UNIDROIT 1993
Etude LXX - Doc. 42
(Original: anglais)

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

COMMENTAIRE SUR L'AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT SUR LES BIENS CULTURELS VOLES OU ILLICITEMENT EXPORTES TEL QUE REVISE EN JUIN 1993

(préparé par Mme Lyndel V. Prott,
Chef de la Section des normes internationales,
Division du patrimoine physique, Unesco)

Rome, septembre 1993

COMMENTAIRE SUR L'AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT SUR LES BIENS CULTURELS VOLES OU ILLICITEMENT EXPORTES tel que révisé en juin 1993

Introduction

Lors des trois sessions, tenues en 1991, 1992 et 1993, les experts gouvernementaux ont examiné un texte qui avait été proposé par un comité d'étude après trois réunions. Le texte a par conséquent été étudié en détail six fois. La quatrième session du comité d'experts doit encore prendre une décision sur certaines questions de principe importantes. Ce qui est essentiel à ce stade est de s'accorder sur un texte qui puisse constituer une base de négociation lors de la Conférence diplomatique.

Toute les questions débattues au niveau des experts peuvent l'être à nouveau lors de la Conférence diplomatique, mais il est essentiel d'avoir un texte sur la base duquel discuter; il ne s'agit évidemment pas de la version finale et on peut la revoir, mais toute modification ou proposition n'aura pas seulement pour effet de freiner les progrès vers l'élaboration d'une Convention, mais risque d'empêcher qu'il y en ait une.

Un compromis

Il est important de rappeler que le projet établi par le comité d'étude répondait à un problème sérieux reconu par tous, mais devait concilier des systèmes juridiques avec des principes très différents sur l'acquisition de la propriété et des intérêts nationaux de tendance opposée. La seule voie possible était de parvenir à une solution de compromis.

Tous les Etats ont à gagner d'un accord, mais l'on ne parviendra à cet accord que si chacun fait des efforts et sacrifie quelques points qui sont importants pour lui.

L'on demande à la plupart des Etats continentaux européens, qui ne sont pas actuellement parties à la Convention de l'Unesco, d'apporter une modification fondamentale en restituant les biens culturels volés et quelques biens culturels illicitement exportés plutôt que de protéger l'acquéreur de bonne foi; en compensation, ils pourront également demander le retour de biens culturels qui ont été volés ou illicitement exportés de leur territoire.

Bien que les Etats de Common Law pourront garder leurs règles sur le retour des biens culturels (qui sont plus généreuses que celles du projet), ils devront revoir leurs règles relatives au délai de prescription des actions. Pour le Royaume-Uni, cela signifie une possibilité de demander le retour d'importants biens culturels qui ont été exportés en violation de ses règles en matière de contrôle des exportations ainsi que les biens volés que l'on ne pouvait pas récupérer auparavant parce qu'ils étaient entre les mains d'un acquéreur "de bonne foi".

Les Etats "exportateurs" auront beaucoup à gagner à travers un processus plus facile de récupération de biens volés et illicitement exportés au prix de ne pas couvrir tous les biens illicitement exportés comme ils le voudraient.

En ajustant ces conflits d'intérêts et les différentes approches juridiques, le comité d'étude est parvenu à un compromis. Si ce compromis peut être modifié, il est clair que si l'on ne parvient pas à atteindre un point d'équilibre entre les différentes opinions, l'initiative n'aboutira pas.

Il faut pour cela peser les bénéfices d'un texte qui est bon sans être parfait auquel il faut arriver:

- la pratique du commerce de l'art selon laquelle peu d'informations sont données et peu de questions sont posées sera renversée;

- le trafic illicite devrait donc devenir moins attrayant pour ceux qui s'y adonnent;

- les Etats contractants pourront récupérer tous les biens culturels volés;

- la reconnaissance limitée des contrôles à l'exportation existant à l'heure actuelle entre les Etats européens serait étendue aux Etats qui ont le plus besoin de protéger leur patrimoine culturel.

Se sont des avantages auxquels il ne faudrait pas renoncer, ni en raison de préférences pour une autre forme de rédaction, ni parce que le projet ne va pas aussi loin sur le fond que ne le voudraient certains Etats.

Contenu

Il est important de garder à l'esprit qu'il s'agit d'une convention **de droit privé**: les propositions qui visent à la création d'organes administratifs ou de devoirs de l'administration au-delà de ceux qui existent normalement à l'appui de ses tribunaux ne sont pas appropriées dans ce contexte.

Procédure

Afin de faire bon usage des débats et de parvenir à un texte définitif pour soumission à la Conférence diplomatique, l'Unesco souhaiterait proposer les principes de travail suivants pour cette réunion:

1. Les amendements au texte devraient éviter de le compliquer: lorsqu'un libellé plus simple mène au même résultat, il faudrait éviter des dispositions supplémentaires.

2. La Convention n'est pas d'application immédiate. Les questions que le droit interne peut régler (par exemple les questions de procédure) ne devraient pas être traitées dans la Convention. Il sera difficile de parvenir à un accord sur ces questions du fait de la variété des systèmes procéduraux actuels, et ce n'est pas nécessaire si un Etat s'engage à adopter les dispositions matérielles par n'importe quel moyen de procédure existant ou nécessaire.

3. La session devrait tendre vers un instrument de compromis international qui puisse fonctionner et attirer un grand nombre d'Etats participants. La session ne doit pas produire une simple déclaration de principe, ce que l'on pourrait faire de façon beaucoup plus économique dans un cadre universitaire, mais un instrument juridique qui améliorera la situation juridique actuelle eu égard à la restitution des biens culturels perdus et volés. Dans l'élaboration d'un tel instrument international, il faut tenir compte des impératifs juridiques des autres Etats (leurs obligations constitutionnelles, leurs traditions juridiques et leur philosophie juridique) ainsi que de la faisabilité sur le plan politique des modifications qu'ils seront appelés à faire.

4. L'instrument en question ne devrait pas être trop ambitieux: après trente siècles de déplacement de biens culturels en temps de paix et de guerre, un instrument ne peut changer le cours de l'histoire. Mais il peut prendre une ou deux mesures claires afin de renverser la tendance actuelle du vol, des fouilles illicites et de l'exportation illicite de biens culturels qui auront pour effet de permettre leur retour grâce à des mesures juridiques pratiques. Le projet se fonde sur un simple fait déterminant: l'exportation illicite après la date de l'entrée en vigueur.

Décisions de fond

Il est clair que certaines décisions de principe importantes restent à prendre: ces décisions sembleraient être:

PRINCIPALES DECISIONS DE PRINCIPE

Le projet devrait-il créer un système de certificats d'exportation (cela concerne les art. 2bis, 5 variante II, 5bis et 8.1bis)?

Faut-il introduire, et comment l'exprimer, la protection des biens culturels issus de fouilles clandestines (Ch. II? Ch. III? autre Ch.?)

Les biens culturels couverts par le projet devraient-ils être définis par une définition générale ou par une énumération (article 2)?

Faut-il faire référence aux Etats tiers (art. 8.4; art. 5 variante I, paragraphe 4)?

Les possesseurs obligés de retourner un bien culturel illicitement exporté devraient-ils avoir la possibilité de le transférer à une personne ou une institution sur le territoire concerné?

Quels tribunaux ou autres autorités compétentes devraient avoir compétence (art.9)?

La Convention devrait-elle traiter de l'exécution des décisions (art. 9 variante IV 9bis - 9quinques)?

L'Unesco estime que puisque la question du certificat d'exportation aura des effets sur tout le texte, elle devrait être prioritaire. De façon analogue, la question des biens issus de fouilles clandestines est très importante et doit être réglée car elle affecte la structure de l'ensemble de la Convention. L'Unesco propose par conséquent que ces deux questions soient réglées en premier et que, lorsque le comité aura pris une décision, l'on n'y revienne plus parce que la structure doit être bâtie à cette réunion.

1. Certificats d'exportation

L'Unesco estime que les dispositions relatives au certificat d'exportation qui relèvent du droit public ne devraient pas figurer dans ce projet de Convention (art. 2bis et 5bis). Toutefois les dispositions de droit privé relatives aux biens d'un acquéreur qui ne demande pas de certificat d'exportation lorsque cela est nécessaire font partie de ce projet mais peuvent être réglées dans un seul article (art. 8.1bis, actuellement propositions Art. 5.2 variante 2 et 8.1bis). Le raisonnement détaillé sur ces articles figure dans le commentaire ci-après aux articles concernés.

2. Biens issus de fouilles clandestines

Le texte du comité couvrait cette catégorie au Chapitre III, art. 5.3 a), b) et c). Toutefois quelques biens issus de fouilles clandestines relèveraient du Chapitre II parce que l'on pouvait prouver qu'ils avaient été volés à leur propriétaire, un Etat (lorsqu'il se déclare propriétaire du sous-sol archéologique) ou un individu (celui qui fouille, propriétaire du terrain ou celui qui trouve les biens selon les systèmes de droit).

Une proposition faite visant à inclure tous les biens issus de fouilles illicites à l'article 3 a détruit la symétrie de ce système. Le problème que pose la récupération des biens issus de fouilles clandestines n'est pas tant la difficulté de prouver la propriété, que celle de déterminer le pays de provenance du bien et quand il avait été trouvé. Si l'on peut prouver ces éléments, l'on pourrait demander le retour des biens issus de fouilles clandestines en vertu du Chapitre II ou du Chapitre III.

La principale différence est le degré plus strict de diligence requise au Chapitre II par rapport au Chapitre III. Le projet du comité avait le

mérite de permettre la restitution des biens issus de fouilles clandestines lorsque l'on pouvait prouver qu'ils avaient été volés sous réserve du devoir de diligence plus strict, et de laisser d'autres biens issus de fouilles clandestines à restituer, lorsqu'aucune contravention au droit de propriété ne pouvait être démontrée, conformément aux dispositions du Chapitre III.

Si le Chapitre II s'applique à tous les biens culturels volés, aucun bien issu de fouilles clandestines n'échapperait à la protection de la Convention si ces biens dont on ne pouvait pas prouver qu'ils avaient été volés font l'objet d'une demande en vertu de l'article 5, car il serait évident que l'exportation de chaque bien issu de fouilles clandestines avait porté atteinte à l'intérêt de la conservation physique du bien ou de son contexte (art. 5.3.a)), et à celui de la conservation de l'information, par exemple de nature scientifique ou historique, relative au bien (art. 5.3.c)). La nature du bien et son exportation feraient probablement aussi entrer en jeu l'intérêt de la conse5rvation du bien (art. 5.3.a)) et de l'intégrité d'un bien complexe (art. 5.3.b)).

L'on a suggéré qu'un Chapitre distinct pourrait être conçu spécifiquement poour ce type de biens. L'Unesco n'appuie pas cette proposition car cela engendrerait une certaine confusion. Il existe de nombreux biens issus de fouilles clandestines mais sans que cela se sache, par exemple un bien qui fait partie d'une tombe, ou d'un monument complexe ou autre.

