

UNIDROIT 1992  
Etude LXX - Doc. 25  
(Originaux: anglais et français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE  
=====

COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX  
SUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DES BIENS CULTURELS

OBSERVATIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES  
SUR L'AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT  
SUR LES BIENS CULTURELS VOLES OU ILLICITEMENT EXPORTES

(Unesco, Interpol)

Rome, janvier 1992

## UNESCO

Ces commentaires ne concernent que les points sur lesquels des éclaircissements ou des considérations supplémentaires pourraient être utiles aux délégations. Sur de nombreuses questions, pour lesquelles la solution qui contribuerait le plus à la restriction du trafic illicite n'est pas très claire, aucun commentaire n'a été apporté. Lorsque l'expérience au sein de l'Unesco suggère de prendre en considération certains éléments, ils sont référés ci-après dans le texte.

### COMMENTAIRES D'ORDRE GENERAL

#### Actes commis avant la date de la Convention

1. Le représentant de l'Egypte a estimé qu'il serait difficile, sinon impossible, "d'accepter qu'un acte illicite ne devienne licite simplement parce qu'il avait été commis avant l'entrée en vigueur de la Convention proposée". Le statut juridique d'un acte commis avant la date d'entrée en vigueur de la future Convention ne changera pas: cela implique seulement que les dispositions simplifiées visant le retour de l'objet dans le pays du vol ou de l'exportation ne seront pas applicables. Néanmoins l'alinéa c) de l'article 11 prévoit que les Etats contractants conservent la faculté 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. Bien qu'il soit clair que de nombreux Etats préféreraient que les actes précédents soient inclus dans le domaine général de la Convention, l'Unesco estime qu'il est important que la situation soit clairement réglée tout au moins à partir de cette date. Les actes survenus après 1970 sont couverts après l'entrée en vigueur de la *Convention de l'Unesco de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* à l'égard des Etats contractants, bien que de nombreux Etats ayant un marché important de biens culturels ne soient pas parties à cette Convention. A moins de parvenir à un accord, tout au moins en vertu de la Convention d'Unidroit, il continuera à n'y avoir aucune réglementation pour ces pays, même pour les transactions futures.

#### Portée de la Convention

2. Plusieurs orateurs ont traité la question de savoir si les dispositions devaient s'appliquer généralement à toutes les opérations concernant la catégorie des biens culturels couverte par la Convention, ou seulement aux transactions contenant un élément international. L'Unesco est d'avis qu'il serait préférable que la Convention s'applique à toutes les transactions pour les motifs suivants:

i) il est en général très difficile de suivre exactement la trace d'un bien culturel volé ou illicitement exporté, et il pourrait s'avérer difficile et compliqué de déterminer s'il existe ou non un élément international;

ii) le fait que la Convention unifira dans une certaine mesure le droit régissant les transactions de biens culturels devrait considérablement encourager certains Etats à l'accepter;

iii) les trafiquants se sont avérés des experts dans l'exploitation des différences qui existent dans les législations nationales pour échapper aux contrôles et dans la fourniture de fausses provenances pour en tirer avantage.

#### Relations entre le nouveau projet et la Convention de l'Unesco de 1970

3. L'on a laissé entendre au cours de la discussion que l'approche du nouveau projet était très différente de celle de la Convention de l'Unesco, qui avait favorisé les pays d'origine, en faisant pencher l'équilibre vers les intérêts des Etats importateurs.

4. Les délégués devraient avoir à l'esprit que les études actuelles menées au sein d'Unidroit ont été entreprises à la demande de l'Unesco qui a apporté les fonds nécessaires pour les deux études du Professeur Reichelt (1). Ces études ont servi de matériel préparatoire aux travaux du comité d'experts. L'Unesco souhaitait améliorer le mécanisme de la Convention de 1970 de trois façons:

i) la Convention soulevait, sans résoudre, un certain nombre de questions de droit privé pour lesquelles on pouvait soutenir que l'Unesco n'a pas à proprement parler de mandat. Pour rendre la Convention complètement efficace, il fallait faire examiner ces problèmes (tels que la règle protégeant l'acquéreur de bonne foi de biens volés) par un organisme compétent en droit privé;

ii) la Convention de 1970 contient une obligation très générale (article 3) pour les Etats parties de considérer comme illicites l'exportation et le vol de biens culturels effectués contrairement aux législations nationales adoptées par les Etats parties en vertu de la Convention, ainsi que des obligations spécifiques limitées à des catégories précises

