

Conférence de La Haye de droit international privé
Hague Conference on private international law

Actes et documents

de la Treizième session
4 au 23 octobre 1976

Tomme II

Régimes matrimoniaux
Matrimonial property regimes

Édités par le Bureau Permanent de la Conférence
Imprimerie Nationale / La Haye / 1978

(TRANSLATION OF THE PERMANENT BUREAU)

Introduction

1 *Plan et objet du présent Rapport*

1 Le présent Rapport a un double objectif. Il s'agit tout d'abord de décrire les principes qui inspirent la Convention et d'exposer l'évolution des idées qui a conduit à les établir. Il est impossible de relier toutes les tendances qui se sont manifestées au cours de la Treizième session de la Conférence, et le Rapport doit, pour l'essentiel, se limiter aux idées qui ont été retenues dans la Convention. Celui qui voudra procéder à une étude critique plus détaillée devra se reporter aux procès-verbaux et documents publiés dans les *Actes et documents* de la Conférence. Toutefois, le Rapport définitif doit se suffire à lui-même. Dans la mesure où les principes dégagés par la Commission spéciale, et consignés dans le Rapport de celle-ci, ont été repris sans discussion, il paraît indispensable de les expliquer également dans le présent Rapport.

2 L'autre objectif du présent Rapport – et c'est en ceci qu'il diffère du Rapport d'une Commission spéciale – est de mettre à la disposition de ceux qui auront à appliquer la Convention un commentaire succinct, mais complet. Dans ce cadre, il s'agira moins de retracer la genèse des diverses dispositions que d'en éclairer le texte. Ce double objectif entraînera nécessairement certaines retelles. Ce double objectif nous conduit à diviser le Rapport en une première partie intitulée «Principes généraux et genèse de la Convention» et une deuxième partie intitulée «Commentaire de la Convention».

3 Rappelons enfin que ce Rapport, comme cela est d'usage, a été établi après la Treizième session, sur la base des procès-verbaux et des notes personnelles du Rapporteur. Il n'a donc pas été approuvé par la Conférence. Le Rapporteur s'est efforcé de rendre les opinions de cette dernière le plus fidèlement possible, mais il est inévitable que certains passages relèvent de son appréciation personnelle.

2 *La marche des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé*

4 En ce qui concerne le point de départ de la nouvelle codification du droit des régimes matrimoniaux et les travaux de la Commission spéciale, qui a tenu deux sessions en 1975, nous pouvons renvoyer à l'introduction du Rapport de la Commission spéciale.¹

¹ Nos 1-12.

Introduction

1 *Plan and object of the present Report*

1 The present Report has a two-fold object. It is concerned, in the first place, to describe the principles that imbue the Convention and to set forth the evolution of ideas which led to their establishment. It is impossible to recount all the trends which made their appearance in the course of the Thirteenth Session of the Conference, and the Report has to be confined essentially to the ideas that have been retained in the Convention. Those who wish to go on to a more detailed critical study will have to refer to the *Procès-verbaux* and documents published in the *Actes et documents* of the Conference. Yet, the definitive Report ought to stand on its own. In so far as principles defined by the Special Commission, and set out in the Report of that body, have been followed without discussion, it appears essential to explain them also in the present Report.

2 The other object of this Report – and in this it differs from the Report of the Special Commission – is to put at the disposal of those who will have to apply the Convention a succinct, but complete commentary. Within the scope of this object, there will be less concern with tracing the origin of diverse provisions than with clarifying the text of the Convention. This two-fold object, which necessarily entails a certain degree of repetition, leads to a division of the Report into a first part, entitled 'General principles and origin of the Convention', and a second part entitled 'Commentary on the Convention'.

3 Attention is drawn, lastly, to the fact that this Report, as is the custom, has been prepared following the Thirteenth Session on the basis of the *Procès-verbaux* and the Rapporteur's personal notes. Accordingly, it has not been approved by the Conference. The Rapporteur must therefore render the opinions of the latter as faithfully as possible, but it is inevitable that certain passages will be coloured by his personal judgment.

2 *The course of the work of the Hague Conference on Private International Law*

4 With respect to the starting-point for the new codification of the law of matrimonial property regimes and the work of the Special Commission, which held two sessions in 1975, reference may be made to the Report of the Special Commission.¹

¹ Nos 1-12.

5 Aux conventions existant en la matière et ayant plus spécialement trait au régime matrimonial, il y a lieu d'ajouter certaines Conventions générales qui tiennent des Etats membres de la Conférence de La Haye et régissent, entre autres matières, celle des régimes matrimoniaux. Il convient notamment de citer à ce propos les Conventions de Lima (1879), de Montevideo (1899 et 1940) et le *Code Bustamante*, de 1928, qui tiennent beaucoup d'Etats latino-américains.

6 La Treizième session de la Conférence, qui a siégé du 4 au 23 octobre 1976¹, a confié l'élaboration de la Convention à sa Première commission, présidée par M. A. Philip (Danemark) qui avait déjà été président de la Commission spéciale. Le sousigné fut confirmé dans ses fonctions de rapporteur. M. G.A.L. Droz, secrétaire général adjoint, qui avait préparé les travaux par d'importants documents, assumait la direction scientifique du secrétariat. Mme A. H. M. de Jong, observateur de l'Union internationale du Notariat latin, a continué à apporter une collaboration très utile aux travaux de la Conférence.

7 La Première commission a procédé, en douze séances, à une première lecture de l'avant-projet de la Commission spéciale. Elle institua un Comité de rédaction qui, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, mit les textes au point.² Trois autres séances furent consacrées à la discussion de l'avant-projet du Comité de rédaction³, ainsi qu'à celle des clauses finales sur la base d'un modèle préparé par un Comité *ad hoc*.⁴

8 L'adoption du projet de Convention, par 22 voix sans opposition et deux abstentions, eut lieu à la séance plénière du 21 octobre 1976.⁵ Le 23 octobre 1976, les Délégués signèrent l'Acte final de la Treizième session contenant le projet de Convention. Il est prévu d'ouvrir celle-ci à la signature des Etats le premier octobre 1977.

Première partie - Principes généraux et genèse de la Convention

9 Dans cette première partie, les problèmes sur lesquels les opinions ont été divisées sont traités essentiellement au chapitre III sur le rattachement objectif, au chapitre IV sur la permanence et ses exceptions ainsi qu'au chapitre V sur les rapports avec les tiers. Les solutions retenues constituent les termes du compromis réalisé par la Treizième session entre les principes opposés du domicile et de la nationalité, de la permanence et de la mutabilité. Signation spéciale a été maintenue dans ses grandes lignes. Le nombre de cas où la loi nationale commune sera applicable a été

¹ Les Etats suivants étaient représentés: la République fédérale d'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, le Canada, le Danemark, la République Arabe d'Égypte, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique, le Japon, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède, la Suisse, la Tchécoslovaquie, la Turquie, la Yougoslavie. Le Venezuela envoya un observateur.
² Le Comité de rédaction comprenait, sous la présidence du Rapporteur, MM. Duchek (Autriche), Grégoire (France), Nyh (Australie) et Leal (Canada). Le Secrétaire général adjoint de la Conférence et plusieurs secrétaires rédacteurs lui ont apporté un concours extrêmement précieux.
³ Doc. trav. Nos 43, 55, 56.
⁴ Doc. trav. No 58.
⁵ Séance plénière, P.-v. No 2 et Doc. trav. Nos 1 et 4.

5 To the conventions existing on this matter and dealing especially with matrimonial property regimes, it would be as well to add certain general conventions which link some Member States of the Hague Conference and govern, amongst other matters, matrimonial property regimes. It is particularly appropriate to cite in this regard the Conventions of Lima (1879), Montevideo (1899 and 1940) and the *Bustamante Code* of 1928, which link many of the Latin-American States.

6 The Thirteenth Session of the Conference, which took place from 4 to 23 October 1976¹, entrusted the preparation of the Convention to the First Commission, presided over by Mr A. Philip (Denmark), who had already sat as Chairman of the Special Commission. The undersigned was confirmed in his office as Rapporteur. Mr G.A.L. Droz, Deputy Secretary-General, who had prepared the work by means of important documents, directed the scientific work of the secretariat. Mrs A.H.M. de Jong, Observer for the *Union internationale du Notariat latin*, continued to make a very useful contribution to the work of the Conference.

7 The First Commission proceeded, in the course of twelve meetings, through a first reading of the Preliminary Draft of the Special Commission. It set up a Drafting Committee which, as the work advanced, put the texts in good order.² A further three meetings were devoted to discussion of the Preliminary Draft of the Drafting Committee³, as well as to final clauses based on a model prepared by an *ad hoc* Committee.⁴

8 The adoption of the draft Convention, by 22 votes with no opposition and 2 abstentions, took place during the Plenary Session of 21 October 1976.⁵ On 23 October 1976, the Delegates signed the Final Act of the Thirteenth Session containing the draft Convention. It is expected that this will be opened for signature by States on 1 October 1977.

Part one - General principles and origin of the Convention

9 In this first part, the problems on which opinions were divided are treated principally in Chapter III on the objective connecting factor, in Chapter IV on permanence and exceptions thereto, as well as in Chapter V on relations with third parties. The solutions employed constitute the terms of the compromise achieved by the Thirteenth Session between the opposing principles of domicile and nationality, of permanence and mutability. It should be pointed out at once that the system elaborated by the Special Commission has been maintained in broad outline. The number of cases where the law of the common nationality will be

¹ The following States were represented: Argentina, Australia, Austria, Belgium, Brazil, Canada, Czechoslovakia, Denmark, the Arab Republic of Egypt, Finland, France, the Federal Republic of Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Jugoslavia, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the United States of America. Venezuela sent an observer.
² The Drafting Committee, under the Chairmanship of the Rapporteur, was comprised of Messrs Duchek (Austria), Grégoire (France), Nyh (Australia) and Leal (Canada). The Deputy Secretary-General of the Conference and several secretaries-redactors lent extremely valuable assistance.
³ Working Documents Nos 43, 55, 56.
⁴ Working Document No 58.
⁵ Plenary Session, *Procès-verbal* No 2, and Working Documents Nos 1 and 4.

augmenté par l'inclusion de la référence aux Etats non contractants (article 4, alinéa 2, chiffre 2), mais cette modification est contrebalancée par le remplacement de la loi nationale commune par la loi de la résidence habituelle au bout de dix ans (article 7, alinéa 2, chiffre 2).

CHAPITRE PREMIER – NATURE, CHAMP D'APPLICATION, STRUCTURE ET TERMINOLOGIE DE LA CONVENTION

Section A – Nature et champ d'application de la Convention

1 L'objet de la Convention: la loi applicable aux régimes matrimoniaux

10 Il n'a jamais été question de régler, dans la Convention à établir, autre chose que la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Un accord sur la compétence judiciaire en la matière était difficile à réaliser. Il est d'ailleurs fort douteux qu'il soit opportun de prévoir des règles spécifiques de compétence internationale en matière de régime matrimonial. Il n'eût pas non plus été indiqué de prévoir des règles particulières sur la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères rendues en la matière. On remarquera toutefois que l'introduction de règles uniformes de conflits de lois facilitera la reconnaissance et l'exécution selon le droit national ou selon d'autres conventions.

11 Une convention limitée aux régimes matrimoniaux ne saurait résoudre dans tous les cas les problèmes bien connus qui surgissent lorsque la succession d'une personne n'est pas soumise à la même loi que la liquidation de son régime matrimonial. Cependant, le choix de la loi applicable au régime matrimonial, ouvert par la Convention, permettra souvent de faire coïncider la loi du régime et la loi successorale.

12 Pour l'essentiel, la Convention ne touche pas au droit matériel, et ne contient que des règles de conflits de lois. Toutefois, pour la forme de la désignation de la loi applicable et pour la forme du contrat de mariage, les articles 12 et 13 prévoient, à titre subsidiaire, une règle de droit international privé matériel en imposant la forme de l'écrit, daté et signé par les deux époux. De plus, de l'avis de certains Délégués, les dispositions de l'article 8 sur les effets du changement de la loi applicable ne ressortiraient pas au droit international privé, mais au droit matériel.

Relevons, à toutes fins utiles, que la Convention ne dit pas si, comment, dans quelle mesure et à quel moment, le régime peut, sous l'empire d'une seule et même loi, être modifié par la volonté des parties, par une décision judiciaire ou par l'effet de la loi.

2 L'unité du régime matrimonial

13 Alors que les Délégués de certains pays de *Common Law* eussent voulu permettre aux époux de soumettre de façon générale les différentes parties de leur patrimoine à des lois différentes, la Treizième session a maintenu de manière générale tant le principe de l'unité du régime matrimonial que l'exception de faveur de la *lex rei sitae*, exception qu'elle a précisée et quelque peu étendue.

3 Le caractère international des espèces réglées

14 Certaines Conventions de La Haye se limitent expres-

applicable has been augmented by the inclusion of the reference to non-Contracting States (article 4, second paragraph, sub-paragraph 2), but that modification is counter-balanced by the replacement of the law of the common nationality by the law of the habitual residence at the end of ten years (article 7, second paragraph, sub-paragraph 2).

CHAPTER I – NATURE, SCOPE OF APPLICATION, STRUCTURE AND TERMINOLOGY OF THE CONVENTION

Section A – Nature and scope of the Convention

1 The object of the Convention – the law applicable to matrimonial property regimes

10 There was never any question of regulating, in the Convention to be established, anything other than the law applicable to matrimonial property regimes. Agreement on judicial jurisdiction in this matter was difficult to achieve. It is, moreover, extremely doubtful whether it is advisable to provide specific rules of international jurisdiction in relation to matrimonial property regimes. Nor was there any indication that particular rules for the recognition and enforcement of foreign judgments should be provided in this field. It will be noted, however, that the introduction of uniform rules of conflict of laws will facilitate recognition and enforcement according to national law or to other conventions.

11 A convention limited to matrimonial property regimes will not be able to resolve in every case the well-known problems which arise when personal succession is not governed by the same law as is the winding-up of the matrimonial property regime. Yet, the choice of the law applicable to the matrimonial property regime, made possible by the Convention, will often allow the bringing together of the law of the regime and the succession law.

12 In the main, the Convention does not touch upon substantive law, and contains only rules of conflict of laws. However, in regard to the form of designation of the applicable law and also the form of the marriage contract, articles 12 and 13 provide for a subsidiary rule of substantive private international law by imposing the formality of a written contract, dated and signed by both spouses. Further, in the opinion of certain Delegates, the provisions of article 8 on the effects of a change of applicable law will not fall under private international law, but under substantive law.

It is to be noted that, to all intents and purposes, the Convention does not say whether, how, to what extent and at what moment, within the scope of one and the same law, the regime may be modified at the will of the parties, by a judicial decision or by operation of law.

2 Unity of the matrimonial property regime

13 Whereas the Delegates of certain Common Law countries had wanted to allow the spouses to submit in a general manner the different parts of their property to different laws, the Thirteenth Session generally maintained both the principle of unity of the matrimonial property regime and the exception in favour of the *lex rei sitae*, which exception it defined and somewhat extended.

3 The international character of the cases covered

14 Certain Hague Conventions are expressly limited to

séminent aux espèces «à caractère international»¹ ou excluent les cas purement internes.² Pareille délimitation eût été délicate en matière de régimes matrimoniaux, notamment parce qu'il s'agit d'un rapport durable. Celui-ci peut être purement interne lors de sa naissance, pour devenir international par un changement ultérieur de la nationalité ou de la résidence habituelle des époux. Aussi, le caractère international des cas réglés découle-t-il implicitement du système de rattachement prévu.

En effet, dans les cas purement internes, il est clair que le rattachement objectif conduira toujours à la même loi. Il en va de même pour le rattachement subjectif, puisque les époux ne peuvent pas choisir une loi quelconque, mais seulement leur loi nationale ou la loi de leur résidence habituelle au moment du choix, ou encore la *lex rei sitae*. A défaut de tout caractère international, toutes ces lois se confondront.

4 Le champ d'application de la Convention

a Le caractère universaliste de la Convention

15 A l'instar de la plupart des Conventions de La Haye en matière de loi applicable élaborées depuis 1951, les règles de conflits de lois de la Convention régissent tous les cas se présentant dans les Etats contractants.³ Cela ressort de l'article 2 de l'avant-projet, qui exclut toute limitation du champ d'application en fonction de la nationalité ou de la résidence habituelle des époux. Les règles de la Convention remplacent complètement, en matière de régimes matrimoniaux, les règles de conflits particulières des Etats contractants. Les seuls cas où elles ne s'appliqueront pas, seront ceux réglés par un autre instrument international. En effet, l'article 20 réserve tant les conventions existantes que celles qui pourraient être conclues par la suite.

16 Cette solution est consacrée par des formules diverses dans la plupart des nouvelles Conventions de La Haye réglant exclusivement les questions de loi applicable.⁴ Le texte retenu dans la présente Convention est nouveau; il évite l'allusion à l'absence de condition de réciprocité qui se trouvait dans certains textes antérieurs; ces textes avaient été critiqués comme pouvant donner lieu à des malentendus, voire à des difficultés constitutionnelles dans des pays où le juge peut, lors de l'application d'une convention, vérifier si la réciprocité est accordée.

L'application des règles conventionnelles étant dépourvue de tout élément de réciprocité, la Convention peut être ouverte sans restrictions à l'adhésion de tous les Etats non-membres de la Conférence (article 25).

b Le champ d'application *ratione materiae*

17 La délimitation du champ d'application *ratione materiae* comporte certaines difficultés que l'on s'est efforcé de résoudre à l'article premier, sans méconnaître

¹ Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955, article premier, alinéa premier.

² Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, du 15 novembre 1965, article 2, lettre b.

³ Sur les motifs de cette solution, voir notamment les Rapports de M. M. Verwiltgen sur la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du premier octobre 1973, et l'avant-projet à sa base, *Actes et documents de la Douzième session, tome IV, Obligations alimentaires*, Nos 19-24, p. 103 et Nos 134-135, p. 439.

⁴ Voir Rapport de la Commission spéciale No 61.

cases of 'an international character'¹ or exclude purely domestic cases.² Such a distinction would have been of a delicate nature in relation to matrimonial property regimes, particularly because one is concerned with a lasting relationship. This may be purely domestic at the time when it arises, to become international by a subsequent change of nationality or habitual residence of the spouses. Therefore, the international character of the cases covered follows by implication from the system of connecting factors provided. Indeed, in purely domestic cases, it is clear that the objective connecting factor will lead always to the same law. The same is true for the subjective connecting factor, since the spouses may not choose any law whatever, but only their national law or the law of their habitual residence at the time of choice, or the *lex rei sitae*. In the absence of any international character, all these laws will blend together.

4 The scope of the Convention

a The universal character of the Convention

15 Like the greater part of the Hague Conventions drawn up since 1951 relating to the applicable law, the conflict of laws rules of the Convention govern all cases arising in the Contracting States.³ This follows from article 2 of the draft Convention, which excludes any limitation on its scope of application by reason of the nationalities or the habitual residences of the spouses. The rules of the Convention replace completely, in relation to matrimonial property regimes, the particular conflict rules of the Contracting States. The only cases where the Convention rules will not apply will be those covered by another international instrument. Indeed, article 20 preserves both existing conventions and those that may subsequently be concluded.

16 This solution is established by various formulas in most of the new Hague Conventions which govern exclusively questions of applicable law.⁴ The text adopted in the present Convention is new, and it avoids the allusion to the absence of a condition of reciprocity which appeared in some earlier texts; those texts have been criticised as capable of giving rise to misunderstanding, or even to constitutional difficulties, in countries where a court may, on a question of application of a convention, verify whether reciprocity is accorded.

Application of the Convention's rules being devoid of any element of reciprocity, the Convention may thus be opened without restriction to accession by all non-Member States of the Conference (article 25).

b The scope of application *ratione materiae*

17 The delimitation of the scope *ratione materiae* entails certain difficulties, which one has endeavoured to resolve in article 1, without failing to recognise that it is impossible

¹ Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, of 15 June 1955, article 1, first paragraph.

² Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions, of 15 November 1965, article 2, sub-paragraph b.

³ For the reasons for this solution, see in particular the Reports of Mr. M. Verwiltgen on the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, of October 1, 1973, and the preliminary draft Convention on Obligations alimentaires, Nos 19-24, p. 103 and Nos 134-135, p. 439.

⁴ See the Report of the Special Commission, No 61.

qu'il est impossible de parvenir à une délimitation absolument nette. Ce sont surtout les droits successoraux du conjoint survivant qui ont donné lieu à des discussions approfondies lors de la Treizième session. L'on a notamment signalé nombre de droits résultant pour une personne du décès de son conjoint qui n'entrent ni dans le régime matrimonial, ni dans les successions. Il en est ainsi des droits découlant de la législation sur le travail ou sur les assurances sociales, ou des droits d'un époux contre l'auteur d'un acte illicite commis sur la personne de l'autre époux, ainsi que, peut-être, de certains droits d'auteur. Beaucoup de Délégués ont également estimé que les droits résultant d'assurances sur la vie n'entraient ni dans l'une, ni dans l'autre catégorie.¹ Il semble que la loi du régime devra dire, comme elle le fait pour les donations entre époux, si et dans quelle mesure les primes payées et les bénéfices reçus en vertu d'un contrat d'assurance sur la vie entrent dans la liquidation du régime matrimonial.

18 La Conférence a tenté d'élargir l'exclusion de l'article premier, chiffre 2, en visant, outre les droits successoraux, tous les droits résultant du décès d'un époux, sauf ceux prévus par un contrat de mariage. Elle s'est cependant rendu compte que l'exclusion serait alors trop large, le décès étant dans bien des systèmes déterminant pour le mode de liquidation du régime, qui n'est pas en cas de décès le même qu'en cas de divorce.²

On s'en est donc tenu à l'exclusion des droits successoraux, dont la délimitation d'avec ceux fondés sur le régime matrimonial peut évidemment poser des problèmes dans certains cas.³

19 La seule divergence de fond qui s'est manifestée quant au champ d'application *ratione materiae* porte sur l'application ou la non-application de la loi désignée par la Convention aux rapports entre les époux et les tiers.⁴

c Autres dispositions relatives au champ d'application

20 Pour le champ d'application dans le temps, l'on s'en est tenu à une solution prudente, mais il est loisible aux Etats contractants d'étendre à cet égard la portée des règles conventionnelles (article 21).

21 En ce qui concerne les conflits de conventions, l'on a repris à l'article 20 la formule la plus souple possible, qui figurait déjà à l'article 19 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, du premier octobre 1973. En fait, ce que l'on entendait réserver, ce sont, d'une part les Conventions existantes (par exemple la *Convention concernant les conflits de lois relativement aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux*, signée à La Haye le 17 juillet 1905, dans les rapports avec les Etats qui n'auraient pas conclu la nouvelle Convention),

¹ Toutefois, on a fait observer que, selon le droit du Québec et un projet de la province d'Ontario, le bénéfice d'une police d'assurance sur la vie serait compris dans une communauté différée au décès (P.-v., No 3).

² On a notamment signalé à ce propos les propositions d'un Comité d'Experts danois, selon lesquelles en cas de décès, la liquidation aurait toujours lieu selon le système de la communauté, alors qu'un contrat de séparation de biens n'aurait d'effet qu'en cas de divorce ou de séparation de corps (P.-v., No 3).

³ Voir Rapport de la Commission spéciale, No 62.

⁴ Voir à ce propos *infra* Nos 100-101 et le Rapport de la Commission spéciale, Nos 64-68.

to attain a clear-cut delimitation. It was, above all, the succession rights of a surviving spouse which gave rise to profound discussions during the Thirteenth Session. Attention was drawn, in particular, to a number of rights falling either within the matrimonial property regime or under the succession. Such is the case with rights flowing from employment or social security legislation, or rights of a spouse against the author of an unlawful act committed against the person of the other spouse, as well as, perhaps, certain rights of authors. Many Delegates also thought that the rights arising from life assurance contracts fell within neither category.¹ It seems that the law governing the regime will have to say, as it does in the case of gifts between spouses, whether and to what extent the premiums paid and the benefits received under a contract of life assurance fall within the winding-up of the matrimonial property regime.

18 The Conference thought to enlarge the scope of the exclusion contained in article 1, sub-paragraph 2, by referring, not only to succession rights, but to all rights arising upon the death of a spouse, other than those provided for by a marriage contract. It was however realised that the exclusion will thus be too large, death being in many legal systems determinative of the method of winding-up of the regime, which in the event of death is not the same as that upon divorce.²

The exclusion was restricted, accordingly, to succession rights, the delimitation of which from those founded upon the matrimonial property regime may evidently pose problems in certain cases.³

19 The only fundamental divergence that appears with regard to the scope of application *ratione materiae* emerges with the application or the non-application of the law designated by the Convention to relations between the spouses and third parties.⁴

c Other provisions relating to the scope of application

20 For the scope of application in regard to time, a prudent solution has been adopted, but it is open to the Contracting States to broaden the reach of the Convention's rules (article 21).

21 With regard to conflicts between conventions, one has returned in article 20 to the most flexible formula possible, which appeared earlier as article 19 of the *Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations* of 1 October 1973. In fact, as to what it was intended to reserve, these are, on the one hand, the existing Conventions (for example, the *Convention concerning the Conflicts of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses inter se and on the Spouses' Property*, signed at The Hague on 17 July 1905, in relation to the States which will not have concluded the new Convention), as well as future

¹ However, it was pointed out that, according to the law of Québec and a draft of the Province of Ontario, the benefit of a life assurance policy would, at death, be included in a deferred community of property (*Protes-verbal*, No 3).

² Attention was drawn in this connection to the proposals of a committee of Danish Experts, according to which in the event of death, the dissolution would take place always according to the community of property system, whereas a contract of separation of property would have effect only in the event of divorce or judicial separation (*Protes-verbal*, No 3).

³ See the Report of the Special Commission, No 62.

⁴ See in this connection *infra* Nos 100-101 and the Report of the Special Commission, Nos 64-68.

ainsi que des conventions bilatérales ou régionales futures. En particulier, les Etats nordiques entendaient maintenir la possibilité d'aménager dans leurs rapports un régime particulier. La règle de l'article 20 fut adoptée en séance plénière, alors que la Commission avait adopté une formule plus restrictive qui ne réservait que les conventions régionales visant les époux ressortissants des Etats parties à la convention régionale et ayant leur résidence habituelle sur le territoire de ceux-ci.¹

22 Les articles 16 et 19 résolvent certaines difficultés dues à l'application du droit d'un Etat à système juridique composé. Il convient de relever que ces dispositions, reprises pour l'essentiel de l'avant-projet, sont le fruit d'efforts considérables de la Commission spéciale et semblent constituer un progrès substantiel dans ce domaine.²

Section B – La structure et la terminologie de la Convention

1 La structure de la Convention

23 Les articles 1 et 2 définissent le champ d'application matériel de la Convention et son caractère universel, les articles 16–21 ont trait aux Etats composés, aux rapports avec d'autres conventions et à l'application dans le temps. Les articles 3 et 6 fixent les rattachements subjectifs au moment du mariage et ultérieurement, tandis que les articles 10–13 ont trait aux modalités et à la forme de la désignation de la loi applicable, ainsi qu'à la forme du contrat de mariage. Les articles 4, 5 et 15 se rapportent au rattachement objectif, les articles 7 et 8 aux modifications de celui-ci et à leur effet. L'article 9 est relatif aux rapports avec les tiers, l'article 14 contient la clause habituelle d'ordre public, les articles 28–31 les clauses finales.

2 La terminologie utilisée

a Observations générales

24 La Convention ne contient pas de définitions des termes tels que «régime matrimonial», «résidence habituelle», «contrat de mariage» dont se servent ses règles de conflits. Elle suit ainsi une tradition éprouvée de la Conférence de La Haye, de telles définitions ne conduisant le plus souvent qu'à déplacer la difficulté qu'elles sont censées résoudre.

25 Signalons toutefois que l'article 15 précise ce qu'il faut entendre, pour les besoins du rattachement objectif, par «nationalité commune»; celle-ci n'est en effet prise en considération que si son acquisition répond à certains critères.³

26 Il convient de rappeler dans ce contexte que les termes utilisés dans une convention internationale doivent être interprétés d'une façon autonome, conformément au but et à l'objet de la Convention, et non pas selon le sens spécial qu'ils peuvent avoir dans une législation particulière.

b Remarques de détail sur quelques termes

27 A l'instar de conventions antérieures, la Convention parle de «loi interne» pour exprimer l'idée que le renvoi

bilateral and regional conventions. In particular, the Nordic States intend to maintain the possibility of arranging between themselves a particular regime. The rule contained in article 20 was adopted in the Plenary Session, whereas the Commission had adopted a more restrictive formula which reserved only regional conventions relating to spouses belonging to States parties to the regional convention and having their habitual residence on their territories.¹

22 Articles 16 and 19 resolve certain difficulties of application of the law of a State having a composite legal system. It is appropriate to note that these provisions, taken over in the main from the Preliminary Draft, are the result of considerable efforts by the Special Commission and appear to constitute a considerable advance in this sphere.²

Section B – The structure and terminology of the Convention

1 The structure of the Convention

23 Articles 1 and 2 define the material scope of application of the Convention and its universal character, articles 16–21 deal with composite States, with relationships to other conventions and with application in relation to the time factor. Articles 3 and 6 establish the subjective connecting factors applicable at the time of marriage or subsequently, whereas articles 10–13 deal with the manner and the form of the designation of the applicable law, as well as with the form of the marriage contract. Articles 4, 5 and 15 relate to the objective connecting factor, articles 7 to 8 to modifications thereto and to the effect thereof. Article 9 concerns relations with third parties, article 14 contains the customary public policy clause, articles 28–31 the final clauses.

2 The terminology employed

a General observations

24 The Convention does not contain definitions of terms such as 'matrimonial property regime', 'habitual residence', 'marriage contract', used in its conflict rules. It follows thus a well-tested tradition of the Hague Conference, such definitions leading more often than not only to shift the difficulty which they are supposed to resolve.

25 It should be pointed out, however, that article 15 states what must be understood, for the requirements of the objective connecting factor, by 'common nationality'; this is indeed to be taken into consideration only if its acquisition meets certain criteria.³

26 It is appropriate to recall in this context that the terms employed in an international convention ought to be interpreted in an autonomous manner, in conformity with the purpose and the object of the Convention, and not according to any special sense that they might have in a particular legal system.

b Specific comments on some terms

27 After the manner of preceding conventions, the Convention speaks of 'internal law' to indicate that renvoi is

¹ P.-v. No 3, P.-v. No 12, P.-v. No 14, séance plénière P.-v. No 2 et Doc. trav. No 4.
² Voir Rapport de la Commission spéciale, Nos 134–137.
³ Voir *infra* Nos 48–51.

¹ *Präzisionswörter* Nos 3, 12 and 14, Plenary Session *Präzisionswörter* No 2, Working Document No 4.
² See the Report of the Special Commission, Nos 134–137.
³ See *infra* Nos 48–51.

est exclu. Afin d'éviter des répétitions fastidieuses, le mot «interne» a été omis là où on se référerait simplement à une loi déjà applicable en vertu d'une autre disposition (par exemple à l'article 7, alinéa 3, chiffre 3).

28 Le terme le plus approprié pour rendre en anglais la notion de «régimes matrimoniaux» n'a pas fait l'unanimité des Délégués anglophones. Certains eussent préféré parler de *matrimonial property matters* ou *matrimonial property* tout court, plutôt que de *matrimonial property regimes*. Toutefois, une grande majorité a en fin de compte estimé ce dernier terme acceptable.

29 Par «époux» au sens de la Convention, il faut entendre également les futurs époux dans les dispositions, qui visent la désignation de la loi applicable avant le mariage.

30 Les termes «leurs biens» (*their property*) figurant dans diverses dispositions doivent être interprétés comme comprenant non seulement les actifs, mais également les passifs.

CHAPITRE II – LE RATTACHEMENT SUBJECTIF

Section A – Le principe de l'autonomie et son étendue

1 Le principe de l'autonomie

31 La Convention prévoit, à titre principal, l'application au régime matrimonial de la loi choisie par les époux. Ce n'est qu'en second lieu, à défaut de pareil choix, qu'elle énonce des critères de rattachement objectifs.

La place faite à l'autonomie de la volonté constitue la principale innovation de la Convention et sa portée est d'autant plus grande que tous les Etats représentés ont marqué leur accord sur ce point.

32 On rappellera que si certains pays, notamment la France, ont toujours appliqué aux régimes matrimoniaux la loi choisie par les époux, ou celle qu'ils sont présumés avoir choisie, toute autonomie est au contraire exclue dans beaucoup d'autres systèmes. En particulier, les codifications d'Europe continentale ont mis l'accent sur le fait que le régime matrimonial fait partie du droit de famille et l'ont soumis, comme les autres matières du droit de famille, à des rattachements objectifs fixes. La loi nationale du mari a été retenue par nombre de codifications.

Au cours des dernières décennies, l'idée du recours à l'autonomie de la volonté a au contraire gagné beaucoup de faveur en matière de régime matrimonial, comme d'ailleurs pour les successions. A l'appui d'un recours à l'autonomie des parties, on peut invoquer les motifs qui, de manière générale, tant en droit interne qu'en droit international privé, conduisent à tenir compte le plus largement possible de la volonté des intéressés lorsque seuls des intérêts pécuniaires sont en jeu. En matière de régime matrimonial, ce système est le plus apte à assurer la certitude sur la loi applicable et le respect de celle-ci dans tous les Etats contractants. Il donne aussi aux époux la possibilité, dans nombre de cas, de soumettre leur régime matrimonial à la loi qui régira leur succession. Cela permet d'éviter les inconvénients bien connus qui résultent de l'application de lois différentes à ces deux questions.

33 Dans le contexte de la Conférence de La Haye, cette solution est particulièrement utile puisqu'elle permet de concilier les principes du domicile et de la nationalité. Elle ouvre aussi la possibilité d'adapter le régime matrimonial à des circonstances nouvelles tout en évitant les

excluded. In order to avoid tedious repetition, the word 'internal' has been omitted where the reference is simply to a law already applicable by virtue of another provision (for example, article 7, third paragraph, sub-paragraph 3).

28 The most suitable term for rendering into English the notion of '*regimes matrimoniaux*' did not receive the unanimous accord of the English-speaking Delegates. Certain of them would have preferred to speak of 'matrimonial property matters' or simply 'matrimonial property', rather than of 'matrimonial property regimes'. However, a sizable majority finally regarded this last term as acceptable.

29 By 'spouses' in the sense of the Convention, one must, in the provisions which contemplate the designation before marriage of the applicable law, understand equally the future spouses.

