

THE INTERNATIONAL MONETARY FUND'S CONDITIONALITY AND THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS : AN ATTEMPT TO DEFINE THE RELATION

PAR

Michael LUCAS

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES,
L.L.M.

INTRODUCTION

I. INTRODUCTION TO THE PROBLEM

I.1. *The Conditionality of the International Monetary Fund*

I.1.1. The Machinery

I.1.2. The Scope

I.2. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*

I.2.1. General

I.2.2. The Economic, Social and Cultural Rights

I.3. *The Social Effects of the I.M.F. Policy and the Issue*

II. THE ISSUE

II.1. *Is the I.M.F. Bound by the I.C.E.S.C.R. ?*

II.1.1. The Charter of the United Nations, The Universal Declaration on Human Rights and International Customary Law

II.1.2. Unilateral Action by the I.M.F. Members

II.1.3. The I.M.F. as a Specialized Agency of the U.N.

II.2. *Is the I.M.F. policy inconsistent with the I.C.E.S.C.R. ?*

II.2.1. What does the I.C.E.S.C.R. requires ?

II.2.2. Is the I.M.F. policy consistent with what is required ?

II.3. *To what Extent is the I.M.F. Responsible for the « Austerity Measures » ?*

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. « It is characteristic of a freely convertible international standard that it throws the main burden of adjustment on the country which is in the debtor position on the international balance of payments ... Thus, it has been an inherent characteristic of the automatic international metallic currency (apart from special circumstances) to force adjustments in the direction most disruptive of the social order, and to throw the burden on the countries least able to support it, *making the poor poorer* » (1) (italics supplied).

This view, expressed by probably the foremost British economist of this century, Lord J.M. Keynes, corresponds with the feeling shared by many of us, in respect to the current international monetary system, and especially to the International Monetary Fund's action (2).

This feeling motivated some authors to find out whether the legal « weaponary » could provide for some support for the poorest. One frequently invoked instrument is the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

And indeed, the Covenant seems to be a quite adequate « weapon ». For it has an universal vocation, which is obviously important in the context of I.M.F., and for it is a Human Right instrument, and thus is supposed to protect human beings, who are the ones suffering under austerity.

2. It is the subject of the following pages to determine whether the Covenant is an efficient support to the States in their strife with the Fund.

Our perspective consists in considering only one part of the I.M.F.'s activity, this is, the granting of loans and the imposition of conditions, and in finding out whether the Fund's freedom of action in the exercise of that part of its activity is legally limited by the Covenant.

If some restrictions exist, they will bind the I.M.F. whatever be the role of conditionality in the framework of the fund's global activity.

I. INTRODUCTION TO THE PROBLEM

I.1. *The Conditionality of the International Monetary Fund :
Machinery and Scope*I.1.1. *The Machinery.*

3. 3. Whilst charged initially with several functions (3), the International Monetary Fund is now mainly dealing with balance of payments defi-

(1) *Collected Writings of John Maynard Keynes*, MCGGRIDGE D. (ed.), Vol. 25, Royal Economic Society, Macmillan, London, 1980, 27 and 29.

(2) See, for instance, DELL S., *On Being Grandmotherly, The evolution of the I.M.F. Conditionality*, Essays in International Finance n° 144, Princeton University, Princeton, 1981, 17.

(3) Exchange rate control, control over the supply of world liquidity, provision of balance of payments financing, convertibility of currencies, ... : see article 1 of the Articles of Agreement,

cits (4) : its principal activity consists in the attribution of « loans » to Member States facing such problems. The aid is not automatic and the States which wish to benefit from it must commit themselves to applying a number of measures with a view to re-establishing the balance of payments — or, at least, bringing it back to an acceptable level — and to being able to pay the loan back (5).

That process is called « conditionality » (6) ; it finds its legal basis in article 1(5) of the Articles of Agreement, which states that one of the purposes of the Fund is

« to give confidence to Members by making the general resources of the Fund temporarily available to them under *adequate safeguards*, thus providing them with the opportunity to correct maladjustments in their balance of payments ... » (7) (italics supplied).

The practice of making loans conditional began early (8), but it was formally recognized only in 1968, with the first amendment of the Articles (9). In 1979, the Executive Board adopted guidelines on conditionality, consisting of twelve rules regulating the Fund's intervention (10).

4. We will, later, come back to conditionality ; let us now turn to its context. First, it must be noted that the I.M.F.'s aid is not legally a loan but a « buy and sell » operation :

« the I.M.F. sells foreign currency to the debtor nation in exchange for that nation's own currency. This is the process of drawing from the I.M.F.. When the country concerned comes to pay back the I.M.F., it has to buy back its own currency, paying for it with the hard currencies (or gold) that it has earned abroad » (11).

5. Secondly, the term « aid » refers to a number of ways in which the Fund make its resources available : the Reserve Tranche (25 % of the

United Nations Treaty Series, vol. 2, 39 and *The Poverty Brokers, The I.M.F. and Latin America*, Latin American Bureau, London, 1983, 18.

(4) See KÖRNER P., MAASS G., SIEBOLD T., TETZLAFF R., *The I.M.F. and the Debt Crisis. A Guide to the Third World's Dilemma*, Zedbooks Ltd., London, 1986, 48.

(5) Regarding the reasons of conditionality, see GOLD J., *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System : Selected Essays*, Volume II, I.M.F., Washington D.C., 1984, 437 ; VERLOREN VAN THEMATAAT J., « Some notes on I.M.F. Conditionality », in *International Law and Development*, DE WAART P., PEETERS P. and DENTERS E. (ed.), Martinus Nijhof Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1988, 229 and 230.

(6) See GENSTER R., « The I.M.F. and Basic Needs Conditionality », *Journal of World Trade Law*, vol. 16, 1982, 497 : « ...the economic policies the I.M.F. expects a member to follow in order to be able to use the Fund's general resources » ; on conditionality, see GOLD J., *Conditionality*, I.M.F., Washington D.C., 1979 (Pamphlet Series, n° 31).

(7) See note 1.

(8) Since 1947, according to BLARDONE ; see BLARDONE G., *Le Fonds Monétaire international : l'ajustement et les coûts de l'homme*, Les éditions de l'épargne, Paris, 1990, 43.

(9) See Article V, section 3(c) of the Articles of Agreement.

(10) See « Guidelines on Conditionality for the Use of Fund's Resources and for Stand-By Arrangements », Annex to decision n° 6056-(79/38) of 2 March 1979, *Annual Report of the Executive Directors for the Fiscal Year Ended at April 30, 1979*, 136-138 and BLARDONE G., *op. cit.*, 43.

(11) *The Poverty Brokers, op. cit.*, 23.

State's quota), the First Credit Tranche and the three Credit Tranches (25 % the quota for each), the Extended Fund Facility (up to 140 % of the quota), the Supplementary Financing Facility and other specific credit facilities (Oil Facility, Buffer Stock Financing, ...) (12). It must be stressed that not all those facilities are conditional, and that the degree of conditionality varies according to the category (13). Yet, in 1982, three-quarters of the total value of those loans were conditional.

6. Thirdly, we must briefly consider the procedure that leads to the granting of a loan. The State addresses a request to the Executive Board, by which it informs the latter of its intention to use the Fund's resources. The board designates a team of its staff to visit the requesting country and to gather all the relevant information about the situation of the local economy. Talks will then take place between the I.M.F. team and State's officials relating to the policy appropriate for reducing the balance of payments deficit.

If the talks are productive, the government concerned will write down a detailed programme, consistent with what has been agreed, in the so-called « Letter of Intent ». By addressing this document to the I.M.F., the government commits itself to implementing the measures contained in it.

The Executive Board's decision to grant a loan is called a « Stand-by Arrangement » (S.B.A.) (14). It contains « performance criteria », which are qualitative and quantitative criteria that must be observed during the period of the S.B.A. if the country wishes to retain its right to use the Fund's resources (15).

7. Finally, we must add that the I.M.F.'s therapy is of two kinds : it consists, on the one hand, in « Stabilization Programmes », and on the other hand, in « Structural Adjustment Programmes » (S.A.P.). The formers contain budgetary and monetary measures aimed at resolving balance of payments problems in the short term ; the latters contain measures relating

(12) See GOLD J. *op. cit.*, Volume I, 426 to 433 and AYEE J.R.A., « Swaziland and the International Monetary Fund », *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 24, 1990, 54.

(13) See Table 2.1, « Drawing Rights in the I.M.F. » in KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 52.

(14) A S.B.A. is defined as « a decision of the Fund by which a member is assured that it will be able to make purchases from the General Resources Account in accordance with the terms of the decision during a specified period and for a specified amount », Article XXX (b), second of the Articles of Agreement. It must be said, however, that the legal nature of the S.B.A.'s is controversial : is it a decision of the I.M.F. or is it an international agreement between the Fund and the State concerned ? See OGAN C.A., « The Juridical Nature of the Stand-by Credit Arrangements of the International Monetary Fund : Legal Taxonomy and Beyond », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1990, 423-456.

(15) See GOLD J., *op. cit.*, Volume I, 414 ; for the whole procedure, see KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 63-65.

to production, distribution and exchange of goods with a view to resolving structural deficits in the long term (16).

An evolution from Stabilization towards Adjustment seems to have occurred in the second half of the seventies (17) but it would be wrong to think that those two categories are exclusive, since the S.A.P.s also involve monetary and budgetary measures (18).

1.1.2. *The Scope.*

8. Having described the operation of « conditionality », we shall now make a few observations regarding its real place in the world. What does conditionality mean for the countries ? To what extent are they concerned with it ?

9. To begin with, it must be noted that recourse to the I.M.F. is a means of last resort (19). A member State will eventually go to the Fund when all the other means have been exhausted : no more public nor private loans, no more reserve assets, or not enough. If the Fund's conditions can be avoided, they will be !

This is probably one of the reasons why, since the beginning of the eighties, only Less Developed Countries (L.D.C.s) have had recourse to the Fund's resources (20). These include, among others, the Philippines, Ghana, Ivory Coast, Zaïre, Zambia, Argentina, Brazil, Chile, Mexico, Peru and Venezuela.

10. One of the main and often recalled features of conditionality is its extension beyond its institutional borders, as defined in the Articles of Agreement (21) : that « *ultra vires* » tendency is due to several factors :

— the I.M.F. label or « seal of approval » : the credit worthiness of a country increases sharply when it conforms to I.M.F.'s policy. S.B.A.s open the

(16) See JARRET M.-F. and MATHIEU F.R., « Ajustement structurel, Croissance et Répartition : l'exemple de la Côte d'Ivoire », *Revue du Tiers-Monde*, n° 125, 1990, 40 and HELLER P. and others, *Ten implications of Fund Supported Adjustment Programs for Poverty. Experiences in Selected Countries*, I.M.F., Washington D.C., 1988 (Occasional Papers n° 58), 13.

(17) See L'HÉTEAU M.-F., *Le Fonds Monétaire International et les pays du Tiers-Monde*, Presse Universitaire de France, Paris, 1986, 125 and 126.

(18) See *Fund Supported Programmes, Fiscal Policy and Income Distribution*, by the Fiscal Affairs Department of the I.M.F., I.M.F., Washington D.C., 1986 (Occasional Papers n° 46), 11-14 and KHAN M.S. : and KNIGHT M.D., *Fund Supported Adjustment Programs and Economic Growth*, I.M.F., Washington D.C., 1986 (Occasional Paper n° 41), 9-17.

(19) See DENTERS E.D.M., « I.M.F. Conditionality ; Economic, Social and Cultural right and the Evolving Principle of Solidarity », in *International Law and Development*, *op. cit.*, 236.

(20) See GOLD J., *op. cit.*, Volume II, 1984, 306.

(21) The I.M.F. conditions are the necessary correlation of the attribution of a I.M.F. loan : see Article V, section 3.

doors of commercial banks (22) which quantitative importance overweights the one of the I.M.F. (23);

— the fact that no rescheduling, neither public — in the framework of the « Paris Club » (24) — nor private (25) can be achieved without the existence of a S.B.A. related to the interested country. The same can be said about debt reduction or cancelling (26);

— the link between I.M.F. policy and the World Bank aid (27);

— the Fund's general influence, based on its image, infrastructure and organization (seminars, technical assistance, ...) (28).

Those observations make clear that « conditionality » has become an effective instrument, which allows the Fund to regulate and control, to a large extent, the economic policy of many L.D.C.s (29). The freedom of those States to have or not to have recourse to the Fund has become theoretical.

I.2. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (30)

I.2.1. *General.*

11. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (I.C.E.S.C.R.) was adopted by the United Nations General Assembly on December 16, 1966. It entered into force on January 3, 1976. In December 1991, it counted 99 State Parties (31). The big absent, among

(22) See CARREAU D., « Chronique de Droit international économique », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 31, 1985, 703; L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 130 and KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 53 : « The Fund as a catalyst for other sources ».

(23) See DJOUGHLAF A., « La crise de l'endettement des pays en voie de développement », *Revue Algérienne des Relations Internationales*, vol. 12, 1988, 92 and KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 54 : « Even today, the actual amount of the loans of secondary importance : the decisive factor is the seal of approval which the I.M.F. agreement gives to the government economic policy ».

(24) See BOTHE M. and BRINK J., « Public Debt rescheduling, the Case for International Public Cooperation », *German Yearbook of International Law*, vol. 29, 1986, 103 and CARREAU D., « Chronique », *A.F.D.I.*, vol. 34, 1988, 569 and vol. 36, 1990, 559.

(25) See A.S.I.L. Proceedings, 78th Annual Meeting, 1984, 304 : « The rescheduling and new money were subject to two conditions : that Brazil lives up to the agreement with the I.M.F. »; CARREAU D., « Chronique », *A.F.D.I.*, vol. 32, 1986, 654 and FOSCANEAU L., « Les problèmes de l'endettement extérieur et la renégociation des dettes en 1985 », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 90, 1986, 705 *in fine*.

(26) See CARREAU D., « Chronique », *A.F.D.I.*, 36, 1990, 561 and X, « The background to the Brady's initiative », *International Financial Law Review*, April 1990, 30 : « Only debtor countries which adopt appropriate economic adjustment measures would be eligible for his assistance ».

(27) See KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 43.

(28) See *Ibidem*, 51.

(29) See KÖRNER and others, *op. cit.*, 54 who speaks about the « financial policeman »; LAURENT P., « Dette mondiale : le F.M.I., gendarme généreux ? », *Projet*, n° 199, 1984, 1029-1043 and L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 131 who maintains that the national economic policy of L.D.C.s is « désormais approuvée ou désapprouvée publiquement par une instance supranationale ».

(30) See *United Nations Treaty Series*, vol. 993, 3.

(31) See *U.N. Doc.*, E/C.12/1991/3, 6 to 16.

industrialized countries, is the United States of America (32). Most L.D.C.s concerned with I.M.F. programmes are parties, yet, Brazil and Ghana, for instance, are not.

12. The implementation machinery of the Covenant consists of a reporting system, which compels State Parties to submit reports on the situation, within their frontiers, of economic, social and cultural rights (E.C.S.R.) to the Economic and Social Council of the U.N. (33).

A working group, composed of governmental experts, was set up to supervise compliance with the Covenant through the examination of the State's reports. It was replaced, in 1986, by a committee of eighteen independent experts — the Committee on Economic, Social and Cultural Rights —, which began to work in March 1987 (34), and held its sixth session in December 1991.

The Committee attempts to monitor compliance by State Parties with the duties under Covenant in a constructive and cooperative way, which certainly explains the prudence and softness of the experts criticisms and the absence of any clear condemnation.

I.2.2. *The Economic, Social and Cultural Rights.*

13. Some academics have proposed to classify the rights recognised by the Covenant in three categories : the economic rights, the social rights and the cultural rights (35). And indeed, to some extent, this classification seems logical : if a covenant on E.S.C.R. exists, that means that rights can be economic, social or cultural ! But the Covenant does not provide different rules specific to each category ; thus, it is useless, in our perspective, to make a distinction of any kind.

14. We shall briefly enumerate the rights as they are stated in the Covenant :

- the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts (article 6) ;
- the right to the enjoyment of just and favorable conditions of work, with, among others, fair wages, safe and healthy working conditions and rest, leisure and reasonable limitation of working (article 7) ;
- Trade Union freedoms (article 8) ;

(32) See ALSTON P., « U.S. Ratification of the Covenant on Economic, Social and Economic Rights : the Need for an Entirely New Strategy », *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, 365.

(33) See I.C.E.S.C.R., articles 16 to 22.

(34) See ALSTON P. and SIMMA B., « First Session of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *A.J.I.L.*, vol. 81, 1987, 747 and 748.

(35) See DUCHATELET L., « Les perspectives d'une protection efficace des droits économiques et sociaux en Belgique », in *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux*, 2^e Colloque du Département des Droits de l'Homme à l'Université Catholique de Louvain, 10/11/72, Bruylant, Bruxelles, 1973, 119.

- the right to social security (article 9) ;
- the protection to be given to the family, mothers, children and young people (article 10) ;
- the right to an adequate standard of living, which includes the rights to adequate food, clothing and housing (article 11(1)) ;
- the right to be free from hunger (article 11(2)) ;
- the right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, with a special concern for the infant mortality, environmental and industrial hygiene and epidemic, endemic, occupational and other diseases (article 12) ;
- the right to primary, secondary and higher education and the freedoms related to that right (articles 13 and 14) ;
- the cultural rights (article 15).

All those rights shall be exercised without discrimination of any kind (article 2(2)).

15. This enumeration might shed light on the scope, *ratione materiae*, of the Covenant ; yet, it would be wrong to consider those rights without taking into account the corresponding duties of the State. Actually, the essential provision of the Covenant is article 2(1) which generally defines those duties ; one can only approach the issue of the E.S.C.R. by trying to understand what States are expected to do under the I.C.E.S.C.R..

Most commentators have focused their attention on that point (36) and that is explained by the peculiar nature of the E.S.C.R. (37). Later, we

(36) See ALSTON P. and QUINN G., « The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Right Quarterly*, vol. 9, 1987, 156 ; EIDE A., « Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach », *Human Right Law Journal*, vol. 10, 1989, 35 ; Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. Doc., E/CN.4/1987/17 Annex and DANKWA E.V.O. and FLINTERMAN C., « The Significance of the Limburg Principles », in *International Law and Development*, op. cit., 275 ; TRUBECK D.M., « Economic, Social and Cultural Rights in the Third World : Human Rights and Human Needs Programs », in *Human Rights in International Law : Legal and Policy Issues*, MERON Th. (ed.), 2d ed., Clarendon Press, Oxford, 1985 and VIERDAG E.W., « The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, 1978, 69.

(37) Traditionally, those rights are opposed to the civil and political rights — see BOS-SUYT M., « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des Droits de l'Homme*, vol. 8, 1975, 783. However, that distinction must not be overstressed and is probably less categorical than believed : the right to a fair trial requires a costly intervention of the State whilst the right to rest, leisure and reasonable limitation of working hours requires just the adoption of costless legal prescriptions — see NICKEL J.W., *Making Sense of Human Rights, Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1987, 164 and VAN HOOF G., « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », in *The Right to Food*, ALSTON P. and TOMASIEVSKI K. (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 102. Moreover, the interdependence of the two sets of rights has often been recalled — see CANCADO TRINADE A.A., « La protection des droits économiques, sociaux et culturels : évolutions et tendances actuelles, particulièrement à l'échelle régionale », *R.G.D.I.P.*, vol. 94, 1990, 913. Yet, whereas the State's duties under the International Covenant of Civil and Political Rights are well defined, with the result that it can easily be assessed when the corres-

shall come back to this matter when examining what the Covenant really requires.

I.3. *The Social Effects of the I.M.F. policy and the Issue*

16. To determine the social effects — that is, the effects on the living conditions — of an economic programme is not an easy undertaking. I.M.F.'s intervention is commonly related to «austerity»: over the last decade, news papers have reported «I.M.F. riots» and «hunger outbreaks» in Tunisia, Morocco, Brazil, Venezuela and other L.D.C.s (38). Such reports give a first impression (39) but few studies go beyond that first impression: the difficulty of finding a way to quantify poverty and of determining the causes of the observed phenomenons still remains (40).