---

(1) Reichelt, G. "La protection internationale des biens culturels" (1985) Revue de droit uniforme 43; voir aussi du même auteur "Deuxième étude demandée à Unidroit par l'Unesco relativement à la protection internationale des biens culturels avec référence en particulier aux règles de droit privé concernant le transfert de propriété des biens culturels et tenant compte des observations sur la première étude" (1988) Revue de droit uniforme 53.

de biens (biens inventoriés volés dans un musée ou une institution similaire (article 7); biens archéologiques et ethnologiques d'un Etat dont le patrimoine culturel est mis en danger (article 9)). Cette souplesse (ou ambiguïté) a conduit à diverses interprétations de la Convention, et, dans certains cas, a fait que les Etats étaient peu disposés à y adhérer. L'on a estimé qu'un nouvel instrument, relatif aussi bien aux biens culturels volés qu'aux biens culturels illicitement exportés, rendrait les obligations des Etats parties plus claires et répondrait aux sensibilités des Etats qui estimaient que la Convention de 1970 n'était pas assez précise;

iii) l'expérience a montré que si les marchands et les collectionneurs se prenaient la responsabilité d'enquêter sur l'origine des biens qu'ils détiennent, cela entraverait le commerce illicite.

5. Le projet de Convention d'Unidroit ne contient pas les ambiguïtés de la Convention de 1970, tout en laissant une marge d'appréciation à ceux qui appliquent la Convention qui devrait assurer une souplesse suffisante dans son application.

6. Il prévoit de façon spécifique la restitution de tous les biens volés (article 3) revêtant une importance culturelle, notamment artistique, historique, spirituelle ou rituelle (article 2) qu'ils soient détenus par des personnes privées ou publiques, qu'ils appartiennent à une collection ou qu'il s'agisse d'un objet particulier, qu'ils soient ou non inventoriés. Il est en ce sens plus large que l'article 7 de la Convention de l'Unesco.

7. Il s'applique aux biens illicitement exportés (article 5) revêtant le même type d'importance (article 2) dont l'exportation porte une atteinte significative à un intérêt culturel important (paragraphe 3 de l'article 5). Il est en cela plus étroit que l'article 3 de la Convention de 1970 mais bien plus spécifique, et prévoit une procédure s'appliquant aux biens importants illicitement exportés autres que les objets ethnologiques et archéologiques mentionnés à l'article 9 de la Convention de 1970. Par ailleurs, les obligations des Etats demandeurs sont plus détaillées et il devrait être plus facile et plus simple pour les Etats demandeurs de les appliquer, puisque les Etats parties à la Convention de 1970 ont adopté des mesures divergentes de mise en application de l'article 9 de cette Convention.

8. Les dispositions du projet d'Unidroit exigeant une certaine diligence ne figurent pas dans la Convention de l'Unesco de 1970. Il s'agit d'une disposition clé, parce qu'elle vise à modifier la pratique largement admise parmi les collectionneurs et les marchands qui consiste à ne pas contrôler de façon rigoureuse la provenance des objets. Elle s'applique de la même façon aux biens volés ou illicitement exportés et est sanctionnée par la perte du droit à toute indemnité pour la personne en possession d'un tel objet. A cet égard, le projet d'Unidroit, s'il est adopté, pourrait avoir un fort impact à l'avenir sur la circulation des biens culturels acquis de façon illicite.

9. Le Préambule devrait inclure les éléments suivants:

- une déclaration sur l'importance des échanges culturels
- une déclaration relative aux dommages sérieux que cause le trafic illicite (par exemple les fouilles clandestines, perte de biens culturels matériels pour la communauté d'origine, etc.,)
- (au cas où le paragraphe 2 de l'article 5 était supprimé) une déclaration selon laquelle les Etats parties sont prêts à apporter des modifications importantes dans leur législation nationale afin d'assurer la conservation, la sécurité et l'accessibilité des biens culturels en garantissant leur retour en cas de vol ou d'exportation illicite (voir commentaire ci-après au paragraphe 36).