30 The term 'their property' (*leurs biens*) appearing in various provisions ought to be interpreted as embracing not only assets, but also liabilities.

CHAPTER II – THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR

Section A – The principle of autonomy and its reach

1 The principle of autonomy

31 The Convention provides, as the principal rule, for the application to the matrimonial property regime of the law chosen by the spouses. It is only as an alternative, in the absence of such choice, that it specifies objective connecting factors as criteria.

The position accorded to party autonomy constitutes the principal innovation of the Convention and its significance is all the more great as all the represented States have indicated their agreement on this point.

32 One will recall that although certain countries, notably France, have always applied the law chosen by the spouses, or that which they are presumed to have chosen, to matrimonial property regimes, in most other legal systems, on the contrary, all autonomy is excluded. In particular, the codifications of continental Europe have put the emphasis on the fact that the matrimonial property regime forms part of family law and is subjected, as with the other matters of family law, to fixed objective connecting factors. The national law of the husband has been adopted in a number of codifications.

In the course of the last decades, the idea of recourse to party autonomy has, on the contrary, gained increased favour in matters of matrimonial property, as it has moreover for succession. As an argument in support of recourse to party autonomy, one may invoke the reasons that, in a general way, as much in domestic law as in private international law, lead to taking into account to the greatest extent possible the intention of the parties concerned when only pecuniary interests are involved. In relation to matrimonial property regimes, this system is the most apt to insure certainty as to the applicable law and to insure its respect in all the Contracting States. It gives to the spouses also the possibility, in a number of cases, of submitting their matrimonial property regime to the law that will govern their succession. This permits avoidance of the well-known disadvantages that result from the application of different laws to these two questions.

33 In the context of the Hague Conference, this solution is particularly useful since it permits the principles of domicile and nationality to be reconciled. It opens also the possibility of adapting the matrimonial property regime to new circumstances while avoiding the disadvantages of 'auto-

inconvenients de la «mutabilité automatique» de la loi applicable au régime matrimonial.

2 L'étendue de l'autonomie

a Le choix de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle d'un époux

34 Si l'accord a été général sur le principe de l'autonomie, personne n'a proposé d'étendre celle-ci aussi loin qu'en a au contraire été d'avis qu'il convient de ne donner aux époux qu'une option entre plusieurs lois avec lesquelles ils ont des attaches. La Commission spéciale avait songé à donner une certaine prépondérance à une loi qui serait en même temps la loi nationale et la loi de la résidence habituelle d'un époux. En fin de compte, cette idée n'a pas été retenue et le principe est que les époux peuvent choisir sur le territoire de la désignation. Le fondement de l'application d'une loi déterminée étant ici la volonté commune des époux, la solution échappe aux objections que l'on peut élever contre un rattachement objectif reposant sur un élément n'existant que chez l'un des époux. Signalons de la loi nationale lorsque les deux époux ont eu leur résidence habituelle dans un autre Etat avant le mariage, et l'y maintiennent après celui-ci.¹

b La loi de la future résidence habituelle

35 L'avant-projet prévoyait déjà la possibilité pour les époux de choisir la loi du pays où ils établiraient leur résidence habituelle après le mariage et de se soumettre ainsi à la loi du milieu dans lequel ils vivraient. Le principe de ce rattachement n'a pas été mis en cause, mais il n'a pas été facile de définir cette possibilité de choix de manière appropriée. L'avant-projet (article 3, alinéa 2, lettre c) contenait la formule suivante: «la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont décidé de fixer leur résidence habituelle, à la condition qu'ils l'y établissent immédiatement après le mariage».

36 Ce texte a rencontré diverses critiques. Certains Délégués étaient d'avis qu'il fallait retenir un critère purement subjectif. On se serait fondé uniquement sur le fait que les époux avaient choisi la loi d'un pays où ils avaient avant ou au moment du mariage l'intention de s'établir. Ce choix devait être valable, même si par la suite cette intention ne se réalisait pas. Selon une autre opinion, le choix ne devait être valable, à défaut d'établissement effectif de la résidence habituelle, que si les époux étaient empêchés d'établir leur résidence habituelle pour des motifs indépendants de leur volonté, mais non pas s'ils avaient simplement changé d'idée. A cette solution subjective l'on reprocha qu'elle aurait permis pratiquement de choisir n'importe quelle loi, étant donné la difficulté d'établir le défaut d'intention des époux de se fixer dans le pays dont ils avaient désigné la loi. Cela amena d'autres délégations à proposer un système objectif, dans lequel le critère pour la validité de la désignation est l'établissement effectif, après le mariage d'une résidence habituelle

¹ Doc. trav. No 8, P.-V. No 4.

matic mutability' of the law applicable to the matrimonial property regime.

2 The reach of autonomy

a The choice of the national law or of the law of the habitual residence of a spouse

34 Although agreement was general on the principle of autonomy, no one proposed extending autonomy so far as it has been extended, for example, in matters of sales contracts. The Conference was, on the contrary, of the opinion that it is desirable to give to the spouses only an option between several laws with which they have ties. The Special Commission had considered giving a certain preponderance to a law which turned out to be at the same time the national law and the law of the habitual residence of a spouse. In the end, that idea was not adopted, and the principle is that the spouses may choose the law of any State of which one of them is a national or on the territory of which one of them has established habitual residence, at the time of the designation. The basis for the application of a definite law being here the common intention of the spouses, the solution avoids the objections that may be raised against an objective connecting factor resting upon an element existing only in relation to one of the spouses. It may be pointed out, finally, that a proposal was withdrawn, which excluded the choice of the national law when both spouses have had their habitual residence in another State before the marriage, and maintain it there afterwards.¹

b The law of the future habitual residence

35 The Preliminary Draft already provided the possibility for the spouses to choose the law of the country where they will establish their habitual residence after marriage and thus submit themselves to the law of the environment in which they will live. The principle of this connecting factor was not questioned, but it was not easy to define this possibility of choice in an appropriate manner. The Preliminary Draft (article 3, second paragraph, sub-paragraph c) contained the following formula: 'the law of the State where both spouses have decided to establish habitual residence, if they actually establish habitual residence there immediately after marriage'.

36 This text encountered various criticisms. Certain Delegates were of the opinion that it should retain a purely subjective criterion. It should be based entirely on the fact that the spouses have chosen the law of a country where, before or at the time of the marriage, they had the intention to settle. That choice should be valid, even if afterwards that intention was not realised. According to another view, the choice ought to be valid, in the absence of effective establishment of the habitual residence, only if the spouses have been prevented from establishing their habitual residence by reasons independent of their volition, but not if they have simply changed their mind. One may criticize this subjective solution in that it would permit in practice the choice of any law whatever, given the difficulty of establishing the absence of the spouses' intention to settle in the country whose law they have designated. That led other delegations to propose an objective system, in which the criterion of validity of the designation is the effective establishment, after the marriage, of an habitual residence in the

¹ Working Document No 8, *Procs-Verbal* No 4.

dans l'Etat de la loi désignée par les époux. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de rechercher si les époux ont la volonté de s'établir dans le pays en question. La Commission de la Treizième session se rallia à cette manière de voir.

37 L'on estima aussi qu'il est excessif d'exiger que les deux époux établissent leur résidence habituelle après le mariage dans le pays dont la loi a été désignée, et qu'ils le fassent immédiatement. Au contraire il suffit que l'un des époux établisse sa résidence habituelle dans ce pays, même après un certain temps, pour que le choix déploie ses effets. L'on cita à ce propos l'exemple d'époux projetant d'établir leur résidence habituelle dans un pays où le mari a un emploi. Qu'en serait-il alors si, pour des raisons pratiques, le mari se rendait d'abord dans le pays en question et y établissait sa résidence habituelle, alors que son épouse ne le suivrait qu'au bout de six mois ou un an? En pareil cas, il n'y aurait pas de raison pour que la loi du nouveau pays, choisie par les deux époux, et qui est effectivement devenue la loi de la résidence habituelle de l'un d'eux, ne puisse pas s'appliquer.

c L'unité du régime matrimonial

38 La liberté de choix des époux trouve une limite dans le principe de l'unité du régime matrimonial. La seule dérogation à ce principe est la faculté, pour les époux, de soumettre chaque immeuble à sa *lex rei sitae*. Pour le reste, ils ne peuvent limiter la loi choisie ni à une partie de leur fortune, ni aux biens qu'ils acquerront après le choix.¹

d Le moment du choix

39 La Conférence n'a nullement restreint dans le temps la possibilité de choisir la loi applicable. Ce choix peut avoir lieu, en application de l'article 3, avant le mariage. Mais les époux ont aussi la possibilité, à n'importe quel moment après le mariage, soit de modifier un choix antérieur, soit de faire pour la première fois une désignation de la loi applicable qui remplacera la loi qui régissait jusqu'alors le régime matrimonial, en vertu de critères objectifs (article 6). Toutefois, la possibilité de choisir la loi d'une résidence habituelle future, ouverte en vertu de l'article 3, alinéa 2, chiffre 3, n'est plus donnée en cours de mariage.

40 La Treizième session a précisé la délimitation entre les articles 3 et 6 en parlant, dans le premier, de désignation «avant le mariage». En effet, la formule «au moment du mariage» utilisée par l'article 3 de l'avant-projet pouvait être comprise dans des sens divergents. Selon le Rapport de la Commission spéciale², ce choix pouvait se faire dans un certain délai avant ou après le mariage. Certains Délégués avaient au contraire compris que le choix devait intervenir au plus tard au moment du mariage, solution qui a été retenue.³

Section B - Les modalités du choix de la loi applicable et les règles de forme

41 La désignation de la loi applicable au régime matrimonial se rapproche du contrat de mariage du droit

¹ Voir aussi *infra* No 72.
² No 70.
³ P.-v. No 3.

State of the law designated by the spouses. In this perspective, it is not necessary to investigate whether the spouses had the intention to settle in the country in question. The Commission of the Thirteenth Session concurred in this point of view.

37 It was considered also that it was excessive to require that both spouses establish their habitual residence after the marriage in the country whose law has been designated, and that they do so immediately. To the contrary, it suffices that one of the spouses establish habitual residence in that country, even after a certain lapse of time, for the choice to have effect. One may cite in this regard the example of spouses planning to establish their habitual residence in a country where the husband has employment. What would be the situation then if, for practical reasons, the husband repaired at once to the country in question and there established his habitual residence, whereas his spouse followed him only after six months or a year? In such a case, there would be no reason for the law of the new country, chosen by both spouses, and which has become effectively the law of the habitual residence of one of them, not to apply.

c Unity of the matrimonial property regime

38 The freedom of choice of the spouses is limited by the principle of the unity of the matrimonial property regime. The only derogation from this principle is the option, for the spouses, to submit each immovable to its *lex rei sitae*. For the rest, they may limit the law chosen neither to a part of their wealth nor to property that they will acquire after the choice.¹

d The moment of choice

39 The Conference in no way restricted, in so far as time is concerned, the possibility of choosing the applicable law. This choice may take place, by virtue of article 3, before the marriage. But the spouses have also the possibility, at any time after the marriage, either to modify the previous choice, or for the first time to designate the applicable law, which will replace the law which, by virtue of objective criteria, governed the matrimonial property regime until then (article 6). However, the possibility to choose the law of a future habitual residence, made available by virtue of article 3, second paragraph, sub-paragraph 3, exists only during the course of the marriage.

40 The Thirteenth Session has specified the delimitation between articles 3 and 6 by speaking in the former of designation 'before marriage'. Indeed, the phrase 'at the time of marriage' employed by article 3 of the Preliminary Draft may be understood in various ways. According to the Report of the Special Commission,² that choice may be made within a certain period of time before or after the marriage. Certain Delegates had understood, on the contrary, that the choice had to take place at the time of marriage at the latest, which was the solution adopted.³

Section B - The manner of choice of the applicable law and the rules as to form

41 The designation of the law applicable to the matrimonial property regime bears comparison with the marriage

¹ See also *infra* No 72.
² No 70.
³ *Procs.-verbal* No 3.

interne, lequel permet aussi aux époux, dans une mesure qui varie fortement selon les législations, d'aménager leurs rapports patrimoniaux selon leur convenance. Cependant, les effets d'une désignation de la loi applicable iront dans la plupart des cas plus loin que ceux d'un contrat de mariage du droit interne. Il était nécessaire de régler dans la Convention les modalités du choix. Étant donné l'importance de la désignation de la loi applicable, il a aussi - à la différence de la Convention de 1955 sur la vente - paru opportun de la soumettre à certaines exigences de forme. Un peu sur la même lancée, l'on a réglé de manière générale la forme du contrat de mariage en droit international privé. Les articles 10-13 ont trait à ces diverses questions.

42 La seule modification de fond qui ait été apportée aux règles de l'avant-projet (articles 14 et 15)¹ dans ce domaine concerne la forme du contrat de mariage. La Treizième session a écarté une proposition visant à ne pas régler du tout dans la Convention la forme du contrat de mariage, mais seulement celle de la désignation de la loi applicable.² Elle a au contraire inclus dans l'article 12 une règle supplémentaire de droit international privé matériel: le contrat de mariage peut répondre soit aux exigences de la loi applicable au régime matrimonial, soit à la loi du lieu où le contrat a été passé, mais il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux. L'avant-projet ne posait cette exigence que pour la désignation de la loi applicable faite selon une loi qui ne connaît pas de forme particulière pour le contrat de mariage (article 15, alinéa 3, de l'avant-projet).

43 Il s'ensuit que la désignation de la loi applicable doit toujours faire au moins l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux, alors que, selon l'avant-projet (en théorie du moins), elle aurait pu revêtir la forme orale, si celle-ci avait été prévue pour les contrats de mariage par la loi du régime ou la *lex loci actus*. La Treizième session a, en revanche, rejeté une proposition d'exiger l'authentification de l'écrit daté et signé par les deux époux.³

44 La Conférence a également rejeté une proposition visant à préciser que la désignation de la loi applicable pourrait résulter indubitablement, non seulement des dispositions d'un contrat de mariage, mais aussi de celles d'un autre contrat, en particulier d'un contrat relatif à des immeubles.⁴ En revanche, la stipulation expresse désignant la loi applicable peut sans doute, à condition qu'elle remplisse les conditions de forme prévues par l'article 13, figurer dans un autre acte juridique entre les époux.⁵

CHAPITRE III - LE RATTACHEMENT OBJECTIF

1 Les points de rattachement

45 Pour le rattachement subjectif, il a été possible d'ouvrir une option entre diverses lois désignées par des circonstances de rattachement (nationalité, résidence habituelle) données pour un seul des époux, l'application d'une loi déterminée étant fondée sur la volonté commune des parties.

¹ Voir Rapport de la Commission spéciale, Nos 124-132.
² Doc. trav. No 4, P.-v. No 12.
³ P.-v. No 12.
⁴ P.-v. No 12.
⁵ P.-v. No 12. Doc. trav. No 20.

contract of internal law, which also permits the spouses, to a degree that varies greatly according to the legal systems, to organize their property relationships according to their convenience. Nevertheless, the effects of a designation of the applicable law will, in the greater number of cases, extend farther than those of a marriage contract under internal law. It was necessary to regulate in the Convention the manner of the choice. Given the importance of the designation of the applicable law, it also seemed desirable - varying from the Sales Convention of 1955 - to subject it to certain formal requirements. Following the same line of reasoning, the form of the marriage contract has been regulated in a general way in private international law. Articles 10-13 deal with these diverse questions.

42 The only fundamental modification that has been brought to the rules of the Preliminary Draft (articles 14 and 15)¹ on this matter concerns the form of the marriage contract. The Thirteenth Session rejected a proposal not to deal at all in the Convention with the form of the marriage contract, but only with that of the designation of the applicable law.² The Commission included, on the contrary, in article 12 a supplementary rule of substantive private international law: the marriage contract may comply either with the requirements of the law applicable to the matrimonial property regime, or to the law of the place where the contract has been entered into, but it must always be an instrument in writing, dated and signed by both spouses. The Preliminary Draft placed this requirement only on the designation of the applicable law done according to a law that does not have a particular form for the marriage contract (article 15, third paragraph, of the Preliminary Draft).

43 It follows that the designation of the applicable law must always as a minimum be in writing, dated and signed by both spouses, whereas, according to the Preliminary Draft (in theory at least), it could have assumed the oral form, if that had been provided as a form for marriage contracts in the law of the regime or in the *lex loci actus*. The Thirteenth Session, on the other hand, rejected a proposal to require authentication of the instrument in writing, dated and signed by both spouses.³

44 The Conference rejected likewise a proposal specifying that the designation of the applicable law might arise by necessary implication, not only from the terms of a marriage contract, but also from those of another contract, in particular a contract relating to immovable property.⁴ On the other hand, the express stipulation designating the applicable law may undoubtedly, on condition that it complies with the formal requirements specified in article 13, appear in another legal instrument between the spouses.⁵

CHAPTER III - THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR

1 The points of connection

45 For the subjective connecting factor, it was possible to open up an option between various laws designated by the connecting circumstances (nationality, habitual residence) given for one of the spouses, the application of a specific law being based on the common intention of the parties.

¹ See the Report of the Special Commission, Nos 124-132.
² Working Document No 4, *Process-verbal* No 12.
³ *Process-verbal* No 12.
⁴ *Process-verbal* No 12. Working Document No 20.
⁵ *Process-verbal* No 12.

En revanche, pour le rattachement objectif, on s'est d'emblée accordé pour admettre que seuls des éléments communs aux deux époux pouvaient entrer en ligne de compte et que l'on ne saurait, comme le font encore bien des systèmes nationaux, tabler sur la nationalité du mari. Cela a amené à retenir comme rattachement, d'une part, la nationalité commune des époux et, d'autre part, leur résidence habituelle commune, plus exactement leur résidence habituelle dans un même Etat. A défaut de l'un et l'autre de ces points de rattachement, la loi applicable sera déterminée compte tenu de toutes les circonstances (article 4, alinéa 3).

a La résidence habituelle des époux dans un même Etat

46 Ce rattachement s'imposait comme expression du principe du domicile. La plupart des Délégués étaient d'avis que la notion de «résidence habituelle» avait fait ses preuves dans d'autres Conventions de La Haye et qu'il convenait de laisser à la doctrine et à la jurisprudence le soin de la préciser. La Conférence a rejeté une proposition tendant à introduire une règle spéciale sur la résidence habituelle des fonctionnaires internationaux et des militaires.¹

47 La Convention ne table pas sur une résidence habituelle effectivement commune aux époux, il suffit que ceux-ci aient leur résidence habituelle dans un même Etat, ou dans le cas d'un Etat composé, dans une même unité territoriale (article 17).

b La nationalité commune

48 Alors que l'avant-projet connaissait des notions différentes de nationalité commune qui variaient selon les dispositions (comparer l'article 4, alinéa 2, lettre *a* à l'article 4, alinéa 3), la Treizième session s'est mise d'accord sur une notion unique. Les dispositions définissant la nationalité commune ont ainsi pu être réunies dans un article distinct (article 15).

49 Pour l'application de certaines dispositions de la Convention, il était d'emblée évident que l'on ne pouvait pas tenir compte du cas où les époux auraient plus d'une nationalité commune. C'est notamment le cas pour la déclaration prévue par l'article 5. Les époux ayant plusieurs nationalités communes seraient tombés sous le coup de plusieurs déclarations et il aurait été très difficile d'établir des critères fixant laquelle devait prévaloir. Il était concevable de tenir compte de plusieurs nationalités communes dans d'autres cas, par exemple dans celui du rattachement subsidiaire à défaut de résidence habituelle commune (article 4, alinéa 2, chiffre 3). Mais ici encore, le choix entre les deux nationalités communes aurait dû se faire en vertu d'autres critères. Il a dès lors paru préférable de faire tomber ce cas dans la règle «résiduelle» de l'article 4, alinéa 3.

50 Aussi la Conférence a-t-elle décidé de ne tenir compte de manière générale du rattachement à la loi nationale commune que lorsque celle-ci est unique. La seule exception, prévue à l'article 15, alinéa 2 pour l'application de l'article 7, alinéa 2, chiffre premier, concerne des époux ayant leur résidence habituelle dans un Etat qui est en

¹ P.-v. No 4, P.-v. No 5, P.-v. No 7, P.-v. No 12.

On the other hand, for the objective connecting factor, it was at once agreed that only factors common to both spouses might enter into account and that one could not rely on, for example, as many national legal systems still do, the nationality of the husband.

That led the Thirteenth Session to keep as connecting factors, on the one hand, the common nationality of the spouses and, on the other, their common habitual residence, or more precisely their habitual residence in the same State. In the absence of one or the other of these points of connection, the applicable law will be determined in the light of all the circumstances (article 4, third paragraph).

a The habitual residence of the spouses in the same State

46 This connecting factor as an expression of the principle of domicile was compelling. Most of the Delegates were of the opinion that the notion of 'habitual residence' had proved itself in other Hague Conventions and that it was appropriate to leave the task of defining it to legal literature and to the case-law. The Conference rejected a proposal to introduce a special rule for the habitual residence of international officials and military personnel.¹

47 The Convention is not founded on habitual residence actually common to the spouses, it sufficing that they have their habitual residence in the same State, or in the case of a composite State, in the same territorial unit (article 17).

b The common nationality

48 Whereas the Preliminary Draft included differing concepts of common nationality, which varied from one provision to another (compare article 4, second paragraph, letter *a* and article 4, third paragraph), the Thirteenth Session reached agreement on a single concept. The provisions defining common nationality could therefore be brought together in a distinct article (article 15).

49 For the application of certain provisions of the Convention, it was at once apparent that it would not be possible to take account of cases where the spouses had more than one common nationality. This is so, in particular, for the declaration provided for in article 5. Spouses having several common nationalities would have come within the terms of several declarations and it would have been very difficult to establish the criteria determining which ought to prevail. To take account of several common nationalities was imaginable in other cases, for example, that of the subsidiary connecting factor in the absence of a common habitual residence (article 4, second paragraph, sub-paragraph 3). Yet here again, the choice between two common nationalities would have had to have been made by virtue of other criteria. Consequently, it appeared preferable to allow this case to fall under the 'residual' rule of article 4, third paragraph.

50 Thus the Conference decided to take account in a general way of the connection to the common national law only when there is only one such law. The only exception, provided for in article 15, second paragraph, for the application of article 7, second paragraph, sub-paragraph 1, concerns spouses having their habitual residence in a State

¹ *Procès-verbaux* Nos 4, 5, 7 and 12.

même temps celui de leur nationalité commune. Ce cumul de rattachements a paru assez fort pour emporter changement de la loi applicable, même si les époux ont encore une autre nationalité commune.

51 La Treizième session a d'autre part maintenu et généralisé l'idée que l'acquisition purement automatique ou possible d'opposition, ne créait pas une nationalité commune déterminante au sens de la Convention. Une telle nationalité commune n'exprime pas un lien suffisamment étroit avec une loi et sa prise en considération aurait le principe de l'égalité des époux. La Conférence a rejeté des propositions tendant à remplacer ou à compléter le critère de l'acquisition volontaire par celui de la perte de la nationalité antérieure.¹

2 *Le compromis entre le principe de la nationalité et le principe du domicile (résidence habituelle)*

52 Les précisions qui viennent d'être énoncées laissent intacte la traditionnelle opposition entre le principe de la nationalité et celui du domicile, sauf en ce qui concerne l'application de la loi nationale commune à défaut de résidence habituelle dans un même pays (article 4, alinéa 2, chiffre 3) qui n'était guère contestée.

53 Les arguments avancés pour le rattachement à la nationalité d'un côté, à la résidence habituelle de l'autre, sont généralement connus et il n'y a pas lieu de les reprendre ici. Signalement peut-être qu'on a relevé la différence existant entre, d'une part, les migrations européennes de travailleurs qui envisagent de retourner dans leur pays au bout de quelques années et, d'autre part, des migrations intercontinentales qui impliquent généralement une expatriation sans esprit de retour. On verra que le compromis atteint est surtout adapté au cas des migrations européennes. Les ouvriers migrants provenant principalement d'Etats du Sud de l'Europe attachés au principe de la nationalité resteront ainsi soumis à leur loi nationale commune tant avant leur départ qu'au cours de leur séjour à l'étranger, ainsi qu'après leur retour. Dans le cas des migrations intercontinentales, la possibilité donnée aux parties de choisir une autre loi, la mutabilité prévue par l'article 7, alinéa 2, chiffres 1 et 2 et, enfin, les délais relativement courts pour l'acquisition de la nationalité dans certains pays extra-européens pourraient atténuer les inconvénients que peut présenter, pour les pays d'immigration, l'application de la loi nationale commune.²

54 Comment le compromis a-t-il été réalisé? La Commission spéciale, dans laquelle les opinions étaient presque également divisées, choisit comme point de départ la loi promulguée de la résidence habituelle, mais introduisit, à titre de compromis, un système de déclaration qui figurait dans les articles 4 et 21 de son avant-projet.³

55 La Treizième session écarta à une nette majorité une proposition tendant à partir du principe de la nationalité. Elle maintint la solution permettant à un Etat d'imposer,

¹ P.-v. No 6, l'article 8, alinéa premier de l'avant-projet faisant appel à ce critère.

² Cf. P.-v. No 5.

³ Voir Rapport de la Commission spéciale, Nos 28-30.

which, at the same time, is that of their common nationality. This cumulation of connecting factors appeared sufficiently strong to bring about a change of applicable law, even if the spouses also have another common nationality.

51 The Thirteenth Session has, on the other hand, maintained and generalized the idea that the purely automatic acquisition by one spouse of the nationality of the other, without choice or possibility of objection, does not give rise to a determinative common nationality within the meaning of the Convention. Such a common nationality does not impart a sufficiently close connection with a law and taking it into consideration would run counter to the principle of the equality of the spouses. The Conference rejected proposals aimed at replacing or completing the criterion of voluntary acquisition by that of the loss of the prior nationality.¹

2 *The compromise between the principle of nationality and the principle of domicile (habitual residence)*

52 The particulars that have just been enunciated leave intact the traditional opposition between the principle of nationality and that of domicile, except as concerns the application of the common national law where there is no habitual residence in the same State (article 4, second paragraph, sub-paragraph 3), a point which was scarcely disputed.

53 The arguments put forward for the connecting factor of nationality on the one hand, and for habitual residence on the other, are well-known and they should not be taken up again here. It may perhaps be pointed out that attention has been drawn to the difference existing between, on the one hand, the European migrations of workers who envisage returning to their country after some years, and, on the other, intercontinental migrations which generally imply expatriation without intent to return. One will see that the compromise reached is particularly suitable to the case of European migrations. The migrant workers coming principally from the southern European States attached to the national law before their departure as well as during their sojourn abroad, and also after their return. In the case of intercontinental migrations, the possibility given to the parties to choose a different law, the mutability provided for by article 7, second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2 and, finally, the relatively short periods for acquisition of the nationality of certain countries outside of Europe might mitigate the disadvantages that the application of the common national law can present for the countries of immigration.²

54 How was compromise reached? The Special Commission, in which the views were almost equally divided, chose as the starting-point the law of the habitual residence, but introduced, as a compromise, a system of declarations which appeared in articles 4 and 21 of the Preliminary Draft.³

55 The Thirteenth Session dismissed by a clear majority a proposal aimed at making the start from the principle of nationality. It kept the solution permitting a State to

¹ *Procs.-verbal* No 6, Article 8, first paragraph, of the Preliminary Draft looked to this criterion.

² Cf. *Procs.-verbal* No 5.

³ See the Report of the Special Commission, Nos 28-30.

par une déclaration, l'application de sa loi interne à des époux ayant sa nationalité commune, et elle précisa les limites de validité de cette déclaration (articles 5, alinéa 2, et 15). Mais elle fit un pas de plus en direction des pays à principe de nationalité en prescrivant l'application de la loi nationale commune d'époux ressortissants d'un Etat non contractant, mais appliquant également le principe de la nationalité, si ces époux ont aussi leur résidence habituelle dans un Etat appliquant ce principe.

56 Il convient de signaler que la Treizième session a encore examiné une proposition visant à établir un compromis sur d'autres bases. La nationalité commune aurait été choisie comme point de départ, mais l'Etat sur le territoire duquel les époux auraient établi leur première résidence habituelle aurait pu faire une déclaration entraînant l'application de sa propre loi. Cette solution, bien qu'émanant de la délégation d'un Etat attaché à la nationalité, apparut finalement plus favorable à la résidence habituelle que le texte de l'avant-projet. Dans un vote, plus d'un tiers des délégations s'abstinrent; il y eut une voix de majorité en faveur de la proposition qui cependant fut ensuite retirée.¹

3 La mise en œuvre du compromis

57 Pour mettre en œuvre ce système de compromis, il faut identifier les Etats qui appliquent le principe de la nationalité. Pour les Etats contractants, cette identification est faite sans doute possible; ils doivent en effet, s'ils entendent voir appliquer la loi de la nationalité commune à leurs ressortissants, faire la déclaration prévue à l'article 5.

58 Ce système apporte une dérogation importante au principe de la résidence habituelle, ce en faveur du principe de la nationalité. Tout en acceptant cette solution de compromis, les Etats attachés au principe du domicile ont été d'avis qu'elle ne se justifiait pas si, avant le mariage, les époux étaient déjà fortement intégrés dans un pays, appliquant le principe du domicile et s'ils maintenaient, après le mariage, leur résidence habituelle dans ce pays. La Conférence a été d'avis qu'une résidence habituelle de chaque époux durant les cinq années précédant le mariage était nécessaire pour justifier cette exception; elle a rejeté une proposition visant à réduire encore l'effet de la déclaration.²

59 Pour les Etats non contractants, au contraire, on parle simplement d'Etat «... dont le droit international privé prescrit... l'application de la loi nationale». Cela signifie que le système de droit international privé de cet Etat conduit, dans le cas concret, à l'application de la loi nationale commune au sens de l'article 15. Peu importe, en revanche, que ce résultat soit atteint par un règle de conflits se référant à la nationalité commune ou à la nationalité d'un seul des époux.

60 Les alinéas premier et second, chiffres 1 et 2, de l'article 4 définissent donc les termes du compromis entre principe du domicile et principe de nationalité. L'alinéa 2, chiffre 3, prévoit le rattachement à la loi nationale commune

impose, by a declaration, the application of its internal law on spouses both having its nationality, and it defined the limits of validity of this declaration (articles 5, second paragraph, and 15). But it went somewhat further in the direction of the countries having the nationality principle by prescribing the application of the common national law of spouses belonging to a State which is non-Contracting, but which applies likewise the nationality principle, where such spouses also have their habitual residence in a State applying this principle.

56 It is appropriate to point out that the Thirteenth Session also examined a proposal aimed at establishing a compromise on other grounds. The common nationality would have been chosen as the starting-point, but the State on whose territory the spouses would have established their first habitual residence could have made a declaration bringing about the application of its own law. This solution, although emanating from the delegation of a State attached to the nationality principle, finally appeared more favourable to the States of the habitual residence than the text of the Preliminary Draft. On a vote, more than a third of the delegations abstained; there was a majority in favour of the proposal, which nevertheless, was then withdrawn.¹

3 Putting the compromise to work

57 In order to put this system of compromise to work, it is necessary to identify the States that apply the nationality principle. For the Contracting States, this identification is made without any doubt possible; indeed, they must, if they wish to see the application of the law of the common nationality to their countrymen, make the declaration provided for in article 5.

58 This system results in a significant derogation to the principle of habitual residence, in favour of the nationality principle. While accepting this compromise solution, the States attached to the domicile principle were of the opinion that it was not justified if, before the marriage, the spouses were already strongly integrated into a country applying the principle of domicile and, after the marriage, they maintained their habitual residence in that country. The Conference was of the opinion that habitual residence of each spouse during the five years preceding the marriage was necessary to justify that exception; it rejected a proposal to reduce further the effect of the declaration.²

59 For the non-Contracting States, on the contrary, the reference is simply to a State '... whose rules of private international law ... provide for the application of the law of their nationality'. This indicates that the system of private international law of that State leads, in a concrete case, to the application of the common national law within the meaning of article 15. It is of no importance, on the other hand, whether this result be reached by a conflicts rule referring to a common nationality or by a conflicts rule referring to the nationality of only one of the spouses.

60 The first paragraph, and sub-paragraphs 1 and 2 of the second paragraph of article 4, define, then, the terms of the compromise between the domicile principle and the nationality principle. Sub-paragraph 3 of the second paragraph

¹ Doc. trav. No 16, P.-v. No 6.
² P.-v. No 7.

¹ Working Document No 16, *Procs-verbals* No 6.
² *Procs-verbals* No 7.

à titre subsidiaire, faute de résidence habituelle des époux sur le territoire d'un même Etat.

4 *Résumé des cas où s'appliquent les divers rattachements*

a Application de la loi de la résidence habituelle:

61 - Lorsque les époux n'ont pas de nationalité commune au sens de l'article 15, mais ont leur résidence habituelle dans le même pays;

- lorsque la nationalité commune des époux est celle d'un Etat contractant qui n'a pas fait la déclaration de l'article 5 ou celle d'un Etat non contractant qui n'applique pas le principe de nationalité;

- lorsque les époux ont la nationalité commune d'un Etat contractant qui a fait la déclaration de l'article 5 et qu'ils ont tous deux eu leur résidence habituelle pendant cinq ans au moins avant le mariage dans un Etat, contractant ou non, qui n'applique pas le principe de la nationalité;

- lorsque les époux ont la nationalité commune d'un Etat non contractant dont le droit international privé conduit à l'application de la loi nationale commune, mais qu'ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage dans un Etat contractant qui n'a pas fait la déclaration de l'article 5 ou dans un Etat non contractant qui n'applique pas le principe de nationalité.

b Application de la loi nationale commune:

62 - Lorsque les époux ont une nationalité commune, mais n'ont pas leur résidence habituelle dans le même pays;

- lorsque l'Etat contractant de la nationalité commune a fait la déclaration de l'article 5 (sauf si l'article 5, alinéa 2, est applicable);

- lorsque cette nationalité commune est celle d'un Etat non contractant qui applique le principe de la nationalité et qu'en plus, les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage, soit dans un Etat contractant ayant fait la déclaration de l'article 5, soit dans un Etat non contractant qui applique le principe de la nationalité.

c Application de la loi avec laquelle le régime présente les liens les plus étroits:

63 - Lorsque les époux n'ont pas de résidence habituelle dans le même pays, et n'ont pas de nationalité commune, ou ont plusieurs nationalités communes.