Pour la même raison, il pourrait être difficile d'exiger un devoir de diligence plus fort de la part d'un acquéreur pour les biens issus de fouilles clandestines qui n'ont pas été volés. Si l'on peut fort bien exiger d'un acquéreur qu'il s'informe sur la propriété du bien, certains Etats pourraient estimer déraisonnable d'exiger de l'acquéreur qu'il vérifie également comment un bien est entré sur le marché, alors que cela pourrait ne pas être clair pour des experts.

Après un examen attentif des variantes, l'Unesco propose que le projet garde le système établi par le comité. Toutefois, il est absolument essentiel, dans ce cas, que les délais de prescription (art.3.3 et 7.2) soient les mêmes afin que la décision de savoir s'il faut agir pour les biens issus de fouilles clandestines en vertu du Chapitre II ou III se prendra sur la seule base de la preuve du vol, et non pas sur la base du délai de prescritpion de l'action en revendication.

N O T E

Relation entre le projet d'Unidroit et la Convention de l'Unesco de 1970 sur les moyens d'interdire et d'empêcher l'importation, l'exportation et le transfert illicites des biens culturels

L'Unesco a beaucoup travaillé pour faire obstacle au trafic illicite de tous les types de biens culturels et pour faire en sorte que le plus grand nombre d'Etats adhèrent à la Convention de 1970. Cette Convention n'a toutefois pas résolu le problème à ce jour.

L'Unesco a été préoccupé d'améliorer l'application de la Convention de 1970 de trois façons:

i) la Convention a soulevé, mais pas résolu, un certain nombre de questions de droit privé pour lesquelles l'on pourrait dire que l'Unesco, à proprement parler, n'a pas de compétence ni de mandat. Pour que la Convention fonctionne pleinement, il fallait que ces problèmes (tels que les règles protégeant un acquéreur de bonne foi de biens volés) soient traités par une institution internationale ayant compétence en droit privé;

ii) la Convention de 1970 contient une obligation très générale (art. 3) pour les Etats parties de considérer l'exportation et le vol de biens culturels contraires aux législations nationales adoptées par les Etats parties en vertu de la Convention. Cela est suivi par des obligations spécifiques limitées à des catégories spécifiques de biens (objets volés des musées ou institutions similaires et inventoriés (art. 7); biens archéologiques et ethnologiques d'un Etat dont le patrimoine culturel est menacé (art. 9)). Cette souplesse (ou ambiguïté) a conduit à des interprétations différentes de la Convention, et, dans certains cas, à une réticence à y adhérer. L'on a estimé qu'un autre instrument, spécifique de la même manière pour les biens culturels volés et 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'Unesco était préoccupé d'assurer que les marchands et les collectionneurs aient une certaine responsabilité pour les recherches à effectuer pour connaître l'origine des objets qu'ils détiennent.

Les travaux actuels d'Unidroit ont commencé sur demande de l'Unesco qui a financé les deux premières études du Professeur Reichelt[1]. Ces études

---

(1) Reichelt, G: "La protection internationale des biens culturels" (1985) Revue de droit uniforme 43; cf. également par le même auteur "Deuxième étude demandée par l'Unesco à Unidroit 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" (Unidroit, Rome) 1988.

ont servi de matériel préparatoire aux travaux du comité d'étude. L'Unesco a été représenté dans ce comité.

Le nouvel avant-projet de Convention d'Unidroit ne contient pas les ambiguïtés que certains ont trouvé dans l'interprétation de la Convention de l'Unesco de 1970 sur les moyens d'interdire et d'empêcher l'importation, l'exportation et le transfert illicites des biens culturels, tout en laissant une marge d'appréciation à ceux qui appliquent la Convention qui devrait garantir suffisamment de souplesse dans son application.

Il s'applique à tous les objets (art. 3) revêtant une importance culturelle, notamment artistique, historique, spirituelle ou rituelle (art. 2) qu'ils appartiennent à des personnes privées ou publiques, qu'ils fassent partie d'une collection ou non. En ce sens, il est plus large que l'article 7 de la Convention de l'Unesco.

Il s'applique aux biens illicitement exportés (art. 5) ayant le même type d'importance (art. 2) et dont l'exportation porte une atteinte significative à un intérêt culturel important (art. 5(3)). En ce sens il est plus étroit que l'article 3 de la Convention de l'Unesco de 1970 mais bien plus spécifique, et il prévoit une procédure qui s'applique aux biens illicitement exportés importants autres que les biens ethnographiques et archéologiques mentionnés à l'article 9 de ladite Convention de l'Unesco.

Par ailleurs, les obligations de l'Etat requis sont plus détaillées, et devraient être plus faciles à mettre en oeuvre pour les Etats demandeurs parce que les Etats parties à la Convention de l'Unesco de 1970 ont adopté des moyens divers pour mettre en oeuvre l'article 9 de cette Convention.

Les dispositions du projet d'Unidroit relatives à la diligence requise ne figurent pas dans la Convention de l'Unesco de 1970. Il s'agit d'une disposition clé qui vise à changer la pratique largement acceptée parmi les collectionneurs et les marchands de ne pas contrôler rigoureusement 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 le possesseur d'un tel bien. A cet égard, le projet d'Unidroit, en cas d'adoption, pourrait avoir un impact important à l'avenir sur la circulation des biens culturels acquis de façon illicite.

L'avant-projet de Convention d'Unidroit traite donc de certaines des questions les plus difficiles qui sont restées dans le doute ou irrésolues après l'adoption de la Convention de l'Unesco de 1970. Pour les 70 Etats parties à cette Convention, il représente un pas en avant vers une plus grande protection de leurs biens culturels mobiliers. Pour les Etats qui ont exprimé leur soutien aux principes de la Convention de l'Unesco mais n'y ont pas adhéré, le projet d'Unidroit donne l'opportunité d'élaborer un instrument ayant le même objectif dans une forme qui ne devrait pas présenter de difficultés d'interprétation.

Préambule

Le Préambule n'a pas encore été rédigé. L'Unesco souhaite proposer de garder à l'esprit les considérations suivantes:

- une déclaration sur l'importance des échanges culturels

- une déclaration quant aux dommages graves causés par le trafic illicite (par exemple les fouilles illicites, la perte de culture matérielle de sa communauté d'origine, etc.)

- une déclaration selon laquelle les Etats parties sont prêts à apporter des modifications importantes dans leur droit national afin de garantir la conservation, la sécurité et l'accessibilité des biens culturels en assurant leur retour en cas de vol ou d'exportation illicite.

COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

AVANT-PROJET DE CONVENTION D'UNIDROIT
SUR [LE RETOUR INTERNATIONAL DES] (1) [LES] BIENS CULTURELS
VOLES OU ILLICITEMENT EXPORTES

CHAPITRE I - CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITION

ARTICLE PREMIER

La présente Convention s'applique aux demandes à caractère international:

a) de restitution de biens culturels volés ayant quittés le territoire d'un Etat;

b) visant au retour de biens culturels exportés du territoire d'un Etat contractant en violation de son droit [applicable en matière de protection des biens culturels]. (2)

---

(1) A sa deuxième session, le comité d'experts gouvernementaux a décidé par 25 voix sans opposition que le principe selon lequel la future Convention ne devrait s'appliquer qu'aux situations internationales devrait apparaître à la fois dans le titre et dans l'article premier (Etude LXX - Doc. 30, paragraphe 23). Il faudra peut-être réviser le titre proposé pour le projet de Convention, suggéré par le comité de rédaction lors de la deuxième session du comité (Etude LXX - Doc. 29, p.48), lorsque les facteurs de rattachement internationaux précis pour l'application de la future Convention auront été définis.

(2) Le comité doit encore prendre la décision définitive quant au maintien du libellé entre crochets.

ARTICLE PREMIER

La présente version de l'article premier (avec ou sans la phrase entre crochets) constitue un texte acceptable à soumettre à une Conférence diplomatique.

"demandes à caractère international"

Ce libellé ne garantit pas la possibilité d'une action dans la situation Winkworth v. Christie's Ltd.[a] dans laquelle les biens culturels d'un collectionneur anglais ont été volés et vendus en Italie à un italien qui les a ensuite mis en vente chez Christies à Londres. La demande de Winkworth en restitution n'a pas aboutie. Toutetois la présente formule permettrait au juge une certaine souplesse pour statuer sur un tel cas.

Commentaire d'ordre général

Le comité d'étude n'avait pas suggéré que le projet de Convention soit limité aux situations internationales. Bien que l'adoption d'une telle limitation ait eu lieu par un vote clair du comité d'experts gouvernementaux, cela présente certains inconvénients:

a) elle supprime la possibilité d'avoir une loi uniforme sur les opérations relatives aux biens culturels (prévoyant ainsi pour les acquéreurs et les marchands deux critères de diligence, selon que l'opération est ou non internationale) et

b) elle crée le problème de définir ce qu'est une opération internationale.

Bien que l'Unesco ne souhaite pas revenir sur la question devant le comité d'experts, il conviendrait d'examiner à nouveau ce point lors de la Conférence diplomatique.

La Directive européenne couvre les biens "ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre en violation de la législation de cet Etat membre en matière de protection des trésors nationaux ...". Cela semblerait couvrir les biens issus de fouilles clandestines.

Comme on l'a noté ci-dessus, l'article 15 de la Directive européenne prévoit que

> "La présente Directive ne porte pas atteinte aux actions civiles ou pénales que peuvent engager, conformément au droit national des Etats membres, l'Etat membre requérant et/ou le propriétaire auquel un bien culturel a été volé".

(a) L'affaire mentionnée figure dans le English Law reports [1980] 1 Ch. 496.

Il semble par conséquent qu'un Etat membre de la Communauté européenne, qui ne devient pas automatiquement propriétaire de tous les biens archéologiques non découverts et ne peut pas par conséquent les considérer comme lui ayant été "volés", et qui a des biens issus de fouilles illicites retrouvés sur le territoire d'un autre Etat membre de la communauté européenne, devra procéder en vertu de la Directive, plutôt que par la procédure établie conformément au projet d'Unidroit. Le propriétaire peut intenter une action pour vol, par exemple le propriétaire du terrain sur lequel les biens ont été trouvés.

Les Etats de la Communauté européenne devront par conséquent examiner attentivement le lien qui existe entre les deux textes eu égard aux biens issus de fouilles illicites. Il est probable qu'il y ait des différences entre les deux textes pour ce qui est du délai de prescription (limitation de l'action par écoulement du temps) (article 7 de la Directive; article 3(2) du projet d'Unidroit); de la définition des biens culturels couverts par l'instrument (article premier + Annexe de la Directive; article 2 du projet d'Unidroit); de la probabilité d'indemnisation (article 9 de la Directive; article 4 du projet d'Unidroit).