17. If the Fund recognizes that its conditions cause social costs (41), it also asserts the existence of positive social consequences, not only in the long term: it is stated that where the urban population will suffer, in the beginning at least, under the «austerity measures» (42), the rural population will quickly benefit from it, when the economy is agricultural exports oriented (43). Some I.M.F. advocates even conclude their analysis affirming that Fund's programmes have no negative influence on the income distribution (44).

Moreover, when recognized, the short term costs are, in the eyes of the Fund, outweighed by the long term advantages since its policy is to lay

ponding rights have been violated, the duties under the I.C.E.S.C.R. are quite general and without a precise content — there is no one way to realize these rights —, so that it is difficult to determine whether one of the rights has been violated. Thus, in the case of the former rights, one can focus on the rights, whilst in the case of the latter ones, one must concentrate one's attention on the duties, maybe with the purpose to make them better defined — see GOODWIN GILL G.S., «Obligations of Conduct and Result», in *The Right to Food*, *op. cit.*, 111.

(38) DAUVERGNE A., *Le Fonds Monétaire International; Un Monde sous Influences*, éditions Alain Moureau, Paris, 1988, 33.

(39) Such impression can be misleading: popular manifestations are not necessarily the proof of an overall reduction of the standard of living of the population of a country. In fact, to calculate this, a large amount of data must be analyzed.

(40) See BLARDONE G., *op. cit.*, 99-106, who gives summaries of UNICEF, World Bank and I.M.F. studies.

(41) See BLARDONE G., *op. cit.*, 107. The I.M.F. refuses however to bear the whole responsibility for this — see *infra*.

(42) But even this is contested — see I.M.F. beleidsaanbevelingen voor ontwikkelingslanden, *K.B. Weekberichten*, 1986, n° 35, 5.

(43) See de la Rosière, le fonds impose-t'il l'austérité? cited by L'HERITEAU, *op. cit.*, 215: «De telles mesures favorisent la grande masse de la population rurale ...» and HELLER P.S. and others, *Ten Implications of Fund Supported Adjustment Programs for Poverty: Experience in Selected Countries*, I.M.F., Washington D.C., 1988 (Occasional Paper n° 58), 17.

(44) See Sisson C.A., «Fund Supported Programs and Income Distribution in L.D.C.s», *Finance and Development*, March 1986, 33.

down the conditions for a real improvement in the economy of the State concerned ; in other words, the cake will be bigger (45) !

18. That view is strongly contested. The mere use of the term « austerity » reflects the opinion of many authors on the social consequences of the Fund's policy (46). Many statements are made, emphasizing the negative impact of the I.M.F. intervention on the standard of living (47), statements which are, to some extent, confirmed by the above mentioned studies.

Indeed, according to a UNICEF study, the number of persons living under the poverty threshold has increased, as a result of the recession following the adjustment programmes (48) ; It is not however clear whether S.A.P.s are the only cause of the recession, and, moreover, those negative effects were not felt in all the countries concerned (49).

The results of the World Bank study are as well balanced : between 1980 and 1985, consumption has decreased and nutrition level remained the same — unless in sub-Saharan Africa —, whilst infant mortality, life expectancy and attendance at primary school increased (50).

19. It is not for us to take part in that controversy, because it raises non legal problems we are not able to solve. Moreover, we shall see that the outcomes of the controversy are, as a whole, quite irrelevant to the question as to whether or not the I.C.E.S.C.R. is respected . Nevertheless, we had to mention that discussion to introduce the issue which we are concerned with.

Taking the alleged negative effects of S.A.P.s as a starting point, some authors have maintained, with some caution, that the Fund would be violating the I.C.E.S.C.R.. So, M. Conklin and D. Davidson propose « some

(45) See WANDA TSENG, « The Effects of Adjustment », *Finance and Development*, December 1984, 5.

(46) See, for instance, PETRAS S J. and BRILL H., « The I.M.F., Austerity and the State of Latin America », *Third World Quarterly*, vol. 8, 1986, 436 : « I.M.F. style austerity programme, resulting in increasing unemployment and declining living standards » and TRUMAN R., « Le Sénégal dans les rêts du F.M.I. », *Cahiers du Communisme*, January 1985, 97, citing a senegalese minister : « nos pays doivent se serrer la ceinture ».

(47) See AYEE J.R.A., *op. cit.*, 60 ; DENTERS E.M.G., *op. cit.*, 237 ; DJOGHLAF A., *op. cit.*, 104 ; GERSTER R., *op. cit.*, 501 and 502 ; KÖRNER P. and others, *op. cit.*, 57 ; LAURENT P., *op. cit.*, 1038 ; MEHROUKINE A., « Dette extérieure et Droits de l'Homme dans les pays du Tiers-Monde, quelques réflexions », *A.J.I.C.L.*, vol. 1, 1989, 631 : « Le F.M.I. se fait le chantre d'une stratégie de la dette qui porte en germe l'anéantissement de l'ensemble des droits économiques et sociaux.(...) ... il est clair que les remèdes de cette institution contribuent à aggraver la condition des populations et notamment celle des catégories sociales les plus défavorisées. » and Permanent People's Tribunal, Verdict of the Tribunal about the Policy of the I.M.F. and the World Bank, September 1988, West Berlin, Unedited Version, 5.

(48) CORNIA G.A. and others, « Adjustment with a Human face », cited by BLARDONE G., *op. cit.*, 99.

(49) See *Ibidem*, 100 : « Lorsque les gouvernements ont pris à temps des mesures compensatoires, l'ajustement n'a pas eu ces effets sociaux négatifs ».

(50) See *World Bank Report*, cited by BLARDONE G., *op. cit.*, 100.

guidelines for the Fund to help meet its legal obligations under ...the Covenant » (51).

Another author, A. Mebroukine, states that « the ever stronger influence exercised by the I.M.F. upon L.D.C.s ...seems to be inconsistent with the respect of the Human Rights, in their economic and social dimension » (52) (translation). The sentence of the Permanent People's Tribunal about the policy of the I.M.F. and the World Bank expresses the same judgement (53).

These assertions are unmotivated ; they raise three questions :

- is the I.M.F. bound by the I.C.E.S.C.R. ?
- is the I.M.F. policy inconsistent with the I.C.E.S.C.R. ?
- to what extent is the I.M.F. responsible for the austerity measures ?

Only positive answers to those three questions would ground the above mentioned assertions. We shall, in the second part of this study, analyze those three matters.

II. THE ISSUE

II.1. *Is the I.M.F. Bound by the I.C.E.S.C.R. ?*

20. The I.M.F. is not a Party to the I.C.E.S.C.R., which means that, *prima facie*, it is not bound by the Covenant. Yet, becoming a party to a treaty is not the only way to be bound by the rules stated in it, certainly not when the subject concerned is a U.N. specialized agency. Hence, we shall examine the means by which the Fund could be bound by the Covenant.

II.1.1. *The Charter of the United Nations, the Universal Declaration on Human Rights and International Customary Law.*

21. Describing the legal nature of the Covenant, D. Trubeck affirms that

« it is the principal source of social welfare obligations for those States which have ratified it. For those which have yet to do so, it has value as a detailed interpretation of the Charter's obligations. The Economic Covenant provides normative guidance for *all States ...* » (54)(italics supplied).

This is the expression of a theory which « anchors the (Covenant's) *erga omnes* authority in the human right provisions of the U.N. Charter, espe-

(51) CONKLIN M. and DAVIDSON D., « The I.M.F. and Economic, Social and Cultural Rights : a Case Study of Argentina », *H.R.Q.*, vol. 8, 1986, 254.

(52) MEBROUKINE A., *op. cit.*, 630.

(53) See *Permanent People's Tribunal*, *op. cit.*, 11.

(54) TRUBECK D.M., *op. cit.*, 210 ; it is our underlining.

cially articles 55 and 56 » (55) and which has principally been advocated by J. Sohn (56).

According to that view, the Covenant would be an authoritative interpretation of the above mentioned articles of the U.N. Charter. Now, as the I.M.F. is said to be bound by the Charter (57), it would therefore be bound by the Covenant.

However, what the General Assembly adopted is not a recommendation but an instrument that is open for signature and for ratification. It is submitted that, as pr. Virally has written, this text, as such, « will only bind those States which have met the formal requirements under International Law of Treaties » (58) (translation).

22. Actually, what we are concerned with here, is not the « interpretative » power of the General Assembly, but rather the extent of international customary law in the field of Human Rights. Indeed, if the I.C.E.S.C.R. — or the corresponding articles of the Universal Declaration on Human Rights (U.D.H.R.) (59) which recognize, by and large, the same rights — reflects the state of international custom, it will be binding on all States, even non Parties (60), and hence on the I.M.F. which as subject of international law, could not escape to its application (61).

J. Sohn maintains that « the Covenant's signature by a large number of States confirms that the provisions ... have been generally accepted and

(55) MERON Th., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 81.

(56) See *Ibidem*, 82 and references in footnote 7 ; TRUBECK D., *op. cit.*, footnote 13.

(57) See CONKLIN M. and DAVIDSON D., *op. cit.*, 245. We agree with that view, not only because the I.M.F. is a specialized agency of the U.N. — it must be said that neither the Articles of Agreements nor the agreement between the U.N. and the I.M.F. under articles 57 and 63 of the Charter specifically bind the Fund to the Charter — but more convincingly, because all members of the Fund are Parties to the Charter. E. DENTERS does not, however, share that opinion : « ...from a legal point of view, it cannot be assumed as a matter of course that I.M.F. as an institution is bound by the Charter whenever most of its members are bound » DENTERS E. M.G., « I.M.F. conditionality : Economic, Social and Cultural Rights and the Evolving Principle of Solidarity », in *International Law and Development*, *op. cit.*, 240.

(58) VIRALLY M., « La deuxième décennie des Nations Unies pour le Développement, Essai d'interprétation para-juridique », *A.F.D.I.*, vol. 16, 1970, 27. See also BOWETT D.W., *The Law of International Institutions*, 4th ed., Stevens and Sons, London, 1982, 45 and 46 : « Here of course, the normative character will arise not so much from this resolution but more from the accession of member States. However important though these 'quasi-législatif' functions may be, the Assembly remains primarily a deliberative organ and not a legislative organ ».

(59) See articles 23 to 27 of the Universal Declaration on Human Rights, G.A. Resolution 217 A (III), *G.A.O.R.*, 3rd Ses., Part I, Resolutions, 71.

(60) See article 38 of the Vienna Convention on the law of Treaties, 22 may 1969, *U.N.T.S.*, vol. 1155, 331 and BROWNLEE I., *Principles of Public International Law*, 4th ed., Clarendon Press, Oxford, 1990, 623.

(61) See BOWETT D.W., *United Nations Forces : a Legal Study of the United Nations Practice*, Steven and Sons, London, 1964, 507 : « In so far as the customary laws of warfare are applicable to the U.N. Forces, it is to be concluded that the provisions of these conventions are similarly binding, without requiring accession to them by the U.N. ».

constitutes ... an *opinio juris* that these provisions are acceptable ... » (62). The unanimous vote of the General Assembly's Resolution (63) would have transformed the draft I.C.E.S.C.R. into international custom.

We cannot subscribe to that statement because the approval of this document in such circumstances gives no evidence of *opinio juris* (64) as a condition of international custom (65). Indeed, the unanimous adoption of the I.C.E.S.C.R. reflects no more than an acceptance by the representatives to submit it to their government for ratification. One should not forget that what was adopted, is a draft Covenant, with provisions addressed to the « member States » !

The Covenant, by its mere adoption by the General Assembly, is not binding. Yet, the rights it recognizes can still be customary law. We would thus have to assess whether States' practice is consistent with the I.C.E.S.C.R. rules, and find out if States consider their behaviour as legally dictated. That would be a quite difficult task, which would require a precise idea of the States' duties under the Covenant and a detailed examination of Governmental practice and declarations. It is not the place here to do this.

Nonetheless, since the E.S.C.R. are all included in the U.D.H.R., the determination of the nature of that declaration seems to be relevant to the determination of the character of the Covenant (66). The question whether the U.D.H.R. is customary law or not is controversial (67). It is true that the International Court of Justice, in the Embassy of Teheran Case, considered the U.D.H.R. as legally binding. This was however only in so far as the freedom of human beings was concerned (68).

The recognition of the U.D.H.R. as international custom seems to be limited to some civil and political rights (69); the examples cited by O. Schachter as what could be violations of customary law — slavery, geno-

(62) SOHN J., « General Accepted Rules », *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, 1077 cited by MERON Th., *Human Rights and Humanitarian ...*, *op. cit.*, 86.

(63) See United Nations General Assembly, Twenty first Session, Plenary meeting, 1496th meeting, 16 December 1966, *Official Records*, A/PV.1496, 6.

(64) See BOWETT D.W., *The law of ...*, *op. cit.*, 45; LANE E., « Mass Killing by Governments : Lawful in the World Legal Order », *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 12, 1979, 259; MERON Th., *Human Rights and Humanitarian ...*, *op. cit.*, 87 : « First, in some cases, it is far from certain that participating State intended to be bound ... » and VIRALLY M., *op. cit.*, 27.

(65) See BROWNLEE I., *op. cit.*, 5 and CARREAU D., *Droit International*, Pedone, Paris, 1989, 251.

(66) It must nevertheless be noted that the U.D.H.R. does not include a similar provision as article 2(1). One may seriously wonder whether E.S.C.R. have any significance if their corresponding duties are not defined — see *supra*.

(67) See SIEGHART P., *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 53 and 54.

(68) See I.C.J., United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgement 24 March 1980, *I.C.J. Rep.*, 1980, 42.

(69) See MERON Th., *Human Rights and Humanitarian ...*, *op. cit.*, 93-97.

cide, torture, mass murder, prolonged arbitrary imprisonment, systematic racial discrimination — relate all to civil and political rights, whilst the right to work, for instance, is not considered to be part of international custom (70).

23. Thus, we believe that the I.C.E.S.C.R., as a whole, does not reflect international customary law. Yet, an analysis of such documents as constitutions of Specialized Agencies and of State practice in their relations with those Agencies should be done to determine whether some of the E.S.C.R. have not become, individually, customary rights (for instance, the right to be free from hunger, the right to free primary education, ...).

II.1.2. *Unilateral Action by the I.M.F. Members* (71).

24. One could sustain that the Fund, whilst not directly bound by the Covenant, should be influenced by it through its members; State Parties to the I.C.E.S.C.R. should have to give instruction to their representatives at the I.M.F. to respect and to promote the respect of the provisions of the Covenant (72).

But the main problem, here, is that not all the I.M.F. members are parties to the Covenant: the I.M.F. counts 171 members (73), whilst only 99 states did ratify the Covenant; the U.S.A., with 19,62 % of the votes, and Saudi Arabia, with 3,79 %, have not done it (74).

25. Moreover, where those two States, with four others (75), have the right to *nominate* a Director to the Executive Board, the other countries must *elect* a Director which represents the group that chooses him (76). What if some States in a group are not bound? In such a case, there is no real possibility to give any mandate (77).

In those conditions, a Human Right scrutiny of I.M.F.'s action will probably be futile. Only those countries with a nominated Director and parties

(70) See SCHACHTER O., « International Law in Theory and Practice, General Course in International Public Law », *Recueil, des Cours de l'Académie de Droit International*, 1982, V, 336.

(71) See DENTERS E.M.G., *op. cit.*, 240.

(72) See the interesting initiative of the U.S. Congress, in 1978 and 1980, whereby it gave clear instruction to the U.S. representatives to the Fund to promote a reorientation of I.M.F. policy towards a larger realization of E.S.C.R. — see GERSTER R., *op. cit.*, 504 and 507. It is instructive to note that this initiative came from a country which was not bound by the Covenant, but planning to ratify it — see ALSTON P., « U.S. Ratification ... », *op. cit.*, 365.

(73) See *Le Monde*, 23th of June, 1992, 34.

(74) See CARREAU D., « Chronique », *A.F.D.I.*, vol. 36, 1990, 655.

(75) Great Britain, Germany, France and Japan, see Article XII para. 3 lit. b of the Articles Agreement.

(76) See MENG W., « Conditionality of the I.M.F. and World Bank : Tutelage over Sovereign States », *V.R.U.*, vol. 21, 1988, 266.

(77) See *Ibidem*, 266 : « If directors are not nominated, but elected, the influence is weaker. But such directors are free to consult those States and to follow their opinion in a given case ».

to the Covenant could be blamed for having accepted, through their representatives, a S.A.P. inconsistent with the I.C.E.S.C.R..

However, could that really be ? A Director trying to influence the Fund's policy towards compliance with the Covenant, would have to make some compromises ; the result of its efforts would be something not totally consistent with the I.C.E.S.C.R.. Could he really be blamed for that ?

It may be questioned if the Covenant requires a State — or its director — to refuse the confirmation by the Executive Board of a Letter of Intent that would be contrary to the Covenant. This raises the question of the nature of the inter-State duties under the Covenant. It may be that the I.C.E.S.C.R. imposes, upon all States, an obligation to co-operate (78) ; yet the primary responsibility for the realization of E.S.C.R. lies upon the concerned State (79).

Well, if the latter does not assume its responsibility, how could the others *co-operate* ? Once the Letter of Intent — inconsistent with the Covenant — is written, the possibility to co-operate disappears !

26. This argument relies too much on the I.M.F. fiction according to which the austerity programmes included in the Letter of Intent is imputable to the States concerned. This is a false view of reality ; L.D.C.s want generally the measures to be less stringent ; it is only under the I.M.F. pressure that they eventually accept the S.A.P. (80).

So, if the State concerned shows its willingness to assume its responsibilities under the Covenant, the I.M.F. members parties to that Covenant, and especially the United Kingdom, France, Germany and Japan, should give their support to it. Such a duty seems to us a logical consequence of the obligation incumbent to States parties to a treaty to act in good faith (81) and thus not to contribute to prevent the other ones to realize their conventional duties.

The support to be given could consist in the opposition to the confirmation of a Letter of Intent for the explicit reason that it is inconsistent with the requirements of the I.C.E.S.C.R..

(78) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 187 : an obligation on the part of the richer States parties to provide assistance to the poorer States parties in situations in which the latter are prevented by a lack of resources from fulfilling their obligations under the Covenant to their citizens » ; see also articles 2(1), 11 and 12 of the Covenant ; principles 31 and 32, Limburg Principles, *op. cit.* ; EIDE A., in *Discussion of article 11 of the I.C.E.S.C.R., Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 3rd Ses., U.N. Doc., E/C.12/1989/5*, 70 ; but see, contra, TRUBECK D., *op. cit.*, 217, citing the U.N. Secretary General : « no such obligation has yet been authoritatively established or accepted ».

(79) See EIDE A., in *Discussion of ...*, *op. cit.*, 70.

(80) See DAUVERGNE A. *op. cit.*, 25.

(81) Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *op. cit.*.

II.1.3. *The I.M.F. as a Specialized Agency of the United Nations.*

27. Some Specialized Agencies (I.L.O., W.H.O., F.A.O., U.N.E.S.C.O.) have played an important role in the drafting of the Covenant (82). General and specific functions have been attributed to them with a view to ensuring a better implementation of the Covenant (83).

The question whether they are bound by the Covenant has never been raised, because they are primarily concerned with the rights recognized in it. As P. Alston says : « ...the strong and unequivocal human rights mandate of these Agencies has served to immunize them from undue scrutiny by human right activists » (84).

According to D. Trubeck, the World Bank shares a part of the Specialized Agencies' responsibility under the Covenant (85) ; and that is logical, since the Bank has development objectives. He notes that « in recent years, the World Bank has given increased attention to problems of employment, health, education and other aspects of social policy ...The bank has endorsed the Basic Need Approach ... » (86).