5 *Les conséquences du système choisi*

64 La Convention a renoncé à imposer une règle de conflits unique, applicable à tous les époux. Alors que, selon les Conventions de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, de 1956 et 1973, la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments est toujours applicable (sous réserve des rattachements subsidiaires), la présente Convention distingue, pour les époux qui ont une nationalité commune, selon les Etats auxquels ils sont ainsi rattachés. L'uniformité des décisions sera réalisée, dans le cercle des Etats contractants, pour chaque cas concret: les époux déterminés seront partout soumis à la même loi. De plus, dans de nombreux cas, on assurera la concordance avec la solution admise dans l'Etat non contractant dont les époux ont la nationalité commune ou sur le territoire duquel ils ont tous deux leur résidence habituelle.

provides the link to the common national law on a subsidiary basis, in the absence of habitual residence of the spouses on the territory of the same State.

4 *Summary of cases where the various connecting factors apply*

a Application of the law of the habitual residence

61 - where the spouses do not have a common nationality in the sense of article 15, but do have their habitual residence in the same country;

- where the common nationality of the spouses is that of a Contracting State that has not made the article 5 declaration or that of a non-Contracting State which does not apply the principle of nationality;

- where both spouses are nationals of a Contracting State that has made the article 5 declaration and both spouses have had their habitual residence for a period of not less than five years preceding the marriage in a State, Contracting or non-Contracting, that does not apply the principle of nationality;

- where both spouses are nationals of a non-Contracting State, the private international law of which leads to the application of the common national law, but they establish their first habitual residence after marriage in a Contracting State that has not made the article 5 declaration or in a non-Contracting State that does not apply the principle of nationality.

b Application of the common national law

62 - where the spouses have a common nationality, but do not have their habitual residence in the same country;

- where the Contracting State of the common nationality has made the article 5 declaration (except where article 5, second paragraph, applies);

- where that common nationality is that of a non-Contracting State which applies the principle of nationality and, in addition, the spouses establish their first habitual residence after marriage, either in a Contracting State which has made the article 5 declaration, or in a non-Contracting State that applies the principle of nationality.

c Application of the law with which the regime is the most closely connected

63 - where the spouses do not have habitual residence in the same country, and they have no common nationality, or they have several common nationalities.

5 *The consequences of the system chosen*

64 The Convention has forgone the imposition of a single conflicts rule applicable to all spouses. Although, according to the Hague Conventions on the Law Applicable to Maintenance Obligations of 1956 and 1973, the law of the habitual residence of the maintenance creditor is always applicable (subject to subsidiary connecting factors), this Convention distinguishes, in the case of spouses who have a common nationality, between the States to which they are thus connected. Uniformity of decisions will be realised, within the circle of Contracting States, for each concrete case: the particular spouses will everywhere be subject to the same law. Further, in many cases, there will be assurance of agreement with the accepted solution in the non-Contracting State of which both the spouses are nationals or on the territory of which both have established their habitual residence.

65 On remarquera que le procédé suivi par la Convention rappelle celui utilisé dans la *Convention pour régler les conflits entre loi nationale et loi du domicile*, du 15 juin 1955. Dans la mesure où les deux Etats intéressés suivent le même principe, celui-ci est observé partout; en cas de conflit négatif, l'on donne préférence à la loi du domicile.

A la différence de la Convention de 1955, la présente Convention règle cependant aussi, dans le cercle des Etats contractants, le conflit positif, en principe en faveur de la loi de la résidence habituelle, mais en faveur de la loi nationale, si une déclaration a été faite. Puisque ainsi, le point de vue de l'Etat de la nationalité commune s'impose à tous les autres Etats contractants, il n'y aura pas toujours concordance avec la loi qui serait appliquée dans l'Etat non contractant de la nationalité commune ou de la résidence habituelle.

66 L'exemple suivant permet d'illustrer le système retenu: supposons que l'Espagne (pays à principe de nationalité qui par hypothèse aurait fait la déclaration) et le Danemark (pays à principe de domicile qui donc ne ferait pas la déclaration) aient ratifié la Convention, tandis que l'Italie (pays à principe de nationalité) ne l'aurait pas ratifiée. Des époux ayant la nationalité commune danoise et leur résidence habituelle en Italie seraient dans tous les Etats contractants soumis à la loi italienne de la résidence habituelle, sans égard au fait que l'Italie elle-même pratique le principe de nationalité.

En revanche, deux époux espagnols seraient soumis, en raison de la déclaration de l'Espagne, à leur loi nationale dans tous les Etats contractants, peu importe que leur résidence habituelle se trouve dans un Etat contractant, dans un Etat non contractant à principe de nationalité (Italie) ou dans un Etat non contractant à principe de domicile (par exemple la Nouvelle-Zélande).

Le système choisi permet aux Etats contractants attachés au principe de la nationalité, non seulement d'appliquer ce principe, qu'ils peuvent avoir en commun avec un Etat non contractant, mais encore de le voir respecter dans tous les autres Etats contractants. Ainsi, si nous prenons les Etats cités à titre d'exemple plus haut, deux époux italiens qui ont leur première résidence habituelle en Espagne, seraient soumis à leur loi nationale commune, non seulement en Italie et en Espagne, mais également au Danemark et dans tous les autres Etats contractants. Il en serait de même lorsque ces époux italiens établissent leur première résidence habituelle dans un autre Etat non contractant attaché au principe de la nationalité (par exemple la Tunisie, mais non pas si cette résidence habituelle se trouve dans un Etat à principe domiciliaire (Danemark ou Nouvelle-Zélande).

67 Le compromis choisi, s'il a comme point de départ la résidence habituelle, tient en fait largement compte du point de vue des Etats attachés au principe de la nationalité. En effet, c'est la nationalité commune des époux, et non leur résidence habituelle, qui détermine selon quel principe leur régime matrimonial sera rattaché. Les Etats contractants attachés au principe de la nationalité pourront toujours appliquer leur loi nationale à leurs ressortissants; ils ne devront appliquer la loi de la résidence habituelle qu'à des ressortissants d'autres Etats, et dans la plupart des cas cette loi de la résidence habituelle sera leur propre loi interne.

68 Les Etats attachés au principe du domicile verront leurs ressortissants uniformément soumis à la loi de la résidence habituelle, alors qu'auparavant, dans certains Etats, on leur appliquait la loi nationale. Au contraire, ces Etats devront renoncer à leur principe traditionnel pour tous les époux qui ont la nationalité commune d'Etats contractants ayant fait la déclaration et qui ont leur résidence habituelle sur leur territoire. Toutefois, et c'est

65 It will be noticed that the procedure followed by the Convention recalls that employed in the *Convention to Regulate Conflicts between the Law of the Nationality and the Law of the Domicile*, of 15 June 1955. To the extent that both concerned States follow the same principle, that will be complied with everywhere; in the event of a negative conflict, preference is given to the law of the domicile.

In contrast to the Convention of 1955, this Convention also regulates, however, within the circle of Contracting States, positive conflicts, in principle in favour of the law of the habitual residence but, if a declaration has been made, in favour of the national law. Since accordingly, the point of view of the State of the common nationality prevails in all the other Contracting States, there will not always be agreement with the law which will be applicable in the non-Contracting State of the common nationality or of the habitual residence.

66 The following example will serve to illustrate the system adopted: suppose that Spain (a nationality principle country which, for the example, has made the declaration) and Denmark (a domicile principle country which therefore has not made the declaration) have ratified the Convention, whereas Italy (a nationality principle country) has not ratified it. Spouses having a common Danish nationality and their habitual residence in Italy would be subject, in every Contracting State, to the Italian law of the habitual residence, regardless of the fact that Italy itself uses the principle of nationality.

On the other hand, two Spanish spouses will be subject, in every Contracting State, by virtue of the declaration of Spain, to their national law, whether their habitual residence is in a Contracting State, in a domicile-principle non-Contracting State (Italy) or in a domicile-principle non-Contracting State (for example, New Zealand).

The system chosen allows the Contracting States attached to the principle of nationality, not only to apply that principle, which they may have in common with a non-Contracting State, but also to see it respected in every other Contracting State. Thus, if we take the States given above by way of example, two Italian spouses who have their first habitual residence in Spain, will be subject to their common national law, not only in Italy and in Spain, but equally in Denmark and in all the other Contracting States. It will be the same if those Italian spouses establish their first habitual residence in another State, non-Contracting, which follows the principle of nationality (for example, Tunisia), but not if that habitual residence is located in a domicile principle State (Denmark or New Zealand).

67 The compromise chosen, though it has as its starting-point habitual residence, in fact widely takes into account the point of view of the States following the principle of nationality. Indeed, it is the common nationality of the spouses, and not their habitual residence, that determines the principle according to which their matrimonial property regime will be connected. The Contracting States which follow the principle of nationality will always be able to apply their national law to their countrymen; they will have to apply the law of the habitual residence only to nationals of other States, and in most cases that law of the habitual residence will be their own internal law.

68 The States following the principle of domicile will see their countrymen uniformly subject to the law of the habitual residence, whereas previously, in certain States, their national law was applied. Conversely, these States will have to forgo their traditional principle for all spouses who have the common nationality of Contracting States which have made the declaration, and who have their habitual residence on their territory. However, and that is another term of the

là un autre terme du compromis dont il sera question plus loin, les inconvénients qui peuvent résulter de cette situation seront réduits par les concessions faites en faveur du principe de mutabilité (article 7).

CHAPITRE IV - LA PERMANENCE OU LA MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT (LE CONFLIT MOBILE)

Section A - Le problème et sa portée

69 Après les rôles respectifs des principes de la nationalité et du domicile, la question de la permanence ou de celle des exceptions à apporter à sa permanence, a été le plus vivement débattue tant à la Commission spéciale qu'à la Treizième session. Les solutions trouvées forment une pièce essentielle du compromis réalisé. Car à quelques exceptions près, les Etats de la Conférence peuvent être rangés dans deux groupes, l'un attaché au principe de la nationalité, et à celui de la permanence, l'autre préconisant le rattachement à la résidence habituelle et la mutabilité des rattachements. La corrélation entre les concessions mutuelles sur l'une et l'autre question a d'ailleurs été relevée à maintes reprises au cours des discussions. Avant d'exposer les réponses données par la Conférence à ce problème, il importe de relier brièvement les solutions conventionnelles sur ce point lorsque les parties ont choisi la loi applicable ou fait un contrat de mariage. Ici, l'accord a été général.

Section B - La solution lorsque les parties ont désigné la loi applicable au régime matrimonial

1 La permanence du rattachement, sauf nouveau choix des parties

70 La Treizième session s'est ralliée sans opposition aux solutions de l'avant-projet. D'une part, lorsque les époux ont désigné une loi applicable, celle-ci reste applicable jusqu'à ce que les époux en décident autrement, peu importe que la nationalité ou la résidence habituelle, qui a permis de choisir une certaine loi, ait pris fin. D'autre part, les époux peuvent en tout temps soumettre leur régime matrimonial à une autre loi, ce qui pourra entraîner un changement du régime.¹ Les adversaires de la «mutabilité automatique», dont il sera question plus loin, estimaient d'ailleurs que cette faculté suffisait à écarter les inconvénients d'une permanence absolue du rattachement, qui peut conduire à maintenir des époux sous l'empire de la loi d'un Etat avec lequel ils ont perdu tout lien depuis longtemps.

2 Les effets d'un choix en cours de mariage

71 L'avant-projet ne disait pas expressément si son article 12 sur les effets du changement de la loi applicable ne concernait que la modification du rattachement objectif ou s'il visait aussi le cas où les époux modifiaient la loi applicable au moyen d'un choix postérieur au mariage.

¹ Cf. Rapport de la Commission spéciale, No 35.

compromise, which will be discussed later, the disadvantages which may result from this situation will be reduced by the concessions made in favour of the principle of mutability (article 7).

CHAPTER IV - PERMANENCE OR MUTABILITY OF THE CONNECTING FACTOR (CHANGES IN CIRCUMSTANCES IN RESPECT OF THE CONNECTING FACTOR: 'LE CONFLIT MOBILE')

Section A - The problem and its scope

69 After the respective roles of the principles of nationality and of domicile, the question of permanence or mutability of the objective connecting factor or, more precisely, that of the exceptions bearing upon its permanence, excited the most lively debates, both in the Special Commission and at the Thirteenth Session. The solutions arrived at form an essential part of the compromise reached. For, apart from a few exceptions, the States of the Conference may be divided into two groups, one attached to the principle of nationality, and to that of permanence, the other favouring the connection with the habitual residence and the mutability of the connecting factors. The correlation between the mutual concessions on both questions was, moreover, raised many times in the course of the discussions.

Before setting out the responses given by the Conference to this problem, it is important to state briefly the Convention's solutions on this matter when the parties have chosen the applicable law or have made a marriage contract. Here there was general agreement.

Section B - The solution when the parties have designated the law applicable to the matrimonial property regime

1 Permanence of the connecting factor in the absence of a new choice by the parties

70 The Thirteenth Session adopted without objection the solutions of the Preliminary Draft. On the one hand, when the spouses have designated an applicable law, it remains applicable until the spouses decide otherwise, whether or not the nationality or the habitual residence which has permitted the choice of a particular law has come to an end. On the other hand, the spouses may at any time submit their matrimonial property regime to another law, which could bring about a change of regimes.¹ The opponents of 'automatic mutability', which will be discussed later, considered, moreover, that this power was sufficient to avert the disadvantages of an absolute permanence of the connecting factor, which might lead to keeping the spouses under the dominion of the law of a State with which they have long ago lost all connection.

2 Effects of a choice during marriage

71 The Preliminary Draft did not say expressly whether its article 12 on the consequences of a change of the applicable law concerned only the modification of the objective connecting factor or whether it was directed also to the case where the spouses modified the applicable law by means

¹ Cf. Report of the Special Commission, No 35.

La Commission spéciale a eu en vue la première solution et celle-ci a prévalu à la Treizième session.¹

72 Il a donc été admis qu'une loi choisie en cours de mariage régit l'ensemble des biens des époux. A cet égard, peu importe que la loi antérieurement applicable l'ait été en vertu d'un premier choix ou d'un rattachement objectif (la solution contraire prévaut, en vertu de l'article 8, en cas de changement non volontaire de la loi objective-ment applicable). Dans un certain sens, la nouvelle loi désignée par les époux s'applique donc rétroactivement au moment du mariage. En aucun cas, pareil changement de la loi applicable ne saurait porter atteinte aux droits de tiers. Ce qui est expressément prévu à la fin de l'article 8 doit valoir *a fortiori* ici.²

En d'autres termes, puisque les époux prennent le soin de désigner une nouvelle loi, on en conclut qu'ils ont voulu mettre fin au régime antérieurement applicable. Ils peuvent, soit liquider ce régime, solution la plus satisfaisante, soit accepter que leurs relations pécuniaires soient régies par la nouvelle loi à partir du moment du mariage. Une proposition tendant à permettre de ne soumettre à la nouvelle loi que les biens futurs a été rejetée à une faible majorité.³

Section C – Le contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement applicable

73 La Treizième session a repris et généralisé l'idée, qui figurait déjà à l'article 9 de l'avant-projet,⁴ selon laquelle la conclusion d'un contrat de mariage, même sans désignation de la loi applicable, exclut la «mutabilité automatique». Même si les époux n'ont expressément pas choisi la loi applicable – peut-être parce qu'au moment du mariage, tous les éléments les rattachaient à un même pays – il convient de respecter la volonté qu'ils ont exprimée d'aménager leurs relations dans le cadre de la loi objective-ment applicable et il convient de maintenir l'application de cette loi aussi longtemps que les époux n'en décident pas autrement. Cette solution est exprimée au début de l'article 7, deuxième alinéa.

Section D – Le changement de la loi applicable en cas de rattachement objectif

1 *L'opposition entre permanence et mutabilité du rattachement*

74 Le domaine dans lequel un compromis devait être trouvé entre le principe de la permanence et celui de la mutabilité se réduit donc au cas où les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni passé un contrat de mariage. Dans les cas où les époux ont, comme le permettent les articles 3 et 6, alinéa 4, fait un choix limité à leurs immeubles ou à certains d'entre eux, la question de la mutabilité automatique ne se posera plus que pour les autres biens.

75 Les arguments invoqués dans l'un ou l'autre sens sont connus.⁵ Au cours de la Treizième session, on a notamment souligné que la mutabilité pouvait être souhaitable dans le cas d'émigrants qui ont l'intention de s'établir définitivement dans un nouveau pays, alors qu'elle était inadéquate

¹ P.-v. No 10.

² *Infra*, No 174.

³ P.-v. No 10.

⁴ Cf. Rapport de la Commission spéciale, No 40.

⁵ Cf. aussi Rapport de la Commission spéciale, Nos 33-34.

of a choice subsequent to marriage. The Special Commission had in mind the first solution and that prevailed at the Thirteenth Session.¹

72 It was accepted, therefore, that a law chosen during marriage governs the entire property of the spouses. In this respect, it is irrelevant whether the law previously applicable had been by virtue of a previous choice or of an objective connecting factor (the opposite solution prevails, by virtue of article 8, in the event of an involuntary change of the objectively applicable law). In a certain sense, the new law designated by the spouses therefore applies retroactively to the time of marriage. In no case will such change of the applicable law adversely affect the rights of third parties. What has been expressly provided at the end of article 8 ought to be valid *a fortiori* here.²

In other words, since the spouses take the trouble to designate a new law, one concludes that they wished to put an end to the previously applicable regime. They may either wind up that regime, the most satisfactory solution, or accept that their financial relations are to be governed by the new law from the time of the marriage. A proposal to permit subjection to the new law of only future acquired property was rejected by a narrow majority.³

Section C – The marriage contract in the context of the objectively applicable law

73 The Thirteenth Session adopted and generalized the notion, which already appeared in article 9 of the Preliminary Draft,⁴ whereby the conclusion of a marriage contract, even without designation of the applicable law, excludes 'automatic mutability'. Even if the spouses have not expressly chosen the applicable law – perhaps because at the time of marriage all the elements connected them to one country – it is desirable to respect the intention which they have expressed to arrange their relations within the framework of the objectively applicable law and it is desirable to maintain the application of that law for as long as the spouses have not decided otherwise. This solution is expressed at the outset of article 7, second paragraph.

Section D – Shifting of the applicable law where the connecting factor is objective

1 *The opposition between permanence and mutability of the connecting factor*

74 The sphere within which a compromise between the principle of permanence and that of mutability ought to be found comes down therefore to the case where the spouses neither have designated the applicable law nor have entered into a marriage contract. In the case where the spouses, as is allowed by the fourth paragraphs of articles 3 and 6, have made a choice limited to their immovable property or to certain parts thereof, the question of automatic mutability will only arise for the other property.

75 The arguments raised for both views are well-known.⁵ During the Thirteenth Session it was emphasized, in particular, that mutability may be desirable in the case of emigrants who intend to settle finally in a new country, whereas it was inadequate for foreign workers resident in the Euro-

¹ *Procds-verbal* No 10.

² *Infra*, No 174.

³ *Procds-verbal* No 10.

⁴ Cf. Report of the Special Commission, No 40.

⁵ Cf. also Report of the Special Commission, Nos 33-34.

pour des travailleurs étrangers résidant dans les pays européens et qui finissent généralement par retourner dans leur patrie.¹

Au cours des débats, sur 22 à 23 Etats représentés, l'Egypte et cinq à sept pays européens, en général attachés au principe de la nationalité, s'opposèrent à toute solution de mutabilité. Il y eut toujours deux à trois abstentions. Quelques pays changèrent de position entre la première et la deuxième lecture.²

2 Le passage à la loi de la résidence habituelle des deux époux après un certain délai

76 Les pays attachés à la permanence complète étaient en soi opposés à toute exception à ce principe, ce qui s'est notamment traduit par le fait qu'en deuxième lecture encore, une proposition tendant à écarter toute mutabilité a recueilli huit voix. Pourtant les discussions à la Treizième session ont presque uniquement porté sur le cas de changement automatique prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 2, c'est-à-dire sur le remplacement au bout d'un certain temps de la loi antérieurement applicable (que ce soit la loi nationale ou la loi de la première résidence habituelle) par la loi de la nouvelle résidence habituelle. Ce cas est le plus délicat, puisque c'est le seul où le changement se produise par l'écoulement d'un délai qui n'est pas signalé à l'attention des époux par une modification quelconque de leur situation personnelle. Au contraire, dans les autres hypothèses (chiffres 1 et 3), le changement de loi applicable coïncide soit avec un changement de la résidence habituelle, soit avec un changement de la nationalité, ou même avec le changement de toutes les deux.

77 Après un premier vote indicatif rejetant la permanence absolue, la discussion porta sur la question de savoir si et à quelles conditions la loi nationale applicable en vertu de la déclaration de l'article 5 pouvait être remplacée par la loi de la résidence habituelle des deux époux. A une forte majorité, on rejeta une proposition prévoyant ce changement, sans exigence de délai, dès que les époux auraient le droit de s'établir de façon permanente dans le pays de leur résidence habituelle. A cette solution, on objecta qu'elle introduisait une notion de police des étrangers, qui pourrait conduire à des solutions très différentes selon les pays et même, à l'intérieur d'un seul pays, selon les diverses catégories d'étrangers.

78 L'on admit ensuite, à la différence de l'article 9, lettre d de l'avant-projet, que le délai nécessaire pour que se produise un changement, devait être un délai de résidence habituelle et non de simple résidence. A l'appui de cette solution, l'on invoqua notamment, outre l'inconvénient d'avoir deux notions différentes (résidence habituelle et résidence simple), que la résidence simple pouvait être comprise dans le sens qu'aucune interruption de la résidence ne serait admissible, alors que la résidence habituelle est maintenue en cas d'interruptions occasionnelles.³

79 La discussion se concentra alors sur la longueur du délai, le principe étant réservé. Les Etats de *Common Law* eussent souhaité trois ou cinq ans, mais la solution du délai de dix ans l'emporta à une majorité évidente. L'on a refusé, à juste titre, d'assimiler ce délai à celui de l'article 5, alinéa 2 (cinq ans). S'agissant d'une condition relative

pean countries and who generally finished up by returning to their native lands.¹

During the debates, of the 22 or 23 States represented, Egypt and five or six European countries, in general attached to the nationality principle, were opposed to any solution involving mutability. There were always two or three abstentions. Some countries changed position between the first and second readings.²

2 Transition to the law of the spouses' habitual residence after a certain period

76 The countries attached to the principle of complete permanence were *per se* opposed to any exception to the principle, which is clearly seen by the fact that even in the second reading a proposal to rule out all mutability received eight votes. However, the discussions at the Thirteenth Session were concerned almost exclusively with the case of automatic change provided for in article 7, second paragraph, sub-paragraph 2, that is, on the replacement at the end of a certain period of time of the law previously applicable (whether the national law or the law of the first habitual residence) by the law of the new habitual residence. This is the most delicate case, for it is the only one where the change comes about by the passage of time and which is not brought to the attention of the spouses by any modification in their personal situation. In the other assumed situations (sub-paragraphs 1 and 3), on the contrary, the change of the applicable law coincides either with a change of habitual residence or with a change of nationality, or even with a change of both.

77 Following a first indicative vote rejecting absolute permanence, the discussion centred upon the question whether, and upon which conditions, the national law applicable by virtue of an article 5 declaration might be replaced by the law of the habitual residence of both spouses. By a strong majority, a proposal providing for such change, without a condition of passage of time, from the moment when the spouses would have the right to settle permanently in the country of their habitual residence, was rejected. To this solution the objection was made that it introduced a concept of policing of aliens, which would lead to widely divergent solutions according to the various countries and even, within one country, according to the various categories of aliens.

78 It was accepted then, which had not been the case with article 9 (d) of the Preliminary Draft, that the period necessary to bring about a change has to be a period of habitual residence and not of simple residence. In support of this solution, it was urged, in particular, that in addition to the disadvantage of having two different notions (habitual residence and simple residence), simple residence might be understood in the sense that any interruption in the residence would not be acceptable, whereas habitual residence is maintained despite occasional interruptions.³

79 The discussion then concentrated upon the length of the period, the principle being reserved. The Common Law States had wanted three or five years, but the solution of the ten year period was carried by a clear majority. The Conference declined, correctly, to assimilate this period to that of article 5, second paragraph (five years). Concerning a

¹ Voir aussi *supra*, No 53.

² P.-v. No 14, P.-v. No 8.

³ P.-v. No 8 et la discussion sur la résidence simple à propos de l'article 5, alinéa 2, P.-v. No 7; cf. aussi Rapport de la Commission spéciale, Nos 86, 106.

¹ See also *supra*, No 53.

² *Procès-verbaux* Nos 14 and 8.

³ *Procès-verbal* No 8 and the discussion on simple residence in regard to article 5, second paragraph, *Procès-verbal* No 7; cf. also Report of the Special Commission, Nos 86, 106.

à une loi à appliquer pour la première fois. Le délai de l'article 5 peut être plus court que celui nécessaire pour modifier la loi déjà applicable.

80 En faveur de ce délai de dix ans, l'on a invoqué le fait qu'il évitera que des travailleurs ou des cadres, qui se rendent dans un autre pays pour un temps limité, ne soient soumis à un changement de régime matrimonial. On a notamment fait remarquer que des cadres sont souvent désignés pour une période de trois ans, qui est fréquemment renouvelée une fois. En pareil cas, selon la solution retenue, le régime matrimonial ne changera pas.¹ Le délai de dix ans est considéré comme long par les pays d'immigration, tels que le Canada et l'Australie qui désirent soumettre les immigrants à leurs lois internes et qui auraient déjà fait un sacrifice considérable en admettant un délai de cinq ans. On peut cependant relever que, dans de tels pays, la naturalisation, qui entraîne aussi le changement de la loi applicable (article 7, alinéa 2, chiffre premier), peut être acquise dans des délais plus courts. De toute façon les époux peuvent toujours, s'ils le désirent, se soumettre immédiatement à la loi de leur nouvelle résidence.

81 La question s'est encore posée de savoir si le point de départ du délai de dix ans devait être le mariage ou le moment antérieur où les époux avaient déjà pris leur résidence habituelle dans l'Etat en question. Malgré les objections des pays opposés à un délai aussi long, c'est le moment du mariage qui fut déclaré déterminant.

82 La longueur du délai ainsi arrêtée, la Treizième session admit le remplacement de la loi nationale commune par la loi du pays où les deux époux ont eu leur résidence habituelle durant dix ans.² Elle ne rejeta pas l'objection, selon laquelle il n'était pas logique de permettre le remplacement de la loi désignée par une circonstance de rattachement (nationalité) par l'effet d'une autre circonstance de rattachement (résidence habituelle).³

83 Par la suite, la Treizième session décida qu'au bout d'un même délai de dix ans, la loi de la première résidence habituelle serait remplacée par la loi de la nouvelle résidence habituelle.⁴

84 On pouvait se demander enfin si le changement de la loi applicable après une résidence habituelle de dix ans se justifie lorsque tant l'Etat de la nationalité commune que celui de la résidence habituelle appliquent le principe de la nationalité. En stricte logique, les solutions admises à l'article 4 auraient dû faire admettre que tel n'était pas le cas. A la suite d'une observation de la délégation espagnole,⁵ le Comité de rédaction avait effectivement proposé à titre éventuel de compléter l'article 7, alinéa 2, chiffre 2, par le passage suivant: «A moins que, la loi nationale commune étant applicable en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffres 1 et 2, cet Etat ne soit un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue à l'article [5] ou un Etat non-partie à la Convention dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale». La délégation espagnole a elle-même hésité et la solution proposée, qui entraînait une nouvelle complication du système, fut rejetée à une faible majorité.⁶ La solution de la Convention paraît justifiée, car quel que soit le principe de droit

¹ P.-v. No 8, P.-v. No 9.
² P.-v. No 8.
³ P.-v. No 8.
⁴ P.-v. No 5, cf. P.-v. No 9.
⁵ P.-v. No 9.
⁶ P.-v. No 13.

requirement relative to a law that is to apply for the first time, the article 5 period may be shorter than that which is necessary to modify the law already applicable.

80 In support of this period of ten years, the fact was advanced that it will prevent workers or managers, who repair to another country for a limited time, from being submitted to a change of matrimonial property regime. It was noted, in particular, that managers are often appointed for a period of three years, which is frequently renewed one time. In such a case, according to the solution adopted, the matrimonial property regime will not change.¹ The period of ten years was considered to be long by the immigration countries, such as Canada and Australia, which wanted to submit immigrants to their internal laws and which had already made a considerable concession in accepting a period of five years. One may point out however that, in such countries, naturalisation, which produces also a change of the applicable law (article 7, paragraph 2, sub-paragraph 1), may be acquired within very short periods. In any case the spouses may, if they so desire, subject themselves immediately to the law of their new residence.

81 The question arose again whether the starting-point for the period of ten years ought to be the marriage or the earlier time at which the spouses had already taken up their habitual residence in the State in question. Despite the objections of the countries opposed to so long a period, the time of marriage was declared determinative.

82 The length of the period thus having been decided, the Thirteenth Session accepted the replacement of the common national law by the law of the country where both spouses have had their habitual residence for a period of ten years.² It did not uphold the objection that it was illogical to allow replacement of the law indicated by one connecting circumstance (nationality) by the effect of another connecting circumstance (habitual residence).³

83 Subsequently, the Thirteenth Session decided that, at the end of a like period of ten years, the law of the first habitual residence would be replaced by the law of the new habitual residence.⁴

84 One may question, finally, whether the change of the applicable law after ten years' habitual residence is justified when both the State of the common nationality and that of the habitual residence apply the nationality principle. In strict logic, the solutions adopted for article 4 should have required the admission that such was not the case. Following an observation of the Spanish delegation,⁵ the Drafting Committee had in fact proposed as a possibility to complete article 7, second paragraph, sub-paragraph 2, with the following: 'Unless, the common national law being applicable by virtue of article 4, second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2, that State is a Contracting State having made the declaration provided for in article [5] or a State not a Party to the Convention whose rules of private international law prescribe the application of the national law'. The Spanish delegation itself wavered and the proposed solution, which introduced a new complication to the system, was rejected by a narrow majority.⁶ The Convention's solution appears justified, for whatever the private inter-

¹ *Procès-verbaux* Nos 8 and 9.
² *Procès-verbal* No 8.
³ *Procès-verbal* No 8.
⁴ *Procès-verbal* No 5; cf. *Procès-verbal* No 9.
⁵ *Procès-verbal* No 9.
⁶ *Procès-verbal* No 13.

international privé appliqué par l'Etat de la résidence habituelle, le fait que cette dernière ait duré dix ans denote une intégration suffisante pour que la loi applicable puisse se modifier. Après un délai aussi long, les époux, s'ils ne se sont jamais posé la question de la loi applicable à leur régime matrimonial, pourraient être tout aussi surpris de se voir appliquer la loi nationale que la loi de la résidence habituelle.

3 *Les cas de mutabilité retenus dans l'avant-projet et dans la Convention*

85 Alors que l'avant-projet posait à l'article 6 le principe de la permanence et aux articles 7, 8 et 9 ses exceptions, la Convention a groupé le principe de la permanence et ses diverses exceptions dans l'article 7. Le tableau suivant permet de comparer les cas de mutabilité des deux textes :

<i>Loi applicable avant le changement</i>	<i>Nouvelle loi applicable</i>	<i>Convention</i>
1 Loi nationale commune par déclaration d'un Etat contractant (ou, pour la Convention, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 2)	a Loi de l'Etat dont les époux ont la nationalité commune et où ils ont leur résidence habituelle b —	a Loi de l'Etat dont les époux ont la nationalité commune et où ils ont leur résidence habituelle b Loi de l'Etat dans lequel les époux ont eu leur résidence habituelle pendant plus de 10 ans après le mariage
2 Loi nationale commune à défaut de résidence habituelle dans le même Etat	a Nouvelle loi nationale commune, l'ancienne nationalité étant perdue par les deux époux b Loi de l'Etat où les deux époux fixent leur résidence habituelle	a — b Loi de l'Etat où les deux époux fixent leur résidence habituelle
3 Loi de l'Etat où les deux époux ont leur résidence habituelle	a Loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux, qui est aussi une de leurs lois nationales communes b Loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux, lorsque les deux époux ont résidé au moins ... années sur son territoire	a Loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux, qui est aussi une de leurs lois nationales communes b Loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle des deux époux, lorsque cette résidence habituelle a duré plus de 10 ans après le mariage

national law principle applied by the State of the habitual residence, the fact that the latter has lasted for ten years denotes a sufficient integration for the applicable law to be modified. After so long a period, the spouses, if they have never posed to themselves the question of the law applicable to their matrimonial property regime, might be just as surprised to see the national law apply as the law of the habitual residence.

3 *The cases of mutability adopted in the Preliminary Draft and in the Convention*

85 Whereas the Preliminary Draft presented in article 6 the principle of permanence and in articles 7, 8 and 9 the exceptions thereto, the Convention has grouped the principle of permanence and its various exceptions in article 7. The following table allows comparison of the cases of mutability in the two texts :

<i>Law applicable before the change</i>	<i>New applicable law</i>	<i>Preliminary Draft</i>	<i>Convention</i>
1 Common national law by declaration of a Contracting State (or, for the Convention, according to article 4, second paragraph, subparagraph 2)	a Law of the State of which both spouses are nationals and where they have their habitual residence b —	a Law of the State of which both spouses are nationals and where they have their habitual residence b Law of the State in which the spouses have had their habitual residence for not less than 10 years after marriage	a Law of the State of which both spouses are nationals and where they have their habitual residence b Law of the State in which the spouses have had their habitual residence for not less than 10 years after marriage
2 The common national law in the absence of habitual residence in the same State	a New common national law, the former nationality being lost by both spouses b Law of the State where both spouses establish their habitual residence	a Law of the State where both spouses establish their habitual residence b Law of the State where both spouses establish their habitual residence	a Law of the State where both spouses establish their habitual residence b Law of the State where both spouses establish their habitual residence
3 Law of the State where both spouses have their habitual residence	a Law of the State of the new habitual residence of both spouses, which is also the law of one of their common nationalities b Law of the State of the new habitual residence of both spouses, when both spouses have resided for at least ... years on its territory	a Law of the State of the new habitual residence of both spouses, which is also the law of one of their common nationalities b Law of the State of the new habitual residence of both spouses, when that habitual residence has endured for a period of not less than ten years after the marriage	a Law of the State of the new habitual residence of both spouses, which is also the law of one of their common nationalities b Law of the State of the new habitual residence of both spouses, when that habitual residence has endured for a period of not less than ten years after the marriage

86 La principale modification est que, dans la Convention, la loi nationale commune primitivement applicable est également remplacée par la loi de la résidence habituelle au bout de dix ans, même si aucune modification n'intervient dans la nationalité des époux (cas 1 (b)). A la différence de l'article 9 de l'avant-projet, l'on a renoncé à retenir la résidence simple pour mesurer le délai de dix ans, et l'on se réfère ici aussi à la résidence habituelle, ce qui constitue une simplification bienvenue.