Pour les Etats hors de la Communauté européenne l'application des règles communautaires ne pose pas de problème puisque ces règles ne s'appliquent qu'aux biens culturels qui ont quitté illicitement le territoire d'un Etat membre vers un autre Etat et non pas aux biens qui ont quitté illicitement des Etats situés en dehors de la Communauté européenne.

ARTICLE 2 (3)

VARIANTE I

Au sens de la présente Convention, sont considérés comme biens culturels les biens revêtant une [grande] importance [notamment] anthropologique, préhistorique, ethnologique, archéologique, artistique, historique, littéraire, culturelle ou scientifique [, ou pour le patrimoine naturel] [, y compris ceux désignés par chaque Etat contractant].

---

(3) Les deux variantes à l'article 2, proposées par le comité de rédaction lors de la troisième session du comité d'experts gouvernementaux, reflètent les opinions des délégations qui préféraient une définition générale (Variante I) et de celles qui étaient en faveur d'une définition plus détaillée qui reprendrait en partie le libellé de l'article premier a) à k) de la Convention de l'Unesco de 1970 (Variante II). L'utilisation des crochets dans chaque variante indique les divergences d'opinions au sein du comité qui doivent encore être réglées. Pour les discussions du comité sur cet article lors de sa troisième session, voir Etude LXX - Doc. 39, paragraphes 25 à 38.

ARTICLE 2

Le comité d'étude a utilisé une définition générale qui serait limitée au Chapitre III dans son application aux biens illicitement exportés.

L'avis des experts du comité d'étude était qu'il existe un accord bien plus large sur la nécessité de restituer les biens culturels volés que les biens illicitement exportés. Cela correspond à l'expérience de l'Unesco dans le suivi de la Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels.

Cette situation se reflétait dans le projet initial préparé par le comité d'étude en utilisant une définition large qui s'appliquait sans limitation dans le cas des biens volés (Ch. II) et avec des restrictions dans le cas des biens illicitement exportés (Ch. III). L'on aurait pu atteindre le même effet en ayant une définition large au Chapitre II et une définition limitée au Chapitre III.

Les deux propositions de définitions maintenant proposées couvrent toutes deux les biens culturels de façon adéquate. La première est une définition générale du type proposé par le comité d'étude, et la seconde est fondée sur celle de la Convention de l'Unesco de 1970.

Dans une certaine mesure la différence entre les formules est une différence de tradition de rédaction juridique. Alors que certains systèmes préfèrent laisser aux juges le soin d'appliquer des clauses générales telles que celle qui figure dans la Variante I, d'autres préfèrent des règles plus détaillées comme dans la Variante II. Si la définition de type général est adoptée (Variante I), elle pourrait être explicitement interprétée pour la mise en oeuvre des législations dans des Etats qui estiment que leur système juridique aurait des difficultés à s'adapter à ce style de définition.

VARIANTE I

"grande"

L'addition du mot "grande" limiterait l'application du Chapitre II sur les biens volés.

Elle annulerait le principe le plus important de la Convention qui est d'exiger de TOUS les acquéreurs de biens culturels qu'ils soient diligents en s'interrogeant sur la provenance des objets. Si seuls quelques biens devront être restitués après un vol, et exigeront que l'on soit diligent quant au titre de propriété, la pratique actuelle de l'ignorance délibérée dans le commerce de l'art ne sera pas renversée.

Outre le fait qu'elle ne changerait pas la pratique actuelle qui facilite le trafic illicite, cette addition n'aiderait pas non plus dans des cas de biens volés moins importants, tels que les collections privées (comme la collection Netsuke de M. Winkworth), ou de biens importants sur le plan local (comme la figure médievale volée dans une église anglaise qui ne pouvait être rapatriée de Belgique qu'après indemnisation du possesseur de bonne foi). L'intention du comité d'étude était que tous ces biens devraient être restitués (sous réserve seulement d'indemnisation lorsque le possesseur peut prouver sa diligence dans les recherches). Ceci est particulièrement important pour faire face au grand nombre de vols dans les petites églises, les musées locaux et les maisons privées.

"désignés par chaque Etat contractant"

L'utilisation des termes "désignés par chaque Etat contractant" a le même effet restrictif, puisque de nombreux biens culturels détenus par des personnes privées ne sont pas désignés par un Etat qui pourrait en réalité avoir une objection philosophique à le faire. Cela n'aiderait une fois encore pas M. Winkworth, ni les paroissiens d'une petite église ou d'un village qui ont perdu des biens ayant une importance locale.

VARIANTE II

Au sens de la présente Convention, le terme "bien culturel" désigne tout objet culturel de caractère artistique, historique, spirituel, rituel [, archéologique, ethnologique, littéraire, scientifique [,] qui [est important, a plus de [cent] ans d'âge et] appartient aux catégories suivantes:

a) Collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique;

b) les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savants et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale;

c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques;

d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques;

e) objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels qu'inscriptions, monnaies et sceaux gravés;

f) le matériel ethnologique;

g) les biens d'intérêt artistique tels que:

i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés à la main);
ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières;
iii) gravures, estampes et lithographies originales;
iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières;

h) manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections;

i) timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections;

j) archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques;

k) objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge et instruments de musique anciens.

VARIANTE II

L'effet de cette proposition est également proche de celui du projet original, car le libellé détaillé de la Convention de l'Unesco inclut probablement tous les biens culturels.

Toutefois, la limitation à plus de 100 ans d'âge n'est pas appropriée par exemple aux biens ethnologiques. Elle n'apparaît dans la Convention de l'Unesco que pour les meubles et les antiquités.

La combinaison d'une définition large avec le principe de l'article 3.1 selon lequel tous les biens volés doivent être restitués est probablement la mesure la plus importante que l'on pouvait prendre contre le trafic illicite des biens culturels.

[ARTICLE 2 bis

Tout Etat contractant peut introduire dans son système juridique un certificat d'exportation pour ses propres biens culturels dont la formule figure en annexe.](4)

CHAPITRE II - RESTITUTION DES BIENS CULTURELS VOLES

ARTICLE 3

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

2) Aux fins de la présente Convention, un bien illicitement issu de fouilles est réputé avoir été volé.

3) Toute demande de restitution doit être introduite dans un délai de [trois] [cinq](5) *ans à compter du moment où le demandeur a connu [ou aurait dû raisonnablement connaître]*(6) *l'endroit où se trouvait le bien [ou] [et]*(7) *l'identité du possesseur, et dans tous les cas, dans un délai de [six] [dix] [trente] [cinquante] ans à compter du moment du vol.*

4) Toutefois, une demande de restitution d'un bien faisant partie d'une collection publique d'un Etat contractant [est imprescriptible] [se prescrit dans un délai de [75] ans].(8)

---

(4) Cette disposition a été préparée lors de la troisième session du comité par un groupe de travail constitué en vue de l'examen d'une proposition pour l'établissement d'un certificat accompagnant les biens culturels, en l'absence duquel la vente, l'achat, l'importation et/ou l'exportation d'un bien culturel serait interdite par les Etats contractants (Etude LXX - Doc. 38, Misc. 7 et Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 39). Par manque de temps, le comité a différé à sa prochaine session la discussion sur le fond des propositions du groupe de travail.

(5) Le comité a décidé à sa deuxième session que les délais exacts de prescriptions seraient fixés par la Conférence diplomatique (Etude LXX - Doc. 30, paragraphe 57).

(6) Lors de la troisième session du comité, 15 délégations ont été favorables au maintien de ce libellé, 14 ont préféré sa suppression et onze se sont abstenues (Etude LXX - Doc. 39, paragraphes 53 - 55).

(7) Un vote lors de la troisième session du comité a indiqué que 24 délégations ont été favorables au maintien du mot "et" alors que 13 ont préféré "ou", et six se sont abstenues (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 65).

(8) Lors de la troisième session du comité, 27 délégations ont voté en faveur du principe exprimé dans le nouveau paragraphe 4, 14 s'y sont opposées et neuf se sont abstenues, toute décision sur le libellé entre crochets étant différée à la quatrième session (Etude LXX - Doc. 39, par. 58).

ARTICLE 2 bis

Ce projet d'article était lié à une proposition visant à ce qu'en l'absence d'un tel certificat, la vente, l'achat, l'importation et/ou l'exportation d'un bien culturel serait interdite par les Etats contractants.

Il ne semble pas approprié que cette disposition qui est essentiellement de droit public apparaisse dans ce projet de Convention qui est pour l'essentiel de droit privé. De toute façon, l'article n'a pas d'effet matériel. Il est clair que tout Etat peut établir un tel système s'il le souhaite. L'importance d'un tel système pour le droit privé dépend des conséquences de l'existence de ce système sur la responsabilité d'un acquéreur.

L'Unesco recommande que cet article soit supprimé, mais que l'on donne effet à de tels systèmes de contrôle d'exportation à l'article 8 (1bis).

CHAPITRE II

Une proposition a été présentée par une délégation visant soit à supprimer le Chapitre II soit à pouvoir y émettre des réserves.

L'Unesco est fermement opposé à la suppression ou à la possibilité de réserve.

La raison d'être de l'ensemble de l'initiative Unesco/Unidroit était justement d'apporter des changements dans le droit privé de nombreux Etats. En vérité, si les Etats n'étaient pas disposés à modifier leur droit, il n'y aurait aucune raison d'avoir un Institut pour l'unification du droit privé. Pendant de nombreuses années, les experts dans le domaine du droit des biens culturels ont insisté sur le fait que la seule façon de faire obstacle au trafic illicite des biens culturels est de garantir le retour des biens culturels au propriétaire après un vol, même au prix de devoir changer la règle qui existe dans de nombreux systèmes juridiques européens qui protège l'acquéreur de bonne foi de biens volés (Chatelain[b], Rodotà[c], O'Keefe et Prott[d], Reichelt[e], Fraoua[f]).

(b) Chatelain J., Les moyens de lutte contre les vols et trafics illicites d'oeuvres d'art dans l'Europe des neuf (Commission des Communautés européennes, Doc. XII/757/76-F (1976)).

(c) Rodotà S., "Exposé des motifs" dans Conseil de l'Europe, Le commerce de l'art (1988) 8.

(d) Mesures législatives et réglementaires nationales visant à lutter contre le trafic illicite de biens culturels (Unesco, Paris) (Unesco Doc. CLT/83/WS/16, 1983), 141, pp. 53-58; en anglais National Legal Control of Illicit Trafic in Cultural Property, pp. 126-130; en espagnol, Medidas Legislativas y Reglamentarias Nacionales de Lucha Contre el Trafico Ilicito de Bienes Culturales, pp. 53-57; Law and the Cultural Heritage: Vol. III - Movement (Butterworths, London) 1989, 648.

(e) 1988, 39, article mentionné ci-dessus Note (1).

(f) Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution (Editions universitaires, Fribourg) 1985, 179.