#### COMMENTAIRES SUR LES ARTICLES

##### Article 2

10. La définition des biens culturels. De nombreux experts gouvernementaux ont laissé entendre que la définition est trop large.

11. La question de la définition avait été discutée par le Professeur Reichelt dans son étude préparatoire <sup>(2)</sup> et examinée par le comité d'étude à chacune de ses sessions. Chacune des Conventions et des Recommandations existantes de l'Unesco ont utilisé une définition taillée spécifiquement pour les besoins de cet instrument particulier.

12. Par ailleurs, il y a une très large disparité entre les législations nationales dans la définition de ce concept, et étant donné le grand nombre de définitions que l'on trouve dans les instruments internationaux, l'on a estimé inutile d'essayer d'élaborer une définition détaillée. Toutefois, cette définition large devra être appliquée par les juges d'Etats qui traitent de demandes visant au retour de biens culturels. Elle est par conséquent entre les mains de ceux qui auraient le plus grand intérêt à définir ce concept de façon assez spécifique et peut-être étroite. L'on a néanmoins estimé que les juges seraient sensibles à la valeur culturelle d'un bien dans une autre société qui n'avait pas une telle valeur dans sa propre société. (Il existe de notables exemples de ce processus dans lequel les juges dans des sociétés de culture européenne ont considéré des biens comme revêtant une valeur culturelle pour des communautés indigènes) <sup>(3)</sup>.

---

(2) Voir n.1

(3) F.G. Charrier v. Bell 496 S.O. 2d 601 (1986) relatif aux objets trouvés dans des tombes en Amérique [Etats-Unis]; Onus v. Alcoa relatif à l'artisanat aborigène (1981) 36 A.L.R. 425 [Australie].

Il semble improbable que, disons, un bien culturel de la culture sami (lapone), protégé par une législation en Norvège ou en Suède, ne serait pas considéré comme un bien culturel dans d'autres pays. Par ailleurs, un individu ou un Etat n'intentera probablement une action en vertu de la Convention pour obtenir la restitution ou le retour d'un bien culturel que si l'importance de l'objet est considérée comme justifiant la prise d'une telle mesure. La définition se limite donc elle-même dans une certaine mesure.

Il y a deux autres points qui militent en faveur du texte actuel de la définition. L'un est que ce type de définition est largement utilisé dans les législations nationales. Environ 38 Etats utilisent une telle définition, parfois accouplée avec d'autres éléments, tels que des exemples, les procédures d'enregistrement ou de classement.

13. Il existe en général trois types de définitions utilisées dans les législations nationales en matière de patrimoine culturel: catégorisation (utilisation d'une définition générale) comme celle décrite ci-dessus, énumération et classement. Un système d'énumération mentionne de façon spécifique chaque objet qu'il juge bon de protéger. Il est largement utilisé dans les pays de langue anglaise, mais pas seulement. Environ 50 Etats utilisent aujourd'hui des définitions du type énumératif, d'une précision relative. Toutefois l'énorme variété de biens à couvrir rend ce système inutilisable pour un accord international, comme on peut s'en rendre compte à partir des exemples suivants de biens énumérés de façon spécifique dans une législation nationale existante: chasse-mouches des orateurs (Samoa); os, plumes, autres parties ou oeufs du moa (Nouvelle Zélande); inscriptions sur feuilles de palmier ou de bouleau (Népal); empreintes fossilisées (Lesotho); figure ancestrale, tambour, masque religieux (Ghana, Gambie); pectoraux d'armure en nacre ou ivoire, fourchettes pour manger de la chair humaine (Fidji); calligraphie, monnaie en coquillage, feuilles de bambou d'anciens documents (Chine); amulettes, objet en vannerie (Burma); balafons, jeux et jouets traditionnels (Burkina Faso); costumes en albâtre ou en plumes (Bolivie); médailles pour service rendu pendant la guerre, certains drapeaux (Australie); bouteilles, projectiles d'armes ayant plus de 100 ans d'âge et issus de fouilles sur des terres fédérales ou indiennes en violation de lois fédérales, étatiques ou locales (Etats-Unis); portes en bois et encadrements de portes sculptés dans le style africain ou oriental faits avant 1940 (Tanzanie). Il est évident qu'aucune Convention internationale ne peut espérer préciser une telle variété de biens.