87 D'autre part, la loi nationale commune applicable à défaut de résidence habituelle, selon l'article 4, alinéa 2, les époux prennent tous deux, par la suite, leur résidence habituelle. L'hypothèse – peu fréquente – de l'article 8, alinéa premier, de l'avant-projet (cas 2 (a)) : nouvelle nationalité commune acquise sans qu'il y ait résidence habituelle dans un même pays, n'a pas été reprise, si bien qu'il n'y a jamais mutabilité automatique qu'en faveur de la loi d'une nouvelle résidence habituelle, ou d'une résidence habituelle que vient confirmer une nationalité commune.

86 The principal modification is that, under the Convention, the common national law originally applicable is likewise replaced by the law of the habitual residence after ten years, even if no change occurs in the nationality of the spouses (case 1 (b)). Unlike article 9 of the Preliminary Draft, the use of simple residence to calculate the period of ten years was dropped, reference being made here also to habitual residence, which constitutes a welcome simplification.

87 On the other hand, the common national law applicable in the absence of habitual residence, according to article 4, second paragraph, sub-paragraph 3, will yield no longer, except to the law of a country in which the spouses both later take up their habitual residence. The hypothesis, of little frequency, of article 8, first paragraph, of the Preliminary Draft (case 2 (a)) : new common nationality acquired without there being also habitual residence in the same State, has not been retained, with the result that there is never automatic mutability unless it is in favour of the law of a new habitual residence, or of a habitual residence which confirms a common nationality.

88 La Convention ne règle pas expressément le cas du changement de la loi déterminée par les liens les plus étroits et applicable selon l'article 4, alinéa 3, de la Convention. Il a été question à un moment de faire prévaloir la même règle que pour le remplacement de la loi nationale commune applicable faute de résidence habituelle commune, mais cette idée n'a pas trouvé sa place dans le texte.¹ La loi déterminée par les liens les plus étroits sera certainement remplacée dans les cas prévus à l'alinéa 2, chiffres 1 et 2 de l'article 7, puisque ceux-ci sont indépendants de la loi antérieurement applicable. On peut cependant penser que la recherche de la loi avec laquelle le régime a les liens les plus étroits peut également jouer dans le temps. Le juge pourrait appliquer rétroactivement au jour du mariage la loi d'un pays dont les époux auraient tous deux acquis la nationalité ou dans lequel ils auraient pris leur résidence habituelle, même après le laps de temps que l'on peut admettre pour l'application de l'article 4, alinéa premier et alinéa 2, chiffre 3.²

4 *La suppression de la disposition permettant à un époux d'opter pour le maintien de l'ancienne loi*

89 L'article 10 de l'avant-projet n'avait pas rencontré beaucoup de sympathie. Cette disposition permettait à un seul époux d'opter pour le maintien de la loi précédemment applicable, et d'empêcher donc le changement automatique en notifiant à son conjoint une déclaration à cet effet. Retenue d'abord à une faible majorité, cette disposition fut supprimée après une réouverture de la discussion, cela surtout parce qu'il s'avérait très difficile de poser des règles de forme satisfaisantes pour la déclaration que ferait l'un des conjoints.³

La Conférence n'a peut-être pas entièrement mesuré la portée de la suppression de l'article 10 de l'avant-projet. En effet, selon cette disposition, un seul époux avait la faculté de mettre en échec la «mutabilité automatique». A plus forte raison les deux époux pouvaient-ils s'accorder pour le maintien de la loi précédemment applicable. Selon le texte actuel, les époux ont-ils toujours une possibilité d'éviter, d'un commun accord, le changement «automatique» de la loi applicable? – Ils peuvent le faire en passant, dans le cadre de la loi objectivement applicable avant le changement, un contrat de mariage qui aura pour effet de perpétuer l'application de cette loi.⁴ Toutefois, cette possibilité n'est pas donnée, si la loi interne applicable interdit une convention matrimoniale en cours de mariage. D'autre part, l'article 6, en précisant que «les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable», paraît interdire la désignation de la loi objectivement compétente. Pourtant une telle désignation donnerait à cette loi le caractère d'une loi choisie par les parties et la mettrait à l'abri des changements. Dans certains cas, les époux pourraient, immédiatement après le changement «automatique», désigner la loi antérieurement applicable. Mais cet expédient n'est possible que si à ce moment, il subsiste encore des points de rattachement permettant de désigner ladite loi. Tel n'est pas le cas si, par exemple, cette loi était celle d'une résidence habituelle antérieure.

Il faut reconnaître d'autre part qu'il serait conforme à l'importance que la Convention attache à la volonté commune des époux, de permettre à ceux-ci de se mettre

88 The Convention does not govern expressly the case of change of the law determined by closest connection and applicable in accordance with article 4, third paragraph, of the Convention. There was talk at one point of applying here the same rule as for the substitution of the common national law as applicable in the absence of a common habitual residence, but that idea has not found a place in the text.¹ The law determined by the closest connection will certainly be replaced in the cases specified in the second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2, of article 7, since these are independent of the law previously applicable. One may think, nevertheless, that the search for the law with which the regime is the most closely connected may equally deal with the time factor. The court might apply retroactively to the date of the marriage the law of a country of which both spouses had acquired the nationality or in which they had taken up their habitual residence, even after the lapse of time which may be accepted for the application of article 4, first paragraph and second paragraph, sub-paragraph 3.²

4 *Elimination of the provision permitting a spouse to elect to retain the prior law*

89 Article 10 of the Preliminary Draft did not meet with much sympathy. That provision permitted a single spouse to elect to retain the prior applicable law, and to prevent therefore the automatic change by a declaration notifying the other spouse of such election. Retained at first by a weak majority, that provision was eliminated after reopening of the discussion, principally because it proved very difficult to pose satisfactory rules as to form for the declaration which one of the spouses would make.³

The Conference perhaps did not fully gauge the import of the elimination of article 10 of the Preliminary Draft. Indeed, under this provision, one lone spouse had the ability to prevent the 'automatic mutability'. For even stronger reasons, the two spouses could agree to retain the prior applicable law. Under the present text, do the spouses still have the ability to avoid, through a common agreement, the 'automatic' change of the applicable law? – They can do it by making, within the framework of the law objectively applicable before the change, a marriage contract which will have the effect of perpetuating the application of that law.⁴ However, this possibility is not given, if the applicable internal law forbids a matrimonial agreement during the marriage. Otherwise, article 6, by specifying that 'during marriage the spouses may subject the matrimonial property regime to an internal law other than that previously applicable', appears to forbid the designation of the law which is objectively applicable. However, such a designation would give to that law the character of a law chosen by the parties and would shelter it from changes. In certain cases, the spouses might, immediately after the 'automatic' change, designate the law which was previously applicable but this expedient is possible only if at that moment there still subsist points of connection permitting the designation of such law. Such is not the case if, for example, this law was that of a prior habitual residence.

It must be recognised, besides, that it would be in line with the importance that the Convention attaches to the common intent of the spouses to permit them to reach agreement

¹ P.-v. No 9.
² Voir *infra*, No 199.
³ P.-v. No 9, P.-v. No 13, P.-v. No 14.
⁴ Voir *supra*, No 73.

¹ *Proceda-verba*, No 9.
² See *infra*, No 199.
³ *Proceda-verba*, Nos 9, 13 and 14.
⁴ See *supra* No 73.

d'accord pour le maintien de la loi antérieurement applicable en vertu d'un critère objectif. Comment parvenir à ce résultat? Il nous semble que, par un argument *a fortiori*, l'on pourrait soutenir que les époux, à qui il est loisible de choisir en tout temps une nouvelle loi, doivent, à plus forte raison, pouvoir confirmer l'application de la loi déjà applicable par un choix explicite qui exclurait la mutabilité. Cet argument est renforcé par la portée qu'attribue la Convention au contrat de mariage. Sa seule existence, même s'il a été fait à un moment où il n'y avait aucun élément international, met en échec la mutabilité.¹ A plus forte raison une manifestation de volonté expresse en faveur de l'application d'une loi déterminée doit avoir cet effet. Nous pensons donc que, par exemple, des époux néerlandais, soumis à la communauté universelle des biens prévue par la loi néerlandaise – loi nationale et loi de la résidence au moment du mariage – et ayant établi plus tard leur résidence habituelle au Canada, peuvent empêcher un changement imminent de la loi applicable (qui pourrait résulter de l'acquisition de la nationalité canadienne, ou de l'expiration du délai de dix ans de l'article 7, alinéa 2, chiffre 2) en confirmant par une déclaration expresse l'application de la loi néerlandaise.

5 Les effets du changement de la loi objectivement applicable

90 L'un des arguments avancés à l'encontre du changement «automatique» de la loi applicable a été que l'application successive dans le temps de deux lois différentes au régime matrimonial de mêmes époux causerait des difficultés considérables. On a notamment fait valoir que, lors de modifications du droit des régimes matrimoniaux dans des législations internes, des dispositions transitoires très complexes ont souvent été nécessaires. On a cité l'exemple d'un immeuble que le mari aurait acheté seul, à un moment où les époux étaient soumis à un régime de communauté. Si ensuite une nouvelle loi prévoyant la séparation de biens comme régime légal devient applicable, faut-il considérer cet immeuble comme seule propriété du mari? La Conférence a pensé que tel ne devait pas être le cas.

91 La Treizième session était d'ailleurs en présence d'une série de propositions tendant à modifier la règle de l'article 12 qui devait devenir l'article 8 de la Convention. Selon une proposition¹ qui fut ensuite retirée, la nouvelle loi aurait été applicable sous réserve des droits acquis par les époux et les tiers sous le régime antérieur. La Commission spéciale s'était déjà rendu compte que l'utilisation des termes «droits acquis» allait entraîner des malentendus supplémentaires.²

92 Une autre proposition tendait à renverser le système de l'article 8. La nouvelle loi se serait appliquée à l'ensemble des biens, les époux pouvant cependant en limiter les effets aux biens ultérieurement acquis.

Un seul époux aurait même pu exiger le maintien de l'ancienne loi aux biens acquis avant le changement. Cette solution rencontra une certaine faveur, mais aussi nombre d'objections. On lui reprocha notamment de ne pas tenir compte de la responsabilité des époux pour des dettes contractées sous l'ancien régime.³ On a aussi estimé que

for retention of the law previously applicable by virtue of an objective criterion. How can we arrive at this result? It seems to us that, by an argument *a fortiori*, the position could be sustained that the spouses, for whom it is permissible to choose at any time a new law, should, for even stronger reasons, be able to confirm the application of the law which is already applicable by an explicit choice which would exclude mutability. This argument is reinforced by the importance that the Convention attaches to the marriage contract. Its existence alone, if it has been made at a time when there was no international element, avoids mutability.¹ For even stronger reasons, a manifestation of express intent in favour of application of a specific law ought to have this effect. We think then that, for example, Dutch spouses, who are subject to the universal community of property provided for in Dutch law – this being the national law and the law of the residence at the time of marriage – and who have later established their habitual residence in Canada, can prevent an impending change of the applicable law (which might result from acquisition of Canadian nationality, or from the expiry of the ten-year period of time of article 7, second paragraph, sub-paragraph 2) by confirming in an express declaration the application of Dutch law.

5 Effects of the shift of the objectively applicable law

90 One of the arguments put forward in opposition to the 'automatic' change of the applicable law was that the successive application of two different laws to the matrimonial property regime of the same spouses would occasion considerable difficulties. It was stressed, in particular, that, at the time of modifications to the law of matrimonial property regimes in domestic legislation, very complex transitional provisions have often been necessary. The example was used of immovable property which the husband has bought alone, at a time when the spouses were subject to a regime of community of property. If later a new law providing for the separation of property as the legal regime becomes applicable, must one regard that immovable property as the sole property of the husband? The Conference thought that such ought not to be the case.

91 The Thirteenth Session was, moreover, faced with a series of proposals aimed at modifying the rule of article 12, which was to become article 8 of the Convention. According to one proposal,² which was later withdrawn, the new law would have been applicable without prejudice to the rights acquired by the spouses and third parties under the earlier regime. The Special Commission had already realized that use of the term 'vested rights' would bring about additional misunderstandings.³

92 Another proposal would have inverted the system of article 8. The new law would be applied to the whole of the property, the spouses being able however to limit the effects to property subsequently acquired.

One lone spouse could even have insisted upon the retention of the prior law for property acquired before the change. That solution met with some favour, but also a number of objections. It was criticised, in particular, for not taking account of the spouses' responsibilities for debts incurred under the prior regime.⁴ It was also considered that the

¹ Voir *supra*, No 73.

² Doc. trav. No 41.

³ Rapport de la Commission spéciale, No 112.

⁴ Doc. trav. No 37, P.-v. No 10.

¹ See *supra* No 73.

² Working Document No 41.

³ Report of the Special Commission, No 112.

⁴ Working Document No 37, *Proceedings* No 10.

les époux, et *a fortiori* les tiers, ne devaient voir des situations existantes se modifier à leur insu.¹

93 Une troisième proposition tendait à supprimer dans l'alinéa premier de l'article 8 actuel le passage: «et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable».² Selon cette proposition, telle qu'elle fut expliquée et précisée en cours de débats, les questions soulevées par le passage de l'ancienne à la nouvelle loi ne ressortiraient pas au droit international privé, mais devraient être résolues par les dispositions de fond de la nouvelle loi applicable. C'est à celle-ci qu'il incomberait de dire quel est exactement le sort des biens appartenant aux époux lors du changement et des dettes qu'ils auraient pu contracter. A cette opinion, l'on opposa que le changement de la loi applicable n'est pas un problème tout à fait analogue à celui du passage d'un régime à un autre régime de la même loi; on opposa également que les lois internes risquaient de se trouver démunies de règles permettant de donner une solution.

94 En fin de compte, toutes ces propositions furent rejetées. L'article 8, identique à l'article 12 de l'avant-projet (à des changements rédactionnels du texte anglais près), fut considéré, sinon comme la meilleure solution, du moins comme le moindre mal. Il paraît en effet impossible de formuler des règles régissant de manière satisfaisante toutes les combinaisons possibles entre régimes matrimoniaux qui peuvent résulter de l'application successive de deux lois différentes. Il incombera au juge de trouver dans chaque espèce une solution satisfaisante.

95 Les principaux problèmes se poseront à propos de la subrogation réelle, et il ne sera pas toujours facile de reconstruire quelles sont les conséquences des acquisitions ou aliénations des biens intervenues sous l'empire des lois successives. On remarquera toutefois que des difficultés du même ordre peuvent se présenter lorsque les époux avant vécu sous divers régimes soumis à une seule loi, il s'agit de déterminer quels étaient, à diverses époques, les apports des époux, leurs biens réservés ou les acquêts.

96 On observera enfin que, dans des cas simples où il existe peu de biens, la liquidation se fera vraisemblablement sur la base de la dernière loi applicable. Pour les cas plus importants on peut espérer que l'usage de désigner la loi applicable, ou du moins l'utilisation de l'article 8, alinéa 2, deviendra de plus en plus fréquent. On peut d'ailleurs penser que, du moment que les époux se posent le problème de leur régime matrimonial, ils procéderont à la désignation de la loi applicable ou à la conclusion d'un contrat de mariage plutôt que de se soumettre simplement à la loi nouvelle déterminée par l'article 8, alinéa 2.

CHAPITRE V - LES RAPPORTS AVEC LES TIERS

1 L'application de la loi conventionnelle aux rapports avec les tiers

97 L'article 13 de l'avant-projet laissait entièrement à la discrétion des Etats contractants la question de la

¹ Cf. Rapport de la Commission spéciale, Nos 41-42.

² Doc. trav. No 3, P.-V. No 10.

spouses, and *a fortiori* third parties, ought not to see existing situations modified without their knowledge.¹

93 A third proposal sought to suppress in the first paragraph of the present article 8 the passage: 'and property belonging to the spouses before the change is not subject to the new applicable law'.² According to this proposal, as it was explained and defined in the course of the discussions, the questions raised by the shift from the former to the new law did not belong to private international law, but ought to be resolved by substantive provisions of the new applicable law. It is upon the latter that it would fall to say what exactly is the fate of property belonging to the spouses at the time of the change and of debts that they might have incurred. To this it was replied that the change of the applicable law is not a problem entirely analogous to that of the shift from one regime to another under the same law; it was countered also that the internal laws ran the risk of being found lacking in rules permitting a solution to be given.

94 Eventually, all these proposals were rejected. Article 8, identical to article 12 of the Preliminary Draft (except for some drafting changes in the English text), was considered, if not as the best solution, at least as the lesser evil. It seems indeed impossible to formulate rules governing in a satisfactory way all the possible combinations between matrimonial property regimes that may result from the successive application of two different laws. It will devolve upon the judge to find in each case a satisfactory solution.

95 The principal problems will arise in connection with the substitution of things for others, and it will not always be easy to reconstruct what are the consequences of acquisitions or transfers of property having taken place under the governance of successive laws. It will be noticed, however, that difficulties of the same order may arise when, the spouses having lived under various regimes subject to a single law, the point at issue is the determination of what were, at different times, the initial contributions of the spouses, their reserved property or the acquisitions.

96 It will be observed, finally, that, in simple cases where there exists little in the way of property, the winding-up will probably be on the basis of the last applicable law. For the more important cases, one may hope that the practice of designating the applicable law, or at least the utilization of article 8, second paragraph, will become more and more frequent. One may moreover think that, from the time when the spouses pose to themselves the problem of their matrimonial property regime, they will proceed to the designation of the applicable law or to the conclusion of a marriage contract rather than simply submitting themselves to the new law determined by article 8, second paragraph.

CHAPTER V - RELATIONS WITH THIRD PARTIES

1 Application of the Convention's law to relations with third parties

97 Article 13 of the Preliminary Draft left the question of the protection of third parties entirely to the discretion of

¹ Cf. Report of the Special Commission, Nos 41-42.

² Working Document No 3, *Procds-verbal* No 10.

protection des tiers. Il admettait implicitement que la loi déterminée par la Convention s'applique également aux rapports avec les tiers.¹

98 Le problème a été amplement discuté au cours de la Treizième session. On a aussi relevé qu'il avait un certain lien avec la question de la permanence du rattachement et des exceptions apportées à ce principe. En effet, plus la permanence de la loi applicable est accentuée, plus y a-t-il de cas où les époux ne sont pas soumis à la loi de leur résidence habituelle, ce qui rend plus nécessaire une protection des tiers. Cela a été bien reconnu par certaines délégations, qui, hostiles aux exceptions apportées à la permanence, souhaïtaient, pour rendre celle-ci moins nécessaires, restreindre aux rapports entre époux l'application de la loi prévue par la Convention.

99 Il convient de signaler, d'autre part, que le problème de la protection des tiers, quelle que paraisse son importance théorique, ne semble pas, à en juger selon la rareté des décisions judiciaires publiées, se poser souvent dans la pratique. Peut-être cela provient-il du fait que ceux qui donnent du crédit à un époux exigent le plus souvent également un engagement de l'autre époux, si bien que la question des incidences du régime matrimonial sur le pouvoir de disposer d'un époux et sur la mesure dans laquelle ses biens garantissent des dettes de l'autre époux ne se pose plus.

100 A la Treizième session, l'exclusion des rapports avec les tiers, par la suppression de l'article 13 et par une insertion supplémentaire à l'article premier, a été proposée au début des discussions.² A ce moment-là, cependant, l'on convint de procéder à l'examen des articles de l'avant-projet en partant de l'hypothèse que les rapports avec les tiers étaient également visés.

101 A l'idée d'exclure totalement les rapports avec les tiers, l'on objecta notamment que cela ne résolvait pas tous les problèmes de protection des tiers et créerait des difficultés de délimitation entre différentes lois compétentes.³ D'autre part, l'on releva que pareille exclusion obligerait les Etats à recourir, dans tous les cas où se pose une question relative aux tiers, à leurs anciennes règles de conflits.

2 *Les cas où la loi conventionnelle n'est pas applicable aux tiers*

102 Aussi, aux propositions d'exclure les rapports avec les tiers, l'on opposa diverses formules, qui furent combinées et finirent par mener au texte actuel de l'article 9. Celui-ci, dans son principe, fut adopté à une large majorité, après que l'on eut définitivement rejeté à une majorité très faible la proposition de ne pas soumettre les rapports avec les tiers aux règles de la Convention.

103 On arriva progressivement aux solutions consistant à permettre à chaque Etat contractant de prendre des dispositions en faveur des tiers, soit lorsqu'un époux ou le tiers a sa résidence habituelle sur son territoire, soit pour le cas où un immeuble faisant partie du régime matrimonial y est situé. On précisa aussi les conditions alternatives auxquelles un Etat peut subordonner l'application de la loi du régime matrimonial: ou bien l'observation

the Contracting States. It accepted implicitly that the law determined by the Convention applies equally to relations with third parties.¹

98 The problem was fully discussed during the Thirteenth Session. It was also pointed out that it had a certain connection with the question of permanence of the connecting factor and the exceptions to that principle. Indeed, the more that permanence of the applicable law is emphasised, the more cases there are where the spouses are not subject to the law of their habitual residence, which renders protection of third parties more necessary. That was fully acknowledged by certain delegations, which, adverse to the exceptions made to permanence, desired, so as to render this less necessary, to restrict application of the law provided for by the Convention to the relations between spouses.

99 It is appropriate to point out, on the other hand, that the problem of protection of third parties, whatever its theoretical importance appears to be, does not seem, judging by the scarcity of published judicial decisions, to arise often in practice. Perhaps that comes from the fact that those who furnish credit to a spouse require as often as not an undertaking of the other spouse, with the result that the question of the incidence of the matrimonial property regime on the power of a spouse to dispose and on the extent to which the property of one spouse guarantees the debts of the other no longer arises.

100 At the Thirteenth Session, the exclusion of relations with third parties, by the elimination of article 13 and by an additional insertion in article 1, was proposed at the start of the discussions.² At that time, however, it was agreed to proceed to an examination of the articles of the Preliminary Draft on the assumption that the relations with third parties were likewise involved.

101 The idea of excluding totally relations with third parties met with the particular objection that that did not resolve all the problems of protection of third parties and that it would create difficulties of delimitation between different applicable laws.³ On the other hand, it was pointed out that such an exclusion would oblige the States to have recourse, in every case in which a question relating to third parties arose, to their former conflict rules.

2 *The cases where the Convention's law is not applicable to third parties*

102 Therefore, the proposals to exclude relations with third parties were countered with various formulations, which were combined and led eventually to the present text of article 9. This was adopted, as to its principle, by a large majority, after the proposal not to subject the relations with third parties to the rules of the Convention had been definitely rejected by a very weak majority.

103 Solutions were progressively reached, consisting of allowing each Contracting State to take measures in favour of third parties, either when one spouse or the third party has his habitual residence on its territory, or in the case where immovable property forming part of the matrimonial property regime is situated there. The alternative conditions under which a State may subordinate the application of the law of the matrimonial property regime were also set out:

¹ Rapport de la Commission spéciale, Nos 32, 117-123.
² P.-v., No 3.
³ Voir notamment P.-v., No 11.

¹ Report of the Special Commission, Nos 32, 117-123.
² *Procès-verbal* No 3.
³ See, in particular, *Procès-verbal* No 11.

de formalités d'enregistrement ou de publicité, ou bien l'absence de bonne foi chez le tiers. Un Etat ne saurait soumettre l'application de la loi du régime à des conditions plus restrictives ou autres que celles énoncées à l'article 9.

En ce qui concerne la publicité, on releva les difficultés qui se posent à certains Etats fédéraux, tels que les Etats-Unis ou l'Australie, mais on y répondit que la publicité prévue à l'article 9 peut revêtir les formes les plus diverses non seulement celle de l'inscription dans un registre officiel.

104 L'on décida enfin que la règle n'est établie qu'en faveur du tiers et que celui-ci reste libre d'invoquer la loi du régime matrimonial, si cette loi lui est plus favorable.

105 La formule retenue est très souple. Il a été décidé que, par «droit d'un Etat contractant», l'on pouvait entendre aussi bien la loi écrite que la jurisprudence. Ces termes englobent aussi d'autres sources du droit, par exemple des dispositions qui pourraient être incluses dans la loi de ratification en application de l'alinéa 4 de l'article 9.

106 Les Etats restent donc assez libres de prévoir des mesures de protection ou d'en faire abstraction. D'autre part, les mesures prises à cet égard par un Etat ne seront appliquées que par ses propres tribunaux. Il a été expressément constaté que les autres Etats ne sont pas tenus d'observer de telles dispositions. Il s'ensuit que, dans les rapports avec des tiers, les époux verront appliquer des règles différentes selon le for. L'on pourrait imaginer que certains Etats veuillent par la suite étendre l'unification à cette question.

CHAPITRE VI - LE VŒU RELATIF A L'INFORMATION DES ÉPOUX

107 Les dispositions de la Convention, et tout particulièrement la possibilité offerte aux époux de désigner eux-mêmes la loi applicable à leur régime matrimonial, ne peuvent déployer tous leurs effets que si elles sont connues du public.

La Conférence a été consciente de l'importance de cette information, mais aussi des difficultés pratiques qui ne manqueraient pas de se présenter. Aussi n'a-t-elle pas voulu charger la Convention d'une disposition sur ce point, mais elle s'est contentée d'un simple vœu inséré dans l'Acte final et adressé aux Etats.¹

Il faut relever aussi que, pour cette information, l'action d'associations professionnelles nationales et internationales, telles que l'Union internationale du Notariat latin, sera particulièrement précieuse.

108 Le vœu de la Conférence a été émis dans le texte suivant qui reprend en substance celui proposé par la Commission spéciale (Acte final de la Treizième session, D, 2):

Que les Etats Parties à la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prennent les mesures appropriées pour informer le public, et en particulier les personnes qui se marient sur leur territoire, qui viennent y établir leur résidence habituelle ou qui le quittent:

¹ Voir déjà le Rapport de la Commission spéciale, Nos 50-53.

either compliance with formalities of registration or publicity, or the absence of good faith on the part of the third party. A State may not subject the application of the law of the regime to conditions which are more restrictive or different than those stated in article 9.

In so far as publicity is concerned, attention as drawn to the difficulties that face certain federal States, such as the United States or Australia, but it was rejoined that the publicity provided for in article 9 might assume the most diverse forms, not only that of an entry in an official register.

104 It was decided finally that the rule was established only in favour of third parties and that the third party remained free to invoke the law of the matrimonial property regime, if that law was more favourable to him.

105 The formulation adopted is very flexible. It was decided that, by 'law of a Contracting State', was to be understood both legislation and case-law. These terms embrace also other sources of law, for example, provisions which may be included in the enacting legislation in application of the fourth paragraph of article 9.

106 The States remain, accordingly, relatively free to provide protective measures or to do without them. On the other hand, the measures taken by a State in this regard will be applied only by its own courts. It was stated expressly that other States are not obliged to comply with such provisions. It follows that, in regard to relations with third parties, the spouses will see different rules applied according to the forum. It may be imagined that some States may wish eventually to extend unification to this question.

CHAPTER VI - THE WISH RELATING TO INFORMING THE SPOUSES

107 The provisions of the Convention, and particularly the possibility available to the spouses personally to designate the law applicable to their matrimonial property regime, can have full effect only if they are known to the public.

The Conference was fully aware of the importance of this information, but also of the practical difficulties that will not fail to arise. Not wishing therefore to burden the Convention with a provision on this point, it was satisfied with a simple wish inserted in the Final Act and addressed to the States.¹

It must be pointed out also that, for dissemination of this information, the action of national and international professional associations, such as the *Union internationale du Notariat latin*, will be particularly valuable.

108 The wish of the Conference has been expressed in the following statement which adopts in substance that proposed by the Special Commission (Final Act of the Thirteenth Session, D, 2):

That the States Parties to the Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes take appropriate measures to inform the public, and in particular persons who marry in the State, who come there to establish their habitual residence, or who leave the State -

¹ See previously the Report of the Special Commission, Nos 50-53.

a de la possibilité qui est ouverte à des époux de désigner, dans certaines limites et en observant certaines formes, la loi applicable à leur régime matrimonial dans son ensemble, ou seulement en ce qui concerne les immeubles;

b de la loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix par les époux et du fait que cette loi peut changer dans certaines circonstances;

c de la faculté qu'ont les époux, en cas de changement de la loi applicable, de soumettre tous leurs biens à la nouvelle loi.

a of the possibility open to spouses to designate, within certain limits, and by observing certain formalities, the law applicable to their matrimonial property regime in its entirety, or in so far as it relates to immovables;

b of the law that, in the absence of a choice by the spouses, will be applicable to the matrimonial property regime, and of the fact that there may be a change of the applicable law in certain circumstances;

c of the faculty available to the spouses, in the event of a change of the applicable law, to submit all of their property to the new law.

Deuxième partie – Commentaire par articles de la Convention

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Part two – Article-by-article commentary of the Convention CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

109 Le chapitre premier définit le champ d'application de la Convention quant à la matière et exprime son caractère «universaliste». D'autres dispositions ont trait au domaine de la Convention, ainsi l'article 20 qui règle les rapports avec d'autres conventions, l'article 21 qui règle les mine l'application dans le temps. Enfin, les articles 16 à 19, et les clauses finales des articles 24 à 26 règlent, sous divers aspects, l'application de la Convention lorsque des Etats composés sont intéressés.

109 The first Chapter defines the scope of the Convention in regard to the subject-matter and makes clear its 'universal' character. Other provisions deal with the scope of the Convention, such as article 20 which governs the relations with other Conventions, and article 21 which determines its application in regard to time. Finally, articles 16 to 19, and the final clauses of articles 24 to 26, regulate, as to various aspects, the application of the Convention when composite States are concerned.

Article premier – Le champ d'application ratione materiae

Article 1 – The scope of application ratione materiae

1 Observations générales

1 General observations

110 L'alinéa premier pose le principe que la Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux et n'a donc trait, ni à la compétence judiciaire, ni à la reconnaissance et à l'exécution de décisions étrangères.

110 The first paragraph sets forth the principle that the Convention determines the law applicable to matrimonial property regimes and hence deals neither with the jurisdiction of courts nor with the recognition and enforcement of foreign decisions.

111 Il convient d'emblée de souligner que la loi conventionnelle est applicable tant dans les rapports entre époux (régime interne) que dans les rapports entre les époux et des tiers: cela est spécifié à l'article 9. Enfin, la Convention régit aussi la forme du contrat de mariage (article 12).

111 It is desirable to emphasise at once that the Convention's law is applicable both to the relations between the spouses (internal regime) and to the relations between the spouses and third parties: the latter is stated expressly in article 9. Finally, the Convention also governs the form of the marriage contract (article 12).

112 Le second alinéa, selon une technique éprouvée,¹ précise que la Convention ne s'applique pas à certaines questions qui pouvaient prêter à discussion.

112 The second paragraph, in accordance with a tested technique,¹ states that the Convention does not apply to certain questions which might give rise to controversy.

2 La notion de régimes matrimoniaux

2 The concept of matrimonial property regimes

113 Il est généralement admis que les termes figurant dans une convention internationale doivent être interprétés dans un sens autonome, propre à la Convention et, le cas échéant, distinct des notions ayant cours dans les Etats contractants. Ce principe a été relevé avec force par plusieurs Délégués. La Conférence s'est cependant rendu compte de la diversité des règles régissant le régime matrimonial dans les droits positifs actuels et elle a eu conscience du fait que certaines questions relèvent du droit des régimes matrimoniaux dans certains pays, alors qu'elles y échappent dans d'autres; elle a compris qu'il resterait donc inédit-

113 It is generally accepted that terms appearing in an international convention should be interpreted in an autonomous sense, appropriate to the Convention, and, if the case calls for it, in a sense which is distinct from the concepts that are current in the Contracting States. This principle was emphasised strongly by several Delegates. The Conference took account, nevertheless, of the diversity of rules governing matrimonial property regimes in the existing positive laws and it was conscious of the fact that certain questions fall within the law of matrimonial property regimes in certain countries, whereas in others they

¹ Voir déjà l'article 5 de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955.

¹ See, previously, article 5 of the Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, of 15 June 1955.

fait, on pensera en premier lieu aux restrictions que certaines législations apportent à la capacité de la femme mariée. Si les dispositions sur l'incapacité totale de la femme mariée et sur l'autorité maritale ont disparu de la plupart des législations, il subsiste des règles telles que l'interdiction d'intéresser en faveur du mari (incapacité velleïenne) et l'exigence de l'autorisation maritale pour l'exercice d'une profession. Dans la plupart des systèmes de droit international privé, de telles questions sont considérées comme relevant de la capacité en général, ou des effets personnels du mariage. Parfois, elles sont soumises à la loi applicable à l'acte passé par la femme. Même à défaut de la précision apportée par l'article premier, elles échapperaient donc à l'empire de la Convention, étant considérées comme n'appartenant pas au régime matrimonial.

118 Il convient d'autre part de souligner que les pouvoirs de disposition respectifs des époux sur leurs biens, que ce soit entre eux ou envers des tiers, se trouvent au coeur même des questions relevant du régime matrimonial. Ces pouvoirs ne sauraient être qualifiés de questions de capacité et être soustraits par là à l'empire de la loi applicable au régime matrimonial.

119 Le véritable objet du chiffre 3 est de marquer que la Convention n'oblige pas à appliquer la loi qu'elle désigne à la capacité de conclure un contrat de mariage, ou de choisir la loi applicable au régime matrimonial. Dans les pays où ces questions sont soumises à la loi qui régit la capacité générale, c'est cette loi qui dira si les fiancés sont majeurs et, si tel n'est pas le cas, qui doit concourir au contrat de mariage ou au choix de la loi applicable; elle dira en outre si le mariage rend majeur, etc. Au contraire, dans les pays qui appliquent la loi du contrat à la capacité, celle-ci sera régie par la loi déterminée selon la Convention.

Les contrats de mariage seront de plus soumis aux règles de la loi du régime, par exemple en ce qui concerne leur admissibilité après le mariage. En revanche, la faculté reconnue par les articles 3 et 6 de désigner une loi applicable ne peut être soumise à d'autres restrictions que celles résultant du défaut de capacité générale. Cette faculté découle en effet de la règle de conflit conventionnelle, et ne peut être limitée ni par des restrictions spéciales apportées à la capacité d'un époux, ni par des dispositions exigeant, par exemple, une autorisation officielle pour les contrats de mariage passés en cours de mariage. Ajoutons pour éviter tout malentendu, que la Convention régit à l'article 10 la question du consentement des époux sur le choix de la loi applicable.

