais pas celles des autres Etats, ce qui veut dire que la disposition ne s'applique que lorsque l'Etat qui veut aller plus loin est l'Etat requis.

91. L'*alinéa a)* relatif aux objets volés est subdivisé en trois lettres: la première (lettre i)) prévoit l'extension possible de l'application de la Convention à des actes autres que le vol; la deuxième (lettre ii)) donne la possibilité à un Etat d'étendre la période durant laquelle la demande de restitution du bien peut être introduite; la troisième (lettre iii)) permet à un Etat d'appliquer sa loi si elle prive le possesseur de son droit à indemnité même s'il a exercé la diligence requise. Cette dernière lettre a été introduite avec à l'esprit la situation spéciale en

common law en matière de restitution de biens culturels volés, mais il peut y avoir d'autres cas⁽¹⁰⁾.

92. L'*alinéa b)* concerne plus particulièrement les biens ayant fait l'objet d'une exportation illicite et est composé de deux lettres. La lettre i) permet à l'Etat demandeur d'alléguer que l'exportation du bien de son territoire porte une atteinte significative à un intérêt autre que ceux dont la liste figure au paragraphe 3 de l'article 5. La lettre ii) vise quant à elle l'extension de l'application de l'article 5 à des cas exclus par les dispositions de l'article 7 (un de ces cas étant le délai d'introduction de la demande de retour).

93. Le troisième et dernier alinéa de cet article, l'*alinéa c)*, concerne à la fois le vol et l'exportation illicite, et permet à un Etat contractant qui le souhaite d'appliquer la Convention même lorsque le vol ou l'exportation illicite est survenu avant son entrée en vigueur à l'égard de cet Etat.

94. Conformément à la pratique au sein d'Unidroit, le comité d'étude a réservé la rédaction des autres clauses finales et du préambule pour un stade ultérieur des travaux, soit par un comité d'experts gouvernementaux, soit par une Conférence diplomatique au cours de laquelle la future Convention serait adoptée.

(10) Le libellé de cette disposition a été amendé par le Conseil de Direction pour éviter un éventuel malentendu quant à son sens.