14. Il serait possible que la Convention d'Unidroit précise simplement que tout bien culturel protégé par la législation nationale d'un Etat partie à la Convention serait protégé en retour (en cas de vol) ainsi que tout bien culturel protégé par une législation nationale, dont l'exportation (si elle est illicite) d'un Etat partie à la Convention met en danger un intérêt important de cet Etat (ce que prévoit actuellement le paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention). Cela laisse en effet à

chaque Etat le soin de définir les biens culturels, sans définition générale déterminante. Certains Etats ont, dans leur législation adoptant la Convention de 1970, précisé qu'ils retournent les biens culturels des Etats qui font de même, qui sont protégés par la législation de l'Etat demandeur. Cette décision couvrira dans de nombreux cas un groupe plus large de biens que la définition actuellement proposée dans le projet d'Unidroit.

15. La troisième méthode est celle du classement, par laquelle les biens sont inscrits, objet par objet, sur un registre. C'est une méthode largement utilisée dans les systèmes de langue française - environ 29 pays utilisent ce système.

16. L'on a proposé que seuls les biens qui font l'objet d'un classement dans la législation nationale devraient être protégés en vertu de la Convention d'Unidroit. Toutefois, un grand nombre d'Etats n'utilisent pas les systèmes de classement. Certains Etats ont des objections de principe contre le classement ou les listes de biens culturels spécifiques, en particulier de ceux qui sont entre les mains de personnes privées. Cela exige également un organe composé d'administrateurs culturels expérimentés, ce que ne permettent pas toujours les ressources des Etats en développement. Par ailleurs, là où un tel système n'existe pas déjà et devrait maintenant être établi, il faudrait de nombreuses années avant que la Convention ne fonctionne effectivement pour protéger les biens provenant de ces pays.

17. Un certain nombre de pays utilisent une combinaison de ces méthodes de définition. Un exemple commun est la définition générale (catégorisation) amplifiée par une énumération ou un classement, ou encore limitée. C'est le modèle suivi par le présent projet. Si tout bien culturel volé doit être restitué (art. 3), seuls les biens culturels illicitement exportés qui remplissent l'un des critères supplémentaires de l'article 5 seront soumis aux dispositions de la Convention.

18. Une autre combinaison est un système de classement avec en plus une description générale (catégorisation) - ceci est souvent utilisé pour protéger les biens archéologiques non découverts qui ne peuvent pas aisément être classés parce que non identifiables.

19. Une autre combinaison est une description générale (catégorisation) avec en plus, s'il y a un doute sur la question de savoir si un bien spécifique relève ou non de la définition, un Ministère ou une autre autorité nationale qui a le pouvoir de prendre la décision (Colombie, Danemark, Japon).

20. L'Autriche utilise une définition négative: les biens qui relèvent d'une définition générale sont soumis à un contrôle, sauf lorsque le Ministre a déterminé que certains groupes ne sont pas essentiels pour être retenus dans le pays du fait de leur intérêt national.

21. La différence entre les systèmes à long terme dépend du niveau de généralité de la définition; l'énumération étant le seul système qui se rapporte à des objets individuels, bien que le système de la "liste de contrôle" (Australie, Canada, Royaume-Uni) donne un processus de décision pour les objets individuels dans des catégories très précises.

22. Un autre point a été soulevé relatif à la cohérence de cette définition avec celle du nouveau projet de Directive CEE. A ce propos, voir les commentaires au paragraphe 24, Liens entre le projet d'Unidroit et le nouveau projet de Directive CEE.

23. L'on voit que la question du type de définition à utiliser n'est en aucune façon simple. Si les experts sont d'accord pour dire qu'il faudrait un instrument international qui protège les biens culturels volés et illicitement exportés, un débat sur le type de définition à utiliser pourrait retarder indéfiniment son achèvement. Le comité d'étude a soigneusement étudié ce problème, et la solution à laquelle il est arrivé est réalisable, même si elle ne reflètera pas la pratique nationale de nombreux Etats.