Article 2 - Application générale des règles conventionnelles

120 Cette disposition exprime le caractère «universaliste» de la Convention. Elle signifie que les règles de conflits de la Convention remplacent complètement et dans tous les cas les règles de conflits particulières des Etats contractants en matière de régime matrimonial. Il importe peu que les époux eux-mêmes ou la loi applicable à leurs régimes matrimoniaux aient des attaches quelconques avec l'Etat du for ou un autre Etat partie à la Convention. Il n'est donc pas nécessaire, pour appliquer la Convention, de savoir quels sont les autres Etats contractants, sauf toutefois en ce qui concerne l'obligation de donner effet à une déclaration faite en application de l'article 5. Les seuls cas où les règles de conflits conventionnelles ne s'appliquent pas sont ceux tombant sous un autre traité réservé par l'article 20.

will have in mind first the restrictions imposed by certain laws on the capacity of the married woman. Although the provisions on the complete incapacity of the married woman and on the husband's authority have disappeared from most laws, there subsist rules such as the prohibition on intercession in favour of the husband (lack of capacity to guarantee obligations of the husband) and the requirement of the husband's authorisation for the exercise of a profession. In most of the systems of private international law, such questions are considered as relating to capacity in general or to the personal effects of marriage. Sometimes, they are submitted to the law applicable to the legal instrument made by the wife. Even in the absence of the specification given in article 1, they will, accordingly, fall outside the scope of the Convention, being considered as not belonging to the matrimonial property regime.

118 It is advisable, on the other hand, to emphasize that the spouses' respective powers to dispose of their property, either as between themselves or as regards third parties, are at the very heart of the questions relating to the matrimonial property regime. These powers could not be characterized as questions of capacity and, in that way, be kept outside the scope of the law applicable to the matrimonial property regime.

119 The true purpose of sub-paragraph 3 is to show that the Convention does not require application of the law which it designates to the capacity to enter into a marriage contract, or to choose the law applicable to the matrimonial property regime. In the countries in which these questions are made subject to the law which governs general capacity, it is that law which dictates whether the betrothed pair are adults and, if such is not the case, who must concur in the marriage contract or the choice of the applicable law; that law will also dictate whether marriage brings on adulthood, etc. To the contrary, in those countries which apply the law of the contract to capacity, the capacity will be governed by the law determined in accordance with the Convention. Marriage contracts will, moreover, be subject to the rules of the law of the regime, for example as regards their permissibility after the marriage. On the other hand, the option acknowledged by articles 3 and 6 to designate an applicable law may not be subjected to restrictions other than those resulting from the absence of general capacity. This option arises indeed from the Convention's conflict rule and may not be limited neither by special restrictions applied to the capacity of a spouse nor by provisions requiring, for example, an official authorisation for marriage contracts made during the marriage. So as to avoid all misunderstanding, one may add that the Convention governs in article 10 the question of the consent of the spouses to the choice of the applicable law.

Article 2 - General application of the Convention's rules

120 This provision expresses the 'universal' character of the Convention. It signifies that the conflict rules of the Convention replace completely and in all cases the particular conflict rules of the Contracting States in regard to matrimonial property regimes. It is irrelevant whether the spouses themselves or the law applicable to their matrimonial property regimes have any connections whatever with the State of the forum or with another State Party to the Convention. It is not necessary, therefore, in order to apply the Convention, to know which are the other Contracting States, except however, where the obligation to give effect to a declaration made pursuant to article 5 is involved. The only cases where the Convention's conflict rules are not applicable are those falling under another treaty reserved by article 20.

tablement une certaine zone grise que l'on classerait tantôt dans le régime matrimonial, tantôt dans un autre domaine. Ainsi les règles sur la participation des époux aux charges du ménage, sur le logement familial, sur les pouvoirs de représentation, etc., entrent dans certains pays dans le régime matrimonial, alors qu'ailleurs, elles font partie du «régime primaire» qui l'emporte sur le régime matrimonial proprement dit.¹

3 Les exclusions de l'alinéa 2

114 Il est évident que l'alinéa 2 n'a pas un caractère exhaustif et ne fait qu'attirer l'attention sur trois points que l'on pourrait être tenté, faute de précisions, de soumettre à la loi applicable au régime matrimonial.

D'autres questions de délimitation se posent. Ainsi, la *lex rei sitae* immobilière l'emportera sans doute en matière de transfert de propriété sur la loi du régime. Des époux ne pourraient, par exemple, opposer à un tiers des droits tirés d'un régime matrimonial qui seraient en contradiction avec des inscriptions dans un registre foncier jouissant de la foi publique. En revanche, il a été admis que la loi applicable au régime matrimonial définirait les rapports entre celui-ci et les donations ou sociétés entre époux.

a Chiffre premier: les obligations alimentaires entre époux

115 L'exclusion de ces obligations alimentaires s'imposait déjà pour la raison que cette question est régie par les Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires.¹ Plus généralement, les dispositions de la loi qui régit les obligations alimentaires semblent devoir l'emporter sur celles de la loi applicable au régime matrimonial. Cela en tout cas dans la mesure où elles prévoient des prestations plus étendues.²

b Chiffre 2: les droits successoraux du conjoint survivant

116 La Convention mentionne ici la catégorie sans doute la plus importante des droits découlant pour une personne du décès de son conjoint qui échappe à la loi applicable au régime matrimonial en vertu des règles conventionnelles. Cette exclusion également est donnée à titre d'exemple; en aucun cas, l'on ne saurait en tirer *a contrario* la conclusion que les autres droits résultant du décès tombent nécessairement dans le domaine de la Convention.³

c Chiffre 3: la capacité des époux

117 Il a paru expédient d'exclure de façon générale les questions de capacité du domaine de la Convention. En

escape if; it was understood that, accordingly, there would remain inevitably a certain grey zone that would be classified sometimes as within the matrimonial property regime and at other times as within another area. Thus, the rules relating to the contributions of the spouses to household expenses, to the matrimonial home, to powers to act as agent, etc., come within the matrimonial property regime in some countries, whereas elsewhere they form part of the 'basic regime' which prevails over the matrimonial property regime properly so called.¹

3 The exclusion of the second paragraph

114 It is clear that the second paragraph does not have an exhaustive character and it only draws attention to three matters that one might be tempted, for want of fuller information, to submit to the law applicable to the matrimonial property regime.

Other questions of delimitation arise. Thus, the *lex rei sitae* of immovable property will undoubtedly prevail over the law of the regime where transfers of property are involved. The spouses cannot, for example, invoke against a third party a matrimonial property regime that is in contradiction to the entries in a public land register on which the public relies. On the other hand, it was accepted that the law applicable to the matrimonial property regime would define the relations between the regime gifts or partnerships between spouses.

a Sub-paragraph 1 - maintenance obligations between spouses

115 The exclusion of these maintenance obligations was impelled for the reason that this question is governed by the Hague Conventions on maintenance obligations.² More generally, it appears that the provisions of the law which governs maintenance obligations ought to prevail over those of the law applicable to the matrimonial property regime. That is so in all cases to the extent that they provide for more extensive obligations.³

b Sub-paragraph 2 - succession rights of a surviving spouse

116 The Convention mentions here the category, undoubtedly the most important, of rights attaching to a person on the death of the spouse which is not caught by the law applicable to the matrimonial property regime by virtue of the Convention rules. This exclusion is likewise given by way of example, in no case ought the conclusion to be drawn *a contrario* that the other rights resulting from the death fall necessarily within the scope of the Convention.⁴

c Sub-paragraph 3 - the capacity of the spouses

117 It appeared advisable to exclude generally questions of capacity from the scope of the Convention. In fact, one

¹ Voir Rapport de la Commission spéciale, No 68.

² Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956; Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973.

³ Voir P.-v. No 2. On peut signaler dans ce contexte, comme exemple d'une institution échappant aux dispositions de la Convention, la possibilité que donne au juge le Family Law Act 1975 australien d'ordonner, à l'occasion d'un divorce ou d'une action en nullité, le transfert de certains droits de propriété à l'un des époux, afin d'assurer son entretien et celui des enfants qui lui sont attribués.

⁴ Voir supra, Nos 17-18.

¹ See Report of the Special Commission, No 68.

² Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations in Respect of Children, of 24 October 1956; Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, of 2 October 1973.

³ See P-ords-verbals No 2. One may point out in this context, as an example of an institution falling outside the provisions of the Convention, the power given to the court by the Australian Family Law Act 1975 to order, in cases of divorce or on petitions in nullity, the transfer of certain property rights to one of the spouses, so as to ensure maintenance for the latter and for those children over whom the spouse has been awarded custody.

⁴ See supra, Nos 17-18.

121 Ce chapitre contient les règles de conflits de la Convention. Pour leur application, il convient de ne pas perdre de vue l'article 15 qui définit la nationalité commune, et, lorsqu'un Etat composé est en cause, les articles 16-19. L'on examinera successivement le rattachement subjectif (articles 3 et 6), le rattachement objectif (articles 4 et 5), la mutabilité de ce dernier et les effets de cette mutabilité (articles 7 et 8), les rapports avec les tiers (article 9), puis les modalités du choix de la loi applicable, sa forme et celle du contrat de mariage (articles 10-13), enfin la clause d'ordre public (article 14).

Articles 3 et 6 - Le rattachement subjectif

1 *Observations générales*

122 Il convient de répéter que l'innovation essentielle de la Convention est de permettre de façon générale aux parties de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, principe que les délégations ont été unanimes à admettre.¹ Toutefois, ce choix ne saurait porter, comme en matière de contrats, sur un nombre illimité de lois; il est au contraire restreint à une option entre certaines lois, en assez grand nombre il est vrai, avec lesquelles existent des liens objectifs.

123 La Convention consacre le principe de l'unité du régime matrimonial à l'alinéa 3 des articles 3 et 6. Les époux ne sauraient choisir une loi applicable qu'à une partie des biens qu'ils possèdent ni, dans le cas de l'article 6, uniquement à ceux qu'ils acquerraient à l'avenir. Que se passera-t-il si, contrairement à la disposition de l'article 11, des époux désignent la loi applicable pour une partie de leurs biens seulement, ou désignent deux ou plusieurs lois applicables à différentes parties du patrimoine (la possibilité du choix de la loi *lex rei sitae* pour les immeubles étant toujours réservée)? - En pareil cas, le juge devra rechercher, selon les principes généraux de l'interprétation, une solution aussi proche que possible de ce qu'ont voulu les parties. On pourrait par exemple admettre, semble-t-il, que la désignation de la loi applicable pour la plus grande partie des biens soit étendue à tous les biens. Si une désignation partielle de la loi applicable pour la plus grande partie de mariage, celui-ci pourrait être maintenu dans les limites de la loi objectivement compétente, même si le choix des parties était considéré comme nul.

124 Une importante exception a été apportée à ce principe en matière immobilière par l'alinéa 4 des articles 3 et 6. Les époux ont la possibilité de soumettre un immeuble déterminé, ou tous leurs immeubles, même ceux qu'ils pourraient acquérir par la suite, à la loi de la situation de chaque immeuble. Cette possibilité est donnée aux époux même s'ils ont désigné une loi régissant l'ensemble de leur patrimoine, ou si pour les biens autres qu'immobiliers, ils s'en remettent à la loi objectivement applicable.

Si des époux font usage de cette faculté, il y aura une scission entre plusieurs régimes indépendants. L'on ne saurait, lors de la liquidation de l'un de ces régimes, céder systématiquement à des compensations ou prélèvements

¹ Voir *supra*, Nos 31-33.

121 This Chapter contains the conflict rules of the Convention. With a view to their application, it is desirable not to lose sight of article 15, which defines common nationality, and, when a composite State is involved, articles 16-19. There follows, in order, an examination of the subjective connexion (articles 3 and 6), the objective connexion (articles 4 and 5), mutability of the latter and the effects of that mutability (articles 7 and 8), relations with third parties, then the manners of choosing the applicable law, the form of that choice and of the marriage contract (articles 10-13), and, finally, the public policy clause (article 14).

Articles 3 and 6 - The subjective connexion

1 *General observations*

122 It is appropriate to repeat that the essential innovation of the Convention is in permitting, as a general rule, the parties to choose the law applicable to their matrimonial property regime, a principle that the delegations accepted unanimously.¹ However, this choice cannot, as with contracts, be made under an unlimited number of laws; it is, on the contrary, restricted to an option among certain laws, a rather large number it is true, with which objective ties exist.

123 The Convention establishes the principle of unity of the matrimonial property regime in the third paragraph of articles 3 and 6. The spouses cannot choose a law applicable only to a part of the property that they possess nor, in the case of article 6, only to property that they will acquire in the future. What will happen if, contrary to the provisions of article 11, spouses designate the applicable law for a part of their property only, or designate two or more laws as applicable to different parts of their property (the possibility of the choice of the *lex rei sitae* for immovables being always reserved)? - In such a case, the court will have to search, according to the general principles of construction, for a solution as close as possible to that which the parties wanted. One might for example accept, it seems, that the designation of the law applicable to the greatest part of the property be extended to all the property. If a partial designation of the applicable law was agreed upon in a marriage contract, this contract might be upheld within the limits of the law objectively applicable, even if the choice of the parties was considered to be void.

124 An important exception has been made to this principle by the fourth paragraph of articles 3 and 6, in regard to immovable property. The spouses have the possibility to submit an identified immovable, or all of their immovable property, even that which they might acquire subsequently, to the law of the place where each immovable is situated. This possibility is given to the spouses even if they have designated a law governing the entirety of their property, or if for property other than immovable property, they leave it to the objectively applicable law.

Where the spouses make use of this possibility, there will be a division among several independent regimes. One could not, at the time of the winding-up of one of these regimes, systematically yield to set-off or to deductions made in

¹ See *supra*, Nos 31-33.

en fonction de la liquidation d'un autre. Mais dans certains cas, l'entorse faite au principe de l'unité du régime soulèvera des problèmes qu'il faudra résoudre par adaptation des lois applicables.¹

125 La possibilité donnée aux époux de choisir la loi applicable n'est soumise à aucune limitation dans le temps; ils peuvent faire ce choix tant avant le mariage (article 3) qu'à tout moment postérieur à celui-ci (article 6). La loi désignée est applicable aussi longtemps que les époux n'en désignent pas une autre.

Le rattachement subjectif est donc permanent en ce sens que la loi applicable n'est jamais modifiée par des changements de circonstances objectives (résidence habituelle, nationalité), et en même temps flexible, puisque les époux peuvent en tout temps désigner une autre loi pour régir leur régime matrimonial.

126 Enfin, signalons qu'il faudra se référer aux articles 16-19 dans les espèces où la loi d'un Etat composé doit régir le régime matrimonial.

2 La délimitation du domaine des articles 3 et 6

127 L'on constatera que l'article 3 et l'article 6 ont presque la même teneur, sauf en ce qui concerne l'alinéa 2, chiffre 3, de l'article 3. Il a néanmoins paru préférable de régler séparément le choix de la loi applicable avant le mariage d'une part, le choix ultérieur de l'autre.

Le choix prévu à l'article 3 peut être fait à un moment quelconque avant le mariage ou au plus tard simultanément avec ce dernier. Dès la conclusion du mariage, seul l'article 6 est applicable, ce qui signifie notamment que les époux ne peuvent plus faire le choix «prospectif» qui est prévu à l'article 3, alinéa 2, chiffre 3.

3 Les lois internes qui peuvent être désignées de manière générale

a Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre premier: la loi nationale d'un époux

128 Toute nationalité possédée par l'un des époux est considérée comme un lien suffisant pour que la loi interne de l'Etat de cette nationalité puisse être choisie. Peu importe donc qu'il s'agisse, dans le cas de l'article 3, d'une nationalité que l'époux perdra par le mariage ou, au contraire, dans le cas de l'article 6, d'une nationalité qu'il a acquise sans sa volonté ou même contre sa volonté, au moment du mariage. Lorsqu'un époux a plusieurs nationalités, la loi de chacune d'elles peut être choisie, ce qu'exprime la formule «la loi d'un Etat...».

129 Il n'est pas possible, en revanche, de choisir la loi d'une nationalité qu'un époux possédait à un moment antérieur ou qu'il acquerra par la suite. Pour qu'une loi nationale puisse être choisie, il faut que l'un des époux ait la nationalité correspondante au moment où intervient la désignation. Cela signifie notamment que l'on peut choisir la loi d'une nationalité qu'un époux perdra même avant le mariage, par exemple par une renonciation.

¹ Voir P.-V. No 4.

advance in connexion with the winding-up of another regime. But in certain cases, the distortion in the principle of unity of the regime will give rise to problems that will have to be resolved by adaptation of the applicable laws.¹

125 The possibility given to the spouses to choose the applicable law is not subject to any limitation in time; they may make the choice before the marriage (article 3) or at any time subsequent thereto (article 6). The law designated is applicable so long as the spouses do not designate another.

The subjective connexion is therefore permanent in the sense that the applicable law is never modified by changes of objective circumstances (habitual residence, nationality), and at the same time flexible, since the spouses may designate at any time another law to govern their matrimonial property regime.

126 Finally, let us point out that it will be necessary to refer to articles 16-19 in the cases where the law of a composite State is to govern the matrimonial property regime.

2 Delimitation of the scope of articles 3 and 6

127 It will be noted that article 3 and article 6 have almost the same purport, except in so far as the second paragraph, sub-paragraph 3, of article 3 is concerned. Nevertheless, it seemed preferable to deal separately with the choice of the applicable law before marriage on the one hand, and the subsequent choice on the other.

The choice provided by article 3 may be made at any time whatsoever before marriage or, at the latest, simultaneously with the marriage. From the time of entry into the marriage, only article 6 is applicable, which means in particular that the spouses may no longer make the 'prospective' choice that is provided for in article 3, second paragraph, sub-paragraph 3.

3 The internal laws which may be designated in a general manner

a Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 1 - national law of a spouse

128 Any nationality possessed by one of the spouses is considered as a sufficient tie for the internal law of the State of that nationality to be chosen. It makes no difference therefore whether one is concerned, in the case of article 3, with a nationality that the spouse will lose by entry into the marriage or, to the contrary, in the case of article 6, with a nationality that was acquired, without that spouse's volition or even against that spouse's wishes, at the time of marriage. When a spouse has several nationalities, the law of any of them may be chosen, as expressed by the formula 'the law of a State...'

129 It is not possible, on the other hand, to choose the law of a nationality that a spouse possessed at a prior time or that the spouse will acquire later. For a national law to be chosen, it is necessary for one of the spouses to have the corresponding nationality at the time when the designation occurs. This means in particular that one may choose the law of a nationality that a spouse will lose even before the marriage, for example, by renunciation.

¹ See *Procki-verbal* No 4.

b Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre 2: la loi de la résidence habituelle d'un époux au moment de la désignation

130 A la différence de la nationalité, la résidence habituelle, notion fondée essentiellement sur les faits et retenue dans beaucoup de Conventions de La Haye, ne peut désigner qu'une seule loi interne, une même personne ne pouvant avoir à la fois plusieurs résidences habituelles. Aussi, le texte dit-il: «la loi de l'Etat...».

Comme en matière de nationalité, la résidence habituelle doit être donnée au moment de la désignation. Si la désignation est faite avant le mariage, il importe peu que la résidence habituelle prenne fin avant le mariage ou au moment de celui-ci.

c Article 3, alinéa 2, chiffre 3: la loi de la nouvelle résidence habituelle après le mariage

131 Cette disposition répond à l'idée que les époux doivent pouvoir, avant le mariage, soumettre leur régime matrimonial à la loi du pays dans lequel ils s'établiront une fois mariés. Ce choix devra évidemment désigner une loi individualisée et les époux ne sauraient se borner à stipuler qu'ils seront soumis à la loi du pays – encore indéterminé – où ils s'établiront. Le choix déplaçera ses effets dès que l'un au moins des époux aura établi sa résidence habituelle dans le pays de la loi désigné¹. Il faut que la loi choisie soit celle du premier Etat sur le territoire duquel un époux aura établi une nouvelle résidence habituelle après le mariage, cela même si les époux ont encore conservé la résidence habituelle antérieure durant quelque temps. Dès le moment où la nouvelle résidence habituelle est établie, la loi choisie sera donc applicable au régime matrimonial et cela avec effet à partir de la date du mariage. En revanche, il faut admettre que la désignation sera sans effet, dès que, après le mariage, un des époux établira une nouvelle résidence habituelle dans un autre Etat que celui dont la loi a été désigné². La caducité du choix est irréremédiable et il importe peu que, par la suite, un des époux ou tous deux établissent finalement leur résidence habituelle dans l'Etat dont la loi a été désigné. Enfin, la désignation de la loi applicable n'a plus d'effet dès le moment où il apparaît qu'en fait, aucun des époux n'établira plus sa résidence habituelle dans le pays envisagé au moment du choix.

132 Que se passera-t-il si la question de la loi applicable au régime matrimonial se pose après le mariage, mais avant que la résidence habituelle projetée ait pu être établie? En pareil cas, l'on devra admettre que le choix ne peut déployer d'effets et que la loi applicable doit être déterminée objectivement.

4 Articles 3 et 6, alinéa 4: le régime spécial des immeubles

133 Les pays de *Common Law* tenaient beaucoup à ce que l'application de la *lex rei sitae*, fondamentale dans leur système, puisse être prévue par les époux pour les immeubles. A cela s'ajoute la considération que de toute façon, le régime matrimonial sera, quant à ses effets pour les im-

¹ Voir aussi *supra* Nos 35-37.

² Voir P.-v. No 4. — On pourrait encore imaginer que les époux désignent, à titre subsidiaire, une seconde loi (de leur nationalité ou de leur résidence habituelle au moment de la désignation) qui s'appliquerait au cas où la convention du chiffre 3 ne se réaliserait pas.

b Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 2 – the law of the habitual residence of a spouse at the time of designation

130 Unlike nationality, habitual residence, a concept based essentially on fact and employed in many Hague Conventions, may indicate only one internal law, a person not being able to have at one and the same time several habitual residences. So, the text reads: 'The law of the State...'

As in the case of nationality, the habitual residence has to be in existence at the time of the designation. Where the designation is made before marriage, it makes no difference whether the habitual residence comes to an end before marriage or at the time of marriage.

c Article 3, second paragraph, sub-paragraph 3 – the law of the new habitual residence after the marriage

131 This provision corresponds to the idea that the spouses should be able, before marriage, to submit their matrimonial property regime to the law of the country in which they will settle once married. This choice will evidently have to designate a specific law and the spouses cannot merely stipulate that they will be subject to the law of the country – yet undetermined – where they will settle. The choice will take effect as soon as one at least of the spouses establishes habitual residence in the country of the designated law.¹ It is necessary that the law chosen be that of the first State on the territory of which a spouse will have established a new habitual residence after marriage, even if the spouses have maintained the former habitual residence for some time. From the time when the new habitual residence is established, the chosen law will therefore be applicable to the matrimonial property regime, this being with effect from the date of marriage. On the other hand, it must be admitted that the designation will be without effect as soon as, after the marriage, one of the spouses establishes a new habitual residence in a State other than the State, the law of which was designated.² The nullity of the choice is irremediable and it is irrelevant whether, subsequently, one or both of the spouses finally establish habitual residence in the State the law of which was designated. Finally, the designation of the applicable law no longer has effect, from the time when it appears that in fact, neither of the spouses any longer establish habitual residence in the country envisaged at the time of choice.

132 What will happen where the question of the law applicable to the matrimonial property regime arises after the marriage, but before the habitual residence contemplated could be established? In such a case, it will have to be accepted that the choice may not take effect and that the applicable law ought to be determined objectively.

4 Articles 3 and 6, fourth paragraphs – the special regime of immovables

133 The Common Law countries were very anxious that application of the *lex rei sitae*, fundamental in their system, ought to be made available to the spouses for their immovables. To this is added the consideration that in any event, the matrimonial property regime will, as regards

¹ See also *supra*, Nos 35-37.

² See *Protest-verbal* No 4. One might even imagine that the spouses designate, on a subsidiary basis, a second law (of their nationality or of their habitual residence at the time of designation) which would apply in case the requirement of sub-paragraph 3 was not realised.

meubles, soumis à la *lex rei sitae* dans beaucoup d'Etats non-parties à la Convention. Il est donc utile pour les époux de pouvoir choisir la loi qui sera la seule effectivement appliquée.

134 La formule «que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ...» signifie que les époux peuvent, soit choisir une loi qui régira le régime matrimonial en général et y prévoir des exceptions en faveur de la *lex rei sitae* pour les immeubles ou certains d'entre eux, soit se borner à un choix pour les immeubles et s'en remettre pour le reste de leurs biens à la loi objectivement applicable. On peut se demander encore si, inversement, les époux peuvent limiter la désignation de la loi applicable à la fortune mobilière et laisser s'appliquer aux immeubles la loi objectivement compétente selon l'article 4. Tel n'est pas le cas. Ici l'unité de la loi applicable au régime matrimonial doit prévaloir, car la *ratio legis* du rattachement séparé du régime matrimonial immobilier est uniquement de réserver l'application de la *lex rei sitae*.

135 Le texte précise ensuite que les époux peuvent désigner la *lex rei sitae* pour tous les immeubles ou seulement pour certains d'entre eux. En revanche, ils ne pourraient pas soumettre plusieurs immeubles, situés dans des pays différents, à la loi de la situation d'un seul de ces immeubles.

136 La dernière phrase de l'alinéa 3 ajoute que les époux peuvent même stipuler que les immeubles qu'ils pourraient acquérir par la suite seront tous soumis à la *lex rei sitae*.

Les formules «immeubles qui seront acquis par la suite» et «les immeubles» plutôt que «leurs immeubles» ont été choisies pour englober tant les immeubles appartenant aux deux époux que ceux qui appartiennent ou sont acquis par l'un d'eux seulement¹.

137 Le choix de la *lex rei sitae* peut être fait, non seulement pour des fonds ou des bâtiments, mais aussi pour d'autres biens immobiliers. Quelle loi décidera, dans le doute, du caractère immobilier ou mobilier d'un bien? Il semble que seule la règle traditionnelle, qui s'en remet à la qualification de la *lex rei sitae*, peut ici entrer en ligne de compte. Cela est conforme au but de l'alinéa 3 des articles 3 et 6: donner aux époux la faculté de mettre leur régime matrimonial en accord avec les solutions de la *lex rei sitae* immobilière. C'est aussi la seule solution qui garantisse, dans tous les Etats contractants, une appréciation uniforme du choix fait par les parties. Enfin, le recours à la *lex rei sitae* répond ici à un souci d'unité qui est déjà exprimé à l'article 10 pour les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable.

138 La *lex rei sitae*, une fois désignée pour un immeuble, restera applicable jusqu'au moment où les époux soumettront l'immeuble à une autre loi. Le changement de la loi applicable au régime matrimonial dans son ensemble, quelle qu'en soit la cause (remplacement de la loi désignée avant le mariage ou de la loi objectivement compétente par une loi choisie en application de l'article 6, ou changement de la loi objectivement applicable selon l'article 7) n'aura aucune influence sur la loi applicable à un immeuble qui a été soumis à la *lex rei sitae*.

its effects for immovables, be submitted to the *lex rei sitae* in many States non-Parties to the Convention. It is useful, therefore, for the spouses to be able to choose the law that will effectively be the only one applied.

134 The formula, 'the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs', means that the spouses may either choose a law that will govern the matrimonial property regime in general and provide exceptions to it in favour of the *lex rei sitae* for the immovables or for certain of them, or be content with a choice for the immovables and rely for the rest of their property upon the objectively applicable law. It may still be asked whether, conversely, the spouses may limit the designation of the applicable law to the movable wealth and let the law objectively competent under article 4 apply to immovables. Such is not the case. Here the unity of the law applicable to the matrimonial property regime has to prevail for the *ratio legis* of the separate connecting factor for the matrimonial property regime for immovables is solely to preserve application of the *lex rei sitae*.

135 The text then states that the spouses may designate the *lex rei sitae* for all or only some of the immovables. On the other hand, they may not submit several immovables, situated in different countries, to the law of the place where only one of them is situated.

136 The last sentence of the third paragraph adds that the spouses may even stipulate that the immovables that may subsequently be acquired will all be subject to the *lex rei sitae*.

The formulations 'immovables which may subsequently be acquired' and 'any immovables', rather than 'their immovables', were chosen as encompassing both the immovables belonging to both spouses and those that belong to or are acquired by only one of them.¹

137 The choice of the *lex rei sitae* may be made not only for land and buildings, but also for other immovable property. Which law will decide, in the doubtful case, the immovable or movable character of a piece of property? It appears that only the traditional rule, which relies on the characterisation of the *lex rei sitae*, may here be taken into consideration. This conforms with the object of the third paragraphs of articles 3 and 6: to give to the spouses the option to harmonize their matrimonial property regime with the solutions of the *lex rei sitae* of the immovables. This is also the only solution that guarantees, in each of the Contracting States, a uniform evaluation of the choice made by the parties. Finally, recourse to the *lex rei sitae* corresponds here to a concern for unity which is expressed already in article 10 on the requirements relating to the consent of the spouses to the law designated as applicable.

138 The *lex rei sitae*, once designated for an immovable, will remain applicable until the time when the spouses subject the immovable to another law. The change of the law applicable to the matrimonial property regime in its entirety, whatever may be the cause of it (replacement of the law designated before marriage or of the law objectively applicable by a law chosen in application of article 6, or change of the law objectively applicable according to article 7) will have no influence on the law applicable to an immovable that has been subjected to the *lex rei sitae*.

¹ Session plénière, P.-V. No 2; Doc. trav. séance plénière Nos 7 et 12.

¹ Plenary Session, *Proefs-verbal* No 2; Working Documents Plenary Session, Nos 7 and 12.

5 *Les effets d'une désignation de la loi applicable après le mariage*

139 Lorsque des époux exercent la faculté que leur reconnaît l'article 6, soit qu'ils remplacent la loi objective-ment applicable par la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle de l'un d'eux (ou, pour des immeubles, par la *lex rei sitae*), soit qu'ils remplacent la loi antérieurement choisie par une autre loi, l'article 6, alinéa 3, prévoit que tous les biens seront soumis à la nouvelle loi.¹ En effet, la solution contraire de l'article 8 ne vaut que pour la mutabilité automatique du rattachement objectif. De même, la soumission d'un immeuble à la *lex rei sitae* prendra effet au moment du mariage ou à celui, ultérieur, où l'immeuble a été acquis.

Toutefois, le changement de loi applicable ne saurait affecter les droits antérieurs des tiers.

Articles 4 et 5 - *Le rattachement objectif*

1 *Observations générales*

140 Bien que l'on puisse espérer que l'entrée en vigueur de la Convention favorisera l'usage de désigner la loi applicable au régime matrimonial, il restera néanmoins de très nombreux cas où un rattachement objectif est nécessaire. Au cas expressément prévu à l'alinéa premier, celui où les époux n'ont pas désigné la loi applicable, il faut ajouter ceux où le choix ne déploie pas d'effet, parce que par exemple le consentement est vicié ou parce que les époux n'établissent pas leur résidence habituelle dans le pays de la loi choisie (article 3, alinéa 2, chiffre 3). Si les époux ont limité leur choix à la *lex rei sitae* pour des immeubles, le rattachement objectif interviendra pour le reste de leurs biens. Enfin, il reprendra ses droits dans l'hypothèse - assez théorique - où les époux mettraient fin à un choix de la loi applicable sans en même temps en désigner une autre.

141 Ainsi que nous l'avons exposé dans la première partie², la Convention cherche à réaliser un compromis équitable entre les principes opposés de la nationalité et du domicile, ce dans l'hypothèse où les époux ont aussi bien une résidence habituelle dans le même pays qu'une nationalité commune au sens de l'article 15 (article 4, alinéa premier et alinéa 2, chiffres 1 et 2, article 5).

142 Des époux n'ayant pas de nationalité commune seront toujours, en application de l'article 4, alinéa premier, soumis à la loi interne de l'Etat de leur première résidence habituelle.

143 Inversement, les époux qui n'ont pas leur première résidence habituelle après le mariage dans un même pays seront toujours soumis, en application de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3, à la loi de leur nationalité commune.

144 Enfin, dans les cas - sans doute exceptionnels - où les époux n'ont ni résidence habituelle dans le même pays, ni nationalité commune, le juge, en application de l'article 4, alinéa 3, recherchera librement la loi la plus appropriée. La Convention contient donc un système complet qui ouvre toutes les hypothèses³.

¹ P.-v. No 10.

² *Supra*, Nos 52-66.

³ L'avant-projet laissait ce dernier cas ouvert, ce qui comportait le risque de voir un juge recourir aux anciennes règles de conflits particuliers.

5 *The effects of a designation of the applicable law after marriage*

139 When spouses exercise the option that article 6 grants to them, either by replacing the objectively applicable law with the national law or the law of the habitual residence of one of them (or, for immovables, with the *lex rei sitae*), or by replacing the law previously chosen with another law, article 6, third paragraph, provides that all of the property will be subject to the new law.¹ Indeed, the contrary solution of article 8 applies only to the automatic mutability of the objective connexion. Likewise, the subjection of an immovable to the *lex rei sitae* will take effect from the time of marriage or from that later time when the immovable was acquired.

However, the change of the applicable law cannot affect the prior rights of third parties.

Articles 4 and 5 - *The objective connexion*

1 *General observations*

140 Although it may be hoped that the entry into force of the Convention will promote the practice of designating the law applicable to the matrimonial property regime, very many cases will nonetheless remain where an objective connexion is necessary. To the case expressly specified in the first paragraph, that where the spouses have not designated the applicable law, it is necessary to add those in which the choice does not take effect, because for example the consent is vitiated or because the spouses do not establish their habitual residence in the country of the law chosen (article 3, second paragraph, sub-paragraph 3). If the spouses have limited their choice to the *lex rei sitae* for immovables, the objective connexion will operate for the rest of their property. Finally, it will regain its rights in the hypothetical situation - very abstract - where the spouses put an end to a choice of the applicable law without at the same time designating another.

141 As was explained in Part one², the Convention sought a fair compromise between the opposing principles of nationality and domicile, in the case in which the spouses have both a habitual residence in the same country and a common nationality in the sense of article 15 (article 4, first paragraph, and second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2; article 5).

142 Spouses having no common nationality will always, in application of article 4, first paragraph, be subject to the internal law of the State of their first habitual residence.

143 Conversely, spouses who do not have their first habitual residence after marriage in the same State will always be subject, in application of article 4, second paragraph, sub-paragraph 3, to the law of their common nationality.