L'Unesco propose donc d'ajouter une disposition empêchant les réserves au Chapitre II (voir l'article 14 proposé dans les présents commentaires).

ARTICLE 3

Paragraphe 1

La nouvelle version a la clarté qui convient à une déclaration de principe. Il convient de noter en général que le projet de Convention doit poser des principes: ces derniers devront être mis en oeuvre par des législations détaillées dans chaque Etat conformément aux principes de ce système juridique.

L'adjonction de phrases qualificatives visant à préciser davantage la disposition crée, dans cette disposition comme dans de nombreuses autres de la Convention, des complications qui disparaissent si le principe plus général est laissé tel quel. On peut préciser l'intention dans un commentaire; le mécanisme de cette opération sera mis en place par le législateur de chaque pays.

Paragraphe 2

Voir la discussion relative au problème des biens issus de fouilles clandestines dans l'introduction au présent commentaire. La preuve par un Etat qu'un bien particulier est issu de fouilles illicites sur son territoire peut être difficile à apporter, notamment pour des objets qui appartiennent à une culture qui s'est répandu au-delà de plusieurs frontières géographiques.

La proposition visant à ajouter les mots "s'il est prouvé qu'il est issu de fouilles illicites et était propriété d'une personne ou d'un Etat" (proposition de la délégation américaine, Etude LXX - Doc. 38) n'améliore pas le texte. Les tribunaux devraient être convaincus, si cette disposition devait être appliquée, de ce que le bien est en fait issu de fouilles clandestines.

A moins qu'il n'existe une déclaration de l'Etat selon laquelle le sous-sol archéologique est "res nullius" (inconnue dans toutes les législations sur le sujet) ou n'est pas déterminé (contrairement à la Recommandation de l'Unesco de 1956 définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques qui prévoit (article 5(c)) que le régime du sous-sol archéologique devrait être précisé), le bien doit clairement avoir appartenu à une entité juridique (personne ou Etat).

Par conséquent on ne sait pas très bien ce qu'ajouterait à la demande la preuve de la propriété, ni pourquoi elle serait nécessaire.

Paragraphe 3

[ou aurait dû raisonnablement connaître]

Ces termes rendent l'application de la disposition un peu plus aisée, puisqu'il est très difficile de prouver si le demandeur avait eu connaissance et dans quelle mesure. Cette phrase laisserait au tribunal de l'Etat requis le soin de tirer des conclusions quant à la publicité ou la notoriété de l'acquisition et devrait bien entendu tenir compte de la présence du propriétaire d'origine dans un autre pays.

Si cette limitation n'est pas retenue, il est probable que les juges dans de nombreux pays appliqueront de toute façon leurs règles générales concernant le retard de la part du demandeur. Par conséquent, il pourrait ne pas y avoir de grand changement au fond.

[ou] [et]

Il semble raisonnable que le demandeur introduise une action lorsqu'il dispose d'information à condition bien entendu qu'il existe une juridiction appropriée où intenter l'action. Le possesseur peut être poursuivi s'il se trouve dans un pays qui est un Etat contractant; il en va de même pour la personne qui détient physiquement le bien (même si cette personne n'est pas l'acquéreur de bonne foi mais est, par exemple, un garant (banque, compagnie d'assurance, musée, etc.)). Cependant le fait de savoir si ces possibilités existent dépend des décisions qui seront prises à l'article 9.

Les deux opinions sur ces articles peuvent être décrites ainsi:

Un groupe d'experts nationaux souhaiterait supprimer "ou aurait dû raisonnablement connaître" et faire partir le délai à compter de la date à laquelle le demandeur connaissait à la fois l'endroit où se trouvait le bien et l'identité du possesseur (en faveur des demandeurs).

L'autre groupe préfèrerait l'introduction de cette expression et faire partir le délai à compter de la date à laquelle le demandeur connaissait soit l'endroit où se trouvait le bien, soit l'identité du possesseur (en faveur des acquéreurs).

Un compromis acceptable semblerait par conséquent être la phrase "aurait dû raisonnablement connaître" mais en exigeant la connaissance des deux éléments.

Paragraphe 4

Si cet article est retenu, il sera très important que les Etats définissent ce qu'ils considèrent comme des "collections publiques" au sens de la Convention (cela pourrait bien sûr être différent de ce qu'ils considèrent comme des collections publiques dans leur droit interne).

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 qu'il n'ait pas su [ou raisonnablement dû savoir][9] *que le bien était volé et qu'il puisse prouver qu'il a exercé la diligence requise lors de l'acquisition.*

2) Pour déterminer si le possesseur a exercé la diligence requise, il sera tenu compte des circonstances de l'acquisition, notamment la qualité des parties et le prix payé, de la consultation par le possesseur de tout registre raisonnablement accessible sur les biens culturels volés, et de toute autre information et documentation pertinentes qu'il aurait pu raisonnablement obtenir.

3) Le possesseur ne peut bénéficier d'un statut plus favorable que celui de la personne dont il a acquis le bien par héritage ou autrement à titre gratuit [sous réserve que ce dernier ait acquis le bien après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat contractant dans lequel il a acquis le bien ou avait sa résidence habituelle lors de l'acquisition].[10]

[4) Dans le cas où le certificat d'exportation mentionné dans l'article 2 bis et délivré par l'Etat demandeur fait défaut, la mauvaise foi du possesseur du bien culturel est irréfutablement présumée.][11]

---

(9) Une décision définitive doit encore être prise par le comité concernant le maintien du libellé entre crochets.

(10) Le libellé entre crochets a pour base une proposition soumise par la délégation des Etats-Unis lors de la deuxième session du comité (Etude LXX - Doc. 29, p. 19).

(11) Voir la note (4) ci-dessus.

ARTICLE 4

La raison d'être de l'article 4 était de pénaliser les acquéreurs de biens culturels qui ne procèdent pas à des enquêtes sérieuses sur leur provenance. La pratique habituelle actuelle des marchands et des maisons de vente aux enchères est de ne pas donner le nom des vendeurs, et celle des acquéreurs de ne pas mettre en doute les références des vendeurs. Si les acheteurs risquaient de perdre le bien s'ils ne procèdent pas à une enquête, cette pratique changerait car ils refuseraient d'acheter sans disposer d'information.

Toutefois le renversement de la protection de l'acquéreur de bonne foi est un pas important pour de nombreux pays qui considèrent ce principe comme étant l'un des piliers de leur système juridique. L'on n'a envisagé l'indemnité que parce que le fait de priver un possesseur d'un bien serait considéré dans certains systèmes juridiques comme un changement important, et la référence à l'indemnité rendrait la présentation de ce changement politiquement et philosophiquement plus acceptable. A AUCUN MOMENT L'ON A VOULU SUGGERE QUE LES SYSTEMES JURIDIQUES QUI PREVOYAIENT DEJA LE RETOUR DE BIENS CULTURELS VOLES DEVRAIENT MODIFIER CETTE REGLE EN PREVOYANT UNE INDEMNITE. Ceci se reflète à l'article 11 (iii) qui permet à ces Etats (par exemple un certain nombre de pays de Common Law) de maintenir leurs règles existantes.

Si les propriétaires et les Etats qui ont le plus de vols sur leur territoire peuvent considérer ceci injuste, le nombre de cas dans lesquels l'indemnité serait nécessaire devrait être limités. En pratique, il devrait y avoir très peu de possesseurs qui peuvent prouver avoir rempli tous les critères de la diligence requise lors de l'acquisition, mais ont tout de même acquis un bien volé. Si cela continue à poser problème, l'on pourrait introduire davantage de détails dans la disposition concernant la diligence (voir paragraphe suivant).

Paragraphe 2

Afin de répondre aux difficultés des systèmes juridiques qui auraient des difficultés à prévoir une indemnité à l'acquéreur d'un bien volé, il serait utile de dire encore plus clairement le degré de diligence nécessaire. Dans cette formulation, l'utilisation du mot "notamment" est importante, car ce terme permettrait au tribunal de tenir compte d'autres circonstances pertinentes:

Pour déterminer si le possesseur a exercé une [telle] diligence [appropriée], il sera tenu compte des circonstances pertinentes de l'acquisition, y compris la qualité des parties et le prix payé, **la provenance du bien, toute circonstance particulière relative à l'acquisition du bien par le cédant dont le possesseur a connaissance,** ainsi que le fait que le possesseur a consulté un[e] registre [banque de données] accessible de biens culturels volés [ou de législations en matière de biens culturels] qu'il aurait pu raisonnablement consulter.

Paragraphe 3

Les questions relatives à l'application d'une règle à un moment donné ont traditionnellement été décidées en droit international privé par les juges[(g)]. Les termes entre crochets semblent inutiles et la règle suggérée appropriée pour une décision judiciaire.

[Paragraphe 4]

Une "présomption irréfutable" est une contradiction.

Cette disposition ne semble pas appropriée au Chapitre II qui traite du vol et non pas de l'exportation illicite. Quelques pays permettent l'exportation de certains biens culturels sans licence, bien que d'autres soient soumis à des certificats d'exportation. Un bien peut en effet avoir été légalement exporté par son propriétaire. Le défaut d'un certificat d'exportation n'a donc pas qualité de preuve pour le vol d'un bien.

(g) Voir LALIVE P., "Note on Koerfer v. Goldschmidt (1969-1970) Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 315).

CHAPITRE III - RETOUR DES BIENS CULTURELS ILLICITEMENT [EXPORTES][12]

ARTICLE 5 [13]

VARIANTE I

1) Lorsqu'un bien culturel a été exporté du territoire d'un Etat contractant (l'Etat demandeur) en violation de son droit [applicable en matière de protection des biens culturels][14]*, 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.*

2) Toute demande introduite en vertu du paragraphe précédent doit contenir [les détails nécessaires pour] [ou être accompagnée de toute information de fait ou de droit susceptible d'] éclairer le tribunal ou l'autorité compétente de l'Etat requis [à déterminer si les conditions des paragraphes 1 à 3 sont remplies].[15]

3) Le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis ordonne le retour du bien culturel lorsque l'Etat demandeur [établit] [prouve] que l'exportation du bien de son territoire porte une atteinte [significative][16] *à l'un ou l'autre des intérêts suivants:*

---

(12) A la troisième session du comité, le comité de rédaction a placé le terme "exportés" dans le titre du Chapitre III entre crochets du fait de la décision prise lors de la deuxième session du comité d'experts de remplacer le mot "exported" par "removed" dans la version anglaise tout au long du Chapitre III (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 84).

(13) La principale différence entre les Variantes I et II est l'introduction dans la dernière d'un paragraphe 2 qui n'apparaît pas dans la Variante I. Lors d'un vote indicatif exprimé à la troisième session du comité, 18 délégations ont soutenu l'idée reflétée au paragraphe 2 de la Variante II alors que 16 ont voté contre et sept se sont abstenues (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 125).