#### Liens entre le projet de Convention d'Unidroit et le nouveau projet de Directive CEE

24. L'article 36 du Traité de Rome permet aux Etats membres de protéger leur trésors nationaux par des "interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, [ou] de sécurité publique [...], de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique". Cet article restera en vigueur après 1992 mais les mesures nationales ne pourront plus prévoir de contrôle aux frontières pour assurer cette protection. La Directive CEE en cours d'élaboration a pour objectif limité de remplacer les contrôles aux frontières intérieures. Elle vise seulement à couvrir des actions des Etats membres (non pas des propriétaires), à couvrir les biens culturels protégés en vertu de l'article 36 du Traité et à traiter de la restitution entre Etats membres. Les Conventions de l'Unesco et d'Unidroit peuvent couvrir d'autres questions, ainsi que les relations au sein d'un groupe plus large d'Etats.

25. La nouvelle Directive CEE ne s'appliquera par conséquent en principe qu'aux trésors culturels nationaux illicitement exportés d'un Etat membre de la CEE à un autre et traitera du retour dans cet Etat. Elle ne traite pas des trésors culturels volés à la requête du propriétaire; ceux-ci sont couverts par le projet d'Unidroit. Elle ne traite pas des biens volés ayant une importance culturelle qui ne sont pas des "trésors nationaux"; ceux-ci sont couverts par le projet d'Unidroit. Elle ne traite pas des biens culturels volés ou illicitement exportés provenant d'Etats en dehors de la CEE; ceux-ci sont couverts par le projet d'Unidroit.

26. Rien n'empêche les Etats membres de la CEE de devenir parties au projet d'Unidroit, puisqu'il couvre des questions autres que celles traitées dans la Directive CEE; par exemple les règles relatives aux biens volés sont actuellement prévues par le droit privé des Etats nationaux, qui ont le pouvoir de changer ces règles s'ils le souhaitent.

Délais de prescription (Article 3, paragraphe 2 et article 7, alinéa b))

27. Puisqu'il y aura de nombreux cas où les objets sont à la fois volés et illicitement exportés, il semblerait préférable d'avoir les mêmes délais de prescription pour chacun. Etant donné le nombre de cas de biens culturels importants volés au cours de la Deuxième guerre mondiale venus à la lumière récemment, un délai de seulement 30 ans permettrait qu'un grand nombre d'objets illicitement acquis soient ouvertement mis dans le commerce (4)

28. Par ailleurs, de nombreux pays ont déjà des délais indéfinis pour la récupération des biens culturels. En France, où les collections des musées appartiennent au domaine public, les biens culturels volés d'un musée sont inaliénables et imprescriptibles. Cela couvre une très grande masse de biens culturels. Malheureusement dans la plupart des pays de langue anglaise les collections des musées sont assignées à des trusts et sont juridiquement considérées comme des biens privés. Un délai de prescription court, si les règles relatives à la propriété des collections publiques ne sont pas modifiées, signifiera que la plupart des collections des musées dans ces pays continueront à être moins protégées que les collections des musées dans des pays comme la France.

29. Il est clair que le choix des délais de prescription devra être un compromis, étant donné qu'il y a des Etats qui préféreraient aucun délai, et d'autres qui préféreraient qu'il soit aussi court que possible. 5 et 50, ou 3 et 30 constituerait un compromis. Toutefois, il semble souhaitable que les délais de prescriptions des actions visant les biens culturels volés ou illicitement exportés soient plus ou moins les mêmes. D'un côté, les objets seront à la fois volés et illicitement exportés. De l'autre, il ne semble pas y avoir de bonnes raisons pour lesquelles les biens culturels volés devraient avoir un délai de prescription plus court que les biens culturels illicitement exportés.

30. Une délégation a suggéré qu'il devrait y avoir une obligation à la charge du propriétaire dépossédé d'être diligent dans sa recherche du bien,

---

(4) Les trésors Quedlinburg, Evangiles très ancienses, reliques etc. ont été volés dans l'église d'un couvent à la fin de la 2ème guerre mondiale et ont été vendus par les héritiers du voleur en 1990, 45 ans après. IFA Reports No. 4 Juillet 1990.