28. What about the I.M.F. ? It is a U.N. Specialized Agency, but would not fall, according to E. Denters (87), within the group of Agencies with E.S.C.R. responsibilities. We disagree with that view, for two major reasons.

29. Firstly, P. Alston poses a link between Specialized Agencies' functions under the Covenant and their constitution : « Allocation of such functions is entirely in accordance with the agencies' constitutional objectives » (88).

Now, article one of the Articles of Agreement provides that one of the I.M.F. purposes is « to contribute ...to the promotion and maintenance of

(82) See ALSTON P., « The United Nations Specialized Agencies and the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18, 1979, 85.

(83) See articles 23 and 24 of the I.C.E.S.C.R. and TRUBECK D., *op. cit.*, 232 and 242.

(84) See ALSTON P., « The United Nations Specialized Agencies ... », *op. cit.*, 80.

(85) See TRUBECK D., *op. cit.*, 246 and PLANT R., « The Right to Food and the Agrarian System : Law and Practice in Latin America », in *The Right to Food*, *op. cit.*, 193, which cite a study of the World Bank : « the Bank, as an affiliate of the United Nations, should prudently be assured that those borrowers who are signatory to the U.N. Charter are complying with the spirit of the U.N. Charter, International Covenants, Treaties and Agreements when it lends » (italics supplied).

(86) TRUBECK D., *op. cit.*, 246 ; see also I.F.I. SHIHATA, *The World Bank in a Changing World*, Selected Essays compiled and edited by F. Tschofen and A.R. Parra, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1991 : « The Bank certainly can play, and has played, within the limits of its mandate, a very significant role in promoting various economic and social rights ».

(87) See DENTERS E., *op. cit.*, 240 : « I.M.F., though being a major Specialized Agency, was not involved in the drafting of the Covenant and consequently Alston's reasoning does not provide grounds for the position that the I.M.F., too, must observe the I.C.E.S.C.R. ».

(88) See ALSTON P., « The U.N. Specialized Agencies ... », *op. cit.*, 81.

high levels of employment and real income ... », another being « to give confidence to members by making the general resources of the Fund temporarily availablewithout restoring to measures destructive of national and international prosperity » (89).

The fact that this is not an explicit reference to human rights does not matter (90). If the I.C.E.S.C.R. attributes a general responsibility to the Specialized Agencies, why could we not consider that it had also the Fund in view, since this is also an Agency which has been set up with the purpose of promoting general welfare ?

30. Secondly, the idea that the I.M.F.'s activity would be completely unknown to the E.S.C.R., and that, hence, the Fund would not fall in the scope of the relevant Covenant's provisions is misconceived. It is true that its role consists not in the promotion of a specific human right, but who could deny that its activity interferes with development matters (91) especially since it has intervened, for more than ten years, in the productive and distributive structure of L.D.C.s (92) ?

Moreover, the necessity of coordination and co-operation between the Bretton Woods institutions has been recognized by the Fund itself. This is a recognition that its activities are not limited to financial matters but reach the sphere of development, even if it is not in a positive way. It is asserted that, since the Fund's activity interferes with development and development is now recognized as a field where Human Rights, and especially the E.S.C.R., are the central purpose (93), the I.M.F. should take those rights into account.

31. Though, we must admit there is something circular in our reasoning ; what we are saying is that the I.M.F. is bound by the I.C.E.S.C.R. because so does the Covenant state.

A Treaty cannot be binding upon non Parties unless they accept to be bound (94) because that would be contrary to the State's sovereignty. Does

(89) Articles 1(2) and 1(5).

(90) See F.A.O.'s Constitution, which speaks about the « promotion of the common welfare through higher nutrition levels and living standards » see ALSTON P., *op. cit.*, 87, footnote 12.

(91) See L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 127, citing a report of the U.N.C.T.A.D. : « Nul doute, si la période d'ajustement est élargie et le domaine des mesures prises étendu, il devient difficile de distinguer entre le processus d'ajustement structurel et le processus de développement ».

(92) See *Ibidem*, 175 and BLARDONE G., *op. cit.*, 49.

(93) See article 6 of the U.N. General Assembly « Declaration on the Right to Development » of 4 December 1986, G.A. Res. 41/128, *G.A.O.R.*, 41st. Session, suppl. 53, 186 ; COLLIARD C.-A., « L'adoption par l'Assemblée Générale de la Déclaration sur le Droit au Développement », *A.F.D.I.*, vol. 33, 1987, 623 and TRUBECK D., *op. cit.*, 246.

(94) See article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It must be said that the I.M.F. is moving towards a recognition of the importance of the E.S.C.R. — see BLARDONE G., *op. cit.*, 107 and Committee on E.S.C.R., General Discussion ..., *op. cit.*, 68. Whether such a recognition amounts to acceptance to be bound by the I.C.E.S.C.R. is highly questionable.

this also apply to the I.M.F. which, as international organization, has no sovereignty (95) ?

It is obvious that a treaty between only two States, giving responsibilities to the Fund, would not, of itself, create any obligation for the latter.

Yet, what we are concerned with is a treaty ratified by 99 States — L.D.C.s and industrialized countries —, which make part of the Bill of Human Rights, a core set of rules in the U.N. system. It seems to us quite strange that a U.N. specialized agency would not have to observe the provisions of that treaty, given it is provided that its constitution recognizes as one of its purposes, the improvement of the living conditions of the human beings (96).

32. To determine the kind of relationship existing between the United Nations and the I.M.F., one should also look at the agreement concluded between the U.N.O. and the I.M.F., under articles 57 and 63 of the U.N. Charter.

Article one of that treaty stress the independent character of the financial institution (97). The control exercised by the General Assembly is quite a loose one : it is entitled to make recommendations to the Fund which must take them into account but which is, by no means, bound by them (98). Furthermore, « there is also an hand-off clause whereby the U.N. undertakes to respect the autonomy of the agency in matters affecting its loans and financing policy » (99).

We believe that the rules set up in the U.N.-I.M.F. agreement must be considered as the basis of the definition of the relations between both institutions. Those rules can be regarded as restrictive in the sense that they lay down the limits of the U.N.O. control ; but they are also normative : the I.M.F. must give « due consideration to the inclusion of any item proposed by the U.N. » (100).

(95) See BOWETT D.W., *The Law of International Organizations*, Stevens and Sons, London, 1982, 337.

(96) It must be observed however that article 24 of the Covenant provides that « (n)othing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the provisions of the Charter of the United Nations and of the Constitutions of the specialized agencies which define the respective responsibilities of the various organs of the United Nations and the specialized agencies in regard to the matters dealt with in the Covenant » ; does this article mean that conditionality could not be affected by the Covenant since it is implicitly provided by the Articles of Agreement (« ... under adequate safeguards ... ») ? Well, the Articles only refer to the principle of conditionality, not to its substance ; so, even if it might be that the Covenant cannot be interpreted as forbidding conditionality, it is submitted that it can be interpreted as imposing restrictions on the content of the conditions.

(97) See MANIN A., « Commentaire de l'article 63 de la Charte des Nations Unies », in *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, COT J.-P. et PELLET A., Economica-Braylant, Paris-Bruxelles, 1985, 974.

(98) See LEMOIN J., « Commentaire de l'article 57 de la Charte des Nations Unies », in *La Charte ...*, op. cit., 907.

(99) BOWETT D.W., *The Law of International Organizations*, op. cit., 55.

(100) *Ibidem*.

Thus, the above mentioned restrictions and the asserted independence of the Fund should not be overstressed : in principle, the link between it and the U.N.O. remains a link of « coordination and subordination » (101).

33. The I.C.E.S.C.R. is not a formal recommendation to the I.M.F. but it is an instrument which aims, among others, at the Specialized Agencies. Given the nature of the relations between the Fund and the U.N.O. and given the « general prosperity » purpose of the latter, it is believed that I.M.F., if not formally bound by the Covenant, has to pay due regard to it.

II.2. *Is the I.M.F. Policy* (102) inconsistent with the I.C.E.S.C.R. ?

II.2.1. *What does the I.C.E.S.C.R. requires ?*

34. As a matter of principle, it is stated that the Covenant is neutral, that is, it does not impose a specific economic system (103). Since it is assumed that different economic policies can lead to the realization of the E.S.C.R., States are free, under the Covenant, to choose the system they wish.

This means that the I.M.F. policy cannot be criticized merely on an allegation that the economic theory the Fund embraces is not an adequate one for the realization of the purposes of the Covenant (104).

35. However, it cannot be said that the Covenant lacks of any normative value. It is true that the I.C.E.S.C.R. imposes positive duties upon

(101) REUTER P.A., *Institutions Internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 1969, 279.

(102) « I.M.F. policy » is used as referring to the set of measures which follow the attribution of any of the Fund's financial facilities, irrespective of the author of those measures. This latter question will be examined in chapter Three.

(103) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 183 and Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3 : « The Nature of States Parties Obligations », *U.N. Doc.*, E/C.12/1990/8, 85 : « Thus, in terms of political and economic systems the Covenant is neutral and its principles cannot accurately be described as being predicated exclusively upon the need, or the desirability of socialist or capitalist system, or a mixed, centrally planned or *laissez-faire* economy, or upon any other approach ».

(104) Is it worth noting that the advocates of that theory, the economic liberal theory, maintain that prosperity and realization of E.S.C.R. is their main purpose, in the long term ? See *The Poverty Brokers*, *op. cit.*, 31, citing Milton Friedman : « Free market competition, including unregulated international trade, will ensure the prosperity of those who produce and sell at the lowest prices. The profit generated by these efficient producers will trickle down to all levels of society by way of increased investment ...higher wages and the payment of higher taxes to be used for the provision of essential social services ».

States Parties (105). Some of them are obligations of result, others are obligations of conduct (106).

36. Although no commentator has qualified them in that way, it may be asserted that the non-discrimination duties under the Covenant are obligations of result. The relevant provisions are article 2(2), article 3 and article 7(a)(1). States undertake to «guarantee» or to «ensure» that the E.S.C.R. will be exercised without discrimination of any kind, especially between man and woman.

Another obligation of result is the duty to ensure trade union rights — article 8. What matters here is the result, that is, non discrimination or trade union freedoms, whatever the means used to reach it (107).

37. More interesting from our perspective are the obligations of conduct provided by the Covenant. Article 2(1) is the central provision and it is worth quoting it :

« Each State Party to the Present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with the view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures » (108).

Some of the steps a State is expected to take, in respect to specific rights, have been stated in detail by the drafters of the Covenant. In many cases however, the I.C.E.S.C.R. is silent on the means by which a right can be realized in many cases (109).

In such a case, one might wonder what is the «determined course of conduct» (110) that characterizes the obligations of conduct. Actually, the

(105) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 166 ; DAVID E., « Le Droit à la Santé comme Droit de la Personne Humaine », *Revue Québécoise du Droit International*, 1985, 86 and TRUBECK D., *op. cit.*, 214.

(106) See Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3, *op. cit.*, 83. On the distinction between obligations of result and obligations of conduct, see the Draft Articles of the International Law Commission on State Responsibility, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, II (part two), 130 ; GOODWIN GILL G.S., Obligation of result and of conduct in *The Right to food*, *op. cit.*, 111 and SALMON J.J.A., « Les Faits Juridiques Complexes, une Notion Contestable », *A.F.D.I.*, vol. 28, 1982, 726.

(107) Roberto Ago, the special rapporteur to the I.L.C., takes as example of an obligation of conduct article 2(1)(c) of the Convention of 1965 on the Elimination of all Form of Racial Discrimination. But different academics have criticized that classification ; obligations of non discrimination seem always to be obligations of result — see SALMON J.J.A., *op. cit.*, 726 and GOODWIN GILL G.S., *op. cit.*, 113.

(108) Roberto Ago considers this obligation as an obligation of result, because the Covenant does not impose a specific conduct — « ... by all appropriate means ... ». But it can hardly be maintained that this article creates an obligation of result, because States Parties do not undertake to realize the result, they « undertake to take steps ... to the maximum of their available resources, with a view to the progressive realization ... », which means that a failure to achieve the results cannot be condemned in itself — see DAVID E., *op. cit.*, 85.

(109) See, for instance, article 9.

(110) GOODWIN GILL G.S., *op. cit.*, 112.

course of conduct is to take steps to the maximum of a State's available resources (111) which is a duty with the same legal force as any other obligation of result (112).

38. Articles six to fifteen of the Covenant describe some of the specific measures States Parties are expected to adopt (113). This is not the place to restate them. Suffice it to say that the list is not exhaustive : it is basically up to the States to determine what are the further steps necessary for the realization of the E.S.C.R. (114).

39. It is clear that those measures can only be taken to the extent of a State's available resources and that they aim at the progressive realization of the E.S.C.R..

Those two necessary (115) restrictions carry an important consequence : it is not necessary because inhabitants of a State Party do not enjoy an adequate standard of living or that this standard has decreased that the Covenant has not been observed. A decrease of resources can lead to a decrease of the standard of living, and this is accepted by the Covenant.

One should not however deduce from that assertion that a State is entitled to determine the amount of resources it will devote to the required measures (116) ; it has to devote them *to the maximum* ! Two rules follow from that principle.

40. *Firstly*, the « to the maximum ... » clause compels States to accord « *priority* for social welfare in the allocation of resources » (117). Priority does not mean that all resources must be devoted to welfare expenditures. We believe the Covenant requires the existence of balanced proportions between such expenditures and others.

The balance could be assessed by comparing public budgets of comparable (118) countries. Only where the proportions would be roughly unbalanced, would there be a breach of the Covenant.

(111) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 166 and 185 — note that those authors speak of « hybrid » obligations- ; Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3, *op. cit.*, 84 and TRUBECK D.M., *op. cit.*, 214.

(112) See DAVID E., *op. cit.*, 88 : « Le fait qu'il s'agisse d'une obligation de comportement n'implique pas qu'elle soit revêtue d'une juridicite moindre qu'il s'agisse d'une obligation de resultat ».

(113) See « The Guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the I.C.E.S.C.R. » *U.N. Doc.*, E/C.12/1991/1 ; they were drafted by the Committee. It might be interesting to read them because they give an idea of what this organ considers as adequate steps.

(114) See TRUBECK D.M., *op. cit.*, 215.

(115) One could not expect a State to spend more than it owns and an immediate realization of the rights concerned is unrealistic.

(116) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 178 and 179.

(117) TRUBECK D.M., *op. cit.*, 215.

(118) Countries of the similar areas, facing similar problemsIt would obviously be necessary to use statistics to be able to compare. For comparing statistics, see HELLER P. and DIA-

In this perspective, one could reasonably argue that the building of a copy of Sint Peter's basilicum of Rome in a sub-Saharan African country is inconsistent with the Covenant. Another example of failure to accord priority to welfare expenditures, would be the continuous increase of military spending without any corresponding increase in E.S.C.R. spending (119).

41. *Secondly*, the clause allows States to reduce their welfare expenditures only *to the extent* of the decrease of the available resources. If the G.N.P. of a country falls, it is normal that public spending will be cut. But nothing would justify cuts which went, *proportionally*, far beyond the G.N.P. regression (120).

42. *Furthermore*, we believe that, as an author has pointed out (121), the Covenant requires States to adopt a number of specific measures, *whatever be the level of their available resources*. That requirement would rest upon the idea that a State has always enough resources to ensure a *minimum* (122) and that it is the essence of a modern State to do so (123). As far as those minimum measures are concerned, States would be prevented from invoking the lack of resources to justify their failure.

Organization of a free and compulsory primary education system belongs, in our view, to this kind of measures. Even if a reasonable time

MOND J., *International Comparisons of Government Expenditures Revisited, the developing countries, 1975-1986*, I.M.F., Washington D.C., 1990 (Occasional Paper n° 69), Table 13, 42.

(119) See Philip Alston's comment, as expert of the Committee on E.S.C.R., on the report of Chile to the Committee, *U.N. Doc.*, E/C.12/1988/S.R. 13, 6 : « with regard to article 11, World Bank's statistics showed that between 1972 and 1985, defense spending had risen considerably whereas expenditure on education, health and economic services had been substantially reduced ... It would be interesting to know whether the Chilean Government believed that income disparity to be irrelevant and if not, what measures it was taking to remedy the situation ».

(120) See Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3, *op. cit.*, 85 and Alston's comment on the report of Zaire, *U.N. Doc.*, E/C.12/1988/S.R.17, 7 : « ... expenditures on education had been cut from 15.2 percent in 1972 to 0.8 percent in 1985. Expenditures on housing over the same period had been reduced from 2 percent to 0.6 per cent and on general economic services from 13.3 per cent to 5.3 per cent. It was true that Zaire had recorded a negative growth rate, but since the figures (...) quoted were in percentage, that did not invalidate the conclusion that there had been a conscious decision to reduce expenditures on social rights. He (P. Alston) queries whether the Government thought that such a decision was in conformity with its commitment under article 2 of the Covenant to take steps to the maximum of its available resources ... ».

(121) See Danilo Turk's report « Realization of E. S.C.R. » presented to the Committee on E.S.C.R., *U.N. Doc.*, E/C.12/1990/3, 67.

(122) *Ibidem* ; see also Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3, *op. cit.*, 86 : « Similarly, the Committee underlines the fact that even in times of severe resources constraints whether caused by a process of adjustment of economic recession or by other factors, the vulnerable members of society *can* and indeed *must* be protected by the adoption of relatively low cost targeted programmes ».

(123) If still in the 19th century, the functions of a State were traditional functions — defence, justice, security, ... —, it must be noted that education was already becoming a well founded State function. Today, welfare functions, that is, redistribution of health, are essential functions of every State, even if they are ensured in some cases at a very low stage. Those functions have become one of the *raison d'être* of States — see L'HERITEAU, *op. cit.*, 266.

is given to the States Parties to realize progressively that programme, there is no room here for excuses based on the lack of resources.

Two situations are envisaged by the Covenant : either, free and compulsory primary education exists at the time of ratification, and then the concerned State Party must maintain it ; or, it is non-existent at the time of ratification, and then the State must adopt a plan of action within the two years with a view to realizing the free and compulsory system within a reasonable time (124).

Other minimum measures include those to be taken to ensure the fundamental right to be free from hunger. The Covenant does not explicitly state so, but this is the only right to be qualified as fundamental (125).

More generally, we do not reject the idea that there would be a minimum level of action in relation to all the E.S.C.R. (126). Defining that minimum threshold seems not to be an easy undertaking. The definition would clearly be relative.

Could for instance constitute a violation of that principle, the failure of a State, in time of peace, to provide the public hospitals with basic medicines so that the patients cannot be cured, let alone operated upon (unless they bring their own medicines) (127).

(124) See articles 13 and 14 of the I.C.E.S.C.R., and Alston's commentary of the report of Zaire, *U.N. Doc.*, E/C.12/1988/S.R.19, 3 : « He continued to be greatly concerned by the abolition of free primary education, the provision of such education was an obligation which remained incumbent upon a State Party whatever economic system it had adopted ». We however wonder why P. Alston asked the government representative if a plan of action had been drawn up. Indeed, Zaire had free primary education but it was suppressed. Article 14, which provides for the plan of action, does not relate to this case but to the other one.

(125) See article 11(2). This provision was added to the draft covenant in 1963 with the aim, in the F.A.O. perspective, of providing legal support for its « Freedom from Hunger Campaign » — see ALSTON P., « International Law and Human Right to Food », in *The Right to food*, *op. cit.*, 33. Yet, the coexistence of the right to adequate food and the fundamental right to be free from hunger can only be given reasonable meaning by considering the latter as a minimum core right, for the realization of which States must, in any event, take the necessary measures. Obviously, the role of international aid in cases of emergency is of the greatest importance — see Committee on E.S.C.R., General discussion of the right contained in article 11 of the Covenant, *U.N. Doc.*, E/C.12/1989/5, 71.

(126) See Committee on E.S.C.R., General Comment n° 3, *op. cit.*, 86 : « ...the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of at the very least minimum essential levels of each of the rights incumbent upon every State Party » and TURK D., *op. cit.*, 66.