(14) Voir la note (2) ci-dessus et Etude LXX - Doc. 39, paragraphes 86 à 88 et 118 à 120.

(15) Le comité a décidé à sa troisième session de maintenir ce paragraphe pour le moment mais de différer toute discussion ultérieure à sa quatrième session sans que cela soit considéré comme une approbation formelle du texte proposé par le groupe de travail qui avait élaboré une première version de la disposition, ensuite amendée par le comité de rédaction (Etude LXX - Doc. 38, Misc. 8 Corr. et Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 121).

(16) Bien que le comité ait rejeté à sa troisième session par un vote indicatif le principe du retour automatique des biens culturels illicitement exportés par 20 voix contre 14 et huit abstentions, les décisions relatives au libellé placé entre crochets ont été reportées à sa quatrième session (Etude LXX - Doc. 39, paragraphes 111, 122 et 123).

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.

[4) La demande peut aussi être introduite aux conditions prévues aux paragraphes 2 et 3 du présent article, par un Etat contractant du territoire duquel le bien culturel est premièrement sorti licitement (mais à des conditions limitatives quant au temps et/ou au territoire de destination) lorsque, à la suite d'une ou plusieurs exportations successives non visées par la loi de l'Etat d'origine ou par l'autorisation à l'exportation délivrée par cet Etat, ou par un accord international, multilatéral ou bilatéral auquel les deux Etats concernés sont parties, il se produit à son égard un effet équivalent à une exportation illicite vers le territoire d'un autre Etat contractant ou une atteinte aux intérêts culturels protégés par les conditions auxquelles on avait permis premièrement la sortie.](17)

---

(17) Le comité a décidé à sa troisième session de maintenir entre crochets cette disposition qui avait été soumise par la délégation italienne (Etude LXX - Doc. 38, Misc. 16), et d'en reprendre l'examen lors de sa quatrième session (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 124 et paragraphes 113 à 116).

CHAPITRE III

Ce Chapitre, relatif aux biens culturels illicitement exportés, est le complément du Chapitre II relatif aux biens culturels volés.

Il ne fait aucun doute que, pour de nombreux Etats, le fait qu'un bien ait été illicitement exporté d'un autre pays n'en fait pas une importation illicite ni ne constitue un obstacle juridique à son acquisition par cet Etat. Avant l'adoption de la Directive et du Règlement européens sur la question, c'était la pratique de tous les Etats européens, sauf ceux qui sont parties à la Convention de l'Unesco de 1970 (Italie, Espagne, Portugal, Grèce; la Suisse a manifesté son intention de devenir partie).

La Convention de 1970 a été le premier instrument à contester cette situation. Toutefois cet instrument n'a été adopté que par un Etat importateur important, les Etats-Unis d'Amérique (et par un ou deux autres qui sont à la fois importateurs et exportateurs comme l'Argentine, l'Australie et le Canada).

La Directive et le Règlement européens sur la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre changera cet état de choses. Tous les Etats européens seront obligés de restituer aux autres Etats membres les biens culturels illicitement exportés d'un Etat membre qui sont

> désignés par la législation nationale ou un règlement comme étant un "trésor national" et qui relèvent de l'une des catégories de l'Annexe, dont certaines envisagent des critères financiers minimums de valeur financière.

Si cette obligation de retourner les biens culturels illicitement exportés dans les pays d'où ils ont été illicitement exportés était prise eu égard à des pays en dehors de la Communauté, cela améliorerait également la situation juridique actuelle pour ces Etats. Toutefois, les catégories européennes de biens culturels ne contiennent pas les objets de nature ethnologique, rituelle ou spirituelle qui revêtent une importance considérable pour les Etats qui ont des communautés traditionnelles.

Le Commonwealth Secretariat (Londres), sur proposition du Gouvernement de Nouvelle-Zélande, a préparé en 1983 un projet de reconnaissance mutuelle des contrôles d'exportation au sein du Commonwealth, mais il n'a pas encore été adopté et est encore en discussion.

L'adoption de principes engageant les pays importateurs à retourner TOUTE catégorie de biens culturels illicitement exportés constituerait par conséquent un pas en avant par rapport à la situation actuelle. [La loi de mise en oeuvre américaine de la Convention de 1970 ne prévoit des procédures que pour les biens archéologiques et ethnologiques illicitement exportés, dont le pillage met en péril le patrimoine culturel de l'Etat].

L'adoption de ce Chapitre améliorerait par conséquent beaucoup la situation juridique actuelle.

VARIANTE I

Paragraphe 1

L'on préfère la phrase "en violation de son droit" ou "en violation de son droit applicable en matière de protection des biens culturels" aux autres propositions telle que celle de la délégation américaine présentée à la troisième session "en violation d'une disposition prohibant l'exportation des biens culturels en raison de leur importance culturelle", celle proposée comme compromis (paragraphe 87 du rapport d'Unidroit sur la troisième session) "en violation de son droit applicable en matière de protection des biens culturels et de transfert des droits de propriété y relatifs", ou "en violation des règles impératives de l'Etat en question".

Toutes ces propositions compliquent le texte: si un compromis est nécessaire, l'on pourrait prendre en considération la phrase "en violation de son droit applicable aux biens culturels". La référence spécifique au "transfert des droits de propriété" ou aux "règles impératives" semble trop étroite - par exemple les règles relatives aux échanges et aux prêts des musées sembleraient exclues alors qu'elles sont certainement pertinentes.

Paragraphe 2

Aucun commentaire.

Paragraphe 3

Le comité d'étude avait examiné très sérieusement les domaines dans lequels il existait le besoin le plus éclatant de coopération internationale. L'on est parvenu à un accord qu'il s'agissait

- des dommages physiques aux monuments et aux sites archéologiques (y compris ceux causés par les fouilles illicites et le pillage): a)
- des dommages physiques aux biens délicats par une manipulation non professionnelle des pilleurs, possesseurs, contrebandiers, marchands, etc. impliqués dans l'exportation illicite: a)
- du démembrement des biens complexes (par exemple la décapitation de sculptures, la dispersion de fresques, la division de triptyques, le démontage de l'intérieur de demeures historiques): b)
- de la perte d'information dû à l'enlèvement des biens de leur contexte et le dommage irréversible causé au contexte (par exemple perturbation de la stratigraphie), par le démembrement d'une collection ou une perte de documentation: c)
- de l'enlèvement de biens encore utilisés par une communauté traditionnelle par exemple les Afo-a-Kom, figure rituelle de suprême importance, dont on dit qu'elle s'est emparée de l'esprit de Kom (Cameroun); sculptures traditionnelles représentants des esprits, des biens rituels comme des masques dans des communautés traditionnelles: d).

Des experts indépendants, anthropologues, archéologues ou ethnologues de tous pays, y compris des plus grands Etats importateurs, sont d'accord sur les graves dommages que cause le trafic illicite à tous ces égards.

Il semble par conséquent qu'il s'agisse du contenu minimum d'un accord visant à reconnaître et exécuter les contrôles à l'exportation d'un Etat étranger.

La lettre e) a été introduite afin de couvrir le cas rare d'un bien qui revêt une importance particulière mais qui ne serait pas couvert par les lettres a) à d). L'affaire *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*[h], dans laquelle le Gouvernement néo-zélandais n'a pu obtenir le retour d'importantes sculptures maori qui avaient été illicitement exportées de Nouvelle-Zélande et vendues à Sotheby's est un tel exemple. Les sculptures avaient été enfouies jusqu'à leur extraction par le vendeur pour le marchand qui les a illicitement exportées. Ces sculptures étant d'un style qui n'était plus pratiqué (le style Taranaki), d'une grande beauté et de technique extrêmement fine, le Gouvernement néo-zélandais voulait les utiliser comme inspiration pour les jeunes sculpteurs maori. Il y a peu de doutes que le Gouvernement néo-zélandais aurait pu prouver que ces panneaux revêtaient une importance culturelle particulière pour le peuple néo-zélandais. Le cas est unique, mais la nature des biens culturels est telle qu'il semble judicieux de permettre de tels cas rares dans le projet de Convention.

Du point de vue de la rédaction, la lettre e) ne va pas bien avec a) à d) puisqu'elles sont soumises à "porte une atteinte significative" qui n'est pas applicable à e).

L'Unesco propose par conséquent un nouveau libellé pour le paragraphe 3 de l'article 5, pour la correction grammaticale, qui se lirait ainsi:

> 3) Le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis ordonne le retour du bien culturel lorsque l'Etat demandeur prouve que le bien revêt une grande importance culturelle pour lui ou que son exportation porte une atteinte significative à l'un ou l'autre des intérêts suivants:
>
> a) à d) inchangés

L'adjonction des mots "lorsque cet Etat prouve que le bien a été exporté de son territoire en violation de son droit" n'est pas nécessaire, puisque le fond du paragraphe 3 de l'article 5 est régi par les dispositions du paragraphe 1 de l'article 5 qui expriment la même idée.

(h) L'on peut trouver l'affaire en question dans le English law report 1982 I Q.B. 349; [1982] 3 W.L.R. 571 (C.A.) [Royaume-Uni].

Proposition d'un nouveau paragraphe 4

Ce paragraphe n'est pas nécessaire. L'Etat d'origine peut de toute façon s'adresser au tribunal ou à toute autorité compétente de l'Etat de situation du bien, avec la preuve qu'il n'existait aucun certificat d'exportation valable pour sa situation actuelle. Si un certificat d'exportation est délivré qui est valable pour d'autres pays ou pour une période de temps limitée ou qui est soumis à des conditions qui n'ont pas été remplies, il aura alors la preuve nécessaire pour que le retour soit ordonné.

VARIANTE II

1) Lorsqu'un bien culturel a été exporté du territoire d'un Etat contractant (l'Etat demandeur) en violation de son droit [applicable en matière de protection des biens culturels], 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.

2) Les Etats contractants interdisent l'importation de biens culturels sans autorisation délivrée par l'Etat d'origine de ces biens.

3) Toute demande introduite en vertu du paragraphe 1 du présent article doit comporter les précisions utiles pour permettre à l'autorité compétente de l'Etat requis d'apprécier si le bien relève de l'une des catégories de biens visées à l'article 2, et si la législation de l'Etat demandeur en matière d'exportation a été violée.

4) Le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis ordonne le retour du bien culturel lorsque cet Etat [établit] [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.

VARIANTE II

Les paragraphes sont identiques sur le fond à la VARIANTE I, à l'exception du paragraphe 2.

Le paragraphe 2 est une disposition de droit public. Il nécessiterait l'imposition de contrôles à l'exportation. Cela ne semble pas ici nécessaire et cela n'a pas sa place dans un instrument de droit privé.