et que cela pourrait être compensé par une obligation à la charge du possesseur de rendre public sa détention du bien. Toutefois, la question du délai de prescription plus court était en fait d'exiger d'un propriétaire dépossédé qu'il prenne des mesures dès qu'il ou elle pouvait raisonnablement savoir - cela permettrait de tenir compte des comportements dilatoires. Il ne serait pas judicieux cependant de le priver d'une action parce que le propriétaire avait rendu public sa possession du bien, puisqu'aucune mesure n'est donnée du type de publicité requise. En particulier pour les biens issus de fouilles clandestines, ou les objets ethnographiques de communautés indigènes, il est difficile de penser à une forme de publicité appropriée que l'on pourrait supposer avoir été portée à la connaissance des propriétaires originaux. Le Secrétariat de l'Unesco et Icom ont examiné il y a quelques années une requête du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale visant à recueillir des catalogues de ventes aux enchères, et l'ont considérée irréalisable. Il conviendrait par conséquent de laisser le juge décider de la question de savoir, en toutes circonstances, s'il est ou non raisonnable d'attendre du propriétaire dépossédé ou du pays de l'exportation illicite qu'il sache où se trouve le bien.

#### Article 4 - "Indemnité"

31. L'on a suggéré que même un possesseur de mauvaise foi devrait avoir droit à une indemnité pour les frais de conservation. Tout en comprenant le désir d'encourager un détenteur, même de mauvaise foi, à se sentir responsable du bon état du bien culturel, il convient de noter que, du fait de la grande variété de personnes agissant en tant que "restaurateurs" ou "conservateurs" qui ne sont pas en vérité des experts, une telle disposition pourrait être dangereuse. Il est arrivé le cas d'une "restauration" faite par un détenteur que des experts ont considérés comme ayant détruit l'intégrité du bien, et il avait de ce fait perdu sa valeur pour le patrimoine culturel de la nation. Une telle disposition pourrait avoir par conséquent l'effet opposé d'assurer qu'un détenteur entreprenne en premier lieu des travaux afin d'accroître ses chances de garder le bien parce que le demandeur ne voudrait pas l'indemniser et deuxièmement, que les travaux effectués sur le bien détruiraient sa valeur en tant que patrimoine culturel, puisque le demandeur ne serait plus intéressé à reprendre le bien.

32. Sur la question du calcul de l'indemnité, la suggestion visant à ce que l'indemnité soit "équitable compte tenu de toutes les circonstances" semble répondre à un certain nombre d'objections soulevées à l'encontre du texte actuel.

33. La proposition visant à ce que l'"indemnité équitable" tienne compte du coût des fouilles clandestines et du transport est également dangereuse. Dans une affaire où la façade d'un temple mexicain avait été enlevée et transportée aux Etats-Unis, le coût de l'expédition dans la jungle, dans le

seul but de l'exportation illicite, du détachement de la façade et du transport jusqu'aux Etats-Unis se sont élevés à environ 80 000 dollars U.S. Il est difficile d'imaginer qu'une telle façade ait été acquise de bonne foi si la diligence requise avait été exercée, mais en tous cas, il semble déraisonnable de proposer que l'Etat demandant le retour devrait avoir à payer une telle somme.

34. La suggestion visant à remplacer le mots "possesseur" par "une personne qui a un droit de propriété" était fondée sur l'opinion selon laquelle même lorsqu'un possesseur appartient à un système juridique qui n'attribue pas la propriété au possesseur de bonne foi, il serait en droit, en vertu de l'article 4, de demander une indemnité. Le comité d'étude n'avait pas eu l'intention de modifier la législation à ce propos, et l'intérêt des pays à garder intacte leur protection totale du propriétaire original, et à ne pas accorder une indemnité au possesseur, serait préservé par la faculté qu'ils détiennent en vertu de la lettre iii) de l'alinéa a) de l'article 11.

35. Quant au droit de récupérer le coût de l'indemnité chez le vendeur de mauvaise foi, tout en trouvant cela souhaitable, il fallait accepter que dans de nombreux cas, l'on ne trouve pas la personne de mauvaise foi au moment où l'on découvre que le bien culturel a été volé. La récupération serait de toute façon possible dans la plupart des systèmes à travers les recours pour fraude.

#### Article 5

36. En ce qui concerne la proposition visant à supprimer le paragraphe 2 de l'article 5, si l'on comprend les motifs de la suppression, elle répondait aux préoccupations exprimées à diverses reprises lors des discussions sur le retour selon lesquelles les Etats ne pourraient priver les propres citoyens des droits existants de retour des biens culturels dans leur Etat d'origine, que pour les voir revenir sur le marché international. En outre, elle constituait un soutien pour les conservateurs dans les pays d'origine pour garantir que les biens retournés soient respectés pour leur importance culturelle. Si cet alinéa était supprimé, il semblerait souhaitable, au minimum, de mettre une disposition dans le préambule expliquant l'importance du retour (voir paragraphe 9 ci-dessus).