144 Finally, in the cases - without doubt exceptional - where the spouses have neither habitual residence in the same country nor common nationality, the court, in application of article 4, third paragraph, will freely seek the most appropriate law. The Convention contains, therefore, a complete system which covers all hypotheses.³

¹ *Procs-verbal*/No 10.

² *Supra*, Nos 52-66.

³ The Preliminary Draft left this last case open, which allowed the risk of seeing a court resort to the former, particular conflict rules.

145 Comme pour le rattachement subjectif, lorsque les règles de la Convention désignent le droit d'un Etat composé, il y aura lieu, éventuellement, d'appliquer les articles 16-19 de la Convention.

146 La loi applicable en vertu de l'article 4 restera applicable jusqu'à ce que les époux en désignent une autre ou que soit réalisé un des cas de mutabilité prévus par l'article 7.

2 Article 4, *alinéa premier* : la première résidence habituelle des époux après le mariage

147 En retenant comme principal rattachement objectif la première résidence habituelle des époux après le mariage, la Convention exprime l'idée que les époux doivent être soumis à la loi du milieu dans lequel ils vivent. Comme dans de nombreuses autres conventions, la notion de «résidence habituelle» est l'expression du rattachement domiciliaire dégagé de ses particularités nationales.¹

148 L'expression «Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle» englobe aussi, et même à plus forte raison, les cas dans lesquels les époux continuent à vivre dans le pays où ils avaient déjà leur résidence habituelle avant le mariage, et ceux dans lesquels un époux maintient sa résidence habituelle, tandis que l'autre vient le rejoindre.

149 Il n'est pas nécessaire que les époux prennent immédiatement après le mariage leur résidence habituelle dans le même Etat.² Au contraire, si pour des raisons pratiques, les époux maintiennent temporairement la résidence habituelle qu'ils avaient avant le mariage, et qu'ensuite, successivement, ils établissent leur résidence habituelle dans un même Etat tiers, l'alinéa premier peut encore s'appliquer. Il en est de même si un époux ne prend qu'au bout d'un certain temps sa résidence habituelle dans l'Etat où l'autre a déjà sa résidence habituelle. En revanche, la disposition ne pourra plus s'appliquer si un époux changeait de résidence habituelle après le mariage pour s'établir, non pas dans le pays où l'autre époux a sa résidence habituelle, mais dans un pays tiers. A plus forte raison en sera-t-il ainsi, si chacun des époux établit une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays.

Sans doute pourra-t-il y avoir des espèces dans lesquelles l'application de la disposition présentera des difficultés, mais la très grande majorité des cas normaux pourront être résolus sans difficulté et il ne faut pas s'attacher à des cas d'école.³

3 Article 4, *alinéa 2, chiffres 1 et 2, article 5: l'application de la loi nationale commune en lieu et place de la loi de l'Etat de la première résidence habituelle des époux*

a Le principe

150 La loi nationale commune sera applicable, si les époux sont ressortissants, soit d'un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article 5, soit d'un Etat non contractant dont le droit international privé soumet le régime matrimonial à la loi nationale commune. Il y a cependant une différence importante entre les deux cas : si les époux ont la nationalité commune d'un Etat contractant qui a fait la déclaration la loi nationale s'appliquera, quel

¹ Voir *supra*, No 46.

² L'article 4, *alinéa premier*, de l'avant-projet exigeait au contraire que la résidence habituelle soit établie immédiatement après le mariage. La situation est analogue à celle qui a été examinée *supra*, Nos 131-132, à propos de l'article 3, *alinéa 2*, chiffre 3.

³ Voir Rapport de la Commission spéciale, No 82.

145 As with the subjective connexion, when the rules of the Convention specify the law of a composite State, articles 16-19 of the Convention will, possibly, have to be applied.

146 The law applicable by virtue of article 4 will remain applicable until the spouses designate another, or until one of the cases of mutability specified in article 7 comes about.

2 Article 4, *first paragraph* - the spouses' first habitual residence after marriage

147 In retaining the spouses' first habitual residence after marriage as the principal objective connecting factor, the Convention expresses the idea that the spouses ought to be subject to the law of the environment in which they live. As in numerous other Conventions, the concept of 'habitual residence' is the expression of the domiciliary connexion stripped of its national peculiarities.¹

148 The expression 'State in which both spouses establish their first habitual residence' also encompasses, and with even stronger reason, cases where the spouses continue to live in the country where they already had their habitual residence before marriage, and those where a spouse maintains his habitual residence while the other comes to join him.

149 It is not necessary that, immediately after marriage, the spouses take up their habitual residence in the same State.² On the contrary, where for practical reasons the spouses maintain temporarily the habitual residence that they had before marriage and later, successively, they establish their habitual residence in the same third State, the first paragraph may still apply. It is the same where a spouse takes up, only after a certain period of time, his habitual residence in the State where the other already has his habitual residence. On the other hand, the provision will no longer apply where a spouse changed habitual residence after marriage in order to settle, not in the country where the other spouse has his habitual residence, but in a third country. Even more will this be so, where each spouse establishes a new habitual residence in another country.

Without doubt there will be cases in which the application of this provision will present problems, but the very great majority of normal cases will be solved without difficulty and one should not become stuck on academic examples.³

3 Article 4, *second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2, article 5* - application of the common national law in place and stead of the law of the State of the spouses' first habitual residence

a The principle

150 The common national law will be applicable where the spouses are subjects either of a Contracting State which has made the declaration provided for in article 5, or of a non-Contracting State whose private international law subjects matrimonial property regimes to the common national law. There is, however, an important difference between the two cases: where both spouses have the nationality of a Contracting State that has made the

¹ See *supra*, No 46.

² Article 4, first paragraph, of the Preliminary Draft required on the contrary that the habitual residence be established immediately after marriage. The situation is analogous to that which has been examined *supra*, Nos 131-132, in regard to article 3, second paragraph, sub-paragraph 3.

³ See Report of the Special Commission, No 82.

que soit le pays où ils établissent leur première résidence habituelle. Au contraire, si la loi nationale commune est celle d'un Etat non contractant, elle ne sera appliquée que si les époux établissent également leur première résidence habituelle, soit dans un Etat contractant qui a fait la déclaration, soit dans un Etat non contractant qui applique le principe de la nationalité.¹

151 Il convient de souligner que toute nationalité commune des époux n'est pas prise en considération, mais seulement celle dont l'acquisition répond aux exigences de l'article 15, alinéa premier. D'autre part, les époux ayant plus d'une nationalité commune échappent aux effets des déclarations.

152 A quel moment la nationalité commune doit-elle exister? Le texte ne le dit pas, mais comme pour la résidence habituelle,² il faut admettre la possibilité d'un certain décalage dans le temps. On devrait tenir compte, par exemple, d'une nationalité que la femme n'a pas acquise du fait même du mariage, mais quelque temps après au moyen d'une requête que le mariage lui a permis de formuler.³

b La déclaration de l'article 5

153 L'alinéa premier fixe les conditions formelles de la déclaration; elle doit être faite au plus tard au moment de la ratification ou d'un autre acte entraînant l'entrée en vigueur de la Convention pour un Etat. En revanche, la déclaration peut être retirée en tout temps (voir article 28, alinéa 2).

154 L'alinéa 2 limite les effets de la déclaration. Des époux qui ont tous deux eu leur résidence habituelle pendant au moins cinq ans sur le territoire d'un Etat qui applique le principe du domicile, et qui conservent cette résidence habituelle après le mariage, sont soumis à la loi de la résidence habituelle même si l'Etat de leur nationalité commune a fait la déclaration de l'article 5.

c Article 4, alinéa 2, chiffre premier: la nationalité commune d'un Etat qui a fait la déclaration

155 Dans ces cas, tous les Etats contractants devront soumettre les époux à la loi de leur nationalité commune, à condition bien entendu que la situation ne tombe pas sous l'exception prévue à l'article 5, alinéa 2.

d Article 4, alinéa 2, chiffre 2: la nationalité commune d'un Etat non contractant

156 Des époux ayant la nationalité commune d'un Etat non contractant appliquant le principe de la nationalité seront soumis à leur loi nationale commune dans tous les Etats contractants, à condition que l'une ou l'autre des conditions supplémentaires suivantes soit remplie:

– ces époux ont leur première résidence habituelle dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue par l'article 5 ou

– ces époux ont leur première résidence habituelle dans un Etat non contractant dont les règles de conflits conduisent également à les soumettre à la loi de leur nationalité com-

declaration, the national law will apply whatever the country where they establish their first habitual residence. Conversely, where the common national law is that of a non-Contracting State, it will be applied only where the spouses also establish their first habitual residence, either in a Contracting State that has made the declaration, or in a non-Contracting State which applies the principle of nationality.¹

151 It is appropriate to emphasise that not every common nationality of the spouses is taken into consideration, but only that the acquisition of which corresponds to the requirements of article 15, first paragraph. On the other hand, spouses having more than one common nationality escape the consequences of the declarations.

152 At what moment must the common nationality exist? The text does not say, but as with habitual residence,² the possibility of a certain lack of synchronization must be accepted. Account should be taken, for example, of a nationality that the wife has acquired, not by the fact of the marriage alone, but some time later by means of a petition the bringing of which is made possible by the marriage.³

b The article 5 declaration

153 The first paragraph specifies the formal conditions of the declaration; it has to be made at the latest at the moment of ratification or of another act bringing about the entry into force of the Convention for a State. On the other hand, the declaration may be withdrawn at any time (see article 28, second paragraph).

154 The second paragraph limits the effects of the declaration. Spouses who have both had their habitual residence for at least five years on the territory of a State that applies the domicile principle, and who keep that habitual residence after the marriage, are subject to the law of the habitual residence even if the State of their common nationality has made the article 5 declaration.

c Article 4, second paragraph, sub-paragraph 1 – common nationality of a State which has made the declaration

155 In these cases, all the Contracting States will have to subject the spouses to the law of the common nationality, on condition, of course, that the situation does not fall within the exception provided for by article 5, second paragraph.

d Article 4, second paragraph, sub-paragraph 2 – common nationality of a non-Contracting State

156 Spouses who both have the nationality of a non-Contracting State applying the nationality principle will be subject to their common national law in all the Contracting States, on condition that one or other of the following supplementary conditions is fulfilled:

– such spouses have their first habitual residence in a Contracting State which has made the declaration provided for in article 5, or

– such spouses have their first habitual residence in a non-Contracting State whose conflict rules lead likewise to subjecting them to the law of their common nationality.

¹ Voir les divers cas *supra*, Nos 61–63 et l'exemple No 66.

² *Supra*, No 149.

³ *Infra*, No 199.

¹ See the various cases *supra*, Nos 61–63, and the example at No 66.

² *Supra*, No 149.

³ *Infra*, No 199.

mine. Dans ce cas, peu importe le rattachement retenu par cet Etat non contractant (par exemple la nationalité d'un seul époux) pourvu que, *in concreto*, le droit de cet Etat conduise à appliquer la loi nationale commune des époux.

L'Etat de la résidence habituelle peut évidemment être en même temps celui de la nationalité commune.

e Article 4, alinéa 2, chiffre 3: le rattachement subsidiaire à la nationalité commune

157 Ce rattachement entre en jeu lorsque le rattachement principal à la première résidence habituelle (alinéa premier) est impossible, parce que les époux ont conservé leur résidence habituelle qu'ils avaient avant le mariage dans des Etats différents, ou parce qu'ils se sont ensuite établis dans des Etats différents¹. Mais là aussi, la loi nationale commune n'est applicable que si elle répond aux conditions posées par l'article 15^{*}.

158 Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune est fondé sur des liens assez faibles: lorsque les époux sont ressortissants d'Etats contractants, il s'agira toujours de la loi d'un Etat attaché au principe du domicile. En effet, les époux ressortissants d'Etats qui appliquent le principe de la nationalité (ce qu'indique la déclaration de l'article 5) seront déjà soumis à leur loi nationale commune en application de l'alinéa 2, chiffre premier. Aussi la Convention prévoit-elle que la loi nationale commune, lorsqu'elle est compétente uniquement en vertu du chiffre 3, cesse de s'appliquer dès que les époux fixent tous deux leur résidence habituelle dans le même pays (article 7, alinéa 2, chiffre 3).

f Article 4, alinéa 3: la solution à défaut de résidence habituelle dans le même pays et de nationalité commune

159 Bien que ces cas puissent paraître rares, il importerait de les régler. Le principe de l'égalité des époux interdisait de prévoir à titre subsidiaire, par exemple, la nationalité ou la résidence habituelle de l'un d'eux comme rattachement objectif, si bien qu'on a retenu la formule très souple du «lien le plus étroit».

Il faut reconnaître que la règle de l'alinéa 3 est surtout destinée au juge: elle ne permet pas aux époux ou aux tiers de connaître avec certitude la loi applicable au régime matrimonial. Le juge devra, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, déterminer l'Etat avec lequel il estime que le régime présente les liens les plus étroits.

Article 7 – La permanence du rattachement et ses exceptions

1 The principle

160 L'alinéa premier pose le principe de la permanence du rattachement et confirme la solution de l'article 6, alinéa premier, selon laquelle les époux peuvent en tout temps, durant le mariage, désigner une nouvelle loi applicable à leur régime matrimonial.

L'alinéa 2 énumère les cas où le rattachement objectif se

¹ *Supra*, No 149.
² L'article 4, alinéa 3, de l'avant-projet permettait au contraire de retenu, parmi plusieurs lois nationales communes, celle qui apparaissait la plus liée à l'espèce considérée. Voir Rapport de la Commission spéciale, No 89, alinéa 2, et P.-V. No 7.

In this case, the connecting factor taken into consideration by this non-Contracting State (for example, the nationality of a single spouse) is irrelevant so long as, *in concreto*, the law of this State leads to application of the common national law of the spouses.

It is clear that the State of the habitual residence may be at the same time that of the common nationality.

e Article 4, second paragraph, sub-paragraph 3 – the subsidiary connexion to the common nationality

157 This connexion comes into play when the principal connexion of the first habitual residence (first paragraph) is not possible because the spouses have kept their habitual residences which they had before marriage, in different States, or because they later establish themselves in different States.¹ But here also, the common national law is applicable only if it meets the requirements set out in article 15.*

158 The subsidiary connexion to the common nationality is based upon rather weak ties: when the spouses are nationals of Contracting States, it will always be a matter of the law of a State attached to the domicile principle. In effect, spouses who are subjects of States that apply the principle of nationality (which is indicated by the declaration of article 5) will already be subject to the law of their common nationality in application of the second paragraph, sub-paragraph 1. Also, the Convention provides that the common national law, when it is applicable solely by virtue of sub-paragraph 3, ceases to apply as soon as both the spouses establish their habitual residence in the same country (article 7, second paragraph, sub-paragraph 3).

f Article 4, third paragraph – the solution in the absence of habitual residence in the same State and of common nationality

159 Although these cases may appear rare, it was important to deal with them. The principle of equality of the spouses prohibited providing as on a subsidiary basis, for example, the nationality or the habitual residence of one of them as the objective connexion, and so the very flexible formula, 'most closely connected', was adopted. It is necessary to recognise that the rule of the third paragraph is directed above all to the court: it does not allow the spouses or third parties to know with certainty the law applicable to the matrimonial property regime. The court, taking account of all the circumstances of the case, will have to determine the State with which it considers the regime to be most closely connected.

Article 7 – Permanence of the connexion and exceptions thereto

1 The principle

160 The first paragraph states the principle of permanence of the connexion and confirms the solution of article 6, first paragraph, whereby the spouses may at any time, during the marriage, designate a new applicable law for their matrimonial property regime.

The second paragraph enumerates the cases where the

¹ *Supra*, No 149.
² Article 4, third paragraph, of the Preliminary Draft permitted, on the contrary, from amongst several common national laws, adoption of that which appeared the most connected to the case considered. See Report of the Special Commission, No 89, second paragraph, and *Protet-verbal* No 7.

modifie indépendamment de la volonté des époux. La nouvelle loi applicable sera toujours la loi du pays où les époux ont tous deux leur résidence habituelle.

2 *Article 7, alinéa premier: la permanence sauf volonté contraire des époux*

161 La loi désignée par les époux s'applique aussi longtemps que telle est leur volonté, même si la circonstance qui a permis le choix a disparu entretemps. Il en découle la double conséquence que l'application de cette loi ne saurait cesser en raison de circonstances indépendantes de la volonté des époux et que d'autre part ceux-ci peuvent en tout temps désigner une autre loi. Ces principes valent sans égard au fait que les époux aient désigné une seule loi pour régir l'ensemble de leur régime matrimonial, ou qu'ils aient désigné une loi applicable de manière générale et une ou plusieurs lois régissant les immeubles, ou encore qu'ils n'aient désigné la loi applicable qu'en matière immobilière. Les époux peuvent aussi en tout temps (de manière générale ou seulement pour des immeubles) remplacer par une loi de leur choix la loi applicable en vertu des rattachements objectifs de l'article 4. Lorsque par la suite, il est question de permanence, c'est donc toujours sous réserve d'un choix des époux fait en application de l'article 6.

162 Normalement, le choix d'une nouvelle loi devrait amener également les époux, qui ont fait un contrat de mariage sous l'ancienne loi, à remplacer ou réviser ce contrat. S'ils ne le font pas, ce sera une question d'interprétation que de déterminer la portée que le contrat peut encore avoir sous l'empire de la nouvelle loi.

3 *Article 7, alinéa 2: les exceptions à la permanence en cas de rattachement objectif*

a Inapplicabilité des exceptions lorsque les parties ont fait un contrat de mariage

163 L'alinéa 2 statue tout d'abord que les exceptions à la permanence n'interviennent pas si les époux ont désigné la loi applicable, comme nous venons de l'exposer à propos de l'alinéa premier. Mais il ajoute qu'il en va de même lorsque les parties ont fait un contrat de mariage. Il est fait ici allusion au cas où les parties n'ont pas désigné la loi applicable, mais ont passé un contrat de mariage, lequel est alors soumis à la loi qui s'applique au régime matrimonial selon l'article 4. En effet, les considérations qui empêchent de mettre fin sans la volonté des parties à l'application de la loi désignée par les époux valent pour un contrat de mariage passé dans le cadre de la loi objectivement compétente. On ne saurait admettre que des circonstances indépendantes de la volonté des époux retirent en quelque sorte la base légale au contrat, en amenant l'application d'une autre loi. Il va de soi que seul le contrat de mariage valable selon la loi objectivement compétente empêche la mutabilité automatique.

Ainsi que nous l'avons exposé plus haut¹, nous pensons que la mutabilité automatique n'intervient pas non plus si les parties ont fait un choix exprès en faveur de la loi déjà objectivement applicable.

¹ Voir *supra*, No 89 *in fine*.

objective connecting factor is modified independently of the will of the spouses. The new applicable law will always be the law of a country where both spouses have their habitual residence.

2 *Article 7, first paragraph – permanence except where the spouses' intention is to the contrary*

161 The law designated by the spouses applies as for so long as that is their intention, even if the circumstance which permitted the choice has meanwhile disappeared. Two consequences flow from this, that application of that law cannot cease by reason of circumstances independent of the will of the spouses and, on the other hand, that they may at any time designate another law. These principles apply without regard to the fact that the spouses have designated one law to govern the entirety of their matrimonial property regime, or that they have designated an applicable law in a general manner and one or more laws to govern the immovables, or even that they have designated only the law applicable in regard to immovable property. The spouses may also at any time (in a general way or only for immovables) replace by a law of their choice the law applicable by virtue of the objective connexions of article 4. Where, hereafter, reference is made to permanence, it is always accordingly subject to a choice of the spouses made in application of article 6.

162 Normally, the choice of a new law ought likewise to lead spouses, who have made a marriage contract under the formerly applicable law, to replace or revise that contract; if they do not do so, it will be a question of interpretation to determine the effect that the contract may still have under the governance of the new law.

3 *Article 7, second paragraph – exceptions to permanence in cases of objective connexion*

a Inapplicability of the exceptions where the parties have made a marriage contract

163 The second paragraph lays down in the first place that the exceptions to permanence do not arise where the spouses have designated the applicable law, as has just been explained in regard to the first paragraph. But it adds that this is so also when the parties have made a marriage contract. Reference is here made to the case where the parties have not designated the applicable law, but have entered into a marriage contract, which is thus subject to the law that applies to the matrimonial property regime in accordance with article 4. Indeed, the considerations that prevent termination, without the parties' intention, of application of the law designated by the spouses are valid for a contract of marriage concluded within the framework of the objectively applicable law. One could not accept circumstances independent of the will of the spouses remove, after a fashion, the legal basis of the contract, by leading to the application of another law. It goes without saying that only the marriage contract which is valid according to the objectively applicable law prevents automatic mutability. As has been pointed out above¹, we think that automatic mutability also does not take place if the parties have made an express choice in favour of the law which is already objectively applicable.

¹ See, *supra*, No 89 *in fine*.

b La loi de la résidence habituelle des époux comme nouvelle loi applicable

164 Le changement de la loi applicable se fera toujours en faveur de la loi interne de l'Etat où les deux époux ont leur résidence habituelle. Dans les circonstances prévues à l'article 7, alinéa 2, la Convention veut en effet soumettre les époux à la loi du pays où est situé le centre de leurs intérêts, à la loi du milieu dans lequel ils se sont fortement intégrés.¹ Cette loi remplace la loi à laquelle le régime matrimonial était antérieurement soumis, c'est-à-dire la loi de l'ancienne résidence habituelle (article 4, alinéa premier) la loi nationale commune (article 4, alinéa 2, chiffres 1, 2 et 3) ou encore la loi avec laquelle le régime matrimonial avait les liens les plus étroits (article 4, alinéa 3).

A son tour, la loi nouvelle applicable peut ultérieurement changer si les conditions prévues à l'article 7 sont de nouveau réunies.

c Article 7, alinéa 2, chiffre premier: coïncidence de la résidence habituelle et de la nationalité commune

165 La Conférence a estimé que lorsque les époux ont tous deux leur résidence habituelle dans un pays, qui est en même temps celui de leur nationalité commune, il y a de fortes raisons de les soumettre à la loi de ce pays. Ce cumul de rattachements peut se produire dans différentes hypothèses:

- deux époux qui avaient leur résidence habituelle à l'étranger retournent prendre leur résidence habituelle dans un Etat dont ils ont tous deux la nationalité;

- deux époux qui ont déjà leur résidence habituelle dans un pays donné acquièrent ensemble ou successivement la nationalité de cet Etat, cela dans les conditions (acquisition volontaire) prévues à l'article 15, alinéa premier;

- des époux qui ont deux lois nationales communes déplacent leur résidence habituelle du pays d'une des nationalités communes dans le pays de l'autre nationalité commune.

166 L'article 7, alinéa 2, chiffre premier, s'applique même si les époux conservent leur ancienne nationalité commune (article 15, alinéa 2, début). L'intensité du rattachement à un pays manifestée par le cumul de la nationalité commune et de la résidence habituelle des deux époux l'emporte ici sur le principe, généralement admis dans la Convention, selon lequel lorsque les époux ont deux nationalités communes, on ne tient pas compte de la loi nationale. Cette solution est particulièrement opportune lorsque les époux ont manifesté leur volonté de s'intégrer dans l'Etat de leur résidence habituelle en acquérant la nationalité de celui-ci, mais ne peuvent pas renoncer à leur ancienne nationalité commune.

167 Il convient de préciser que le changement de loi applicable ne se produira qu'au moment où les deux rattachements - résidence habituelle des deux époux et nationalité commune - sont réalisés pour un Etat donné² et non pas rétroactivement au moment où l'un d'eux est acquis.

¹ Voir *infra*, Nos 165-170 et le tableau *supra*, No 85.
² P.-v. No 13.

b The law of the spouses' habitual residence as the new applicable law

164 Change of the applicable law will always be in favour of the internal law of the State where the spouses have their habitual residence. In the circumstances provided for in article 7, second paragraph, the Convention seeks, in effect, to subject the spouses to the law of the country where the centre of their interests is located, to the law of the environment in which they have become strongly integrated.¹ This law replaces the law to which the matrimonial property regime was previously subject, that is to say, the law of the former habitual residence (article 4, first paragraph), the common national law (article 4, second paragraph, sub-paragraphs 1, 2 and 3) or yet the law with which the matrimonial property regime had the closest connection (article 4, third paragraph).

In its turn, the new applicable law may later change where the requirements set out in article 7 are once again met.

c Article 7, second paragraph, sub-paragraph 1 - coincidence of the habitual residence and the common nationality

165 The Conference considered that when both spouses have their habitual residence in a country which is at the same time that of their common nationality, there are strong reasons for subjecting them to the law of that country. This cumulation of connexions may come about in different possible situations, as follows:

- two spouses who have their habitual residence abroad return to take up their habitual residence in a State of which both have the nationality;

- two spouses who already have their habitual residence in a given country acquire together or successively the nationality of that State, under the conditions (voluntary acquisition) specified in article 15, first paragraph;

- spouses who have two national laws in common shift their habitual residence from the country of one of the common nationalities to the country of the other common nationality.

166 Article 7, second paragraph, sub-paragraph 1 applies even if the spouses keep their former common nationality (article 15, second paragraph, opening words). The intensity of the connexion with a country manifested by the plurality of common nationality and habitual residence of both spouses here prevails over the principle, generally accepted in the Convention, whereby, when the spouses have two common nationalities account is not taken of the national law. This solution is particularly opportune where the spouses have made clear their intention to integrate themselves in the State of their habitual residence by acquiring the nationality of such State, yet do not renounce their former common nationality.

167 It should be mentioned that the change of the applicable law will come about only at the time when both connexions - habitual residence of both spouses and common nationality - are realised for a given State² and not retroactively to the time when one of them is acquired.

¹ See *infra*, Nos 165-170 and the table, *supra*, No 85.
² *Proceedings*, No 13.

d Chiffre 2: résidence habituelle durant dix ans après le mariage

168 Quel que soit le rattachement qui a déterminé la loi antérieurement applicable (nationalité commune ou loi de la première résidence habituelle), cette loi sera remplacée par la loi de la nouvelle résidence habituelle lorsque celle-ci aura duré plus de dix ans après le mariage. Cette disposition est fondée sur l'idée qu'après un tel délai, les époux doivent être considérés comme intégrés dans le pays de leur résidence habituelle et que leur régime matrimonial doit alors être soumis à la loi de ce pays.¹ Cela vaut même si le nouveau pays de résidence habituelle applique les principes de la nationalité et de la permanence.

169 On remarquera que beaucoup de pays d'immigration accordent la naturalisation après des délais sensiblement plus courts que dix ans, si bien que, dans nombre de cas, les conditions du chiffre premier seront réunies avant celles du chiffre 2.

e Chiffre 3: remplacement de la loi de la nationalité commune appliquée à titre subsidiaire

170 Lorsque la loi nationale s'applique, non pas en vertu de la déclaration d'un Etat contractant ou parce que les époux étaient à la fois ressortissants d'un Etat à principe de nationalité et avaient leur résidence habituelle dans un tel Etat, mais uniquement faute de résidence habituelle dans un même pays (article 4, alinéa 2, chiffre 3), la mutabilité peut être admise beaucoup plus facilement. Aussi le chiffre 3 prévoit-il que, dès que les époux ont fixé leur résidence habituelle dans le même Etat, la loi de celui-ci remplace la loi nationale commune.

Article 8 – Les effets du changement de la loi objectivement applicable

1 Le système retenu

171 La Convention prévoit en principe (article 8, alinéa premier) le système dit «des wagons»: les biens et les dettes des époux antérieurs au changement de la loi applicable restent soumis à l'ancienne loi, tandis que les biens ultérieurement acquis et les dettes ultérieurement contractés sont régis par la loi nouvelle.² Cependant, l'alinéa 2 permet aux époux de soumettre par décision commune l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi.

2 Article 8, alinéa premier: l'application ex nunc de la nouvelle loi

172 L'application d'une nouvelle loi au régime matrimonial peut, on le rappelle, intervenir sans que les époux ne s'en rendent compte; elle ne doit pas modifier la situation existant avant le changement de rattachement. Cette règle protège les droits qu'un époux ou un tiers a acquis sous l'ancien régime.

173 Il faut convenir toutefois qu'il est impossible de dresser une paroi étanche entre l'ancienne et la nouvelle loi, notamment lorsque, après le moment où la nouvelle loi devient applicable, un époux acquiert un bien en utilisant

¹ Voir sur la genèse de cette disposition, *supra*, Nos 76-84.
² Voir *supra*, Nos 90-96.

d Sub-paragraph 2 – habitual residence for a period of ten years after the marriage

168 Whatever the connecting factor may be that determined the previously applicable law (common nationality or law of the first habitual residence), that law will be replaced by the law of the new habitual residence when this has endured for a period of not less than ten years after the marriage. This provision is based on the idea that after such a period the spouses should be considered as having been integrated into the country of their habitual residence and that their matrimonial property regime should thus be subject to the law of that country.¹ This is so even if the new country of habitual residence applies the principles of nationality and permanence.

169 It will be noted that many immigration countries grant naturalisation after a period appreciably shorter than ten years, with the result that, in a number of cases, the requirements of the first sub-paragraph will be satisfied before those of sub-paragraph 2.

e Sub-paragraph 3 – replacement of the law of the common nationality applied on a subsidiary basis

170 Where the national law applies, not by virtue of the declaration of a Contracting State or because the spouses were both nationals of a State following the nationality principle and had their habitual residence in such a State, but simply for lack of habitual residence in the same State (article 4, second paragraph, sub-paragraph 3), mutability may be much more readily accepted. Also, the third sub-paragraph specifies that, as soon as the spouses have established their habitual residence in the same State, the law of that State replaces the common national law.

Article 8 – The effects of the change of the objectively applicable law

1 The system adopted

171 The Convention provides in principle (article 8, first paragraph) the system said to be 'of railway carriages' (*des wagons*): the property and the debts of the spouses prior to the change of applicable law remain subject to the former law, whereas the property subsequently acquired and the debts subsequently contracted are governed by the new law.² Nevertheless, the second paragraph permits the spouses, by joint decision, to submit the entirety of their property to the new law.

2 Article 8, first paragraph – application ex nunc of the new law

172 The application of a new law to the matrimonial property regime may, one will recall, occur without the spouses realizing it; it must not modify the situation existing before the change of the connexion. This rule protects the rights that a spouse, or a third party, has acquired under the former regime.

173 It must be admitted, however, that it is impossible to erect a water-tight wall between the former and the new law, notably where, after the time when the new law becomes applicable, a spouse acquires a piece of property

¹ See on the genesis of this provision, *supra*, Nos 76-84.
² See *supra*, Nos 90-96.

tant des biens acquis sous l'ancien régime que des deniers nouvellement acquis. Au cours de la liquidation du régime, il faudra procéder à une adaptation appropriée entre l'ancienne loi et la nouvelle. En quelque sorte, il s'agira de procéder rétrospectivement à une liquidation au jour du changement, puis de tenir compte du résultat de cette liquidation pour déterminer quels étaient les biens existant au début du deuxième régime, et enfin il faudra liquider ce second régime.

3 Article 8, alinéa 2: la soumission de l'ensemble des biens à la loi nouvelle

174 L'article 8, alinéa 2, permet aux époux d'obtenir, en cas de rattachement objectif, ce qui est présumé en cas de rattachement subjectif: l'application à l'ensemble de leurs biens de la loi nouvelle. Les époux peuvent exercer cette faculté, tant lorsque se produit la circonstance entraînant le changement de la loi applicable, qu'à tout moment ultérieur. Un tel accord – pas plus d'ailleurs qu'un autre changement de la loi applicable – ne saurait porter atteinte aux droits que les tiers ont antérieurement acquis contre les époux. La dernière phrase du deuxième alinéa confirme ce principe qui semble-t-il, serait également applicable sans disposition expresse.

Article 9 – Les rapports avec les tiers

1 Article 9, alinéa premier: le principe

175 La loi applicable selon la Convention régit le régime matrimonial tant dans les rapports entre époux que dans les rapports de ceux-ci avec des tiers, ou, plus exactement, la loi applicable régit également l'incidence que le régime matrimonial peut avoir sur les actes juridiques passés par un époux avec des tiers.

176 On remarquera que ce sont surtout les engagements qu'un époux contracte seul envers des tiers qui posent des problèmes, par exemple pour le pouvoir de disposer ou pour l'étendue de la responsabilité et de la garantie; lorsque les époux s'engagent ensemble, ils seront solidairement responsables envers les tiers, quel que soit le régime matrimonial.

177 Rappelons enfin qu'un changement de la loi applicable au régime matrimonial ne saurait porter atteinte à des droits antérieurement acquis par un tiers. Ce principe, rappelé à l'article 8 *in fine*, doit aussi s'appliquer en cas de choix de la loi applicable prévu à l'article 6¹.

2 Article 9, alinéas 2 et 3: les conditions de l'opposabilité de la loi du régime

a Justification des restrictions à l'application de la loi du régime

178 Selon le système de la Convention, il arrivera assez fréquemment qu'un régime matrimonial soit soumis à une loi autre que celle du pays de la résidence habituelle des époux. Un tiers qui contracte avec un époux en se fiant au

¹ *Supra*, No 174.

by employing both property acquired under the former law and newly acquired funds. In the course of the winding-up of the regime, it will be necessary to proceed to an appropriate accommodation between the former law and the new one. In some way, it will involve a winding-up retrospectively as of the time of the change, then the taking the result of this winding-up into account to determine what the result property existing at the start of the second regime, and ultimately it will be necessary to wind up this second regime.

3 Article 8, second paragraph – subjection of the whole of the property to the new law

174 Article 8, second paragraph, permits the spouses to achieve, in cases of the objective connecting factor, that which is presumed in cases of the subjective connecting factor: application of the new law to the entirety of the property. The spouses may exercise this option, either at the time when the circumstance leading to the change of applicable law occurs, or at any later time. Such an agreement – no more, for that matter, than any other change of the applicable law – cannot adversely affect the rights that third parties have previously acquired against the spouses. The last sentence of the second paragraph confirms this principle which, it appears, would be equally applicable without an express provision.

Article 9 – Relations with third parties

1 Article 9, first paragraph – the principle

175 The law applicable in accordance with the Convention governs the matrimonial property regime both in regard to the relations between the spouses and in regard to their relations with third parties, or, more precisely, the applicable law also governs the incidence that the matrimonial property regime may have on the legal transactions entered into by a spouse with third parties.

176 One may note that it is above all the undertakings that a spouse contracts for alone in regard to third parties that pose problems, for example, with the authority to dispose of property or with the extent of the liability or of the guarantee; when the spouses make their undertaking together, they are jointly and severally liable towards the third parties, whatever may be the matrimonial property regime.