[ARTICLE 5 bis

Dans le cas où le certificat d'exportation mentionné à l'article 2 bis et délivré par l'Etat demandeur fait défaut, le bien culturel est présumé comme étant illicitement exporté.][18]

ARTICLE 6

Le retour du bien culturel [ne] peut être refusé [que] lorsque [:

a) le retour porterait une atteinte significative à la conservation physique du bien; ou

b) le bien culturel, avant l'exportation illicite du territoire de l'Etat demandeur, a été illicitement exporté de l'Etat requis, ou

c)] le bien culturel revêt une importance culturelle particulière pour l'Etat requis et le retour serait manifestement contraire aux principes fondamentaux en matière de protection du patrimoine culturel de cet Etat[19].

---

(18) Voir la note (4) ci-dessus.

(19) A sa troisième session le comité a décidé de maintenir l'article 6 par 22 voix contre 15 et cinq abstentions (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 142). Toutefois, en l'absence de véritable discussion sur les alinéas a) et b), ils figurent dans le texte entre crochets (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 143).

ARTICLE 5 bis

Il s'agit d'une disposition de droit privé que l'on trouve à juste titre dans la Convention. Toutefois, si l'on omet des dispositions de droit public (articles 2bis, 4(4) et 5(2) de la Variante II), il faudrait réécrire l'article. Le nouveau libellé pourrait se lire ainsi:

> Lorsqu'un Etat Partie à la présente Convention a institué un système de certificats d'exportation, le défaut d'un certificat d'exportation pour un objet pour lequel il est requis fait savoir à l'acquéreur que le bien a été exporté illicitement.

Il convient de noter que cette disposition n'aurait d'effet que lorsque
- l'Etat demandeur a un système de contrôle à l'exportation
- il peut prouver que le bien
  - provient de l'Etat demandeur
  - après l'entrée en vigueur de la Convention
  - que l'exportation du bien exigeait un certificat en vertu de sa législation et
  - que l'acquéreur ne peut produire aucun certificat d'exportation.

Il serait plus logique que cette disposition apparaisse dans l'article 8 (1bis) puisque cela est pertinent pour l'exportation illicite et non pas pour le vol.

ARTICLE 6

Cet article, qui a été longuement discuté, a été introduit pour des motifs de technique juridique et a fait l'objet de nombreux malentendus.

En droit international privé appliqué dans la plupart des systèmes nationaux (à savoir les règles concernant les opérations internationales), les tribunaux ont traditionnellement de larges pouvoirs pour refuser les demandes pour des motifs d'"ordre public". Ce motif peut être utilisé pour empêcher le retour de biens culturels dans des cas clairement couverts par la Convention (par exemple parce que l'"ordre public" empêcherait de priver un acquéreur, présumé de bonne foi en vertu du droit interne de ce système, d'un bien culturel, même si l'acquéreur n'a pas rempli les règles strictes de diligence en vertu du projet d'Unidroit). Cela annulerait clairement l'effet du projet. Les juges pourraient invoquer toutes sortes d'autres motifs d'ordre public - comme par exemple le "lien étroit avec la culture de l'Etat requis", une "plus grande attention" dans l'Etat demandeur, un lien historique bien que lointain avec l'Etat requis, une désapprobation de la politique culturelle de l'Etat demandeur et ainsi de suite.

L'article 6 visait à empêcher cela en prévoyant (dans sa forme originale) que la "seule" raison possible pour refuser le retour serait le lien étroit avec la culture de l'Etat requis, qui doit être aussi fort ou plus fort que le lien avec la culture de l'Etat demandeur.

L'adjonction de toute autre exception affaiblirait cet effort de limiter le refus de retour.

L'opportunité de la lettre a) de l'article 6 peut être mise en doute. Il serait déplaisant pour un juge de suggérer qu'un Etat qui s'est donné la peine d'intenter une action en revendication du bien n'est pas en mesure de préserver le bien de manière adéquate.

Les lettres b) et c) semblent être acceptables.

ARTICLE 7

1) 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 lorsque le bien a moins de 50 ans d'âge; ou

b) lorsque l'exportation du bien en question n'est plus illicite au moment où le retour est demandé.

2) Toute demande de retour du bien doit être introduite dans une période de [trois] [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] [et] l'identité du possesseur, et dans tous les cas, dans une période de [six] [dix] [vingt] [trente] ans à compter de la date de l'exportation du bien.(20)

(20) Pour le libellé entre crochets, voir les notes (5), (6) et (7) ci-dessus relativement au paragraphe 3 de l'article 3. Il convient également de rappeler que lors de la troisième session du comité d'experts gouvernementaux, le comité de rédaction a suggéré que le paragraphe 2 de l'article 7 serait peut-être mieux placé ailleurs, une possibilité étant l'introduction d'un nouvel article 7 bis afin de suivre la structure du Chapitre II. Cet article serait ainsi placé avant la disposition concernant l'indemnité (Etude LXX - Doc. 39, paragraphe 157).

ARTICLE 7

Paragraphe 1

Lettre a)

La phrase "ou lorsque le bien a moins de 50 ans d'âge" visait à couvrir le cas des biens ethnographiques. La disposition ne semble pas suffisante pour atteindre ce but. Lorsqu'il s'agit de biens qui revêtent une importance rituelle ou de culte, mais qui ont moins de 50 ans d'âge parce qu'il sont en général faits de matériaux organiques, et qui ont été enlevés à une communauté tribale contre sa volonté, pourquoi celle-ci ne pourrait-elle pas récupérer ses biens? Il n'est pas toujours facile de prouver que le fait d'enlever le bien à une telle communauté est un "vol", mais il s'agit d'un type de commerce illicite qui peut avoir des répercussions très graves non seulement sur la vie culturelle mais aussi sur la cohésion de la société concernée. Ces objets font souvent l'objet d'une forte demande dans le commerce illicite car l'"art tribal" a atteint des prix très élevés sur le marché international de l'art. Un exemple est celui du Afo-a-Kom, figure rituelle de suprême importance, dont on dit qu'elle incarne l'esprit de Kom (Cameroun). Ailleurs en Asie et dans le Pacifique il existe d'importantes sculptures de style traditionnel représentant des esprits. Les biens rituels comme les masques sont souvent remplacés dans les communautés traditionnelles (comme parmi les indigènes d'Amérique), et le sculpteur peut être connu, mais ces biens sont faits pour la communauté et considérés comme lui appartenant.

C'est pourquoi l'Unesco propose l'amendement suivant:

1) 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 lorsque le bien a moins de 50 ans d'âge sauf lorsqu'il a été créé pour l'usage d'une commuanté traditionnelle par un membre de cette communauté; ou

Paragraphe 2

Ce paragraphe soulève exactement les mêmes questions que la disposition parallèle au Chapitre II.

[ou aurait dû raisonnablement connaître]

Ces termes rendent l'application de la disposition un peu plus aisée, puisqu'il est très difficile de prouver si le demandeur avait eu connaissance et dans quelle mesure. Cette phrase laisserait au tribunal de l'Etat requis le soin de tirer des conclusions quant à la publicité ou la notoriété de l'acquisition et devrait bien entendu tenir compte de la présence du propriétaire d'origine dans un autre pays.

Si cette limitation n'est pas retenue, il est probable que les juges dans de nombreux pays appliqueront de toute façon leurs règles générales concernant le retard de la part du demandeur. Par conséquent, il pourrait ne pas y avoir de grand changement au fond.

[ou] [et]

Il semble raisonnable que le demandeur introduise une action lorsqu'il dispose d'information à condition bien entendu qu'il existe une juridiction appropriée où intenter l'action. Le possesseur peut être poursuivi s'il se trouve dans un pays qui est un Etat contractant; il en va de même pour la personne qui détient physiquement le bien (même si cette personne n'est pas l'acquéreur de bonne foi mais est, par exemple, un garant (banque, compagnie d'assurance, musée, etc.)). Cependant le fait de savoir si ces possibilités existent dépend des décisions qui seront prises à l'article 9.

Les deux opinions sur ces articles peuvent être décrites ainsi:

Un groupe d'experts nationaux souhaiterait supprimer "ou aurait dû raisonnablement connaître" et faire partir le délai à compter de la date à laquelle le demandeur connaissait à la fois l'endroit où se trouvait le bien et l'identité du possesseur (en faveur des demandeurs).

L'autre groupe préfèrerait l'introduction de cette expression et faire partir le délai à compter de la date à laquelle le demandeur connaissait soit l'endroit où se trouvait le bien, soit l'identité du possesseur (en faveur des acquéreurs).

Un compromis acceptable semblerait par conséquent être la phrase "aurait dû raisonnablement connaître" mais en exigeant la connaissance des deux éléments.

ARTICLE 8

1) Le possesseur d'un bien culturel exporté du territoire d'un Etat contractant (l'Etat demandeur) en violation du droit [applicable en matière de protection des biens culturels] de l'Etat demandeur a droit lors du retour du bien, au paiement par l'Etat demandeur d'une indemnité équitable, sous réserve que le possesseur n'ait su [ou dû savoir] au moment de l'acquisition que le bien [devait être ou] avait été illicitement exporté.(21)

[1 bis) Dans le cas où le certificat d'exportation mentionné dans l'article 2 bis et délivré par l'Etat demandeur fait défaut, la mauvaise foi du possesseur du bien culturel est irréfutablement présumée.](22)

---

(21) Pour le premier libellé entre crochets, voir la note (2), et pour les mots "devait être ou", le comité a décidé qu'il fallait examiner davantage le facteur temporel.

(22) Voir la note (4).

ARTICLE 8

Paragraphe 1

La disposition relative à l'indemnité, tout comme celle du chapitre sur les biens volés, vise à faciliter un changement important dans les droits internes de nombreux Etats. Lorsqu'il existe des communautés de collectionneurs et de marchands d'art importantes, cette disposition privera leurs citoyens de biens qu'ils avaient le droit de garder avant l'acceptation de ces obligations.

Il convient de garder à l'esprit deux points:

i) "savait ou aurait dû savoir" couvrirait maintenant un grand nombre de cas en particulier puisque les lois en matière de contrôle d'exportation des pays ont été publiées par l'Unesco. Le nombre de cas dans lesquels l'indemnité serait nécessaire devrait donc être peu important.

ii) certains Etats ont des prohibitions constitutionnelles quant au retrait de la propriété privée qui ne peuvent être levées que si l'on prévoit une indemnité dans des cas où la faute ne peut être prouvée.

Paragraphe 1 bis

Ceci semble la bonne place pour mentionner les certificats d'exportation. L'Unesco propose que l'article suivant remplace le texte suggéré (puisque les termes "mauvaise foi" ne figurent nulle part ailleurs dans le projet de Convention):

> Lorsqu'un Etat partie à la présente Convention a institué un système de certificats d'exportation, le défaut d'un tel certificat pour un bien pour lequel il est requis fait savoir à l'acquéreur que le bien a été illicitement exporté.