37. Une solution alternative consisterait à adopter la suggestion visant à substituer une clause telle que proposée par le document du Secrétariat d'Unidroit contenant les propositions d'amendement et les principales questions soulevées:

L'Etat demandeur s'engage, si son action aboutit, à entourer le bien dont il a obtenu le retour, des conditions minimales de conservation [et de sécurité], et s'engage également à le rendre accessible au public.

38. En ce qui concerne la proposition de la Chine, de l'Egypte, de la Belgique et de l'Autriche visant à une nouvelle rédaction, à savoir la suppression de ce qui est actuellement l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 5 concernant l'importance culturelle particulière d'un bien pour l'Etat demandeur, il convient de rappeler que cet alinéa a été inséré par le comité d'étude afin de couvrir le cas de certains objets culturels exceptionnels qui pourraient néanmoins ne pas relever de l'un des autres alinéas. Il a été adopté en ayant à l'esprit l'affaire *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* <sup>(5)</sup>, dans laquelle le Gouvernement de la Nouvelle Zélande n'a pas pu obtenir le retour d'importantes sculptures maori qui avaient été illicitement exportées de Nouvelle Zélande et étaient en vente chez Sotheby's. Ces panneaux, enfouis dans les années 1820 ou 1830 par une tribu attaquée par une tribu voisine et non récupérées, avaient été déterrées d'un marécage en Nouvelle Zélande et gardées dans un garage pendant environ six ans, après quoi elles avaient été illicitement exportées par un marchand ayant payé le fouilleur illicite la somme dérisoire de 6 000 dollars NZ. Un peu plus de cinq ans après, leur valeur estimée lors de leur présentation à Sotheby's de Londres était de 300 000 livres sterling. Ces panneaux n'auraient fait partie d'aucun des quatre autres intérêts mentionnés, revêtant pourtant une importance extraordinaire pour le patrimoine culturel de la Nouvelle Zélande. Ils représentaient un style unique de sculpture (le style Taranaki) qui n'était plus utilisé. Le Gouvernement était actif pour la promotion de l'artisanat parmi les jeunes populations maori, et cela servirait certainement de stimulation et d'inspiration. Par conséquent, bien que l'intention était de les utiliser, après le retour, par une culture vivante, ils n'étaient pas utilisés de la sorte au moment de l'exportation illicite, et n'auraient pas nécessairement été considérés comme relevant de l'alinéa d) du paragraphe 3 de l'article 5 de l'actuel projet d'Unidroit. En outre, les cinq panneaux séparés étaient de dates différentes. Certains avaient été sculptés seulement avec des outils traditionnels, mais d'autres avaient été resculptés avec des outils à bords métalliques, permettant de dater les panneaux avant et après les contacts européens. Bien qu'il s'agisse d'un cas unique, la nature de biens culturels importants est telle que l'on ne peut pas toujours prévoir le type de circonstances dans lesquelles il s'agit d'un bien revêtant une importance particulière pour un patrimoine culturel national, et un tel cas devrait, semble-t-il, être compris dans ceux couverts par les dispositions relatives au retour dans la Convention d'Unidroit.

#### Article 10

39. Certains ont été préoccupés de ce que la restriction de l'application de la Convention aux biens qui avaient été volés ou illicitement exportés du territoire d'un Etat contractant en violation de sa législation en

---

(5) 1982 1.Q.B. 349; [1982] 3 W.L.R. 571 (C.A.) [Royaume-Uni].

matière d'exportation avant l'entrée en vigueur de la Convention déclarerait "effectivement une amnistie pour de tels actes illégaux et les recouvriraient d'un voile de légitimité". Si tel n'est en aucune façon l'objectif de la Convention, il faut comprendre que certains Etats trouveraient acceptable une application rétroactive. L'on pourrait très bien dire dans cet article, ou dans le préambule, que de tels actes effectués avant 1970 n'étaient pas légitimés, mais se trouvaient simplement en dehors du cadre de la Convention. Cela signifie que les Etats demandeurs sont libres d'intenter leurs actions, comme maintenant, en droit privé, par des voies diplomatiques, des accords inter-institutionnels ou à travers les procédures du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale.