(127) Notice that what we have called obligation of conduct, should rather be qualified as obligation of result, where the lack of resources may not be invoked. Indeed, in so far as article 13 is concerned, what matters is the existence of free and compulsory primary education — or of a plan of action ; if there is not such education — or such a plan —, the Covenant is not observed. On the other hand, it will be observed that the Committee of E.S.C.R. is not too clear on the point of the impossibility of invoking the lack of resources in some cases ; while in some passages of its general comment, it seems to share the opinion we are asserting here — see notes 122 and 126, in other, it adopts the opposite view : « In order for a State Party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources, it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are in its disposition ... » General Comment n° 3, *op. cit.*, 86.

43. Finally, it is worth noting the existence of a limitation provision in the Covenant ; article 4 reads as follow :

« The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the States in conformity with the present Covenant, the States may subject such rights to such limitations as are determined by law only insofar as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of protecting the general welfare in democratic society ».

This provision relates to specific or formal restrictions as, for example, the duty to realize compulsory social service without benefiting of a fair wage. It does in no way refer to measures limiting the general level of attainment of the E.S.C.R., which are only concerned by article 2(1).

II.2.2. *Is the I.M.F. policy inconsistent with what is required ?*

44. Let us assume that the living conditions of the population of a user of the Fund's resources are worsened by the I.M.F. « therapy ». As we haven already seen, this is not sufficient to affirm the violation of the Covenant. We have to determine to what extent the I.M.F. policy limits the power of a State to take the required measures for the implementation of the Covenant.

According to the I.M.F. analysis, the roots of deficits in balance of payments is to be found in the imbalance, within a country, between internal demand and internal supply ; as a matter of consequence, the benefits of the exports cannot cover the costs of imports. Thus, what must be done is to increase supply and reduce demand (128).

45. The first aspect of the I.M.F. policy — increase supply — can have some benefits for the implementation of the Covenant : to improve the agricultural production is totally consistent with article 11(2) of the I.C.E.S.C.R. at least if all the new production is not aimed at export. Supply measures should normally also have a positive effect on the level of employment.

Nevertheless, those measures are usually outweighed by demand measures (129) with a general aim at the opposite of the Covenant's purpose : to reduce demand !

46. Some of the measures included in the I.M.F. programmes do not concern States' spending : devaluation of the national currency, disindexation of wages in the private sector, liberalization of prizes, ... ; yet, undoub-

(128) See KAHN M.S. and KNIGHT M.D., *Fund Supported Adjustment programs and Economic Growth*, I.M.F., Washington, November 1985 (Occasional Paper n° 41), 11-14. A third set of rules relates to exchange rate incentives to improve a country's external competitiveness.

(129) For it is easier and quicker to modify demand than supply.

tedly, they may affect some of the rights recognized by the Covenant, such as the right to an adequate standard of living or the right to a fair wage.

Measures of this kind, leading presumably to a regression in the realization of the E.S.C.R., cannot be justified, under the Covenant, by a lack of available resources because they exist independently of any allocation of resources.

On the other hand, they escape, for the same reason, to the double test of proportionality and priority. Still, they will be regarded as inconsistent with the Covenant if they prevent the minimum realization of the E.S.C.R..

47. Another view would be to regard these kind of measures as limitations of the E.S.C.R. (130). They would then fall under article 4 of the Covenant, which conditions would have to be observed (131).

Especially, the measures would be allowed « solely for the purpose of protecting the general welfare in a democratic society ». It has been asserted that « delaying implementation of such rights as those to education, health and social security in order to concentrate all its resources on economic development thus sacrificing the interest of the present generation to those of the next » (132) would be a breach of article 4. Reasons advanced by States to justify limitations of E.S.C.R. must be « genuinely synonymous with the general welfare » (133) and « vague and open-ended notions as economic development will be insufficient » (134).

Is the purpose of reducing balance of payment deficits a genuine welfare protection purpose? Some will probably argue that this justification can hardly be advanced since the reality has shown that limitations have not even led to the realization of the controversial purpose.

Yet, can devaluation, for instance, be regarded as a *limitation* of the right to an adequate standard of living, or disindexation as a limitation of the right to a fair wage? We do not think so, because, as we have already said, « limitations » refer to specific restrictions (135).

48. Let us move now to that part of adjustment programmes which aims to reduce States' expenditures. What we are concerned with is « the general

(130) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 205 : « ... a resource motivated reduction in the level of enjoyment/attainment of a particular right would not constitute a limitation under article 4 » ; *a contrario*, a regression not related to a lack of resources would constitute a limitation.

(131) See ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 192-205.

(132) See the declaration of Mr. Santa Cruz, the Chilean representative to the Human Rights Commission, *U.N. Doc.*, E/CN.4/S.R.235, note 48.

(133) ALSTON P. and QUINN G., *op. cit.*, 202.

(134) *Ibidem*.

(135) *Ibidem*, 205 : « ... a distinction between formal limitations on the one hand [article 4] and the general level of attainment of these rights on the other [article 2(1)] ... ».

level of attainment » of E.S.C.R., which falls in the scope of article 2(1) and not of article 4 (136).

A balance of *payments* deficit — in other words, a lack of foreign currencies — can certainly be regarded as a lack of resources. Thus, under article 2(1), a State will be entitled to invoke its bad balance of payment situation to justify restrictions on its efforts to realize the E.S.C.R. (137).

49. If justified as a whole, those restrictions must however pass the test of the requirements of article 2(1). Firstly, the way in which cuts are made must reflect priority given by the State to the realization of E.S.C.R..

As an example of compliance with this requirement, we may refer to the Argentina's S.A.P.s of 1984-1985, which specifically provided that military budget had to be cut, while expenditures for housing, health and education had to be increased (138).

A programme involving cuts in welfare spending, but leaving untouched the military budget would have to be considered as inconsistent with the I.C.E.S.C.R. except perhaps in some exceptional circumstances.

50. Secondly, cuts should not be manifestly disproportionate in relation to the extent of the problems faced by the interested country. It is not easy to quantify balance of *payments* deficits, and to establish the proportions that should be observed. Yet, what is proposed is to prevent *manifestly* disproportionate cuts.

For instance, one may wonder whether the dismissal by the Zairian Government of one third of its teachers over a period of two years was not an excessive measure (139). It could be answered that it was not such a measure, by asserting that Zaire was simply spending too much on education, and that it had to bring its spending to a normal level. We highly doubt however that Zaire, one of the potentially richest countries of Africa (140), was living beyond its means.

51. Thirdly, public expenditure restrictions should not affect the minimum level of States intervention which the I.C.E.S.C.R. requires. We have already cited the case of the suppression of free primary education (141).

Another example of breach of this rule could be Jamaica's cuts in its social security expenditures. Indeed at the end of the eighties, only 0.3 per cent of its G.N.P. was spent on social security. This was a result, according

(136) *Ibidem*.

(137) Notwithstanding the paradoxical character of this statement. Indeed, the restrictions follow in fact an increase of resources resulting from the availability of the Fund's loans.

(138) See CONKLIN M. and DAVIDSON D., *op. cit.*, 242.

(139) See KRONSTEN G., « The I.M.F. in Africa, Factor of Stability or Factor of Unrest », *The World Today*, 1987, 150.

(140) See KORNER P. and others, *op. cit.*, 97.

(141) See note 124.

to the Government representative, of the « decline in appropriations for social services following agreements with international institutions [the I.M.F.] » (142). 0.3 percent seems to be less than the minimum required (143).

In respect to that latest point, it must be said, in defense of the I.M.F. that it has recently — 1987 — incorporated social compensatory programmes in the S.A.P.s (144). They aim to correct the negative social effects of the implementation of S.A.P.s, as far as the poorest are concerned (145). Where these programmes have been implemented, the harshest effects were avoided (146).

II.3. *To what extent is the I.M.F. responsible for the Austerity Measures?*

52. The I.M.F. position relies upon the idea that a clear demarcation exists between the economic sphere and the social sphere. Its action, it maintains, is limited to the former whilst the intervention in the latter is a matter belonging to the competences of the States (147).

Moreover, the fund undertook the formal commitment to respect a State's social priorities (148).

It follows, on this view, that the responsibility for the social costs of S.A.P.s must be attributed to the States.

53. This opinion is quite excessive. Indeed, the above-mentioned distinction does not exist so clearly in reality (149); interferences between both the spheres are so numerous that it is surprising to hear such a discourse. Typical S.A.P. measures as devaluation, wage reductions, ..., have unavoidable social repercussions (150).

(142) See Committee on E.S.C.R., Report of the fourth session, *U.N. Doc.*, E/C.12/1990/3, 39.

(143) L.D.C.s' average expenditure on social security amounts to 15.3 per cent of the State's budget — see L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 265. Statistics show that Jamaica's indice for Social Security and Welfare was 27.7 in 1975-1977, 100 being the average expenditure — see HELLER S. and DIAMOND J., *op. cit.*, 43. The same statistics show that some countries do not even reach that low indice : The Philippines (15), Kenya (7), Singapore (7), Peru (1) and Indonesia (0).

(144) See BLARDONE G., *op. cit.*, 86.

(145) See the statement of M. Camdessus, Executive Director of the Fund, 19 september 1988, New York, in *Bull. F.M.I.*, 1988, 304 : « Nous nous tenons prêts, lorsque les pays nous en font la demande, à les aider à mettre au point les programmes d'une manière qui permette d'épargner les plus pauvres au moyen de mesures compensatoires ... ».

(146) See BLARDONE G., *op. cit.*, 100.

(147) See AMUZEGAR J., « The I.M.F. under Fire », *Foreign Policy*, vol. 64, 1986, 101 and M. Camdessus' declaration at Paris, July 1985, *Bull. F.M.I.*, 1988, 287 : « Savoir qui portera les conséquences de cet ajustement est une décision souveraine du pays ».

(148) See « Guidelines on the use of Fund's general Resources », *op. cit.*.

(149) See MENG W., « Conditionality of the I.M.F. and the World Bank Loans », *V.R.U.*, vol. 21, 1988, 273.

(150) See GERSTER R., *op. cit.*, 502 and L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 213.

Moreover, the formal commitment to respect States social priorities is not a real restriction to I.M.F.'s action — thus, no guarantee of the respect of those priorities exists — since the Fund, through its former legal counsel, has defined what it considers as the social sphere as being all what is not concerned with its intervention (151)!

54. Having said this, we believe that the answer to the question of the « responsibility » of the austerity measures requires an analysis of two other points : we have to wonder, on the one hand, what is the discretion left to the States in the determination of the specific measures, and on the other hand, to what extent the general requirements of the Fund leave any possibility for the States to adopt efficient compensatory programmes.

55. As far as the first point is concerned, it is quite difficult for an outside observer to answer it because one should have to know how the negotiating process which leads to the draft of a letter of intent operates : what is the position of the I.M.F. staff ? Which are the *sine qua non* conditions ? ... This is impossible given the secret character of the bargaining.

What seems certain, is that the line between what is imposed by the I.M.F. and what remains in the States' discretion varies from case to case, depending on the position of the requesting State : for example, to what extent does it need the loan ? What was its previous experience ? What is the level of development of the State's structures ? ... (152). It is that line which defines the extent of the I.M.F.'s responsibility (153).

This means that beyond what is imposed, the Fund bears no responsibility. But it may be discussed whether, where the Fund can be regarded as responsible, there is no parallel responsibility of the State concerned. Yet, this is another question ; the answer to it does not affect our conclusion concerning the Fund.

Some measures, given the frequency of their appearance in S.A.P.s, seem to be essential and thus imposed by the I.M.F. : freeze of salaries, devaluation, suppression of State's subvention for food prices (154).

Some of them can be considered as contrary to the Covenant ; for instance, the suppression of basic food subventions will, in certain circumstances, be contrary to the fundamental right to be free from hunger. Well, if the I.M.F. really imposes such measures, it will carry the responsibility for a breach of the I.C.E.S.C.R. unless it can be proven that States' freedom of action is still wide enough to adopt the compensatory measures by which they would comply with the Covenant.

(151) See L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 122.

(152) See BRILL H. and PETRAS J., *op. cit.*, 435 and 436.

(153) See L'HERITEAU M.-F., *op. cit.*, 210.

(154) See DAUVERGNE A., *op. cit.*, 38.

Another example would be, for the I.M.F., to require a State to reduce its expenditures in a way totally disproportionate to the extent of the problems faced by the State concerned.

Other measures are the result of States' choices. It is for them to decide which expenditures will be reduced, whilst the I.M.F. defines the amount of the global reduction of public deficit.

It is unlikely that the Fund imposes such measures as the suppression of free primary education. Thus, in this field, where a measure is inconsistent with the Covenant, it is the State concerned which, alone, bears the responsibility for it.

56. As far as the second point is concerned, this is, the possibility for the State to adopt compensatory programmes, one may wonder whether new funds can be made available to finance compensatory programmes, in the context of a policy which aims to reduce State's intervention and expenditures.

As we have said, the I.M.F. seems prepared to leave room on S.A.P. for such programmes. Whether they are sufficient to meet the minimum requirements of the Covenant is another question. Note that, according to a U.N.I.C.E.F. study, where adopted, they did avoid the harshest effects of adjustment, as malnutrition, worsening of health conditions (155).

In this regard, it is worth quoting the Committee on E.S.C.R., analysing Columbia's and Jamaica's report : « it was shown that violence, drug trafficking and external indebtedness [in Columbia] had limited but not halted progress in enjoyment of human rights » (156), while « it was observed that the Government [of Jamaica] had made strenuous efforts to mitigate the adverse consequences but that they had succeeded only marginally » (157).

It would therefore seem to be that if the I.M.F. policy — Jamaica and Columbia were concerned with it — renders States' action aiming to guarantee a minimum of enjoyment of E.S.C.R. more difficult, it does not render it totally impossible, given the nature of the intervention required under the I.C.E.S.C.R. The effectiveness of States' action depends on each country's peculiar situation, but this has nothing to do with the I.M.F. conditions.

CONCLUSION

The aim of this study was to find out whether the I.M.F. policy towards States having recourse to its resources is consistent with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

(155) See BLARDONE G., *op. cit.*, 100.

(156) Committee on E.S.C.R., Report of the fourth session, *U.N.Doc.*, E/C.12/ 1990/3.

(157) *Ibidem*, 52.

The analysis clearly only makes sense if the I.M.F. is bound by the Covenant. This study also considers that point.

Nevertheless, there is a more fundamental principle which underlies this line of argument : the fact that the I.M.F., as an international organization, *can* be bound by an instrument like the Covenant.

This assertion is obvious to a lawyer ; however it is not so obvious to an economist.

That said, there is no reason why the I.M.F., a subject of international law, should enjoy immunity, *ipso facto*, from the rules of the International Community.

If one accepts this principle, one must accept the normal consequences of it.

The following conclusions flow from an acceptance that the Covenant, to an extent, *is* binding on the I.M.F..

Firstly, the I.M.F. will have to observe the Covenant even if it applies only to one part of its activity. The I.M.F. programmes must be consistent with the Covenant whatever the role of conditionality in the global monetary system. A subject of international law is prevented from relying on the so-called benefits of its global activity to justify certain infringements of the law. *The illegality remains.*

Secondly, the I.M.F. has *its own responsibility in carrying out certain duties under the Covenant*. The Covenant must be observed even if the defenders of the I.M.F. like to point out, the position of the States concerned would be worse off without the Fund's intervention. A doctor is required to act professionally with his patients. Therefore it cannot be argued in his defence that the patient would have died without his intervention.

Thirdly, even if it is the State concerned which formally adopts the programme, one cannot deny the important role of the I.M.F. in the *drafting* and the *negotiation* of that programme. At that stage, it can and indeed must carry out its duties under the Covenant.

Finally, the I.C.E.S.C.R. is binding, irrespective of its content. Some norms may appear absurd or economically unreasonable from the I.M.F.'s point of view. Yet their « *raison d'être* » is to contest a certain economic logic.

Beyond the aforementioned general reluctance and the scepticism towards such international instruments as the I.C.E.S.C.R., one may notice nevertheless from the part of the I.M.F., a change in the mentalities.

Indeed, since 1987, an evolution in the I.M.F. approach seems to have occurred, by which it is beginning to carry out its responsibilities under the Covenant — to take the E.S.C.R. into account when drafting its programmes.

The way the Fund has chosen to do this has been criticized. Some authors would like those rights not to be treated as something accessory but to be integrated, as a consistent part, in the Fund programmes. Others have proposed a more active role of the I.M.F. in the promotion of the E.S.C.R.

One can hope for such developments but this is another point. Our perspective was a legal one : we have assessed the I.M.F. policy in relation to the basic requirements of the Covenant — priority, proportionality and minimum, having taken into account that it is not responsible for all the austerity measures and that it must pay due regard to the Covenant which is however not legally binding to it.

On those bases, if the I.M.F. can be criticized, it will only be in certain specific circumstances. We do not believe that the Covenant requires a fundamental modification of its policy.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

A. Textbooks

- BLARDONE G., *Le Fonds Monétaire International : L'Ajustement et le Cout de l'Homme*, Les éditions de l'épargne, Paris, 1990.
- BOWETT D.W., *The Law of International Institutions*, Stevens and Sons, London, 1982.
- Fund Supported Programs, Fiscal Policy and Income Distribution*, by the Fiscal Affairs Department of the I.M.F., I.M.F., Washington D.C., 1986, (Occasional Papers n° 46).
- GOLD J., *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System : Selected Essays*, I.M.F., Washington D.C., 1979 and 1984.
- HELLER P. and others, *Ten Implications of Fund Supported Adjustment Programs for Poverty. Experiences in Selected Countries*, I.M.F., Washington D.C., 1988, (Occasional Papers n° 58).
- Human Rights in International Law : Legal and Policy Issues*, Meron Th. (ed.), 2d ed., Clarendon Press, Oxford, 1985.
- International Law and Development*, DE WAART P., PEETERS P. and DENTERS E. (ed.), Martinus Nijhof Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1988.
- KHAN M.S. and KNIGHT M.D., *Fund Supported Adjustment Programs and Economic Growth*, I.M.F., Washington D.C., 1986, (Occasional Papers n° 41).
- KORNER P., MAASS G., SIEBOLD T. and TETZLAFF R., *The I.M.F. and the Debt Crisis. A Guide to the Third World Dilemma*, Zedbooks Ltd., London, 1986.
- La Charte des Nations Unies, Commentaire Article par Article*, Cot J.-P. and PELLET A., Economica Bruylant, Paris Bruxelles, 1985.
- L'HERTEAU M.-F., *Le Fonds Monétaire international et les Pays du Tiers-Monde*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986.

- MERON TH., *Human rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- SIEGHART P., *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- The poverty Brokers, the I.M.F. and Latin America*, Latin American Bureau, London, 1983.
- THE RIGHT TO FOOD, ALSTON P. and TOMASIEVSKI K. (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1984.
- UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, REPORTS OF THE SESSIONS, *U.N. Doc.*, E/C.12/1986 to 1991.

B. Articles

- ALSTON P., « The United Nations Specialized Agencies and the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18, 1979.
- ALSTON P., « U.S. Ratification of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : the Need for an Entirely New Strategy », *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, 365.
- ALSTON P. and QUINN G., « The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Right Quarterly*, vol. 9, 1987.
- CARREAU D., « Chroniques de Droit International Economique », *Annuaire Francais de Droit International*, vol. 31 to 36, 1985 to 1990.
- CONKLIN M. AND DAVIDSON D., « The I.M.F. and Economic, social and Cultural Rights : A Case Study of Argentina », *Human Right Quarterly*, vol. 8, 1986.
- DAVID E., « Le Droit à la Santé comme Droit de la Personne Humaine », *Revue Québécoise du Droit International*, 1985.
- DJOUGHRAF A., « La Crise de l'Endettement des Pays en Voie de Développement », *Revue Algérienne des Relations Internationales*, vol. 12, 1988.
- EIDE A., « Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach », *Human Right Law Journal*, vol. 10, 1989.
- GERSTER R., « The I.M.F. and the Basic Needs Conditionality », *Journal of World Trade Law*, vol. 16, 1982.
- MEBROUKINE A., « Dette Extérieure et Droits de L'Homme dans les Pays du Tiers Monde, Quelques Réflexions », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, 1989.
- MENG W., « Conditionality of the I.M.F. and World Bank : Tutelage over Sovereign States », *Verfassung und Recht in Ubersee*, vol. 21, 1988.
- PETRAS J. and BRILL H., « The I.M.F. Austerity and State of Latin America », *Third World Quarterly*, vol. 8, 1986.