2) En lieu et place de l'indemnité et en accord avec l'Etat demandeur, le possesseur peut, tout en transférant le bien culturel sur le territoire dudit Etat, décider:

a) de rester propriétaire du bien; ou

b) d'en transférer la propriété, à titre onéreux ou gratuit, à une personne de son choix résidant dans l'Etat demandeur et présentant les garanties nécessaires.

3) Les dépenses découlant du retour du bien culturel conformément au présent article incombent à l'Etat demandeur, sans préjudice du droit de celui-ci de se faire rembourser les frais par toute autre personne.

[4) Un Etat tiers, ou bien un sujet tiers public ou privé, poursuivant un but de promotion culturelle, pourra assurer, avec le consentement de l'Etat demandeur et à sa place, le paiement de l'indemnité établie par effet du paragraphe 1 de cet article, à condition que le bien soit rendu accessible au public dans le même Etat demandeur et en s'engageant aussi au paiement des frais d'assurance et de bonne conservation du bien considéré.] (23)

5) Le possesseur ne peut bénéficier d'un statut plus favorable que celui de la personne dont il a acquis le bien par héritage ou autrement à titre gratuit [sous réserve que ce dernier ait acquis le bien après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat contractant dans lequel il a acquis le bien ou avait sa résidence habituelle lors de l'acquisition]. (24)

[ARTICLE 8 bis

Le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis, en examinant s'il y a eu une exportation illicite d'un bien culturel au sens de l'article 5, peut requérir que l'Etat demandeur produise une décision ou un autre acte rendu par le tribunal ou l'autre autorité compétente de l'Etat demandeur indiquant que l'exportation du bien a été illicite en vertu de l'article 5.] (25)

---

(23) Cette proposition de la délégation italienne, soumise dans Etude LXX - Doc. 29, p. 81, a été maintenue entre crochets en attendant une discussion plus approfondie, bien qu'une proposition analogue faite eu égard à l'article 4 ait été rejetée (Etude LXX - Doc. 39, par. 82 et 178).

(24) Pour le libellé analogue au paragraphe 3 de l'article 3, voir la note (10) ci-dessus.

(25) Ce texte avait été soumis au comité lors de sa deuxième session par la délégation finlandaise (Etude LXX - Doc. 29, p. 72). Le comité n'a pu l'examiner lors de sa troisième session par manque de temps.

ARTICLE 8

Paragraphe 2

Il prévoit une alternative à l'indemnisation en vertu de l'article 8, paragraphe 1.

L'objectif de cet article était de permettre à un détenteur de garder la propriété du bien après son retour, ou de la transférer à une personne résidant sur le territoire de l'Etat demandeur que celui-ci reconnaît comme étant un gardien digne de confiance et qui ne sera pas complice d'une autre exportation illicite du bien.

Les mots "et présentant les garanties nécessaires fondées sur l'approbation de cet Etat" sont nécessaires pour empêcher que le bien ne retourne entre les mains du vendeur original, sinon des marchands situés dans l'Etat demandeur pourraient proposer des biens soumis à une prohibition d'exportation sachant qu'ils réachèteraient le bien du client qui devait le rendre. Le marchand le vendrait alors ailleurs (probablement dans un pays non partie à la Convention). Il est évident qu'un tel mécanisme n'aurait pas un réel effet de dissuasion sur la violation spéculative des règles concernant l'exportation.

Paragraphe 4

Cette proposition ne semble pas nécessaire. Si un demandeur veut s'accorder avec une autre institution pour payer l'indemnité en échange de certains engagements relatifs à la future possession, accès, assurance et conservation, cela doit être régi par un accord privé entre eux et non pas dans cet instrument: aucune disposition du texte actuel n'empêche un tel arrangement.

Paragraphe 5

Les mots entre crochets ne sont pas nécessaires. Il faudrait laisser aux tribunaux ou aux autorités compétentes le soin de prendre les décisions sur les cas particuliers, ou au pouvoir législatif national le soin de mettre en oeuvre la Convention, et de décider des délais concernant les biens revendiqués dans cette juridiction.

ARTICLE 8 bis

L'objectif poursuivi par cette disposition n'est pas clair. Elle semble inutile parce qu'il devrait être possible pour l'Etat demandeur d'apporter la preuve qu'il souhaite devant le tribunal ou toute autre autorité compétente de l'Etat requis (par exemple, sa législation demandant une licence d'exportation, et le défaut de licence d'exportation).

VARIANTE III[29]

1) Une demande peut être introduite en vertu de la présente Convention par un demandeur qui réside habituellement dans un Etat contractant à l'encontre du possesseur, devant les tribunaux d'un autre Etat contractant où se trouve le bien culturel volé.

2) Une demande peut être introduite en vertu de la présente Convention par un demandeur qui réside habituellement dans un Etat contractant à l'encontre du possesseur qui réside habituellement dans un autre Etat contractant devant les tribunaux de cet Etat, lorsque le bien volé est situé en dehors d'un Etat contractant.

3) Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsqu'un demandeur qui réside habituellement dans un Etat contractant introduit une action à l'encontre d'un résident habituel du même Etat contractant devant les tribunaux de cet Etat.

4) Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas à une demande d'un résident habituel d'un Etat contractant à l'encontre du possesseur qui est un résident habituel d'un autre Etat contractant lorsque le bien volé se trouve dans cet Etat et n'a jamais quitté cet Etat.

VARIANTE IV[30]

1) Le demandeur peut introduire une action en vertu de la présente Convention devant les tribunaux ou toutes autres autorités compétentes

a) soit de l'Etat où réside habituellement le possesseur du bien culturel,

b) soit de l'Etat où se trouve le bien culturel,

c) soit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte illicite [vol, fouille illicite, exportation illicite] a été commis.

2) (Inchangé)

---

(29) La Variante III reflète une proposition de la délégation des Etats-Unis déjà soumise au comité lors de sa première session et reproduite dans Etude LXX - Doc. 29, p. 79.

(30) La Variante IV contient une proposition de la délégation grecque qui traite non seulement la question de la compétence mais aussi celle de l'exécution des décisions (cf. Etude LXX - Doc. 29, pp. 64 et 65).

VARIANTE III

Cette proposition parle de "demandeur qui réside habituellement dans un Etat contractant". Le demandeur, en vertu du Chapitre III, pourrait toutefois être l'Etat lui-même.

L'effet des paragraphes 1 et 2 de cette proposition est couvert par la VARIANTE II.

L'effet du paragraphe 3 est couvert par les dispositions de l'alinéa a) de l'article premier en ce qu'il concerne une opération non internationale. Si cela devait concerner une opération internationale, pourquoi cette exception devrait-elle exister? Pourquoi par exemple faudrait-il qu'une maison de vente aux enchères anglaise agissant pour le compte d'un vendeur italien puisse rejeter la demande du propriétaire original dont le bien a été volé et transféré en Italie alors qu'une personne de toute autre nationalité obtiendrait gain de cause pour une telle demande?

Le paragraphe 4 ne semble pas nécessaire et semble ne pas avoir d'effet car on ne pourrait certainement pas soutenir, si le bien n'a pas été déplacé, que le demandeur poursuivait sur la base d'une "opération internationale". La substitution de formules comme "retrouvés sur le territoire d'un autre Etat contractant" ou "qui ont traversé une frontière internationale" à l'alinéa a) de l'article premier par "demandes à caractère international" peut être la cause de cette préoccupation. Si tel est le cas, il faudrait envisager de reformuler l'article premier plutôt que d'accepter un paragraphe supplémentaire ici.

VARIANTE IV

Les alinéas a) et b du paragraphe 1 sont couverts par la VARIANTE II.

L'alinéa c) du paragraphe 1 soulève des problèmes majeurs dans le contexte du projet. Toutes les dispositions soumettent jusqu'à présent la décision du retour des biens aux tribunaux et aux autres autorités compétentes de l'Etat de résidence du possesseur du bien ou de l'endroit où se trouve celui-ci. De cette façon les possesseurs des biens et leurs Gouvernements sont sûrs de l'intervention d'une juridiction autre que celle du demandeur, ou de l'Etat du demandeur, pour décider d'une question qui les privera de la propriété. Ceci est particulièrement important lorsque le demandeur est le Gouvernement (comme dans le cas d'une exportation illicite).

Selon l'expérience de l'Unesco, il est extrêmement difficile que les Etats acceptent une telle juridiction. Ceci est spécialement vrai lorsqu'ils sont liés par des règles constitutionnelles qui protègent la propriété privée.

ARTICLE 9 bis

1) La décision rendue dans un Etat contractant doit être déclarée exécutoire dans un autre Etat contractant:

a) si elle a été rendue par une autorité considérée comme compétente au sens de l'article 9;

b) si elle ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine; et

c) si elle est susceptible d'exécution dans l'Etat d'origine.

2) Les décisions exécutoires par provision et les mesures provisionnelles sont, même si elles sont susceptibles de recours ordinaire, déclarées exécutoires dans l'Etat requis.

ARTICLE 9 ter

L'exécution de la décison peut néanmoins être refusée, dans l'un des cas suivants:

a) si la décision résulte d'une fraude commise dans la procédure; ou

b) s'il est établi que le retour du bien culturel porterait une atteinte significative aux intérêts visés à l'article 5, paragraphe 3, alinéas a) et c).

ARTICLE 9 quater

L'exécution ne peut être refusée pour la seule raison que le tribunal de l'Etat d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable d'après les règles de droit international privé de l'Etat requis.

ARTICLE 9 quinques

L'autorité de l'Etat requis ne procèdera à aucun examen du fond de la décision rendue dans l'Etat d'origine.

ARTICLES 9 bis à 9 quinques

Ces propositions entraîneraient des modifications d'une portée considérable dans le droit relatif à l'exécution des jugements étrangers si la Variante IV c) était adoptée. Certaines seraient très controversées, par exemple l'obligation pour le possesseur étranger d'un bien de devoir intenter l'action dans l'Etat demandeur (article 9 i) c) en appel (article 9 bis b)) - règle qui pourrait poser problème à un possesseur qui a été diligent. Il est peu probable que les Etats dans lesquels les possesseurs résident acceptent une telle formule.

L'article 9 ter s'éloigne beaucoup des règles qui limitent le refus de retour (article 6). L'on ne devrait pas laisser à l'Etat qui restitue le bien la possibilité de tenir compte des conséquences du retour, mais seulement de celles de l'exportation.

L'article 9 quater obligerait également les Etats contractants à accepter que les droits de leurs citoyens soient régis par une loi autre que celle qu'appliqueraient leurs propres tribunaux pour la résolution des questions relatives à la propriété. Comme de nombreux Etats ont une obligation constitutionnelle de respecter les droits de propriété de leurs citoyens, il est difficile de concevoir comment une telle disposition pourrait être acceptée.

L'article 9 quinques signifirait, combiné avec le paragraphe 1 c de la présente Variante, qu'un possesseur peut avoir un jugement rendu contre lui devant un tribunal étranger, avec des effets sur les droits de propriété dans son propre pays, qui ne serait pas soumis à l'appel bien qu'exécuté par ses propres tribunaux. Puisque de nombreux Etats ont un devoir constitutionnel de respecter les droits de propriété de leurs ressortissants, il est difficile de concevoir qu'une telle disposition puisse être acceptée.