#### Article 11

40. Une délégation a suggéré la formule plus générale pour réserver le droit d'appliquer "un régime plus favorable". Cela peut ne pas être suffisamment précis: il semble plus clair de laisser le texte dans sa rédaction actuelle, ou encore de préciser que l'Etat requis peut appliquer un régime plus favorable pour les demandes des propriétaires dépossédés ou des Etats demandeurs que celles prévues comme dispositions minimum requises par le texte de la Convention. Pour la même raison, la formulation proposée au paragraphe 163 du commentaire semble soulever quelques problèmes, car la phrase "titulaires de droits sur des biens culturels" apparaîtrait a priori s'appliquer aux acquéreurs de bonne foi en vertu des systèmes juridiques actuels et remettrait ainsi en cause l'ensemble du raisonnement de la Convention.

#### Proposition d'un nouvel article 12

41. Tout en comprenant la préoccupation de la personne qui a proposé cette disposition visant à couvrir les biens issus de fouilles clandestines, cela risque d'avoir un effet dissuasif sur la volonté des Etats de devenir partie à la Convention. Comme le texte est actuellement rédigé, les biens trouvés de façon clandestine seront probablement considérés comme volés si l'Etat dans lequel ils ont été trouvés les déclarent de propriété étatique, ou si le propriétaire du terrain est considéré comme le propriétaire (dans certains cas, l'Etat peut être disposé à poursuivre au nom du propriétaire). Le fait de savoir s'ils seront considérés comme volés dépend, dans le présent texte d'Unidroit, de savoir si les tribunaux ou autre autorité compétente de l'Etat requis appliquent la législation de l'Etat requis pour déterminer la signification du terme "volés" (voir les paragraphes 54-56 du Rapport d'Unidroit sur la première session).

42. En outre, les biens culturels issus de fouilles clandestines seraient couverts par les alinéas a) et c) du paragraphe 3 de l'article 5, puisque la fouille clandestine détruit l'information scientifique et historique. En même temps, il faut reconnaître qu'il est pratiquement impossible d'identifier certains objets issus de fouilles clandestines comme appartenant à un site particulier ou au territoire d'un Etat: de nombreuses cultures traversent les frontières nationales et l'opinion des experts identifiant par exemple des céramiques n'est en aucune façon uniforme, en particulier lorsque l'information scientifique n'est pas préservée ou les détails concernant la situation ne sont pas donnés par les fouilleurs clandestins.

43. Par conséquent, ni les dispositions relatives au vol ni celles relatives à l'exportation illicite ne garantiront nécessairement le retour des biens moins importants du patrimoine culturel (tessons de poterie, petits objets trouvés dans des tombes, objets dont on ne peut situer l'origine avec précision). Il est douteux que l'article proposé n'améliore réellement la récupération des biens culturels issus de fouilles clandestines.

**ORGANISATION INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE**  
**(OIPC - Interpol)**

Nous sommes d'avis qu'Unidroit a abordé de la bonne façon le sujet complexe de la réglementation du commerce de biens culturels en séparant les deux questions principales de la restitution des biens culturels volés et du retour des biens culturels illicitement exportés.

Il ne fait aucun doute que l'état de la législation dans les principaux systèmes juridiques qui ont eu une influence sur les opérations commerciales dans de nombreuses parties du monde doit aujourd'hui être rationalisé afin que la protection des propriétaires légitimes de marchandises ne soit pas éclipsée par les exigences du commerce et les comodités commerciales. Le projet de Convention d'Unidroit a le mérite de proposer à la communauté internationale que la doctrine *caveat emptor* sera universellement suivie à l'égard de la vente de biens culturels volés et que le principe de la bonne foi ne sera pertinent que pour l'obtention d'une indemnité équitable pour la restitution de ces biens à leurs propriétaires légitimes.

Nous estimons que l'article 2 du projet de Convention limite très justement la définition des "biens culturels" aux objets matériels. Toutefois, la large définition de ces objets que donne l'article 2 est trop abstraite et imprécise pour faciliter une évaluation sur le plan pratique de l'étendue des "biens" couverts par le projet de Convention.