177 It should be recalled, finally, that a change of the law applicable to the matrimonial property regime cannot adversely affect the rights previously acquired by a third party. This principle, set out in article 8 *in fine*, should also apply in cases of choice of the applicable law as provided for in article 6.¹

2 Article 9, paragraphs 2 and 3 – requirements for reliance upon the law of the regime

a Justification of the restrictions on the application of the law of the regime

178 According to the Convention's system, it will rather frequently come about that a matrimonial property regime is subject to a law other than that of the country of the spouses' habitual residence. A third party who contracts

¹ *Supra*, No 174.

régime matrimonial local pourrait avoir de mauvaises surprises. Il peut en aller de même pour un tiers, par exemple un commerçant établi, qui contracte avec un époux qui se trouve de passage, circonstance qui n'est pas d'emblée apparente. Pour remédier à des cas de ce genre, l'article 9, alinéas 2 et 3, permet au droit des Etats contractants de soumettre à certaines conditions l'opposabilité d'un régime étranger par un époux. En revanche, le tiers pourra toujours se prévaloir de la loi du régime matrimonial, si celle-ci lui est plus favorable que la loi locale.

b Les rattachements permettant à un Etat d'imposer des restrictions

179 Selon l'alinéa 2, les restrictions auxquelles le droit d'un Etat soumet l'opposabilité du régime matrimonial n'ont d'effet que si le tiers intéressé ou l'époux en cause a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat. De plus, l'alinéa 2 donne effet aux restrictions du droit de l'Etat de situation, lors même que ni le tiers, ni un époux en cause n'y ont leur résidence habituelle. Relevons surtout que les effets de publicité du registre foncier sont déterminants pour les rapports entre époux et tiers.

c Les conditions qui peuvent être imposées

180 Un Etat peut prévoir que la loi du régime ne pourra être opposée que si l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- les conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par le droit de cet Etat ont été remplies, ou
- le tiers, lorsqu'il a contracté, connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial, en d'autres termes, n'était pas de bonne foi.

181 Qu'en est-il lorsque le droit d'un Etat ne connaît aucune institution de publicité ou d'enregistrement? Un tel Etat pourra, semble-t-il, prévoir que la loi du régime matrimonial ne pourra être opposée qu'aux tiers qui la connaissent ou devaient la connaître; l'opposabilité fondée, sans égard à la bonne foi du tiers, sur des formalités d'enregistrement ou de publicité, ne pourra être envisagée, faute de moyens techniques. Il incombera en pareil cas aux époux de prendre les mesures propres à informer les tiers.

On peut se demander, à l'inverse, s'il est loisible à un Etat d'exiger toujours que la première condition (publicité) soit remplie, le fait que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable n'étant pas suffisant. Ni la genèse de l'article 9, ni son texte ne permettent pareille interprétation. En revanche, le droit de l'Etat qui subordonne l'opposabilité à la deuxième condition pourra sans doute préciser dans quelles circonstances un tiers «devait connaître» la loi applicable.

182 Par droit d'un Etat contractant, il faut entendre non seulement la loi écrite, mais également la jurisprudence et d'autres sources de droit. Les Etats n'auront donc pas besoin de légiférer spécialement pour les besoins de la Convention, mais pourront continuer à exiger que les conditions qu'ils connaissent déjà, à savoir la publicité ou l'absence de bonne foi, soient remplies.

d L'absence de portée générale des dispositions prises par un Etat

183 Les dispositions prises en application des alinéas 2 et 3 de l'article 9 ne lient pas les autres Etats contractants. Le

with a spouse in reliance on a local matrimonial property regime may be badly surprised. The same thing may happen to a third party, for example, an established merchant, who contracts with a spouse who is in transit, a circumstance not immediately apparent. In order to solve cases of this type, article 9, second and third paragraphs, allow the law of the Contracting States to subject reliance upon a foreign regime by a spouse to certain requirements. On the other hand, the third party will always be able to rely upon the law of the matrimonial property regime if that is more favourable to him than the local law.

b The connexions which allow a State to impose restrictions

179 According to the second paragraph, the restrictions to which the law of a State subjects reliance upon the matrimonial property regime have effect only if the third party concerned or the spouse in question has his habitual residence on the territory of that State. Further, the second paragraph gives effect to the restrictions of the law of the State where the property is situated, even though neither the third party nor the spouse in question has his habitual residence there. It may be pointed out above all that the effects of publicity of the public land register are determinative for the relations between spouses and third parties.

c The requirements which may be imposed

180 A State may provide that the law of the regime can be relied upon only where one of the following two conditions is fulfilled:

- the requirements of publicity or registration specified by the law of that State have been complied with, or
- the third party, when he entered into the contract, knew or should have known of the law applicable to the matrimonial property regime, in other words, was not in good faith.

181 What is the situation when the law of a State does not have any institution of publicity or registration? Such a State will be able, it seems, to specify that the law of the matrimonial property regime can only be relied upon against third parties who knew or ought to have known of it; reliance based, leaving aside the good faith of the third party, on formalities of registration or of publicity cannot be envisaged in the absence of technical means. In such a case, it will be incumbent on the spouses to take proper measures to inform the third parties.

One may ask, conversely, whether it is open to a State to insist always that the first requirement (publicity) be complied with, the fact that the third party knew or should have known of the applicable law not being sufficient. Neither the genesis of article 9 nor its text permit such an interpretation. On the other hand, the law of the State which subordinates reliance to the second requirement will undoubtedly be able to specify the circumstances in which a third party 'should have known of' the applicable law.

182 By law of a Contracting State, one must understand not only legislation, but equally case-law and other sources of law. The States will, accordingly, have no need to legislate specifically for the needs of the Convention, and will be able to continue to insist that the requirements which they already have, whether publicity or the absence of good faith, are complied with.

d The lack of general reach of measures taken by a State

183 The measures taken in application of the second and third paragraphs of article 9 do not bind the other Con-

tiers ne pourra donc s'opposer à l'application de la loi du régime que devant des tribunaux de l'Etat où lui-même ou l'époux en cause, selon les cas, a sa résidence habituelle ou encore devant les tribunaux de l'Etat où est situé l'immuable litigieux. A supposer donc qu'un litige surrisesse entre un époux qui a sa résidence habituelle dans un Etat A et un tiers qui a sa résidence habituelle dans un Etat B, la protection accordée sera celle de l'Etat A ou de l'Etat B, selon le tribunal qui connaîtra de l'affaire. Celui-ci soumettra les rapports entre époux et tiers à son propre droit ou éventuellement à une autre loi désignée par ses règles de conflits. Si, pour une raison quelconque, le procès se déroule dans un Etat C, le tiers devra se laisser opposer la loi applicable au régime matrimonial. Le fait même qu'il y ait un for dans un Etat où aucune des parties n'a sa résidence habituelle, indique d'ailleurs normalement qu'il s'agit d'un cas à caractère international, fortement marqué, si bien que le tiers doit s'attendre à l'application d'une loi étrangère.¹

3 Article 9, alinéa 4: la déclaration des Etats contractants

184 Cette disposition facilitera l'application de la Convention en faisant connaître exactement les conditions que le droit de chaque Etat impose en application des alinéas 2 et 3 de l'article 9. De plus, cette formule pourrait permettre à certains Etats de prendre des dispositions à cet égard dans l'acte portant ratification de la Convention.

Articles 10-13 - Les modalités de la désignation de la loi applicable et les règles sur la forme

1 Article 10: les conditions relatives au consentement des époux

185 L'article 10 reprend purement et simplement l'article 2, alinéa 3, de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955. Cette solution, qui consiste à appliquer au consentement sur le choix de la loi applicable les dispositions mêmes de la loi désignée, a encouru le reproche de constituer un cercle vicieux, mais elle a été néanmoins largement admise. Rappelons simplement qu'elle présente l'avantage sur le recours à la *lex fori*, fréquente en droit international privé commun, de conduire à des solutions identiques, quel que soit le juge saisi. La solution a été récemment reprise à l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet de Convention de la CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles.²

186 Comme nous l'avons déjà observé³, la faculté de choisir une loi est instituée par la règle de conflits conventionnelle. Celle-ci ne soumet la validité du «contrat de choix» à la loi du régime que pour l'appréciation des manifestations de volonté échangées par les époux. En revanche, l'on ne saurait soumettre ce choix, qui relève du droit international privé, à des dispositions de droit matériel restreignant, par exemple, la liberté de passer des contrats de mariage après le mariage. Rappelons toutefois que si les fiancés ou les époux, ou l'un d'eux, sont incapables, ils

¹ P.-v. No 10, P.-v. No 14.
² Texte de mars 1976 (article 2, alinéa 2, du texte de 1972).
³ *Supra*, No 119.

tracting States. The third party will therefore be able to challenge application of the law of the regime only before the courts of the State where he or the spouse in question, as the case may be, has his habitual residence, or yet before the courts of the State where the disputed immovable is situated. Supposing that litigation arises between a spouse who has his habitual residence in State A and a third party who has his habitual residence in State B, the protection accorded will be that of State A or of State B, depending on the court that hears the case. That court will subject the relations between spouse and third party to its own law or possible to another law specified by its conflict rules. If, for whatever reason, the action takes place in State C, the third party must be prepared to be encountered by the law applicable to the matrimonial property regime. The very fact that there was a forum in a State where neither of the parties have their habitual residence normally indicates, besides, that one is concerned with a case of an evidently international character, with the result that the third party has to expect the application of a foreign law.¹

3 Article 9, fourth paragraph - the declarations of Contracting States

184 This provision will facilitate application of the Convention by making known exactly the requirements that the law of each State imposes in application of the second and third paragraphs of article 9. Further, this formulation will permit certain States to take measures in this regard in the instrument of ratification of the Convention.

Articles 10-13 - The manner of designation of the applicable law and the rules as to form

1 Article 10 - requirements relating to the spouses' consent

185 Article 10 takes over purely and simply article 2, third paragraph, of the Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, of 15 June 1955. This solution, which consists of applying to consent as to the choice of the applicable law the very provisions of the law designated, has incurred the criticism of being a vicious circle, but it has been nonetheless largely accepted. It may be recalled simply that it presents the advantage over recourse to the *lex fori*, which is frequent under the usual rules of private international law, of leading to identical solutions, whatever may be the court seized. The solution has recently been adopted in article 2, paragraph 3, of the Draft EEC Convention on the Law Applicable to Contractual and non-Contractual Obligations.²

186 As has already been observed³, the option of choosing a law is laid down by the conflicts rule of the Convention. This subjects the validity of the 'contract of choice' to the law of the regime only for evaluation of the manifestations of intention exchanged by the spouses. On the other hand, this choice, which belongs to private international law, cannot be subjected to substantive law provisions restricting, for example, the freedom to conclude marriage contracts after marriage. It may be noted, however, that where the engaged persons or the spouses, or one of them,

¹ *Procès-verbaux* Nos 10 and 14.
² Text of March 1976 (article 2, second paragraph, of the text of 1972).
³ *Supra*, No 119.

doivent obtenir les concours exigés par la loi applicable à la capacité.

2 Article 11: le caractère exprès ou indubitable du choix de la loi applicable

187 Les conséquences importantes du choix de la loi applicable par les époux justifient l'exigence d'une manifestation de volonté expresse. Toutefois, il se peut qu'un contrat de mariage contenant des clauses de fond soit rédigé de telle façon (parce que, par exemple, il se réfère aux articles d'un code civil) que l'on peut identifier sans doute possible la loi que les époux avaient en vue, même si elle n'est pas mentionnée de façon explicite. Aussi, pour des motifs très semblables à ceux retenus à l'appui de l'article 2, alinéa 2, de la Convention sur la vente de 1955, la Convention admet-elle également la désignation qui «résulte indirectement d'une disposition d'un contrat de mariage»¹.

En revanche, lorsque les époux se servent de la forme du contrat de mariage uniquement pour désigner la loi applicable, il doit y avoir une stipulation expresse.

3 Article 12: la forme du contrat de mariage

188 Cette disposition règle la forme du contrat de mariage dans les rapports internationaux, peu importe qu'il comporte un choix de la loi applicable ou qu'il soit passé sous l'empire de la loi objectivement applicable déterminée par l'article 4.²

a La règle de conflits

189 Selon un principe largement répandu en matière de forme, l'article 12 prévoit la compétence alternative de la loi applicable au fond et de la loi du lieu où l'acte a été passé. Les époux pourront donc se servir des formes de l'une ou de l'autre loi. Si les époux soumettent le régime matrimonial relatif à un immeuble à la *lex rei sitae*, ils pourront choisir la forme de cette loi ou la forme de la *lex loci actus*.

b La règle subsidiaire de droit international privé matériel

190 La deuxième phrase de l'article 12 pose cependant une règle de droit international privé matériel qui intervient lorsque l'une des lois applicables ne prévoit pas de forme pour le contrat de mariage (notamment parce que cette institution lui est inconnue) ou ne soumet pas ce contrat à un minimum de formalités. Dans ces cas, il sera nécessaire mais suffisant d'observer la forme de l'acte écrit daté et signé par les deux époux. Précisons que seules les signatures, mais non la date ou le corps de l'acte, doivent être de la main des deux époux.

191 Supposons par exemple que deux époux, dont le régime matrimonial est soumis à la loi de l'Etat A, loi qui exige un acte authentique pour le contrat de mariage, veulent faire un contrat de mariage selon la loi locale, alors qu'ils sont en voyage dans le pays B. Si ce pays B exige la forme notariée pour le contrat de mariage, les époux devront s'y conformer. Au contraire, si la loi de

lack capacity, they must secure the consents or joiners required by the law applicable to capacity.

2 Article 11 – the express or implicit nature of the choice of the applicable law

187 The important consequences of the choice by the spouses of the applicable law justify the requirement of an express manifestation of intent. However, it can happen that a marriage contract containing substantive clauses has been drafted in such a manner (because, for example, it refers to articles of a Civil Code) that one can identify without any possible doubt the law that the spouses had in mind, even though it has not been explicitly mentioned. Therefore, for reasons very similar to those accepted in support of article 2, second paragraph, of the Convention on Sales of 1955, the Convention likewise accepts the designation that arises by necessary implication from the provisions of a marriage contract.¹

On the other hand, when the spouses make use of the form of the marriage contract solely to designate the applicable law, there must be an express stipulation.

3 Article 12 – the form of the marriage contract

188 This provision governs the form of marriage contracts in the international context, regardless of whether they contain a choice of the applicable law or whether they have been entered into within the scope of the objectively applicable law as determined by article 4².

a The conflicts rule

189 In accordance with a principle prevalent in matters of form, article 12 provides for the alternative competence of the law applicable to substance and of the law of the place where the contract was made. The spouses will, accordingly, be able to make use of the formalities of either law. Where the spouses submit the matrimonial property regime relating to an immovable to the *lex rei sitae*, they may choose the formalities of that law or those of the *lex loci actus*.

b The subsidiary rule of substantive private international law

190 The second sentence of article 12 states, however, a rule of substantive private international law which arises when one of the applicable laws does not provide formalities for the marriage contract (notably because this institution is unknown to it) or does not subject this contract to a minimum of formalities. In these cases, it will be necessary, yet sufficient, to observe the formality of a written instrument, dated and signed by both spouses. It may be added that only the signatures, but not the date or the body of the instrument must be in the handwriting of the two spouses.

191 Suppose, for example, that both spouses, whose matrimonial property regime is subject to the law of State A, a law that requires an official deed (*acte authentique*) for a marriage contract, wish to enter into a marriage contract according to the local law, at a time when they are on a trip in country B. If this country B requires the formality of a notarial act for a marriage contract, the

¹ Voir déjà le Rapport de M. Julliat de la Morandière, de 1931, *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24.
² Voir aussi *supra*, Nos 42-43.

¹ See, earlier, the Report of Mr Julliot de la Morandière, of 1931, *Documents relatifs à la Septième session*, 1951, p. 24.
² See also, *supra*, Nos 42-43.

l'Etat B ignore le contrat de mariage et ne pose donc pas non plus d'exigences de forme, les époux pourront passer un contrat de mariage en la forme d'un écrit daté et signé, mais seulement s'ils le font sur le territoire de l'Etat B. Si c'est au contraire la loi de l'Etat A, applicable à titre de loi régissant le fond du contrat, qui n'impose pas de forme, les époux pourront se contenter d'un acte signé et daté, où qu'ils se trouvent.

192 En d'autres termes, si l'une des deux lois compétentes exige la forme authentique tandis que l'autre ne pose aucune exigence de forme pour le contrat de mariage, les époux pourront se servir de la forme écrite, datée et signée. En revanche, si les deux lois compétentes exigent l'acte authentique, seule cette forme sera ouverte aux époux.

4 Article 13: la forme de la désignation de la loi applicable par stipulation expresse

193 La Convention a placé en tête le rattachement subjectif à la loi désignée par les parties. Il était donc essentiel de déterminer la forme dans laquelle ce choix doit être fait.

La Convention prévoit, comme pour les contrats de mariage, la compétence alternative de la loi applicable au fond et de la loi locale. Cependant, pour la plupart des pays, c'est par l'entrée en force de la Convention que la faculté sera donnée aux époux de désigner la loi applicable à leur régime; les lois de ces pays ne connaissent donc pas de forme particulière à cet effet. Aussi l'article 13 prévoit-il que les époux devront se servir de la forme prévue pour le contrat de mariage par les dispositions internes de la loi désignée ou de la *lex loci actus*.

Si la loi applicable ne règle pas la forme du contrat de mariage, parce que, par exemple, elle ignore cette institution, ou si la forme prévue ne présente pas un minimum de garanties, les époux devront faire un écrit daté et signé. Ce qui a été dit à propos de l'article 12 pour les contrats de mariage proprement dits, vaut également ici.¹

Article 14 - La clause d'ordre public

194 Cette disposition reprend la formule traditionnelle employée depuis 1956 dans les Conventions de La Haye et il semble qu'elle n'aura à jouer qu'un rôle fort réduit dans la pratique.

La précision «manifestement» signifie que seule une incompatibilité qui «saute aux yeux du juge» permet d'écartier la loi prévue par la Convention.²

CHAPITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES

195 Ce chapitre groupe la définition de la nationalité commune au sens de la Convention (article 15), les règles relatives aux Etats composés (articles 16-19), ainsi que les dispositions sur les rapports avec d'autres conventions (article 20) et sur l'application de la Convention dans le temps (article 21).

¹ Voir notamment l'exemple *supra*, No 191.
² Voir P.-V. No 12.

spouses will have to conform thereto. Conversely, where the law of State B having no provision for marriage contracts, therefore contains no requirements as to their form, the spouses may enter into a marriage contract in writing, dated and signed, but only if they do so on the territory of State B. Where, on the contrary, it is the law of State A, applicable by virtue of being the law governing the substance of the contract, which does not impose formalities, the spouses may rest content with a signed and dated contract wherever they are.

192 In other words, where one of the two competent laws requires the notarial form, while the other makes no requirement of form for the marriage contract, the spouses may make use of a written contract, dated and signed. On the other hand, where both competent laws require a notarial instrument, only that form will be available to the spouses.

4 Article 13 - the form of the designation of the applicable law by express stipulation

193 The Convention has accorded priority to the subjective connexion to the law designated by the parties. It was therefore essential to determine the form in which that choice must be made.

The Convention provides, as it does to marriage contracts, the alternative competence of the law applicable to substance and of the local law. Nonetheless, for most of the countries, it is with the entry into force of the Convention that the option will be available to the spouses to designate the law applicable to their regime; the laws of these countries thus not then contain particular formalities in this respect. Therefore, article 13 provides that the spouses will have to make use of the form specified for the marriage contract by the internal provisions of the law designated or of the *lex loci actus*.

If the applicable law does not regulate the form of the marriage contract, because, for example, it does not have this institution, or if the formalities specified do not present a minimum of guarantees, the spouses will have to make a contract in writing dated and signed. What has been said in regard to article 12 for marriage contracts properly termed, applies equally here.¹

Article 14 - the public policy clause

194 This provision adopts the traditional formula employed since 1956 in the Hague Conventions, and it seems that it will have only a greatly reduced role to play in practice.

The qualification 'manifestly' means that only an incompatibility which 'leaps to the eye' permits the law specified by the Convention to be set aside.²

CHAPTER III - MISCELLANEOUS PROVISIONS

195 This Chapter groups together the definition of the common nationality in the sense of the Convention (article 15), the rules relating to composite States (articles 16-19), as well as the provisions on the relations with other conventions (article 20) and on the temporal application of the Convention (article 21).

¹ See in particular the example, *supra*, No 191.
² See *Proctes-verbal* No 12.

Article 15 – La nationalité commune au sens de la Convention

1 *Le principe*

196 L'article 15 définit ce qu'il faut entendre par «nationalité commune», notion qui apparaît aux articles 4, 5 et 7 pour le rattachement objectif et le changement de la loi applicable.¹

Seule une nationalité commune préexistante, ou acquise volontairement par chaque époux, constitue un rattachement suffisamment fort pour être pris en considération. La disposition évite notamment le rattachement à une nationalité qui a été imposée à la femme lors de son mariage, solution d'ailleurs peu conforme au principe de l'égalité des époux. Rappelons enfin que selon un principe incontesté, les conditions de l'acquisition ou de la perte d'une nationalité sont toujours jugées selon le droit de l'Etat dont la nationalité est en question.

2 *Article 15, alinéa premier: la nationalité commune au sens de la Convention*

a Chiffre premier: la nationalité des époux avant le mariage

197 Il s'impose de tenir compte d'une nationalité que les deux époux possédaient déjà avant leur mariage sans égard à la manière dont ils l'avaient acquise, que ce soit *jure sanguinis*, *jure soli* ou par un mariage antérieur.

b Chiffre 2: l'acquisition de la nationalité au moment du mariage

198 Cette disposition vise tout d'abord les cas où un époux – en pratique il s'agit surtout de la femme – n'acquiert la nationalité de l'autre que par une option à cet effet. A ce cas doit être assimilé celui où – à l'exemple de la législation portugaise – une femme étrangère acquiert par mariage la nationalité de son mari, sauf si elle fait une déclaration contraire expresse. Toutefois, cette assimilation suppose que l'époux savait que la faculté lui était ouverte de décliner cette acquisition. On doit enfin considérer comme volontaire l'acquisition de la nationalité du conjoint lorsque la condition de cette acquisition est la perte de l'ancienne nationalité, et lorsque l'époux en question aurait pu conserver cette dernière en s'abstenant d'y renoncer ou en déclarant positivement vouloir la conserver.²

199 Au cas où la nationalité est acquise au moment du même mariage, on a ajouté celui où cette acquisition, bien que fondée sur le mariage, ne devient effective que par l'accomplissement de formalités ultérieures. Une nationalité ainsi acquise doit cependant par la suite être considérée comme acquise par le mariage, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si les époux ont une ou plusieurs nationalités communes ou lorsque, par exemple dans l'application de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3, il faut déterminer s'ils ont au moins une nationalité commune.³

c Chiffre 3: l'acquisition d'une nationalité commune après le mariage

200 La nationalité commune qui résulte d'une naturali-

¹ Voir également *supra*, Nos 48–51, ainsi que les règles des articles 16, alinéa 2, et 19, alinéa 2, visant des cas où des Etats non unifiés sont intéressés, *infra* Nos 207–210 et 214–215.
² Voir P.-v. No 5.
³ Voir *supra* Nos 152 et 157.

Article 15 – common nationality in the sense of the Convention

1 *The principle*

196 Article 15 defines what must be understood by 'common nationality', a concept which appears in articles 4, 5 and 7 in respect of the objective connexion and the change of the applicable law.¹

Only a pre-existent common nationality, or one acquired voluntarily by each spouse, constitutes a connexion sufficiently strong to be taken into consideration. The provision shuns in particular the connexion to a nationality which has been imposed on the wife at the time of her marriage, a solution scarcely conforming to the principle of the equality of the spouses. It should be recalled, finally, that in accordance with an undisputed principle, the conditions for the acquisition or the loss of a nationality are always judged according to the law of the State, the nationality of which is in question.

2 *Article 15, first paragraph – common nationality in the sense of the Convention*

a Sub-paragraph 1 – the spouses' nationality before marriage

197 It is imperative to take account of a nationality that both spouses already possessed before their marriage without regard to the way in which they had acquired it, whether that be *jure sanguinis*, *jure soli* or by an earlier marriage.

b Sub-paragraph 2 – acquisition of the nationality at the time of marriage

198 This provision aims first of all at the cases where a spouse – in practice it is concerned above all with the wife – acquires the nationality of the other only by a choice to the effect. To this case must be assimilated that in which – taking the example of the Portuguese law – a foreign wife acquires by marriage the nationality of her husband, except where she makes an express contrary declaration. However, this assimilation presupposes that the spouse knew that the option to decline this acquisition was available to her. One must finally consider as voluntary the acquisition of the nationality of the other spouse where the condition for this acquisition is the loss of the former nationality, or where the spouse in question could have kept it by refraining from renunciation or by positive declaration of the desire to keep it.²

199 To the case where the nationality is acquired at the very time of the marriage, there has been added that where this acquisition, although based on the marriage, becomes effective only on the completion of subsequent formalities. A nationality so acquired has nevertheless later to be considered as acquired by marriage, for example where it is a matter of determining whether the spouses have one or more common nationalities or where, for example in application of article 4, second paragraph, sub-paragraph 3, it is necessary to determine whether they have at least one common nationality.³

c Sub-paragraph 3 – acquisition of a common nationality after marriage

200 The common nationality that results from naturali-

¹ See equally, *supra*, Nos 48–51, as well as the rules of articles 16, second paragraph, and 19, second paragraph, in regard to cases where non-unified States are concerned, *infra* Nos 207–210 and 214–215.
² See *Procedo-verbal* No 5.
³ See *supra*, Nos 152 and 157.

sation constitue un rattachement tout particulièrement fort. Il allait de soi qu'il fallait en tenir compte. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné, on doit aussi faire entrer dans cette disposition l'acquisition volontaire par un époux de la nationalité de l'autre, ce dans la mesure où ce cas n'est pas déjà couvert par le chiffre 2; on songe par exemple au cas où la déclaration n'a pas été faite en temps utile et où une naturalisation ordinaire est nécessaire.

3 Article 15, alinéa 2: l'exigence d'une nationalité commune unique

201 Lorsque les époux possèdent plus d'une nationalité commune au sens de l'alinéa premier de l'article 15, le rattachement à la nationalité ne peut plus fonctionner. On ne saurait plus laquelle des déclarations faites en application de l'article 5 serait déterminante, ni quelle loi devrait être appliquée selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 3. En pareil cas, on ne pourrait donner préférence à l'une des deux lois qu'en utilisant des critères étrangers au principe de la nationalité; il vaut donc mieux abandonner celui-ci.

202 En revanche, dans le cadre de l'article 7, alinéa 2, chiffre premier, le fait que la résidence habituelle vienne à coïncider avec une nationalité commune peut justifier un changement de la loi applicable, même si les époux ont également une autre nationalité commune.¹

Articles 16-19 - Règles relatives aux Etats à système juridique non unifié

1 Observations générales

203 Des clauses relatives aux Etats à système non unifié figurent déjà dans quelques Conventions de La Haye. La présente Convention prévoit cependant des dispositions plus précises et plus détaillées que celles des instruments antérieurs qui, à défaut de règles de conflits interlocaux et interpersonnelles, se contentaient de renvoyer au système avec lequel les intéressés ont les liens les plus étroits.²

204 Sauf sur un point concernant l'article 18, ces dispositions ont été reprises, pratiquement inchangées, des articles 17-20 de l'avant-projet de la Commission spéciale; on renvoie donc au Rapport de celle-ci pour un commentaire plus détaillé.³

205 Remarquons toutefois que dans les cas où les règles relatives aux Etats composés ne permettent pas d'identifier une unité qui puisse être considérée comme Etat de la résidence habituelle des deux époux, ou comme Etat de leur nationalité commune, il faudra déterminer la loi applicable, en tenant compte de toutes les circonstances, ce en application de l'article 4, alinéa 3.⁴

2 Article 16: loi nationale d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droits territoriaux

206 A l'instar des dispositions figurant déjà dans d'autres conventions, l'alinéa premier se réfère, à titre principal, aux règles interlocales de l'Etat dont la loi est applicable.

¹ Voir *supra*, No 116.

² Par exemple, Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973, article 16.

³ Nos 134-151.

⁴ Voir P.-v., No 15.

zation constitutes a particularly strong connexion. It was without saying that it had to be taken into account. Although this was not expressly mentioned, one ought also to read into this provision the voluntary acquisition by a spouse of the nationality of the other in so far as such case is not already covered by sub-paragraph 2; one thinks, for example, of the case where the declaration has not been made within the prescribed time and where an ordinary naturalization is necessary.

3 Article 15, second paragraph - the condition of a single common nationality

201 Where the spouses possess more than one common nationality in the sense of the first paragraph of article 15, the connexion to the nationality no longer operates. It could no longer be known which of the declarations made in application of article 5 would be determinative, nor which law should be applied under article 4, second paragraph, sub-paragraph 3. In such a case, preference might be given to one of the two laws only by utilising criteria foreign to the principle of nationality; it is better, therefore, to abandon this principle.

202 On the other hand, in the context of article 7, second paragraph, sub-paragraph 1, the fact that the habitual residence happens to coincide with a common nationality may justify a change of the applicable law, even where the spouses also have another common nationality.¹

Articles 16-19 - rules relating to States having non-unified legal systems

1 General observations

203 Clauses relating to States having non-unified systems have already appeared in several Hague Conventions. This Convention contains however provisions which are more precise and more detailed than those of the earlier instruments which, in the absence of interregional or interpersonal conflict rules, were content to refer to the system with which the persons concerned were most closely connected.²

204 Except for one point concerning article 18, these provisions have been taken over, virtually unchanged, from articles 17-20 of the Preliminary Draft of the Special Commission; reference is made, accordingly, to the Report of the Special Commission for a more detailed commentary.³

205 It should be pointed out, however, that in the cases where the rules relating to composite States do not permit identification of a unit which may be considered as the State of the habitual residence of both spouses, or as the State of their common nationality, it will be necessary, in application of article 4, third paragraph, to determine the applicable law by taking all circumstances into account.⁴

2 Article 16 - national law of a State having several territorial systems of law

206 Following the example of provisions appearing already in other conventions, the first paragraph refers, for its primary rule, to the interregional conflict rules of the State whose law is applicable.

¹ See *supra*, No 116.

² For example, Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, of 2 October 1973, article 16.

³ Nos 134-151.

⁴ See *Procs-verbal* No 15.

207 A titre subsidiaire, l'alinéa 2 se réfère, pour déterminer la loi nationale que les parties peuvent choisir en application des articles 3 et 6, à la dernière résidence habituelle qu'un époux a eue dans l'Etat de sa nationalité.

208 Pour le rattachement objectif au contraire, il s'agit de trouver une unité territoriale dont la loi puisse être considérée comme loi de la nationalité commune des époux; on a choisi la dernière unité territoriale dans laquelle les deux époux ont eu leur résidence habituelle. Comme toujours, il n'est pas nécessaire qu'ils aient eu cette résidence habituelle dans un même lieu et ici on n'exige même pas qu'ils l'aient eue en même temps.

209 Ainsi, à supposer qu'un New-Yorkais épouse une Texanne, le droit californien sera applicable si le fiancé a étudié à Los Angeles de 1960 à 1963 et la fiancée à Berkeley de 1968 à 1970, pourvu qu'ils n'aient pas eu tous deux ensuite leur résidence habituelle dans un même Etat de l'Union, autre que la Californie. Etant donné que la plupart des Etats composés Membres de la Conférence appliquent le principe du domicile, ce sera surtout dans le cas, tout de même assez rare, de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 (application de la loi nationale à défaut de résidence habituelle dans un même Etat) que la disposition aura effet en pratique.

210 L'article 16 ne donne pas de règle pour la nationalité commune en dehors du cas de l'article 4, alinéa 2. Il semblerait que dans le cas de l'article 7, alinéa 2, chiffre premier, où la loi nationale commune ne sert pas seule à déterminer une loi applicable, mais se cumule avec la résidence habituelle, l'on puisse admettre que la nationalité doit être comprise dans le sens ordinaire de la nationalité de l'Etat composé considéré comme un tout.¹

3 Article 17: *résidence habituelle dans un Etat territoriale-ment composé*

211 La résidence habituelle comportant un élément local, il est aisé de se référer directement au droit interne de l'unité territoriale où réside la personne intéressée. La conséquence la plus importante de cette règle est que si les époux ont leur résidence habituelle dans des unités territoriales différentes, ils n'ont pas, au sens de la Convention, leur résidence habituelle dans le même Etat.

Dans l'exemple, cité à propos de l'article 16, du New-Yorkais épousant une Texanne,² on devra donc bien avoir recours au rattachement subsidiaire à la nationalité commune (article 4, alinéa 2, chiffre 3) et cette nationalité, à son tour, sera déterminée selon l'article 16, alinéa 2.

4 Article 18: *conflit à l'intérieur d'un Etat composé*

212 L'idée qui a inspiré cette disposition est que les Etats composés doivent pouvoir régler, selon leurs propres règles de conflits, les cas n'intéressant que certaines de leurs unités. Cette règle ne vaut que lorsque la loi applicable n'est celle d'un autre Etat.³ Il pourra résulter de cette disposition qu'une loi différente sera appliquée dans l'Etat composé et dans d'autres Etats contractants

¹ Voir Rapport de la Commission spéciale, No 145.

² *Supra*, No 209.

³ La portée de la disposition a été élargie par rapport à l'article 19 de l'ancien projet qui exigeait que les époux aient tous deux la nationalité de cet Etat. Après avoir envisagé différentes formules, notamment l'exigence de la résidence habituelle sur le territoire de cet Etat, la présente rédaction a été admise.

207 For the subsidiary rule, the second paragraph, in order to determine the national law that the parties may choose in application of articles 3 and 6, refers to the last habitual residence that a spouse has had in the State of his nationality.

208 For the objective connexion on the contrary, one is concerned with finding a territorial unit the law of which may be considered as the law of the spouses' common nationality; the last territorial unit in which both spouses have had their habitual residence was chosen. As always, it is not necessary that they have had this habitual residence in the same place and here it is not even required that they have had it at the same time.