JURISPRUDENCE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1980-1990 — CHOIX DE DÉCISIONS

PAR

Monique LIENARD-LIGNY

CHARGÉ DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

INTRODUCTION

1. — Le choix de la période que couvre cet examen de la jurisprudence belge de droit international privé dans une Revue où les décisions rendues en cette matière n'étaient pas systématiquement recensées (les conflits d'autorités et de juridictions ont été traités par J. VERHOEVEN, *Chroniques de droit international*, de 1967 à 1983) est forcément arbitraire.

Si l'année 1980 a été adoptée comme point de départ, c'est en raison de la modification fondamentale apportée à l'office du juge en droit international privé par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre et par les conclusions de M. l'Avocat général KRINGS précédant cette décision.

2. — Un examen complet des décisions rendues au cours de la période envisagée eût été fastidieux et inutile. D'une part en effet, le législateur a modifié des pans entiers de la matière en 1987 par la réforme du droit international privé de l'adoption (loi du 27 avril) et de la loi applicable aux obligations contractuelles (loi du 14 juillet), ce qui prive d'intérêt pratique un grand nombre de décisions antérieures. D'autre part, la jurisprudence de ces années a déjà fait l'objet de chroniques couvrant la matière sous tous ses aspects ou certains d'entre eux.

En accord avec la direction scientifique de cette Revue, il a donc été décidé de limiter cet examen au rappel de quelques aspects importants de cette jurisprudence.

Voy. not., pour des développements plus complets : R. ABRAHAMS, N. WATTÉ, L. BARNICH, R. PRIoux, A.C. VAN GYSEL, P. VRANCHEN, *Chronique de jurisprudence belge*, Clunet, 1989, 721 et 1051 ; K. LENAERTS, « *Kroniek van het internationaal privaatrecht* », *R.W.* ; 1986-1987, 1857, 1937, 2001 (1980-85) et *R.W.*, 1989-90, 902 et 936 (1985-89) ; G. VAN HECKE et F. RIGAUX, « Examen de jurisprudence, Droit international

privé, Conflit de lois (1981-1990) », *R.C.J.B.*, 1991, 143 ; M. FALLON, « Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87) », *R.T.D.F.*, 1988, 193 et 246 ; B. HANOTIAU et M. FALLON, « Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1965-1985) », *J.T.*, 1987, 97 et 117 ; H. BORN et M. FALLON, « Chroniques de jurisprudence, Droit judiciaire international », *J.T.*, 1983, 181, 197 et 222 (1978-1982), 1987, 457 et 493 (1983-1986) et 1992, 401 et 425 (1986-1990).

I. L'OFFICE DU JUGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

L'innovation la plus importante intervenue au cours de la période envisagée concerne l'obligation faite au juge du fond de soulever d'office l'application de la règle de conflit, de déterminer le contenu du droit étranger compétent et d'appliquer ce droit conformément à l'interprétation qui lui est donnée dans le pays étranger concerné (Voy. K. LENAERTS, « Le statut du droit étranger en droit international privé. Vers un nouvel équilibre ? », *Mélanges R. Vander Elst*, T. II, 529).

3. — *L'application d'office de la règle de conflit.*

Ce principe se déduit d'arrêts rendus par la Cour de cassation à propos de règles de droit interne et dont le premier date du 24 septembre 1978. Une citation dans laquelle le demandeur avait indiqué l'objet de sa demande et les faits de la cause, sans mentionner le fondement juridique de sa prétention, avait été, pour cette raison, déclarée nulle. La Cour déclare qu'« il appartient au juge du fond, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits dont il est régulièrement saisi et sans modifier ni l'objet ni la cause de la demande, les normes juridiques sur la base desquelles il fera droit à la demande ou la rejettera » (*Pas.*, 1979, I, 352 ; *R.C.J.B.*, 1982, 5). La Cour précise, dans son arrêt du 10 mai 1985 (*Pas.*, 1985, 1129, *R.W.*, 1985-86, 2213, obs. W. RAUWS) que cette obligation emporte celle de substituer d'office la règle de droit applicable à celle qui aurait été erronément invoquée. Le juge doit donc éventuellement requalifier les faits présentés par les parties.

Cette consécration de l'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* » ou « *jura novit curia* » concerne évidemment toutes les règles de droit en vigueur en Belgique, en ce compris les règles de conflit. M. le Procureur général KRINGS, alors Avocat général, l'affirme très clairement (*J.T.*, 1981, 70) dans ses conclusions précédant l'arrêt du 9 octobre 1980 (*infra*, n° 4) qui, lui, n'avait pas à se prononcer sur ce point. La Cour d'ailleurs n'a pas, jusqu'à présent, expressément appliqué sa nouvelle jurisprudence à la règle de conflit. Elle a même, le 17 novembre 1983 (*R.W.*, 1984-85, 2185, note L. DE

FOER) paru exclure l'obligation pour le juge d'indiquer d'office la règle de conflit si l'objet du litige — en l'espèce il s'agissait de la responsabilité délictuelle — ne concerne pas l'ordre public. Cette distinction est pourtant étrangère à l'adage « *jura novit curia* ». Le caractère supplétif, impératif ou d'ordre public de la règle de droit ne concerne que les parties à qui il permet ou non d'exclure son application (Voy. G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 7). La Cour a d'ailleurs mis fin à ce qui peut apparaître comme une hésitation dans l'élaboration de sa jurisprudence par son arrêt du 10 mai 1985, rendu en matière contractuelle. On peut donc considérer l'arrêt du 17 novembre 1983 comme étant dépassé (K LENAERTS, *ét. cit.*, n° 12).

4. — *La loi étrangère applicable.*

L'obligation faite au juge d'indiquer d'office la règle de droit applicable est plus lourde en droit international privé qu'en droit interne. Appliquer la règle de conflit — et l'appliquer correctement — implique une mise en oeuvre également correcte de la loi qu'elle désigne. Le rôle du juge et le contrôle de la Cour de cassation sur ce point ont été profondément modifiés par l'arrêt du 9 octobre 1980 (*Pas.*, 1981, I, 159, *J.T.*, 1981, 70, conclusions E. KRINGS et obs. R. VANDER ELST. Cette décision est également publiée, avec l'arrêt du 24 septembre 1978 à la *R.C.J.B.*, 1982, 5, notes J. VAN COMPERNOLLE et F. RIGAUX).

L'arrêt attaqué avait appliqué l'article 1645 du Code civil français selon l'interprétation que ce même texte reçoit en Belgique et qui permet au fabricant vendeur de renverser la présomption de connaissance du vice de la chose, alors que cette présomption est considérée comme étant irréfutable par la jurisprudence française. La Cour relève que « s'agissant de normes juridiques qui relèvent d'un droit étranger », le juge du fond « devait rechercher et déterminer le contenu de ce droit, le cas échéant après avoir recueilli à ce sujet les informations nécessaires et en respectant les droits de la défense ». Elle casse l'arrêt attaqué pour n'avoir pas fait application de la disposition française « suivant l'interprétation qu'elle reçoit en France et dont le juge devait tenir compte ».

Le devoir qui incombe au juge de rechercher le contenu du droit étranger, avec ou sans le concours des plaideurs, est nettement réaffirmé par la Cour dans des décisions ultérieures et notamment par l'arrêt du 3 décembre 1990 (*J.L.M.B.*, 1991, obs. A. KOHL). La Cour du travail de Bruxelles, ayant décidé que la loi de l'Etat d'Abu Dhabi était applicable à la prescription de la demande, avait mis à charge du demandeur la preuve des causes de suspension et d'interruption prévues par ce droit. La Cour de cassation estime que cette décision « méconnaît l'office du juge et soumet la recherche et la détermination du contenu et de la portée de la loi applicable aux

règles relatives à la charge de la preuve, lesquelles ne s'appliquent qu'aux faits de la cause (voy. ég. : Cass., 12 janvier 1990, *Bull.*, 1990, 566).

Le juge doit toutefois respecter le principe du contradictoire et laisser aux parties la faculté de s'expliquer sur le contenu et la portée de la loi compétente. S'il ne leur permet pas de conclure sur ce point, il viole les droits de la défense (Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 251, *R.W.*, 1982-83, 2186, obs. P. LEMMENS). Mais, à défaut de conclusions des parties sur la manière dont le juge applique la loi étrangère, celui-ci n'est pas tenu de préciser que toutes les conditions exigées par ce texte sont réunies ; il n'en-court pas la censure de la Cour de cassation s'il n'apparaît pas de sa décision qu'il n'y a pas eu égard (Cass., 23 février 1984, *J.T.*, 1984, 498, obs. R. VANDER ELST ; *R.W.*, 1984-1985, 2387, obs. L. DE FOER).

Avant son arrêt du 9 octobre 1980, la Cour de cassation refusait de contrôler l'application faite de la loi étrangère par le juge du fond, si ce n'est, en cas de violation flagrante du texte, par le biais de la foi due aux actes ou par celui du contrôle de la motivation. Dans ses conclusions précitées, M. l'Avocat général KRINGS fait justement observer qu'un contrôle de la foi due aux actes est impensable si le devoir du juge ne se limite pas à l'interprétation purement textuelle de la loi compétente (p. 74). Il relève, d'autre part, que, par le truchement de la règle de conflit, le droit étranger « constitue une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire » Cette formule est reprise par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 avril 1981 (Voy. *infra*, n° 5) : « Attendu que les dispositions de l'article 171 du Code civil constituent une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire ; qu'une contravention à une loi au sens de ce dernier article ne saurait être une méconnaissance de la foi due à cette loi et partant une violation des articles 1319 à 1322 du Code civil ». On comprend mal, dès lors, que des pourvois soient encore fondés sur ces derniers textes (Comme ceux qui ont donné lieu aux arrêts des 10 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, 829 et du 20 avril 1989, *R.G.D.B.*, 1991, 275, note N. MASSAGE, p. 223).

On a suffisamment démontré la portée exacte de cette extension du contrôle de légalité à une transgression du droit étranger. « Ni sur le plan de l'unité de la jurisprudence, ni pour ce qui concerne la fonction disciplinaire de la Cour suprême, celle-ci n'est à même d'étendre au droit étranger le type de contrôle qu'elle exerce sur la correcte application de son propre droit ». Ce contrôle ne peut viser que la règle de conflit belge, transgressée par la violation du droit étranger qu'elle déclare applicable (F. RIGAUX, *Droit international privé*, t.I, 2^e édit., n°s 444 et suiv. et *R.C.J.B.*, note cit. n°s 25 à 27). M. le Procureur général KRINGS, dans sa mercuriale du 3 septembre 1990 (*J.T.*, 1990, 567, spéc. n° 63) affirme d'ailleurs très nettement que la Cour n'est pas « saisie de la violation de la loi étrangère autrement que par le truchement de la règle de conflit, ce qui limite singulièrement son contrôle ». Cette précision permet de rencontrer la difficulté que peut éprou-

ver le juge à fixer la teneur d'un droit étranger et de ne sanctionner l'application qu'il en a faite que si elle se révèle « manifestement fausse eu égard aux sources disponibles » (G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 9).

L'impossibilité affirmée par le juge d'établir la teneur de la loi compétente n'a pas, jusqu'ici, été soumise à la censure de la cour. Celle-ci a toutefois admis, dans l'hypothèse de mesures urgentes et provisoires relatives à la garde des enfants, la substitution de la loi belge à la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Elle précise que cette fonction de suppléance de la loi belge, justifiée par l'urgence ne peut être que provisoire (12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 479, *Rev. Not. b.*, 1986, 353, note R. VANDER ELST ; *R.W.*, 1986-87, 99, note J. ERAUW).

II. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL BELGE

5. — *Effet atténué de l'ordre public.*

« La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en Belgique ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en Belgique les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé belge ». Cette formule, inspirée de celle qu'avait utilisée la Cour de cassation de France dans l'arrêt Rivièrè (17 avril 1953, *Rev. crit. d.i.p.*, 1953, 412) avait été employée par la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 23 avril 1970. Elle justifiait qu'un mariage polygamique, valablement conclu au Maroc entre citoyens marocains, puisse avoir une certaine efficacité en Belgique et permettre, en l'espèce, aux deux épouses d'y obtenir réparation du préjudice que leur causait la mort accidentelle de leur mari, due à la faute d'un tiers. L'arrêt introduisait ainsi, en jurisprudence belge, la notion et le mécanisme de l'« ordre public atténué » (Sur ce point, voy. : P. GRAULICH, note sous l'arrêt de Liège, *Rev. crit. d.i.p.*, 1975, 55).

La Cour d'appel de Bruxelles (26 octobre 1983, *R.D.E.*, 1985, 153) invoque cette notion pour admettre la légitimité d'un enfant marocain né d'une seconde union conclue par son père au Maroc avant la répudiation de sa première épouse. Elle admet ainsi l'efficacité à cet égard d'un mariage polygamique intervenu à l'étranger, alors que la célébration d'une telle union en Belgique se heurterait à l'ordre public. La Cour justifie cette solution par l'idée que l'intervention de l'ordre public doit ici se limiter à apprécier l'effet qu'exerce la loi étrangère sur l'intérêt social protégé, intérêt qui est en l'espèce celui de l'enfant.

Entre ces deux arrêts, la Cour de cassation a dû aborder le problème à propos d'une espèce analogue et a consacré, sinon le système de l'ordre public atténué, du moins la solution à laquelle il conduit (2 avril 1981, *Pas.*,

1981, I, 835 ; *R.C.J.B.*, 1983, 499, note F. RIGAUX ; *Rev. crit. d.i.p.*, 1983, 59, note VERWILGHEN). Il s'agissait de donner effet en Belgique à un mariage célébré à titre posthume en France, conformément à l'article 171 du Code civil français, entre une Belge et un Français décédé accidentellement juste avant la date prévue pour leur mariage en Belgique. Le Tribunal civil d'Arlon et la Cour d'appel de Liège avaient admis que ce mariage permet à la veuve et à son enfant d'obtenir du responsable de l'accident réparation de leur préjudice en application de l'article 1382 du Code civil. La Cour entérine cette décision et rejette le moyen fondé sur la contrariété du droit français à l'ordre public belge en précisant que « le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets susceptibles d'être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable ».

Elle énonce ainsi un principe plus général et plus souple que celui qu'exprime la formule utilisée par la Cour de cassation de France. Elle permet d'affirmer que l'intervention de l'ordre public est fonction du degré d'insertion de la relation envisagée dans l'ordre juridique belge (Voy. : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, 2^e édit., n^{os} 521 et suiv.) sans fixer de critère pour l'évaluation de ce degré d'insertion (sur le caractère quelque peu artificiel de la construction française de l'ordre public atténué et l'évolution de la jurisprudence en la matière, voy. : D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, n^{os} 604 à 606).

6. — *Actualité de l'ordre public.*

Dans son arrêt du 27 février 1986, (*R.C.J.B.*, 1989, 56, note N. WATTÉ), la Cour de cassation considère que n'est pas contraire à l'ordre public la loi italienne qui permet l'établissement de la filiation adultérine plus largement que les articles 331 et 335 anciens du Code civil. Telle était la position généralement adoptée sur ce point par les juridictions de fond depuis la loi du 10 février 1958 (Voy. : P. GRAULICH, *op. cit.*, n^o 38/1).

Ce problème d'ordre public ne se pose plus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987. L'arrêt conserve toutefois un intérêt dans la mesure où il souligne que, dans l'appréciation de la conformité d'une disposition étrangère à l'ordre public belge, il faut tenir compte de l'évolution des idées comme de celle du droit interne. La Cour énonce ainsi, pour la première fois, le principe d'actualité de l'ordre public : le juge apprécie la possibilité d'insérer la solution étrangère dans l'ordre juridique belge au jour où il statue, même si la situation qui lui est soumise est née à une époque où cette appréciation eût été différente (ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce). Elle précise aussi, à juste titre, que le contenu de l'ordre public ne se déduit pas des seules règles positives belges et que le degré d'exigence de celles-ci se détermine et fluctue selon l'évolution des idées.

III. LES EFFETS DU MARIAGE

7. — *Effets personnels du mariage.*

Relevant en principe de l'état des personnes (Cass., 12 décembre 1985, préc.), les effets personnels du mariage sont régis par la loi nationale commune des époux ou par celle de leur domicile commun s'ils sont de nationalité différente. Appartiennent à cette catégorie la possibilité et la révocabilité des donations entre époux (Bruxelles, 22 avril 1988, *J.T.*, 1988, 664) puisque le régime spécial auquel ceux-ci sont soumis sur ce point tient à leur qualité de conjoints.

Au cours de la période envisagée, la jurisprudence des juridictions de fond apporte de larges exceptions à ce principe. Elle attribue à certains des textes composant le « régime primaire » (art. 212 à 224 du Code civil) le caractère de lois de police et de sûreté régissant, en vertu de l'article 3, alinéa 1 du Code civil, tous les époux vivant en Belgique. C'est aussi la position généralement proposée en doctrine (Voy. N. WATTÉ, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Larcier, 1987 et *Chron. cit.*, p. 763 et les réf. cit.).

Ainsi, la Cour d'appel de Mons applique l'article 215 du Code civil à des époux italiens domiciliés en Belgique. Elle qualifie ce texte d'« élément du régime primaire à rattacher aux lois de police », quelle que soit la loi régissant ce régime primaire et dès que le logement familial est situé en Belgique (7 février 1985, *Ann. dr. Liège*, 1988, 44, obs. C. PANIER, *Voy. égal.* : N. WATTÉ, le statut du logement familial en droit international privé et les articles 214 et 215 du Code civil, *Rev. Not. belge*, 1986, 174. Pour une appartenance de cette institution au statut réel, *Voy.* : K. LENAERTS, *Chr. cit.*, *R.W.*, 1989-1990, 910). La cassation de cet arrêt (15 mai 1986, *J.T.*, 1987, 468), pour un motif de pur droit interne, ne le prive en rien de son intérêt sur le plan du droit international privé.

Pour le tribunal civil de Liège, l'article 221 du Code civil place sur pied d'égalité, face aux charges du mariage, tous les époux vivant en Belgique (30 mars 1988, *R.G.D.B.*, 1989, 417). Et pour le Juge de paix du 5^e canton d'Anvers, l'article 222 les rend solidaires quant à l'obligation aux dettes contractées dans l'intérêt du ménage ou pour l'éducation des enfants. (10 décembre 1985, *Tijds. Not.*, 1986, 358).

Depuis longtemps déjà, et bien avant la période envisagée, les Juges de paix appliquent les articles 221 et 223 du Code civil à des époux étrangers sans toutefois s'expliquer sur le conflit de lois (*Voy. toutefois*, J.P. Anvers, 25 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, 204 et 11 avril 1985, *R.W.*, 1985-1986, 2240).

Le caractère de loi de police et de sûreté est également attribué à l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4 par la Cour d'appel de Mons qui déclare ce texte

applicable à toute action en annulation d'un cautionnement souscrit en Belgique par une personne mariée, quelle soit par ailleurs la loi applicable aux effets du mariage (20 juin 1989, *Rev. Not. b.*, 1990, 245).

Cette dernière décision a été cassée par un arrêt du 25 mai 1992 (*J.L.M.B.*, 1992, 938, obs. S. NUDELHOLE et M. LIENARD-LIGNY). Pour la Cour de cassation, « le régime de protection découlant d'une disposition comme celle de l'article 224, paragraphe premier, alinéa 4 du Code civil est si étroitement liée au mariage et à ses effets que le régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes ... ». La Cour le range donc dans les prémisses de l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil et non de l'alinéa premier du même texte, comme l'avait fait la Cour de Mons.