En résumé, l'Unesco estime qu'il serait préférable de ne pas traiter de l'exécution des jugements dans cette Convention, mais de laisser cette question aux règles actuellement applicables en vertu des règles normales ou de celles déjà établies par des Conventions.

De toute façon, si l'on doit prendre en considération les article 9 bis à 9 quinques, il faudrait supprimer les articles 9, paragraphe 1 c, et 9 quinques de la Variante IV.

Du point de vue de la rédaction, il faudrait noter que les termes "Etat d'origine" ont été évités en raison de leur ambiguïté que l'on retrouve dans leur utilisation dans les articles 9 bis 1(b), 9 bis 1(c) et 9 quinques.

CHAPITRE V - DISPOSITIONS FINALES

ARTICLE 10[31]

1) La présente Convention s'applique seulement lorsqu'un bien culturel a été volé, ou exporté du territoire d'un Etat contractant en violation de son droit [applicable en matière de protection des biens culturels], 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.[32]

[2) Les dispositions du paragraphe précédent ne portent pas préjudice au droit d'un Etat de présenter une demande à un autre Etat, en dehors du cadre de la Convention, à l'égard d'un bien volé ou illicitement exporté avant l'entrée en vigueur de la présente Convention.][33]

[3) Cela n'exclut en aucune manière l'extension future de la Convention de façon à s'appliquer aux objets volés, issus de fouilles illicites ou illicitement exportés du territoire d'un Etat contractant, avant l'entrée en vigueur de la Convention.][34]

---

(31) Comme cela avait été le cas avec l'article 9, le comité de rédaction n'avait soumis aucun texte de l'article 10 au comité d'experts lors de la deuxième session (pour la discussion sur cet article, cf. Etude LXX - Doc. 30, paragraphes 192 à 199). Le Secrétariat a par conséquent maintenu le paragraphe 1 du texte du comité d'étude amendé afin de tenir compte du remplacement des mots "législation en matière d'exportation" tout au long du texte.

(32) Conformément à une proposition des Etats-Unis (Etude LXX - Doc. 22, p. 20), la Convention ne s'appliquerait qu'aux demandes relatives aux biens culturels volés ou illicitement exportés après que les deux Etats contractants concernés ne soient devenus parties à la Convention.

(33) Proposition nigériane dans Etude LXX - Doc. 29, p.70.

(34) Proposition grecque dans Etude LXX - Doc. 29, p. 69.

ARTICLE 10

Les paragraphes 2 et 3 tels que proposés ne sont pas nécessaires car ils s'appliqueraient de toute façon conformément aux règles normales du droit international. Toutefois, si les délégations estiment qu'ils sont souhaitables pour des motifs de présentation, on pourrait les inclure.

ARTICLE 11[35]

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 [;

---

(35) Le libellé de l'article 11 reflète le texte approuvé par le comité d'étude avec certaines dispositions additionelles proposées par diverses délégations qui ont été placées entre crochets car elles n'avaient pas fait l'objet d'une discussion détaillée lors de la deuxième session du comité d'experts (cf. Etude LXX - Doc. 30, paragraphes 200 à 207). Il y a toutefois eu un accord général au sein du comité pour dire qu'il faudrait prévoir dans les clauses finales un système de notification au moment de la ratification, ou après, afin d'indiquer les options choisies par un Etat en application de l'article 11 (Etude LXX - Doc. 30, paragraphe 200).
Une toute autre version de l'article 11 a été proposée par la délégation hongroise (Etude LXX - Doc. 29, p. 39) dans laquelle le paragraphe 1 serait maintenu, sous réserve de la suppression des alinéas a) ii) et b) ii) qui seraient inclus dans un nouveau paragraphe 2 ainsi rédigé:

"2) Chaque Etat contractant applique pour les demandes introduites devant ses tribunaux ou autorités compétentes:

a) visant la restitution d'un bien culturel volé, 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;

b) visant au retour d'un bien culturel exporté du territoire d'un Etat contractant en violation de la législation [en matière d'exportation] de cet Etat, 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."

ARTICLE 11

Paragraphe a)

Lettre i)

Cette disposition visait à permettre aux Etats d'appliquer la règle de la Convention à d'autres actes délictueux qui ne seraient autrement pas couverts par le concept de vol.

Lettre ii)

Cela permettrait aux Etats de prévoir un délai plus long pour introduire les actions. Cela signifie ne pas modifier leur législation nationale à cet égard lorsque celle-ci est plus généreuse en permettant des actions pour les biens volés.

Lettre iii)

Ce paragraphe permettrait aux Etats qui n'exigent pas d'indemnité pour le possesseur de biens volés qui doit les restituer au véritable propriétaire de continuer à ne pas le faire. L'objectif du projet de Convention d'Unidroit était d'accroître la protection des biens culturels en garantissant leur retour au propriétaire. L'indemnité n'a été envisagée que parce que le fait de priver un possesseur d'un bien constituerait un changement majeur dans quelques systèmes juridiques, et la référence à l'indemnité rendrait la présentation de ce changement plus acceptable au plan politique et philosophique. A AUCUN MOMENT L'ON A VOULU SUGGERER QUE LES SYSTEMES QUI PREVOYAIENT DEJA LE RETOUR DES BIENS CULTURELS VOLES SANS INDEMNITE AU POSSESSEUR DEVRAIENT MODIFIER CETTE REGLE EN INTRODUISANT L'INDEMNISATION.

Une proposition concernant l'article 4 avancée par la délégation de la Finlande lors de la deuxième session a montré clairement que le maintien de ce système plus favorable est obligatoire. Pour l'Unesco, cette disposition devrait être maintenue, mais il faudrait prendre une décision sur la façon de règler cette question à l'article 4 et à l'article 11.

iv) d'appliquer sa loi nationale lorsque celle-ci requiert de verser une juste indemnité lorsque le possesseur a un driot de propriété sur le bien].(36)

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 [;

iii) d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet de priver le possesseur de son droit à indemnité visé par l'article 8;

iv) d'appliquer sa loi nationale lorsque cela a pour effet de refuser au possesseur le choix prévu au paragraphe 2 de l'article 8;(37)

v) de faire incomber les coûts visés au paragraphe 3 de l'article 8 à un Etat autre que l'Etat demandeur].(38)

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.

[ARTICLE 12 (nouveau)

Les dispositions de la présente Convention ne font pas obstacle à ce que les Etats Parties concluent entre eux des accords spéciaux ou continuent d'appliquer des accords déjà conclus concernant la restitution de biens culturels exportés, pour quelque raison que ce soit, du territoire de chaque Etat, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les Etats concernés.

---

(36) Proposition de la délégation des Etats-Unis figurant dans Etude LXX - Doc. 29, p. 62.

(37) Les lettres iii) et iv) ont été proposées par la délégation australienne dans Etude LXX - Doc. 29, p. 26.

(38) Proposition des délégations de l'Australie, du Canada et des Pays-Bas dans Etude LXX - Doc. 29, p. 25, Article 11 b) iii).

Paragraphe a)

Lettre iv)

Cette proposition irait totalement à l'encontre de la philosophie sous-jacente au projet qui est de refuser l'indemnité dans des cas où, en vertu de la législation actuelle en vigueur dans de nombreux systèmes juridiques, le possesseur est présumé de bonne foi et donc considéré comme propriétaire, même s'il n'a pas été diligent.

La menace du retour de l'objet sans indemnité s'il n'y a pas eu diligence aurait l'effet positif d'exiger des marchands et des collectionneurs qu'ils mènent leur propre enquête. Ceci aurait pour effet général d'empêcher le trafic illicite de biens culturels qui est l'un des principes fondamentaux du projet qu'il ne faudrait pas laisser de côté.

Paragraphe b)

Lettres i) à v)

Toutes ces dispositions permettraient aux Etats qui ont déjà des dispositions plus généreuses à l'égard des demandeurs que les critères minimums prévus par la Convention de les garder.

L'Unesco est par conséquent en faveur de ces dispositions. Toutefois, en ce qui concerne la proposition visant à ce que ces dispositions soient obligatoires et non pas facultatives (cela étant contraire à l'intention de permettre aux Etats d'"affaiblir" leur régime existant plus favorable), le comité pourrait souhaiter examiner une disposition qui reflète cette position. Une telle proposition conduirait à un texte qui pourrait s'appliquer à toutes les clauses de l'article 11. Ce texte serait le suivant:

1) 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 la Convention nonobstant le fait que le vol du bien culturel ait eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet Etat;

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 la Convention nonobstant le fait que l'exportation illicite du bien culturel ait eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet Etat.

2) Chaque Etat contractant applique sa loi nationale pour les demandes introduites devant ses tribunaux ou autorités compétentes:

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

i) 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;

ii) 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 i);

b) visant au retour d'un bien culturel exporté du territoire d'un autre Etat contractant en violation de la législation de cet Etat:

i) 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;

ii) lorsque cela a pour effet de priver le possesseur de son droit à indemnité visé par l'article 8;

iii) lorsque cela a pour effet de refuser au possesseur le choix prévu au paragraphe 2 de l'article 8;

iv) lorsque cela ferait incomber les coûts visés au paragraphe 3 de l'article 8 à un Etat autre que l'Etat demandeur.

ARTICLE 12 (nouveau)

Cet article ne semble pas nécessaire car il serait le résultat des règles normales de droit international. Si des délégations souhaitent l'inclure, il n'y a pas de raison pour qu'elles ne le fassent pas.

ARTICLE 13 (nouveau)

Les Etats parties n'imposent aucune taxe de douane ou autres pour

a) les demandes introduites en vertu de la présente Convention;

b) les biens culturels retournés en vertu de la présente Convention.][39]

ARTICLE 14 (proposition)

Aucune réserve ne peut être faite au Chapitre II [ni au Chapitre III] de la présente Convention.

---

(39) Ces articles ont été proposés par la délégation israélienne lors de la deuxième session du comité d'experts (Etude LXX - Doc. 29, p. 76). Par manque de temps, le comité a reporté leur examen à sa troisième session (Etude LXX - Doc. 30, paragraphes 208 et 209).

ARTICLE 13 (nouveau)

a) On ne sait pas très bien comment les "demandes" pourraient être soumises à des droits de douane n'est pas très clair.

b) Nous sommes d'accord.

ARTICLE 14 (proposition)

Il s'agit d'une proposition nouvelle de l'Unesco afin de garantir que les dispositions les plus importantes de la Convention ne soient pas ignorées par les Etats qui apparemment acceptent la Convention. L'Unesco estime que les dispositions du Chapitre II sont essentielles pour progresser dans la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et que les dispositions du Chapitre III font partie du document de compromis qui aiderait à son succès.