209 Thus, if one supposes that a man from New York marries a woman from Texas, the law of California will be applicable where the fiancé has studied in Los Angeles from 1960 to 1963 and the fiancée at Berkeley from 1968 to 1970, provided that they have not both later had their habitual residence in the same State of the Union, other than California. Given that the majority of composite States which are Members of the Conference apply the principle of domicile, it will principally be in the case which itself occurs rather infrequently, of article 4, second paragraph, sub-paragraph 3 (application of the national law in the absence of habitual residence in the same State) that the provision will have effect in practice.

210 Article 16 does not provide a rule for common nationality falling outside the case of article 4, second paragraph. It would appear that in the case of article 7, second paragraph, sub-paragraph 1, where the common national law does not serve simply to determine an applicable law, but combines with the habitual residence, one might accept that nationality is to be understood in the ordinary sense of the nationality of the composite State considered as a whole.¹

3 Article 17 - *habitual residence in a territorially composite State*

211 Since habitual residence connotes a local element, it is easy to refer directly to the internal law of the territorial unit in which the person concerned resides. The most important consequence of this rule is that, where the spouses have their habitual residence in different territorial units, they do not have, within the meaning of the Convention, their habitual residence in the same State.

In the example, given in regard to article 16, of the New Yorker marrying a Texan,² one will have to have recourse to the subsidiary connexion to the common nationality (article 4, second paragraph, sub-paragraph 3) and that nationality, in its turn, will be determined according to article 16, second paragraph.

4 Article 18 - *conflicts within a composite State*

212 The idea which inspired this provision is that composite States must be able to regulate, according to their own conflict rules, cases that concern only certain of their units. This rule applies only when the applicable law is not that of another State.³ It will result from this provision that a different law will be applied in the composite State and in other Contracting States which are concerned.

¹ See Report of the Special Commission, No 145.

² *Supra*, No 209.

³ The reach of the provision has been extended in comparison with article 19 of the Preliminary Draft, which required that both the spouses have the nationality of that State. After having contemplated different formulas, notably the requirement of habitual residence on the territory of that State, the present version was accepted.

intéressés. Cela pourra notamment se produire, si les époux, par la suite, déplacent leur résidence habituelle hors de l'Etat composé.¹

5 *Article 19: Etats à système de droits personnels*

213 Cette disposition vise les Etats où des lois différentes sont applicables, non pas sur une base territoriale, mais sur une base personnelle. Les exemples les plus connus sont fournis par les pays du Proche Orient, dans lesquels chaque communauté religieuse a son propre droit. Ici encore, la référence aux règles de conflit internes a paru s'imposer à titre principal (alinéa premier).

214 Le deuxième alinéa règle les cas où la résidence habituelle des époux se trouve dans un Etat à système interpersonnel, sans que les règles internes de celui-ci ne déclarent applicable une des diverses lois en vigueur. En pareil cas la loi nationale commune s'appliquera en lieu et place de la loi de la résidence habituelle objectivement compétente en vertu de l'article 4, alinéa premier. En outre la loi de la nouvelle résidence habituelle ne pourra pas, par application de l'article 7, alinéa 2, chiffre 2, être substituée à la loi à laquelle les époux sont soumis. Il semble d'ailleurs qu'il devrait en être de même pour le cas du changement prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 3. Enfin, à défaut de nationalité commune, l'on sera ramené à la règle de l'article 4, alinéa 3, ainsi que le précise la dernière phrase de l'article 19, alinéa 2.

215 Il se peut encore que le juge de l'Etat contractant se trouve en présence d'époux ayant une nationalité commune qui est celle d'un Etat à système de droits personnels, n'ayant pas de règles internes pour déterminer la loi applicable à certains de ses ressortissants. En pareil cas, le rattachement à la nationalité commune ne pourra pas fonctionner et l'on sera également ramené à la solution subsidiaire de l'article 4, alinéa 3.

Article 20 - Les conflits de conventions

216 L'article 20 signifie que la Convention s'efface devant tout autre instrument, présent ou futur, qui contient des dispositions sur la même matière.

Il n'a pas paru nécessaire de prévoir expressément que, dans les rapports entre Etats contractants, la Convention remplacerait en ce qui concerne le régime matrimonial, la Convention concernant les conflits de lois relativement aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux, de 1905. Cette solution découle des principes généraux en matière de conflits de conventions.²

Article 21 - Le champ d'application dans le temps de la Convention

217 Le moment déterminant est, pour chaque Etat contractant, celui où la Convention entre en vigueur pour lui selon l'article 29. A partir de ce jour, la Convention s'applique dans cet Etat à tous les époux qui se marient ultérieurement, ou encore aux époux qui désigneront la loi applicable à leur régime matrimonial.

¹ Voir P.-v. No 15, spéc. exemple Droz, séance plénière P.-v. No 2. - Dans l'exemple cité *supra*, No 209, du New-Yorkais épousant une Texane, les juges américains ne seraient pas tenus de déterminer la loi applicable selon les articles 4, alinéa 2, chiffre 3, et 16, alinéa 2, de la Convention.

² Voir notamment l'article 30, chiffre premier, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969.

This can happen in particular if the spouses later move their habitual residence outside the composite State.¹

5 *Article 19 - States having personal law systems*

213 This provision covers States where different laws are applicable, not on a territorial, but on a personal basis. The best-known examples are furnished by the countries of the Near East, in which each religious community has its own law. Here again, the reference to internal conflict rules appeared to be prescribed as the primary rule (first paragraph).

214 The second paragraph governs the cases where the spouses' habitual residence is in a State having an inter-personal system, without the internal rules of that State declaring one of various laws in force applicable. In such a case, the common national law will apply in place of the law of the habitual residence objectively applicable by virtue of the first paragraph of article 4. Also, the law of the new habitual residence will not, by application of article 7, second paragraph, sub-paragraph 2, be substituted for the law to which the spouses are subject. It appears, moreover, that it would be the same for the case of change specified in article 7, second paragraph, sub-paragraph 3. Finally, in the absence of common nationality, one will be thrown back on the rule of article 4, third paragraph, as is provided by the last sentence of article 19, second paragraph.

215 It can still happen that the court of the Contracting State finds before it spouses having a common nationality which is that of a State having a personal law system, not having internal rules to determine the law applicable to certain of its subjects. In such a case, the connexion to the common nationality will not be able to operate and one will be likewise thrown back on the subsidiary solution of article 4, third paragraph.

Article 20 - Conflicts between conventions

216 Article 20 means that the Convention stands aside before any other instrument, present or future, containing provisions on the same matter.

It did not appear necessary to provide expressly that, in the relations between Contracting States, the Convention would replace, in so far as the matrimonial property regime is concerned, the Convention concerning Conflict of Laws relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses and on the Property of Spouses, of 1905. This solution follows general principles in regard to conflicts between conventions.²

Article 21 - The scope of application of the Convention in respect of time

217 The determinative time for each Contracting State is that of entry into force of the Convention for that State under article 29. Starting from that date, the Convention applies in that State to all spouses who subsequently marry, as well as to spouses who designate the law applicable to their matrimonial property regime.

¹ See *Procedo-verba!* No 15, specifically the example of Droz, Plenary Session, *Procedo-verba!* No 2. In the example, cited *supra*, No 209, of the New Yorker marrying a Texan, the American courts would not be obliged to determine the applicable law in accordance with articles 4, second paragraph, sub-paragraph 3, and 16, second paragraph, of the Convention.

² See, notably article 30, sub-paragraph 1 of the Convention of Vienna on the Law of Treaties, of 23 May 1969.

218 L'alinéa 2 permet à tout Etat contractant d'étendre l'application de la Convention à d'autres époux. On a en particulier évoqué le cas d'époux qui auraient désigné la loi applicable à leur régime matrimonial avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat dont les juridictions sont saisies. Il pourrait être utile de valider un pareil choix lors de l'entrée en vigueur de la Convention, surtout si les époux avaient des liens avec des Etats qui, ayant ratifié antérieurement la Convention, donnaient aux époux la faculté de désigner la loi applicable.

Dans l'intérêt de la sécurité juridique cette extension doit faire l'objet d'une déclaration. Il est vrai cependant qu'il n'y aura guère de sanction contre un Etat qui omettrait de faire la déclaration. D'autre part, cette déclaration pourrait ne pas comporter d'énumération exhaustive, mais simplement autoriser les juges à étendre l'application de la Convention.¹

CHAPITRE IV - LES CLAUSES FINALES

219 Le système des articles 22-31 correspond à celui suivi dans les récentes Conventions de La Haye.² On pourra, dès lors, se limiter à trois brèves remarques.

1 Article 23: le caractère ouvert de la Convention

220 A l'absence de toute condition de réciprocité dans l'application de la Convention correspond la possibilité de l'ouvrir sans restrictions à l'adhésion d'Etats non-membres de la Conférence, la signature restant toujours réservée aux Etats membres. L'article 23 élimine les dernières restrictions relatives au cercle des Etats contractants, et qui figuraient encore à l'article 21 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973.

2 Article 26: les systèmes complexes d'allégeance nationale

221 Cette disposition a été introduite à la demande de la délégation du Royaume-Uni, afin de lui permettre de définir les «*British subjects*» considérés, pour les besoins de la Convention, comme ayant la nationalité de ce pays.

3 Article 27: l'exclusion de réserves à la Convention

222 La Convention ne prévoit aucune possibilité de réserves. La Treizième session a rejeté, à une nette majorité, la proposition de prévoir une réserve permettant d'écarter les exceptions au principe de la permanence, ainsi qu'une réserve plus réduite à l'encontre de l'article 8. A la suite de ce vote, une autre proposition de réserve affectant la déclaration de l'article 5 (application de la loi nationale commune) fut retirée.³

Fribourg, le premier mars 1977

ALFRED E. VON OVERBECK

¹ Voir P.-v. No 12, P.-v. No 15, séance plénière P.-v. No 2.
² On notera encore que l'article 28 précise la manière dont doivent être faites les déclarations prévues par les articles 5, 9, alinéa 4, 21 et 26. Pour les déclarations des articles 24 et 25 relatives à la validité territoriale, la précision correspondante figure dans les articles mêmes.
³ Voir Doc. trav. Nos 62-65, P.-v. No 15.

218 The second paragraph permits each Contracting State to extend the application of the Convention to other spouses. One case in particular was raised, that of spouses who might have designated the law applicable to their matrimonial property regime before the entry into force of the Convention for the State whose courts are seized of the matter. It could be desirable to validate such a choice at the time of entry into force of the Convention, particularly if the spouses had connections with States which, having previously ratified the Convention, made available to the spouses the option of designating the applicable law.

In the interest of legal certainty this extension has to be made by declaration. It is true, nevertheless, that there will be but little sanction against a State that omits to make the declaration. On the other hand, this declaration would not have to contain an exhaustive list, but might simply authorise the courts to extend the application of the Convention.¹

CHAPTER IV - FINAL CLAUSES

219 The scheme of articles 22-31 corresponds to that followed in recent Hague Conventions.² It will be possible therefore to limit oneself to three brief comments.

1 Article 23 - the open character of the Convention

220 The absence of any condition of reciprocity in the application of the Convention corresponds to the possibility of opening it without restriction to accession by States which are not Members of the Conference, signature being still reserved to Member States. Article 23 removes the last restrictions relating to the circle of Contracting States, which appeared still in article 21 of the Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations, of 2 October 1973.

2 Article 26 - complex systems of national allegiance

221 This provision was introduced at the request of the delegation of the United Kingdom, so as to permit it to define the "British subjects" considered, for the purposes of the Convention, as having the nationality of that country.

3 Article 27 - the exclusion of reservations to the Convention

222 The Convention provides no possibility of reservation. The Thirteenth Session rejected, by a clear majority, the proposal of to provide a reservation permitting the setting aside of the exceptions to the principle of permanence, as well as a more limited reservation in opposition to article 8. Following that vote, another proposal for a reservation affecting the declaration of article 5 (application of the common national law) was withdrawn.³

Fribourg, 1 March 1977

ALFRED E. VON OVERBECK

¹ See *Procs-verbaux* Nos 12, 15 and No 2 of the Plenary Session.
² It will again be noted that article 28 states the manner in which the declarations provided for by articles 5, 9, fourth paragraph, 21 and 26 are to be made. For the declarations of articles 24 and 25 relating to territorial validity, the corresponding statements appear in the articles themselves.
³ See Working Documents Nos 62 and 63, *Procs-verbau* No 15.

Table du Rapport

Table of the Report

	Page		Page
Introduction (Nos 1-8)	329	Introduction	329
1 <i>Plan et objet du présent Rapport</i> (Nos 1-3)	329	1 <i>Plan and object of the present Report</i> (Nos 1-3)	329
2 <i>La marche des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé</i> (Nos 4-8)	329	2 <i>The course of the work of the Hague Conference on Private International Law</i> (Nos 4-8)	329
Première partie - Principes généraux et genèse de la Convention (Nos 9-108)	330	Part one - General principles and origin of the Convention (Nos 9-108)	330
CHAPITRE PREMIER - NATURE, CHAMP D'APPLICATION, STRUCTURE ET TERMINOLOGIE DE LA CONVENTION (Nos 10-30)	331	CHAPTER I - NATURE, SCOPE OF APPLICATION, STRUCTURE AND TERMINOLOGY OF THE CONVENTION (Nos 10-30)	331
<i>Section A - Nature et champ d'application de la Convention (Nos 10-22)</i>	331	<i>Section A - Nature and scope of the Convention (Nos 10-22)</i>	331
1 <i>L'objet de la Convention: la loi applicable aux régimes matrimoniaux</i> (Nos 10-12)	331	1 <i>The object of the Convention - the law applicable to matrimonial property regimes</i> (Nos 10-12)	331
2 <i>L'unité du régime matrimonial</i> (No 13)	331	2 <i>Unity of the matrimonial property regime</i> (No 13)	331
3 <i>Le caractère international des espèces réglées</i> (No 14)	331	3 <i>The international character of the cases covered</i> (No 14)	331
4 <i>Le champ d'application de la Convention</i> (Nos 15-22)	332	4 <i>The scope of the Convention</i> (Nos 15-22)	332
a Le caractère universaliste de la Convention (Nos 15-16)	332	a The universal character of the Convention (Nos 15-16)	332
b Le champ d'application <i>ratione materiae</i> (Nos 17-19)	332	b The scope of application <i>ratione materiae</i> (Nos 17-19)	332
c Autres dispositions relatives au champ d'application (Nos 20-22)	333	c Other provisions relating to the scope of application (Nos 20-22)	333
<i>Section B - La structure et la terminologie de la Convention (Nos 23-30)</i>	334	<i>Section B - The structure and terminology of the Convention (Nos 23-30)</i>	334
1 <i>La structure de la Convention</i> (No 23)	334	1 <i>The structure of the Convention</i> (No 23)	334
2 <i>La terminologie utilisée</i> (Nos 24-30)	334	2 <i>The terminology employed</i> (Nos 24-30)	334
a Observations générales (Nos 24-26)	334	a General observations (Nos 24-26)	334
b Remarques de détail sur quelques termes (Nos 27-30)	334	b Specific comments on some terms (Nos 27-30)	334
CHAPITRE II - LE RATTACHEMENT SUBJECTIF (Nos 31-44)	335	CHAPTER II - THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR (Nos 31-44)	335
<i>Section A - Le principe de l'autonomie et son étendue</i> (Nos 31-40)	335	<i>Section A - The principle of autonomy and its reach</i> (Nos 31-40)	335
1 <i>Le principe de l'autonomie</i> (Nos 31-33)	335	1 <i>The principle of autonomy</i> (Nos 31-33)	335

2	<i>L'événide de l'autonomie</i> (Nos 34-40)	336	2	<i>The reach of autonomy</i> (Nos 34-40)	336
a	Le choix de la loi nationale ou de la loi de la résidence habituelle d'un époux (No 34)	336	a	The choice of the national law or of the law of the habitual residence of a spouse (No 34)	336
b	La loi de la future résidence habituelle (Nos 35-37)	336	b	The law of the future habitual residence (Nos 35-37)	336
c	L'unité du régime matrimonial (No 38)	337	c	Unity of the matrimonial property regime (No 38)	337
d	Le moment du choix (Nos 39-40)	337	d	The moment of choice (Nos 39-40)	337
	<i>Section B - Les modalités du choix de la loi applicable et les règles de forme</i> (Nos 41-44)	337		<i>Section B - The manner of choice of the applicable law and the rules as to form</i> (Nos 41-44)	337
	CHAPITRE III - LE RATTACHEMENT OBJECTIF (Nos 45-68)	338		CHAPTER III - THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR (Nos 45-68)	338
1	<i>Les points de rattachement</i> (Nos 45-51)	338	1	<i>The points of connection</i> (Nos 45-51)	338
a	La résidence habituelle des époux dans un même Etat (Nos 46-47)	339	a	The habitual residence of the spouses in the same State (Nos 46-47)	339
b	La nationalité commune (Nos 48-51)	339	b	The common nationality (Nos 48-51)	339
2	<i>Le compromis entre le principe de la nationalité et le principe du domicile (résidence habituelle)</i> (Nos 52-56)	340	2	<i>The compromise between the principle of nationality and the principle of domicile (habitual residence)</i> (Nos 52-56)	340
3	<i>La mise en œuvre du compromis</i> (Nos 57-60)	341	3	<i>Putting the compromise to work</i> (Nos 57-60)	341
4	<i>Résumé des cas où s'appliquent les divers rattachements</i> (Nos 61-63)	342	4	<i>Summary of cases where the various connecting factors apply</i> (Nos 61-63)	342
a	Application de la loi de la résidence habituelle (No 61)	342	a	Application of the law of the habitual residence (No 61)	342
b	Application de la loi nationale commune (No 62)	342	b	Application of the common national law (No 62)	342
c	Application de la loi avec laquelle le régime présente les liens les plus étroits (No 63)	342	c	Application of the law with which the regime is the most closely connected (No 63)	342
5	<i>Les conséquences du système choisi</i> (Nos 64-68)	342	5	<i>The consequences of the system chosen</i> (Nos 64-68)	342
	CHAPITRE IV - LA PERMANENCE OU LA MUTABILITÉ DU RATTACHEMENT (LE CONFLIT MOBILE) (Nos 69-96)	344		CHAPTER IV - PERMANENCE OR MUTABILITY OF THE CONNECTING FACTOR (CHANGES IN CIRCUMSTANCES IN RESPECT OF THE CONNECTING FACTOR: 'LE CONFLIT MOBILE') (Nos 69-96)	344
	<i>Section A - Le problème et sa portée</i> (No 69)	344		<i>Section A - The problem and its scope</i> (No 69)	344
	<i>Section B - La solution lorsque les parties ont désigné la loi applicable au régime matrimonial</i> (Nos 70-72)	344		<i>Section B - The solution when the parties have designated the law applicable to the matrimonial property regime</i> (Nos 70-72)	344
1	<i>La permanence du rattachement, sauf nouveau choix des parties</i> (No 70)	344	1	<i>Permanence of the connecting factor in the absence of a new choice by the parties</i> (No 70)	344
2	<i>Les effets d'un choix en cours de mariage</i> (Nos 71-72)	344	2	<i>Effects of a choice during marriage</i> (Nos 71-72)	344
	<i>Section C - Le contrat de mariage dans le cadre de la loi objectivement applicable</i> (No 73)	345		<i>Section C - The marriage contract in the context of the objectively applicable law</i> (No 73)	345
	<i>Section D - Le changement de la loi applicable en cas de rattachement objectif</i> (Nos 74-96)	345		<i>Section D - Shifting of the applicable law where the connecting factor is objective</i> (Nos 74-96)	345
1	<i>L'opposition entre permanence et mutabilité du rattachement</i> (Nos 74-75)	345	1	<i>The opposition between permanence and mutability of the connecting factor</i> (Nos 74-75)	345
2	<i>Le passage à la loi de la résidence habituelle des deux époux après un certain délai</i> (Nos 76-84)	346	2	<i>Transition to the law of the spouses' habitual residence after a certain period</i> (Nos 75-84)	346
3	<i>Les cas de mutabilité retenus dans l'avant-projet et dans la Convention</i> (Nos 85-88)	348	3	<i>The cases of mutability adopted in the Preliminary Draft and in the Convention</i> (Nos 85-88)	348
4	<i>La suppression de la disposition permettant à un époux d'opter pour le maintien de l'ancienne loi</i> (No 89)	349	4	<i>Elimination of the provision permitting a spouse to elect to retain the prior law</i> (No 89)	349

	5	<i>Les effets du changement de la loi objectivement applicable</i> (Nos 90-96)	350	5	<i>Effects of the shift of the objectively applicable law</i> (Nos 90-96)	350
CHAPITRE V - LES RAPPORTS AVEC LES TIERS (Nos 97-106)				CHAPTER V - RELATIONS WITH THIRD PARTIES (Nos 97-106)		
1 <i>L'application de la loi conventionnelle aux rapports avec les tiers</i> (Nos 97-101)	351			1 <i>Application of the Convention's law to relations with third parties</i> (Nos 97-101)	351	
2 <i>Les cas où la loi conventionnelle n'est pas applicable aux tiers</i> (Nos 102-106)	352			2 <i>The cases where the Convention's law is not applicable to third parties</i> (Nos 102-106)	352	
CHAPITRE VI - LE VEU RELATIF A L'INFORMATION DES EPOUX (Nos 107-108)				CHAPTER VI - THE WISH RELATING TO INFORMING THE SPOUSES (Nos 107-108)		
Deuxième partie - Commentaire par articles de la Convention (Nos 109-222)	354			Part two - Article-by-article commentary on the Convention (Nos 109-222)	354	
CHAPITRE PREMIER - CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION (Nos 109-120)				CHAPTER I - SCOPE OF THE CONVENTION (Nos 109-120)		
<i>Article premier - Le champ d'application ratione materiae</i> (Nos 110-119)	354			<i>Article 1 - The scope of application ratione materiae</i> (Nos 110-119)	354	
1 <i>Observations générales</i> (Nos 110-112)	354			1 <i>General observations</i> (Nos 110-112)	354	
2 <i>La notion de régimes matrimoniaux</i> (No 113)	354			2 <i>The concept of matrimonial property regimes</i> (No 113)	354	
3 <i>Les exclusions de l'alinéa 2</i> (Nos 114-119)	355			3 <i>The exclusion of the second paragraph</i> (No 114-119)	355	
a <i>Chiffre premier: les obligations alimentaires entre époux</i> (No 115)	355			a <i>Sub-paragraph 1 - maintenance obligations between spouses</i> (No 115)	355	
b <i>Chiffre 2: les droits successoraux du conjoint survivant</i> (No 116)	355			b <i>Sub-paragraph 2 - succession rights of a surviving spouse</i> (No 116)	355	
c <i>Chiffre 3: la capacité des époux</i> (Nos 117-119)	355			c <i>Sub-paragraph 3 - the capacity of the spouses</i> (Nos 117-119)	355	
<i>Article 2 - Application générale des règles conventionnelles</i> (No 120)	356			<i>Article 2 - General application of the Convention's rules</i> (No 120)	356	
CHAPITRE II - LOI APPLICABLE (Nos 121-194)				CHAPTER II - APPLICABLE LAW (Nos 121-194)		
<i>Articles 3 et 6 - Le rattachement subjectif</i> (Nos 122-139)	357			<i>Articles 3 and 6 - The subjective connexion</i> (Nos 122-139)	357	
1 <i>Observations générales</i> (Nos 122-126)	357			1 <i>General observations</i> Nos 122-126)	357	
2 <i>La délimitation du domaine des articles 3 et 6</i> (No 127)	358			2 <i>Delimitation of the scope of articles 3 and 6</i> (No 127)	358	
3 <i>Les lois internes qui peuvent être désignées de manière générale</i> (Nos 128-132)	358			3 <i>The internal laws which may be designated in a general manner</i> (Nos 128-132)	358	
a <i>Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre premier: la loi nationale d'un époux</i> (Nos 128-129)	358			a <i>Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 1 - the national law of a spouse</i> (Nos 128-129)	358	
b <i>Articles 3 et 6, alinéa 2, chiffre 2: la loi de la résidence habituelle d'un époux au moment de la désignation</i> (No 130)	359			b <i>Articles 3 and 6, second paragraphs, sub-paragraphs 2 - the law of the habitual residence of a spouse at the time of designation</i> (No 130)	359	
c <i>Article 3, alinéa 2, chiffre 3: la loi de la nouvelle résidence habituelle après le mariage</i> (Nos 131-132)	359			c <i>Article 3, second paragraph, sub-paragraph 3 - the law of the new habitual residence after the marriage</i> (Nos 131-132)	359	
4 <i>Articles 3 et 6, alinéa 4: le régime spécial des immeubles</i> (Nos 133-138)	359			4 <i>Articles 3 and 6, fourth paragraphs - the special regime of immovables</i> (Nos 133-138)	359	
5 <i>Les effets d'une désignation de la loi applicable après le mariage</i> (No 139)	361			5 <i>The effects of a designation of the applicable law after marriage</i> (No 139)	361	
380						

<i>Articles 4 et 5 - Le rattachement objectif</i> (Nos 140-159)			
1 Observations générales (Nos 140-146)	361	<i>Articles 4 and 5 - The objective connexion</i> (Nos 140-159)	361
2 Article 4, alinéa premier: la première résidence habituelle des époux après le mariage (Nos 147-149)	361	1 General observations (Nos 140-146)	361
3 Article 4, alinéa 2, chiffres 1 et 2, article 5: l'application de la loi nationale commune en lieu et place de la loi de l'Etat de la première résidence habituelle des époux (Nos 150-159)	362	2 Article 4, first paragraph - the spouses' first habitual residence after marriage (Nos 147-149)	362
a Le principe (Nos 150-152)	362	3 Article 4, second paragraph, sub-paragraphs 1 and 2, article 5 - application of the common national law in place and stead of the law of the State of the spouses' first habitual residence (Nos 150-159)	362
b La déclaration de l'article 5 (Nos 153-154)	363	a The principle (Nos 150-152)	362
c Article 4, alinéa 2, chiffre premier: la nationalité commune d'un Etat qui a fait la déclaration (No 155)	363	b The article 5 declaration (Nos 153-154)	363
d Article 4, alinéa 2, chiffre 2: la nationalité commune d'un Etat non contractant (No 156)	363	c Article 4, second paragraph, sub-paragraph 1 - common nationality of a State which has made the declaration (No 155)	363
e Article 4, alinéa 2, chiffre 3: le rattachement subsidiaire à la nationalité commune (Nos 157-158)	364	d Article 4, second paragraph, sub-paragraph 2 - common nationality of a non-Contracting State (No 156)	363
f Article 4, alinéa 3: la solution à défaut de résidence habituelle dans le même pays et de nationalité commune (No 159)	364	e Article 4, second paragraph, sub-paragraph 3 - the subsidiary connexion to the common nationality (Nos 157-158)	364
<i>Article 7 - La permanence du rattachement et ses exceptions</i> (Nos 160-170)		f Article 4, third paragraph - the solution in the absence of habitual residence in the same State and of common nationality (No 159)	364
1 Le principe (No 160)	364	<i>Article 7 - Permanence of the connexion and exceptions thereto</i> (Nos 160-170)	364
2 Article 7, alinéa premier: la permanence sauf volonté contraire des époux (Nos 161-162)	365	1 The principle (No 160)	364
3 Article 7, alinéa 2: les exceptions à la permanence en cas de rattachement objectif (Nos 163-170)	365	2 Article 7, first paragraph - permanence except where the spouses' intention is to the contrary (Nos 161-162)	365
a Inapplicabilité des exceptions lorsque les parties ont fait un contrat de mariage (No 163)	365	3 Article 7, second paragraph - exceptions to permanence in cases of objective connexion (Nos 163-170)	365
b La loi de la résidence habituelle des époux comme nouvelle loi applicable (No 164)	366	a Inapplicability of the exceptions where the parties have made a marriage contract (No 163)	365
c Article 7, alinéa 2, chiffre premier: coïncidence de la résidence habituelle et de la nationalité commune (Nos 165-167)	366	b The law of the spouses' habitual residence as the new applicable law (Nos 164)	366
d Chiffre 2: résidence habituelle durant dix ans après le mariage (Nos 168-169)	367	c Article 7, second paragraph, sub-paragraph 1 - coincidence of the habitual residence and the common nationality (Nos 165-167)	366
e Chiffre 3: remplacement de la loi de la nationalité commune appliquée à titre subsidiaire (No 170)	367	d Sub-paragraph 2 - habitual residence for a period of ten years after the marriage (Nos 168-169)	367
<i>Article 8 - Les effets du changement de la loi objectivement applicable</i> (Nos 171-174)		e Sub-paragraph 3 - replacement of the law of the common nationality applied on a subsidiary basis (No 170)	367
1 Le système retenu (No 171)	367	<i>Article 8 - The effects of the change of the objectively applicable law</i> (Nos 171-174)	367
2 Article 8, alinéa premier: l'application ex nunc de la nouvelle loi (Nos 172-173)	367	1 The system adopted (No 171)	367
3 Article 8, alinéa 2: la soumission de l'ensemble des biens à la loi nouvelle (No 174)	368	2 Article 8, first paragraph - application ex nunc of the new law (Nos 172-173)	367
<i>Article 9 - Les rapports avec les tiers</i> (Nos 175-184)		3 Article 8, second paragraph - subjection of the whole of the property to the new law (No 174)	368
1 Article 9, alinéa premier: le principe (Nos 175-177)	368	<i>Article 9 - Relations with third parties</i> (Nos 175-184)	368
		1 Article 9, first paragraph - the principle (Nos 175-177)	368

2 Article 9, alinéas 2 et 3: les conditions de l'opposabilité de la loi du régime (Nos 178-183)	368	2 Article 9, paragraphs 2 and 3 - requirements for reliance upon the law of the regime (Nos 178-183)	378
a Justification des restrictions à l'application de la loi du régime (No 178)	368	a Justification of the restrictions on the application of the law of the regime (No 178)	368
b Les rattachements permettant à un Etat d'imposer des restrictions (No 179)	369	b The connexions which allow a State to impose restrictions (No 179)	369
c Les conditions qui peuvent être imposées (Nos 180-182)	369	c The requirements which may be imposed (Nos 180-182)	369
d L'absence de portée générale des dispositions prises par un Etat (No 183)	369	d The lack of general reach of measures taken by a State (No 183)	369
3 Article 9, alinéa 4: la déclaration des Etats contractants (No 184)	370	3 Article 9, fourth paragraph - the declarations of Contracting States (No 184)	370
Articles 10-13 - Les modalités de la désignation de la loi applicable et les règles sur la forme (Nos 185-193)	370	Articles 10-13 - The manner of designation of the applicable law and the rules as to form (Nos 185-193)	370
1 Article 10: les conditions relatives au consentement des époux (Nos 185-186)	370	1 Article 10 - requirements relating to the spouses' consent (Nos 185-186)	370
2 Article 11: le caractère exprès ou implicite du choix de la loi applicable (No 187)	371	2 Article 11 - the express or implicit nature of the choice of the applicable law (No 187)	371
3 Article 12: la forme du contrat de mariage (Nos 188-192)	371	3 Article 12 - the form of the marriage contract (Nos 188-192)	371
a La règle de conflits (No 189)	371	a The conflicts rule (No 189)	371
b La règle subsidiaire de droit international privé matériel (Nos 190-192)	371	b The subsidiary rule of substantive private international law (Nos 190-192)	371
4 Article 13: la forme de la désignation de la loi applicable par stipulation expresse (No 193)	372	4 Article 13 - the form of the designation of the applicable law by express stipulation (No 193)	372
Article 14 - La clause d'ordre public (No 194)	372	Article 14 - The public policy clause (No 194)	372
CHAPITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES (Nos 195-218)	372	CHAPTER III - MISCELLANEOUS PROVISIONS (Nos 195-218)	372
Article 15 - La nationalité commune au sens de la Convention (Nos 196-202)	373	Article 15 - Common nationality in the sense of the Convention (Nos 196-202)	373
1 Le principe (No 196)	373	1 The principle (No 196)	373
2 Article 15, alinéa premier: la nationalité commune au sens de la Convention (Nos 197-200)	373	2 Article 15, first paragraph - common nationality in the sense of the Convention (Nos 197-200)	373
a Chiffre premier: la nationalité des époux avant le mariage (No 197)	373	a Sub-paragraph 1 - the spouses' nationality before marriage (No 197)	373
b Chiffre 2: l'acquisition de la nationalité au moment du mariage (Nos 198-199)	373	b Sub-paragraph 2 - acquisition of the nationality at the time of marriage (Nos 198-199)	373
c Chiffre 3: l'acquisition d'une nationalité commune après le mariage (No 200)	373	a Sub-paragraph 3 - acquisition of a common nationality after marriage (No 200)	373
3 Article 15, alinéa 2: l'exigence d'une nationalité commune unique (Nos 201-202)	374	3 Article 15, second paragraph - the condition of a single common nationality (Nos 201-202)	374
Articles 16-19 - Règles relatives aux Etats à système juridique non unifié (Nos 203-215)	374	Articles 16-19 - Rules relating to States having non-unified legal systems (Nos 203-215)	374
1 Observations générales (Nos 203-205)	374	1 General observations (Nos 203-205)	374
2 Article 16: loi nationale d'un Etat comprenant plusieurs systèmes de droits territoriaux (Nos 206-210)	374	2 Article 16 - national law of a State having several territorial systems of law (Nos 206-210)	374
3 Article 17: résidence habituelle dans un Etat territorialement composé (No 211)	375	3 Article 17 - habitual residence in a territorially composite State (No 211)	375
4 Article 18: conflit à l'intérieur d'un Etat composé (No 212)	375	4 Article 18 - conflicts within a composite State (No 212)	375
5 Article 19: Etats à système de droits personnels (Nos 213-215)	376	5 Article 19 - States having personal law systems (Nos 213-215)	376

<i>Article 20 - Les conflits de conventions (No 216)</i>	376	<i>Article 20 - Conflicts between conventions (No 216)</i>	376
<i>Article 21 - Le champ d'application dans le temps de la Convention (Nos 217-218)</i>	376	<i>Article 21 - The scope of application of the Convention in respect of time (Nos 217-218)</i>	376
CHAPITRE IV - LES CLAUSES FINALES (Nos 219-222)	377	CHAPTER IV - FINAL CLAUSES (Nos 219-222)	377
1 <i>Article 23: le caractère ouvert de la Convention (No 220)</i>	377	1 <i>Article 23 - the open character of the Convention (No 220)</i>	377
2 <i>Article 26: les systèmes complexes d'allégeance nationale (No 221)</i>	377	2 <i>Article 26 - complex systems of national allegiance (No 221)</i>	377
3 <i>Article 27: l'exclusion de réserves à la Convention (No 222)</i>	377	3 <i>Article 27 - the exclusion of reservations to the Convention (No 222)</i>	377