On ne peut préjuger de l'attitude qu'adoptera la Cour d'appel de Bruxelles, saisie sur renvoi, ni de la décision que prendront éventuellement les Chambres réunies de la Cour de cassation. On ne peut savoir davantage si cette solution — à la supposer maintenue — sera appliquée par les juridictions de fond aux autres dispositions constitutives du « régime primaire ». Il n'est dès lors pas devenu inutile de s'interroger sur la portée des décisions antérieures relatives à ces textes.

Leur attribuer le caractère de lois de police et de sûreté ou, selon une dénomination plus contemporaine de lois d'application immédiate, devrait-il nécessairement entraîner leur non application à des époux, tous deux belges, vivant à l'étranger ? La bilatéralisation du critère d'application territorial d'une telle loi, conduit en effet à la compétence de la loi étrangère du pays sur le territoire duquel ce critère se concrétise. Cette opération techniquement possible a d'ailleurs été imposée par la Cour de cassation à propos de l'article 1382 du Code civil auquel ce caractère de loi de police est traditionnellement reconnu (Aud. plén., 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, 1133, précédé de l'avis de M. HAYOIT DE TERMICOURT). On a cependant démontré que cette bilatéralisation est « purement conceptuelle » et ne se justifie pas pour des règles dont le champ d'application est fonction des exigences de cohérence du système juridique du for (Voy. : P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges J. Dabin*, Bruylant, 1963, 629 et s.spéc. n^{os} 5 et 6 ; P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit' », *Rev. crit. d.i.p.*, 1966, 1, spéc. p. 16 ; P. GOTHOT, le renouveau de la tendance unilatéraliste, *Rev. crit. d.i.p.*, 1971, spéc. pp. 218 et suiv.).

On peut donc estimer que le caractère de lois d'application immédiate des textes concernés, justifié par leur objectif social, aboutirait seulement à les rendre applicables aux époux de même nationalité étrangère vivant en Belgique, apportant, pour cette hypothèse, une exception à la règle de conflit. Celle-ci serait appliquée normalement aux époux belges résidant à l'étranger (loi nationale) et aux époux de nationalité différente (loi de la résidence conjugale).

8. — Régime matrimonial légal.

Par son arrêt du 10 avril 1980 (*Pas.*, 1980, I, 968, concl. VELU ; *Rev. Not. belge*, 1980, 495 et note R. VANDER ELST, p. 471 ; *R.C.J.B.*, 1981, 309, note F. RIGAUX ; *R.W.*, 1980-1981, 918, note J. ERAUW), la Cour de cassation met fin à une jurisprudence qui s'était développée depuis 1975 et qui tendait à soumettre le régime légal à la loi du lieu de l'intégration socio-économique des époux, parfois même lorsque ceux-ci étaient de même nationalité. La Cour précise fermement que le régime légal ne peut être considéré comme résultant de la volonté présumée des époux, qu'il relève en principe du statut personnel et qu'il est régi par la loi nationale commune des intéressés, que cette nationalité ait été commune avant ou le soit devenue par le fait du mariage. Les juridictions de fond se sont presque unanimement inclinées (Voy. toutefois : civ. Bruges, 14 mai 1985, *Tijds. Not.*, 1985, 174).

Le problème du régime légal des époux de nationalité différente est celui qui avait donné naissance à la jurisprudence censurée par l'arrêt du 10 avril 1980 et qui cherchait une alternative à la compétence de la loi nationale du mari. L'abandon de cette règle et l'application de la loi de la première résidence conjugale, déjà préconisés par M.P. GRAULICH au lendemain de la loi du 10 avril 1958 (*Précis, Dalloz*, 1961, n° 167) avaient été admis, pour la première fois en jurisprudence, par un arrêt de la Cour d'appel de Mons, le 22 octobre 1975 (*Rev. Not. belge*, 1976, 520, obs. R. VANDER ELST) avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976 modifiant le droit interne des régimes matrimoniaux et réalisant dans ce domaine l'égalité des époux. Cette solution trouve appui dans les conclusions de M. l'Avocat général VELU précédant l'arrêt de 1980 et a été consacrée depuis par les Cours d'appel de Mons (23 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1249) et de Liège (30 juin 1987, *Rev. Not. b.*, 1988, 153).

On peut estimer ou non qu'elle a été entérinée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mai 1992 (n° 7). La Cour déclare en effet que « lorsque les époux sont de nationalités différentes au moment où le conflit surgit, il convient en règle d'avoir recours à la loi du premier domicile conjugal », sans toutefois préciser si cette formule englobe tous les effets, tant patrimoniaux que personnels, du mariage. Ce laconisme est surtout regrettable en raison de l'utilisation des mots « au moment où le conflit surgit », sur le sens desquels l'arrêt ne s'explique pas. Si « conflit » signifie « conflit de lois » et si on admet, conformément à une jurisprudence et une doctrine unanimes, qu'il surgit et est définitivement résolu au jour de la célébration du mariage en ce qui concerne la détermination du régime matrimonial légal, l'arrêt confirme sur ce point la solution dégagée par les juridictions de fond (sur les difficultés d'interprétation de l'arrêt, V.M. LIENARD-LIGNY, *Conflit mobile et loi applicable aux effets du mariage*, obs. cit. n° 7).

9. — Détermination du régime légal et règles de conflit successives.

L'adoption d'une règle de conflit nouvelle pour fixer le régime légal d'époux de nationalité différente pose la question de son application aux mariages célébrés antérieurement. La solution à apporter à ce problème ne fait l'unanimité ni en jurisprudence, ni en doctrine (Voy. : P. GRAULICH et M. LIENARD-LIGNY, « Droit transitoire et droit international privé des régimes matrimoniaux », *Mélanges R. Vander Elst*, t. I, 340).

La solution dépend essentiellement de l'origine attribuée à la règle de conflit nouvelle qui est, soit le produit d'une évolution purement jurisprudentielle, soit la conséquence directe de la loi du 14 juillet 1976. La première analyse conduit à en constater la nécessaire rétroactivité (Voy. toutefois : J. ERAUW, « Oude internationale huwelijken, oude verwijzingsregel », *Tijds. Not.*, 1982, 129). La seconde soumet le problème au droit transitoire des règles législatives, lequel serait en l'espèce, soit l'article 2 du Code civil, soit les dispositions transitoires spéciales de la loi de 1976. Cette dernière solution, nettement minoritaire, a été admise dans un premier temps par le tribunal civil de Liège (9 octobre 1981, *Rev. Not. b.*, 1983, 45) et, plus récemment par le tribunal civil de Nivelles (6 janvier et 31 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1256). Toutes les autres décisions rendues depuis 1975 appliquent immédiatement et rétroactivement la règle nouvelle aux mariages célébrés avant son apparition (Voy. not. : civ. Liège, 2 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1201, obs. S. NUDELHOLE). Dans son arrêt de 1987 (n° 8), la Cour de Mons motive cette solution par l'origine purement jurisprudentielle de la modification de la règle de conflit.

10. — Conventions matrimoniales.

La loi applicable au régime légal détermine la possibilité, pour les époux, de régler contractuellement leurs rapports patrimoniaux et décide en principe de la mutabilité de leur régime originaire (Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ou le transfert de leur résidence commune, sans incidence sur le régime, en affecte toutefois la mutabilité ; Voy. : Anvers, 11 janvier 1988, *Pas.*, 1988, II, 91). Dans le cadre fixé par cette loi, ils peuvent désigner la loi applicable à leur contrat.

Cette autonomie permet-elle aux époux de soumettre leur contrat à deux lois ? Ce « dépeçage », admis pour les contrats soumis à la Convention de Rome du 19 juin 1980 (articles 3 et 4), ne devrait pas être en principe exclu, pour ceux qui ne le sont pas, comme le contrat de mariage.

La question s'est posée au tribunal d'Anvers, saisi d'une demande d'homologation de changement de régime. Les époux désiraient soumettre une communauté universelle de biens aux lois néerlandaise (pour l'administration) et belge (notamment pour le calcul des récompenses et la séparation de biens judiciaire). Le tribunal refuse l'homologation, non pas au motif

qu'un contrat de mariage ne saurait être soumis à plusieurs lois, mais parce que, en l'espèce, l'application des deux lois mettrait en péril la cohérence nécessaire du régime en provoquant des contradictions et des difficultés inextricables dont il fournit d'ailleurs des exemples (24 septembre 1987, *Tijds. Not.*, 1988, 115, obs. C. LIBERT). Il est incontestablement difficile d'appliquer plusieurs lois à un même ensemble de biens mais on pourrait sans doute admettre que certains biens soient soumis à une loi autre que celle qui régit le régime pour le surplus.

IV. LE DIVORCE

11. — *Compétence internationale des juridictions belges — Droit commun.*

En droit interne, la matière est régie impérativement par l'article 628, I^o du Code judiciaire qui attribue compétence exclusive au juge de la dernière résidence conjugale ou du domicile du défendeur pour connaître du divorce pour cause déterminée.

Ce texte ne peut toutefois s'appliquer à un litige international qu'une fois admise la compétence internationale des juridictions belges. A défaut de traité, celle-ci est réglée en fonction de la nationalité du défendeur, par l'article 15 du Code civil s'il est belge, par les articles 635, 638 et 636 du Code judiciaire s'il est étranger.

En l'absence de domicile, même élu, ou de résidence du défendeur étranger en Belgique (art. 635, 2^o), le demandeur, belge ou étranger, domicilié sur le territoire belge, peut l'y citer en application de l'article 638. Cette prorogation exceptionnelle de compétence peut toutefois être tenue en échec par l'article 636 qui permet au défendeur de la décliner si le même droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger et qui présume que le défendeur défaillant adopte cette attitude. Tel est le cas, notamment, si le défendeur est de nationalité zaïroise (civ. Bruxelles, 9 novembre 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 397 ; civ. Liège, 27 mars 1986, *R.T.D.F.*, 1988, 137) ou italienne (civ. Liège, 20 décembre 1984, *J.L.*, 1986, 135).

En application de ces textes, il arrive fréquemment qu'un Belge dont le conjoint étranger a quitté le territoire se trouve privé de la possibilité de demander le divorce en Belgique. Cette situation se concilie mal avec les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 qui rendent la loi belge applicable au divorce dès que l'un des époux est belge. Le but essentiel de cette loi était de permettre à tout Belge de divorcer sur la base de la loi belge ; on peut donc, à juste titre, regretter qu'elle ne contienne aucune disposition prorogeant, dans la même perspective, la compétence des juridictions belges.

Au cours de la période envisagée, la doctrine (v. surtout : M. FALLON, La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationa-

lité différente lorsque le demandeur est belge, *J.T.*, 1986, 285) et la jurisprudence ont tenté de combler cette lacune, souvent praeter — voire même contra — legem.

Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles fait de l'article 628, 1^o une règle de compétence internationale (25 mai 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 399 ; Contra : civ. Bruxelles, 9 novembre 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 397 ; civ. Liège, 27 mars 1986, *R.T.D.F.*, 1988, 137 ; civ. Nivelles, 21 octobre 1986, *R.T.D.F.*, 1986, 426) et la Cour d'appel de Bruxelles réintroduit en la matière l'article 14 du Code civil, abrogé en 1876 (22 mai 1985, *J.T.*, 1986, 251 ; 2 juin 1987, *R.T.D.F.*, 1988, 115). Le tribunal civil de Charleroi estime même que la compétence du droit belge, prescrite par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 emporterait la compétence exclusive des juridictions belges pour statuer sur la demande en divorce introduite par une Belge contre son conjoint argentin ! (20 juin 1988, *R.T.D.F.*, 1988, 461, obs. M. FALLON).

Une décision du tribunal civil de Liège du 29 mai 1990 (*Rev. dr. Etr.*, 1991, 38) est exemplaire du malaise des tribunaux devant la lacune de la loi de 1960 et de l'inventivité apportée à la combler. En l'espèce, un Belge domicilié à Liège demande le divorce sur base de l'article 232 du Code civil, contre son épouse italienne, domiciliée en Italie. Le tribunal, s'inspirant des suggestions de M. FALLON (*ét. cit.*), se déclare compétent et retient cumulativement tous les « remèdes » proposés. La compétence des juridictions belges serait justifiée à la fois par la nationalité belge du demandeur, considérée comme le critère d'une règle de compétence implicitement jointe à l'article 2 de la loi de 1960, et par la localisation en Belgique de la naissance ou de l'exécution de l'obligation de cohabitation. Sur ce dernier point, le tribunal interprète l'article 635, 3^o du Code judiciaire de manière extensive, comme le sont l'article 624, 2^o du même Code et l'article 15 du Code civil, c'est-à-dire comme visant les obligations extra-patrimoniales aussi bien que patrimoniales. Le tribunal estime en outre que l'espèce autoriserait le recours à l'article 638 « si la portée de l'exception prévue à l'article 636 C.J. était restreinte en s'inspirant de l'objectif primitif de cette disposition ». Celle-ci a été conçue comme une limite aux abus que peut générer l'article 638 en permettant d'attirer devant les tribunaux belges un défendeur domicilié à l'étranger, pour un litige qui n'aurait aucun lien avec l'ordre juridique belge. Cette limite perdrait sa raison d'être pour des litiges présentant avec la Belgique des attaches territoriales autres que le domicile du demandeur et notamment, comme en l'espèce, la localisation de la dernière résidence conjugale.

L'accumulation de ces arguments reflète bien la conscience qu'a le tribunal de la faiblesse ou du caractère trop prétorien de chacun d'entre eux. Seule y échappe, à notre avis, l'interprétation extensive de l'article 635, 3^o, en raison du sens qui a été donné aux autres textes de teneur semblable. Toutefois, ainsi que le remarque Mme le Juge LOVENS dans sa décision, cet

argument est moins pertinent dans le cadre d'un divorce « remède » que dans celui d'un divorce « sanction ».

12. — *Compétence internationale des juridictions belges — Droit conventionnel.*

La Convention de Bruxelles n'étant pas applicable au divorce, les conventions belgo-française du 8 juillet 1899 et belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 restent en vigueur en ce qui concerne cette matière.

Aucun de ces deux traités ne contient de règle relative au divorce. La compétence est donc, en vertu de leur article 10, soumise dans chaque Etat à la législation qui lui est propre. Toutefois, selon l'article 1^{er} des deux conventions, les ressortissants de chaque Etat contractant sont soumis, dans l'autre Etat, aux mêmes règles de compétence que ses nationaux (sur la convention belgo-française et les difficultés relatives à son champ d'application, v. N. WARRÉ, *Juris. Cl. dr. int.*, Fasc. 591).

Cette assimilation exclut donc en Belgique l'application aux défendeurs français ou néerlandais des articles 635 et 638 du Code judiciaire, qui se réfèrent à la nationalité étrangère du défendeur. Le texte applicable est alors l'article 628, I^o qui devient, dans ce cas seulement, une règle de compétence internationale (civ. Liège, 3 octobre 1985, *J.L.*, 1986, 145). Le juge belge est donc incompétent si la dernière résidence conjugale n'est pas située en Belgique et si le défendeur français est domicilié en France (Bruxelles, 16 mai 1988, *Rev. not. b.*, 1988, 423).

C'est à tort toutefois que le tribunal de Nivelles se déclare compétent, en tant que tribunal de la dernière résidence conjugale, pour connaître d'une demande en divorce introduite par une Française contre son mari tunisien (2 octobre 1990, *R.T.D.F.*, 1991, 374). L'article 628, I^o ne peut en effet déterminer la compétence internationale que si les articles 635 et 638 sont inapplicables, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le Français est défendeur et non demandeur. Sinon, il est soumis aux mêmes règles que le demandeur belge, qui ne peut se prévaloir de l'article 628, I^o, ainsi que l'a d'ailleurs justement décidé le même tribunal civil de Nivelles, le 21 octobre 1986 (*supra*, n^o 11).

Une application correcte de l'article I^{er} de la Convention belgo-française est faite par le tribunal civil de Liège, saisi d'une demande en divorce introduite par une Française contre son conjoint zairois, les époux ayant eu leur dernière résidence commune en Belgique. Le tribunal refuse, à juste titre, d'appliquer l'article 628, I^o invoqué par la demanderesse. Il accepte toutefois sa compétence en la fondant principalement sur l'article 635, 3^o (8 novembre 1990, inédit, Rép. n^o 9649).

Dans cette dernière décision, le tribunal de Liège pose la question de savoir si la demanderesse française pourrait, en vertu de son assimilation

au demandeur belge, bénéficiaire de la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles restaurant, en matière de divorce, l'article 14 du Code civil (V. *supra*, n° 11). Ce texte, abrogé en droit belge lors de la signature de la convention, était alors et est toujours en vigueur en France. L'article 1^{er}, § 2 exclut qu'il puisse être invoqué par un Français pour attirer un Belge devant les juridictions françaises mais donne au Belge, résident autorisé en France, la faculté d'attirer dans ce pays d'autres étrangers comme le ferait un Français (Angers, 29 mars 1988, *Rev. crit. d.i.p.*, 385, note P.L.). Il semble logique de déduire de cette disposition l'impossibilité de mettre en oeuvre la règle dégagée par la Cour de Bruxelles pour permettre à un Belge de citer son conjoint français devant un tribunal belge. Par contre, cette règle — à la supposer fondée — pourrait être invoquée en Belgique par un Français contre un autre étranger.

13. — *Divorce entre étrangers — Règle de conflit applicable.*

Le divorce d'époux tous deux étrangers relève soit de la loi du 27 juin 1960, soit de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. La loi de 1960 vise uniquement le divorce pour cause déterminée et le soumet à la loi belge pour son admissibilité « à moins que la loi nationale du demandeur s'y oppose » (art. 1^{er}) et pour ses causes (article 3). Selon la Cour de cassation « cette loi qui a déterminé ainsi *de manière restrictive* son champ d'application ne peut, dès lors, être étendue aux cas qui n'y ont pas été prévus ; il en est ainsi notamment du divorce par consentement mutuel entre étrangers ». Celui-ci est, en vertu de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, de la compétence de la loi nationale commune des intéressés ou, s'ils sont de nationalités différentes, de leurs lois personnelles appliquées cumulativement (14 décembre 1978, BIGWOOD, *Pas.*, 1979, I, 445, concl. E. KRINGS ; *Rev. crit. jur. b.*, 1979, 111, note F. RIGAUX).

Cette dualité de rattachements a posé le problème de l'appartenance ou non à la catégorie « divorce pour cause déterminée » du divorce pour séparation de fait, introduit en droit interne belge par la loi du 1^{er} juillet 1974. La Cour d'appel de Bruxelles avait déjà considéré, en 1977, que les seules causes déterminées de divorce seraient celles des articles 229 et 231 du Code civil, à l'exclusion donc de celle de l'article 232 (15 février 1977, *Rev. Not.*, 1977, 252, obs. D. STERCKX). Elle confirme cette jurisprudence dans un arrêt du 1^{er} juin 1982 (*R.T.D.F.*, 1983, 175, réformant une décision en sens contraire du tribunal civil de Bruxelles du 18 septembre 1981, même réf., p. 173) et la fonde sur l'interprétation restrictive que doit, selon l'arrêt Bigwood, recevoir la loi du 27 juin 1960.

Une telle interprétation de l'article I de la loi du 27 juin 1960 et de l'article 232 du Code civil n'est pratiquement celle que de la Cour de Bruxelles. Elle est généralement combattue en doctrine (V. not. : J. DE GRAVE, Le divorce de l'article 232 du Code civil est-il un divorce pour cause détermi-

née au sens de la loi du 27 juin 1960 ? *Mélanges R. Vander Elst*, t. I, 113 ; M. FALLON, « Actualité du divorce international dans la jurisprudence belge », *R.T.D.F.*, 1986, 428, spéc. 431 et suiv. ; R. VANDER ELST, *Droit international privé belge*, t. I, 92 ; G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chr., R.C.J.B.*, 1982, 403, n° 28 et *Chr. cit.*, n° 33), et une jurisprudence majoritaire se rallie à l'interprétation contraire, consacrée par la Cour d'appel de Mons, le 6 avril 1978 (*Rev. Not. b.*, 1978, 311, obs. D. STERCKX). Cet arrêt relève notamment que la loi du 1^{er} juillet 1974 soumet la procédure du divorce pour séparation de fait à la section du Code judiciaire relative au divorce pour cause déterminée. Il démontre surtout, à la lumière des travaux préparatoires, l'opinion qu'a eue le législateur d'introduire, par l'article 232, une nouvelle cause déterminée de divorce. V. en ce sens : civ. Bruxelles, 21 octobre 1983, *Pas.*, 1984, III, 29 ; civ. Liège, 26 janvier 1984, *Jur. Lg.*, 1984, 126 et 3 mai 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 469.

14. — *Divorce pour cause déterminée entre étrangers — portée de la référence à la loi nationale du demandeur.*

Si l'article 3 de la loi du 27 juin 1960 soumet les causes de divorce à la seule loi belge, son article 1^{er} énonce que, « dans le cas de mariage entre étrangers, l'admissibilité du divorce pour cause déterminée est régie par la loi belge, à moins que la loi nationale de l'époux demandeur ne s'y oppose ».

Il faut bien admettre l'ambiguïté créée par la rédaction de ce texte relativement à la compétence attribuée à la loi étrangère : celle-ci doit-elle admettre seulement l'institution du divorce ou également celle du divorce pour cause déterminée ?

La première de ces interprétations est celle qui correspond à la genèse de la loi, inspirée des Résolutions adoptées par l'Institut de droit international en 1948, lors de sa session de Bruxelles (*Annuaire*, p. 263). Elle avait été unanimement proposée par les premiers commentateurs de la loi (P. VANDER ELST, La loi du 27 juin 1960 sur le divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger, *J.T.*, 1960, 661 ; M. LIENARD-LIGNY, « Le divorce en droit international privé belge », *Annales de droit de Liège*, 1961, p. 105 ; P. FRANCESCAKIS et P. GOTHOT, « Une réglementation inachevée du divorce international », *Rev. crit. d.i.p.*, 1962, 217) et est depuis trente ans régulièrement affirmée en doctrine (V. not. : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. II, n° 947 ; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, 2^e éd., n° 496). Elle peut enfin se déduire de la définition très extensive donnée par la Cour de cassation du mot « causes » du divorce dans l'article 3 de la loi du 27 juin 1960 (8 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 125) et du sens *a contrario* très restreint que doit recevoir la notion d'admissibilité dans l'article premier (G. VAN HECKE, La succession dans le temps des règles de conflit, *R.C.J.B.*, 1965, 397, spéc. p. 399).

La jurisprudence s'est toutefois divisée. La Cour d'appel de Bruxelles, notamment, vérifie si la loi nationale du demandeur connaît, non seulement le divorce, mais aussi le divorce pour cause déterminée (24 mars 1982, *Pas.*, 1982, II, 85 ; 1^{er} juin 1983, *Pas.*, 1983, II, 107 ; 26 avril 1988, *J.T.*, 1988, 663). Reprenant la boutade de N. MASSAGE, on peut ici se demander « pour-quoi faire simple, alors qu'on peut faire compliqué ? » (Le principe de l'admissibilité du divorce pour cause déterminée entre époux étrangers de même nationalité, *R.G.D.B.*, 1991, 223).

Il faut constater en effet qu'une telle interprétation de l'article 1^{er} de la loi complique considérablement la tâche du juge, contraint d'insérer, dans la catégorie « cause déterminée » du droit interne belge, des réglementations étrangères du divorce qui ne sont pas nécessairement élaborées sur la même distinction. Ainsi, dans l'espèce qui devait donner lieu à son arrêt du 24 mars 1982, la Cour de Bruxelles était confrontée à l'application du droit allemand qui ne connaît plus, comme seule cause de divorce, que la dégradation des relations du couple. Après avoir constaté que toute notion de faute en est exclue, la Cour admet toutefois « qu'au vu de la jurisprudence et de la doctrine allemandes produites par l'appelant, il apparaît bien que les causes de divorce prévues à l'article 1565, alinéa 2 du B.G.B. s'apparentent aux causes déterminées de divorce prévues par les articles 229 et 231 du Code civil belge » ! Il n'est pas exagéré de qualifier cette décision de « surréaliste » (N. MASSAGE, note cit., p. 235). Ayant choisi d'écarter une interprétation quasi unanime de l'article premier, la Cour adopte une position qui la conduit dans l'impasse et l'amène à dénaturer un droit étranger qu'elle veut, envers et contre tous, applicable.

Dans les deux autres décisions citées, la Cour se garde de répéter le même exercice périlleux de comparaison. Elle se contente de déclarer que la loi italienne connaît le principe du divorce pour cause déterminée, sans prétendre que les causes prévues par cette loi (condamnation pénale de l'un des époux ou séparation judiciaire ou consensuelle prolongée des conjoints) sont assimilables ou apparentées à celles du droit belge. Dans son arrêt du 26 avril 1988, elle se borne à constater que « la loi italienne, en connaissant de la dissolution du mariage pour certaines causes, ne s'oppose dès lors pas au mode de dissolution du mariage prévu en droit belge au titre du divorce pour cause déterminée ». Un pourvoi introduit contre cet arrêt pour violation de la loi italienne est rejeté par la Cour de cassation, le 20 avril 1989 (*R.G.D.B.*, 1991, 275). Celle-ci constate notamment que le moyen repose sur une interprétation inexacte de l'arrêt attaqué, qui n'a pas « entendu assimiler les causes de divorce prévues par la loi italienne à celles qu'énumère l'article 231 du Code civil belge ». (Notons que la Cour déclare en outre le moyen irrecevable, en tant qu'il est fondé sur la violation de la foi due aux actes. V. sur ce point, *supra*, n° 4 et N. MASSAGE, note cit., pp. 224 et suiv.). La Cour confirme la recevabilité du divorce querellé en constatant d'une part que le droit italien connaît de la dissolution du mariage et,

d'autre part, que la cause invoquée était fondée sur l'article 231 du Code civil belge, applicable en vertu de l'article 3 de la loi du 27 juin 1960. Elle clôt ainsi définitivement la controverse provoquée par la rédaction maladroite de l'article premier de la loi.

15. — *Divorce par consentement mutuel entre étrangers.*

Exclu du champ d'application de la loi du 27 juin 1960, le divorce par consentement mutuel relève de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Il doit être soumis à la loi nationale commune des époux et, si ceux-ci sont de nationalité différente, à leurs deux lois personnelles cumulées (Cass., 14 décembre 1978, Bigwood, cit. n° 13).

L'application de cette règle de conflit suscite deux questions. Il faut d'abord se demander si le droit étranger connaît le divorce par consentement mutuel ou un type de divorce qui puisse y correspondre. Dans l'affirmative, il reste à préciser l'étendue de l'applicabilité de ce droit, c'est-à-dire distinguer ce qui appartient au statut personnel d'autres problèmes, comme celui de la procédure.

On sait que, dans l'arrêt Bigwood, la Cour de cassation avait estimé que le droit italien ne connaît pas le divorce par consentement mutuel. La pratique notariale et la jurisprudence se sont longtemps conformées à cette décision (V. not. : civ. Liège, 2 juillet 1984, *R.T.D.F.*, 1985, 56, obs. C. NYSSENS).

Cette analyse de la loi italienne peut paraître très rigoureuse. Ainsi que le fait observer l'annotatrice de la décision du tribunal civil de Liège, le droit italien conçoit essentiellement le divorce comme un remède, accordé lorsque la cohabitation des époux n'est plus possible, en raison de causes énumérées limitativement par la loi et parmi lesquelles figure la séparation de corps par consentement mutuel. Madame Nyssens relève également que, pour la jurisprudence italienne, le divorce par consentement mutuel de droit belge est généralement considéré comme suffisamment équivalent au divorce italien, lorsqu'il s'agit, il est vrai, d'admettre l'efficacité en Italie d'un divorce belge.

Il faut ajouter que, depuis une loi du 6 mars 1987, la demande en divorce peut être introduite conjointement par les époux. La différence qui existe entre les institutions belge et italienne ne réside donc plus que dans le degré de l'autonomie des conjoints. Ceux-ci peuvent, en droit italien comme en droit belge, convenir de mettre fin à leur mariage, même si la loi italienne soumet l'exercice de ce droit à des conditions plus strictes.

On peut donc approuver la Cour d'appel de Bruxelles (26 juin 1990, *R.W.*, 1990-1991, 1129) qui trouve, dans cette loi du 6 mars 1987, la raison d'admettre le divorce par consentement mutuel entre époux étrangers de nationalités différentes, anglaise et italienne. Mais encore faut-il, évidem-

ment que les intéressés satisfassent aux conditions de la loi italienne, notamment en ce qui concerne l'existence et la durée d'une séparation.

Une appréciation particulièrement souple de l'équivalence possible des institutions permet à la Cour d'appel d'Anvers de considérer que la répudiation avec indemnité du droit marocain peut correspondre au divorce par consentement mutuel des articles 1287 à 1305 du Code judiciaire belge (30 juin 1982, *R.W.*, 1983-1984, 1986), contrairement à la décision qu'avait prise sur ce point le premier juge. La Cour ne précise pas ceux de ces textes qui sont applicables en l'espèce. Tous ne sont cependant pas des règles de procédure. Certaines règles de fond belge peuvent-elles être appliquées au divorce d'époux marocains et, dans l'affirmative, à quel titre ? (v. A. VAN GYSEL, *Chron. cit.*, p. 740).

La Cour d'appel de Bruxelles permet d'apporter une réponse à cette question dans un arrêt du 22 avril 1988 (*J.T.*, 1988, 664). Elle considère que les conventions préalables au divorce relèvent du statut contractuel et donc, de la loi choisie par les époux, pour autant que ces conventions ne dérogent pas aux règles impératives de la loi qui régit le divorce. La Cour projette ainsi, sur le plan du droit international privé, le principe énoncé par la Cour de cassation à propos d'une espèce interne, principe selon lequel la convention conclue entre époux sur la base de l'article 1288, 4° du Code judiciaire et par laquelle l'un des époux promet à l'autre une pension alimentaire à laquelle il n'est pas légalement tenu est soumise exclusivement aux règles qui gouvernent les contrats (5 juin 1986, *R.W.*, 1986-1987, 1478).

V. LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

16. — *Compétence des juridictions belges — Convention de Bruxelles — Introduction.*

Des développements très complets sur l'application de la Convention de Bruxelles figurent dans les chroniques de MM. H. BORN et M. FALLON (*Chron. cit.*, spéc. *J.T.*, 1992, Chap. III, section 2 ; V. ég. : K. LENAERTS, *Chron. cit.*, spéc. *R.W.*, 1989-1990, n°s 39 et suiv.)

On évoquera seulement ici les cas où le défendeur peut être jugé, sans y avoir consenti, en dehors du pays de son domicile, par le tribunal du « lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée » (art. 5, 1° dans sa version originale) ou par celui du lieu de situation de l'immeuble « en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles » (art. 16, 1°).

17. — *L'article 5, 1° de la Convention.*

La notion d'« obligation » dans l'article 5, 1° et la détermination du lieu de son exécution ont été précisés par la Cour de justice et par les révisions du texte dans les conventions d'adhésion.

On sait, depuis l'arrêt De Bloos (6 octobre 1976, Aff. 14/76, *Rec.*, 1976, 1497) que l'obligation pertinente est « celle qui sert de base à la demande » et que cette formule a été insérée dans l'article 5, 1^o par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, entrée en vigueur entre les Etats contractants et le Danemark le 1^{er} novembre 1986, le royaume-Uni le 1^{er} janvier 1987 et l'Irlande le 1^{er} janvier 1988 (La Convention révisée est également en vigueur entre les neuf Etats et la Grèce depuis le 1^{er} avril (1^{er} octobre pour le Royaume-Uni) 1989).

Il est fait exception à ce principe pour tout litige relatif à un contrat liant un travailleur dépendant à son entreprise. Dans ce cas, l'obligation à prendre en considération est celle qui caractérise le contrat (Arrêt Ivenel, 26 mars 1982, Aff. 133/81, *Rec.*, 1982, 1891) et plus particulièrement celle « d'effectuer les activités convenues » si celles-ci s'exercent sur le territoire d'un Etat contractant (Arrêt Six Constructions, 15 février 1989, Aff. 32/88, *Rec.*, 1989, 358). Cette exception a été incorporée au texte par les Conventions de Lugano (16 septembre 1988) et de San Sebastian (26 mai 1989), non encore en vigueur en Belgique. Cette modification de l'article 5 confirme le caractère exclusif de cette exception, déjà clairement affirmé par la Cour de justice dans l'arrêt Shenavai (15 janvier 1987, Aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 239). C'est donc à tort que le tribunal de commerce de Liège, dans un jugement du 12 février 1987 (*J.L.M.B.*, 1987, 932, obs. D. PIRE), se réfère, non à l'obligation litigieuse, mais à la prestation caractéristique du défendeur.

On sait que l'arrêt De Bloos avait précisé en outre que « l'obligation qui sert de base à la demande » est l'obligation contractuelle elle-même et non le paiement de l'indemnité compensatoire réclamée en cas d'inexécution. La Cour d'appel de Bruxelles (30 avril 1988, *Ann. dr. Liège*, 1988, 90, obs. G. VAN HECKE) se conforme fidèlement à cet arrêt dans l'application de l'article 5, 1^o à une demande ayant pour objet la réparation du préjudice causé à une association momentanée de droit belge, chargée de la construction du barrage de l'Eau d'Heure, et résultant de la fourniture de vannes défectueuses par une société allemande. Le premier juge avait considéré que l'obligation litigieuse était celle de réparer le dommage causé par l'erreur de fabrication des vannes. La Cour corrige cette erreur et désigne, conformément à l'arrêt De Bloos, « l'obligation originaire du vendeur relative à la conformité de la chose vendue à ce qui a été promis dans le bon de commande ».

L'obligation pertinente n'est pas toujours aisée à déterminer, surtout lorsque le demandeur invoque plusieurs obligations imposées au défendeur par le contrat. Le tribunal de commerce de Liège a cru, dans un jugement du 6 janvier 1986 (*Ann. dr. Liège*, 1986, 275, obs. L.L. CHRISTIANS) rencontrer, sinon cette difficulté, du moins un obstacle analogue. Le litige opposait un vendeur belge de crème amincissante à un acheteur français qui

avait refusé d'accepter une livraison et de payer la facture y afférente. Saisi d'une demande en paiement de cette facture, le tribunal estime que l'obligation souscrite par le défendeur est une obligation « complexe » comportant à la fois celle de prendre livraison de la marchandise (à Cannes) et celle d'en payer le prix (à Liège), ce qui rend impossible l'application de l'article 5, 1°. Il en déduit qu'il faut en revenir dès lors au principe général, celui de la compétence du tribunal du domicile du défendeur énoncé par l'article 2, alinéa 1 et se déclare incompétent. Ainsi que le relève l'annotateur de cette décision, le tribunal n'avait pas à modifier l'objet de la demande - qui était seulement le paiement des marchandises vendues - en y incorporant l'obligation de prendre livraison de ces marchandises. Le problème que l'on peut reprocher au tribunal d'avoir créé à propos d'une espèce qui ne le comportait pas peut néanmoins se poser. Le tribunal considère que les obligations litigieuses, indissociablement liées l'une à l'autre, forment une seule obligation « complexe », à exécuter sur le territoire de deux Etats contractants. Il y voit, non pas la cause d'un conflit de compétences, dont la solution appartiendrait à l'article 21, mais l'impossibilité d'appliquer l'article 5, 1°.

La Cour de justice des Communautés, consciente du problème posé par une demande fondée sur plusieurs obligations nées d'une même convention, indique par un *obiter dictum* dans l'arrêt Shenavai (motif n° 19) que « dans un tel cas, le juge s'orientera, pour déterminer sa compétence, sur le principe selon lequel le secondaire suit le principal ; en d'autres termes, ce sera l'obligation principale entre plusieurs obligations en cause, qui établira sa compétence ». Compétent en vertu de cette obligation principale, le juge statuera donc sur les autres obligations, même si celles-ci, prises isolément, ont un autre lieu d'exécution. En cas d'impossibilité de considérer l'une des obligations litigieuses comme l'obligation principale, le juge saisi sur la base de l'article 5, 1° ne pourrait se prononcer que sur celles des obligations qui ont été ou doivent être exécutées sur le territoire du for (K. LENAERTS, Chron. cit., R.W., 1989-1990, pp. 938 et 939).

Le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande doit être déterminé par la loi applicable à cette obligation en vertu des règles de droit international privé du juge saisi (Arrêt Tessili, 6 octobre 1976, Aff. 12/76, Rec. 1976, 1473). Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt précité du 30 avril 1988, applique l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Ce texte attribuant compétence en l'espèce à la loi allemande, la Cour peut appliquer la loi uniforme du 1^{er} juillet 1964 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, après avoir constaté que cette loi uniforme est en vigueur en Allemagne (Comp. civ. Bruxelles, 9 mars 1987, J.T., 1988, 280, obs. C. DOUTRELEPONT, qui détermine le lieu d'exécution en fonction de la *lex fori* et non de la *lex contractus*. Cette solution ne peut être adoptée qu'en dehors du droit conventionnel lorsqu'il

s'agit d'appliquer l'article 635, 3° du Code judiciaire. V. Comm. Bruxelles, 31 décembre 1986, *R.D.C.B.*, 1989, 529, obs. N. WATTÉ).

18. — *L'article 16, 1° de la Convention.*

A propos de l'article 16, 1°, on peut regretter, dans cet examen de la jurisprudence, de n'avoir pas à rapporter une décision de la Cour relative à ce que M.G. DROZ a appelé l'effet « réflexe » des compétences exclusives de l'article 16. Cet effet, s'il était reconnu à l'article 16, 1°, permettrait par exemple à une juridiction belge, saisie d'un litige relatif à un immeuble situé au Maroc et intenté contre un citoyen marocain domicilié en Belgique, de se déclarer incompétente, conformément au droit commun, malgré l'article 2 de la Convention.

Une telle solution se justifie par le fondement de la compétence exclusive attribuée, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, aux tribunaux de l'Etat contractant du lieu de situation de l'immeuble : le lien étroit existant entre le litige et ces juridictions. Celles-ci sont en effet particulièrement aptes à connaître et à mettre en oeuvre les dispositions locales complexes et généralement impératives qui régissent la matière (Arrêt Sanders, 14 décembre 1977, Aff. 73, 77, *Rec.*, 1977, 2383 ; Arrêt Rösler, 15 janvier 1985, Aff. 241/83, *Rec.*, 1985, 99). Il est évident que la difficulté, évitée par l'article 16, 1°, lorsque l'immeuble est situé sur le territoire d'un Etat contractant, se rencontre quel que soit le lieu de cette situation. Elle est d'ailleurs résolue, par le droit commun belge et celui de nombreux Etats, par l'incompétence des tribunaux de ces Etats pour trancher une contestation relative à un immeuble situé à l'étranger (v. not. : Cass., 31 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, 227).

L'effet réflexe des compétences de l'article 16, et notamment du 1° de ce texte, permettrait aux juridictions des Etats contractants, qui seraient compétentes en vertu d'un chef ordinaire de compétence, de se déclarer néanmoins incompétentes si leur droit commun les y autorise (G. DROZ, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Paris, Dalloz, 1972, n°s 164 et suiv.).

Cette proposition est généralement approuvée par la doctrine (V. not. : P. GOTHOT et P. HOLLEAUX, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Paris, Jupiter, 1985, n° 142) et à été implicitement adoptée par le Tribunal du travail de Bruxelles (19 juin 1986, *J.T.T.*, 1988, 151). Elle a toutefois été formellement condamnée par les rapports relatifs à la Convention de Lugano (*J.O.C.E.*, 1990, C 189/76, n° 54) et à celle de San Sebastian (*J.O.C.E.*, 1990, C/189/47, n° 25). Ainsi que l'écrivent MM. H. BORN et M. FALLON (Chron. cit., *J.T.*, 1992, n° 59) : « Les auteurs de la Convention de Lugano et de San Sebastian ont-ils pu condamner une théorie qui paraissait avoir acquis ses lettres de noblesse, non seulement pour l'avenir — soit dans les limites du champ temporel de leur application —, mais aussi pour

le passé — soit pour le temps qui demeure à courir avant leur entrée en vigueur — alors que les auteurs de la Convention d'adhésion de 1978 n'ont, quant à eux, pas estimé devoir instruire son procès, et que rien ne la récuse dans le rapport Jenard concernant la Convention de 1968 ?

Le concept « droits réels immobiliers » utilisé par l'article 16, 1° est précisé par la Cour de justice dans l'arrêt Reichert (10 janvier 1990, Aff. 155/88, *Rec.*, 1990, 27) en relation avec le principe de proximité qui, selon la Cour, fonde la compétence exclusive des juridictions du lieu de situation de l'immeuble. Pour la Cour, cette compétence « n'englobe pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers, mais seulement celles d'entre elles qui ... tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre ». La Cour exclut cette compétence pour connaître de l'action paulienne d'un créancier en annulation de vente ou de donation d'un immeuble par son débiteur. Cette action est en effet fondée, non sur un droit réel immobilier, mais sur un droit de créance « droit personnel du créancier vis-à-vis de son débiteur et a pour objet de protéger le droit de gage dont peut disposer le premier sur le patrimoine du second » (Cette solution avait été antérieurement consacrée par la Cour d'appel d'Anvers, le 26 mai 1988 (*Tijds. Not.*, 1990, 179), à propos d'une action paulienne en annulation d'un contrat de bail, assorti d'un droit de préemption et relatif à un immeuble situé en France).

Les contestations en « matière de baux d'immeubles » visées par l'article 16, 1° ont été déterminées par la Cour dans plusieurs décisions. Aux termes de l'arrêt Rösler, « Relèvent de la compétence exclusive des tribunaux de l'État où est situé l'immeuble, prévue par l'article 16, § 1, de la convention, tous les litiges concernant les obligations respectives du bailleur et du locataire découlant du contrat de bail, et en particulier ceux qui portent sur l'existence ou l'interprétation de baux, leur durée, la restitution de la possession de l'immeuble au bailleur, la réparation de dégâts causés par le locataire, tels les frais de consommation d'eau, de gaz et d'électricité. En revanche, des litiges qui ne se rapportent qu'indirectement à l'usage de la propriété louée, tels ceux concernant la perte du bénéfice des vacances et les frais de voyage, ne relèvent pas de la compétence exclusive visée par cet article ».

L'arrêt déclare expressément l'article 16, 1° applicable à la location, fût-elle de courte durée, d'une maison de vacances située en Italie, convenue entre citoyens allemands domiciliés en Allemagne (Dans la ligne de cet arrêt, la justice de paix de Barvaux et le Tribunal de marche-en-Famenne se déclarent compétents pour apprécier la responsabilité du locataire néerlandais d'un chalet de week-end situé en Belgique, du fait de l'incendie de cet immeuble (24 décembre 1985 et 26 février 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, 100, obs. H. BORN).

L'article 16, 1° s'applique au litige relatif à l'existence même du contrat de bail (Arrêt Scherrens, 6 juillet 1988, Aff. 158/87, *Rec.*, 1988, 3801) mais pas à la promesse de procurer un logement de vacances faite par un organisateur professionnel de voyages qui n'est pas propriétaire de ce logement (Arrêt Elisabeth Hacker, 26 février 1992).

Cette jurisprudence relative à l'article 16, 1° est exemplaire de la difficulté que peuvent susciter l'interprétation de la convention en fonction des objectifs poursuivis par les textes à interpréter et la détermination de ces objectifs. Peut-on affirmer, en effet, que le juge exclusivement compétent pour trancher les contestations énumérées par l'arrêt Rösler est, dans toutes ces hypothèses, celui qui peut être considéré comme étant « le plus proche de l'objet du litige » ? (V. sur ce point : H. BORN, obs. cit. ; H. BORN et M. FALLON, *Chron. cit.*, *loc. cit.*, n^{os} 60 et 61 ; K. LENAERTS, *Chron. cit.*, *loc. cit.*, p. 940 et les références citées par ces auteurs).

19. — *Loi applicable au contrat — La Convention de Rome.*

La loi du 14 juillet 1987 a approuvé, par son chapitre premier, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le Protocole et les deux Déclarations communes, faits à Rome le 19 juin 1980. Le chapitre II de cette loi a introduit immédiatement les dispositions de la Convention en droit belge, trois ans exactement avant leur applicabilité en tant que règles conventionnelles.

Les décisions rendues au cours de la période envisagée ont donc perdu une partie de leur intérêt. Mêmes postérieures au 1^{er} janvier 1988, elles concernent des contrats conclus antérieurement, auxquels les règles nouvelles ne sont pas applicables (art. 17).

Cela ne signifie évidemment pas que cette jurisprudence pourrait être totalement abandonnée à l'histoire du droit, sauf en ce qui concerne les « vieux » contrats. Ce serait perdre de vue la longue liste des rapports contractuels exclus du champ d'application matériel de la Convention par son article premier. Ce serait perdre de vue également l'intérêt de certaines solutions dégagées par cette jurisprudence pour l'application des textes nouveaux. Il en est ainsi notamment de la qualité de « lois de police et de sûreté » reconnue à certaines dispositions du droit belge, qualification qui continuera à justifier leur application à des contrats régis par une loi étrangère (art. 7, § 2).

20. — *Loi applicable à la forme du contrat — L'adage « locus regit actum ».*

Dans un arrêt du 24 septembre 1987 (Ann. dr. Liège, 1988, 25, obs. R. VANDER ELST) la Cour de cassation admet le caractère facultatif traditionnellement reconnu à la règle « locus regit actum » à propos d'un caution-

nement signé à Zürich et soumis, quant au fond, à la loi belge. Les cautions invoquaient la nullité de leur engagement, celui-ci n'ayant pas été souscrit par acte authentique, forme exigée par la loi suisse.

Le caractère alternatif ou facultatif de l'adage n'était pas contesté. Seule était en cause la motivation de l'arrêt attaqué (Bruxelles, 11 décembre 1985, *Pas.*, 1986, II, 32) quant à la décision d'appliquer la loi belge.

Il faut rappeler ici les deux interprétations du caractère facultatif de la règle, rattaché ou non à l'autonomie de la volonté. Ou bien la loi compétente est celle que les parties ont choisie, même dans le cas où cette option rendrait l'acte nul. Ou bien l'acte est valable en la forme s'il l'est selon l'une des loi potentiellement applicables, indépendamment de tout choix des parties ou même éventuellement malgré un choix contraire. Cette dernière interprétation est celle que consacre l'article 9 de la Convention de Rome.

L'arrêt attaqué offrait un curieux mélange de ces deux conceptions, en faisant toutefois prévaloir la position autonomiste. La Cour déclarait en effet « qu'à défaut de choix exprès par les parties, il appartient au juge d'indiquer quelle loi régit la forme du contrat ; qu'il convient de faire prévaloir une interprétation facultative de la règle *locus regit actum* et donc d'admettre en l'espèce que la loi qui régit le fond de l'acte régit également la forme, solution qui permet de sauvegarder l'efficacité de l'engagement de ceux qui ont voulu s'obliger ». Elle constatait ensuite que « les indices relevés à propos de la loi applicable au fond subsistent en ce qui concerne le choix de la loi applicable à la forme, de sorte que l'application alternative de la règle « *locus regit actum* » a l'avantage de se confondre avec la loi d'autonomie ».

Les cautions, demandeurs en cassation, avaient nettement choisi l'interprétation subjective du caractère alternatif de l'adage, telle que l'avait consacrée la Cour de cassation française dans l'arrêt Pierrucci (10 décembre 1974, *Rev. Crit. d.i.p.*, 1975, 474) : la loi compétente est celle du lieu où l'acte a été passé « sauf la faculté reconnue aux parties de choisir une autre loi ». Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir justifié le choix que les cautions auraient fait, selon elle, de la loi belge et d'avoir ainsi violé notamment l'article 1134 du Code civil.

Il a suffi à la Cour de cassation de constater que l'arrêt avait soumis la forme de l'acte litigieux à la loi belge « en raison de la volonté des parties » pour rejeter cette branche du moyen. Elle n'a pas eu à se prononcer sur le sens à donner au caractère alternatif de la règle « *locus regit actum* » et n'a dès lors, ni consacré, ni repoussé l'interprétation subjective.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Mons (20 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 772), confrontée à ce problème à propos d'un contrat conclu avant le 1^{er} janvier 1988, décide, comme l'arrêt Pierrucci « Que, rattachée en principe à la loi du lieu où l'acte est conclu, la forme d'un contrat peut cependant être soumise, de par la volonté des parties, à une autre loi,

telle la loi régissant le fond ; que la règle de conflit alternative en matière de forme de contrat est donc subordonnée à la loi d'autonomie ».

On peut regretter que la Cour ne se soit pas plutôt ralliée à la solution adoptée par l'article 9 de la Convention de Rome et généralement recommandée par la doctrine pour les contrats conclus avant son entrée en vigueur (v. not. : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. II, n° 863 ; R. VANDER ELST, obs. cit., p. 32). Aucune des deux solutions n'ayant été « imposée » par la Cour de cassation, pourquoi nos juridictions donneraient-elles un sens différent à l'adage « *locus regit actum* » selon que le litige concerne un contrat conclu avant ou après le 1^{er} janvier 1988 ?

21. — *La détermination de la lex contractus.*

Depuis l'arrêt Debecker (27 novembre 1974, *Rev. Crit. d.i.p.*, 1976, 660, obs. P. GOTHOT), la loi applicable au contrat est celle que les parties ont choisie expressément ou implicitement ou qu'elles sont présumées avoir choisie, compte tenu des indices relevés par le juge dans les éléments de la cause (V. not. : Cass., 24 septembre 1987 et Mons, 20 novembre 1991, cit. n° 20).

Cette méthode « subjectiviste », dont l'ambiguïté est évidente (V. P. GOTHOT, obs. cit. ; B. HANOTIAU et M. FALLON, *Chron. cit.*, n°s 5 et 6 et les réf. cit.) est souvent écartée par les juridictions de fond, au profit de la localisation « objective » du contrat. Dans cette optique, les indices relevés par le juge attestent que la relation contractuelle se rattache plus étroitement à l'un des ordres juridiques concernés et doit dès lors lui être soumise. Ainsi, la Cour du travail de Liège, dans un arrêt du 16 avril 1986 (*Rev. dr. soc.*, 1987, 216), constate l'impossibilité de déceler avec certitude, dans l'espèce qui lui est soumise, une volonté, même tacite, des parties de soumettre leurs relations contractuelles à la loi belge ou à la loi allemande et qu'il importe dès lors de localiser objectivement le contrat en fonction des liens qui le rattachent de manière prépondérante à l'une de ces lois.

Pour les contrats conclus après le 1^{er} janvier 1988, la méthode subjectiviste ne peut plus être utilisée et la localisation objective ne peut plus être fixée de la même manière. A défaut de loi choisie indubitablement par les contractants, le juge doit appliquer la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4, § 1^{er}). Pour opérer cette localisation, il doit présumer que ces liens existent en principe avec le pays de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique (§ 2 — s'il ne s'agit pas d'un contrat pour lequel la Convention édicte une autre présomption). Il peut toutefois écarter la compétence de cette loi s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (§ 5).

Ainsi que le font observer M.M. G. VAN HECKE et F. RIGAUX (*Chron. cit.*, n° 73), « la méthode du groupement des indices se trouve en quelque

sorte reléguée au second plan, en ce sens qu'elle n'intervient que pour fonder un rattachement plus étroit que celui de la résidence habituelle de celui qui doit effectuer la prestation caractéristique ». Cette méthode est utilisée par le tribunal de Marche-en-Famenne (26 février 1986, cit. n° 18) à propos du bail d'un chalet de vacances, situé en Belgique, conclu aux Pays-Bas entre citoyens néerlandais domiciliés dans ce pays et payable en florins aux Pays-Bas. Avec l'accord des parties, le tribunal applique la Convention, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1987. Il écarte la présomption selon laquelle ce type de contrat présente les liens les plus étroits avec le pays du lieu de situation de l'immeuble (art. 4, § 3) et désigne la loi néerlandaise, en raison des liens plus étroits, attestés par le groupement des indices du contrat, avec les Pays-Bas.

22. — *Lex contractus et cautionnement.*

Le tribunal de commerce de Liège (6 février 1986 et 23 avril 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, 53, obs. P. GRAULICH et I. MOREAU-MARGRÈVE) et le tribunal de commerce d'Anvers (16 mai 1986, *R.W.*, 1986-1987, 957, obs. J. ERAUW) s'inspirent de l'article 3 de la Convention de Rome, non encore en vigueur pour déterminer si les parties à un contrat de cautionnement ont choisi une loi pour le régir. A défaut de choix exprimé conformément à ce texte, les trois jugements soumettent le contrat à la loi qui régit l'obligation cautionnée, en raison des liens qui unissent l'obligation accessoire à l'obligation principale.

La méthode adoptée est donc la localisation objective du contrat mais elle ne correspond pas à celle que prescrit la Convention. Celle-ci, en effet, commande l'application de la loi du pays de la résidence habituelle de la caution au jour de la conclusion du contrat (art. 4, § 2). Si elle admet la possibilité d'écarter cette loi en raison de l'existence des liens plus étroits du contrat avec un autre pays, il est douteux que cette exception puisse justifier la compétence de la loi applicable à l'obligation cautionnée. Les liens incontestables qui existent entre les deux contrats n'ont pas été retenus pour déterminer la loi applicable au cautionnement, par une disposition spéciale de la Convention. C'est donc « avec le pays » dont la loi régit le contrat principal que le contrat accessoire devrait présenter des liens plus étroits que la résidence habituelle de la caution (art. 4, § 5). Affirmer ces liens *a priori* reviendrait à priver le cautionnement d'une autonomie que la convention n'a pas voulu lui ôter (Comp. : K. LENAERTS, *Chron. cit.*, *R.W.*, 1989-1990, n° 48).

Dans un arrêt du 11 décembre 1985, la Cour d'appel de Bruxelles s'était prononcée également sur la loi applicable au cautionnement. En l'espèce, celui-ci avait été souscrit à Zürich par des cautions suisses domiciliés en Suisse, en garantie des engagements d'une société de droit belge envers la S.N.C.I.. Les parties n'ayant pas expressément désigné la loi à laquelle elles

entendaient soumettre leur contrat, la Cour estime que leur volonté présumée désigne la loi applicable à l'obligation principale et ajoute que cette présomption est confortée par une série d'indices de rattachement à la loi belge (références faites à la loi belge, monnaie de compte libellée en francs belges, compétence reconnue aux tribunaux belges). Elle ne nie donc pas l'autonomie du cautionnement puisque c'est en se fondant sur la volonté des parties et non sur le caractère accessoire de l'acte qu'elle le soumet à la loi applicable à l'obligation principale. La Cour de cassation (24 septembre 1987, cit. n° 20) relève d'ailleurs cet élément pour rejeter le moyen du pourvoi fondé sur le caractère autonome du cautionnement litigieux, auquel les cautions voulaient appliquer anticipativement la Convention de Rome, contrairement à l'arrêt Debecker (*supra*, n° 21).

23. — *Lex contractus étrangère et lois belges internationalement impératives.*

C'est dans la matière du contrat de travail surtout que la jurisprudence attribue à certaines règles impératives du droit interne le caractère de lois de police et de sûreté au sens de l'article 3, alinéa 1 du Code civil. Elle en fait ainsi des lois internationalement impératives, généralement appelées, en doctrine, lois d'application immédiate. Ces dispositions s'appliquent au contrat international comme au contrat purement interne, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit pour régir le premier.

La Cour de cassation avait, avant la période envisagée (le 25 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1308) reconnu ce caractère de loi de police et de sûreté à l'article 15 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi (art. 82 de la loi du 3 juillet 1978) en ce qui concerne la fixation des délais de préavis imposés à l'employeur par ce texte. Dans un arrêt du 3 juin 1985 (*J.T.T.*, 1985, 309) elle étend cette analyse à l'ensemble du texte, c'est-à-dire également au pouvoir du juge de fixer la durée du préavis donné à un employé dont la rémunération dépasse 250.000 frs, à défaut de convention conclue sur ce point entre les parties au plus tôt au moment où ce préavis est donné (V. ég. : Cass., 9 juin 1986, *J.T.T.*, 1986, 505 et 9 février 1987, *J.T.T.*, 1987, 266). Dans un arrêt du 4 décembre 1989 (*R.W.*, 1989-1990, 988), la Cour estime, à propos d'une contestation relative au paiement du pécule de vacances, que les lois qui protègent la rémunération sont des lois de police. Le même caractère est donné par les juridictions de fond à toutes les règles impératives de protection du travailleur (V. sur ce point, C. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 77 ; B. HANOTIAU et M. FALLON, *Chron. cit.*, n°s 77 et suiv. ; C. VERBAKEN, « Le contrat international de travail », *J.T.*, 1990, 353 et les réf. cit. par ces auteurs).

Cette qualification une fois donnée, il reste à déterminer le critère d'application de la règle concernée. Selon l'article 3, alinéa 1 du Code civil, « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

Mais ce critère ne doit pas être pris à la lettre. Il s'agit d'un critère territorial, à préciser en fonction de l'objectif que veut atteindre chacune des règles et qu'il s'agit de sauvegarder (V. P. FRANCESCAKIS, Précisions sur les lois d'application immédiate, *Rec. crit. d.i.p.*, 1966, 1 et suiv., spéc. p. 14).

En matière de relation de travail dépendant, ce critère doit préserver l'efficacité de la protection accordée au travailleur par les lois considérées comme appartenant au présupposé de l'article 3, alinéa 1 du Code civil. Si les employeurs pouvaient occuper des travailleurs en Belgique sans se soumettre à ces lois, lorsqu'un élément d'extranéité permet de rendre une loi étrangère applicable au contrat, le but social poursuivi par le législateur serait aisément détourné.

C'est donc l'exécution du travail en Belgique qui doit entraîner l'application de ces lois aux contrats soumis à une loi étrangère (V. not. : Cass., 4 décembre 1989), même si le travail n'est exécuté que partiellement sur le territoire (V. not. : Cour trav. Bruxelles, 29 novembre 1983, *J.T.T.*, 1985, 192 ; T.T. Bruxelles, 17 juin 1986, *Jur. jurid. trav.* Bruxelles, 1986, 275. Comp. : R. PRIoux, obs. sous cette dernière décision, *Chron. cit.*, p. 1062).

Il reste à se demander quelles sont les lois internes « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale ou économique du pays » (P. FRANCESCAKIS, *Dalloz, Rép. dr. internat*, V° conflits de lois, n° 137) et auxquelles il s'impose dès lors de donner un champ d'application particulier. L'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive, qui déclare cette loi applicable à toute concession « produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge » et l'article 91 de la loi maritime, relatif aux droits et obligations du tiers porteur d'un connaissance et déclaré applicable à tous les transports fait à partir ou vers un port belge, sont des exemples rares de réponse donnée par le législateur à cette question.

C'est donc au juge qu'il appartient, le plus souvent, de découvrir, dans les objectifs d'un texte interne et leur importance, s'il échet de donner ou non à ce texte la qualité de « loi de police et de sûreté ». On ne peut que prendre acte de la décision même si on peut s'étonner de voir refuser aux lois protectrices de la sécurité économique de la famille (Cass., 25 mai 1992, cit. n° 7) l'impérativité reconnue aux lois protectrices de la rémunération du travailleur (Cass., 4 décembre 1989, cit. *supra*).